



Tommaso dalla Massara
Mauro Orlandi

Studi sull'accordo di non chiedere



Roma TrE-Press
2024





Università degli studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. M. BEGHINI, *La divisione giudiziale della comunione non ereditaria. Studio sulla funzione dell'adiudicatio*, 2023

Università degli studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza



Tommaso dalla Massara
Mauro Orlandi

Studi sull'accordo di non chiedere

Postfazione di
Augusto Chizzini



Roma TrE-Press
2024

La Collana editoriale 'Biblioteca Giovanni Pugliese' si propone di offrire uno spazio aperto al dialogo interdisciplinare, nel quale trovino collocazione ricerche romanistiche, di tradizione civilistica su base romanistica, ricerche di diritto privato e di diritto processuale civile, in specie nella loro dimensione culturale, ricerche orientate alla comparazione diacronica e sincronica, nonché ricerche orientate a indagare problemi di teoria generale del diritto. Attraverso l'esplorazione critica di problemi giuridici del passato e del presente, la 'Biblioteca Giovanni Pugliese' mira a fornire un contributo al recupero della dimensione unitaria del diritto.

Direzione della Collana:

Antonio Carratta, Tommaso dalla Massara, Giuseppe Grisi, Francesco Macario, Maria Rosaria Marella, Giorgio Pino, Giorgio Resta, Vincenzo Zeno Zencovich, Andrea Zoppini

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**® mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

Baskerville Old Face, Ogilvy Sans (copertina e frontespizio)

Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: *RomaTrE-Press* ©

Roma, marzo 2024

ISBN: 979-12-5977-304-3

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

Biblioteca 'Giovanni Pugliese'

Con la Biblioteca 'Giovanni Pugliese' il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre intende idealmente continuare, sia pure attraverso una nuova collana realizzata per i tipi della Roma Tre Press, l'attività editoriale svolta dalla collana del Centro di Eccellenza in diritto europeo intitolato proprio a Giovanni Pugliese, che per lunghi anni ha operato presso il Dipartimento sotto la guida di Letizia Vacca e che arrivò a pubblicare una quarantina di volumi con la Casa editrice Jovene. In questo modo il Dipartimento, che conserva la biblioteca dell'illustre giurista, intende ulteriormente rafforzare il legame con il suo nome e i suoi insuperati insegnamenti.

È anche questa la ragione per la quale la nuova collana intende raccogliere al suo interno pubblicazioni sia di diritto romano, sia di diritto civile, diritto processuale civile e teoria generale del diritto, a suggellare la linea di continuità che lega gli studi romanistici al presente.

Una nuova iniziativa editoriale, dunque, in piena coerenza con il percorso trentennale del nostro Dipartimento.

Antonio Carratta
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

PREMESSE

9

CAPITOLO PRIMO

Tommaso dalla Massara

Il *pactum de non petendo*: modello o modelli di modulazione cronologica dell'obbligazione?

1. Il <i>pactum de non petendo</i> nella prospettiva dei modelli	13
2. Il <i>pactum de non petendo</i> come accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione: la centralità dell'eccezione	15
3. Le logiche sottese al <i>pactum de non petendo</i>	19
4. Il piano sostanziale e quello processuale: i profili essenziali del tema	21
5. Il confine della mora	25
6. La questione del <i>pactum de non petendo</i> in relazione alla mora: Scevola e Marcello	28
7. L'assorbimento della prospettiva sostanziale in quella processuale	33
8. L'eccezione di patto in funzione di <i>purgatio morae</i>	37
9. Il modello dell'accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione nel dibattito civilistico contemporaneo	39
10. L'impostazione generale problemi: l'autonomia dei paciscenti	42
11. Una proposta di ricostruzione, in assenza dell'esercizio dell'autonomia dei paciscenti	44
12. Ancora sulla proposta di ricostruzione: in specie sugli effetti del <i>pactum</i> con riguardo al passato	47
13. Riflessioni conclusive sull'accordo di non chiedere nella prospettiva dei modelli: più modelli di riferimento?	49

CAPITOLO SECONDO

Tommaso dalla Massara

Sull'interferenza tra il *pactum de non petendo* e il decorso del tempo della prescrizione

1. La vitalità del <i>pactum de non petendo</i>	53
2. Il quadro essenziale delle fonti in tema di <i>pactum de non petendo</i>	56
3. <i>Pactum de non petendo</i> e prescrizione: questioni aperte, vicinanze morfologiche e rilevanza dell'art. 2936 c.c.	58
4. <i>Pactum de non petendo in perpetuum</i> e <i>pactum de non petendo ad tempus</i> nel prisma delle norme sulla prescrizione	62
5. Il problema sotto il profilo dell'esigibilità e la necessità di guardare alla specifica strutturazione del <i>pactum de non petendo</i> : in senso stretto o processuale ovvero in senso lato e sostanziale	65
6. In particolare sul <i>pactum de non petendo in perpetuum</i>	68
7. In particolare sul <i>pactum de non petendo ad tempus</i>	70
8. Conclusioni sull'interferenza tra il <i>pactum de non petendo</i> e il decorso della prescrizione	71

CAPITOLO TERZO
Mauro Orlandi
Obbligazione senza azione

1. Il problema	75
2. Le fonti	77
3. Diritto e azione	78
4. Quale azione?	82
5. Riduzione processuale?	84
6. “ <i>Far valere il diritto</i> ”	87
7. Relatività del patto e circolazione del credito	90
8. Riduzione e responsabilità	93
9. L'obbligazione come struttura dell'azione	97

POSTFAZIONE di Augusto Chizzini	103
---------------------------------	-----

INDICE DEGLI AUTORI	109
---------------------	-----

PREMESSE

Ci è parso utile ricomporre in questa pubblicazione tre studi da noi recentemente dedicati all'accordo di non chiedere: *pactum de non petendo*, nella denominazione giuntaci direttamente dalla tradizione civilistica.

Che l'accordo tra debitore e creditore vada a incidere in via diretta sul piano dell'agire – dunque spiegando la propria operatività a mezzo di un'eccezione, la quale in forza dell'accordo viene riconosciuta al debitore – mai è stato messo in discussione nell'arco di una storia di pensiero bimillenaria. Quali effetti sostanziali quell'accordo produca, viceversa, da sempre è oggetto di un'intensa riflessione.

Occorre chiedersi: fino a che punto è immaginabile un isolamento – per dire così – degli effetti del patto all'interno della cornice processuale? Quando, invece, è da credere che le vicende del *pactum de non petendo* arrivino a ridondare entro le dinamiche collegate al dovere di prestazione?

La piccola lente del patto finisce allora per illuminare lo strato profondo dell'obbligazione, fino alla radice. Ove si trovano, da un lato, il concetto di rilevanza interna ed esterna; dall'altro, il rapporto tra fonte e situazione giuridica. Fino a sciogliere il tradizionale linguaggio – che diremo modale (nei modi del dovere o del potere) – entro la dinamica universale della fattispecie; la quale si svolge nel ritmo condizionale *Se/Allora*.

Sotto questa luce, ogni vicenda di azione o eccezione parrebbe per logica necessità implicare una diversa rilevanza dell'adempiere e del suo opposto.

Gennaio 2023

Gli Autori

A fronte degli interrogativi che si tratta di affrontare quando si osservi l'accordo di non chiedere, in specie avendo riguardo alla dislocazione degli effetti che esso produce, mi è sembrato che due punti di osservazione si rivelassero privilegiati: per un verso, merita concentrare lo sguardo sulla vicenda della mora che abbia a maturarsi durante il perdurare degli effetti del *pactum de non petendo*; per altro verso, un'attenzione specifica richiede

la vicenda della prescrizione che, del pari, trovi compimento nel tempo di efficacia del *pactum non petendo*.

Si tratta, a ben vedere, di due facce della medesima medaglia.

In linea generale, ritengo che non possano escludersi interferenze tra il piano dell'azione e quello dell'obbligazione.

Nella prospettiva appena evocata, si tratta di valutare l'accordo di non chiedere sotto l'aspetto degli effetti che esso sia in grado di esplicitare in guisa di patto di modulazione cronologica dell'obbligazione.

Certo, una siffatta modulazione interverrebbe in via diretta sul piano dell'agire, nonché precisamente a mezzo della concessione al debitore dell'eccezione; è da chiedersi se, ed eventualmente in quale misura, a risultare ridefinita sia anche la debenza della prestazione.

Ecco allora che la comparazione tra passato e presente del diritto privato si rivela, ancora una volta, preziosa.

In modo particolare, dal confronto con il pensiero dei giuristi romani di età classica possono ricavarsi talune chiavi di lettura, le quali pongono le premesse per una più esatta comprensione del quadro d'insieme.

Si tenga conto che sono parte di quell'antico dibattito tanto l'idea secondo cui l'accordo di non chiedere sarebbe in grado di produrre effetti che rimangono confinati entro il recinto processuale, quanto pure, all'opposto, l'idea che nell'accordo di non chiedere vede la fonte di effetti rilevanti pure sul piano sostanziale.

Per tornare ai due punti di osservazione poc'anzi evidenziati, sarebbe arduo oggi escludere in radice che il patto di non chiedere (*rectius*, l'eccezione che ne nasce) impedisca il maturarsi della mora; così come risulterebbe eccessivo – a me pare – escludere che esso sia d'ostacolo al compiersi della prescrizione.

Vero è, piuttosto, che al di là dell'unico nome, quello antico di *pactum de non petendo*, più d'uno sono i modelli ricostruttivi che si prestano a ispirare la concreta elaborazione di un accordo di non chiedere.

Resta confermato che la comparazione diacronica contribuisce al pieno disvelamento, anzi alla valorizzazione, di questa molteplicità.

È proprio in una prospettiva di campo lungo del diritto privato che i profili dei problemi arrivano a cogliersi in maniera più nitida; e ciò apre le porte a un lavoro che si prefigga di essere autenticamente ricostruttivo.

Si danno allora gli spazi per avviare un cantiere nel quale trovino definizione i contorni di una pluralità di modelli di *pactum de non petendo*, ciascuno con diversi gradi di operatività sul piano sostanziale: ciò sarà possibile, ancora una volta, prestando attenzione *in primis* alla mora e alla prescrizione.

A rendersi necessaria è, in definitiva, un'opera di ricomposizione di singoli segmenti di pensiero; si tratta di segmenti che, giunti fino a noi dopo una lunga storia, nondimeno sembrano rivelarsi plasmabili per dar vita a nuove composizioni.

Per questo ho infine acceduto all'idea – affacciata in relazione tanto alla mora quanto alla prescrizione – stando alla quale i paciscenti sarebbero liberi di optare per un accordo di non chiedere da intendersi in un senso stretto o processuale, dunque con effetto di isolamento degli effetti al piano dell'agire, oppure di preferire un accordo di non chiedere da intendersi in un senso largo o sostanziale, accordo che pertanto sarebbe in grado di espandere la sua incidenza sul piano dell'obbligazione.

Al di là di ogni specifica conclusione, non v'è dubbio che la comparazione diacronica si dimostri in grado di produrre un benefico effetto: essa consente di rileggere con spirito critico le pagine che, in specie nella stagione otto-novecentesca, hanno definito un gran numero di figure provenienti dalla tradizione romanistica, per consegnarle al successivo dibattito civilistico europeo.

Se pensiamo al *pactum non petendo*, ciò vale per il celebre lavoro di Hans Reichel del 1935.

Ora, non è in discussione che l'opera di Reichel rimanga imprescindibile; eppure, occorre andare oltre Reichel.

Ciò è possibile fare procedendo all'indietro, nel senso che è necessario recuperare la piena controversialità del pensiero romano; ma anche guardando in avanti, nel senso che si tratta oggi di fornire, dell'antica forma del *pactum non petendo*, una ricostruzione che sia idonea ad assecondare in modo duttile le (differenti) esigenze dei paciscenti.

Propongo queste mie riflessioni sull'accordo di non chiedere, assieme a quelle dell'amico Mauro Orlandi (che molto ringrazio per il dialogo così prezioso per me), nella cornice della Biblioteca Pugliese del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre.

Mi è parsa, per molte ragioni, una scelta del tutto naturale.

In primo luogo, si tratta di una Collana che, negli auspici dei suoi direttori, intende rappresentare un luogo di confronto tra il diritto romano, il diritto civile, il diritto processuale civile, il diritto comparato e la teoria generale del diritto; inoltre, la scelta di fondo, compiuta all'origine e per tutte le pubblicazioni della Roma Tre Press, è nel senso che i volumi siano in *open access*: ciò accresce significativamente le possibilità di dialogo e di circolazione interdisciplinare delle idee tra gli studiosi, anche provenienti da luoghi molto lontani.

In secondo luogo, pare a me che il tema specifico rappresentato dall'accordo di non chiedere rimandi a uno scenario tematico che evoca, se non per automatismo, quasi per metonimia, la figura di Giovanni Pugliese.

Il nome di Pugliese, in effetti, rimane intimamente legato agli studi sull'obbligazione e sull'azione, l'una e l'altra collegate in modo imprescindibile (eppure, almeno nell'insegnamento di Pugliese, sempre distinguibili).

In definitiva, l'idea di fondo di un superamento degli steccati disciplinari anima, ancora una volta, queste mie riflessioni sul *pactum de non petendo*: ciò tanto lungo la traiettoria che dal passato conduce al presente, quanto lungo quella che dai problemi sostanziali porta a quelli processuali.

Sono particolarmente felice che il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre abbia ancora una volta dimostrato, anche attraverso il sostegno che ha da subito assicurato a questa Collana, quanto l'unità del sapere giuridico rappresenti – forse al pari dell'apertura internazionale – la sua profonda cifra metodologica e, per questo, autenticamente identificativa.

Si tratta di una cifra preziosa: essa regala, a chi ne condivida il valore, la soddisfazione intellettuale di sentirsi parte, nel modo più pieno, di una comunità di pensiero.

Tommaso dalla Massara

Il libro raccoglie, con alcuni adattamenti editoriali, due saggi di Tommaso dalla Massara: quello che compone il capitolo primo, *Il 'pactum de non petendo': modello o modelli di modulazione cronologica dell'obbligazione?*, è comparso in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, V, a cura di M.F. Cursi, R. Fiori, P. Lambrini e G. Santucci, Napoli, 2021, 115 ss.; quello che compone il capitolo secondo, *Sull'interferenza tra il 'pactum de non petendo' e il decorso del tempo della prescrizione*, è pubblicato in *Nuovo Diritto Civile*, 2023, 11 ss. Il saggio di Mauro Orlandi è in corso di pubblicazione in *Nuovo Diritto Civile*.

CAPITOLO PRIMO

Tommaso dalla Massara

Il pactum de non petendo: modello o modelli di modulazione cronologica dell'obbligazione?

SOMMARIO: 1. Il *pactum de non petendo* nella prospettiva dei modelli – 2. Il *pactum de non petendo* come accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione: la centralità dell'eccezione – 3. Le logiche sottese al *pactum de non petendo* – 4. Il piano sostanziale e quello processuale: i profili essenziali del tema – 5. Il confine della mora – 6. La questione del *pactum de non petendo* in relazione alla mora: Scevola e Marcello – 7. L'assorbimento della prospettiva sostanziale in quella processuale – 8. L'eccezione di patto in funzione di *purgatio morae* – 9. Il modello dell'accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione nel dibattito civilistico contemporaneo – 10. L'impostazione generale problemi: l'autonomia dei paciscenti – 11. Una proposta di ricostruzione, in assenza dell'esercizio dell'autonomia dei paciscenti – 12. Ancora sulla proposta di ricostruzione: in specie sugli effetti del *pactum* con riguardo al passato – 13. Riflessioni conclusive sull'accordo di non chiedere nella prospettiva dei modelli: più modelli di riferimento?

1. *Il pactum de non petendo nella prospettiva dei modelli*

Più volte, negli ultimi anni, mi è capitato di riflettere sulle potenzialità di una comparazione diacronica che proceda attraverso il raffronto tra modelli giuridici del passato e del presente¹: ciò perché sono convinto che l'apporto di una comparazione in tal senso orientata meriti di essere pienamente apprezzato sul piano epistemico, pertanto nei termini di un avanzamento conoscitivo.

Mi spiego meglio. Ritengo che gli esiti della comparazione diacronica

¹ Mi permetto di rinviare a T. DALLA MASSARA, *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, in *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive. Atti del Convegno (Trento, 13-14 dicembre 2018)*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti e S. Di Maria, Trieste, 2019, 91 ss.; ID., *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, (edited by) M. Brutti e A. Somma, Frankfurt am Main, 2018, 111 ss.; in precedenza, ID., *Lo storico*, in *La scuola civilistica di Bologna. Un modello per l'accesso alle professioni legali*, a cura di G. Visintini, Napoli, 2013, 173 ss.

siano assai utili e da cogliersi, per l'appunto, nella misura in cui essi conducono a un'acquisizione gnoseologica; viceversa, si dovrebbe sospettare dei frutti che s'intendesse cogliere dalla comparazione allorché a questa si attribuisse una funzione che potremmo definire euristica, ossia quella di indicare *tout court* le soluzioni da adottare di fronte ai problemi del presente².

Lungo questa strada, invero, ci si avvierebbe verso fuorvianti banalizzazioni.

Le derivazioni che si creda di trarre – per una via che si immaginasse piana e rettilinea – da un diritto romano monumentalizzato e 'retoricizzato' mal si conciliano con una seria impostazione in termini comparatistici del raffronto tra passato e presente.

In definitiva, pare a me che l'estensione del raggio della conoscenza debba muovere, allorché si tratti di comparazione diacronica, sulla base dei presupposti che sono propri della comparazione giuridica.

Questa, in estrema sintesi, la visione d'insieme entro la quale procederò a impostare il mio discorso.

Ebbene, proprio nella prospettiva qui accennata è da apprezzarsi l'utilità di un impiego dell'idea stessa di modello: si tratta di un'idea che si rivela addirittura preziosa, allorché l'intendimento sia quello di dar luogo a una selezione dei materiali che vengano assunti come rilevanti rispetto all'elaborazione del ragionamento.

In particolare, reputo che sia possibile isolare volta per volta i profili di un modello, a misura che si renda identificabile il disegno assunto da un consolidamento di regole, le quali esibiscano alcuni nessi di loro coerenza interna³.

Si potrà poi aggiungere che le regole che compongono un modello possono presidiare fenomeni giuridici più o meno ampi, sicché in parallelo si potrà parlare tanto di macro-modelli quanto di micro-modelli.

In ciascun caso, l'identificabilità di un modello risulta condizionata dalla possibilità di realizzare un confronto, nel trascorrere del tempo, tra ciò che muta e ciò che invece si conserva.

È infatti nel gioco dei contrasti tra continuità e discontinuità che si colgono nella maniera migliore i tratti caratterizzanti, in quanto tenden-

² Su questi aspetti, illuminanti le riflessioni di D. MARCONI, *Il mestiere di pensare*, Torino, 2014, in specie 112 ss.

³ Muovendo dal terreno specifico delle tutele a favore del compratore, avevo avuto modo di riflettere sull'idea di modello in T. DALLA MASSARA, *Vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale: modelli a confronto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 599 ss., poi in Id., *Fondamenti e modelli della vendita*, Napoli, 2020, 27 ss.

zialmente stabili entro la distensione cronologica, di un modello.

Ebbene, il modello sul quale intendo ragionare in queste pagine è quello che la tradizione romanistica ha consegnato a noi sotto il nome di *pactum de non petendo*.

A questo peculiare accordo tra debitore e creditore intendo guardare, giust'appunto, alla stregua di un modello, ossia non tanto con l'obiettivo di condurre un'analisi di dettaglio sull'uno o sull'altro dei profili problematici del suo regime; piuttosto, vorrei riuscire a estrarre un disegno dalla lettura di alcune fonti della giurisprudenza classica nelle quali sono presi in considerazione gli effetti del *pactum de non petendo* in specie nella relazione con la mora del debitore, per poi raffrontare quel disegno con le questioni che nel contemporaneo pone un simile accordo di non chiedere, ancora una volta di fronte alla mora.

Procederò quindi per sovrapposizione – per così dire – tra l'antico e il contemporaneo, all'interno del medesimo campo tematico.

2. *Il pactum de non petendo come accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione: la centralità dell'eccezione*

Del *pactum de non petendo* le fonti classiche restituiscono un'architettura che può essere letta entro tante e differenti prospettive: per quel che qui preme osservare, tale *pactum* integra un accordo con cui al debitore e al creditore viene offerta la possibilità di modulare gli effetti dell'obbligazione nel corso del tempo.

Tornerò su quest'aspetto.

Valga ora dire che il *pactum de non petendo* viene descritto nei suoi tratti essenziali, nonché con parole assai limpide, nelle Istituzioni giurine, in 4.116b.

È da questo testo che conviene partire:

Item si pactus fuero tecum, 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.

Si vedono rappresentati i tratti di un accordo, produttivo di eccezione, in base al quale un creditore s'impegna a non chiedere al debitore l'adempimento della prestazione.

L'informazione ricavabile dal passo di Gaio merita di essere saldata con l'altra, ricavabile da più fonti – ancora le Istituzioni di Gaio⁴, ma anche quelle di Giustiniano⁵, nonché altri testi conservati nel Digesto⁶ – secondo cui i *pacta* possono valere per un periodo determinato di tempo oppure per sempre.

Così, del *pactum de non petendo* potrà darsi una versione *ad tempus* e una *ad infinitum*; ecco allora evocate due forme piuttosto differenti di accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione lungo l'asse del tempo.

È intorno a questa traccia di base – quindi v'è un patto di non chiedere a tempo e uno infinito – che si sviluppano i discorsi proposti dalla manualistica⁷ e dalle voci enciclopediche⁸.

⁴ Gai 4.121: *Peremptoriae sunt quae perpetuo ualent nec euitari possunt, uelut quod metus causa aut dolo malo, aut quod contra legem senatusue consultum factum est, aut quod res iudicata est uel in iudicium deducta est, item pacti conuenti quod factum est, ne omnino pecunia peteretur*; inoltre, Gai 4.122: *Dilatoriae sunt exceptiones quae ad tempus ualent, ueluti illius pacti conuenti quod factum est uerbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio*.

⁵ I. 4.13.8-10: *Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales et dilatoriae. Perpetuae et peremptoriae sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem de qua agitur peremunt: qualis est exceptio doli mali et quod metus causa factum est et pacti conuenti, cum ita conuenerit, ne omnino pecunia peteretur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conuenti, cum conuenerit, ne intra certum tempus ageretur, ueluti intra quinquennium. nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi. ergo hi, quibus intra tempus agere uolentibus obicitur exceptio aut pacti conuenti aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriae istae exceptiones appellantur*.

⁶ Si veda Ulp. 74 ad ed. D. 44.1.2.4: *Sane solemus dicere quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremptorias: ut puta dilatoria est exceptio, quae differt actionem, ueluti procuratoria exceptio dilatoria est: nam qui dicit non licere procuratorio nomine agi, non prorsus litem infitatur, sed personam euitat*; Gai. 1 ad ed. prov. D. 44.1.3: *Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae. perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec euitari possunt, qualis est doli mali et rei iudicatae et si quid contra legem senatusue consultum factum esse dicitur, item pacti conuenti perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed euitari possunt, qualis est pacti conuenti temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur: procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae euitari possunt*.

⁷ Basti considerare, per esempio, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 584; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1994, 498; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 813; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 522.

⁸ Si veda I. MOSCHELLA, voce '*Pactum de non petendo*', in *Dizionario pratico del diritto privato*, V.1, Milano, 1939, 19 ss.; V. DE VILLA, voce '*Pactum de non petendo*', in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, 408 ss.; A. BERGER, '*Pactum de non petendo*', in *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 615.

Orientati nel senso di un dialogo tra passato e presente sono due contributi – che a me paiono centrali all'interno della letteratura sul *pactum de non petendo* – scaturiti dall'occasione di un commento alla sentenza della Suprema Corte del 12 luglio 1958, n. 2539, l'uno a firma di Manlio Sargenti⁹ e l'altro a firma di Filippo Gallo¹⁰.

Benvero, che si tratti di *pactum ad tempus* oppure di *pactum ad infinitum*, la dialettica messa in luce dal testo di Gaio resta al fondo la medesima, ossia quella tra l'obbligazione (la quale *non tollitur* per effetto del patto) e l'esito rappresentato dal rigetto della domanda; quindi, la modulazione è differente a monte, ma scaturisce a valle nell'identico *aut-aut*, una volta giunti al momento del processo.

Si passi ora alla rappresentazione del *pactum* che è ricavabile dalle Istituzioni giustinianee.

Ecco I. 4.13.3:

Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilo minus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur (...) sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.

Nel testo giustiniano – il cui impianto generale è evidentemente consonante con quello di Gaio – si precisa che, sebbene il patto sia concluso, l'obbligazione permane, così come resta per il creditore la facoltà di *petere*, se non fosse che al contempo è messa a disposizione del debitore un'eccezione.

È opportuno notare che, tanto nel testo gaiano quanto in quello giustiniano, ricorre l'espressione *nihilo minus*.

Si tratta – pare a me – di un'espressione quantomai efficace, perché attribuisce quasi plastica evidenza a un meccanismo logico di deviazione rispetto alla traiettoria rettilinea che risulterebbe di per sé tracciata sul piano del diritto civile; il che equivale a dire che l'eccezione produce uno scarto, però quello scarto non è ineluttabile, perché esso dipende dalla libera determinazione del debitore.

Al debitore è data la possibilità di scegliere volta per volta se incidere o meno sulla connessione logica che tiene assieme l'*obligatio* e il *petere*.

⁹ Cfr. M. SARGENTI, 'Pactum de non petendo' e remissione del debito, in *Foro pad.*, 1959, 299 ss.

¹⁰ Cfr. F. GALLO, Sulla asserita sopravvivenza del 'pactum de non petendo', in *Foro it.*, 1960, IV, 129 ss.

Spicca, all'interno di questo disegno generale, la centralità dell'eccezione.

Proprio l'eccezione rappresenta il dispositivo imprescindibile per l'intelligenza complessiva del regime del *pactum*. Se in forza di tale accordo al debitore e al creditore viene offerta la possibilità di modulare gli effetti dell'obbligazione nel corso del tempo, è attraverso quel mezzo di difesa che il debitore ha il potere di governare gli effetti dell'accordo.

Superfluo precisare che, nella prospettiva dei giuristi romani, l'eccezione non potrebbe intendersi diversamente che come *Einrede*¹¹: ossia – intendo dire – l'eccezione rileva come argomento difensivo di valore sostanziale, non mai meramente processuale, la cui opponibilità è sempre rimessa alla scelta del debitore; resta invece esclusa ogni rilevabilità d'ufficio dell'esistenza del patto.

Il rilievo dell'eccezione, nonché la sua configurazione in termini di *Einrede*, appaiono decisivi anche in funzione di una ricostruzione delle questioni nella prospettiva del contemporaneo¹².

Queste prime notazioni appaiono già in sé sufficienti per apprezzare il dimensionamento processuale del *pactum de non petendo*.

Indiretta conferma di ciò si può trarre dall'attenzione che sempre la letteratura romanistica ha riservato al *pactum de non petendo* nella connessione con le più significative trasformazioni del processo civile romano.

Così, si è guardato all'affermarsi di un *pactum* cd. *in rem*, accanto a quello tipicamente *in personam*; all'estensibilità degli effetti del patto a soggetti ulteriori rispetto ai paciscenti, in specie al garante, all'erede, etc.; ancora, al progressivo ravvicinamento del *pactum* rispetto all'*acceptilatio* e ad altre modalità di incisione, diretta o indiretta, del rapporto obbligatorio.

Ebbene, molti di questi problemi sono stati studiati entro il cono prospettico delle trasformazioni del sistema processuale, in specie con attenzione al passaggio dal modello formulare a quello extra-ordinario, ma anche entro una visione di più lungo termine che conduce fino agli sviluppi di epoca giustiniana, quando il patto di non chiedere arrivò a mutare radicalmente la sua fisionomia.

¹¹ I profili della *Einrede* sono definiti da O. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßsualvoraussetzungen*, Gießen, 1868; si veda inoltre F. FRIEDENTHAL, *Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1898; P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1903; G. KLEINFELLER, *Der Begriff 'Anspruch'*, in *AcP*, CXXXVII, 1933, 129 ss.

¹² Il punto è perfettamente colto da M. ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 453 e nt. 12.

Questi snodi furono affrontati in dettaglio soprattutto nel contesto di una prima significativa stagione di studi sul *pactum de non petendo*. Si tratta di una stagione contrassegnata da ricerche attente e anche raffinate, sebbene in larga parte ancora immerse in un clima da caccia alle interpolazioni¹³.

Oggi quella stagione appare, per molti versi, lontana.

Come già ho detto, vorrei in queste pagine concentrare l'attenzione sul *pactum de non petendo* nella relazione con la *mora debitoris*; inoltre, intendo far ciò proprio nella prospettiva dei modelli.

Quindi guarderò al patto di non chiedere principalmente per portare in evidenza alcune logiche sottese al suo regime: la linea di tensione tra debitore e creditore, i quali decidono di dar corso alla modulazione dell'obbligazione nel trascorrere del tempo, trova un punto di condensazione – lo si è appena visto – nell'opponibilità dell'eccezione.

Ebbene, come si rapporta l'eccezione con gli effetti della mora?

Questa è la domanda al centro di questo Capitolo primo.

Nella prospettiva dei modelli: quale coerenza interna sono in grado di esprimere le regole del *pactum* in relazione a questo tema?

3. Le logiche sottese al *pactum de non petendo*

Se alla base del *pactum de non petendo* si colloca la scelta dei paciscenti di dar corso a una modulazione dell'obbligazione lungo l'asse cronologico, l'eccezione rappresenta lo strumento che in concreto è in grado di definire la composizione dei contrapposti interessi.

Quindi, subito si coglie quanto possa variare il disegno dell'assetto di interessi che viene a realizzarsi a seconda che il patto sia a tempo, e magari con effetti per un periodo brevissimo, oppure tutt'al contrario sia un patto *ad infinitum*.

Se il patto è senza limiti di tempo, di fatto il creditore si rimette alla scelta di un adempimento volontario del debitore. Fatalmente, è a quella scelta che resta affidata la possibilità di soddisfazione del creditore: il che equivale a dire che il creditore è, in linea di principio, disposto a rinunciare a quanto dovuto.

¹³ Penso soprattutto ai lavori di G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al 'pactum de non petendo'*, Perugia, 1913; G. SEGRÈ, *Sull'efficacia del 'pactum de non petendo'*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 1062 ss., poi in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 115 ss.; E. ALBERTARIO, *Efficacia del 'pactum de non petendo' sulla obbligazione solidale romana*, in *Studi in onore di C. Calisse*, I, Milano, 1940, 61 ss.

È invece in un certo dipanarsi del tempo che l'accordo dei paciscenti mostra il suo senso più autentico e profondo: l'intendimento di modulare l'obbligazione lungo un arco cronologico, più o meno lungo, rappresenta la spinta fondamentale che non solo conduce creditore e debitore alla conclusione dell'accordo, ma anche può indurre a una precisa definizione dei contenuti di quest'ultimo.

Così, l'accordo di non chiedere potrebbe disciplinare con esattezza gli effetti, sul piano processuale e su quello sostanziale, dell'opponibilità dell'eccezione sul realizzarsi della mora.

Su questo specifico punto tornerò più avanti.

Occorre poi osservare: in tanto è all'eccezione che il meccanismo del patto affida il *quomodo* della modulazione, in quanto quest'ultima non può essere immaginata se non in relazione, diretta o mediata, con un giudizio civile; beninteso, ciò vale sia che quel giudizio venga radicato, sia che esso sia ancora di là da venire.

Invocando l'eccezione, il debitore tira fuori dall'ombra il *pactum de non petendo*, cosicché di quell'accordo vengono ad avvertirsi gli effetti: si tratta di effetti immediati, se il processo risulta pendente. Tali effetti saranno invece oggetto di un successivo accertamento, se e in quanto il processo sarà radicato: in quest'ultimo caso – ciò resta chiaro – sempreché il debitore coltivi in giudizio l'eccezione.

L'eventualità che il giudizio sia di là da venire o addirittura non si avvii pone una serie di problemi nient'affatto banali, i quali si collegano tutti al tema, assai più generale, degli effetti che si possano riconnettere a un impiego – per dir così – pre-processuale o, comunque, stragiudiziale dell'eccezione¹⁴; sul punto è utile rammentare che, tradizionalmente, nel sistema processuale tedesco rileva fin già l'esercizio stragiudiziale dell'eccezione, sempre fermo restando che quell'eccezione sia poi coltivata davanti al giudice¹⁵.

¹⁴ Per un inquadramento, V. COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 172 ss., in specie 183; R. ORIANI, voce *Eccezione*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 262 s.; ID., voce *Eccezione. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 2000, 592 ss. È peraltro da dire che, quando si vadano a osservare da vicino i problemi posti dall'esercizio stragiudiziale dell'eccezione, taluni di quei problemi si rivelano prettamente nominalistici: su questi aspetti, di recente, F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile. Concetti e principi generali. Singole fattispecie*², Roma, 2015, 387 ss.

¹⁵ Su ciò, in specie, A. VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Allgemeine Lehren und Personenrecht*, Berlin, 1957, 297 ss. Quanto all'esercizio stragiudiziale dell'eccezione in Germania, mi pare ancora utile il contributo di S. COSTA, voce *Eccezione (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1957, 351.

Alla luce di quanto fin qui osservato, mi sembra che appaiano più chiari alcuni dei profili del tema che intendo affrontare.

Se al centro è la relazione tra il *pactum de non petendo* e la mora, i principali interrogativi allora risultano: cosa accade quando l'arco cronologico del patto venga a sopravanzare la soglia in corrispondenza della quale il debitore avrebbe dovuto adempiere, ossia il momento in cui – con la terminologia del nostro codice – il debito risulti liquido ed esigibile?

Quindi, vigente il patto di non chiedere, gli effetti della liquidità ed esigibilità del debito possono ridondare a vantaggio del creditore, sebbene sia stato concluso il patto?

Per regola generale, dal momento della liquidità ed esigibilità al creditore sarebbe consentito invocare le conseguenze della mora del debitore. Ma è così anche in presenza di un patto, oppure la mora resta esclusa dall'eccezione?

4. Il piano sostanziale e quello processuale: i profili essenziali del tema

Qualunque risposta si voglia tentare di imbastire di fronte alle domande appena poste, occorre aver presente che la quantità di incidenza degli effetti del *pactum de non petendo* sull'obbligazione dipende – per così dire – dalla dislocazione che s'intenda dare all'operatività del patto.

Più esplicitamente, intendo dire che una tal quale operatività potrà immaginarsi soltanto e rigorosamente sul piano degli effetti processuali, oppure anche su quello degli effetti sostanziali.

Così, larga parte delle risposte risultano in ultima analisi condizionate da una scelta di fondo di ponderazione della quantità di effetti del patto, sul piano sostanziale ovvero su quello processuale.

Il tratto caratterizzante del *pactum de non petendo* sembra potersi ravvisare, invero, proprio nella sua natura intrinsecamente ambivalente, se non addirittura anfibia.

Ora, però, è il momento di meglio approfondire quale immagine del *pactum de non petendo* sia giunta fino a noi.

Ebbene, le questioni fondamentali sottese al *pactum de non petendo* vennero messe a fuoco nel 1935 da Hans Reichel, il quale in quell'anno pubblicò nel volume LXXXV degli *Jherings Jahrbücher* un ampio lavoro dedicato al *pactum de non petendo*¹⁶; il titolo del saggio è *Der*

¹⁶ Cfr. H. REICHEL, *Der Einforderungsverzicht* ('*pactum de non petendo*'), in *JheringsJahrb.*, LXXXV, 1935, 1 ss.

Einforderungsverzicht (*pactum de non petendo*), e di esso ora è disponibile una traduzione in lingua italiana¹⁷, cui farò riferimento anche in prosieguo.

Credo si possa dire senza esitazioni che nel tempo a seguire quel testo di Reichel si rivelò pressoché imprescindibile.

Lì era definita, in qualche modo, la grammatica del discorso.

In una stagione che era ancora assai influenzata dalla Pandettistica, le fonti romane venivano esaminate in funzione di una diretta edificazione del patto nella cornice del diritto vigente: in specie, l'*Einforderungsverzicht*, di cui Reichel parlava nel titolo, era presentato come l'equivalente funzionale di quello che nel diritto romano classico era il *pactum de non petendo*.

Per Reichel fondamentale era sottolineare che nel diritto romano un patto di tal genere integrava un accordo informale: il *pactum de non petendo*, rilevante sul piano del diritto pretorio, lasciava intatta l'obbligazione civile in sé considerata.

Più precisamente, Reichel notava: «i Romani conoscevano due tipi di remissione del debito in senso lato, in particolare: a) il contratto formale di quietanza rilevante sul piano del diritto civile, che estingueva l'obbligazione *ipso iure* (*acceptilatio*); b) il *pactum de non petendo* informale rilevante sul piano del diritto pretorio, che lasciava l'obbligazione in sé intatta e fondava soltanto una *exceptio pacti*. Di questo secondo rimedio vi fu una tangibile necessità, poiché l'*acceptilatio* aveva e doveva necessariamente avere efficacia assoluta, mentre il *pactum* ammetteva la posizione di limiti di ogni sorta, in particolare condizioni e termini. Il diritto comune ha eliminato le formalità dell'*acceptilatio*, pur mantenendo la concreta distinzione tra le due regole. I Legislatori moderni hanno eliminato il contratto di quietanza e introdotto un contratto di risoluzione dell'obbligazione (...), che nella sua struttura somiglia al *contrarius consensus* del diritto romano piuttosto che all'*acceptilatio*. Dal momento che la risoluzione dell'obbligazione tollera l'apposizione di termini e condizioni, pareva non sussistere più la necessità di mantenere le distinzioni dei romani. Il *pactum de non petendo* cadde così silenziosamente in disuso»¹⁸.

Come si vede, il confronto appare tratteggiato tra l'*acceptilatio*, contratto formale che assume rilevanza sul piano del diritto civile, e il *pactum* informale; quest'ultimo, per l'appunto, integra un accordo produttivo di effetti unicamente sul piano del diritto pretorio.

È esattamente su queste premesse che Reichel faceva poggiare un'argo-

¹⁷ Mi riferisco a H. REICHEL, *Il 'pactum de non petendo'*, a cura di T. dalla Massara e M. D'Onofrio, Pisa, 2018.

¹⁸ Così H. REICHEL, *Il 'pactum'*, cit., 18.

mentazione tesa a evidenziare i vantaggi offerti dalla duttilità dell'antico patto romano anche per chi si trovasse a operare entro le maglie, ritenute troppo rigide, del BGB. Per meglio dire, di un contratto informale nel BGB non si parlava affatto, ma proprio per questo Reichel credeva che un tal quale contratto informale non fosse affatto proibito e, anzi, di esso vi fosse necessità.

Ecco allora come si esprime il suo progetto dogmatico: «l'autonomia privata, predominante nel diritto delle obbligazioni, lascia anzi spazio a un siffatto accordo. Nel prosieguo del testo si dimostrerà come esso non sia estraneo ai traffici quotidiani»¹⁹.

Gli studiosi successivi a Reichel svilupparono le loro riflessioni fondamentalmente facendo perno sull'idea di una scissione di base tra il piano sostanziale e quello processuale, nonché tra il piano del diritto civile e quello del diritto pretorio; l'idea della scissione era funzionale al progetto messo in campo da Reichel.

In seguito, le linee di fondo di quel saggio vennero recepite, in un modo che appare talvolta acritico²⁰.

In tempi recenti, la letteratura civilistica italiana è tornata a volgere uno sguardo attento al *pactum de non petendo*²¹; in un'occasione, è stato

¹⁹ Ancora H. REICHEL, *Il 'pactum'*, cit., 19.

²⁰ Il che potrebbe dirsi per K. CREMER, *Das 'pactum de non petendo'*, Köln, 1959.

²¹ Si vedano prima di tutto le monografie di M. ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000, e di G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004. Successivamente, il tema è stato ripreso da M. ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e riduzione del rapporto*, in *St. iuris*, 2001, 1441 ss.; soprattutto, si veda ora ID., *La categoria*, cit., 447 ss. Nella letteratura precedente, dopo i due lavori di F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza*, cit., 129 ss., e di M. SARGENTI, *'Pactum de non petendo'*, cit., 299 ss., su cui già mi sono soffermato, il tema è stato affrontato da F. RUSCELLO, *'Pactum de non petendo' e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 198 ss.; ID., *Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un 'vecchio' lavoro*, in *Studi in memoria di G. Gabrielli*, II, Napoli, 2018, 1699 ss. È poi da vedere G. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul 'pactum de non petendo' alla luce di un rimeditato concetto del 'patto' nell'ordinamento attuale*, in *Riv. not.*, 1986, I, 587 ss. Limpida la ricostruzione dei problemi proposta da G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum de non petendo' nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 367 ss., cui si rinvia in particolare per le ampie indicazioni di letteratura in lingua tedesca. In altri studi il tema del *pactum de non petendo* appare sfiorato, quasi lungo il margine di altri temi: si veda P. PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto*, in *Dir. giur.*, 1969, 699 ss.; G. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti*, in *Dir. giur.*, 1972, 253 ss.; più di recente, A. VENTURELLI, *La remissione convenzionale*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 681 ss., in specie 685 ss. Negli ultimi tempi, sono da tenere in considerazione, per un verso, l'analisi in chiave di autotutela convenzionale prospettata

reso oggetto di separata indagine il *pactum de non exequendo*²².

Anche in Germania, il *pactum de non petendo* è tornato all'attenzione generale.

Anzi è da notare che, pur in assenza di una rigorosa corrispondenza di nomi, nel senso che gli autori hanno talora assegnato alla struttura giuridica del patto di non chiedere una denominazione differente da quella tradizionale, la recente emergenza pandemica ha vivacizzato un dibattito intorno a peculiari forme di modulazione cronologica dell'obbligazione; in specie, tra le misure di contrasto alla pandemia di Covid-19 introdotte dal legislatore tedesco, v'è l'art. 240 EGBGB²³, norma nella quale non sembra troppo audace intravedere i profili di un peculiare *pactum de non petendo*²⁴.

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.

È questo un segmento concettuale che non solo caratterizza quella figura, ma anche ne rappresenta la più forte ragione di interesse pratico-operativo: e ciò a cospetto di varie altre figure adiacenti, le quali invece vanno a sviluppare effetti estintivo-remissori o estintivo-novativi.

L'immagine di fondo, al netto di molti aspetti discussi e discutibili, è quindi nel senso che a mezzo del *pactum de non petendo* debitore e creditore riescono ad attribuire all'obbligazione una particolare duttilità lungo l'asse del tempo; l'obbligazione si mantiene perdurante e viva, sebbene liberamente depotenziabile per volontà del debitore, al quale è consegnato il potere di sollevare l'eccezione.

da A. LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, 108 ss., e, per altro verso, l'efficace ricostruzione generale dei problemi del *pactum de non petendo* che viene proposta da P. GALLO, '*Pactum de non petendo*' e prescrizione, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 984 ss., da vedere assieme a ID., voce '*Pactum de non petendo*', in *Dig. disc. priv.-Sez. civ. online*, 2020.

²² Mi riferisco a E. DELL'AQUILA, *Brevi note in tema di 'pactum de non exequendo ad tempus'*, in *Foro pad.*, 1972, 816 ss.

²³ Su cui si veda M. SCHMIDT-KESSEL - C. MÖLLNITZ, *Coronavertragsrecht - Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 2020, 1103 ss.

²⁴ In questo senso, M. D'ONOFRIO, *La tutela dei debitori di prestazioni pecuniarie nella legislazione tedesca a fronte dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 luglio 2020.

5. Il confine della mora

È di fronte al confine della mora che molte delle anfibologie del *pactum de non petendo* emergono nella maniera più netta.

Certo, la constatazione del fondamentale permanere del tronco dell'obbligazione rappresenta la premessa indefettibile perché possa venirsi a generare la mora.

Detto questo, rimane ancora da compiere ogni più specifica valutazione in ordine alle condizioni di esigibilità di una prestazione che, per quanto dovuta, rimane rifiutabile dal debitore.

In altri termini: è un ritardo imputabile quello nel quale incorre il debitore che non adempie in quanto invoca l'eccezione a proprio vantaggio?

Con attenzione al contemporaneo, allorché si voglia impostare una risposta, occorre passare attraverso la valutazione tipica imposta dall'art. 1219 c.c.: e ciò tanto nell'ipotesi in cui per il decorrere della mora sia richiesta un'iniziativa del creditore (mora *ex persona*), quanto nel caso in cui sia sufficiente il sussistere di elementi obiettivi (mora *ex re*).

Prima di procedere, però, è utile una precisazione.

Alla luce di quel che si è detto sopra, il problema merita di essere posto nella misura in cui il patto produce i suoi effetti esclusivamente a seguito dell'interposizione dell'eccezione; neppure è da prendere in considerazione invece l'idea sia che il patto produca effetti diretti, ossia a prescindere dal meccanismo dell'eccezione: in quest'ultimo caso, a ben vedere, si sarebbe a cospetto di un accordo di dilazione del termine, non già di un *pactum de non petendo* propriamente inteso.

Ma l'accordo di dilazione del termine pone problemi tutt'affatto distinti.

Beninteso, tra le tante ambiguità del *pactum de non petendo* non mancano quelle che si nascondono dietro all'uso promiscuo dei nomi: per esempio, era lo stesso Windscheid a parlare di *pactum de non petendo* nei termini di un accordo capace di produrre effetti diretti, dunque senza necessità di interporre l'eccezione²⁵.

In questa sede, però, attenendomi alla perimetrazione del tema dalla quale ho preso le mosse, la mia attenzione resta focalizzata sull'interferenza tra l'eccezione, quale dispositivo imprescindibile per il funzionamento del patto, e i presupposti della mora.

²⁵ Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1887, 87, per il quale: «der Verzug setzt voraus: 1) ein gültiges, mit keiner Einrede behaftetes, klagbares Forderungsrecht».

Quanto alla relazione tra patto e mora, se si interrogano le fonti romane, non si troverà una risposta univoca.

Né, ovviamente, è questo che alle fonti si chiede: prima di ogni altra cosa, la lettura delle fonti si rivela in grado di estendere di molto il nostro sguardo, aiutandoci a individuare linee di tensione, punti di crisi del ragionamento oppure aspetti di convergenza, i quali rischierebbero altrimenti di rimanere sottotraccia.

Detto ciò, è chiaro che il *Kernpunkt* da affrontare, allorché si voglia guardare al nostro codice civile, è quello rappresentato dai presupposti della liquidità e dell'esigibilità del debito.

Se è vero che tramite il *pactum* debitore e creditore intendono attribuire una particolare duttilità alla gestione del rapporto obbligatorio nella distensione cronologica, però in linea generale lasciando intatta l'obbligazione, più in dettaglio le questioni che si pongono sono anzitutto le seguenti: si può intendere che l'impegno di non chiedere da parte del creditore involga in sé una rinuncia agli effetti della mora, rilevante specificamente sotto il profilo dell'inesigibilità?

In tal caso, dovrebbe trattarsi di una rinuncia implicita, la quale ben potrebbe essere fatta valere dal debitore. Per conseguenza, l'eccezione del debitore, rendendo inesigibile il credito, è in grado di impedire il decorrere degli interessi moratori, nonché di evitare che il rischio dell'impossibilità vada a gravare sul debitore?

Inoltre, sempre ferma restando la premessa stando alla quale il patto è produttivo di effetti soltanto a seguito dell'interposizione dell'eccezione, una cospicua linea di problemi si sviluppa intorno alla dialettica che viene a instaurarsi tra pretesa ed eccezione sul piano stragiudiziale o pre-processuale: al punto già ho dedicato un cenno – e tornerò su ciò nel seguito – soprattutto allo scopo di mettere meglio a fuoco la morfologia della dialettica tra eccezione e mora automatica.

Ciò che di sicuro si può dire è che quello della mora rappresenta uno dei più insidiosi punti di inciampo di fronte ai quali il *pactum de non petendo* rischia di cadere.

La mappatura generale dei problemi è ben colta da Carlo Augusto Cannata, il quale suggerisce di muovere dalla «constatazione che un soggetto non può essere in mora se non è obbligato, né se, pur essendo egli obbligato, la prestazione dovuta non è esigibile»²⁶.

Quindi, ribadita l'indubitabile premessa stando alla quale il patto opera sul piano del *petere*, fermo essendo d'altro canto che la mora è feno-

²⁶ Così C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, 101.

meno che di per sé attiene al piano dell'obbligazione, il nodo da sciogliere diviene il seguente: se l'esercizio dell'eccezione da parte del debitore venga a operare, quasi rimbalzando dal piano processuale a quello sostanziale, nei termini di una condizione di inesigibilità del credito.

Per esempio, s'immagini che Tizio creditore chieda a Caio debitore la somma di 100 dopo la scadenza del termine di pagamento, con maggiorazione di interessi maturati in conseguenza del ritardo; Caio obietterà che nulla a lui possa essere chiesto per tutto il tempo di efficacia del patto di non chiedere. L'eccezione di Caio risulta fondata e ciò basta a condurre al rigetto della domanda di Tizio. Nondimeno, occorre comprendere se maturino gli interessi di mora: infatti, al termine della durata del patto, quando non sarà più a disposizione di Caio l'eccezione, resta ancora da capire se la somma risulterà maggiorata degli interessi via via maturati; inoltre, già prima dell'esaurirsi della durata del patto, qualora Caio debitore intenda adempiere spontaneamente, occorre sapere se gli interessi siano dovuti.

Ipotizzando quindi il caso in cui il debitore sia tenuto a un *facere*, potrebbe immaginarsi il sopravvenire dell'impossibilità della prestazione durante il tempo in cui il *pactum de non petendo* produce in suoi effetti. Al termine, occorrerà pur sempre decidere se vi sia o meno responsabilità del debitore.

In altre parole, la questione è sempre la medesima: se l'eccezione sia in grado o meno di interferire con il regime degli interessi di mora e con la regola del *periculum*.

Si tratta pertanto di comprendere se l'accordo, che certamente si colloca sul piano del *petere*, nondimeno alcuni effetti in relazione all'obbligazione finisca per produrre.

Come già ho detto, ciò è da intendersi non nel senso che dell'obbligazione possa immaginarsi l'estinzione, bensì nel senso che l'eccezione, la quale rende operativi gli effetti del patto, condizioni negativamente l'esigibilità della prestazione.

Questo è un fatto già in sé decisivo, in funzione di quanto si sta dicendo, giacché se l'obbligazione c'è, ma non è esigibile, non sussiste la mora.

In tal caso dall'accordo, per il medio dell'eccezione, si ricaverebbe la sterilizzazione degli effetti collegabili al ritardo nell'adempimento.

V'è poi da considerare il problema, collegato ma logicamente posteriore, se siano ravvisabili differenze di regime tra l'ipotesi in cui la mora abbia a scattare *ex persona* e quella in cui maturi *ex re*.

Di questo dirò meglio più avanti.

6. *La questione del pactum de non petendo in relazione alla mora: Scevola e Marcello*

Chiarito il quadro dei problemi, si guardi ora alle testimonianze dei giuristi romani.

V'è un passo di Scevola che tocca in modo diretto il tema della relazione tra *pactum de non petendo* e mora.

In Scaev. *apud* Iul. 22 *dig.* D. 2.14.54 si afferma:

Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: non intellegitur mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat.

Nell'annotare Giuliano, Quinto Cervidio Scevola osserva che, se Ego ha pattuito di non chiedere giudizialmente lo schiavo dovutogli (schiavo che successivamente era morto), il debitore non è responsabile, giacché prima del patto non era venuta a generarsi la mora.

In altri termini, il testo mette in luce un patto che appare in grado di escludere che una responsabilità a carico del debitore abbia a insorgere²⁷.

Diverso è il caso in cui il debitore sia caduto in mora prima della conclusione del patto: in quell'ipotesi il patto non potrebbe purgare la mora.

Si badi che, nel testo, la fattispecie è incentrata sul tema del *periculum*.

In effetti lo schiavo, che costituisce l'oggetto dell'obbligazione di *dare*, è morto.

Si può pertanto dire che la regola che sovrintende la gestione del *periculum* risulta qui assorbita in quella che è adottata in relazione al *pactum*.

Fermo restando per un verso che l'impossibilità della prestazione non

²⁷ Di recente, il testo di Scevola è stato reso oggetto di studio in relazione a quello di Iul. 16 *dig.* D. 45.1.56.8 (cui presterò attenzione tra breve) da parte di G. ALBERS, 'Perpetuatio obligationis'. *Leistungspflicht trotz Unmöglichkeit im klassischen Recht*, Wien - Köln - Weimar, 2019, 253, nt. 45, all'interno di un'ampia prospettiva incentrata sugli effetti della stipulazione novatoria: si veda in specie, ivi, 243 ss. In precedenza, sul passo di Scevola, M. BOHÁČEK, *Note esegetiche*, in *AUPA*, XI, 1923, in specie 360 s.; P. KOSCHAKER, *Bedingte Novation und 'pactum' im römischen Recht*, in *Festschrift für G. Hanaussek*, Graz, 1925, 137 ss.; successivamente, A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, 190 s.; H.H. JAKOBS, 'Culpa' und 'interpellatio' bei der 'mora debitoris' nach klassischem Recht, in *TR*, XLII, 1977, 22 ss., ma in specie 34; P. APATHY, 'Animus novandi'. *Das Willensmoment beim römischen Schuldenerneuerungsvertrag*, Wien - New York, 1975, 153, nt. 18; I. REICHARD, *Delegation und Novation im klassischen römischen Recht*, Bonn, 1998, 90 s.; J.D. HARKE, 'Mora debitoris' und 'mora creditoris' im klassischen römischen Recht, Berlin, 2005, 25, 75, nt. 2, e 77, nt. 8; C.A. CANNATA, *L'inadempimento*, cit., 102.

si è verificata in terreno di mora, posto per altro verso che il patto è in grado di escludere la mora del debitore, non vi è responsabilità del debitore e il *periculum* non ridonda a danno del debitore.

Pur non potendosi escludere che il passo abbia subito qualche raccorciamento²⁸, la sostanza si evidenzia piuttosto chiara: Quinto Cervidio Scevola sceglie in questo caso di seguire la tesi che in argomento aveva prospettato Marcello, della quale dirò tra un attimo; e ciò può dirsi sebbene Scevola stesse sviluppando il suo ragionamento sulla traccia di Giuliano, al quale senza dubbio era vicino dal punto di vista scientifico.

Ebbene, non poco si è congetturato in ordine al collegamento tra Giuliano e Scevola.

In estrema sintesi, può darsi per sicura una certa continuità di temi e di soluzioni, ma anche di stilemi, tra l'uno e l'altro²⁹, fermo restando che alcune questioni specifiche si pongono per la ricostruzione delle *Notae* di Scevola ai *Digesta* di Giuliano³⁰; ben più arduo è comprendere se nell'occasione specifica Scevola, nel seguire Marcello, si stesse discostando da una precisa opinione di Giuliano.

Per le ragioni che dirò, a me pare che il punto non sia affatto agevole da chiarire.

Lo scenario di pensiero entro il quale si muoveva Marcello è ricavabile dal passo che segue.

²⁸ In questo senso, si veda P. KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, cit., 137, ripreso da A. MASI, *Studi*, cit., 190 s.

²⁹ Di recente, su questi aspetti, A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'responsa' di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 13 ss., nonché 25 ss. In precedenza, T. MASIELLO, *Le 'Quaestiones' di Cervidio Scevola*, Bari, 1999, 15 ss., specificamente sul rapporto con Giuliano, 36 ss.; da vedere, inoltre, la messa a fuoco delle relazioni tra Giuliano, Marcello e Scevola quale emerge da P. FREZZA, *'Responsa' e 'quaestiones'. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, 210 ss. Nella prospettiva dei generi letterari il contributo, utile soprattutto per ricostruire sullo sfondo il raccordo tra attività rispondente e produzione letteraria, di M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, XLII-XLIII, 2000-2001, 483 ss.

³⁰ Su ciò, F. LAMBERTI, *In margine ad una rilettura della produzione di Cervidio Scevola*, in *'Fides Humanitas Ius'. Studii in onore di L. Labruna*, IV, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2007, 2736 e nt. 8; A. MARTÍN MINGUIJÓN, *Digesto. Una auténtica obra legislativa*, Madrid, 2013, 140; J.M. GOKEL, *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola*, Berlin, 2014, 79.

Marc. 20 dig. D. 46.3.72.1: *Cum Stichum mihi deberes et in solvendo moram fecisses, sub condicione eum promisisti: pendente ea Stichus decessit: videamus, an, quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. sed in promptu contradictio est debitorem, cum stipulanti creditori sub condicione promisit, non videri in solutione hominis cessasse: nam verum est eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.*

Sono da prendere in considerazione, inoltre, due testi ulpiani:

Ulp. 7 disp. D. 46.2.14 pr.: *Quotiens quod pure debetur, 'novandi causa' sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit. et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur. unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat.*

Ulp. 46 ad Sab. D. 45.1.29.1: *Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat. movet quaestionem, quod stipulatus hominem plerumque meum videor: non valet autem huiusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est. et constat, si quidem ita stipulatus sim: 'quod ex causa conditionis dare facere oportet?', stipulationem valere: si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem. quod si postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condicione Marcellus ait: quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea condicione est, ut evanescat conditio propter stipulationem.*

Tanti sono i problemi posti dai testi appena riportati, ma ciò che qui basta evidenziare è che Marcello si era pronunciato a favore dell'idea che la stipulazione novatoria sottoposta a condizione producesse la *purgatio morae*.

Il punto è delicato e merita approfondimento.

Vero è che le testimonianze di Marcello non sono immediatamente riferibili al tema del *pactum de non petendo*, però tra gli studiosi che si sono

occupati di questi problemi si è formata l'idea che anche al patto di non chiedere possa riferirsi il nucleo fondamentale del pensiero di Marcello; essenziale è, quindi, una certa analogia di effetti ravvisabile tra le due figure: per un verso, la stipulazione novatoria sottoposta a condizione e, per altro verso, l'obbligazione sottoposta a *pactum de non petendo*³¹.

La circostanza che Giuliano ritenesse che il *pactum de non petendo*, tutt'al contrario, non fosse in grado di sortire effetti sulla mora appare desumibile – se così si vuol ritenere – soltanto dal sopra citato Scaev. *apud* Iul. 22 *dig.* D. 2.14.54.

È una conclusione, questa, che non sarebbe mutata in ragione della circostanza che la mora fosse intervenuta prima o dopo la conclusione del patto.

Con riguardo a quanto detto, va segnalata la posizione di Salvatore Riccobono jr., stando al quale l'opinione di Giuliano era «non esplicitamente riferita, ma indirettamente riferibile»³²; sulla medesima linea si colloca Apathy, al quale sembrava che «*daß Julian in einem 'pactum de non petendo' kein Hindernis für den Eintritt des Schuldnerverzugs sieht, folgt aus Scaev. D. 2.14.54*»³³.

In realtà, bisogna ribadire che si tratta di supposizioni.

Certo, una ricostruzione in tal senso della posizione di Giuliano potrebbe ritenersi corroborata, anche in questo caso, dall'opinione espressa dal giurista adrianeo in tema di stipulazione novatoria sottoposta a condizione.

Della stipulazione novatoria Giuliano tratta in Iul. 52 *dig.* D. 45.1.56.8:

³¹ In quest'ottica, G. ALBERS, 'Perpetuatio obligationis', cit., in specie 240 ss., nonché 258 ss., ntt. 59 e 64. In precedenza, cfr. M. BOHÁČEK, *Note*, cit., 341 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Contributi alla dottrina della mora*, in *AUPA*, XI, 1923, 161 ss., in specie 281 ss.; sulla «regola che il moroso può purgare la mora *postea offerendo*» nel pensiero di Marcello, sebbene essenzialmente nella prospettiva del ruolo giocato dall'*interpellatio*, A. ELEFANTE, 'Interpellatio' e 'mora', in *Labeo*, VI, 1960, 30, in specie 45; si veda, inoltre, W. FLUME, *Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker*, in *ZSS*, XCII, 1975, 69 ss., in specie 97 ss., nonché J.D. HARKE, 'Mora debitoris', cit., 75 s. Sempre sul pensiero di Marcello, però ancora in una differente prospettiva, ossia quella della conversione negoziale, V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli, 1965, 303 ss.

³² Così S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, Palermo, 1964, 221.

³³ In tal senso, P. APATHY, 'Animus novandi', cit., 153, nt. 18.

Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Seius mihi sub condicione promiserit et is pendente condicione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero, nec Seius existente condicione obligetur: at si Titio acceptum fecissem, Seius existente condicione obligari potest. idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Seius obligaretur: acceptilatione interposita superest homo, quem Seius promiserat.

Occorrerebbe, dunque, di nuovo far leva sulla parziale analogia di effetti ravvisabile tra la stipulazione novatoria sottoposta a condizione e l'obbligazione sottoposta a *pactum de non petendo*³⁴.

Dal punto di vista di Salvatore Riccobono jr., il passo suffragherebbe in modo chiaro l'idea portante di Giuliano³⁵: la mora relativa a un'obbligazione pura non sarebbe venuta meno qualora l'oggetto della prima obbligazione fosse stato dedotto all'interno di una nuova, in quanto la mancata realizzazione della novazione, conseguente al perimento dell'oggetto in pendenza di condizione, avrebbe lasciato aperta la possibilità di agire per la prima obbligazione³⁶.

In altri termini, il ragionamento appare il seguente: l'azione nascente dalla prima obbligazione rimane inalterata, non intervenendo su di essa alcuna novazione, ed è per questo che si realizzano gli effetti della *perpetuatio*³⁷.

La rappresentazione del pensiero di Giuliano è allora nel senso che il giurista adrianeo avesse tenuto ben ferma la linea di una certa inscalfibilità della mora.

³⁴ In questa prospettiva, però senza prendere posizione specifica sul problema del rapporto tra Scevola e Giuliano, G. ALBERS, *'Perpetuatio obligationis'*, cit., 252 ss.; in precedenza, M. WINKLER, *Mathematik und Logik in Julians Digesten*, Berlin, 2015, 187 ss.; I. REICHARD, *Delegation und Novation*, cit., 88 ss.; R. KNÜTEL, *Zur Auslegung und Entwicklung der Stipulation im klassischen römischen Recht*, in *'Ars iuris'. Festschrift für O. Behrends zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl und C. Möller, Göttingen, 2009, 223 ss.

³⁵ Cfr. S. RICCOBONO JR., *Profilo*, cit., 207 e 221 ss.

³⁶ Nell'ottica degli effetti della stipulazione novatoria, P. KOSCHAKER, *Bedingte Novation*, cit., 124 s.; W. FLUME, *Der bedingte Rechtsakt*, cit., 99; P. APATHY, *'Animus novandi'*, cit., 149 ss.; J.D. HARKE, *'Mora debitoris'*, cit., 75 s.; I. REICHARD, *Delegation und Novation*, cit., 91.

³⁷ Quanto ai presupposti della *perpetuatio*, C.A. CANNATA, *'Perpetuatio obligationis'*, in *Seminarios Complutenses*, IV, 1992, 49 ss.; ID., *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando'*, in *SDHI*, XXXII, 1966, 89 ss.; si veda inoltre M. KASER, *'Perpetuari obligationem'*, in *SDHI*, XLVI, 1980, 87 ss., nonché, nella letteratura più recente, R. SANTORO, *'Perpetuari obligationem'*, in *AUPA*, LVII, 2014, 179 ss., e G. ALBERS, *'Perpetuatio obligationis'*, cit., 252 ss.

A tale esito sospingevano talune riflessioni sviluppate dai giuristi romani in materia di mora, nelle quali però l'attenzione era andata concentrandosi sugli effetti della stipulazione novativa, non già su quelli del patto di non chiedere.

Così, rilevava Guarneri Citati: «esisteva una tradizione illustre (Giuliano D. 45,1,56 § 8; Venuleio D. 46,2,31), che escludeva l'influenza della seconda stipulazione sugli effetti prodotti dalla mora della prima. Contro questa si era pronunziato invece Marcello sostenendo l'opinione opposta e ammettendo che la seconda stipulazione eliminasse gli effetti della mora (D. 46,3,72, § 1)»³⁸. Sulla medesima linea di Guarneri Citati, peraltro, è da segnalare un'opinione piuttosto consolidata³⁹.

È probabile che la posizione espressa da Riccobono jr. risentisse di quest'impostazione.

Né si può negare che il quadro sia suggestivo e anche plausibile: nondimeno, la possibilità di attribuire a Giuliano una posizione piuttosto definita con riguardo al *pactum de non petendo* mi pare da valutarsi con grande prudenza.

Più cauta, e a mio giudizio più convincente, è la posizione espressa da Masi, il quale osserva che «ai nostri fini interessa comunque rilevare che dal tenore del passo di Scevola, trattandosi di una critica ad una opinione di Giuliano, potrebbe dedursi che quest'ultimo non riteneva che il *pactum de non petendo* fosse di qualche ostacolo alla costituzione in mora, nonostante l'azione non potesse essere proposta utilmente»⁴⁰.

7. L'assorbimento della prospettiva sostanziale in quella processuale

Nella misura in cui si reputi plausibile l'impostazione suggerita da Salvatore Riccobono jr., sarebbe da supporre che per Giuliano un accordo di non chiedere concluso prima della mora risultasse inidoneo a incidere su di essa; o meglio, quell'accordo non sarebbe in grado di incidere sulla

³⁸ Così A. GUARNERI CITATI, *Contributi*, cit., 276, il quale inoltre osserva: «Giuliano decideva che ove, dopo verificatasi la mora, la cosa dovuta formasse oggetto di una nuova obbligazione, la prima, mancando la *novatio*, continuava ad esistere senza che la mora ne fosse affatto emendata (45,1,56,8). È con Marcello che riguardo a questo punto la dottrina della *purgatio morae* compie un notevole passo innanzi: si veda *ibidem*, 306.

³⁹ Cfr. M. BOHÁČEK, *Note*, cit., 360 s., F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, Napoli, 1950, 96 ss., H.J. LÉGIER, '*Tacita condicio*', in *RHD*, XLIV, 1966, 26 ss.

⁴⁰ Così A. MASI, *Studi*, cit., 191.

regola in base alla quale l'impossibilità intervenuta in tempo di mora resta a carico del debitore.

Se ne ricaverebbe l'immagine di un Giuliano che esibisce, anche di fronte ai problemi del *pactum de non petendo*, una visione geometrica, rigorosa, fondata sulla prospettiva dell'obbligazione in sé considerata.

Il ragionamento giuliano sarebbe quindi nel senso che non siano immaginabili interferenze tra il piano dell'obbligazione e altri piani, adiacenti e rilevanti e purtuttavia distinti, incluso quello del *petere*.

Una lettura – per così dire – riduzionista di quanto emerge da Iul. 52 dig. D. 45.1.56.8 è quella che propone Cannata, il quale sul passo si era pronunciato in modo per vero piuttosto marginale nel contesto della recensione al libro di Werner Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*.

Per Cannata, l'esito in quel testo rappresentato in termini di mancata *purgatio morae* sarebbe stato da porsi in relazione non tanto con la peculiare concezione giuliana in ordine alla stipulazione novatoria, eventualmente da riferire poi anche al *pactum de non petendo*, quanto piuttosto con la fisionomia del caso di specie. Soprattutto, occorrerebbe prestare attenzione al fatto che «qui la cosa è senz'altro perita durante la mora, che non è stata purgata dalla stipulazione novatoria, essendo questa intervenuta prima della mora stessa»⁴¹.

In effetti, anche a me pare che non sia consentito trarre troppo da Iul. 52 dig. D. 45.1.56.8.

Sarei dunque dell'idea di adottare una sospensione di giudizio quanto alla posizione di Giuliano.

Al contempo, resta fermo che dalla lettura di Scaev. *apud* Iul. 22 dig. D. 2.14.54 è ricavabile che Quinto Cervidio Scevola avesse tratto da Marcello l'idea che il *pactum de non petendo* fosse immediatamente in grado di incidere sul *petere*, ma in via mediata arrivasse a toccare l'obbligazione; quindi, quel patto precludeva gli effetti della mora.

In definitiva, il modello concettuale di Scevola e Marcello sottende una prospettiva di assorbimento tra il momento processuale e quello sostanziale.

Stanti queste premesse, è opportuno portare l'attenzione su un'affermazione paolina, la quale consente di sviluppare implicazioni ulteriori rispetto al ragionamento condotto sin qui.

Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40: *Non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.*

⁴¹ Cfr. C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI*, LVII, 1991, 370.

Le parole generalizzanti di Paolo suonano chiare.

Si afferma che non può ritenersi costituito in mora il debitore di denaro nei confronti del quale non è possibile *petere*.

Evidentemente il passo si riferisce all'esercizio dell'azione in processo: si parla di *petere*, per l'appunto.

Quindi è come se il giurista affermasse, andando dritto al cuore delle questioni, che non ha senso parlare di mora ove al creditore non sia consentito agire; o meglio, non ha senso parlare di mora ove al creditore che agisca sia opponibile l'eccezione.

L'affermazione è senza dubbio rilevante ai fini del nostro discorso, giacché qui si coglie l'esito rappresentato da un completo e definitivo assorbimento della prospettiva sostanziale in quella processuale.

Se si preferisce dir così, l'inesigibilità esonda nell'idea di una vera e propria inesistenza del credito.

Per certi versi, il tenore assai perentorio dell'affermazione suona sospetto: esso potrebbe far presumere che a monte vi fosse stata una discussione sul punto; e, in effetti, sappiamo del coinvolgimento di Scevola e Marcello, nonché di Giuliano, il quale ultimo forse aveva un'opinione diversa.

Giunti a questo punto, occorre tenere in considerazione due testi di Scevola.

Da un lato, v'è:

Scaev. 5 *quaest.* D. 45.1.127: *Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat et fideiussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus: nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est. esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea.*

Dall'altro lato:

Scaev. 5 *quaest.* D. 50.17.88: *Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.*

I due frammenti, escerpiti dal libro quinto delle *quaestiones*, sarebbero da vedersi in sequenza, per lo meno stando a Lenel⁴².

Certo, non è detto che tutto in questi testi sia genuino.

Si può pensare a qualche semplificazione: in particolare, le parole *nulla*

⁴² Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae, 1889, 275 s.

intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est, ripetute qui e là identiche, appaiono plausibilmente il frutto di un processo di 'normativizzazione' di materiali scevoliani⁴³; e verrebbe da pensare quasi a un processo di messa in forma di *regulae* derivanti da un'elaborazione antecedente (e più complessa)⁴⁴.

Di certo, la regola *nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* appare stabilizzata e data per acquisita.

Ecco allora che, percorrendo la traiettoria di pensiero che da Scevola conduce a Paolo e poi ritorna a Scevola, in una trama di ragionamento che si costruisce tenendo in conto anche i contributi di Marcello e di Giuliano, vien da concludere nel senso che il debitore non potesse essere considerato in mora nell'adempimento di un'obbligazione per la quale il creditore non fosse legittimato ad agire in giudizio.

Si delinea un modello che risponde a una regola fondamentale: la valutazione sul *petere* assorbe in sé quella in ordine al sussistere o meno della mora. Precisamente, questo è da intendersi nel senso che, allorché l'agire riveli la sua inanità, in quanto all'azione sarebbe opponibile l'eccezione, esclude che scattino gli effetti della mora.

Il testo di Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40 è da vedersi come il punto d'approdo di un percorso in questa direzione.

La preponderanza del momento processuale su quello sostanziale rende ragione del fatto che, in presenza di *pactum de non petendo*, non si produce mora prima che l'obbligazione sia tutelabile in via di azione, stante l'opponibilità dell'eccezione.

⁴³ Nel senso in cui ne parlava P. STEIN, 'Regulae iuris'. *From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh, 1966, 109 ss.; si veda anche T. MASIELLO, *Le 'Quaestiones publice tractatae' di Cervidio Scevola*, Bari, 2003, 50.

⁴⁴ In particolare, su Scaev. 5 *quaest.* D. 45.1.127, cfr. W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der Römischen Bürgschafts stipulationen*, Weimar, 1932, 76 ss.; ID., *Zu den Römischen Bürgschafts stipulationen*, in *ZSS*, CXIII, 1996, 106 ss.; G. PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione causata dal 'paterfamilias' e dal fideiussore*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, s.d. (ma 1955), 592 s.; P. FREZZA, *Garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I. *Le garanzie personali*, Padova, 1962, 49 s.; incentrato su un tratto cronologico successivo, ma con attenzione anche alle fonti romane, è il saggio di E.J.H. SCHRAGE - R.P. SCHOEN, 'Mora debitoris' dans le droit savant avant Accurse, in *RHD*, LVII, 1989, 87 ss.; si veda poi A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen. Eine Neubesichtigung unter aktionenrechtlichen Aspekten*, München, 2009, 149. In precedenza, S. SOLAZZI, *Mora del convenuto con le azioni adietitiae e mora del fideiussore*, in *RISG*, LXI, 1919, 3 ss., poi in *Scritti di diritto romano II (1913-1924)*, Napoli, 1957, 259 ss., in specie 260, sebbene da un punto prospettico differente rispetto a quello qui adottato; un cenno era già in ID., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano)*, in *BIDR*, XXIII, 1911, 167, nt. 1.

Sotto questa luce meritano di essere riletti i testi di Scevola tratti dal libro quinto delle *quaestiones* e conservati in D. 45.1.127 e in D. 50.17.88.

È la medesima luce che illumina il senso del passo Scaev. *apud* Iul. 22 *dig.* D. 2.14.54, da cui avevo preso le mosse. A sua volta, il sistema di pensiero di Scevola meglio si comprende se si guarda a Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40, ove tutti i problemi sono visti in un'ottica – per così dire – di risultato processuale: non v'è mora a carico del debitore contro il quale il creditore non abbia azione, ovvero non v'è mora a carico del debitore che dispone dell'eccezione.

8. L'eccezione di patto in funzione di purgatio morae

Torniamo ora a prestare attenzione allo studio di Reichel.

Il suo fondamentale contributo poggia per intero sulla premessa di una divaricazione piuttosto netta tra il piano dell'obbligazione civile, per un verso, e quello di diritto pretorio, per altro verso: si osserva che sul primo piano poteva interferire soltanto l'*acceptilatio*, la quale conduce a effetti remissori, mentre sul secondo opera il *pactum de non petendo*.

Si potrebbe allora pensare che, muovendo da queste idee portanti, Reichel sviluppi il suo discorso sulla linea di una fondamentale incomunicabilità tra l'ambito della mora e quello dell'eccezione scaturente dal patto di non chiedere.

Invece, il ragionamento di Reichel non corre in quella direzione: proprio traendo ispirazione dai due testi Scaev. 5 *quaest.* D. 50.17.88 e Scaev. *apud* Iul. 22 *dig.* D. 2.14.54, egli approda a talune considerazioni di segno tutt'affatto diverso.

Trattando della rinuncia perpetua, Reichel dapprima osserva che «se il debitore era già in mora, questa viene meno. Le obbligazioni sino a quel momento già nate dalla mora (per es. interessi moratori maturati) nel dubbio sono sottoposte all'*Einforderungsverzicht* e da quel momento non maturano più interessi moratori»⁴⁵. Di seguito, con attenzione alla rinuncia *ad tempus*, la medesima intuizione di fondo è così ripresa: «in pendenza del termine della *Stundung* non vi è alcuna mora. Se già vi fosse mora, questa cesserebbe. Questa potrebbe intervenire nuovamente allo scadere del termine. Se però alla *Stundung* è apposta come termine finale una data di calendario, il debitore cade nuovamente in mora se entro quel

⁴⁵ H. REICHEL, *Il 'pactum'*, cit., 93.

giorno non esegue la prestazione, senza bisogno di costituzione in mora»⁴⁶.

Quindi l'operatività del patto sul piano dell'obbligazione viene portata fino alla sua massima estensione: precisamente, si afferma che l'interposizione dell'eccezione scaturente dal patto è in grado di produrre per il futuro il blocco del maturarsi degli interessi moratori; quanto al passato, inoltre, l'eccezione rende inesigibili gli interessi già maturati.

Il nesso diretto che in questo modo viene prospettato tra l'azione e la mora produce esiti che, per vero, neppure le fonti romane avevano indicato con chiarezza: l'esercizio dell'eccezione, che fa scattare gli effetti del patto, non soltanto impedisce la mora per il tempo che verrà, ma genera anche una *purgatio morae* in relazione agli interessi moratori che siano sorti fino a quel momento.

L'*Einforderungsverzicht* realizza dunque una sorta di retroazione dell'eccezione sul passato.

Il punto d'approdo paolino (si torni con lo sguardo a Paul. 3 *quaest.* D. 12.1.40) doveva essere tenuto in precisa considerazione da Reichel, il quale ne ricavava anche talune conseguenze implicite.

Certo, il *modus operandi* è quello tipico di un pandettista.

Merita ribadire che l'intendimento era quello di costruire una figura giuridica che fosse direttamente applicabile entro le maglie del BGB: l'introduzione dell'*Einforderungsverzicht*, costruito sulle ceneri dell'antico *pactum de non petendo*, era sostenuta dall'idea di disegnare uno strumento agile, quanto al contempo ricco di effetti.

Quindi l'autore tedesco non si lasciava sfuggire l'opportunità di collegare a quello strumento gli effetti più forti, nel segno di un'assoluta e completa *purgatio morae*.

L'*Einforderungsverzicht* era tratto fuori dal rischio di collocarsi in una sorta di isolamento processuale, per arrivare invece a incidere in modo sensibile sul terreno sostanziale.

Per essere esatti, non era messa in discussione l'obbligazione in sé, la quale permane viva, però quell'obbligazione risulta depotenziata di ogni effetto sul piano della mora, tanto *de futuro* quanto per il passato.

Al centro del meccanismo è sempre l'eccezione: la *purgatio morae* opera dal momento dell'interposizione dell'eccezione in avanti, ma con effetti anche quanto al tempo intercorrente tra il momento della caduta in mora, purché successivo al patto, e quello in cui viene sollevata l'eccezione.

In sostanza, si realizza una *purgatio morae* che va a elidere gli interessi già maturati.

⁴⁶ H. REICHEL, *Il 'pactum'*, cit., 118.

9. Il modello dell'accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione nel dibattito civilistico contemporaneo

È venuto ora il momento di riportare l'attenzione sul contemporaneo.

Come già ho accennato, il recente dibattito civilistico ha prestato significativa attenzione al *pactum de non petendo*; né sono mancati contributi che hanno affrontato specificamente il tema della permeabilità del piano sostanziale della mora per opera del *pactum de non petendo*.

Più precisamente, l'interrogativo fondamentale è se l'interposizione dell'eccezione nascente da *pactum de non petendo* sia in grado di impedire gli effetti che si collegano al verificarsi dei presupposti della *mora debendi* di cui all'art. 1219 c.c., siano essi quelli della mora *ex persona* oppure quelli della mora *ex re*.

Non è necessario qui soffermarsi sulle ben note dinamiche che sono sottese all'art. 1219 c.c.⁴⁷.

Inoltre, è da dire che certamente nulla potrebbe cambiare *quoad effectum* in ragione del fatto che la mora venga a scattare per effetto di intimazione oppure in via automatica; a mutare, però, è la morfologia della dialettica che s'instaura tra creditore e debitore. Ciò è da intendersi nel senso che soltanto nell'ipotesi di messa in mora a mezzo di intimazione il debitore ha modo di esprimere la propria eccezione a fronte di una pretesa creditoria che si formalizzi prendendo le forme di un'intimazione.

Quando si tratti di mora *ex persona* il debitore invocherà il patto, utile per opporsi agli effetti della mora, a fronte di una precisa richiesta creditoria: quindi, proprio a quell'altezza viene a realizzarsi plasticamente la dinamica tra pretesa ed eccezione.

Per esemplificare: Tizio debitore potrà opporre a Caio creditore intimante che, stante l'accordo di non chiedere la somma stabilita fino a una certa data, egli non pagherà quella somma, precisando inoltre che non pagherà gli interessi moratori per tutto il tempo di validità del patto.

Del pari, il debitore potrebbe obiettare al creditore istante di ritenersi esonerato da ogni responsabilità per l'ipotesi di perimento del bene oggetto della prestazione durante il tempo della mora.

Com'è ovvio, il tema del perimento risulta di scarsa rilevanza pratica allorché si tratti di obbligazioni pecuniarie, stante il principio *genus*

⁴⁷ Sul meccanismo della mora automatica di cui al combinato disposto tra l'art. 1219 c.c. e l'art. 1182 co. 3 c.c., con specifico riguardo alle obbligazioni pecuniarie, mi permetto di fare rinvio a T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2011, 343.

numquam perit o – se si preferisce – il principio di inesauribilità della responsabilità patrimoniale a fronte di obbligazioni pecuniarie⁴⁸; diverso il caso qualora si fosse di fronte a un'obbligazione di *facere*.

Ora però è da chiedersi: quale morfologia assume il fenomeno qualora la mora venga a scattare automaticamente?

In questo caso, posto che gli effetti della mora si producono senza necessità che sia presa alcuna iniziativa da parte del creditore, non è difficile pensare che possa essere anche cospicuo il tempo trascorso tra l'inizio della mora e il momento in cui il creditore abbia ad avanzare la pretesa di adempimento.

Di nuovo si esemplifichi: se Tizio creditore concludesse un patto di non chiedere per cinque anni e dopo pochi mesi dall'inizio di quell'arco cronologico venisse a scattare la mora di Caio debitore, allora Tizio che dopo quattro anni formulasse per la prima volta la sua pretesa volta a ricevere la somma potrebbe vantare anche gli interessi di mora *medio tempore* maturati.

Va detto: chiaro è che la domanda, per capitale e interessi, sarebbe rigettata in forza dell'eccezione nascente dal patto; che la reiezione riguardi non solo il capitale ma anche gli interessi è da ritenersi sicuro⁴⁹. Tuttavia, non per questo i problemi sarebbero d'un tratto risolti. Infatti, esauriti gli effetti del patto, il debitore Caio si troverebbe comunque a dover corrispondere la somma con tanto di maggiorazione di interessi.

Inoltre, se il debitore intendesse adempiere spontaneamente durante il tempo in cui vige il patto, la somma da corrispondere sarebbe quella maggiorata degli interessi moratori⁵⁰.

Stante la regola dell'art. 1182 co. 3 c.c., dettata con riguardo al luogo dell'adempimento, il debitore pecuniario è per regola costituito in mora già alla scadenza e automaticamente: com'è noto, non così se fosse pattuita la chiedibilità della somma.

Sta di fatto che l'ipotesi della mora automatica è senz'altro quella più ricorrente in presenza di *pactum de pecunia non petenda*.

Cosa accade in questi casi? La questione è tutt'altro che banale.

⁴⁸ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni*, cit., 132 ss.

⁴⁹ Si veda già K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrecht*, Leipzig, 1903, 248; più di recente, H. ROTH, *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts*, München, 1988, 219.

⁵⁰ A tali esiti giunge chi afferma la neutralità del *pactum de non petendo* rispetto alla mora: tra i vari, H. ROTH, *Die Einrede*, cit., 157 s. Nello stesso senso, con riguardo all'ordinamento svizzero, H. EIHOLZER, *Die Streitbeilegungsabrede. Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation*, Freiburg, 1998, 182; J.G. SCHÜTZ, *Mediation und Schiedsgerichtbarkeit in der schweizerischen Zivilprozessordnung*, Bern, 2009, 183.

Prima di approntare una risposta, però, due precisazioni si rendono opportune.

La prima attiene alla necessità che, ai fini della mora automatica, l'obbligazione esibisca un grado di determinabilità tale per cui si possa affermare che la somma dovuta risulti effettivamente liquidabile alla stregua di criteri valutati come stringenti: ciò la Suprema Corte impone oggi di tenere in attenta considerazione, giacché se quei criteri non fossero osservati mancherebbero di generarsi *tout court* gli effetti della mora⁵¹.

Una seconda precisazione merita di essere fatta, poi, con riguardo al meccanismo dell'eccezione.

Che per il prodursi degli effetti del *pactum* sia sempre imprescindibile il meccanismo dell'eccezione già ho chiarito in precedenza.

In effetti, anche sotto il profilo qui in discussione, si nota che, se al patto si riconoscesse di produrre effetti diretti (*id est* prescindenti dall'eccezione), gli esiti si rivelerebbero paradossali.

Obiezione ricorrente nella dottrina di lingua tedesca è quella che segue: se s'intendesse far scattare gli effetti del patto senza necessità di interporre l'eccezione, qualora il creditore avanzasse la pretesa corrispondente a capitale e interessi moratori e il debitore nulla eccepisse, meriterebbe di essere accolta la domanda riferita al capitale, mentre la domanda di interessi moratori sarebbe comunque da rigettare; ciò in quanto, per l'appunto, la conclusione del *pactum de non petendo* precluderebbe gli effetti della mora⁵².

Si conferma quindi, anche da altra angolazione, l'incoerenza degli esiti cui darebbe luogo un *pactum de non petendo* che si volesse immaginare slegato dall'eccezione.

Chiariti questi due aspetti, possiamo ora tornare al nodo cruciale, rappresentato precisamente da ciò: è o meno da riconoscersi all'eccezione il potere di produrre una *purgatio morae*?

Appare evidente che la risposta inclina in senso affermativo allorché si

⁵¹ Alludo a Cass., Sez. Un., 13 settembre 2016, n. 17989, la quale è intervenuta sulla nozione di liquidità, da intendersi come determinatezza o almeno determinabilità, in base a una valutazione da effettuarsi alla luce di criteri giudicati – per l'appunto – stringenti. Quella sentenza può leggersi in *Contratti*, 2017, 27 ss., con nota di M. D'ONOFRIO, *Obbligazioni pecuniarie: l'intervento delle Sezioni Unite sul luogo dell'adempimento*. Della questione di fondo, nonché del collegamento tra la decisione della Suprema Corte e la generale struttura di pensiero dottrinale-giurisprudenziale sviluppatasi intorno alle nozioni di valuta e valore, mi sono occupato in T. DALLA MASSARA, *Liquidità e illiquidità, valuta e valore: per una ridefinizione dei confini concettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 536 ss.

⁵² Si veda A. VON TUHR, *Der allgemeine Teil*, cit., 295, come pure P. LANGHEINEKEN, *Anspruch*, cit., 353.

riconosca l'esistenza di un nesso diretto tra l'azione e la mora.

Se il modello concettuale che si adotta è quello di Paolo, si dovrebbe pensare che non v'è mora a carico del debitore contro il quale il creditore non abbia azione; o meglio, non v'è mora a carico del debitore che avverso il creditore disponga dell'eccezione.

In questa generale prospettiva di assorbimento entro la prospettiva dell'*actio*, particolarmente delicato si prospetta il discorso sugli interessi moratori.

Atteso che il patto non produce la remissione dell'obbligazione principale, e però dal momento in cui viene sollevata l'eccezione la pretesa attorea è paralizzata, non sono ancora chiariti tutti i presupposti per cui arrivare a dire se l'obbligazione d'interessi, la quale è legata da rapporto di accessorietà a quella avente per oggetto la somma capitale, sia anch'essa incisa dall'eccezione di patto; inoltre, è da chiedersi se – come voleva Reichel – l'eccezione retroagisca fino al momento dello scattare della mora, purgandone *in toto* gli effetti.

La soluzione della questione dipende essenzialmente da alcune opzioni di carattere generale.

Come ho avvertito fin da subito, pare a me che il *quantum* d'incidenza degli effetti del *pactum de non petendo* sull'obbligazione derivi in ultima analisi da una scelta di dislocazione che si assuma in ordine all'operatività del patto, sicché una tal quale operatività potrà immaginarsi soltanto e rigorosamente sul piano degli effetti processuali, oppure anche su quello degli effetti sostanziali.

10. *L'impostazione generale problemi: l'autonomia dei paciscenti*

Di fronte al dilemma che ho appena esposto, sono persuaso che in via del tutto generale la soluzione debba essere cercata attribuendo prevalenza all'autonomia delle parti. Per quanto possibile, è nella pattuizione stessa – quella con cui creditore e debitore danno corpo al patto di non chiedere – che debbono esser rinvenuti tutti gli spazi utili per condurre a una piena definizione delle molte questioni aperte.

Creditore e debitore hanno l'opportunità di plasmare nella maniera migliore e più precisa, dentro la trama della loro pattuizione, quantità e qualità di effetti del loro specifico accordo.

In modo più esplicito, reputo che nulla osti a una pattuizione nella

quale si precisi se l'accordo sia o meno impeditivo soltanto dell'azione del creditore oppure anche degli effetti della mora.

In quest'ultimo caso, quindi, il patto consegnerebbe al debitore non solo il potere di ottenere il rigetto della domanda, ma anche di impedire il prodursi di tutte le conseguenze che da ciò derivano, *in primis* il decorrere degli interessi; poi, nel medesimo patto, si potrebbe ulteriormente definire se tale elisione scatti soltanto dal momento in cui il debitore esprima la volontà di avvalersi della pattuizione ovvero se quella medesima elisione rimonti all'indietro fino al *dies* della mora automatica.

In questa prospettiva – molto aperta all'autonomia dei paciscenti – si colloca il recente contributo al tema offerto da Mauro Orlandi; riannodando i fili di una più risalente monografia, in un recente saggio l'autore disegna intorno al perimetro dell'antica figura del *pactum* i contorni di una teorica più ampia e comprensiva: così, viene costruita un'architettura tutt'attorno all'idea di un'obbligazione 'ridotta'⁵³, in tal modo definita in quanto i soggetti dell'obbligazione intervengano a modificare da un punto di vista oggettivo quel rapporto, procedendo per sottrazione rispetto a «qualifiche originariamente rilevanti»⁵⁴.

Nel quadro di siffatta riducibilità convenzionale del rapporto, è quindi immaginata anche la possibilità di intervenire per segmenti più o meno ampi: «le parti potrebbero estinguere ogni pretesa del creditore; come pure la sola pretesa degli interessi; o potrebbero restringersi all'*actio* esecutiva, senza toccare quella di adempimento, e via dicendo».

L'impostazione è ispirata a un criterio di massima libertà dei soggetti del rapporto obbligatorio, i quali hanno facoltà di muoversi anche mediante una sorta di *depeçage* in base al quale, per esempio, è possibile «stabilire che l'obbligazione produca interessi da una certa data, ferma la rinuncia all'azione; od ancora restringere l'inesigibilità processuale al solo capitale, od ai soli interessi. Occorre allora misurare il grado di scomponibilità delle posizioni creditorie, ed il corrispondente grado di specificità dell'effetto riduttivo, cioè la possibilità di restringerlo soltanto ad alcune specifiche situazioni»⁵⁵.

Quanto al tema specifico della relazione tra *pactum* e mora, anche qui l'approccio è improntato alla massima flessibilità, nel senso che non viene esclusa a priori alcuna delle strade: «o il *pactum* incide soltanto sulla situazione processuale, precludendo l'*actio*, ed allora esso non toccherà

⁵³ M. ORLANDI, *La categoria*, cit., 447 ss.

⁵⁴ M. ORLANDI, *La categoria*, cit., 475.

⁵⁵ M. ORLANDI, *La categoria*, cit., 475.

gli effetti sostanziali della mora, sicché il debito inesigibile continuerà ad accrescersi nella misura degli interessi di tempo in tempo maturati; ovvero esso incide sulla stessa scadenza, differendola *sine die*, ed allora verrà meno la stessa logica configurabilità di una mora e dei relativi effetti»⁵⁶.

Si apre allora lo spazio per una dicotomia tra inesigibilità sostanziale e inesigibilità processuale, in base alla quale – coerentemente rispetto alle premesse poste – è possibile stabilire nel patto che a finire dentro una sorta di cono di cristallizzazione sia il debito, sicché è corretto credere che non decorrano gli interessi moratori; oppure si può decidere che dentro quel medesimo cono sia collocata l'azione, con la conseguenza che in tal caso non si darebbero ostacoli al maturarsi di interessi, fermo restando che sarebbe pur sempre preclusa l'azione giudiziale.

Insomma, fin tanto che è possibile, l'autonomia merita senz'altro di prevalere.

È questa un'impostazione assai convincente: credo che tutto sommato l'autonomia delle parti non incontrerebbe ostacoli di sorta, almeno a misura che ci si muova nell'ambito dei diritti disponibili; certo, poi sarebbe sempre essenziale che non si rischiasse alcuna compressione del diritto di agire in giudizio, tutelato ai sensi dell'art. 24 della Costituzione.

Ma, anche una volta detto ciò, ritengo che non tutti i problemi siano risolti.

Resta infatti da chiedersi: *quid* se le parti nulla di tutto ciò abbiano previsto nel loro patto?

11. *Una proposta di ricostruzione, in assenza dell'esercizio dell'autonomia dei paciscenti*

Non è affatto implausibile che le parti nulla (o ben poco) abbiano previsto in sede di conclusione del patto di non chiedere: si pensi al caso in cui occorra interpretare un *pactum* del tipo «non ti chiederò»⁵⁷.

Penso allora che sia opportuno avanzare una proposta di interpretazione tipica del *pactum de non petendo*, per tale intendendo un assetto di regole che governino gli effetti del patto allorché questo non fornisca all'interprete indici utili per leggere in esso qualche sorta di specifica opzione.

⁵⁶ M. ORLANDI, *La categoria*, cit., 475.

⁵⁷ M. ORLANDI, *La categoria*, cit., 476, nt. 69.

Certo, se ci si muove sul piano dell'interpretazione, occorre anzitutto considerare le regole generali di cui agli artt. 1362 ss. c.c.

Tra queste, un'attenzione particolare merita l'art. 1371 c.c.: «qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se a titolo oneroso».

La lettura dell'art. 1371 c.c. offre l'occasione per introdurre una variabile rilevante nella valutazione degli effetti del *pactum de non petendo*: il creditore potrebbe assumere l'impegno di non chiedere per un certo periodo di tempo verso un corrispettivo.

Se il patto di non chiedere è oneroso, il criterio di cui all'art. 1371 c.c. appare in grado di orientare l'interpretazione dell'accordo.

In specie, pare a me che la presenza di un *quantum* pagato dal debitore per non essere escusso sia incompatibile con il decorrere di interessi moratori durante il tempo di validità del patto.

In linea di massima, credo infatti che la linea argomentativa più convincente sia quella nel senso che l'equo contemperamento venga realizzato dalle parti proprio escludendo che alla somma fissata quale corrispettivo sia da sommarsi il *quantum* degli interessi.

Tale indicazione – è appena il caso di ribadirlo – varrebbe solo in assenza di una sufficientemente perspicua indicazione di segno contrario da parte dei paciscenti.

Ora è invece da chiedersi: cosa accade nei casi – senza dubbi i più frequenti – nei quali il creditore si obbliga senza corrispettivo, dunque in linea generale semplicemente per agevolare la posizione del debitore?

L'indicazione che si ricava dall'art. 1371 c.c. corre nel senso che non sia troppo gravata la posizione del debitore.

Una volta precisato – ove fosse necessario – che il debitore all'interno del meccanismo del *pactum de non petendo* corrisponde a colui che era creditore nella relazione obbligatoria a monte (è infatti il creditore che a mezzo del patto assume l'impegno di non chiedere), allora si potrebbe argomentare nel senso che la minore gravosità per il debitore (nel patto) sarebbe in tal caso assicurata riconoscendo il sorgere degli interessi moratori.

In altri termini, il ragionamento filerebbe così: il creditore che si obblighi a non chiedere non meriterebbe di essere eccessivamente penalizzato per l'impegno che si è assunto e, proprio per questa ragione, il maturare degli interessi a suo vantaggio costituirebbe un corretto bilanciamento.

Ebbene, queste considerazioni valgono per dire che, senza dubbio, non

si potrebbe negare che quello che si evince dall'art. 1371 c.c. sia un criterio meritevole di essere tenuto in attenta considerazione tutte le volte in cui, in relazione al caso di specie, abbia a evidenziarsi un eccesso di gravosità dell'impegno assunto dal creditore paciscente. Però a me sembra che l'art. 1371 c.c. non sia in grado di assicurare una risposta di ordine generale, la quale valga a superare *in totum et totaliter* i problemi visti sopra.

In linea di massima, credo che dalle norme sull'interpretazione siano ricavabili indicazioni preziose e tuttavia sempre complementari, senza pretesa di individuare soluzioni standard di fronte ai tanti dubbi sopra esposti.

Pare a me, invece, che l'inquadramento più confacente alle esigenze sottese al patto di non chiedere possa essere il seguente: per tutta la durata del patto, in qualunque momento il debitore abbia sollevato l'eccezione, è da reputarsi che da quell'istante in poi quest'ultima eviti senz'altro gli effetti della mora.

Il piano sostanziale e quello processuale – come emerge chiaro dalla riflessione più matura dei giuristi romani – non meritano di andare scissi: l'obbligazione di base rimane in vita, altrimenti si tratterebbe di una remissione, ma non per questo avrebbe senso parlare di mora ove creditore e debitore si siano accordati sul *non petere*.

L'accordo sull'azione non può non incidere sul piano delle conseguenze del ritardo nell'adempimento dell'obbligazione; sono persuaso quindi che l'obbligazione accessoria di interessi sia incompatibile con l'eccezione nascente dal patto. Così, da quando il debitore fa valere il patto, quantomeno per il futuro (degli effetti sul passato si dirà nello specifico tra breve), il ritardo risulta assorbito entro la disciplina del patto.

Ogni riflessione sul punto pare a me agevolata dall'analisi sviluppata fin qui nella prospettiva dei modelli: appare preferibile muovere da un modello di patto che rimane confinato all'operatività sul piano strettamente processuale oppure da un modello che sperimenta una comunicazione tra piano sostanziale e piano processuale?

L'approfondimento del pensiero controversiale dei giuristi romani si è rivelato utile per comprendere quali sono gli elementi di coerenza interna di ciascun modello; sia chiaro, non vi è un modello in assoluto e a priori migliore dell'altro, però se si sceglie di adottare un certo modello di *pactum de non petendo*, occorre conoscerne le varie implicazioni.

12. *Ancora sulla proposta di ricostruzione: in specie sugli effetti del pactum con riguardo al passato*

Si è detto degli effetti del patto con riguardo al futuro: è ancora da dire del problema degli effetti della medesima eccezione con attenzione al passato.

La risposta che pare a me preferibile è qui nel senso che l'eccezione meriti di produrre una *purgatio morae* rispetto al passato.

Come già Reichel aveva osservato, l'eccezione fondata sul patto genera una soppressione di tutti gli effetti della mora, rimontando all'indietro fino al termine iniziale di validità del patto.

Anche al netto delle considerazioni che fanno leva sull'immedesimazione tra l'azione e l'obbligazione, mi pare possa essere utile una riflessione: il debitore che abbia concluso con il suo creditore un patto di non chiedere, senza precisazioni con riguardo alla mora, ha ragione di attendersi dal creditore che questi abbia implicitamente rinunciato agli effetti della mora; intendo dire che, nella misura in cui il debitore scelga di invocare quell'accordo (che, appunto, è nella disponibilità del debitore di rendere operante), appare ragionevolmente fondato l'affidamento che siano in radice esclusi i presupposti perché possa darsi l'imputabilità del ritardo del debitore.

Per quanto le fonti romane non si esprimano in modo esplicito sul punto, il modello di coerenza che ne emerge è quello di una profonda immedesimazione tra piano sostanziale e piano processuale.

Se l'eccezione blocca l'azione, sembra radicalmente illogico parlare di mora: questo è il punto d'approdo della giurisprudenza romana.

Si potrebbe aggiungere che milita in tal senso una considerazione del rapporto obbligatorio e delle vicende che lo toccano alla luce del criterio di cui all'art. 1175 c.c.

In linea pratico-applicativa, inoltre, vale la pena di considerare le ingiustificabili diversità di regime che altrimenti si prospetterebbero in ipotesi di mora *ex persona* e di mora *ex re*.

Come sopra ho rilevato, la mancanza di un efficace raccordo logico tra la mora *ex re* e l'opponibilità dell'eccezione rischierebbe di produrre effetti a totale detrimento del debitore che incorra in mora automatica; ed è proprio questa l'ipotesi che si presenta di regola nei casi più frequenti, ossia quelli in cui il *petere* abbia per oggetto una somma di denaro.

Quello che ho fin qui descritto pare a me possa profilarsi come un disegno d'impostazione generale dei problemi.

V'è un dubbio che rimane aperto.

Occorre chiedersi se, allorché fossero stati previsti interessi moratori convenzionali che esprimano un intendimento particolarmente compulsorio nei confronti del debitore intempestivo, un *pactum de non petendo* che nulla precisi in punto di mora non rischi di rivelarsi eccessivamente penalizzante per il creditore paciscente, anche alla luce dell'art. 1371 c.c.

Questo è per dire che quantomeno un supplemento d'indagine meriterebbe di essere dedicato dall'interprete sul punto: occorrerebbe prestare una speciale attenzione alla convenzione degli interessi, nonché a ciò che a essa appare sotteso, prima di decidere se in relazione al passato si possa eventualmente arrivare a escludere l'effetto di *purgatio morae*.

Le norme sull'interpretazione svolgono una funzione sempre essenziale, ove siano presenti anche soltanto tenui indici sui quali lavorare.

Dopodiché, va ribadito che nessuna generalizzazione troppo rigida meriterebbe di essere accreditata: il problema deve sempre essere affrontato con attenzione allo specifico assetto d'interessi, valutando se davvero non si possano trarre elementi significativi, per un verso, dalla convenzione in tema di mora (quando vi sia), nonché, per altro verso, dalla pattuizione di non chiedere, l'una e l'altra tenute in conto quasi entro una tessitura interpretativa unitaria.

Poco spazio ho dedicato fin qui al *pactum de non petendo ad infinitum*.

L'accordo di non chiedere senza limiti di tempo rappresenta un'ipotesi nella prassi piuttosto marginale, tuttavia pare a me che la ricostruzione poc'anzi suggerita valga a più forte ragione in tal caso.

È sufficiente osservare: come si potrebbe pensare che gli interessi moratori andassero a montare *ad infinitum* nel corso del tempo, così da arrivare alla conclusione che, se il debitore decidesse di estinguere spontaneamente l'obbligazione, spetterebbe a lui di saldare tutti gli interessi?

Se si condivide quest'esito, credo allora che dovrebbe valere anche una considerazione di coerenza tra l'ipotesi del patto a tempo rispetto a quella del patto *ad infinitum*.

Infine, ancora una riflessione su quel che accade dopo che il patto abbia esaurito i suoi effetti.

Ebbene, terminata l'efficacia del patto, se per tutto il tempo di sua validità non siano state sollevate eccezioni, l'eventuale successiva messa in mora da parte del creditore dovrebbe produrre i suoi effetti rimontando fino al momento della scadenza dell'obbligazione; viceversa, credo che non sarebbe accoglibile l'idea di una sospensione del tempo della mora per l'arco di tempo in cui l'eccezione sarebbe stata opponibile, ma di fatto non è stata sollevata.

In definitiva, ragionerei in questi termini: con il *pactum de non petendo* è consegnato al debitore un potere; non v'è dubbio che sia onere del debitore di attivare quel potere: qualora non sia stata esercitata l'eccezione, l'obbligazione produce tutti i suoi effetti anche in relazione alla mora.

Anche da questo punto di vista, si conferma la linea di discriminare tra il *pactum de non petendo* e l'accordo di dilazione del termine; il *pactum* – come si è più volte detto – produce effetti soltanto in via di eccezione.

13. *Riflessioni conclusive sull'accordo di non chiedere nella prospettiva dei modelli: più modelli di riferimento?*

Giunti al termine di queste riflessioni, credo si possa dire che la lettura delle testimonianze dei giuristi classici ha consentito di delineare un percorso su cui hanno trovato ideale appoggio molte delle considerazioni riferibili all'oggi.

La comparazione diacronica ha garantito l'effetto di un cospicuo allargamento del cono della conoscenza delle strutture e dei meccanismi che governano il *pactum de non petendo*.

Come si è detto in apertura, sarebbe del tutto incongruo pensare che la lettura dei frammenti di Scevola e degli altri *prudentes* conduca semplicemente a trovare la soluzione dei problemi posti dal patto di non chiedere nel contemporaneo: nessuna funzione euristica è da ascrivere alla comparazione diacronica.

È invece nei termini di un contributo di conoscenza che si percepisce il beneficio della lettura dei classici.

Così, per venire al nostro tema, il confronto di Scaev. *apud* Iul. 22 *dig.* D. 2.14.54 ha dato avvio a una riflessione sulla relazione tra *pactum de non petendo* e mora che ponesse al centro la concreta possibilità di *petere*.

In generale, l'intuizione dei giuristi romani – entro una linea che mette insieme Scevola, Marcello e Paolo – va nel senso che il *pactum de non petendo* esibisca un'espansività dal piano dell'azione a quello dell'obbligazione, in direzione di una valutazione concreta in punto di esigibilità; tale valutazione non può non incidere, in quel sistema, su un giudizio di esistenza stessa dell'obbligazione.

Rubando le parole al dibattito contemporaneo, si potrebbe dire che in quel contesto si evidenzia un approccio che concentra l'attenzione – se volessimo dirla con Falzea⁵⁸ – sul profilo dell'efficacia giuridica.

⁵⁸ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 ss. Con ri-

D'altra parte, lo stesso Reichel, nel momento in cui andava a valutare gli effetti dell'*Einforderungsverzicht* sulla mora, pur rimanendo un passo a monte rispetto agli esiti di una remissione, non mostrava dubbi sul fatto che il patto sarebbe stato in grado di comprimere l'obbligazione accessoria di interessi; per Reichel l'eccezione avrebbe realizzato una *purgatio morae* tanto per il futuro, con riferimento agli interessi maturandi, quanto per il passato, ossia in relazione agli interessi maturati.

Se si guarda al *pactum de non petendo* nella cornice del sistema italiano vigente, è da credere che occorra prestare attenzione anzitutto all'analisi della singola pattuizione, caso per caso.

Ciò vale come opzione di metodo del tutto preliminare.

L'autonomia delle parti può plasmare l'assetto di interessi in modo tale che il patto di non chiedere sia in grado di incidere soltanto sul profilo dell'azione oppure anche su quello dell'obbligazione.

Le parti potrebbero stabilire, per un verso, che l'interposizione dell'eccezione vada a paralizzare l'azione lasciando prodursi gli effetti della mora; oppure i paciscenti potrebbero decidere, per altro verso, che quella medesima eccezione elida la mora: a quel punto, le parti sarebbero nella condizione di definire ulteriormente se gli effetti del patto sulla mora abbiano a decorrere dal momento in cui viene sollevata l'eccezione, quindi soltanto *de futuro*, oppure anche con effetto di *purgatio morae* per il passato.

Il *pactum de non petendo* si presenta come uno strumento assai duttile di modulazione dell'obbligazione nella distensione cronologica.

Lo sforzo di ricostruzione dei profili del *pactum de non petendo*, quale ho cercato di mettere in campo nelle pagine di questo Capitolo, conduce quindi a identificare in astratto più modelli di *pacta*.

È una rappresentazione che – lo ripeto – vale soltanto in generale e in astratto, quasi in guisa di una fotografia aerea scattata in alta quota.

Ebbene, il livello minimo di efficacia del *pactum de non petendo* è rappresentato dall'opponibilità di un'eccezione che paralizzi esclusivamente la pretesa del creditore.

In questo modo, ci si trova a cospetto di una nozione di *pactum de non petendo* che non influisce sulla mora: gli effetti sostanziali – collegati al decorrere degli interessi e alla ripartizione del rischio – si produrrebbero senza subire interferenze.

È questa la ricostruzione che, nel dibattito civilistico recente, è stata proposta da Paolo Gallo⁵⁹.

guardo specifico ai temi qui in discussione, si vedano anche le riflessioni di P. PERLINGIERI, *Cessione del credito ed eccezione d'inesigibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 506 s.

⁵⁹ Si veda P. GALLO, *'Pactum'*, cit., 1007 s.

Parlerei, per quest'ipotesi, di *pactum de non petendo* in senso stretto; oppure, se si preferisce, di *pactum de non petendo* con effetti puramente processuali.

Diverso modello giuridico è quello che ricorre allorché il *pactum* arrivi a produrre gli effetti di *purgatio morae*.

In questo caso, la linea dell'obbligazione e quella dell'azione mostrano un'evidente sovrapposizione; dal momento in cui viene opposta l'eccezione, il debitore si esonera dagli effetti della mora: e ciò vale in relazione alla dislocazione del rischio per l'impossibilità sopravvenuta come pure – certamente più rilevante, perlomeno quando si parla di patto di non chiedere pecunia – di fronte al caso in cui il creditore vanti il maturarsi di interessi moratori in conseguenza del ritardo di pagamento.

L'eccezione nascente dal patto si rivela allora in grado di elidere l'obbligazione accessoria di interessi.

Potremmo dire di essere qui di fronte a un *pactum de non petendo* in senso lato; o anche, potremmo dire di essere a cospetto di un *pactum de non petendo* con effetti sostanziali.

Quando sia questa l'ipotesi, ribadito ancora una volta che merita di essere fatta salva ogni indicazione ricavabile dalla pattuizione, v'è da chiedersi se gli effetti sulla mora scaturenti dall'eccezione fondata sul patto debbano riferirsi soltanto al futuro oppure anche al passato.

Già mi sono espresso nel senso che, in assenza di specifiche indicazioni provenienti dall'autonomia delle parti, il *pactum de non petendo* abbia a produrre una vera e propria *purgatio morae*.

In linea generale, dunque, accolgo l'idea che, durante il periodo di validità del patto, l'eccezione escluda in radice la mora.

Si potrebbe obiettare che, assunta questa fisionomia, il *pactum de non petendo* inteso in senso ampio, quindi produttivo di effetti sostanziali, finirebbe per sovrapporsi a un accordo di dilazione del termine. Così però pare a me che non sia, perché – come ho detto – il *pactum* è produttivo di effetti soltanto in via di eccezione.

La rappresentazione dei problemi in tema di accordo di non chiedere si mostra articolata e, per quanto detto, non riducibile a un unico schema.

In conclusione, si potrebbe osservare che, se fin qui si è inteso che il modello corrisponde a un consolidamento di regole, in questo caso sarebbe opportuno parlare quantomeno di due distinti modelli: v'è il *pactum de non petendo* in senso stretto ovvero con effetti puramente processuali, nonché il *pactum de non petendo* inteso in senso ampio, produttivo di effetti sostanziali.

Però questo secondo modello, a sua volta, potrebbe produrre effetti sulla mora soltanto *de futuro*, oppure anche sul passato, in tal caso con pieni esiti di *purgatio morae*.

Vale poi la giustapposizione tra il *pactum de non petendo* a tempo e quello all'infinito, quest'ultimo certamente piuttosto peculiare (oltreché residuale).

Naturalmente, ogni riflessione sviluppata nella prospettiva dei modelli si presta a essere controvertibile, quantomeno perché il livello di coerenza delle regole che vanno a comporre ciascun modello è assai variabile in ragione della scala – macro o micro – che si adotti per procedere all'analisi dei problemi.

Quello del *pactum de non petendo* è un terreno che mi è parso congeniale per mettere a frutto taluni esercizi sui modelli teorici evidenziati entro l'arco lungo della storia del diritto privato: così, il raffronto tra il passato e il contemporaneo ha dischiuso scenari che appaiono utili a raggiungere una più profonda conoscenza dei fenomeni.

Sono proprio le sfide del contemporaneo a imporre al giurista – ben oltre l'angustia dei piccoli recinti – di elaborare forme concettuali che si rivelino capaci di tenere insieme il diritto privato dell'oggi e la sua storia.

CAPITOLO SECONDO

Tommaso dalla Massara

Sull'interferenza tra il pactum de non petendo e il decorso del tempo della prescrizione

SOMMARIO: 1. La vitalità del *pactum de non petendo* – 2. Il quadro essenziale delle fonti in tema di *pactum de non petendo* – 3. *Pactum de non petendo* e prescrizione: questioni aperte, vicinanze morfologiche e rilevanza dell'art. 2936 c.c. – 4. *Pactum de non petendo in perpetuum* e *pactum de non petendo ad tempus* nel prisma delle norme sulla prescrizione – 5. Il problema sotto il profilo dell'esigibilità e la necessità di guardare alla specifica strutturazione del *pactum de non petendo*: in senso stretto o processuale ovvero in senso lato e sostanziale – 6. In particolare sul *pactum de non petendo in perpetuum* – 7. In particolare sul *pactum de non petendo ad tempus* – 8. Conclusioni sull'interferenza tra il *pactum de non petendo* e il decorso della prescrizione.

1. *La vitalità del pactum de non petendo*

È sul *pactum de non petendo* nel suo rapporto con la prescrizione che, in questo Capitolo, vorrei concentrare il mio sguardo.

Più precisamente, intendo sviluppare alcune considerazioni attorno al diritto di agire che spetta al creditore, allorché egli abbia concluso con il debitore un *pactum de non petendo*, per il caso in cui la prescrizione del suo credito venga a maturarsi – almeno *in thesi*, giacché il punto problematico sta proprio qui – durante l'arco cronologico di vigenza del patto.

Fin da subito appare chiaro che, per come vado definendo i profili della questione, l'obbligazione merita di essere presa in esame nel suo inscindibile legame con l'azione: occorre infatti esaminare in tutt'uno l'*obligatio* e l'*actio*, secondo un antico binomio; e si tratta di un binomio che richiama alla mente – forse prima di altri – l'insegnamento di Giovanni Pugliese¹, nonché, in tempi più recenti, di Carlo Augusto Cannata.

Anzi, devo dire che, proprio dalla rilettura dei lavori di Cannata

¹ In questo caso il riferimento va inteso, in primo luogo, all'imprescindibile elaborazione del tema proposta da G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo*, Milano, 1939.

sull'obbligazione², hanno preso avvio queste mie riflessioni intorno al patto di non chiedere³.

Procediamo però con ordine.

Dopo alcuni contributi piuttosto risalenti⁴, la dottrina civilistica e la giurisprudenza hanno dimostrato negli ultimi anni un'attenzione vivace, e per molti versi perfino sorprendente, nei confronti del *pactum de non petendo*⁵; proprio sulla relazione tra *pactum de non petendo* e prescrizione si

² Cfr. anzitutto C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX, Torino, 1984, 1 ss., da vedersi accanto alla rivisitazione del tema proposta in ID., *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008; tra i lavori focalizzati sulle fonti romane, specialmente, ID., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966; ID., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari. Anno Accademico 1967-1968*, Milano, 1969; ID., voce *Mora (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 921 ss.; ID., *Le definizioni romane dell'obligatio. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, 131 ss.; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura*, XLIII, 1992, 1 ss.; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura*, XLIV, 1993, 1 ss.; ID., *'Perpetuatio obligationis'*, in *Sem. Compl.*, IV, 1992, 49 ss.; ID., voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 407 ss.

³ Cfr. T. DALLA MASSARA, *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, 205 ss., da vedersi assieme a quanto ho proposto nel Capitolo primo.

⁴ Spicca in specie una coppia di commenti a una sentenza del 1958, a firma di due illustri romanisti: F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del 'pactum de non petendo'*, in *Foro it.*, 1960, IV, 135, 144, e M. SARGENTI, *'Pactum de non petendo' e remissione del debito*, in *Foro pad.*, 1959, 299 ss., ove i confini del *pactum de non petendo* erano rivisitati a partire da Cass. 12 luglio 1958, n. 2539. In precedenza, possono vedersi le voci di I. MOSCHELLA, voce *'Pactum de non petendo'*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, V.1, Milano, 1939, 19 ss.; V. DE VILLA, voce *'Pactum de non petendo'*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, 408 ss.; A. BERGER, voce *'Pactum de non petendo'*, in *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 615.

⁵ Per una fotografia complessiva del dibattito più vicino a noi, M. D'ONOFRIO, *Il 'pactum de non petendo': struttura e disciplina*, Napoli, 2021. In precedenza, punti di riferimento essenziali sono le monografie di M. ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000, e G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004; più di recente, M. ORLANDI è ritornato in argomento: *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 447 ss., nonché ID., *Prescrizione e riduzione*, in *Persona e mercato*, 2023, 7 ss. Cfr., inoltre, A. VENTURELLI, *La remissione 'convenzionale'*, in *Obbl. contr.*, 2012, 681 ss. In precedenza, merita di essere segnalata la ricostruzione del tema proposta da G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum de non petendo' nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 405 ss. Utile, inoltre, l'approfondimento di F. RUSCELLO, *Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un 'vecchio' lavoro*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 546, il quale del tema si era occu-

sono soffermati, negli ultimi tempi, Paolo Gallo⁶ e Massimo Confortini⁷.

È giust'appena il caso di ricordare in questa sede che il *pactum de non petendo* emerge nei suoi tratti essenziali dalle fonti romane⁸, per poi sopravvivere come figura non codificata, tanto nel nostro ordinamento quanto in altri sistemi europei.

La ricostruzione dei suoi profili di regime è pertanto rimessa alla capacità ricostruttiva dell'interprete.

Com'è evidente, la sfida rappresentata dal cammino che abbia a intraprendersi lungo la via impervia di un diritto non codificato non ha affatto dissuaso l'autonomia privata dal mettere in campo patti che – pur diversamente modulati – contemplano un impegno di non chiedere da parte del creditore.

Si deve prendere atto, dunque, di una particolare vitalità del *pactum de non petendo*.

In specie, accordi di tal genere vengono reputati preziosi al fine di ottenere effetti differenziati rispetto a quelli riconducibili ad altre figure. Il pensiero corre, *in primis*, all'intero ambito degli atti di natura estintivo-remissoria o, comunque, ad altre modalità che possano dirsi *lato sensu* indirizzate a quella che, per usare il linguaggio proposto da Mauro Orlandi, si presenta come una riduzione dell'obbligazione⁹.

pato già in Id., 'Pactum de non petendo' e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 198 ss. In Germania, il *pactum de non petendo* era stato oggetto di ampia analisi da parte di H. REICHEL, *Der Einforderungsverzicht* ('pactum de non petendo'), in *JheringsJahrb.*, LXXXV, 1935, 1 ss.: quell'opera può consultarsi oggi sotto il titolo *Il 'pactum de non petendo'*, traduzione critica a cura di T. dalla Massara e M. D'Onofrio, Pisa, 2018; successivamente, cfr. K. CREMER, *Das 'pactum de non petendo'*, Köln, 1959. In tempo di pandemia, la struttura del *pactum de non petendo* è tornata a occupare il dibattito in Germania: in argomento, M. D'ONOFRIO, *La tutela dei debitori di prestazioni pecuniarie nella legislazione tedesca a fronte dell'emergenza Covid-19*, in *Giustiziavivile.com*, 10 luglio 2020; M. SCHMIDT-KESSEL - C. MÖLLNITZ, *Coronavertragsrecht - Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 2020, 1103 ss.

⁶ P. GALLO, 'Pactum de non petendo' e prescrizione, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 984 ss.

⁷ M. CONFORTINI, 'Pactum de non petendo' e prescrizione, in *Riv. it. sc. giur. it.*, 2021, 367 ss.

⁸ Una prima e sintetica rappresentazione del *pactum de non petendo* può utilmente ricavarsi da A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 584; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1994, 498; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 813; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 522. Per un'aggiornata ricostruzione del quadro romanistico, si veda M. D'ONOFRIO, *Il 'pactum'*, cit., 65 ss.

⁹ Basti il richiamo agli ultimi suoi contributi: M. ORLANDI, *La categoria*, cit., 447 ss., e Id., *Prescrizione*, cit., 8 ss.

2. Il quadro essenziale delle fonti in tema di *pactum de non petendo*

Non posso fare a meno di prendere le mosse dal passo delle Istituzioni di Gaio nel quale sono scolpiti i contorni essenziali del *pactum de non petendo*, 4.116b: *item si pactus fuero tecum, 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 consente di comprendere come tale patto sia integrato da un accordo produttivo di eccezione, in base al quale un creditore s'impegna a non chiedere al debitore l'adempimento della prestazione¹⁰.

In stretta connessione, si potrebbe poi allargare lo sguardo ad altri brani, di Gaio e di Ulpiano, nei quali sono contrapposte le eccezioni perentorie a quelle dilatorie¹¹: quando il *pactum de non petendo* sia opponibile entro un certo tempo, esso dà vita a un'eccezione dilatoria, la quale deve essere opposta entro un certo periodo di tempo; 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.

Siffatta classificazione trova precisa eco nelle Istituzioni giustinianee¹².

¹⁰ Si veda quanto esposto nel Capitolo primo, assieme a T. DALLA MASSARA, *Sulla relazione*, cit., 207 ss.

¹¹ Gai. 1 ad ed. prov. D. 44.1.3: *Exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae. perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari possunt, qualis est doli mali et rei iudicatae et si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur: procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt; Ulp. 74 ad ed. D. 44.1.2.4: *Sane solemus dicere quasdam exceptiones esse dilatorias, quasdam peremptorias: ut puta dilatoria est exceptio, quae differt actionem, veluti procuratoria exceptio dilatoria est: nam qui dicit non licere procuratorio nomine agi, non prorsus litem infitatur, sed personam evitat; Gai 4.121-122: Peremptoriae sunt quae perpetuo valent nec evitari possunt, velut quod metus causa aut dolo malo, aut quod contra legem senatusve consultum factum est, aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est, item pacti conventi quod factum est, ne omnino pecunia peteretur. Dilatoriae sunt exceptiones quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio.**

¹² I. 4.13.8-10: *Appellantur autem exceptiones aliae perpetuae et peremptoriae, aliae temporales et dilatoriae. Perpetuae et peremptoriae sunt, quae semper agentibus obstant et semper rem de qua agitur peremunt: qualis est exceptio doli mali et quod metus causa factum est et pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum conve-*

Già sulla base di questo rapido sguardo d'insieme si comprende come il *pactum de non petendo* rappresenti, in estrema sintesi, un accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione, però definita sotto il profilo dell'azionabilità da parte del creditore: come si è appena fatto, quell'accordo può essere denominato, in base alla terminologia tradizionale, *ad tempus* oppure *in finitum*¹³.

Che il patto possa essere fatto valere entro un limite cronologico o per sempre, certo è che il tempo entra in relazione con l'obbligazione attraverso il meccanismo dell'eccezione, giacché quest'ultima è in grado di paralizzare l'azione che al creditore comunque si rende disponibile per l'esservi – ciò restando indubitabile – del diritto di credito.

Mi sembra utile a questo punto tornare con l'attenzione alle parole di Gai 4.116b, che ho trascritto poc'anzi, per osservarle accanto al tratto delle Istituzioni giustiniane che si legge in I. 4.13.3: *Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilo minus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur (...) sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi*. Ivi si afferma con chiarezza che, sebbene sia stato concluso il patto, l'obbligazione permane; resta per il creditore la facoltà di *petere*, se non fosse che è messa a disposizione del debitore un'eccezione.

A mio giudizio, particolare attenzione merita l'espressione *nihilo minus*, ricorrente sia in Gai 4.116b che in I. 4.13.3, giacché in essa trova plastica rappresentazione l'idea che il debitore disponga dello strumento in grado di introdurre una deviazione rispetto alla traiettoria rettilinea che risulterebbe di per sé tracciata sul piano del diritto civile¹⁴.

In effetti, l'eccezione produce uno scarto tra l'obbligazione, la quale *non tollitur* per effetto del patto, e l'esito processuale, rappresentato dal rigetto della domanda.

Si tratta naturalmente di uno scarto nient'affatto ineluttabile, bensì rimesso alla libera determinazione del debitore: è pur sempre quest'ultimo a scegliere volta per volta se concretamente incidere o meno sulla connessione logica che tiene assieme l'*obligatio* e il *petere*.

Con l'*exceptio pacti* il debitore fa valere un fatto giuridico – ossia il patto stesso – incompatibile con la sua condanna.

nerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium. nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi. ergo hi, quibus intra tempus agere volentibus obicitur exceptio aut pacti conventi aut alia similis, differre debent actionem et post tempus agere: ideo enim et dilatoriae istae exceptiones appellantur.

¹³ Cfr. Capitolo primo; inoltre, T. DALLA MASSARA, *Sulla relazione*, cit., 207, nt. 6.

¹⁴ T. DALLA MASSARA, *Sulla relazione*, cit., in specie 209 ss.

Di fronte allo scenario dei problemi che questo sguardo d'insieme consente di abbracciare, sorge anzitutto una domanda: quale relazione è possibile tratteggiare tra l'obbligazione rispetto alla quale sia stato concluso un *pactum de non petendo* e lo scorrere del tempo che conduce al maturarsi della prescrizione?

Ben si comprende che la vicenda della prescrizione si sviluppa secondo forme – e con esiti – assai differenziati in ragione della ricostruzione che del *pactum de non petendo* s'intenda proporre.

In generale, l'eccezione rappresenta un dispositivo imprescindibile per l'intelligenza complessiva del regime del *pactum*. Intendo dire che il patto dà vita propriamente a una *Einrede*¹⁵, con cui è veicolato un argomento difensivo di valore sostanziale, la cui opponibilità è rimessa alla scelta del debitore.

Non v'è dubbio che dall'eccezione si possano far dipendere molteplici conseguenze collegabili all'inadempimento e alla mora¹⁶; dunque, si tratta di conseguenze riconducibili alla sfera d'interessi del debitore. Com'è evidente, la determinazione di quegli effetti è da mettersi in relazione con la lettura che si voglia dare del patto di non chiedere.

Quando invece viene in gioco la prescrizione, occorre tener presente primariamente la sfera d'interessi del creditore: in effetti, è da escludere a priori che una scelta discrezionale del debitore, qual è l'interposizione del patto, possa incidere sul decorso del termine di prescrizione.

Quindi l'attenzione non può che concentrarsi sul patto in sé: il punto da verificare è proprio se quel patto faccia decorrere la prescrizione soltanto dopo che sia venuto a scadere il termine di efficacia del patto stesso.

3. *Pactum de non petendo e prescrizione: questioni aperte, vicinanze morfologiche e rilevanza dell'art. 2936 c.c.*

In più di un'occasione, nel recente dibattito, ci si è interrogati intorno alla prescrivibilità o meno del diritto di credito che si sia reso oggetto di

¹⁵ L'elaborazione del concetto di *Einrede*, qual è giunto fino a noi, proviene anzitutto dagli studi di O. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßualvoraussetzungen*, Gießen, 1868; F. FRIEDENTHAL, *Einwendung und Einrede in der Civilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1898; P. LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1903; G. KLEINFELLER, *Der Begriff 'Anspruch'*, in *AcP*, CXXXVII, 1933, 129 ss.

¹⁶ Sull'influenza del *pactum de non petendo* sulla mora del debitore, si veda più ampiamente il Capitolo primo, in specie §§ 5 ss.

un patto di non chiedere¹⁷.

Si tenga conto che le premesse generali del ragionamento sono esattamente quelle emerse dal confronto delle fonti antiche sopra citate.

In particolare, la linea di tensione su cui soffermare lo sguardo è quella che si genera tra un'obbligazione che, in costanza del patto, è da ritenersi senz'altro esistente e un patto che, sul piano dell'azione, risulta in grado di mettere in *non cale* l'obbligazione, nel senso che alla pretesa del creditore può interpersi l'eccezione.

Se l'attenzione è da appuntarsi sulla prescrivibilità, il problema si evidenzia allorché il termine di quest'ultima giunga a maturazione – così almeno *in thesi* – entro l'arco cronologico durante il quale il *pactum de non petendo* produce i suoi effetti.

Precisamente, la questione che occorre porsi in questo Capitolo è se il patto sia in grado di incidere sul decorso del termine di prescrizione, di modo che al creditore sia consentito pretendere l'adempimento soltanto dopo l'esaurirsi degli effetti del *pactum de non petendo*; più in concreto, la questione è se il patto faccia sì che la prescrizione inizi a decorrere dalla scadenza del termine fissato con il patto, quindi senza che al creditore sia opponibile la prescrizione in ipotesi maturata *medio tempore*: è immaginabile che la prescrizione manchi di maturare per il tempo in cui produce effetti il patto di non chiedere?

In direzione opposta a questa possibilità, si potrebbe ragionare obiettando al creditore: *imputet sibi*.

Si dovrebbe allora dire: il creditore che abbia concluso con il debitore un *pactum de non petendo* non potrà sorprendersi del fatto che, esauriti gli effetti del patto, il debitore a lui opponga l'eccezione di prescrizione. Ciò si potrà sostenere in quanto si muova dalla premessa che l'obbligazione, in costanza del patto, permane di per sé esistente e intoccata; così ragionando, inesorabilmente, le vicende collegate alla prescrizione avrebbero il loro corso a prescindere dal patto¹⁸.

Prima di procedere, è però opportuno meglio osservare la morfologia del *pactum de non petendo*, posta accanto a quella del fenomeno della prescrizione.

È anzitutto da dire che, proprio perché il *pactum de non petendo* lascia in vita l'obbligazione, quest'ultima può sempre essere spontaneamente adempiuta dal debitore; al contempo, al debitore che abbia adempiuto è

¹⁷ Cfr. P. GALLO, 'Pactum', cit., 984 ss.; M. CONFORTINI, 'Pactum', cit., 367 ss. In precedenza, un inquadramento dei problemi posti dalla relazione tra *pactum de non petendo* e prescrizione è in M. D'ONOFRIO, *Il 'pactum'*, cit., 178 ss.

¹⁸ In questo senso si esprime, con chiarezza, P. GALLO, 'Pactum', cit., 1014 ss.

precluso ripetere quanto corrisposto¹⁹.

Per il tempo di durata del patto, al debitore è concessa soltanto un'eccezione in grado di paralizzare l'azione del creditore.

Tale eccezione – lo si è già detto, ma è utile ribadirlo – deve intendersi in termini di *Einrede*; ossia, trattandosi di un'eccezione in senso stretto, è chiaro che il patto di non chiedere consegna al debitore un potere di difesa che soltanto quest'ultimo sceglie se e quando esercitare.

Insomma, il fatto defensionale – veicolato dall'eccezione – in nessun caso sarebbe rilevabile d'ufficio.

Queste poche osservazioni sono sufficienti per far emergere una certa qual vicinanza morfologica tra la situazione che viene a crearsi in presenza di *pactum de non petendo* e il fenomeno della prescrizione.

In relazione a quest'ultima, non è inutile ricordare che, ai sensi dell'art. 2940 c.c., «non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto»; inoltre, in forza dell'art. 2938 c.c., l'eccezione di prescrizione è rilevabile soltanto su istanza di parte.

Pertanto, se quando si parla di prescrizione si è a cospetto di un fatto estintivo conseguente al maturarsi del tempo, in presenza di *pactum de non petendo* non si verifica invece l'estinzione dell'obbligazione, bensì soltanto l'opponibilità di un'eccezione avverso l'azione (fondata sull'obbligazione, in quanto sempre esistente), e ciò per il tempo di durata del patto.

Resta tuttavia la circostanza che nell'uno e nell'altro caso chi adempie non è legittimato a ripetere quanto adempiuto e, inoltre, la difesa che viene consegnata nelle mani del debitore è rappresentata da un'eccezione propria.

Alla luce di questa vicinanza morfologica, un dubbio può sorgere: si tratta di un dubbio che mina alla base la riconoscibilità del *pactum de non petendo*.

Se si pone mente all'art. 2936 c.c., si vede come il nostro ordinamento esibisca un atteggiamento di radicale rigidità nei riguardi di qualunque patto che intervenga a modificare la disciplina legale della prescrizione: «è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione»²⁰.

¹⁹ Valga la ricostruzione che bene si evince da M. ORLANDI, *La categoria*, cit., 447 ss.; ID., *Prescrizione*, cit., 8 ss.

²⁰ Sul divieto di cui all'art. 2936 c.c., si veda anzitutto A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 77 ss.; F. ROSELLI-P. VITUCCI, *La prescrizione. Artt. 2934-2940*, I, in *Il codice civile. Commentario fondato da P. Schlesinger* diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 209 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali - La prescrizione*, Milano, 2012, 527 ss.; recentemente, G. MAGRI, *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, Napoli, 2019, 393 ss.

Così essendo, occorre allora chiedersi se l'art. 2936 c.c. rappresenti un ostacolo rispetto alla configurabilità di un *pactum de non petendo*, se e in quanto gli effetti di quest'ultimo possano andare a interferire con il decorso della prescrizione.

Qualora il *pactum de non petendo* avesse a incidere sul tempo della prescrizione, allora vi sarebbe spazio per dubitare della compatibilità di un accordo di non chiedere con la norma imperativa di cui all'art. 2936 c.c. In questa prospettiva, vi sarebbe da credere che i due fenomeni del *pactum de non petendo* e della prescrizione sono sì collocati su piani differenti, però manifestano talune significative interferenze²¹.

Anzi, quei due piani finirebbero per intersecarsi, producendo un impatto assai rilevante, proprio all'altezza del termine di prescrizione.

L'esito sarebbe allora nel senso che al debitore sia consentito non adempiere, in forza dell'interposizione di un'eccezione (propria, come si è detto), per un tempo che sopravanza il termine di prescrizione legalmente fissato; cosicché, una volta che siano venuti a cessare gli effetti del patto, l'obbligazione risulterebbe nel frattempo estinta per prescrizione.

La questione è stata colta di recente da Paolo Gallo, il quale è giunto però alla conclusione che si tratti di «due istituti differenti e non assimilabili, il che consente di escludere che il *pactum de non petendo* incappi in qualche modo con il divieto degli accordi modificativi dei termini di prescrizione, di cui all'art. 2936 cod. civ.»²².

È questa una valutazione da condividere, tanto più se si tenga conto che il *pactum de non petendo* non potrebbe in alcun modo condurre a una compressione dei termini legali di prescrizione, in danno del titolare del diritto. Anzi, se in forza del patto fosse consentito al creditore di pretendere l'adempimento dopo l'esaurirsi degli effetti del *pactum de non petendo*, ciò rappresenterebbe un'espansione della sfera della sua tutela.

Giunti a questo punto, però, il discorso merita di essere articolato a seconda che si parli di un *pactum de non petendo in perpetuum* ovvero di un *pactum de non petendo ad tempus*.

²¹ In questo senso si orienta la riflessione di M. CONFORTINI, *'Pactum'*, cit., 368 ss.

²² Così P. GALLO, *'Pactum'*, cit., 989 ss.

4. Pactum de non petendo in perpetuum e pactum de non petendo ad tempus nel prisma delle norme sulla prescrizione

Nell'accingerci a valutare l'impatto del *pactum de non petendo* nel prisma dell'art. 2936 c.c. e delle altre norme sulla prescrizione, si guardi dapprima al *pactum de non petendo in perpetuum*.

Come si è visto, esso determina l'incoercibilità della prestazione senza alcuna determinazione di tempo; rispetto al caso in cui il *pactum de non petendo* sia concepito *ad tempus*, il sospetto è che l'accordo si ponga in contrasto con i principi del nostro ordinamento non tanto per la violazione dell'art. 2936 – lo si è appena detto, se al creditore è consentito pretendere l'adempimento dopo l'esaurirsi degli effetti del *pactum de non petendo*, ciò non rappresenta una compressione della sua sfera di tutela –, bensì per i rischi che potrebbe generare una situazione di sostanziale imprescrittibilità del diritto di credito²³.

In effetti, il patto *in perpetuum* produrrebbe un peculiare effetto di cristallizzazione del diritto di credito per un tempo indefinito; il che suscita dubbi a fronte della diffidenza che l'ordinamento nutre nei confronti di vincoli obbligatori illimitati²⁴.

A parte ciò, con specifico riguardo alla prescrizione, credo che un problema di nullità di un patto di tal genere avrebbe ragione di porsi – ancora una volta – in concreto, ossia se in qualche modo il debitore avesse motivo per lamentare che l'esito di tale imprescrittibilità fosse stato cercato e ottenuto per un fine fraudolento, ai sensi dell'art. 1344 c.c., o comunque da giudicarsi immeritevole, a tenore dell'art. 1322 c.c.

Si ipotizzi, per esempio, che il mantenimento puramente formale del vincolo obbligatorio risponda all'esigenza di non far scattare una conseguenza pregiudizievole per l'uno o per l'altro soggetto, in quanto ciò produca per esempio l'avverarsi di una condizione risolutiva.

²³ In ogni caso, che la prescrizione non risponda a finalità di ordine pubblico, bensì a un'esigenza di presidio di interessi privati (in sintesi: quello del debitore di liberarsi dal vincolo dopo che sia decorso il tempo richiesto, rimettendosi d'altro canto al creditore la facoltà di impedire in ogni momento che il diritto si estingua tramite l'esercizio del diritto stesso) è stato chiarito nella decisione Cass. 23 febbraio 2016, n. 3481.

²⁴ Circa la necessaria temporaneità dei vincoli obbligatori, si vedano, per tutti, G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 211 ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 177 s. Occorre peraltro tenere in considerazione che al debitore è sempre consentito liberarsi pagando, come peraltro una liberazione del vincolo è sempre consentita nei casi in cui è riconosciuto il diritto di recesso *ad nutum* a fronte di vincoli perpetui: sul punto, G. RECINTO, *I patti*, cit., 49 ss.

Ebbene, in tal caso si potrebbe pensare che fosse messa in atto un'operazione di facciata, nella sostanza sostenuta da una pura finalità elusiva; si badi che questo piano di considerazioni apre, più ampiamente, il tema di una valutazione di meritevolezza del patto, come di recente bene ha indicato Massimo Confortini²⁵.

Diversamente, non vedrei argomenti per tacciare di nullità un accordo che condurrebbe negli esiti a una sorta di depotenziata remissione, la quale resta a vantaggio del debitore²⁶.

Differente è il discorso che occorre svolgere quando si abbia riguardo al *pactum de non petendo ad tempus*.

Quest'ultimo potrebbe essere ritenuto in contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 2936 c.c., in tanto in quanto a mezzo di quell'accordo sia determinata una causa convenzionale di sospensione del decorso della prescrizione. Intendo dire, in modo più esatto, che il tema della violazione dell'art. 2936 c.c. sarebbe da vedersi declinato nel confronto con la tassatività delle cause di sospensione della prescrizione, di cui agli artt. 2941²⁷ e 2942 c.c.²⁸.

Se si intendesse accostare, da un lato, l'ipotesi in cui al creditore sia consentito pretendere l'adempimento dopo l'esaurirsi degli effetti del *pactum de non petendo* e, dall'altro lato, le cause di sospensione di cui agli artt. 2941 e 2942 c.c., presto si vedrebbe che gli spazi di manovra per un

²⁵ Si veda M. CONFORTINI, *'Pactum'*, cit., 372 ss.

²⁶ La depotenziata remissione altro non è che un'altra faccia del fenomeno di riduzione dell'obbligazione intorno a cui ragiona M. ORLANDI, *La categoria*, cit., 447 ss.; ID., *Prescrizione*, cit., 8 ss.

²⁷ Vale la pena leggerlo per intero: «La prescrizione rimane sospesa: 1) tra i coniugi; 2) tra chi esercita la responsabilità genitoriale di cui all'articolo 316 o i poteri a essa inerenti e le persone che vi sono sottoposte; 3) tra il tutore e il minore o l'interdetto soggetti alla tutela, finché non sia stato reso e approvato il conto finale, salvo quanto è disposto dall'articolo 387 per le azioni relative alla tutela; 4) tra il curatore e il minore emancipato o l'inabilitato; 5) tra l'erede e l'eredità accettata con beneficio d'inventario; 6) tra le persone i cui beni sono sottoposti per legge o per provvedimento del giudice all'amministrazione altrui e quelle da cui l'amministrazione è esercitata, finché non sia stato reso e approvato definitivamente il conto; 7) tra le persone giuridiche e i loro amministratori, finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi; 8) tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto».

²⁸ «La prescrizione rimane sospesa: 1) contro i minori non emancipati e gli interdetti per infermità di mente, per il tempo in cui non hanno rappresentante legale e per sei mesi successivi alla nomina del medesimo o alla cessazione dell'incapacità; 2) in tempo di guerra, contro i militari in servizio e gli appartenenti alle forze armate dello Stato e contro coloro che si trovano per ragioni di servizio al seguito delle forze stesse, per il tempo indicato dalle disposizioni delle leggi di guerra».

discorso estensivo sarebbero pressoché nulli.

L'opinione consolidata, infatti, è nel senso che le ragioni di sospensione della prescrizione siano tassativamente fissate, senza possibilità di procedere a interpretazioni analogiche²⁹.

A mio giudizio, però, non sarebbe corretto ragionare in termini di sospensione, la quale sempre interviene in relazione a condizioni soggettive dei titolari del rapporto obbligatorio; invece, qualora si voglia tentare – il che a me pare doveroso – una strada che consenta al *pactum de non petendo ad tempus* di incidere sul decorso della prescrizione³⁰, è altrove che si può utilmente cercare con lo sguardo.

In specie, credo si debba por mente all'art. 2935 c.c.: quella norma lascia sottintesa l'esistenza di condizioni giuridiche in presenza delle quali «il diritto può essere fatto valere».

Lì è racchiuso il senso dell'antica regola per cui *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Credo allora vi sia spazio per ritenere che, tra le ragioni impeditive del decorso della prescrizione, sia annoverabile un *pactum de non petendo ad tempus*.

Alla stregua di una condizione o di un termine, la conclusione di un accordo di non chiedere deve reputarsi in grado di impedire il prodursi degli effetti scaturenti dal trascorrere del tempo sull'obbligazione.

Quell'accordo integra a tutti gli effetti una condizione impeditiva, al

²⁹ Sulla tassatività delle cause di sospensione, Cass. 4 giugno 2007, n. 12953, ove si stabilisce che «tutte le norme, contenute nel codice civile o in altre leggi, che prevedono la sospensione della prescrizione (come, ad esempio, l'art. 2941 cod. civ.), integrano disposizioni di carattere eccezionale, a norma dell'art. 14 delle cosiddette preleggi, con la conseguenza che non sono suscettibili di applicazione oltre i casi e i tempi in esse considerati»; precedentemente, Cass. 16 gennaio 2003, n. 575, in *Giur. it.*, 2004, 2079 ss., con nota di B. PICCININI, *'Dies a quo' nell'ipotesi di prescrizione di crediti retributivi inerenti una pluralità di contratti a termine, legittimi ed efficaci*; Cass. 26 novembre 1998, n. 12020; Cass. 13 dicembre 1995, n. 12754, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2037 ss., con nota di A. NOTARIGIACOMO, *Sulla sospensione della prescrizione per doloso occultamento del debito da parte del debitore*; Cass. 28 settembre 1994, n. 7894; Cass. 7 gennaio 1994, n. 94, in *Giust. civ.*, 1995, I, 567 ss.; Cass. 2 giugno 1993, n. 6169, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, 552 ss.; Cass. 20 novembre 1985, n. 5716. In dottrina, per tutti, P. VITUCCI, voce *Prescrizione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 11.

³⁰ Che questa sia la prospettiva da percorrere mi pare sia per lo più condiviso; sostiene che, qualora intervenga una causa di inesigibilità della prestazione (come il *pactum de non petendo*), sia impedito il decorso della prescrizione M. ORLANDI, *Prescrizione*, cit., 8 ss., in specie, 12; qualifica il *pactum de non petendo* alla stregua di una causa interruttiva M. CONFORTINI, *'Pactum'*, cit., 367 ss., in particolare 372. Sul punto, si veda inoltre M. D'ONOFRIO, *Il 'pactum'*, cit., 186 s.

cessare della quale inizia a decorrere il tempo della prescrizione.

5. *Il problema sotto il profilo dell'esigibilità e la necessità di guardare alla specifica strutturazione del pactum de non petendo: in senso stretto o processuale ovvero in senso lato e sostanziale*

Prima di sviluppare ulteriormente il discorso, è opportuno soffermarsi sull'idea stando alla quale il *pactum de non petendo*, non manifestando la sua incidenza sul piano dell'obbligazione – come detto, s'immagina che quest'ultima resti intatta –, produrrebbe bensì un impatto sul piano della sua esigibilità: da ciò si vuol ricavare che non abbia a realizzarsi alcuna indebita interferenza tra il *pactum de non petendo* e il regime della prescrizione.

Si consideri, per esempio, l'opinione di Giuseppe Recinto, stando al quale il *pactum de non petendo* produrrebbe «una modificazione del profilo regolamentare del rapporto», non già una fonte di inammissibile incidenza sulla disciplina legale della prescrizione, giacché il debito «ancorché inesigibile resta immutato»³¹.

Si potrebbe dire che, quanto all'impianto di base, viene evocata la rappresentazione che del *pactum de non petendo* forniscono le fonti romane: con il *pactum de non petendo* si dà vita a un accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione, definita sotto il profilo dell'azionabilità da parte del creditore, sicché il meccanismo si gioca intorno al fatto che al debitore viene rimessa la disponibilità di uno strumento in grado di introdurre una deviazione rispetto alla traiettoria rettilinea che sarebbe in grado di portare all'esito della condanna processuale del debitore.

Per rimanere fedeli al linguaggio di Gaio, l'obbligazione *non tollitur*, oppure, stando alle parole delle Istituzioni giustinianee, il debitore *nihilo minus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur*.

³¹ G. RECINTO, *I patti*, cit., 58. In giurisprudenza, nel senso che il *pactum de non petendo* conduca all'inesigibilità del credito, si esprime Cass. 12 dicembre 2005, n. 27386 (testualmente: «il *pactum de non petendo* (...) rende inesigibile il credito»); così pure Cass. 5 agosto 2019, n. 20896. Da ultimo, in questo stesso senso, Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517. Tra le sentenze di merito, da menzionarsi App. Trento (sez. dist. Bolzano) 14 febbraio 2020, n. 24, in *Defure*, nella quale il *pactum de non petendo* è configurato in termini di proroga dell'esigibilità; cfr., inoltre, Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007, in *Giur. merito*, 2008, 707 ss., nonché Trib. Napoli 22 ottobre 2002, in *Giur. merito*, 2003, 207 ss.

Se queste linee sono senza dubbio utili per una corretta impostazione dei problemi, tuttavia pare a me che, di fronte ai problemi specifici posti dalla prescrizione, un ragionamento che si esaurisca nel mero rilievo dell'intangibilità dell'obbligazione non conduca a esiti significativi. In altre parole, così reputando, non si farebbe altro che riversare sul piano dell'esigibilità – categoria che peraltro appare alquanto anodina – ogni valutazione in ordine alla reale vincolatività dell'obbligazione sottoposta a patto.

In questo senso si rende utile, invece, una lettura appena un po' più attenta delle fonti romane.

Ai giuristi romani non era infatti sfuggito che un'obbligazione radicalmente depotenziata di ogni sua vincolatività, in quanto alla pretesa creditoria sia opponibile l'eccezione, nella specie proprio quella fondata su *pactum de non petendo*, non si rivela in grado di esplicitare i suoi consueti effetti sul piano della mora: si legge in Scaev. 5 *quaest.* D. 50.17.88: *nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*³².

In effetti, il tema dell'effettività di un'obbligazione civile cui sia opponibile l'eccezione fu al centro di un dibattito che occupò la giurisprudenza romana, in specie tra Giuliano, Marcello e Scevola³³.

Né la questione dovette ritenersi superata nei secoli a seguire, se ancora nella Glossa accusiana (si veda in specie la gl. *Necessitate* ad I. 3.13 pr.) si legge *et ita secundum hoc nulla obligatio cui opponitur exceptio, definitur hic. Quod verum est, si opponatur exceptio, ideo quia desinit esse vinculum naturale, vel civile*.

Si ravvisa qui un'idea di fondo nel senso del totale depotenziamento della vincolatività scaturente dall'*obligatio*³⁴, tanto sul piano degli effetti civili che su quello degli effetti naturali, per l'ipotesi in cui risulti opponibile l'eccezione.

Di questi profili mi sono occupato, oltre che nel già richiamato saggio dedicato a Carlo Augusto Cannata³⁵, in un altro recente contributo incentrato sull'esigibilità³⁶.

Quando si sposti l'attenzione sul piano dell'esigibilità, del tutto evidente è l'ampiezza di valutazione che si apre di fronte al caso di un'obbli-

³² Per un approfondimento sul passo di Scevola, si veda il Capitolo Primo, § 6.

³³ Proprio questo era il tema che avevo approfondito in T. DALLA MASSARA, *Sulla relazione*, cit., in specie 218 ss., ove letteratura sul punto.

³⁴ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Sulla relazione*, cit., 227 s.

³⁵ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Sulla relazione*, cit., 205 ss.

³⁶ T. DALLA MASSARA, *Emilio Betti, l'obbligazione e l'azione*, in *Emilio Betti e il processo civile*, a cura di A. Carratta, L. Loschiavo e M.U. Sperandio, Roma, 2022, 61 ss.

gazione *iure civili* esistente, cui sia però opponibile un'eccezione; per essere più esplicito, con riguardo al punto che ci occupa: affermare che si pone un problema di esigibilità, allorquando il *pactum de non petendo* consegna al debitore un'eccezione, non arriva a risolvere i problemi.

Quest'ultimi possono essere affrontati, invece, solo verificando in concreto l'incidenza del patto rispetto al decorso della prescrizione.

Così, predicare l'esistenza e, in una con essa, l'inesigibilità dell'obbligazione non condurrebbe ad approdi significativi se non si vada a saggiare, un passo più in là, in quale misura il *pactum de non petendo* sia in grado di impattare sul regime dell'obbligazione e, nella specie, sulla sua prescrivibilità.

Per quanto detto fin qui, i parametri di valutazione cui in astratto si può fare riferimento sono i seguenti: *i*) il divieto generale di cui all'art. 2936 c.c.; *ii*) il regime della sospensione della prescrizione, di cui agli artt. 2941 e 2942 c.c.; *iii*) la norma di cui all'art. 2935 c.c., la quale sposta l'attenzione sui presupposti necessari in presenza dei quali «il diritto può essere fatto valere».

Se si conviene sul fatto che in quest'ultima disposizione è da ravvisarsi il parametro normativo che consente al creditore di pretendere l'adempimento dopo l'esaurirsi degli effetti del *pactum de non petendo*, senza incorrere nella prescrizione del suo diritto, si tratterà allora di valutare se in tutti i casi quel patto integri una delle condizioni giuridiche in presenza delle quali – a tenore dell'art. 2935 c.c. – il diritto può essere fatto valere³⁷.

A tal proposito, sono convinto che non sia corretto pensare, in effetti, a un modello unico di *pactum de non petendo*, come se le parti non fossero nella condizione di plasmare in base alle proprie esigenze i contenuti precisi dell'assetto d'interessi che tramite il patto si prefiggono di darsi³⁸.

Da un canto, si colloca il modello del *pactum de non petendo* da intendersi in senso stretto o processuale: con esso, le parti prevedono di paralizzare l'azione del creditore, ma senza influire sugli effetti sostanziali, e così in specie sulla mora, con implicazioni rilevanti sul decorrere degli interessi e sulla ripartizione del rischio³⁹.

Dal lato opposto, si configura un *pactum de non petendo* in senso lato

³⁷ Quanto ai profili dell'art. 2935 c.c., può essere utile fare riferimento alla *Relazione al Re*, in cui al n. 1198 si legge: «l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influenzando sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto».

³⁸ T. DALLA MASSARA, *Sulla relazione*, cit., in specie 240 ss.

³⁹ È questa la configurazione del *pactum de non petendo* alla quale pensa P. GALLO, '*Pactum*', cit., 1007 s.

o sostanziale: in tal caso, la linea dell'obbligazione e quella dell'azione mostrano un'evidente sovrapposizione, nel senso che qui la volontà delle parti mira a incidere, tramite il meccanismo dell'eccezione, sulla mora.

Ebbene, pare a me che questa polarizzazione si riveli utile anche quando si tratti di comprendere quali siano gli effetti che le parti vogliono produrre sulla prescrizione. È da vedere sempre in concreto, alla luce di quanto emerge nel singolo caso di specie, se le parti vedano nel patto una condizione impeditiva del decorrere del tempo della prescrizione; in questo senso, credo che la volontà da accertarsi nei paciscenti dovrebbe essere quella di dar vita, mediante il patto stesso, a un accordo di dilazione del termine.

Chiariti questi aspetti, è possibile riprendere il discorso soffermando lo sguardo partitamente, dapprima sul *pactum de non petendo in perpetuum* e poi sul *pactum de non petendo ad tempus*.

6. In particolare sul *pactum de non petendo in perpetuum*

Alla luce di quanto detto, sono dell'idea che non si ravvisino ostacoli rispetto all'idea che le parti intendano concludere un *pactum de non petendo in perpetuum* in senso lato o sostanziale, ossia un accordo con cui il creditore si obbliga a non agire, al contempo collocando il patto a condizione impeditiva del decorrere del tempo della prescrizione: in tal modo, il piano dell'obbligazione risulterebbe non inciso e il tempo della prescrizione mancherebbe di decorrere.

Certo, resta rimesso all'interprete il compito di verificare che le parti avessero concluso il patto intendendolo alla stregua di un impedimento rilevante ai sensi dell'art. 2935 c.c.

Sempre che si rimanga nell'ambito della disponibilità dei diritti, non scandalizza affatto l'attuale sensibilità giuridica l'idea che il decorso della prescrizione sia cristallizzato per effetto di una convenzione privata.

D'altra parte, in direzione di una marcata flessibilizzazione del regime della prescrizione spinge un deciso movimento su scala europea: diversi sono gli ordinamenti che hanno messo mano a una riforma dell'istituto della prescrizione⁴⁰.

⁴⁰ R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, 2002, 164, sottolinea che «the exercise of private autonomy may well be seen to prevail over the public interest». Più ampiamente, sugli accordi modificativi della prescrizione, si veda P. LAKKIS, *Die Verjährungsvereinbarung nach neuen*

In fin dei conti, non si vedono ragioni di segno contrario rispetto al riconoscimento di una volontà delle parti di realizzare un'operazione che potrebbe definirsi di remissione depotenziata, come prima ho notato: a fronte dell'impegno del creditore di non chiedere, l'obbligazione resterebbe in vita con sospensione del decorso della prescrizione per tutto il tempo della durata del patto.

Qualora invece emergesse – come accennato dianzi – un intento fraudolento o immeritevole, nel senso che l'interferenza rispetto al maturarsi dei termini della prescrizione fosse indirizzato all'ottenimento di un risultato non consentito o comunque non meritevole di tutela, allora sarebbe necessario addivenire a una pronuncia di nullità di quel patto.

Potrebbe poi darsi il caso che un *pactum de non petendo in perpetuum* debba ridursi nella sua efficacia, di modo che al creditore sia consentito di pretendere l'adempimento dopo un certo periodo di tempo, ma senza arrivare alla cristallizzazione della situazione di imprescrittibilità di cui si è detto sopra.

In tal caso, ci si dovrebbe affidare al principio di conservazione, a tenore dell'art. 1424 c.c., allo scopo di guidare un percorso di conversione del negozio⁴¹; e si tratterebbe dunque di portare il negozio alla produzione degli effetti del diverso negozio che le parti avrebbero concluso se avessero

Recht, in *AcP*, CCIII, 2003, 763 ss. Cfr. anche J. NEUNER - M. WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*¹⁰, München, 2012, 263; H. GROTHE, *sub §§ 194 ff.*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, *Allgemeiner Teil*⁶, München, 2012, 2177 ss.; R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*², Tübingen, 2006, 133 s.; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*⁸, Heidelberg, 2002, 49 s.; P. HUBER, *Verjährungsrecht*, in *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das deutsche Recht*, herausgegeben von P. Huber und F. Faust, München, 2002, 275 s.; D. LEENEN, *Die Neuregelung der Verjährung*, in *Juristische Zeitschr.*, 2001, 557 s. Approfondisce il ruolo dell'autonomia privata in relazione alla prescrizione, nel diritto tedesco, J.D. HARKE, *Privatautonomie und Verjährung: Verjährungsvereinbarungen*, in *Verjährungsrecht in Europa - zwischen Bewährung und Reform*, herausgegeben von O. Remien, Tübingen, 2011, 107 ss.; in argomento, si veda inoltre la panoramica proposta da M. D'ONOFRIO, *Il 'pactum'*, cit., 180 ss., nonché, da ultimo, la convincente ricostruzione proposta da A. RENDA, *La prescrizione tra tensioni evolutive e torsioni involutive*, in *Europa e dir. priv.*, 2023, 83 ss.

⁴¹ Vedono nel fenomeno della conversione un'estrinsecazione del principio di conservazione del contratto G. GIAIMO, *Conversione del contratto nullo*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 7 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2019, 633; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, XXI.2, Milano, 1972, 385. Così già G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959, 281. Per una riconduzione del medesimo fenomeno al principio di buona fede, invece, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 807; in quest'ultimo senso anche G. DE NOVA, *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1988, 2.

conosciuto la nullità di quello effettivamente realizzato.

In tutti i casi nei quali, in mancanza di indicazioni sul punto da parte dei paciscenti, si tratta di individuare un congruo termine trascorso il quale il debitore perderebbe il diritto di rifiutare la prestazione, tale compito andrebbe senz'altro demandato al giudice.

7. *In particolare sul pactum de non petendo ad tempus*

Anche una valutazione circa l'incidenza del *pactum de non petendo ad tempus* sul decorso della prescrizione non può che passare attraverso un'analisi del singolo accordo.

Occorre vedere se le parti abbiano intenzione di concludere un patto capace di incidere sulla sostanza dell'obbligazione oppure sul mero profilo processuale.

Se non emerge che l'intento sia unicamente quello di impedire l'azionabilità (così realizzando un *pactum de non petendo* in senso stretto o processuale, non produttivo di alcuna interferenza con l'obbligazione), allora si potrà credere che la volontà delle parti sia piuttosto nel senso che, assieme al *non petere*, alcuni profili sostanziali risultino incisi in conseguenza del patto: per quel che qui preme evidenziare, è da comprendere se l'intento sia quello di intervenire sul decorso del termine di prescrizione.

Oltre a ciò, come nel precedente Capitolo ho cercato di mostrare, un *pactum de non petendo* in senso lato o sostanziale sarebbe in grado di incidere sulla mora del debitore.

Secondo quanto detto sopra, è intorno alle ragioni giuridiche impeditive del decorso della prescrizione che occorre concentrare l'attenzione. In altre parole, ruota attorno all'art. 2935 c.c. la possibilità di creare uno spazio di libero movimento per l'autonomia privata, tale per cui siano fissati alcuni presupposti condizionanti rispetto alla possibilità di esercitare il diritto da parte di chi ne è titolare: «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere»; presupposto condizionante sarebbe anche l'esistenza del patto, cosicché soltanto dopo l'esaurirsi degli effetti del patto inizierebbe il decorso della prescrizione.

È alla luce di questa ricostruzione che ritrovano coerenza le pronunce della Corte di Cassazione che, in più di un'occasione, hanno riconosciuto non soltanto l'ammissibilità del *pactum de non petendo ad tempus*, ma anche la sua idoneità a incidere sul decorso della prescrizione.

Si ponga attenzione, per esempio, a Cass. 19 ottobre 1995, n. 10887, ove si stabilisce che «il *pactum de non petendo* non integra violazione del divieto di deroga convenzionale del regime legale della prescrizione fissata dall'art. 2936 cod. civ. in quanto incide sull'azionabilità della pretesa per cui la prescrizione inizia a decorrere dalla scadenza del termine fissato con il patto stesso»⁴²; peraltro, non erano mancate decisioni già orientate in questo senso⁴³.

Per i Supremi Giudici, è dunque ammissibile un accordo che limiti cronologicamente l'azionabilità di una pretesa: tale accordo non è da ritenersi in contrasto con la disciplina in materia di prescrizione, però – ecco il punto fondamentale, quanto a ciò che direttamente qui ci occupa – viene a costituirsi a mezzo del patto un ostacolo al decorso della prescrizione, che soltanto a seguito della scadenza del termine di efficacia del *pactum* riprende a decorrere.

L'impianto della decisione del 1995 appare confermato in alcune decisioni successive della Suprema Corte⁴⁴, nonché in talune pronunce di merito⁴⁵: in esse, il patto è leggibile in termini di impedimento giuridico rispetto all'esercizio del diritto.

8. Conclusioni sull'interferenza tra il *pactum de non petendo* e il decorso della prescrizione

Per le ragioni che ho fin qui illustrato, sono propenso a ritenere che il *pactum de non petendo* sia in grado di incidere sul decorso dei termini di prescrizione: una siffatta interferenza si realizza nei casi in cui sia ravvisabile nei paciscenti la volontà di concludere un *pactum de non petendo* in senso lato o sostanziale; di contro, l'assoluto isolamento dell'obbligazione rispetto alle vicende del patto, quanto al decorrere del tempo della prescrizione, è prospettabile allorché il patto sia stato inteso dalle parti in senso stretto o processuale.

La base su cui far poggiare l'incidenza del patto sul decorso della prescrizione è da vedersi nell'art. 2935 c.c., il quale stabilisce che «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto

⁴² Cfr. Cass. 19 ottobre 1995, n. 10887, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Prescrizione e decadenza*, n. 22.

⁴³ Cfr. Cass. 9 febbraio 1974, n. 4128; Cass. 27 marzo 1979, n. 1776.

⁴⁴ Cfr. Cass. 19 marzo 2003, n. 3294; Cass. 12 aprile 2006, n. 8606.

⁴⁵ Cfr. Trib. Rovigo 31 gennaio 2007, n. 56, in *Banca dati Sole 24 Ore*.

valere».

Come si è detto, quest'ultima norma concretizza il principio in base al quale *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Occorre dare spazio a una valutazione, da compiersi sempre in relazione al caso di specie, la quale potrà evidenziare la presenza di ostacoli di natura convenzionale rispetto al decorso della prescrizione.

Certo, guardando all'art. 2935 c.c. si potrebbe dubitare del fatto che il *pactum de non petendo* (sotto questo profilo non si ravvisano differenze tra il *pactum in perpetuum* e quello *ad tempus*) integri le caratteristiche strutturali necessarie affinché davvero possa rilevare alla stregua di un fatto impeditivo del decorso del termine di prescrizione⁴⁶.

Non può mettersi in discussione il fatto che il *pactum de non petendo* rappresenti un impedimento di natura oggettiva; in altri termini, è escluso che il *pactum de non petendo* dia rilievo a ostacoli di natura meramente soggettiva: così, per esempio, sarebbe inammissibile una sospensione fondata su una *difficultas adimplendi*.

Ciò genererebbe conseguenze non accettabili in termini di certezza del diritto (ancorché sia evidente che in alcune ipotesi il diritto potrebbe perfino prescriversi ancor prima che il legittimato venga a conoscenza della facoltà di esercitarlo⁴⁷).

Ricostruito in questi termini il fenomeno, come si è visto, il *pactum de non petendo* sarebbe da annoverarsi, assieme al termine e alla condizione, tra gli impedimenti giuridici idonei a impedire il decorso della prescrizione.

In tal modo, la prescrizione decorrerebbe dal momento in cui il *pactum de non petendo* abbia a cessare i suoi effetti, proprio come in più

⁴⁶ Una concezione rigidamente obiettiva dei fatti impeditivi del decorrere del tempo della prescrizione emerge da G. AZZARITI - G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario del codice civile*, VI, *Tutela dei diritti*, artt. 2910-2969 a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1969, 221: «quando esistono obiettivamente dal punto di vista giuridico le condizioni necessarie e sufficienti perché un diritto possa essere fatto valere, non hanno rilevanza, al fine di impedire il corso della prescrizione, eventuali ostacoli all'esercizio del diritto, anche se tali ostacoli siano costituiti dallo stato di ignoranza in cui il titolare del diritto versi sull'esistenza e sulla pertinenza del medesimo». Sulla stessa linea, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, cit., 566. In giurisprudenza, Cass. 19 febbraio 1985, n. 1445.

⁴⁷ È questo un problema generale di ricostruzione della figura della prescrizione, per come essa emerge dal nostro codice: sul punto, S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 24. Nel panorama del diritto privato europeo, la criticità viene rilevata in *Principles of Contract Law. Part III*, edited by O. Lando, E. Clive, A. Prüm and R. Zimmermann, The Hague, 2003, 174 s.

occasioni ha stabilito la giurisprudenza⁴⁸.

Non v'è dubbio che il fenomeno finisca per rassomigliare, sotto il profilo dell'incidenza sul piano della prescrizione, a un accordo di dilazione del termine.

Anzi, si potrebbe dire che il *pactum de non petendo*, se inteso in senso lato o sostanziale, ingloba in sé un patto di dilazione del termine.

Nell'uno come nell'altro caso, si realizza in effetti una modulazione cronologica di natura convenzionale dell'obbligazione.

Com'è evidente, l'effetto che si produce sulla prescrizione discende direttamente dal patto, anche quando si tratti di *pactum de non petendo*, perché – come ho detto all'inizio – qui non potrebbe venire in gioco il meccanismo dell'eccezione; si tratta di un meccanismo che, invece, governa il regime del *pactum de non petendo* per gli altri aspetti collegati all'adempimento e alla mora, ossia aspetti che sono direttamente riconducibili alla sfera giuridica del debitore.

⁴⁸ Occorre riportare l'attenzione sulle pronunce, già citate in precedenza, Cass. 9 febbraio 1974, n. 4128; Cass. 27 marzo 1979, n. 1776; Cass. 19 ottobre 1995, n. 10887; Cass. 19 marzo 2003, n. 3294; Cass. 12 aprile 2006, n. 8606.

CAPITOLO TERZO

Mauro Orlandi

Obbligazione senza azione

SOMMARIO: 1. Il problema – 2. Le fonti – 3. Diritto e azione – 4. Quale azione? – 5. Riduzione processuale? – 6. “*Far valere il diritto*” – 7. Relatività del patto e circolazione del credito – 8. Riduzione e responsabilità – 9. L’obbligazione come struttura dell’azione.

1. *Il problema*

Torna l’idea, antica e profonda, che il patto di non chiedere non tocchi la struttura dell’obbligazione¹. La quale rimarrebbe ciò che era: prima e dopo il patto, il debitore sarebbe parimente *tenuto* alla prestazione².

Solo si aggiungerebbe sul piano processuale una eccezione, tale da paralizzare l’azione del creditore. L’*exceptio* dedurrebbe nel processo, non una riduzione del debito, ossia una causa di estinzione (definitiva o temporanea) della responsabilità personale o patrimoniale³; bensì una riduzione minore, nella figura della rinuncia all’azione in concreto⁴. Il debitore sarebbe sempre tenuto a adempiere; ma potrebbe opporre tale rinuncia minore, priva di effetti sostanziali⁵. Il patto generebbe un accordo sul processo e non

¹ Lo spunto per queste riflessioni si deve allo scritto di T. DALLA MASSARA, *Sull’interferenza tra il ‘pactum de non petendo’ e il decorso del tempo della prescrizione* (ora proposto nel Capitolo secondo di questo volume), con il quale esse vorrebbero porsi in fecondo dialogo.

² Da ultimo v. T. DALLA MASSARA, *Sull’interferenza*, cit., 53 ss. (le citazioni si riferiscono alle pagine di questo stesso volume).

³ Nella figura del *pactum de non exequendo*; v. per tutti L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, 55 ss.; A. AZARA, *Responsabilità patrimoniale e concordato preventivo liquidatorio*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2020, spec. 249 ss. secondo il quale i *pacta (de non petendo e de non exequendo)* precludono l’aspettativa di realizzazione: il patrimonio risulta intangibile *volente debitore*.

⁴ È la tesi di M. D’ONOFRIO, *Il ‘pactum de non petendo’: struttura e disciplina*, Napoli, 2021, spec. 47 ss., per la quale il patto non è titolo di inesigibilità bensì di 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, 1 ss., spec. 7 ss.

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

sul rapporto: additivo, quanto all'*exceptio* del debitore; sottrattivo, quanto all'*actio*, abbandonata dal creditore.

Come appena vedremo, la letteratura sembra oscillare tra effetto sostanziale ed 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, che ben potrebbero esibire effetti sostanziali vari e diversi, secondo la congiunturale volontà dei paciscenti⁶. Studiamo la dogmatica dell'obbligazione; e la possibilità logica di concepire un vincolo integro ancorché privo di azione o⁷ dotato di eccezione. Pur obbligato alla prestazione, sarebbe al debitore dato di paralizzare l'azione del creditore, sollevando l'*exceptio pacti*.

Possiamo coniugare due correnti di pensiero.

La letteratura germanica sull'*Einrede* fa rifluire il *pactum* tra le cause legittime d'eccezione; si tratterebbe di un fenomeno estrinseco, nel senso che producendo una situazione ulteriore (appunto, l'*Einrederecht*), il *pactum* non inciderebbe sulla struttura originaria⁸.

La posizione chiovendiana, che – raccogliendo le suggestioni francesi – teorizza l'*exceptio* come altro e diverso diritto di impugnare l'azione creditoria, procurandone la processuale paralisi⁹.

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

⁶ T. DALLA MASSARA, *Sull'interferenza*, cit., 53 ss.; il quale sembra accogliere la mia teoria dei gradi di riduzione. V. anche l'attenta ricostruzione tipologica di G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, 49 ss.

⁷ Sarebbe qui da usare l'orrendo 'e/o' del linguaggio commerciale.

⁸ Concetto elaborato in ambiente tedesco. V. G. KLEINFELLER, *Der Begriff 'Anspruch'*, in *AcP*, 1933, 129 ss.; e le indicazioni di T. DALLA MASSARA, *Sull'interferenza*, cit., 53 ss.; cui adde G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum de non petendo' nelle esperienze giuridiche tedesche ed italiane*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 368 ss., spec. 377, nt. 40, 41.

⁹ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 272 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 304 ss.; ID., in *Saggi di diritto processuale civile*, nella ristampa a cura della Fondazione Calamandrei e dell'Università di Firenze, Milano, 1993, I, 149-156. V. ancora F. ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, cit., 66 ss.; S. COSTA, voce *Eccezione*, in *Nuovo dig. it.*, XVI, Torino, 1938, 259 ss.

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 chiedere¹⁰; alla situazione attiva del debitore, al quale è data facoltà (processuale?) di opporsi all'azione, mercé l'*exceptio* (*Einrede*).

Non potremmo a meno di trasferire sulla sfera del debitore le medesime perplessità, già emerse per la teoria dell'obbligo negativo: 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 rinuncia all'azione con effetto meramente processuale. Se possa cioè darsi un rapporto parimente integro sul piano sostanziale e monco sul piano processuale. Il diritto di eccepire implica irrilevanza dell'inadempimento? e non sarebbe il debito inevitabilmente diverso? come potrei dire di essere tenuto alla prestazione se posso liberamente rifiutarne l'esecuzione?

2. Le fonti

La suggestione viene dal diritto romano. Si muove dal passo delle Istituzioni di Gaio¹¹, 4.116b: *Item si pactus fuero tecum, ne id quod mihi debeas a te petam, nihilo minus id ipsum a te petere possum dari mihi oportere, quia obligatio pacto conuenito 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 s'impegna a non chiedere al debitore l'adempimento della prestazione»¹².

Diversa la disciplina che le fonti riservano all'*exceptio*, a seconda che possa essa qualificarsi dilatoria o perentoria. «Dilatoria, la quale – per l'ap-

¹⁰ Non verrebbe qui in rilievo un obbligo di non chiedere, postulato dalla (perplesso) teoria dell'efficacia costitutiva sostanziale, secondo cui il patto genererebbe sul creditore un dovere ulteriore e diverso, sovrapposto all'originario credito. Per la enunciazione e la critica se si vuole M. ORLANDI, *Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000, 14 ss.; e ora *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 450-452.

¹¹ Per ulteriori riff. alle fonti, v. T. DALLA MASSARA, *Sull'interferenza*, cit., 57.

¹² T. DALLA MASSARA, *Sull'interferenza*, cit., 56; 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, 207 ss. S'impegna a non chiedere? o rinuncia all'azione?

punto – 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»¹³.

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»¹⁴.

Il debitore disporrebbe di uno strumento che non tocca il piano civile dell'obbligazione¹⁵, riuscendo a far valere un «fatto giuridico incompatibile con la sua condanna»¹⁶; ferma la 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»¹⁷.

3. Diritto e azione

Tale sorta di effetto processuale (con «valore sostanziale»?) 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 inadempiente¹⁸; dal lato passivo, ho l'obbligo di adempiere, ma non mi si

¹³ 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. d. 1910), 288 ss.; L. ENNECERUS - H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*¹⁵, II, Tübingen, 1960, 1382 ss. V. le indicazioni di T. DALLA MASSARA, *Sull'interferenza*, cit., 58 (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*, nt. 63, 64.

¹⁴ T. DALLA MASSARA, *Sull'interferenza*, cit., 57.

¹⁵ Secondo la chiara lettera delle Istituzioni giustiniane. I. 4.13.3: *Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilo minus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur (...) sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi*.

¹⁶ T. DALLA MASSARA, *Sull'interferenza*, cit., 57.

¹⁷ T. DALLA MASSARA, *Sull'interferenza*, cit., 58. Recentemente anche P. GALLO, '*Pactum de non petendo*' e prescrizione, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 984, spec. 990-992. Il quale reputa che il *pactum* lascerebbe inalterato il vincolo, semplicemente aggiungendo il diritto potestativo di eccepire.

¹⁸ Secondo la tesi di M. D'ONOFRIO, '*Pactum*', cit., 47 ss.

può costringere¹⁹. 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 tradizione²⁰, diritto ed azione sono riuniti 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»²¹. Essa toccherebbe la stessa giuridicità dell'ordinamento: «*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»²². Seguendo questa linea, dovremmo assimilare le eventuali vicende estintive, sicché al venir meno dell'azione corrisponderebbe di necessità l'estinzione del diritto²³.

¹⁹ Secondo la ricostruzione più accreditata, che affonda le radici nelle fonti. V. ora T. DALLA MASSARA, *Sull'interferenza*, cit., 53 ss.; cui *adde* P. GALLO 'Pactum', cit., 990-992; M. D'ONOFRIO, 'Pactum', cit., 47 ss. Da ultimo, S. MONTICELLI, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Torino, 2023, 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*, § 9, nt. 62.

²⁰ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1904, rist., cit., 3 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*², Roma, 1936, 63 ss.; A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, in *Nuovo dig. it.*, ora in *Noviss. dig. it.*, II.2, Torino, s.d. (ma 1974), 29 ss.; T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1950, 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.*, 1970, 1052 ss. (con particolare riguardo alla astrattezza dell'azione).

²¹ S. SATTA, *Manuale di diritto processuale civile*¹², a cura di C. Punzi, Padova, 1996, 157 (enfasi orig.); ID., voce *Azione in generale. L'azione nel diritto positivo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1958, 832 ss. L'azione, in sé, non è né fondata né infondata; fondata ed infondata è la postulazione del diritto, secondo una valutazione *a posteriori*, riguardante l'esito del giudizio.

²² S. SATTA, *Manuale*, cit., 155.

²³ «Chi si obbliga a non far valere più il credito vuol dire che vi rinunzia»: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 463. Reputano inammissibile un diritto di credito sfornito del potere di esigere L. BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, III, Milano, 1934, 239 ss.; ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 56; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939 (rist. a cura della Scuola di perfez. dell'Univ. Camerino, Napoli, s.d.), 106-107, il quale si riconduce alle opinioni di D. BARBERO, *Contributo alla dottrina della condizione*, Milano, 1937, 67 ss.

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. Come vi sarebbero azioni senza diritti (si pensi all'istituto della sostituzione processuale²⁴), così dovrebbero ammettersi diritti senza azione.

Viene in rilievo l'antica polemica tra fautori dell'azione come diritto ad un «provvedimento sul merito»²⁵ (teoria dell'azione astratta), e fautori dell'azione come diritto a un «provvedimento favorevole»²⁶ (teoria dell'a-

(ma v. le edizioni succ. circa 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, 119 ss.; ID., *Appunti in tema di obbligazioni a termine*, in *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1968, 23 ss. (secondo cui il rapporto obbligatorio nasce soltanto con il potere di esigere).

²⁴ 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, II, 128 ss.; spec. 138-141, ad avviso del quale la sostituzione processuale volontaria non può concepirsi astratta, ossia a prescindere dal diritto sostanziale.

²⁵ Senza risalire alle radici della polemica, v. E. BETTI, *Diritto*², cit., 63 ss.; A. PEKELIS, voce *Azione*, cit., 29 ss.; V. anche C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*¹⁰, I, Torino, 1995, 47-49, 57: «L'azione è un diritto ad un provvedimento sul merito, e non ad un provvedimento favorevole (p. 61; corsivo nel testo); 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» (57; enfasi orig.). Teoria che discende dai classici della letteratura: H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig, 1877, 34 ss.; da noi A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, 31 ss. Il dibattito ferveva intorno alla polemica tra i fautori dell'astrattezza pura (l'azione prescinde dal carattere favorevole del provvedimento invocato) e i detrattori (l'azione come pretesa ad un provvedimento favorevole), V. E. HEINITZ e G. PUGLIESE, *Polemica intorno all' 'actio'*, Firenze, s.d., ma 1954. Polemica avviata dagli scritti di T. MUTHER, *Zur Lehre von der römischen 'Actio'*, Erlangen, 1857, 42, per il quale l'azione è il domandare, rivolto al giudice statale; e di B. WINDSCHEID, *Die 'actio'-Abwehr gegen Muther*, Düsseldorf, 1857, 33 ss. il quale considera l'*actio* come espressione del diritto sostanziale. Da leggere le notazioni introduttive di Pugliese.

²⁶ Potremmo risalire a A. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, 19 ss. (il quale coniò la formula *Rechtsschutzanspruch* – diritto-pretesa alla tutela); G. CHIOVENDA, *L'azione*, cit., 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 giudice «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., 152), egli finisce per postulare l'azione come 'concreta' o 'causale' diretta ad un provvedimento favorevole; ché, altrimenti, essa – per definizione – sopravviverebbe alla stessa *exceptio*. In questo ordine di idee collocherei pure G. PUGLIESE,

zione causale); le quali esigono una definizione del concetto di merito.

Ove 'merito' si riferisca alla situazione giuridica e alle relative vicende, allora parrebbe a tutta prima pensabile – con i teorici dell'astrazione – 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 trovare ingresso nel processo; perché infondata, ove si accerti l'inesistenza del diritto postulato. Ma se nel merito si include anche la *facultas agendi*, allora – con i fautori dell'azione causale – tutto rifluisce in un medesimo giudicare, ancorché sull'uno o sull'altro profilo (sull'*actio* piuttosto che sul diritto).

Ove poi si consideri il *ius postulandi*, cioè con il potere di proporre una domanda giudiziale, senza riguardo al diritto di ottenere un provvedimento favorevole, esso 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 convenuto²⁷; 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 ad essere

'Actio' e diritto soggettivo, Milano, 1939, 150 (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*, 162). In una posizione ibrida gli scritti di T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 22 ss., secondo il quale entrambe le tradizionali nozioni (azione astratta ed azione concreta) troverebbero cittadinanza nel diritto positivo; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 211 ss., 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.*, II, Roma, 1989, 3, nella stessa prospettiva di Cordero; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 284 ss. V. pure E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 91 ss. e Id., *Istituzioni di diritto processuale*³, Padova, 1983, 267 ss., che concepisce l'azione come «situazione soggettiva composita».

²⁷ 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 cod. civ.). V. A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971 (già edito, in veste provvisoria, nel 1965), 65; B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, *Pubblicazioni a cura della Scuola di perfezionamento (ora di specializzazione) dell'Università di Camerino*, Napoli, 1980, 65 ss., 113 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., 794; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 84 ss.; A. BELLELLI, *L'imputazione volontaria del pagamento*, Padova, 1989, 18 ss.

accolta o respinta, ma proprio per questo capace di suscitare una pronuncia dell'organo giudiziario. Il *ius postulandi* si presenta astratto 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.

4. Quale azione?

Diversamente configurabili gli effetti del patto, secondo il concetto di azione che si reputi di accogliere. Concepito l'*unicum* inscindibile diritto-azione, la rinuncia all'uno travolgerebbe inevitabilmente anche l'altro, e gli effetti processuali del *pactum* si convertirebbero in effetti sostanziali; il *pactum* non avrebbe tra le parti conseguenze diverse dalla remissione, giacché la rinuncia all'azione determinerebbe la fine del rapporto. E come configurare questo presunto effetto estintivo dell'azione e del diritto, nel caso che il debitore rimanga inerte, e nulla eccepisca? Come collocare tale sorta di sopravvivenza dell'azione, che, sebbene vulnerata dalla rinuncia del creditore²⁸, non impedisce l'accoglimento della domanda?

Per altro verso, ridotta a mero *ius postulandi*, l'azione sarebbe 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, di accoglimento o di rigetto che sia.

Rimangono le teorie del provvedimento sul merito e del provvedimento favorevole. Quest'ultima parrebbe condurre alle medesime conseguenze dell'inscindibilità diritto-azione, giacché rinunciare al diritto al provvedimento favorevole finirebbe per coincidere con una rinuncia al diritto *tout court*; con l'ulteriore 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 teoria del provvedimento sul merito: la quale eviterebbe, da un lato l'oziosa asserzione di un banale ed ineluttabile *ius postulandi*;

²⁸ Sotto questa luce, G. PUGLIESE, *'Actio'*, cit., 250 stigmatizza l'uso equivoco dei termini 'pretesa' e 'ragione', che sarebbero «parole in sé improprie, giacché 'pretesa' sembra alludere ad una richiesta anche ingiustificata» (v. S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, 23 ss.), mentre «'ragione' non pone in luce l'atteggiamento attivo del titolare». V. E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, I, 205 ss.; A. ROCCO, *La sentenza*, cit., 35 ss.

dall'altro, le secche di un diritto ad un provvedimento favorevole, esercitabile anche se inesistente²⁹.

A dispetto delle sottili distinzioni, parrebbe giovare una semplificante bipartizione: azione in astratto *vs* a. 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 ad accertare per condannare.

Secca alternativa. O si ragiona in astratto, ossia a prescindere dal titolo civile, e allora si apre lo spazio puramente processuale dell'agire, affatto separato dal titolo. 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 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 è 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.

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 non cambia. Sempre si tratta di un giudizio preliminare, il quale non tocca l'oggettivo rapporto delle parti ma la soggettiva capacità di giudicare.

²⁹ Su questa linea, V. E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti* (1911), rist. Milano, 1960, 250 ss.; A. SEGNI, *L'intervento adesivo*, Roma, 1929, 152 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 173 ss. V. pure G. COSTANTINO, voce *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1990, 3-4, che risolve l'*actio* in «aspirazione ad un provvedimento di merito».

Accertata la quale, si passa inevitabilmente al merito. Con il minimo dell'*Einrederecht* (nella figura della *Leistungsverweigerungsrecht*: diritto di rifiutare la prestazione), sotto al quale il patto non può andare. La fonte dell'obbligazione esibisce una diversa rilevanza³⁰. Essa è integrata dal patto, il quale riduce la responsabilità del debitore attraverso la modalità dell'*exceptio*.

5. Riduzione processuale?

La letteratura sembra oscillare tra funzione puramente sottrattiva (il creditore perde qualcosa), e funzione additiva (il debitore acquista l'*exceptio*): da un lato, si configura una rinuncia all'esercizio dell'azione³¹; dall'altro, si segnala l'invalidità del *pactum* per il *ius civile* e il riconoscimento pretorio dell'*exceptio*³². Oscillazione che si trascina sino a noi, e suggerisce di risolvere casi controversi, ora ricorrendo alla figura della rinuncia o dell'*exceptio*; ora configurando un obbligo *de non petendo*, affatto personale ed intrasmissibile.

Tale incertezza sfocia nel moderno dualismo tra effetti processuali o sostanziali del *pactum*, che si riflette sulla duplice concezione dell'*exceptio*: da un lato un vero e proprio controdiritto potestativo di estinguere (c.d. *exceptio* astratta); dall'altro, un onere di allegazione dell'estinzione, già prodotta (c.d. *exceptio* causale). Lì, l'*exceptio* è causa dell'estinzione; qui, conseguenza³³.

Se lo sviluppo del *ius honorarium* poteva forse giustificare l'idea di una astratta *exceptio*, suscettibile di riconoscimento giudiziale³⁴, il moderno sistema delle codificazioni non sembra tollerare questa sorta di accordo

³⁰ Torna utile l'irtiana distinzione tra rilevanza interna e rilevanza esterna: N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 55 ss.; ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984 (dove le cit.), 25-26.

³¹ C. MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei 'pacta' secondo il diritto romano*, Siena, 1891, (estr. da *Studi Senesi*, vol. VII, fasc. II e III; vol. VIII, fasc. I, e II); poi riprodotto in *Pacta conventa. Studio critico di diritto romano antico e classico*, Torino, 1915, 155-157. E bibl. ivi cit.

³² V. DE VILLA, voce *'Pactum de non petendo'*, in *Nuovo dig. it.*, LX, Torino, 1939, 410. Da leggere G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum'*, cit., 368 ss., per un'attenta ricostruzione.

³³ In immagini direi che l'*exceptio* astratta si configura come un'arma contro pretesa od azione; l'*exceptio* causale, come una finestra, aperta dal processo sulla realtà sostanziale, che consente al giudice di conoscere (giuridicamente, non storicamente) il *pactum* e la conseguente, già prodotta irrilevanza (temporanea o perenne) dell'inadempimento.

³⁴ Il pretore, infatti, diceva: «*pacta et conventa servabo*»: C. MANENTI, *Contributo*, cit., 80 ss.

sulla rilevanza processuale degli atti. Se le parti convengono l'*exceptio pacti*, il giudice ne terrà conto, non come una disciplina convenzionale del giudicare ma come causa modificativa del rapporto. L'accoglimento dell'*exceptio* non riesce a spiegarsi in termini meramente processuali, poiché sarebbe inconcepibile una convenzione giudiziale trilatera (parti – organo giudicante); essa sembra poter trovare fondamento soltanto in una vicenda sostanziale del rapporto, che risulta ridotto dal *pactum*.

La teoria della rinuncia all'azione (anche in concreto) o della pura eccezione finisce per concepire un'efficacia meramente processuale del *pactum*, in grado di generare una vittoriosa *exceptio*. Sotto questa luce, la vecchia polemica su *actiones* ed *exceptiones* appare come prigioniera dell'entificazione di concetti puramente normativi e della duplicazione dei piani di analisi (da un lato il diritto; dall'altro i mezzi di tutela). Parrebbe l'*exceptio* introdurre nel processo non sé medesima, bensì un fatto sostanziale, altrimenti inconoscibile: non si eccepisce puramente, ma si eccepisce alcunché³⁵. L'*exceptio* appare lo strumento di un descrivere e denunciare, e non può essere concepita al di fuori del proprio oggetto; essa appartiene alla categoria dei concetti di secondo grado, e postula un altro da sé, che la doti di un contenuto, destinato alla valutazione del giudice³⁶.

Si deve affrontare un'importante obiezione: se l'eccezione deve considerarsi causale, e dunque essa postula la precedente riduzione³⁷ del rapporto, come potremmo spiegare l'azione del creditore, e la condanna del debitore inerte, che non sollevi l'*exceptio*? L'insidia, sottesa all'interrogativo, è in ciò: che esso presuppone una relazione necessaria tra esistenza della pretesa e

³⁵ V. F. CARNELUTTI, *Eccezione ed analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 645 ss. e S. PUGLIATTI, voce *Eccezione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, cit., 164 ss.

³⁶ Si direbbe – per immagini – come il processo non sia lo specchio del mondo, ma il luogo artificiale della lite. Su questa linea, vengono in rilievo le risalenti opinioni sul nesso tra verità e certezza, che isolavano lo scopo della ricerca processuale nella fissazione di una verità formale: donde il dibattito intorno al fenomeno delle c.d. prove legali (v. F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915 (rist. Napoli, 2016), 29 e 31, ove preziosi riferimenti; ancorché a 34 egli rifiuti la dicotomia verità storica-verità formale; G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Foro sardo*, 1910, I, 14: «dovunque, nell'odierno diritto, ad un atto processuale collegasi l'incondizionata predeterminazione formale rispetto alla sentenza di un fatto rilevante, là non v'è un mezzo di prova, ma un mezzo formale di fissazione di altra natura»; enfasi orig.). Non sfuggirà al lettore come soltanto aderendo alla teoria dell'*exceptio* astratta si possa concepire un'eccezione stragiudiziale con efficacia estintiva, rilevabile d'ufficio: v. coerentemente E. MINERVINI, *La prescrizione ed «i terzi»*, Napoli, 1994, 54-55, il quale non a caso chiama dalla sua G. CHIOVENDA, *Principi*, cit., 274; e R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936 (rist. Napoli, 1982), 181.

³⁷ Secondo la terminologia da me proposta in *Pactum*, cit., spec. 134 ss.

dell'azione e condanna del debitore; premessa che finisce per convertire ogni preclusione processuale in inesistenza sostanziale. Che l'eccezione possa essere opposta soltanto da determinati soggetti ed entro determinati limiti di tempo è un modo del rifiutare; e di rendere conoscibile la volontà del debitore. Ci sono vicende che entrano nel processo solo su istanza³⁸. Altro è la vicenda, ossia la riqualificazione del titolo, con il passaggio dalla responsabilità piena alla responsabilità ridotta; altro il modo, con cui far valere tale vicenda. *L'exceptio* è il modo; non la causa della vicenda.

Si pensi all'incompetenza: il giudice non è competente o incompetente secondo che la parte deduca o non deduca in giudizio la relativa causa (territoriale o di valore); è invece che la causa d'incompetenza – la quale rimane ciò che è; e produce immediatamente il proprio effetto – diviene processualmente irrilevante, cioè ineducibile ed inconoscibile, se nessuna delle parti la faccia valere secondo le modalità previste³⁹.

Possiamo ragionare allo stesso modo per l'*exceptio pacti*: essa costituisce – passi l'immagine – la finestra sul *pactum*, che soltanto il debitore può aprire, entro i termini e secondo le modalità del diritto processuale.

L'inerzia o la solerzia del debitore nulla aggiungono o tolgono alla vicenda sostanziale del rapporto, il quale è già stato ridotto per effetto del *pactum*; esso è già trascorso dal regime di esigibilità a quello d'inesigibilità, rendendosi l'adempimento suscettibile di rifiuto⁴⁰. La quale ha riguardo

³⁸ Per la dimostrazione v. il mio '*Pactum*', cit., 182 ss. Torna qui proficua la riflessione di Carnelutti (in polemica con Chiovenda e Liebman), il quale spiega l'*exceptio* con il generale principio dell'onere di allegazione, sicché il fatto estintivo non potrebbe dedursi nel processo se non attraverso «la domanda del convenuto»: F. CARNELUTTI, *Eccezione*, cit., 1960, 649. Per C., *Un lapsus evidente?*, ivi, 446-449, l'eccezione è «azione del convenuto», il quale fa valere, cioè allega, fatti estintivi che conducono al rigetto della domanda. Altro è conoscibilità empirica; altro, rilevabilità giuridica. Irrilevabile appare il fatto *giuridicamente* (non già empiricamente) inconoscibile. Non importa che il fatto riduttivo (ad esempio il termine) risulti materialmente *in actis*. In difetto d'allegazione (nel nostro caso, di eccezione), il giudice dovrà ignorarlo *tamquam non esset*, non perché ne manchi la prova materiale, ma perché esso non è stato allegato dall'unico soggetto competente (il debitore). Sotto questa luce, l'*exceptio* astratta parrebbe condividere la medesima inconsistenza – si direbbe – di un foglio bianco. *Infra*, § 9.

³⁹ In questi termini è da leggere la critica che F. CARNELUTTI, *Eccezione*, cit., 645 ss. e S. PUGLIATTI, voce *Eccezione*, cit., 164 ss. muovevano alla teoria chiovendiana dell'eccezione astratta.

⁴⁰ Diversamente, dovremmo reputare definitivamente estinto il rapporto *post exceptionem deductam*. Tizio eccepisce il *pactum*; successivamente il giudizio si estingue prima della sentenza: potrà il giudice, adito in un eventuale successivo giudizio sul medesimo oggetto, rilevare il difetto di azione, estinta attraverso la precedente eccezione? Qui occorre distinguere, secondo che l'inesigibilità risulti accertata con efficacia di giudicato; ovvero che il

alla deduzione nel processo di un fatto riduttivo del rapporto, altrimenti irrilevabile.

6. “Far valere il diritto”

Tommaso dalla Massara coglie nel segno quando conclude che il *pactum* è una causa di sospensione della prescrizione. O – come meglio precisa – preclude il decorso del termine prescrizionale⁴¹. La sospensione dell’art. 2935, secondo cui la prescrizione «comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere», mette capo alla differenza tra inerzia imputabile e inerzia non imputabile: la prima rimprovera al creditore di non agire pur potendo, ossia pur in assenza di cause di preclusione del far valere; la seconda non rimprovera al creditore il non agire, proprio in ragione del non valere *volente debitore*. Se agisse, si vedrebbe utilmente opposta l’*exceptio*.

Egli sembra poi distinguere tra patto processuale (o in senso stretto) e patto sostanziale (o in senso ampio). Non incidendo sulla struttura del vincolo, il primo sfuggirebbe all’art. 2935. Donde un primo dubbio: perché restringere l’applicazione dell’art. 2935 al piano sostanziale?

Due considerazioni.

Che si costruisca come fenomeno processuale o sostanziale, il risultato parrebbe non cambiare alla luce dell’art. 2935: il far valere si converte e risolve in agire in giudizio per ottenere la condanna e la conseguente esecuzione forzata. Che sia fenomeno solo processuale o anche sostanziale,

giudizio sia rimasto estinto prima della sentenza. Nel primo caso si darà l’efficacia preclusiva del giudicato (che prescinde dall’estinzione sostanziale del diritto). Nel secondo? quale principio processuale consentirebbe al nuovo giudice di conoscere il *pactum* a prescindere dall’*exceptio*? come giustificare il venir meno dell’*onus exceptionis*, se i giudizi (quello estinto; ed il nuovo) sono per definizione identici, e manca la preclusione del giudicato? Di qui il dissenso verso quelle dottrine che considerano estinta l’azione di adempimento a seguito della sentenza di rigetto *post exceptionem*: G. DE CRISTOFARO, *Il ‘pactum’*, cit., 389 (che alla nt. 99 cita pure BGH 14 giugno 1989, in *NJW-RechtsprechungsReport*, 1989, 1048-1049). V. inoltre E. TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955, 420 («(...) una volta sollevata l’eccezione, il rapporto ha perduto qualsiasi residua giuridicità e si è totalmente estromesso dall’ambito dell’ordinamento giuridico. Non può più, cioè, qualificarsi neppure come rapporto naturale, sicché la sua eventuale esecuzione da parte del debitore, ancorché spontanea, rappresenterà un indebito oggettivo con diritto da parte del *solvens* alle restituzioni»). V. ancora R. BOLAFFI, *Le eccezioni*, cit., 226; E. MINERVINI, *La prescrizione*, cit., 65.

⁴¹ T. DALLA MASSARA, *Sull’interferenza*, cit., spec. 70-71.

dinanzi alla eccepibilità dovremo concludere l'impossibilità di far valere *nolente debitore*, ossia di ottenere la condanna dell'eccepiente⁴². E con essa – in applicazione dell'art. 2935 – la preclusione al decorrere del termine prescrizione, dacché l'inerzia è appunto giustificata dall'impotenza del creditore verso l'eccezione del debitore. Non potersi far valere – è appena da riflettere – si riferisce a fenomeni non già materiali (difficoltà che rendano difficile o nulla la concreta possibilità di scrivere la citazione o la lettera di diffida) ma puramente giuridici: appunto, l'irrelevanza dell'azione dinanzi alla contro-eccezione.

Più radicalmente, sembra non potersi ammettere una vicenda puramente processuale dell'azione in concreto. Dire non puoi agire significa dire hai il diritto di rifiutare. Dire diritto di rifiutare significa che il non pagare non vale inadempimento. La facoltà di eccepire il rifiuto (il *Leistungsverweigerungsrecht* della letteratura germanica) coincide con l'irrelevanza dell'inadempimento. Irrilevanza doppiamente relativa: confinata (da noi; ma non in Germania, dove vale anche l'*Einrede* stragiudiziale) nell'eccezione giudiziale; e in un limite cronologico (nel *pactum ad tempus*; non aprendo qui la questione di una irrilevanza eterna, come nella prescrizione⁴³). Se dal descrittivo e terminologico passiamo al piano dogmatico, non si sfugge: o rifiutare è inadempimento e allora si farà luogo a condanna; o il debitore non è condannabile, e allora il suo rifiuto non sarà inadempimento. Si chiama inadempimento il titolo della responsabilità. Nessun inadempimento senza (azione di⁴⁴) responsabilità. Rinunciare all'azione è liberare il debitore dalla responsabilità.

È da segnalare anche in questa sede come la rilevanza giuridica si dimostri non meramente classificatoria (sorta di tassonomia dei fatti e degli atti) e statica; ma funzionale e dinamica. Il fatto è rilevante nel circuito della causalità giuridica; appunto, quale causa di un determinato effetto. Ogni fattispecie è per propria natura efficiente, ossia suscettibile di produrre conseguenze. Il caso non rileva siccome tassonomicamente sussumibile in una fattispecie; ma solo se sussumibile nella fattispecie *normativa*, ossia se esso

⁴² V. ora A. AZARA, *Responsabilità*, cit., 250-251, il quale ben avverte come la responsabilità si dimostri categoria oggettiva non soggettiva. Essa tocca il patrimonio, non il semplice contegno del debitore: «nella responsabilità si esprime la passività del responsabile, il cui patrimonio è soggetto al potere creditorio». Sulla scorta di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, 36 ss.

⁴³ Ma v. *infra*, § 8.

⁴⁴ Vi sarebbe qui da chiarire che le azioni di responsabilità personale sono due: lata e stretta. In senso lato, anche l'azione di adempimento implica responsabilità per la condanna. E la conseguente esecuzione. *Infra*, nt. 66.

valga come causa di effetti giuridici.

Lo statuto giuridico si svolge nella logica della rilevanza normativa *If/Then*. Il diritto è *essenzialmente ipotetico*: ogni norma postula una ipotesi, al verificarsi della quale entra in vigore un effetto. Esso ultimo a sua volta si dimostra un'altra ipotesi. In un ciclo infinito, senza limiti logici. Non esistono nel diritto norme categoriche, ossia imperativi senza effetto; ma solo norme ipotetiche, le quali si svolgono nell'effetto⁴⁵. Per chi muove da questo assioma, l'obbligazione non può che dimostrarsi uno statuto normativo delle responsabilità personale e patrimoniale. Gli effetti non possono uscire dalla struttura ipotetica del vincolo.

La rilevanza dell'inadempimento è dinamica e non statica: esso è tale in ragione della responsabilità *nolente debitore*. O al rifiuto segue la responsabilità e la condanna; o non è inadempimento. L'inadempimento non è tale perché staticamente classificabile nella fattispecie dell'art. 1218 (inesecuzione della prestazione); ma perché titolo di responsabilità, ossia fatto costitutivo dell'obbligazione risarcitoria e della correlativa condanna. La rilevanza non è meramente classificatoria (questo comportamento si chiama inadempimento); ma normativa (questo comportamento rileva come causa dell'effetto condannatorio).

Il togliere rilevanza alla condanna sterilizza l'inadempimento. Che interessa al giurista chiamare un determinato atto inadempimento se esso non rileva come titolo di condanna? Sarebbe una mera classificazione; una tecnica ordinatoria e definitoria. Che non cerca l'effetto, ma solo nomi di fatti o di cose. Il lavoro del giurista sarebbe come quello del botanico. Togliere azione significa rendere impossibile la condanna *nolente debitore*. Rimettere l'adempimento alla scelta altrui. Al postutto: rendere irrilevante la responsabilità.

Piano processuale e piano sostanziale sono indissgiungibili. Azione di condanna è il nome dell'effetto coattivo. Il credito è la propria azione; o come voglia denominarsi il potere di attuare l'interesse contro la volontà del debitore⁴⁶.

⁴⁵ Per il concetto di rilevanza dinamica o normativa v. ancora il mio *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, spec. 167 ss.

⁴⁶ Non è questa la sede. Ma non si può a meno di enunciare i corollari. La 'sanzione' è coessenziale, all'obbligazione come alla norma. «Un ordinamento giuridico prescrive un certo comportamento ricollegando al comportamento opposto, come sanzione, un atto coercitivo»; secondo la nota formulazione di H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*², Torino, trad. it e cura di M.G. Losano, rist., 2021, 161. La sanzione si realizza coattivamente nella condanna esecutiva. Ossia nelle tecniche della esecuzione forzata. Sarà qui sufficiente por mente agli studi di S. SATTA, *Comm. cod. proc. civ.*, Milano, 1965, III, 7: «tutto l'ordinamento è volto verso l'esecuzione, perché esso sa benissimo che senza l'esecuzione la

7. Relatività del patto e circolazione del credito

Si legge che l'inopponibilità verso i terzi discenderebbe dal carattere personale e astratto del *pactum*⁴⁷. Nel silenzio delle parti, il ceduto non potrebbe eccepire l'inesigibilità, giacché il *pactum* sarebbe per il cessionario *res inter alios acta*; fondandosi l'eccezione su altro e sovrapposto obbligo negativo *de non petendo* o sulla processuale rinuncia all'azione, essa sarebbe ristretta alla sola sfera del creditore cedente, e non potrebbe estendersi alla sfera del terzo, per definizione estraneo. Qui si annida un falso concetto di relatività, che sembra tradire un salto logico.

In primo luogo, occorrerebbe distinguere tra relatività del *pactum* e relatività degli effetti. Che il negozio sia relativo ai contraenti, e cioè che il negoziare sia ad essi soli ascrivibile, non tocca la circolazione degli effetti, cioè la suscettibilità del rapporto, ridotto dal *pactum*, di trasferirsi nella titolarità di altri soggetti, estranei all'originario negozio. Tutti i mutamenti convenzionali del rapporto sono decisi e stipulati dai soli contraenti (termini di adempimento, una nuova disciplina degli interessi, garanzie aggiuntive), ma non per questo si rendono incapaci di circolazione. Il rapporto è ciò che le parti decidono, e risulta dall'insieme delle clausole disciplinatrici: perciò esso si risolve nel proprio statuto negoziale e giuridico⁴⁸.

Sotto altra luce, il termine 'relativo' potrebbe semmai riferirsi ad effetti altri ed estranei: un ipotetico nuovo obbligo *de non petendo*, sovrapposto alla struttura del vincolo originario; una dismissione dell'azione o costituzione dell'eccezione sul piano meramente processuale, senza toccare il vincolo sostanziale. Ora, l'analisi ha mostrato come il punto debole di questa ricostruzione riposi sul nesso d'incompatibilità tra situazioni giuridiche soggettive: ove il *pactum* costituisca un diritto *de non petendo*, esso darebbe vita ad una nuova qualifica (*non dovere adempiere*), incompatibile

normativa si riduce ad un mero divertimento». V. su questa linea V. TAVORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli, 2003, spec. 77-84, per il quale (80) «funzione necessaria della coazione sul piano sostanziale è dunque quella di elevare la coincidenza dell'essere con il dover essere e perciò il grado di realizzazione dell'ordinamento sostanziale inteso come estinzione progressiva degli obblighi da questo posti». Per questa via, egli considera (78) come il *proprium* della giurisdizione stia nell'esecuzione forzata; e come il giudizio di cognizione sia da subordinare a strumento di quello esecutivo. Su questa linea, mi pare acuminata l'idea di V. CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020, 131 ss. di connettere art. 1229 e 2740. Senza esecuzione patrimoniale la condanna sarebbe un pezzo di carta.

⁴⁷ Che produrrebbe tra le parti una nuova e diversa obbligazione, sovrapposta alla precedente.

⁴⁸ V. recisamente N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto (per una ristampa di un libro di Mario Allara)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 419 ss.

con la prima (dovere adempiere); donde l'aporia di una coesistenza degli opposti, e la necessità logica di una prevalenza dell'una o dell'altra qualifica.

Nessun senso potrebbe assegnarsi ad attributi come 'relativo' o 'personale': gli obblighi non sono cose, che si tengano per sé o si condividano, ma qualifiche, e tra di essi corre una relazione – puramente logica – di compatibilità od incompatibilità; se, come comunemente è avvertito, il *pactum* produce un nuovo diritto di non adempiere, esso è per definizione incompatibile col precedente: da questo momento il rapporto è strutturalmente diverso, perché la qualifica di doverosità è venuta meno⁴⁹.

Neppure la teoria dell'*exceptio* astratta, secondo cui il *pactum* comporterebbe la mera eccepibilità della pretesa, sembra sfuggire a questo corollario. L'eccezione non è isolabile in sé medesima; essa si fonda su una diversa configurazione del vincolo, il quale appare non più coercibile; sicché la costituzione dell'*exceptio* si spiega e risolve in vicenda dell'obbligazione. In ogni caso, il mero costituirsi dell'*exceptio* nulla dice circa il problema dell'opponibilità, e non reca in sé una causa impeditiva della circolazione verso eventuali aventi causa. Non diversa la logica applicabile alle teorie sull'indebolimento del vincolo, ed in particolare alla riduzione del rapporto con estinzione della pretesa. Che le parti decidano il venir meno della pretesa creditoria, sottoposta alla condizione risolutiva dell'*exceptio*⁵⁰, non tocca il diverso problema della circolazione, che mette capo, non al *quomodo* del rapporto, bensì alla sua pertinenza all'uno od altro soggetto; al profilo soggettivo della titolarità, non a quello oggettivo del contenuto.

Quale che sia la ricostruzione preferibile, la diffusa veduta di una strutturale inopponibilità del *pactum* e dei suoi effetti, si fonda su un falso presupposto: potersi isolare situazioni soggettive intrinsecamente opponibili, e situazioni intrinsecamente inopponibili, siccome ristrette alla sfera degli originari titolari⁵¹. Questa logica tradisce un grave scambio tra profili

⁴⁹ La stessa configurazione di un *pactum in personam* contrapposto a quello *in rem* appare spuria: se tale carattere personale implicasse (come pare) un'efficacia costitutiva (un ulteriore obbligo di non chiedere), allora esso condurrebbe all'antinomia più volte segnalata; se, invece, esprimesse la limitazione dell'effetto estintivo alla sola sfera del beneficiario, allora esso tradirebbe un salto logico, dando per dimostrato ciò che è da dimostrare: la disponibilità verso i terzi dell'effetto estintivo.

⁵⁰ Per l'analisi di questa teoria, v. il mio '*Pactum*', cit., cap. VII, § 30.

⁵¹ La letteratura lascia emergere un orientamento affatto opposto, secondo un principio generale di «cedibilità delle situazioni soggettive attive di carattere patrimoniale»: v. G. GORLA, *Problemi sulla cedibilità dell'offerta contrattuale (di scambio), dell'opzione e del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 20 ss. V. U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative. Contributo allo studio delle situazioni soggettive attive*, Napoli, 1995, spec. 301 ss., che dimostra la trasferibilità dell'aspettativa, costruita come situazione giuridica

oggettivo e soggettivo del rapporto. Altro è il contenuto, cioè l'insieme delle qualifiche attive e passive, con la relativa disciplina di modalità e tempi; altro la titolarità, cioè la pertinenza di tali qualifiche a questo od a quel soggetto. La circolazione della qualifica non implica un mutamento oggettivo, sicché vengano meno o si determinino altre modalità di adempimento, altre facoltà od obblighi. L'oggetto del rapporto dipenderà soltanto da eventuali clausole modificative, che determinino l'aggiunta di nuove, o la sottrazione di vecchie qualifiche.

La logica qualificatoria implica una fonte di qualificazione, che preveda e descriva i singoli comportamenti dei soggetti, ed i relativi predicati di doverosità o di facoltatività⁵². Tale ufficio descrittivo è affidato alle clausole (legali o convenzionali), le quali indicano termini, modi condizioni dei futuri contegni, e così disciplinano il rapporto tra le parti. La parola 'effetto', tanto diffusa e proficua nell'uso didascalico, potrebbe indurre un pericoloso equivoco: che tra clausola disciplinatrice, recante la descrizione dei soggettivi contegni, delle concrete e specifiche modalità, ed effetto corra un nesso eziologico materiale tale da implicare il distacco dell'uno dall'altra. Ridotto l'effetto a qualifica, e l'insieme degli effetti in disciplina normativa e negoziale⁵³, il fenomeno dell'estinzione implica una *contradictio* dell'originario predicato, cioè un descrivere e prevedere una qualifica negativa, o altra incompatibile.

Circolano non gli statuti ma le titolarità. Cambia il termine soggettivo non la situazione oggettiva. Il mutamento oggettivo può solo dipendere da una riqualificazione del titolo. Ossia da una clausola (o come voglia chiamarsi l'ulteriore fonte) tale da risolvere l'effetto riduttivo al cambiamento soggettivo; sicché l'obbligazione torni piena presso il nuovo titolare. Delle due l'una: o il credito è ceduto così com'è, e allora non si vede a quale titolo il debito divenga esigibile; oppure la cessione risolve il patto, e allora il credito tornerà esigibile in una con la responsabilità del debitore.

L'inopponibilità del patto non può dipendere dalla sua relatività. Tutti gli accordi sono relativi alle parti. Altro è la relatività del patto, che conforma lo statuto del rapporto tra i contraenti; altro la circolazione del rapporto, il quale non cambia al mutare del titolare ma solo all'applicarsi di uno specifico titolo modificativo.

O si concepiscono due distinti rapporti: l'uno, derivante dal titolo originario; l'altro, derivante dal *pactum*, e allora la circolazione dell'uno non

preliminare.

⁵² Per la teoria generale v. ora N. IRTI, *La teoria*, cit., 420.

⁵³ Sulle «coppie di contraddittori» v. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 151 ss., 209 ss.

implicherà di necessità quella dell'altro. O – come crediamo – il patto non ne costituisce altro e diverso, ma riduce il rapporto originario, sottraendo responsabilità, e allora non potrà che circolare questa titolarità. Non altra.

Al postutto si tratta di interpretare le fonti applicabili e dimostrare l'esistenza di una clausola risolutiva del patto⁵⁴.

8. Riduzione e responsabilità

La domanda è in ciò: possono darsi obbligazioni prive di azione? potrebbero concepirsi obbligazioni forti, suscettibili di responsabilità e di correlativa azione; e obbligazioni deboli, siccome ridotte dell'una o dell'altra? Il passaggio dalla riduzione processuale alla riduzione sostanziale apre il problema delle clausole sulla responsabilità.

Soffermiamoci sugli artt. 1183², 1229 e 1965. Parrebbe possibile trarre da queste disposizioni una logica comune; un principio unificante, che spieghi in radice lo statuto eteronomo dell'obbligazione. Potremmo spingerci (dubbiosamente) alla postulazione di un principio generale di responsabilità o coercibilità del vincolo. Nessuna obbligazione civile potrebbe nascere priva di responsabilità; ossia di credito. Ossia del potere del creditore di esercitare ed eseguire il diritto *volente debitore*. Ossia di azione.

Nella fase genetica, il vincolo è una promessa. Il fatto⁵⁵ o la dichiarazione, con cui il debitore o la legge mette innanzi – appunto: pro-mette – al creditore la prestazione utile⁵⁶, garantita con tutti i beni presenti e futuri. La logica della promessa implica responsabilità⁵⁷. Ossia una proiezione futura

⁵⁴ V. conf. G. DE CRISTOFARO, *Il 'pactum'*, cit., 387.

⁵⁵ Altro è la fonte fatto (come il fatto illecito); altro la fonte atto (come il contratto). Il problema della semantica dichiarativa riguarda il secondo. Le fonti fatto sono suscettibili di interpretazione puramente pragmatica. Non c'è qui spazio per spiegare. Non posso che rinviare nuovamente al mio *Introduzione*, cit., § 16, 20.

⁵⁶ O forse meglio la prestazione di un valore? Tenendo in conto il problema della 'valutazione economica', ossia della conversione in equivalente pecuniario. E del suo evolvere nel tempo: si tratta di un credito di valore o di valuta? ha riguardo al solo profilo patrimoniale o anche al non patrimoniale?

⁵⁷ Di grande suggestione anche l'etimo profondo di «responsabilità». Inutile cercare nel latino classico il corrispondente del sostantivo astratto; la presenza di *responsabilitas*, che notiamo nel *Codex iuris canonici*, parrebbe d'uso recente, derivato probabilmente dagli impieghi del termine nelle lingue moderne (v. S. SCHIPANI, *'Lex Aquilia' 'culpa' responsabilitas*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello, 4-7 giugno 1990*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1992, 161). Come sug-

che si impone alla unilaterale volontà del debitore. L'interesse del creditore è stretto in un congegno coattivo, insensibile alle successive scelte dell'obligato. Il senso del *vinculum* è nella sua propria oggettiva forza, *contra nolentem*. Se le parti concepissero una fonte, tale da rimettere al debitore la scelta di adempiere, essa non si lascerebbe sussumere nel concetto legale di obbligazione. L'obbligazione geneticamente rimessa alla libertà di adempiere si dimostra un ossimoro.

Donde il dubbio. Vero sul piano genetico; *quid* nel tempo successivo? Non potrebbero forse le parti risolvere la fonte contrattuale? o il creditore rimettere il debito, estinguendo ogni responsabilità? non potrebbero esse in un momento successivo liberamente disporre della responsabilità?

Parrebbe opportuno separare due momenti: genesi; svolgimento.

La genesi risponde alla domanda: vogliono le parti costituire un vincolo? ossia un dispositivo di responsabilità? Lo svolgimento risponde alla domanda: vogliono le parti conservare il vincolo? o disporre di esso, estinguendo in tutto o in parte la responsabilità?

gerisce R. McKEON, *The Development and the Significance of the Concept of Responsibility*, in *Revue internationale de philosophie*, XI, 1957, n. 39, 3 ss., l'aggettivo *responsabilis* fa la sua comparsa nel latino medievale, alla fine del '200, in coincidenza con l'uso di *responsable*: «*neither the noun nor the adjective occurs in classical Latin, and the adjective 'responsabilis' is not found in medieval Latin until the 14th century, after the formation of the French word*» (ivi, p. 8-9). Pur non esibendone il vocabolo, il latino antico ne custodirebbe il seme nel verbo *respondere*: è qui che si trova lo strato di senso profondo. *Respondeo* deriva da *spondeo* (dove i sostantivi *sponsor* e *responsor*), che indica l'atto solenne del promettere e del garantire (v. M.A. FODDAI, *Responsabilità: origine e significati*, in *D@S*, X, 2011-2012, 1 ss.). É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, trad. it., Torino, 1976 (*Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969), I, 446 ss., rileva la chiara parentela del verbo latino *spondeo* col greco σπένδω, fra i cui significati spicca quello di «concludere un patto e prendersi reciprocamente a garanti». Il *responsor* è colui che nella *stipulatio* interviene a favore del debitore a garanzia del suo debito; pronunciando la formula «*respondeo*», egli rafforza il vincolo assunto dallo *sponsor*. La parola che impegna viene spesa per altri; si risponde per qualcuno, garantendo per lui. «Da allora – avverte M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Archives de Philosophie du droit*, XXII, 1977, 45-58, spec. 46 – la parola rispondere implica l'idea di *essere garanti di un corso di eventi futuri*» (enfasi aggiunta). Non è questa la sede; e tuttavia non si può non segnalare la profondità culturale del concetto; il quale raggiunge niente meno che il fondamento linguistico del giuridico. Viene in rilievo la sacralità della *sponsio* e dei *verba*. Il rispetto degli accordi mette capo alla coerenza tra l'azione e la parola data: il *responsor* interviene per assicurare conformità tra *dicere* e *facere*; con la formula «*et ego tibi respondeo*» egli conferisce certezza al futuro, proclamato e promesso. Il significato di *respondere* si collega sin dall'origine alle azioni umane e alla loro coerenza rispetto alla parola, l'impegno, la promessa. Indispensabile sul punto G. AGAMBEN, *Horkos. Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, in Id., *Homo sacer*, Macerata, 2018, 311 ss., 372-373.

Il meta-senso delle tre disposizioni sembra comune. Non poter le parti volere e insieme disvolere; ossia obbligarsi e contestualmente rimettere al debitore la scelta di adempiere. Obbligarsi significa appunto stringersi in vincolo tale, da rendere irrilevante la successiva volontà dell'obbligato. Il debitore non è libero di adempiere o non adempiere; se lo fosse, non sarebbe debitore.

Così non potrebbero le parti esonerare *preventivamente* il debitore dall'effetto della responsabilità per dolo e colpa grave (1229); come pure non potrebbero *prevedere* un termine rimesso alla volontà del debitore, così da renderlo libero di adempiere o non adempiere (1183²); come pure fissare un termine di decadenza tale da rendere troppo difficile l'esercizio del diritto, e restringere la coazione in troppo angusti limiti (2965). Sembra emergere la comune *ratio* della coercibilità: l'obbligazione nasce come luogo della violenza.

Dalla sistematica normativa della coercibilità sembra ricavarsi una significazione legale della fonte. Nessuna fonte potrebbe porsi senza responsabilità. La fonte è ciò che sta prima; e che appunto *prevede* l'adempimento e il suo opposto: è ciò che staglia la fattispecie di danno e l'effetto essenziale della responsabilità. Quel 'preventivamente', che si legge nell'art. 1229, primo comma, starebbe allora per 'geneticamente'. La fonte dell'obbligazione si dimostra uno statuto geneticamente (e parzialmente) indisponibile delle responsabilità. Le tre disposizioni impongono all'autonomia un limite nella formazione della fonte.

Sul tavolo dogmatico rimangono così due ipotesi ricostruttive dello statuto obbligatorio.

Una prima, che potremmo denominare teoria del *vincolo forte*, secondo cui all'autonomia sarebbe sempre precluso – sia geneticamente che successivamente – di liberamente disporre. La responsabilità sarebbe sempre essenziale, entro i limiti delle tre disposizioni in esame. Non potrebbero le parti concepire, né all'origine né dopo, termini di adempimento troppo lunghi o termini di decadenza troppo corti. Al giudice parrebbe sempre rimessa la prudente valutazione del segmento di tempo entro cui la responsabilità risulti incompressibile.

Una seconda, che potremmo denominare del *vincolo debole*, la quale restringe la indisponibilità al solo costituirsi dell'obbligazione. Le successive vicende rifluirebbero nella piena autonomia: dalla totale remissione, alle minori cause di riduzione. L'indisponibilità sarebbe una disciplina della fonte e non delle vicende.

Inclinerei (dubbiosamente) per questa seconda.

Diversa appare la logica normativa delle vicende. Ossia degli svolgimenti successivi. Posta la fonte, nei limiti e nei modi imperativi della legge, l'obbligazione sembra poi rifluire in uno spazio di piena disponibilità. Tale spazio è segnato dagli artt. 1372 e 1236; i quali prevedono la risoluzione consensuale del contratto e la remissione del debito.

Fermiamo l'attenzione su tale ultimo istituto. La remissione è causa di estinzione diversa dall'adempimento. Estinzione totale; che nulla lascia dopo di sé. Il pagamento *post remissionem* sarebbe privo di titolo; e perciò ripetibile. Al creditore è dato il diritto potestativo di rimettere: *ad libitum* e senza limiti⁵⁸. La certezza del diritto parrebbe qui non più darsi quale certezza della responsabilità, intesa come nucleo genetico della fonte; in modo che essa non si dia senza prevedere un originario *spatium temporis* della forza. Ma come certezza della successiva vicenda, voluta dalle parti; e segnatamente dal creditore.

L'osservatore è chiamato a stabilire la volontà della vicenda. E così se le parti o il creditore intendano estinguere *tout court*; o invece soltanto ridurre, lasciando libero il debitore di efficacemente adempiere. Si potrebbe forse dubitare della riduzione *in perpetuum*: libero per sempre? Al dubbio parrebbe da opporre l'illimitato potere remissivo. E la possibilità del nulla. La minore decisione del creditore, che – in luogo di rimettere – lasci al debitore la facoltà di adempiere quando vuole, sembra non violare regimi di ordine pubblico bensì svolgere la piena disponibilità del credito⁵⁹. Se ogni debito è suscettibile di remissione, perché dovrebbe mostrarsi insuscettibile di un *minus* come la riduzione? Qui la certezza si declina con riguardo all'atto estintivo; non alla fonte estinta. Quello di estinguere il tutto parrebbe per corollario recare in sé il potere di estinguere una parte. Se posso rimettere, posso *a fortiori* anche ridurre. Nel più, il meno. Pensare a una obbligazione civile perennemente ridotta appare possibile sul piano successivo ma non su quello genetico. L'abdicazione genetica e definitiva dell'azione non altro implica che la riduzione a titolo spontaneo. Libertà e debito si contraddicono.

Come la prescrizione, il patto appare un fatto riduttivo della rilevanza. *Post pactum*, sopravvive soltanto il *titulus acquirendi*. Esso implica una vicenda dello statuto obbligatorio. Ossia della struttura ipotetica Se/Allora,

⁵⁸ Ferma la facoltà di rifiuto del debitore. Che tuttavia non tocca la logica dell'argomento: essere la responsabilità dalle parti disponibile; *ex post*.

⁵⁹ Si potrebbe parimente pensare per questa via anche a una omologa riduzione perpetua dell'eseguitività. *Quid* se il creditore agisca *in cognitivis*? Potrebbe il debitore eccepire con successo il *pactum de non exequendo*? Sarei per la negativa. Il giudizio di cognizione parrebbe non risentire dell'ineseguitività; che il debitore potrebbe non eccepire in sede esecutiva.

in cui può ordinarsi ogni fattispecie⁶⁰.

Prima la fonte valeva come titolo di responsabilità (personale, 1218; e patrimoniale, 2740); dopo il patto, la fonte vale soltanto come titolo di acquisto. Non viene meno l'intera struttura ma solo lo spettro di effetti che possiamo ellitticamente riassumere nel lemma 'responsabilità'. Ossia gli effetti di vincolo, che prescindono dalla volontà del debitore.

9. L'obbligazione come struttura dell'azione

Donde la coesistenzialità di responsabilità e azione; e la inammissibilità di una riduzione puramente processuale. Appare logicamente impossibile separare azione e responsabilità. Ridurre l'azione implica ridurre la responsabilità. La *exceptio pacti* deduce nel processo il diritto di non adempiere; non l'astratta mancanza di azione. L'azione non può venir meno senza travolgere il diritto. Dinanzi all'*exceptio* il giudice non può dire: non hai il potere di chiedermi; ma solo: non hai il diritto di costringere il convenuto. Il debitore è libero di rifiutare.

Rischiamo di impiccarci alle parole se non usciamo dalla superfetazione delle situazioni soggettive come oggetti suscettibili di possesso e abbandono. Dire che il patto fa valere la rinuncia all'azione in concreto o la mera eccezione è in sé insignificante se non tradotto nella rilevanza dinamica Se/Allora. Cambiare parola non postula *ex se* cambiare il concetto: *post pactum* il debitore può rifiutare senza temere di essere condannato; entro lo spazio dell'eccepire. L'eccezione non vale inadempimento e non implica responsabilità.

È sempre e solo una vicenda sostanziale. Il giudice non potrebbe concludere: non ho il potere di decidere; né: il creditore non ha l'astratto potere di agire. Non la prima, perché ci troviamo per definizione in un momento successivo al *ius decidendi*, dinanzi a un giudice competente. Non la seconda, perché il *ius postulandi* è in sé universale e indisponibile; e mena a un esito di accoglimento o di rigetto in ragione di uno scrutinio sostanziale: se, in base al titolo conformato dal patto, il debitore possa o non possa rifiutare.

⁶⁰ Sono costretto ancora a rinviare a me stesso, e me ne scuso. Sul concetto di statuto e di struttura ipotetica v. il mio *Introduzione*, cit., 45 ss.; 167 ss.; con gli approfondimenti ulteriori che troverai in *Essere o dover essere? L'interpretazione attraverso il pensiero di Giuseppe Messina. Introduzione a G. Messina, L'interpretazione dei contratti*, rist. an., Napoli, 2022, spec. XXVIII-XXIV.

Il fondamento della decisione è nella irrilevanza della responsabilità. Non in un isolato e singolare difetto dell'ufficio giudiziario o del soggetto creditore. Il giudice non può sindacare lo agire come mero potere soggettivo; il patto non rende incapaci di agire. Il giudice è apicalmente precostituito come naturale, ossia come mezzo necessario della decisione sul titolo e sul merito. Stabilita la propria competenza, egli non si ferma sull'uscio e deve entrare nel merito.

La differenza è nella irrilevabilità d'ufficio della riduzione, e nel modo e tempo processuali del rifiutare. Segnatamente, si dimostrano irrilevabili tutte le vicende che non generino estinzione radicale del titolo e dunque non incidano sul fondamento radicale della domanda⁶¹. Termine, condizione, prescrizione, patto: tutti fatti riduttivi (non estintivi) che non travolgono il titolo. E perciò implicano solo il diritto del debitore di rifiutare, senza precludere il diritto del creditore di ricevere⁶².

⁶¹ Per svolgimenti v. il mio 'Pactum', cit., 165-174. Su una linea assimilabile chiamerei E. MERLIN, *La compensazione nel processo civile*, I, *La fattispecie*, Milano, 1990, spec. 318 ss. Volgarizzando, potremmo dire che la riduzione del titolo civile rende disponibile al debitore – ossia rifiutabile – la responsabilità originaria. V. ora C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*¹³, I, Torino, 2023, 164-165, il quale, per un verso reputa interessante questa impostazione. Per altro verso, sembra accogliere l'orientamento della Corte suprema, secondo cui le eccezioni in senso stretto (non rilevabili) sarebbero tipiche. Non si direbbe però che la Suprema Corte affermi la tipicità: almeno così parrebbe, leggendo Cass., Sez. Un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Defure*. In ogni caso, tale presunta tipicità si rivelerebbe letteralmente indimostrabile e dogmaticamente inspiegabile.

⁶² Per la recente letteratura da leggere il bel libro di M. D'ONOFRIO, 'Pactum', cit., 46 ss.; 131 ss. La quale distingue effetto del termine ed effetto del patto. Il primo oggettivo e rilevabile *ex officio*. Il secondo soggettivo e rimesso alla eccezione in senso stretto. Su una linea assimilabile v. ora S. MONTICELLI, *Inerzia*, cit., 29-30, secondo il quale, «l'espressione "ogni diritto si estingue per prescrizione" allude, senza dirlo, all'insorgenza di un contro-diritto del debitore, di natura potestativa, e dunque di possibile ma non necessario esercizio». A differenza del termine, la prescrizione genererebbe tale «controdiritto» potestativo. Il dubbio permane in ciò: che non sembra spiegarsi sul piano logico – dogmatico l'interesse pubblico al rilievo d'ufficio del termine (e più in generale di ogni fatto riduttivo). Altro è il debito naturale; altro, il debito civile. Il primo è radicalmente irrilevante come causa di responsabilità. Non potrebbero le parti associare responsabilità civile a un imperativo morale. La naturalità appare indisponibile (ma v. le interessanti notazioni di R. SENIGAGLIA, *Per un'Ermeneutica del concetto di causa: solidarietà 'orizzontale' e contratto*, in *Jus civile*, 2016, 507 ss.). Donde l'impossibilità oggettiva della condanna; e l'interesse pubblico al rilievo d'ufficio. Il debito civile è invece radicalmente vincolante; e il debitore (appunto) responsabile. Nulla sul piano generale impedisce la condanna, giacché il titolo nasce civile. Il titolo è civile perché genera constanziale responsabilità e condannabilità. È la solita trappola del linguaggio modale (modi del dovere, del potere; o dell'«avere» un diritto, un obbligo, una facoltà, un'eccezione e via dicendo). Dire che il debitore «ha» il diritto potestativo di eccepire descrive senza spiegare. Senza scendere alla dinamica elementare Se/Allora, si dà

Il modo del rifiuto appartiene alle scelte di diritto positivo (che sia stragiudiziale o solo giudiziale). La facoltà di rifiutare si risolve sul piano concettuale in libertà del debitore civile di non adempiere. Libertà che esige una sua presa di posizione, potestativa e insindacabile. Il giudice non potrebbe per definizione sostituirsi al debitore civile e rilevare d'ufficio l'effetto riduttivo. Poiché esso si converte appunto in decisione della parte; non una radicale e oggettiva insuscettibilità del titolo a fondare responsabilità e condanna⁶³.

per dimostrato il *thema demonstrandum*: come cambia la *rilevanza dell'inadempimento*, ossia l'effetto ad esso associato. Occorre scendere al nesso tra effetto e titolo; tra qualifiche e fonte (fonte e titolo sono qui sinonimi). Non metafora della derivazione, come di acqua che sgorga; ma dinamica della significazione: ogni effetto è un significato, espresso dalla fonte che lo pone e prevede. Toccare la dinamica delle situazioni debitorie è ineluttabilmente tornare sul titolo e cambiare la significazione, ossia il modo dell'effetto. *Supra*, § 6. Termine, condizione, prescrizione, patto introducono una riduzione, ossia una diversa rilevanza dell'adempimento; rimesso (temporaneamente o per sempre) alla scelta del debitore. E perciò all'eccezione di parte. Non viene meno l'originario titolo civile della domanda; ma cambia (*pro tempore* o *sine die*) la rilevanza della responsabilità. V. nota succ.

⁶³ Il titolo si dimostra efficiente ma inefficace (per la distinzione tra efficacia ed efficienza, v. il mio *Introduzione*, cit., § 15), disapplicandosi la (fattispecie) responsabilità e permanendo la *soluti retentio*. Rimane integro lo statuto attributivo: il pagamento è irripetibile; non lo statuto della responsabilità: posso rifiutare, nei modi previsti. L'effetto sempre si risolve in fattispecie: ipotesi o modello di comportamento, applicabile a Tizio. Altro è porre la fattispecie, ossia descrivere il modello; altro applicare, ossia valutare la concreta condotta di Tizio, siccome conforme al o difforme dal modello. Che l'effetto sia posto, e cioè descritto, non implica *tout court* che esso sia applicato. Previsione e applicazione sono concetti diversi e inassimilabili. L'uno sta nella fase nomologica della *rilevanza interna* o astratta, ove si svolge la posizione delle fattispecie; l'altro, nella fase crinologica della *rilevanza esterna* o concreta, ove si svolge la sussunzione del fatto storico (si deve risalire a N. IRTI, *Rilevanza*, cit., 60 ss.; ora in *Norme*, cit., 23 ss.). Efficiente significa che l'effetto è posto. Efficace, che esso è *anche* applicabile, e così suscettibile di sussunzione. L'efficienza è *a priori*; l'efficacia, a posteriori. La prima guarda alla norma; la seconda, al fatto. Nel debito a termine, la fonte (ad esempio il contratto) già prevede a priori l'effetto della responsabilità, associando all'ipotesi inadempimento l'ipotesi risarcimento. Il termine disgiunge momento della efficienza, ossia della posizione; e momento della efficacia, ossia dell'applicazione. Ancorché posto (descritto dalla fonte), il modello non si applica. Fino alla scadenza del termine, esso non implica sussunzione: non vale come parametro per valutare l'inadempimento. L'inadempimento si dimostra (esternamente) irrilevante. Donde la razionale distinzione tra inefficacia temporanea e inefficacia definitiva. Quella implica rifiutabilità *pro tempore* della prestazione: scaduto il termine o avveratasi la condizione, la responsabilità tornerà integra, *nolente debitore*. Questa implica rifiutabilità eterna della prestazione: prescritto, o ridotto *sine die* dal *pactum*, il titolo appare sciolto per sempre dal vincolo oggettivo, ossia da ogni effetto incompatibile con la potestativa volontà del debitore. Inefficacia definitiva parrebbe coincidere con *inefficienza relativa*: il titolo è ormai insuscettibile di responsabilità *nolente debitore*. Tali i crediti prescritti o soggetti a *pacta*

Lo agire è sempre lo stesso: suscita la necessità di decidere nel merito, valutando il titolo e le sue riqualificazioni diacroniche. All'originario, le parti hanno aggiunto un altro accordo, prevedendo – ancora il linguaggio evocativo delle situazioni – il diritto di non pagare o l'obbligo di non agire o la rinuncia all'azione in concreto o il diritto di rifiutare. Tutti modi di esprimere un medesimo: il rifiuto non vale inadempimento.

L'obbligazione è un dispositivo di responsabilità, costruito intorno all'azione di condanna. La rinuncia all'azione si converte e risolve in irrilevanza (temporanea o perenne) dell'inesecuzione. Che conduce a una pronuncia di rigetto nel merito, e non di inammissibilità o improcedibilità dell'azione in sé e per sé.

Isolare l'azione è un pensiero impossibile entro la logica della rilevanza. Ecco i passaggi. Obbligazione implica (possibilità di) inadempimento. Rifiutare di adempiere implica responsabilità. Responsabilità implica azione di condanna. La preclusione della condanna implica preclusione della responsabilità. La vicenda dell'azione trova fondamento non in sé, astraendosi dal titolo dell'obbligazione; ma nella riqualificazione del titolo, con irrilevanza sostanziale della responsabilità.

Non esiste una impossibilità meramente processuale di condannare che non risalga e si fermi al difetto di giurisdizione o di competenza. Il patto riguarda, non la soggettiva capacità di decidere o di suscitare la decisione, ma la oggettiva facoltà di non adempiere. Al pari delle altre clausole riduttive, anche il patto non può restringersi all'astratta situazione processuale

sine die. Per i titoli sospesi da condizione non avverata né avverabile parrebbe farsi luogo a nullità (1354?); ossia – nel nostro lessico – a inefficienza assoluta o totale: il successivo pagamento sarebbe ripetibile. Ma il tema è delicato e merita altro approfondimento, estraneo alla nostra economia. Sembra così spiegato con rigore anche il ridursi della responsabilità patrimoniale al maturare del termine di prescrizione: la definitiva libertà di non adempiere porta con sé la libertà di disporre del patrimonio a prescindere dal creditore. E di sollevare la eccezione anche in sede esecutiva. Diversamente dal naturale, il titolo civile nasce intrinsecamente e radicalmente efficiente. Delle due l'una: o esso diviene *assolutamente inefficiente* (per remissione confusione adempimento e altre cause), e allora il giudice potrebbe d'ufficio dichiarare l'infondatezza della domanda e l'oggettiva impossibilità della condanna: il titolo risulta svuotato d'ogni effetto. Appunto, estinto; non ridotto. O esso diviene *inefface* (ridotto; non estinto), e allora l'originaria responsabilità – ossia l'effetto coattivo contro la volontà del debitore – si è mutata in libera scelta del debitore. Donde la irrivelabilità, logica prima che giuridica; impossibilità che il giudice compia la scelta, spettante al debitore civile. Tutte le cause di riduzione – ossia di disapplicazione modale (entro i modi previsti) dell'effetto coattivo – svolgono la libertà del rifiuto e rifluiscono nell'eccezione di parte. In difetto della quale, non potrebbe il giudice altro che condannare, in ragione del titolo *civile*. Titolo che – diversamente dal *naturale* – risulta intrinsecamente efficiente, generando *ex se* responsabilità.

senza toccare la fonte sostanziale.

Come ogni fattispecie, l'obbligazione è una struttura condizionale *Se/Allora*. Il concetto di struttura va compreso nella sua profondità. Esso implica una *relazione* tra elementi coesenziali 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 indisgiungibili⁶⁴.

Siamo inclini a usare il linguaggio prescrittivo, sicché l'obbligazione ci appare una figura del dover essere. Continuiamo pure. Con la rigorosa e lucida coscienza che l'imperativo civile si dimostra non categorico ma ipotetico⁶⁵: tale che *se* inadempimento *allora* responsabilità.

⁶⁴ 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, C. CASTRONOVO, *Il diritto italiano delle obbligazioni da codice civile del 1942 ad oggi. Profili di una evoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, spec. 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 ID., *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.

⁶⁵ Non si risolve nel mero comando; e si articola e svolge nella struttura ipotetica *Se/Allora*. Da rileggere I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, trad. it. e cura di P. Chiodi, Torino, 1995, 71: «Ora tutti gli imperativi comandano o *ipoteticamente* o *categoricamente*. Gli imperativi ipotetici presentano la necessità pratica di un'azione possibile quale mezzo per raggiungere qualche altra cosa che si vuole (oppure che è possibile volere). L'imperativo categorico è quello che rappresenta un'azione come necessaria per sé stessa senza relazione con nessun altro fine, come necessaria oggettivamente (...). Ora, se l'azione è buona esclusivamente come mezzo per qualcos'altro, l'imperativo è *ipotetico*; se

Senza responsabilità la struttura cambia. Qualsiasi fattispecie che implichi rifiutabilità della prestazione (in costanza del titolo civile attributivo) riposa per logica necessità sull'irrilevanza dell'inadempimento, nei modi e nei tempi previsti. Si passa da una struttura perfetta a una struttura ridotta, in cui al rifiuto non si applica (entro i modi e i limiti stabiliti) l'effetto coattivo, consustanziale all'azione di condanna. Azione e diritto sono facce di un medesimo. Risarcire postula condannare⁶⁶. L'irrilevanza dell'azione implica irrilevanza della responsabilità. Venendo meno (se si preferisce: sospendendosi) le conseguenze coattive del rifiuto.

Ancora una volta la piccola lente del patto illumina il profondo dell'istituto. Al postutto, l'obbligazione appare struttura sostanziale dell'azione condannatoria. Togliere (temporaneamente o per sempre) l'azione significa modificare la rilevanza del titolo. Lo agire è nello statuto del vincolo: toccare quello cambia ineluttabilmente anche questo.

invece è pensata come buona in sé, quindi necessaria per una volontà in sé conforme alla ragione, l'imperativo è *categorico*» (enfasi or.).

⁶⁶ Si aprirebbe qui il tema dell'azione di adempimento come risarcimento in forma specifica. Per il quale rinvio alle preziose pagine di C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 925 ss. Dico solo che l'idea di Castronovo si dimostra acuminata proprio pensando alla condanna: adempimento e inadempimento rifluiscono entrambi in azioni di condanna, con cui il creditore ottiene il titolo esecutivo. Rendendo eseguibile *nolente debitore* la propria utilità.

POSTFAZIONE

Augusto Chizzini

1.

Ha un sapore antico il cavalleresco confronto in tema di *pactum de non petendo* che coinvolge, con bagaglio culturale assai diverso, il romanista e il civilista.

E di quel diverso bagaglio si accorge immediatamente l'attento lettore: laddove indugia prima nella classicheggiante prosa che, per delineare i lineamenti essenziali delle vicende del multiforme *pactum* nei lunghi secoli della giurisprudenza romana, vuole riattualizzarlo nella contemporaneità, ridargli vita, tenendo tuttavia fermi quei lineamenti che ne qualificavano la classica figura, nel riproporre un profilo che si vuole rimanga uguale al modello, almeno nell'essenza; per giungere poi all'aspra lettera del civilista che, con rigore e consequenziale dedurre, rimodella la materia ricevuta, la stravolge al di là dell'apparenza e ne fa un *quid novi*. Costruisce, così, una realtà assai diversa, certo funzionalmente vicina, ma nella quale le vestigia del passato sono solo il frammentato ricordo di un mondo ormai irrefragabilmente modificato.

La vicenda polemica s'innesca per il guanto di sfida lanciato da Tommaso dalla Massara. E non è uno sforzo vano, ha le sue fondate ragioni: lo storico di valore non tarda a cogliere i bisogni del presente, a individuare le connessioni con il passato, è quella del *pactum* una realtà virente, con la quale ci si deve confrontare ogni giorno, basti pensare ai sempre più ritornanti accordi di ristrutturazione per i debiti delle imprese (*ex pluribus* cfr. ora Cass. 27.590/2023). Gli esempi possono essere assai numerosi, del resto già il lavoro di Hans Reichel ne è nobile conferma¹. Sono acquisiti alcuni dati, riassumiamoli.

Il *p. d. n. p.* sorge, si sviluppa, in stretta simbiosi con il sistema formulare, con l'atrofizzarsi di questo, per sopravvivere si trasforma, già con la *cognitio* ha caratteri diversi. Sappiamo bene quale sia la cifra fondamentale della *exceptio*: con essa il convenuto non disconosce il diritto dell'attore,

¹ Comunque, per una ordinata esposizione, da ultimo P. GALLO, '*Pactum de non petendo*' e prescrizione, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 984 s.; prima già G. DE CRISTOFARO, *Il Pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, ivi, 1996, I, 367 s.

ma fa valere, nella fase *in iure*, talune circostanze che lo esonerano dall'obbligo o responsabilità, le quali, pertanto, in quanto vere consentiranno al giudice di assolverlo. La *ratio* si ritrova, quindi, tutta sul piano storico: essa sorge in ragione dell'ampio potere che è riconosciuto al magistrato per correggere la norma dello *ius strictum*, laddove questa si ponga in contrasto con le esigenze dell'*aequitas* in una società evolutasi, e trova il suo presupposto, pertanto, nel principio della inderogabilità del sistema dello *ius civile*. Il superamento avveniva sul piano dello *ius honorarium*, attraverso appunto il ricorso alla *exceptio*, che lasciava salva in linea di principio la norma dello *ius civile*.

Qui sorge la questione centrale, è inutile girarci attorno: può ancor oggi, in un sistema giurisdizionale (per tacer d'altro) radicalmente modificatosi, perpetuarsi l'idea del *p. d. n. p.* (almeno in alcune sue manifestazioni, senza dubbio le più interessanti) quale mera *eccezione*, idonea a fondare un rigetto nel merito, come sembra pur cautamente prospettare il romanista? O invece, per sopravvivere, il *pactum* deve necessariamente incidere sulla realtà sostanziale, trovare un suo spazio autonomo e vitale – l'art. 1322 c.c. sembra permetterlo – che gli consenta di collocarsi a fianco di figure certo funzionalmente convergenti, ma nondimeno diverse, primariamente la remissione?

La risposta di Mauro Orlandi è *tranchant*: si deve escludere, se si scioglie il tradizionale linguaggio modale in quello universale della fattispecie, che le vicende dell'obbligazione ne possano rimanere estranee, il *pactum* incide profondamente sulla struttura della fattispecie sostanziale, riducendola, come altre analoghe, quali la prescrizione, il termine. Del resto, con la propria autorevolezza già Betti si poneva in questa direzione².

Questa è la sinopia di quanto ci viene consegnato.

2.

Il giudice opera come il demiurgo, conferisce ordine e misura ad una realtà preesistente, dalla indefinita norma generale astratta modella la

² Cfr. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 531, ove assolutizza l'efficacia del *p. d. n. p.* nel diritto romano, configurandolo come rinuncia pretoria allo stesso diritto sostanziale rappresentato dalla ragione (*actio*, in questo senso) o quanto meno al suo esercizio entro un dato tempo. Si avrebbe, allora, uno strumento dispositivo-sostanziale che si esprime nelle forme processuali. Cfr., tuttavia, E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, 76-77.

decisione sul caso concreto, individua la *lex specialis* tramite il processo, vero e proprio procedimento normativo. In questa direzione, allora, il processualista può forse aiutare a superare quella che solo in apparenza è una insanabile contrapposizione, la questione passa dal piano della dogmatica a quello dell'ermeneutica.

Svolgo in forma di *quaestiones*: se il *p. d. n. p.* incide sulla obbligazione, assunta quale rapporto complesso, *Gefüge*, può invero operare solo sul piano di quella che, per mera convenzione, tratteggiamo come disciplina processuale, proprio perché a questa possiamo concedere una strumentale separatezza da quella sostanziale? Altrimenti: non è forse lo schema unitario (ed unificante) della fattispecie, nel concorso delle norme sostanziali e processuali, che può consentire una coerente collocazione del *pactum* nel sistema, superando ogni dicotomia? La sua 'riduzione' può esprimersi esclusivamente sul piano dell'esercizio dei poteri che attengono alla deduzione in giudizio del diritto, all'attivazione del procedimento, lasciando immutati gli altri concorrenti elementi dello statuto?

Qui si pone una questione preliminare. Il nostro processo è idoneo, per propria interna conformazione, a ricevere espressioni dell'autonomia delle parti? O ne è insuperabilmente refrattario? In questo caso, poco rimarrebbe da fare, tutto potrebbe operare solo sul piano sostanziale. Ma si crede che questa soluzione sia troppo radicale, peggio inattuale.

Il *p. d. n. p.* nella sua dimensione processuale, come per il vicino *p. de non exequendo* – senza voler soffermare l'attenzione sui già richiamati (e variegati) accordi in tema di ristrutturazione dei debiti previsti dal codice della crisi d'impresa – interroga il processualista da una visuale in apparenza ristretta, ma che invero coinvolge un tema di centrale rilevanza teorica, circa l'ambito che si può riconoscere all'autonomia delle parti nella dinamica del processo: emerge forte la questione sulla natura dispositiva delle norme processuali, a muovere da quelle che regolano l'esercizio dell'azione, se e in che misura possa parlarsi anche oggi di un *Konventionalprozess*³.

Con la formazione degli stati moderni, con la seguente pubblicizzazione del processo s'impone, l'idea che il diritto processuale non consenta forme processuali rimesse alla disposizione delle parti, lo affermavano

³ Cfr., per una efficace sintesi, M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 148 s. Una trattazione del tema in G. WAGNER, *Prozessverträge*, Tübingen, 1998, *passim* (sul *p. de non petendo* e *de non exequendo*, spec. 392 s.). Sintetiche, ma efficaci, note sul *p.d.n.p.* in J. BRAUN, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, Tübingen, 2014, 75-76. Una più completa discussione ho svolto in C., *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 182 s.

già Bülow e Wach⁴, se non per spazi meramente interstiziali e in ipotesi tipicizzate. Così il divieto di forme processuali convenzionali è stato a lungo considerato immanente nel sistema⁵, causa la natura pubblica del rapporto giuridico processuale, che lega parti e giudice, funzionale ad un accertamento che non può essere deviato dal libero potere dispositivo delle parti stesse.

La posizione, pur in passato autorevolmente sostenuta, appare obsoleta. In questa sede le deduzioni non possono che essere estremamente rapide: il processo è procedimento normativo, i procedimenti di natura pubblicistica si sono sempre più aperti ai contributi dei privati, i poteri dispositivi sono ampiamente ammessi, parimenti la tutela delle situazioni soggettive imposta dall'art. 24 Cost. si realizza nell'ordinamento con una convergenza di strumenti d'autonomia privata ed esercizio di funzioni pubbliche⁶. E' venuta, pertanto, a cadere ogni barriera affinché non possa operare nel concreto una proficua osmosi tra quei diversi mezzi diretti ad un medesimo fine. Con altre più dirette parole può dirsi che ora manca ogni substrato sistematico-normativo – ed anche ideologico – affinché si giunga a negare che nella contemporaneità si possono efficacemente esprimere atti d'autonomia privata anche *prima e nel corso* del processo.

In dubio pro libertate, pertanto, se si vuole mutuare il felice impianto ricostruttivo delineato da Peter Schlosser⁷: laddove, tuttavia, quella libertà deve essere intesa quale espressione di un'autonomia che si coordina con le regole eteronome del diritto processuale civile, per assicurare in termini più efficienti la strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale.

Quindi, se ogni norma processuale deve essere interpretata con riferimento al singolo specifico contesto in cui s'innesta, questo vale soprattutto per quegli accordi con cui le parti s'impegnano a non esercitare i poteri processuali che pur la legge loro riconosce: si ha una *Befugnisdisposition*, espressione dell'autonomia negoziale, che non tocca l'ambito di validità e vigenza delle norme processuali, come appunto nel caso del *p. d. n. p. o de non exequendo*⁸.

⁴ Cfr. O. BÜLOW, *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *A.c.P.*, 1881, 1 s.; A. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, Bonn, 1896, 53.

⁵ Vd. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, 62.

⁶ Mi sia consentito rinviare a A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 2018, 11 s.

⁷ Cfr. P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968, 9 s.; G. WAGNER, *Prozessverträge*, cit., 11 s.

⁸ Cfr. G. WAGNER, *Prozessverträge*, cit., 86 ss. Vd. R. CAPONI, *Accordi processuali*, ora in *Dogmatica giuridica e vita*, I, Milano, 2022, 182.

Qui la primigenia lezione del Reichel appare ancor oggi risolutiva, evita confusioni conseguenti alla ineliminabile ambiguità delle parole: con il *p. d. n. p.* non si ha una rinuncia all'azione sganciata dal diritto sostanziale, il che con difficoltà si ammetterebbe nel vigente sistema⁹. E a ragione lo evidenzia Orlandi.

Invero, con quel *pactum* si constata il sorgere di un potere processuale del debitore, idoneo a paralizzare l'azione proposta e a condurre al suo rigetto nel merito. Giustamente si è osservato che sarà con riferimento all'art. 1322 c.c. che si deve valutare se le parti pongono validamente in essere un accordo finalizzato a perseguire interessi meritevoli di tutela¹⁰.

Insomma, sembra possibile prospettare che il *pactum* incida sulla disciplina della obbligazione, unitariamente intesa, come struttura complessa, quale *Gefüge* si diceva, ove convergono norme sostanziali e norme processuali per profilare una disciplina che si riflette anche sulla dinamica del processo: nel caso specifico, attribuendo il potere in capo al debitore di chiedere al giudice di rigettare *nel merito* la domanda del 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: questo spiega la (un poco enigmatica) espressione del Reichel per il quale «*Der EV (i.e. Einforderungsverzicht) hat es mit dem Können des Glaubiger zu tun, nichts mit seinem Dürfen oder Sollen*». Sulla graduazione di questi poteri incide il *p. d. n. p.*

Il che induce una ulteriore ultima osservazione: incidendo solo su un frammento dello statuto, di per sè il patto non modifica il regime legale dell'obbligazione nel suo complesso intesa e ne subisce le dinamiche evolutive. Ne consegue che il regime positivo della obbligazione – se si preferisce: il suo statuto – non viene mutato, salvi la diversa volontà delle parti enucleabile in via interpretativa da un lato, e gli eventuali limiti inderogabili posti dal legislatore, dall'altro.

Pertanto, in via esemplificativa. Il termine di prescrizione continua a

⁹ Non senza che, tuttavia, autorevolmente lo si ammettesse, per es., da E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in ID., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, II, *Intorno al diritto sostanziale*, Milano, 1962, 97 s. Diff. L. BIGIARI, *Note inutili sul c.d. trasferimento delle azioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 130 s.

¹⁰ Cfr. A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, 28. Vale la pena forse precisare che se in generale il *p.d.n.p.* è ritenuto ammissibile nel nostro ordinamento, come del resto prova la realtà dei fatti, nondimeno ciò non esclude che in determinate situazioni (si pensi soprattutto nei rapporti tra imprenditori: abuso di posizione dominante, per es.) esso contrasti con altri principi dell'ordinamento, quindi sia inefficace.

correre (come del resto sembra imporre l'art. 2936 c.c., anche alla luce di quel 'essere fatto valere' postulato dall'art. 2935 c.c., che immediatamente lo precede); in caso di rinunzia (art. 2937 c.c.) il patto continua a esplicitare i suoi effetti¹¹; il creditore potrà intervenire nella esecuzione da altri avviata (salvo che il patto espressamente non lo escluda) ; avrà il potere d'insinuarsi tra i creditori in caso di crisi d'impresa; permane anche il regime della responsabilità, che si attuerà consentendo al creditore di ottenere quegli strumenti di garanzia del credito che la legge gli riconosce in via cautelare e surrogatoria. *Et similia...*

Un residuale dubbio per il processualista: può il giudice rilevare d'ufficio l'efficacia del *pactum*, in applicazione del principio generale imposto all'interprete dall'art. 112 c.p.c., o questa, per sua natura si potrebbe dire, è eccezione in senso stretto, rimessa quindi al volontario e tempestivo rilievo del debitore convenuto? Invero anche qui la questione si risolve sul piano ermeneutico alla luce delle previsioni pattizie, nulla impone la dogmatica. Al più la coerenza sistemica, ove nulla emerga dall'assetto negoziale, invita a ritenere applicabile la generale disposizione ora richiamata.

Questa postfazione è forse andata oltre a quanto richiesto, me ne scuso: ma spero abbia raggiunto lo scopo che si era prefissata, ossia mettere in evidenza come, a ben vedere, non vi sia radicale contrapposizione tra le due prospettive, che si distinguono in parte per l'angolo di visuale da cui si collocano, ma che nella struttura della obbligazione entrambe possono trovare coerente collocazione. Le indubbie divergenze applicative sembrano porsi sul piano della interpretazione direi, riferita sia alla disciplina legale sia al *pactum conventum*.

Questo ha sollecitato l'attenta lettura in chi ora tratteggia autonomi pensieri, giovandosi di una riflessione che dai contributi raccolti ha trovato profondo impulso. Vi sono mie personali implicazioni, che discendono inevitabilmente dalla peculiare prospettiva di chi si colloca nello *Strahlungsvermögen* del processo. Ma non mutano l'essenza delle cose.

Di questo devo essere grato – e lo sarà soprattutto il paziente lettore – a Tommaso dalla Massara e Mauro Orlandi.

¹¹ Cfr. P. GALLO, *'Pactum de non petendo'*, cit., 993.

INDICE DEGLI AUTORI

- AGAMBEN G.: 94, nt. 57
- ALBERS G.: 28, nt. 27; 31, nt. 31; 32, nt. 34; 32, nt. 37
- ALBERTARIO E.: 19, nt. 13
- ANDREOLI G.: 80, nt. 23
- ANDRIOLI V.: 81, nt. 26
- APATHY P.: 28, nt. 27; 31, nt. 33; 32, nt. 36
- AURICCHIO A.: 60, nt. 20; 81, nt. 27
- AZARA A.: 75, nt. 3; 88 nt. 42
- AZZARITI G.: 72, nt. 46
- BARASSI L.: 79, nt. 23
- BARBERO D.: 79, nt. 23
- BELLELLI A.: 81, nt. 27
- BENVENISTE É.: 94, nt. 57
- BERGER A.: 16, nt. 8; 54, nt. 4
- BETTI E.: 79, nt. 20; 80, nt. 25; 82, nt. 28; 88, nt. 42; 104, nt. 2
- BIANCA C.M.: 60, nt. 20; 69, nt. 41; 72, nt. 46; 79, nt. 23; 81, nt. 27
- BIGIAMI W.: 107, nt. 9
- BOBBIO N.: 92, nt. 53
- BOHÁČEK M.: 28, nt. 27; 31, nt. 31; 33, nt. 39
- BOLAFFI R.: 85, nt. 36; 87, nt. 40
- BONIFACIO F.: 33, nt. 39
- BORK R.: 69, nt. 40
- BRAUN J.: 105, nt. 3
- BRECCIA U.: 81, nt. 27
- BÜLOW O.: 18, nt. 11; 58, nt. 15; 106, nt. 4
- BURDESE A.: 16, nt. 7; 55, nt. 8
- CANNATA C.A.: 26, nt. 26; 28, nt. 27; 32, nt. 37; 34, nt. 41; 54, nt. 2
- CAPONI R.: 106, nt. 8
- CARNELUTTI F.: 85, ntt. 35, 36; 86, ntt. 38, 39
- CASTRONOVO C.: 101, nt. 64; 102, nt. 66
- CHIOVENDA G.: 76, nt. 9; 79, nt. 20; 80, nt. 26; 85, nt. 36; 106, nt. 5
- CHIZZINI A.: 106, ntt. 6, 8
- COLESANTI V.: 20, nt. 14; 80, nt. 24;
- CONFORTINI M.: 55, nt. 7; 59, nt. 17; 61, nt. 21; 63, nt. 25; 64, nt. 30; 90, nt. 46
- CONSOLO C.: 98, nt. 61
- CORDERO F.: 81, nt. 26
- COSTA S.: 20, nt. 15; 76, nt. 9
- COSTANTINO G.: 83, nt. 29
- CREMER K.: 23, nt. 20; 55, nt. 5
- CRISCUOLI G.: 69, nt. 41
- D'ONOFRIO M.: 24, nt. 24; 41, nt. 51; 54, nt. 5; 55, ntt. 5, 8; 59, nt. 17; 64, nt. 30; 69, nt. 40; 75, nt. 4; 78, nt. 18; 79, nt. 19; 98, nt. 61
- DALLA MASSARA T.: 13, nt. 1; 14, nt. 3; 39, nt. 47; 40, nt. 48; 41, nt.

- 51; 54, nt. 3; 56, nt. 10; 57, ntt. 13, 14; 66, ntt. 33, 34, 35, 36; 67, nt. 38; 75, ntt. 1, 2; 76, ntt. 6, 8; 77, ntt. 11, 12; 78, ntt. 13, 14, 16, 17; 79, nt. 19; 87, nt. 41
- DE CRISTOFARO G.: 23, nt. 21; 54, nt. 5; 76, nt. 8; 84, nt. 32; 87, nt. 40; 93, nt. 54; 103, nt. 1
- DEGENKOLB H.: 80, nt. 25
- DE NOVA G.: 69, nt. 41
- DENTI V.: 81, nt. 26
- DE VILLA V.: 16, nt. 8; 54, nt. 4; 84, nt. 32
- DELL'AQUILA E.: 24, nt. 22
- EIHOLZER H.: 40, nt. 50
- ELEFANTE A.: 31, nt. 31
- ENNECERUS L.: 78, nt. 13
- ESCOBEDO F.: 76, nt. 9
- FALZEA A.: 49, nt. 58
- FAZZALARI E.: 81, nt. 26
- FERRI G.B.: 62, nt. 24
- FLUME W.: 31, nt. 31; 32, nt. 36; 36, nt. 44
- FODDAI M.A.: 94, nt. 57
- FOLLIERI L.: 75, nt. 3
- FREZZA P.: 29, nt. 28; 36, nt. 44
- FRIEDENTHAL F.: 18, nt. 11; 58, nt. 15
- GABRIELLI G.: 23, nt. 21
- GALLO F.: 17, nt. 10; 23, nt. 21; 54, nt. 4
- GALLO P.: 24, nt. 21; 50, nt. 59; 55, nt. 6; 59, ntt. 17, 18; 61, nt. 22; 67, nt. 39; 78, nt. 17; 79, nt. 19; 103, nt. 1; 108, nt. 11
- GARBAGNATI E.: 83, nt. 29
- GIAIMO G.: 69, nt. 41
- GIUFFRÈ V.: 31, nt. 31
- GIUSSANI A.: 107, nt. 10
- GOKEL J.M.: 29, nt. 28
- GORLA G.: 91, nt. 51
- GROTHER H.: 69, nt. 40
- GUARINO A.: 16, nt. 7; 55, nt. 8
- GUARNERI CITATI A.: 31, nt. 31; 33, nt. 38
- HARKE J.D.: 28, nt. 27; 31, nt. 31; 32, nt. 36; 69, nt. 40
- HEINITZ E.: 80, nt. 25
- HELLWIG K.: 40, nt. 49
- HUBER P.: 69, nt. 40
- IRTI N.: 84, nt. 30; 90, nt. 48; 92, nt. 52; 99, nt. 63
- JAKOBS H.H.: 28, nt. 27
- KANT I.: 101, nt. 65
- KASER M.: 32, nt. 37
- KELSEN H.: 89, nt. 46
- KLEINFELLER G.: 18, nt. 11; 58, nt. 15; 76, nt. 8
- KNÜTEL R.: 32, nt. 34
- KOSCHAKER P.: 28, nt. 27; 29, nt. 28; 32, nt. 36
- LAKKIS P.: 68, nt. 40
- LAMBERTI F.: 29, nt. 28
- LANGHEINEKEN P.: 18, nt. 11; 41, nt. 52; 58, nt. 15
- LA PORTA U.: 91, nt. 51
- LEENEN D.: 69, nt. 40
- LÉGIER H.J.: 33, nt. 39

- LENEL O.: 35, nt. 42
 LEPORE A.: 24, nt. 21
 LIEBMAN E.T.: 79, nt. 20; 81, nt. 26
 MAGRI G.: 60, nt. 20
 MANDRIOLI C.: 80, nt. 25
 MANENTI C.: 84, ntt. 31, 34
 MARCONI D.: 14, nt. 2
 MARINELLI M.: 105, nt. 3
 MARRONE M.: 16, nt. 7; 55, nt. 8
 MARTÍN MINGUIJÓN A.: 29, nt. 28
 MASI A.: 28, nt. 27; 29, nt. 28; 33, nt. 40
 MASIELLO T.: 29, nt. 28; 36, nt. 43
 McKEON R.: 94, nt. 57
 MEDICUS D.: 69, nt. 40
 MERLIN E.: 98, nt. 61
 MESSINA G.: 85, nt. 36
 MESSINEO F.: 69, nt. 41
 MINERVINI E.: 85, nt. 36; 87, nt. 40
 MÖLLNITZ C.: 24, nt. 23; 55, nt. 5
 MONTICELLI S.: 79, nt. 19; 98, nt. 61
 MOSCHELLA I.: 16, nt. 8; 54, nt. 4
 MUTHER T.: 80, nt. 25
 NEUNER J.: 69, nt. 40
 NIPPERDEY H.C.: 78, nt. 13
 NOTARIGIACOMO A.: 64, nt. 29
 ORIANI R.: 20, nt. 14
 ORLANDI M.: 18, nt. 12; 23, nt. 21; 43, ntt. 53, 54, 55; 44, ntt. 56, 57; 54, nt. 5; 55, nt. 9; 60, nt. 19; 62, nt. 26; 64, nt. 30; 77, nt. 10; 97, nt. 60; 98, nt. 61
 PATTI S.: 72, nt. 47
 PEKELIS A.: 79, nt. 20; 80, nt. 25
 PERLINGIERI P.: 23, nt. 21; 50, nt. 58
 PICCININI B.: 64, nt. 29
 PUGLIATTI S.: 85, nt. 35; 86, nt. 39
 PUGLIESE G.: 16, nt. 7; 36, nt. 44; 53, nt. 1; 55, nt. 8; 80, ntt. 25, 26; 82, nt. 28
 RECINTO G.: 23, nt. 21; 54, nt. 5; 62, nt. 24; 64, nt. 30; 65, nt. 31; 76, nt. 6
 REDENTI E.: 83, nt. 29; 104, nt. 2; 107, nt. 9
 REICHARD I.: 28, nt. 27; 32, ntt. 34, 36
 REICHEL H.: 21, nt. 16; 22, ntt. 17, 18; 23, nt. 19; 37, nt. 45; 38, nt. 46; 55, nt. 5; 75, nt. 4
 RENDA A.: 69, nt. 40
 RESCIGNO P.: 62, nt. 24
 RICCOBONO JR. S.: 31, nt. 32; 32, nt. 35
 ROCCO A.: 80, nt. 25; 82, nt. 28
 ROPPO V.: 69, nt. 41
 ROSELLI F.: 60, nt. 20
 ROTH H.: 40, ntt. 49, 50
 ROTONDI G.: 19, nt. 13
 RUBINO D.: 79, nt. 23
 RUSCELLO F.: 23, nt. 21; 54, nt. 5
 RUSSO F.: 20, nt. 14
 SANTORO R.: 32, nt. 37
 SARGENTI M.: 17, nt. 9; 23, nt. 21; 54, nt. 4
 SATTA S.: 79, ntt. 21, 22; 82, nt. 28; 89, nt. 46
 SCARPELLO G.: 72, nt. 46
 SCHIPANI S.: 93, nt. 57

- SCHMIDT-KESSEL M.: 24, nt. 23; 55,
nt. 5
- SCHLOSSER P.: 106, nt. 7
- SCHOEN R.P.: 36, nt. 44
- SCHRAGE E.J.H.: 36, nt. 44
- SCHÜTZ J.G.: 40, nt. 50
- SCOGNAMIGLIO G.: 23, nt. 21
- SEGNi A.: 83, nt. 29
- SEGRÈ G.: 19, nt. 13
- SENIGAGLIA R.: 98, nt. 62
- SOLAZZI S.: 36, nt. 44
- SPINA A.: 29, nt. 28
- STEIN P.: 36, nt. 43
- STEINER A.: 36, nt. 44
- TALAMANCA M.: 29, nt. 28
- TAVORMINA V.: 90, nt. 46
- TILOCCA E.: 87, nt. 40
- TROISI B.: 81, nt. 27
- VENTURELLI A.: 23, nt. 21; 54, nt. 5
- VILLEY M.: 94, nt. 57
- VITUCCI P.: 60, nt. 20; 64, nt. 29
- VOCINO C.: 79, nt. 20
- VON TUHR A.: 20, nt. 15; 41, nt. 52;
78, nt. 13
- WACH A.: 80, nt. 26
- WAGNER G.: 105, nt. 3; 106, ntt. 7, 8
- WINDSCHEID B.: 25, nt. 25; 80, nt. 25
- WINKLER M.: 32, nt. 34
- WOLF M.: 69, nt. 40
- ZIMMERMANN R.: 68, nt. 40

Gli autori affrontano il tema, antico e contemporaneo, del patto di non chiedere. Che l'accordo tra debitore e creditore vada a incidere in via diretta sul piano dell'agire - spiegando la propria operatività a mezzo dell'eccezione riconosciuta al debitore in forza dell'accordo - mai è stato messo in discussione nell'arco di una storia di pensiero bimillenaria. Quali effetti sostanziali quell'accordo produca, viceversa, da sempre è oggetto di un'intensa riflessione. Occorre chiedersi: fino a che punto è immaginabile un isolamento - per dire così - degli effetti del patto all'interno del perimetro della dinamica processuale? Quando, invece, è da credere che le vicende del *pactum de non petendo* arrivino a ridondare sulla configurazione del dovere di prestazione? Il libro affronta queste domande muovendo da due specifici punti di osservazione: per un verso, la relazione tra l'accordo di non chiedere e la mora e, per altro verso, quella tra l'accordo di non chiedere e la prescrizione. Ne viene uno spaccato di problemi radicali: dalla struttura del rapporto alla responsabilità; dal concetto di efficacia a quello di riduzione; fino alla nozione universale di rilevanza.

Tommaso dalla Massara

Ordinario nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, concentra i propri interessi sul diritto privato romano e contemporaneo, in specie nell'ambito delle obbligazioni e dei contratti.

Mauro Orlandi

Ordinario nell'Università LUISS di Roma. Studioso del diritto civile e della teoria generale. Tra gli ultimi saggi: *Del significare*, *Introduzione alla logica giuridica*, *L'universale della causalità*.