



Pactum de non petendo e mora del debitore: ovvero considerazioni intorno a diritto e azione



Tommaso dalla Massara

Prof. ord. dell'Università Roma Tre

SOMMARIO: **1.** *Pactum de non petendo*: la recente vitalità di una figura antica. – **2.** L'impronta delle fonti romane e la centralità dell'eccezione. – **3.** Il *pactum de non petendo* nella sua relazione con la mora del debitore. – **4.** La lettura del *pactum de non petendo* proposta da Hans Reichel. – **5.** Le molte anfibologie del *pactum de non petendo*. – **6.** Il quadro entro cui interviene l'accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione. – **7.** L'opzione di fondo in favore dell'autonomia dei paciscenti. – **8.** Interpretazione del patto in assenza di indicazioni perspicue da parte dei paciscenti. – **9.** Sugli effetti del *pactum* con riguardo al passato: la *purgatio morae* – **10.** Due modelli: *pactum de non petendo* in senso stretto o processuale e *pactum de non petendo* in senso largo o sostanziale.

1. *Pactum de non petendo*: la recente vitalità di una figura antica

Dopo due preziosi contributi a commento di una sentenza della Suprema Corte del 1958¹, la dottrina civilistica non ha mai davvero cessato di guardare con interesse al *pac-*

¹ Mi riferisco alle note di GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del 'pactum de non petendo'*, in *Foro it.*, 1960, IV, 135, 144, e SARGENTI, *'Pactum de non petendo' e remissione del debito*, in *Foro pad.*, 1959, 299 ss., a margine di Cass. 12 luglio 1958, n. 2539. Il quadro di riferimento entro cui si inserivano quei contributi può ricostruirsi sulla base dalle voci di MOSCHELLA, *'Pactum de non petendo'*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, V.1, Milano, 1939, 19 ss.; V. DE VILLA, *'Pactum de non petendo'*, in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, 408 ss.; BERGER, *'Pactum de non petendo'*, in *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 615.

*tum de non petendo*²; va detto però che negli ultimissimi anni essa ha manifestato un'attenzione vivace, per molti versi perfino sorprendente. Quel peculiare accordo è stato analizzato tanto in sé, principalmente entro il quadro tematico dell'esigibilità³, quanto sotto il profilo più specifico della sua relazione con la prescrizione⁴.

In qualche occasione, lo sguardo si è posato sul *pactum de non exequendo*, su cui recentemente è intervenuta la Corte di Cassazione⁵.

Negli ultimi tempi, è merito soprattutto di Mauro Orlandi di aver sviluppato una riflessione ad ampio raggio attorno all'accordo di non chiedere nel raffronto con il vasto ambito degli atti di natura estintivo-remissoria, nonché con molte e differenti forme di intervento sul tronco dell'obbligazione. Si tratta di forme che, *lato sensu*, possono dirsi indirizzate a quella che – per usare proprio il linguaggio proposto dall'Autore – si presenta come una riduzione dell'obbligazione⁶.

Insomma, occorre prendere atto di una particolare vitalità dell'antico *pactum de non petendo*.

² Penso soprattutto alle monografie di ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e inesigibilità*, Milano, 2000, e di RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004. Successivamente, cfr. ORLANDI, *'Pactum de non petendo' e riduzione del rapporto*, in *St. iuris*, 2001, 1441 ss. In precedenza, il tema era stato affrontato da 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 R. 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 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* veniva 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, VENTURELLI, *La remissione convenzionale*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 681 ss., in specie 685 ss. Negli ultimi tempi, si veda l'analisi in chiave di autotutela convenzionale prospettata da LEPORE, *Autotutela e autonomia negoziale*, Napoli, 2019, 108 ss.

³ Penso soprattutto a ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, cit., 447 ss. Monografia dedicata *ex professo* al *pactum de non petendo* è quella di D'ONOFRIO, *Il 'pactum de non petendo': struttura e disciplina*, Napoli, 2021, ove è un'ampia e articolata ricostruzione dei problemi, con letteratura. Sia consentito, inoltre, il richiamo a DALLA MASSARA - ORLANDI, *Studi sull'accordo di non chiedere*, Roma, 2024.

⁴ In questa chiave, si collocano i lavori di GALLO, *'Pactum de non petendo' e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 984 ss.; ID., *'Pactum de non petendo'*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ. online, 2020, 1 ss., nonché di M. CONFORTINI, *'Pactum de non petendo' e prescrizione*, in *Riv. it. sc. giur. it.*, 2021, 367 ss.; inoltre, ORLANDI, *Prescrizione e riduzione*, in *Pers. merc.*, 2023, 7 ss.

⁵ Cass. 29 settembre 2023, n. 27590. In letteratura, cfr. DELL'AQUILA, *Brevi note in tema di 'pactum de non exequendo ad tempus'*, in *Foro pad.*, 1972, 816 ss.

⁶ ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 447 ss.

È giust'appena il caso di ricordare in questa sede che il *pactum de non petendo* emerge nei suoi tratti essenziali dalle fonti romane⁷, per poi sopravvivere come figura non codificata, tanto nel nostro ordinamento quanto in altri sistemi europei⁸.

La ricostruzione dei profili di regime del *pactum de non petendo* 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 dissuasato l'autonomia privata dal mettere in campo accordi che – pur diversamente plasmati – contemplano un impegno di non chiedere da parte del creditore.

Fin da subito appare chiaro che, per come si presentano le questioni, l'obbligazione merita qui di essere presa in esame nel suo inscindibile legame con l'azione.

Ecco che tornano all'attenzione, visti sinotticamente, il diritto e l'azione, l'*obligatio* e l'*actio*; riaffiora quindi un antico binomio⁹, proprio quello che è stato ripreso il 24 giugno scorso nella cornice di un assai proficuo seminario di studi tenutosi a Roma, presso la LUISS¹⁰.

È pensando alle riflessioni emerse in quella giornata che svilupperò le brevi considerazioni affidate a queste pagine.

2. L'impronta delle fonti romane e la centralità dell'eccezione

Del *pactum de non petendo* le fonti romane restituiscono un'architettura che può essere letta entro tante e differenti prospettive, ma certamente imprescindibile è la descrizione che del *pactum de non petendo* affiora nelle Istituzioni giurine, in 4.116b.¹¹

⁷ Con attenzione alle fonti 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 GAROFALO e VACCA, Napoli, 2021, 205 ss. Per un'aggiornata ricostruzione del quadro romanistico, si veda D'ONOFRIO, *Il 'pactum de non petendo': struttura e disciplina*, cit., 65 ss.

⁸ In Germania, il *pactum de non petendo* era stato oggetto di ampia analisi da parte di 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: sull'opera di Reichel tra breve tornerò. Successivamente, sono da rammentare almeno i contributi di 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, come tra breve si dirà.

⁹ In questo caso il riferimento va inteso, in primo luogo, all'imprescindibile elaborazione che del tema offrì PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo*, Milano, 1939.

¹⁰ Colgo l'occasione per ringraziare i Colleghi Antonio Punzi, Attilio Zimatore, Mauro Orlandi, Ferruccio Auletta e Maria Pia Pignalosa per l'impostazione scientifica e per la splendida organizzazione.

¹¹ *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*

Lì si ravvisano 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.

Le informazioni ricavabili da Gaio meritano di essere saldate con altre, traibili da più fonti – ancora le Istituzioni gaiane¹², ma anche quelle giustiniane, nonché altri testi conservati nel Digesto¹³ –, 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*. Sono in tal modo evocate due forme piuttosto differenti di accordo che diversamente operano lungo l'asse del tempo¹⁴.

È per lo più attorno a questa traccia di base – da un lato il patto di non chiedere a tempo, dall'altro quello infinito – che si sviluppano i discorsi proposti dalla manualistica¹⁵ e dalle voci enciclopediche¹⁶.

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 che si sia giunti al momento del processo.

Coerente con quella fornita dalle Istituzioni di Gaio è la rappresentazione che del *pactum de non petendo* si trova nelle Istituzioni giustiniane, in 4.13.3¹⁷.

In questo testo – 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.

¹² 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*.

¹³ I. 4.13.8-10, da vedere assieme a Ulp. 74 *ad ed. D.* 44.1.2.4., nonché Gai 1 *ad ed. prov. D.* 44.1.3.

¹⁴ La prospettiva delle eccezioni dilatorie e perentorie è stata di recente percorsa da ADDIS, *Eccezioni dilatorie e caducatorie*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2023, 221 ss.; cfr., inoltre, GIUSSANI, *Le eccezioni contrattuali dilatorie nel procedimento civile: che tempo fa*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 319 ss.

¹⁵ Basti considerare, per esempio, BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, 584; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1994, 498; GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 2001, 813; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 522.

¹⁶ Si veda MOSCHELLA, voce 'Pactum de non petendo', in *Dizionario pratico del diritto privato*, V.1, Milano, 1939, 19 ss.; DE VILLA, voce 'Pactum de non petendo', in *Nuovo dig. it.*, IX, Torino, 1939, 408 ss.; BERGER, 'Pactum de non petendo', in *Encyclopedic dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 615.

¹⁷ *Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilo minus obligatus manet, quia pacto conuento obligationes non omnimodo dissolvuntur... sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conuenti*.

È opportuno notare che tanto nel testo gaiano quanto in quello giustiniano ricorre l'espressione *nihilominus*; ciò vale a significare che, nonostante l'eccezione, l'obbligazione permane.

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: l'eccezione produce uno scarto, però quello scarto non è ineluttabile, giacché 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*.

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 pensarsi diversamente che come *Einrede*¹⁸. Intendo dire dunque che 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 contemporaneo¹⁹.

3. Il *pactum de non petendo* nella sua relazione con la mora del debitore

Vorrei ora concentrare l'attenzione sul *pactum de non petendo* nella sua relazione con la mora del debitore.

Guarderò quindi 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.

¹⁸ I profili della *Einrede* sono definiti da BÜLOW, *Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßualvoraussetzungen*, Gießen, 1868; si veda inoltre FRIEDENTHAL, *Einwendung und Einrede in der Zivilprozessordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1898; LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1903; KLEINFELLER, *Der Begriff 'Anspruch'*, in *AcP*, CXXXVII, 1933, 129 ss.

¹⁹ Il punto è perfettamente colto da ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, 453 e nt. 12.

Come si rapporta l'eccezione con gli effetti della mora?

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

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.

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: ma su questo specifico punto – che reputo senz'altro centrale – tornerò in prosieguo.

Prima occorre 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'eccezione²⁰. Sul punto è utile rammentare che, tradizio-

²⁰ Per un inquadramento, COLESANTI, voce *Eccezione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 172 ss., in specie 183; 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, RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile. Concetti e principi generali. Singole fattispecie*², Roma, 2015, 387 ss.

nalmente, nel sistema processuale tedesco rileva fin già l'esercizio stragiudiziale dell'eccezione, sempre fermo restando che quell'eccezione sia poi coltivata davanti al giudice²¹.

Alla luce di quanto fin qui osservato, alcuni dei profili del tema appaiono più chiari.

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 così è anche in presenza di un patto, oppure la mora resta esclusa dall'eccezione?

4. La lettura del *pactum de non petendo* proposta da Hans Reichel

Qualunque risposta si tenti 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 – come si è visto – dalla dislocazione che s'intenda dare all'operatività del patto.

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

Così, gli esiti risultano in ultima analisi condizionati 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*²²; il titolo del sag-

²¹ Su ciò, in specie, 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 COSTA, voce *Eccezione (dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1957, 351.

²² Cfr. REICHEL, *Der Einforderungsverzicht ('pactum de non petendo')*, cit., 1 ss.

gio è *Der Einforderungsverzicht* (*pactum de non petendo*), e di esso ora è disponibile una traduzione in lingua italiana²³, 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»²⁴.

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'argomentazione 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.

²³ Mi riferisco alla traduzione a cura di DALLA MASSARA e D'ONOFRIO, REICHEL, *Il 'pactum de non petendo'*, cit.

²⁴ Così REICHEL, *Il 'pactum de non petendo'*, cit., 18.

Precisamente, così 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»²⁵.

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 acritico²⁶.

Per rimanere in Germania, va detto che in tempi recenti il *pactum de non petendo* è tornato all'attenzione generale.

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 riattivato un dibattito intorno a peculiari forme di modulazione cronologica dell'obbligazione; in specie, tra le misure di contrasto alla pandemia da Covid-19 introdotte dal legislatore tedesco, v'è l'art. 240 EGBGB²⁷, disposizione nella quale non sembra troppo audace intravedere i profili di un *pactum de non petendo*²⁸.

Insomma, in Germania come in Italia, il *pactum de non petendo* è apparso 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: ciò vale 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.

²⁵ Ancora REICHEL, *Il 'pactum de non petendo'*, cit., 19.

²⁶ Il che potrebbe dirsi per CREMER, *Das 'pactum de non petendo'*, Köln, 1959.

²⁷ Su cui si veda SCHMIDT-KESSEL - MÖLLNITZ, *Coronavertragsrecht - Sonderregeln für Verbraucher und Kleinunternehmen*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 2020, 1103 ss.

²⁸ In questo senso, 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. Le molte anfibologie del *pactum de non petendo*

Come dianzi accennato, 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, rimanga 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?

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, è però 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'eccezione²⁹.

In questa sede, 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.

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 sottotraccia³⁰.

²⁹ Cfr. 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».

³⁰ Con riferimento alle fonti romane, sia consentito un rinvio a DALLA MASSARA, *Sulla relazione tra 'pactum de non petendo' e mora*, cit., 205 ss.

Detto ciò, è chiaro che il *Kernpunkt* da affrontare, allorché si volga l'attenzione 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 giusta la 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 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 suggeriva 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»³¹.

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

³¹ Così CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, Padova, 2008, 101.

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 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*.

6. Il quadro entro cui interviene l'accordo di modulazione cronologica dell'obbligazione

Come si è visto, l'interrogativo che occorre affrontare 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.³².

Occorre aggiungere 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.

³² 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 DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2011, 343.

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 numquam perit* o – se si preferisce – il principio di inesauribilità della responsabilità patrimoniale a fronte di obbligazioni pecuniarie³³; 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 sicuro³⁴. 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 moratori³⁵.

³³ Cfr. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 132 ss.

³⁴ Si veda già HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrecht*, Leipzig, 1903, 248; più di recente, ROTH, *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts*, München, 1988, 219.

³⁵ A tali esiti giunge chi afferma la neutralità del *pactum de non petendo* rispetto alla mora: tra i vari, ROTH, *Die Einrede*, cit., 157 s. Nello stesso senso, con riguardo all'ordinamento svizzero, EIHOLZER, *Die Streitbelegungsabrede. Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation*, Freiburg, 1998, 182; SCHÜTZ, *Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der schweizerischen Zivilprozessordnung*, Bern, 2009, 183.

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.

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 mora³⁶.

Una seconda precisazione merita di essere fatta 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 mora³⁷.

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.

³⁶ 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 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 DALLA MASSARA, *Liquidità e illiquidità, valuta e valore: per una ridefinizione dei confini concettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 536 ss.

³⁷ Si veda VON TUHR, *Der allgemeine Teil*, cit., 295, come pure LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einrede*, cit., 353.

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

Se si adottasse una prospettiva di assorbimento dell'obbligazione entro la dimensione dell'azione, 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.

7. L'opzione di fondo in favore dell'autonomia dei paciscenti

Di fronte al dilemma 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 dunque 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 un prezioso contributo al tema offerto da Mauro Orlandi³⁸, allorché ravvisa nell'obbligazione ridotta quella rispetto a cui i soggetti intervengano ad apportare modifiche da un punto di vista oggettivo, procedendo per sottrazione rispetto a «qualifiche originariamente rilevanti»³⁹.

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»⁴⁰.

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 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»⁴¹.

Credo in effetti che si apra 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 l'impostazione preferibile. Né l'autonomia delle parti 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.

³⁸ ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, cit., 447 ss.

³⁹ ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, cit., 475.

⁴⁰ ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, cit., 475.

⁴¹ ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, cit., 475.

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

8. Interpretazione del patto in assenza di indicazioni perspicue da parte dei paciscenti

Non è affatto improbabile 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»⁴².

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.

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 aggiungersi 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 dubbio 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 debitoria.

⁴² ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, cit., 476, nt. 69.

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 da tenersi 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 peraltro emerge nel modo più limpido dalla riflessione più matura dei giuristi romani⁴³ – non meritano di essere 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.

9. Sugli effetti del *pactum* con riguardo al passato: la *purgatio morae*

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

⁴³ SU CUI DALLA MASSARA, *Sulla relazione tra 'pactum de non petendo' e mora*, cit., 205 ss.

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

Come già Hans 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.

Se l'eccezione blocca l'azione (e non si scinda questa dal diritto), sembra radicalmente illogico parlare di mora; e si potrebbe pure soggiungere 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: proprio questa è 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.

Un dubbio però 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 sarebbe suggeribile 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 andrebbe 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 periodo 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 della mora per l'arco di tempo in cui l'eccezione sarebbe stata opponibile, ma di fatto non è stata sollevata.

In definitiva, ragionerei nei termini seguenti: 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.

Pure 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.

10. Due modelli: *pactum de non petendo* in senso stretto o processuale e *pactum de non petendo* in senso largo o sostanziale

Nel momento in cui andava a valutare gli effetti dell'*Einfordernungsverzicht* sulla mora, Hans Reichel, 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.

Come ho detto poc'anzi, 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* conduce quindi a identificare in astratto più modelli di *pacta*.

È una rappresentazione che – lo ripeto – vale soltanto in generale, 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 Gallo⁴⁴.

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

⁴⁴ Si veda GALLO, 'Pactum de non petendo' e prescrizione, cit., 1007 s.

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.

Giunto al termine di queste mie considerazioni, confido siano affiorati per lo meno i profili generali di alcuni modelli di riferimento: da un canto è il *pactum de non petendo* in senso stretto ovvero con effetti puramente processuali; dall'altro canto è 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).

Credo così di poter dire che quello del *pactum de non petendo* rappresenta un terreno congeniale per mettere a frutto una riflessione più generale intorno al diritto e all'azione; e pare quasi di trovarci dentro una palestra di addestramento, affascinante e al contempo non priva di pericoli, per chi intenda tornare a porre l'attenzione sul binomio obbligazione e azione.

Si tratta di un binomio nobile e antico, tuttavia così pregno di molte (e assai tangibili) implicazioni di regime.

ABSTRACT

Lo studio propone una lettura dei problemi posti dalla relazione tra il “*pactum de non petendo*” e la mora. In specie, le questioni meritano di essere affrontate tenendo in considerazione il nesso tra diritto e azione, nonché il tema dell'efficacia dell'eccezione di patto sul rapporto obbligatorio.

The essay proposes an interpretation of the problems posed by the relationship between the “pactum de non petendi” and the mora debendi. In particular, the issues deserve to be approached by considering the connection between right and action, as well as the issue of the effectiveness of the exceptio pacti on the obligation to which it accedes.