



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Corso di Dottorato in
diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa – XXX ciclo
Curriculum in Diritto privato

PACTUM DE NON PETENDO:
PROFILI CRITICI E RICOSTRUTTIVI

Candidato:

Angelo Farina

Tutor:

Chiar.mo Prof. Francesco Delfini

Chiar.mo Prof. Alessandro Ciatti Càimi

INDICE

CAPITOLO PRIMO

PACTUM DE NON PETENDO E RAPPORTO OBBLIGATORIO.

1. Cenni storici.
2. Rilievo pratico del *pactum de non petendo* e le sue variegate applicazioni. La difficoltà di una ricostruzione unitaria.
3. Stretta connessione tra i patti di inesigibilità, originario rapporto obbligatorio e fatto generatore dello stesso. Necessità di un approccio alle vicende del rapporto obbligatorio in chiave procedimentale, privilegiando il profilo assiologico e teleologico.

CAPITOLO SECONDO

LA NATURA GIURIDICA DEL *PACTUM DE NON PETENDO*.

1. Il problema definitorio e la rilevanza della distinzione tra *pactum de non petendo in perpetuum, ad tempus* ed a tempo indeterminato, *in rem* e *in personam*. La rilevanza del confronto con l'istituto della remissione del debito.
2. L'autonomia concettuale del *pactum de non petendo* rispetto alla remissione e la tesi dell'efficacia meramente obbligatoria del *pactum* quale fonte di un'obbligazione negativa.
3. L'orientamento in tema di *pactum de non petendo* della giurisprudenza di legittimità. La distinzione tra *pactum de non petendo* e remissione del debito.
4. *Segue*. L'orientamento della dottrina favorevole alla distinzione del *pactum de non petendo*, anche *in perpetuum*, dalla remissione. Il *pactum de non petendo ad tempus* a titolo gratuito come mero atto di tolleranza.

5. Il *pactum de non petendo in perpetuum* e *ad tempus* come fattispecie riduttiva del rapporto obbligatorio.
6. Il *pactum de non petendo* come vicenda modificativa del rapporto obbligatorio.
7. *Pactum de non petendo* a tempo indeterminato o in perpetuo e principio della temporaneità dei rapporti obbligatori.

CAPITOLO TERZO

PROFILI DI DISCIPLINA E CONFRONTO DEL *PACTUM DE NON PETENDO* CON ALTRE VICENDE INCIDENTI SUL RAPPORTO OBBLIGATORIO.

1. La forma dei patti di inesigibilità.
2. Atipicità del *pactum de non petendo* e giudizio di meritevolezza.
3. La disciplina degli effetti.
4. *Segue*. Gli effetti del *pactum* in relazione all'obbligazione solidale.
5. Gratuità del *pactum* e rapporto con la donazione.
6. *Pactum de non petendo* e novazione.
7. *Pactum de non petendo* e transazione.
8. *Pactum de non petendo* e prescrizione.

CAPITOLO QUARTO

AMBITI APPLICATIVI DEL *PACTUM DE NON PETENDO*.

1. Il ruolo del *pactum de non petendo* nella crisi d'impresa.
 - 1.1. Le questioni ante-riforma. Efficacia del *pactum de non petendo* in relazione allo stato d'insolvenza.
 - 1.2. *Segue*. Il problema della meritevolezza e della validità degli accordi dilatori adoperati nell'ambito della crisi d'impresa.

- 1.3 Il *pactum de non petendo* alla luce dell'introduzione dell'art. 182-bis l. fall.
- 1.4. Le questioni ancora aperte. Rilevanza penale del patto di inesigibilità nell'ambito della crisi d'impresa e nullità *ex art.* 1418 c.c.
- 1.5. *Segue*. Il rapporto con il divieto di cui all'art. 7 d.lgs. 231 del 2002.
2. *Pactum de non petendo* e crisi coniugale.
3. *Pactum de non petendo* e processo.

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO PRIMO

PACTUM DE NON PETENDO E RAPPORTO OBBLIGATORIO

Sommario: 1. Cenni storici. 2. Rilievo pratico del *pactum de non petendo* e le sue varieguate applicazioni. La difficoltà di una ricostruzione unitaria. 3. Stretta connessione tra i patti di inesigibilità, originario rapporto obbligatorio e fatto generatore dello stesso. Necessità di un approccio alle vicende del rapporto obbligatorio in chiave procedimentale, privilegiando il profilo assiologico e teleologico.

1. Cenni storici.

Il tema dei patti di inesigibilità del credito non può essere affrontato senza confrontarsi con la datata origine storica dell'istituto, risalente al diritto romano, del *pactum de non petendo*.

Il termine *pactum* costituisce il participio passato di *pacisci* che sta a significare appunto stipulare un accordo¹.

Ampia ed eterogenea è la categoria dei *pacta* in diritto romano. A questo *nomen* la dottrina romanistica riconduce negozi dalle caratteristiche più diverse e dai contenuti più svariati, che hanno però in comune il fatto di non essere riconosciuti né tutelati dal *ius civile*, ma soltanto dal *ius honorarium* per il tramite clausole edittali².

¹A. GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli, 2001, p. 937; A. BURDESE, *Patto (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 708. In termini generali, con riferimento ai *pacta* nell'esperienza romana, v. G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, II ed., Napoli, 1994, p. 223 s.

² Sul tema A. BURDESE, *op. ult. cit.*, p. 708 s.; G. MELILLO, voce *Patti (storia)*, in *Enc. del dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 479 s.

Il *pactum de non petendo* per il diritto romano classico individuava un negozio informale, con cui il creditore si impegnava nei confronti del debitore a non richiedere, mai più o per un certo tempo, l'adempimento della prestazione³. Ma vera rilevanza giuridica al *pactum* fu attribuita dal diritto pretorio, tutelato in virtù di una clausola edittale, purché il patto non fosse contrario al diritto oggettivo⁴.

L'accordo, che fu abitualmente definito come *pactum de non petendo*, interveniva tra creditore e debitore affinché il primo non intentasse contro il secondo l'azione a lui spettante in forza del rapporto obbligatorio.

Lo scopo della negoziazione veniva praticamente realizzato a mezzo di una *exceptio pacti* riconosciuta dal pretore al debitore convenuto. In forza di tale *exceptio*, ferma la sussistenza *inter partes* del rapporto obbligatorio, si opponeva all'azione del creditore l'iniquità dell'attore che non aveva rispettato la parola data, giungendosi per tale via all'assoluzione⁵. Al *pactum* dunque venne riconosciuta in sede pretorile la funzione di paralizzare il ricorso all'azione giudiziaria⁶.

Saranno poi le fonti giustinanee a distinguere nell'ambito dell'istituto codificato dal diritto pretorio il *pactum in rem* da quello *in personam*: quest'ultimo, a differenza del primo, si riferiva solamente alla persona del debitore e non già all'obbligazione in sé, ed in ragione di ciò non giovava né

³ G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 367.

⁴ V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, II ed., Napoli, 1927, p. 118 e p. 323 .

⁵ P. BONFANTE, *Sui contractus e sui pacta*, in *Scritti giuridici*, 3, Torino, 1926, p. 135 s.

⁶ A. BURDESE, *op. cit.*, p. 709. Come rileva G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, p. 9 s. fu in questo contesto che il pretore emanò il celebre editto *de pactis*: «*patta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edita principum, neque quo fraus cui eorum fiat, fatta erunt, servabo*» (D. 2.14.7.7.).

all'erede né al fideiussore e neanche al condebitore solidale⁷.

L'istituto del *pactum de non petendo* aveva in comune con l'*acceptilatio* dell'età progredita il fine di sgravare il debitore dal vincolo obbligatorio⁸, ma se ne distingueva in quanto appunto la prima, allora come ora⁹, estingueva direttamente l'obbligazione, il *pactum* era destinato ad operare sul piano processuale a mezzo della citata *exceptio*¹⁰. Era evidente quindi che l'estinzione del rapporto rappresentasse un effetto incompatibile con gli scopi della pattuizione. Il che impediva che si potesse operare una sovrapposizione con la remissione del *pactum de non petendo* che trova le sue romanistiche origini in un negozio giuridico processuale¹¹.

La contrapposizione appena evocata, fondata sulla effettiva e netta diversità degli effetti e della forma del *pactum* e dell'*acceptilatio* nell'età classica, venne a perdere, nel periodo successivo, il proprio significato originario in ragione soprattutto del venir meno del dualismo tra diritto civile e diritto pretorio, che giustificava, sia pur su piani diversi (sostanziale e processuale) l'affiancamento dei due istituti. Tutto ciò «privò di senso la distinzione fra i negozi efficaci per il solo *ius civile* e quelli efficaci per il solo *ius honorarium*»¹².

L'autonomia originaria tra i due istituti, formalmente presenti nella

⁷ G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al pactum de non petendo*, in *Scritti giuridici*, II, Perugia, 1913, p. 307 s. In argomento v. anche G. SEGRÉ, *Sull'efficacia del «pactum de non petendo»*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 1062 s.; e in ID., *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, p. 115 s.; G. MELILLO, *Patti (storia)*, cit., p. 480 s.; ID., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, cit., p. 223 s.;

⁸ V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 367.

⁹ Per un approccio storico all'istituto della remissione v. M. BIANCHINI, *Remissione del debito (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 757 s.

¹⁰ V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 367.

¹¹ Sul tema dei negozi giuridici processuali v. cfr. B. BRUNETTI, *Brevi osservazioni intorno ai negozi giuridici processuali, con particolare riferimento al pactum de non exsequendo*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1953, III, p. 264.

¹² V. DE VILLA, voce « Pactum de non petendo », in *Nuovo Dig. It.*, IX, Torino, 1939, p. 410.

compilazione come figure distinte ed autonome¹³, andò progressivamente svanendo in epoca post giustiniana, allorché *pactum* e remissione si fusero in un unico negozio remissorio che riuniva i vantaggi di entrambi¹⁴.

Il progressivo avvicinamento tra il *pactum* e l'*acceptilatio* è risultato storicamente giustificato dalla circostanza che, come è stato puntualmente rilevato, sino alla rielaborazione settecentesca di Pothier e alla codificazione napoleonica «di negozio remissorio in senso stretto non era possibile parlare in quanto le fonti romanistiche hanno sempre posto attenzione esclusiva all'effetto estintivo, ammettendone la realizzabilità attraverso più schemi negoziali»¹⁵. Tra questi ultimi veniva collocato appunto il *pactum*, destinato ad operare mediante un'apposita *exceptio* di inesigibilità.

La nuova figura negoziale si affermò progressivamente sul piano della pratica, conseguendo altresì un pieno riconoscimento dogmatico a partire dal secolo XVII e cominciando ad assumere la forma e la sostanza di quell'istituto che i codici moderni avrebbero previsto e disciplinato con il nome di "remissione"¹⁶.

Intervenuta quindi, con la legislazione settecentesca, la scelta di offrire una regolamentazione specifica alla remissione, «si è così prospettata la sostanziale scomparsa del *pactum* e il suo assorbimento nel negozio remissorio»¹⁷.

Non è invero un caso che nei codici moderni del *pactum* non si faccia menzione né in essi è dato individuare un istituto che in qualche maniera lo

¹³ G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo*, cit., p. 373.

¹⁴ A. ALTMANN, *Der Erlabvertrag*, I, Leipzig, 1891, p. 88.

¹⁵ A. VENTURELLI, *Pactum de non petendo ad perpetuum*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 686 s.

¹⁶ M. BIANCHINI, voce «*Remissione del debito (storia)*», cit., p. 766 s.

¹⁷ A. VENTURELLI, *Pactum de non petendo ad perpetuum*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, p. 686 s., spec. p. 687 ed *ivi* altre citazioni in nt. 23.

ricordi nella sua fisionomia originaria o che lo ricomprenda¹⁸, una volta che si escluda la remissione per le ragioni a cui innanzi si è fatto cenno.

Peraltro la contrapposizione tra i due istituti non viene meno del tutto nella pandettistica tedesca, ove l'originaria distinzione di derivazione romanistica continuò ad avere ragion d'essere nella ricostruzione della remissione ("*Erlaß*")¹⁹.

In particolare è da ascrivere a merito del WINDSCHEID²⁰ l'aver continuato a scorgere all'interno della *Erlaß* un duplice possibile piano operativo da verificare nel caso concreto: sostanziale in quanto diretta all'estinzione del diritto di credito, e processuale nel senso di obbligo per il creditore di non esercitare detto diritto.

La tesi, pur rimasta priva di un riscontro legislativo, sarebbe stata destinata ad avere «una significativa influenza nella successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della figura "moderna" del *pactum de non petendo*»²¹.

Concludendo sul punto, occorre riconoscere come il diritto romano abbia rappresentato e continui tuttora a rappresentare un punto di riferimento di notevole rilevanza per chi intenda affrontare nell'attualità la complessa tematica del *pactum de non petendo*²².

¹⁸ L'osservazione è di G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo*, cit, p. 367 s.

¹⁹ G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo*, cit., p.374.

²⁰ B.WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IX Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp II, Aalen, 1984 (rist. dell'ed. 1906, Frankfurt am Main), p. 523 s.

²¹ Lo rileva puntualmente G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo*, cit, p. 375.

²² Costituisce testimonianza in questo senso la stessa giurisprudenza di legittimità (Cass., 12 luglio 1958, n. 2539, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, II, p. 333) allorché nel distinguere il *pactum de non petendo* dalla remissione afferma che «identità di effetti non sussisteva in diritto romano e tanto meno può affermarsi in quello vigente».

2. Rilievo pratico del *pactum de non petendo* e le sue variegate applicazioni. La difficoltà di una ricostruzione unitaria.

Malgrado i patti di inesigibilità del credito non abbiano ancora avuto nel nostro ordinamento una specifica regolamentazione non pare revocabile in dubbio che l'istituto, pur così storicamente datato, giochi un ruolo di non secondaria importanza nella realtà contemporanea. In particolare proprio la crisi epocale delle economia in cui attualmente si versa sembra destinata a rendere ancora più attuale la funzione espletata dall'istituto, sia con riguardo all'attività di impresa, sia con riferimento a rapporti obbligatori insorti al di fuori di tale perimetro.

Svariate sono le applicazioni dell'istituto che si sono diffuse nella prassi per come è dato desumere dalla rilevanza che le stesse hanno avuto in sede giudiziaria, ove spesso è dato rinvenire patti il più delle volte costituenti clausole di un contratto ben più complesso. In questo contesto l'originaria e datata partizione delle forme di *pactum* (*pactum de non petendo in perpetuum, ad tempus, in rem e in personam*) ha modo di atteggiarsi diversamente in relazione alle concrete esigenze della parti.

La versatilità del *pactum* spazia a titolo meramente esemplificativo²³ dagli accordi coniugali in sede di separazione²⁴ al *pactum de non exsequendo*²⁵, dal

²³ Per un ulteriore approfondimento degli ambiti applicativi della figura, v. *infra* cap. 4.

²⁴ Si pensi all'accordo tra coniugi senza figli conviventi o minori di età in relazione all'assegnazione della casa coniugale acquistata in comunione legale o ordinaria. Certa giurisprudenza di merito ha ritenuto in relazione al diritto di richiederla divisione del bene comune, la sussistenza di un *pactum de non petendo* implicito con conseguente inammissibilità dell'azione di divisione che potrebbe condurre persino alla vendita a terzi della casa coniugale se ritenuta indivisibile: così Trib. Roma, 4 aprile 1985, in *Dir. fam. pers.*, 1985, 629; Temi rom., 1985, II, 963 (con nota di F. STORACE, *Domanda di divisione della casa familiare di proprietà di entrambi i coniugi proposta dal coniuge non assegnatario*); Trib. Monza, 24 Ottobre 1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 539.

pactum de non petendo utilizzato per prevenire una situazione di insolvenza di imprese²⁶ al patto di postergazione del credito funzionale alla preventiva soddisfazione di uno o più creditori²⁷.

Le multiformi manifestazioni del *pactum*, sia a livello dottrinario che nella concreta prassi applicativa dell'istituto, pongono *prima facie* il problema se alla figura in esame possa riconoscersi una sua autonoma rilevanza giuridica,

²⁵ Il diritto sorto da una sentenza provvisoriamente esecutiva viene posto ad oggetto del *pactum*, impedendo così che la pretesa riconosciuta in sentenza possa essere azionata dalla parte vincitrice. In giurisprudenza: Cass., 15 giugno 1964, n. 1519, in *Foro pad.*, 1965, I, 34 ss.; Trib. Cremona, 9 novembre 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, 816 ss.. In dottrina un, sia pur datato, riferimento lo ritroviamo in G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, p.66: «conosciamo ed ammettiamo come valido il patto di non eseguire un titolo esecutivo». Più di recente sul contiguo argomento in tema di arbitrato v. A. MANIACI, *Sulla validità del patto di non deposito del lodo*, in *I Contratti*, 1998, p. 635 s.

²⁶ La giurisprudenza della S.C. già prima dell'avvento della nuova disciplina dei cd. accordi di ristrutturazione del debito di cui all'art. 182 bis l.f., aveva riconosciuta la validità e l'efficacia del *pactum* al fine di escludere la ricorrenza dello stato di insolvenza qualora fosse intervenuto tra l'impresa debitrice e tutti i creditori. In tali casi si era ritenuto che la dilazione del pagamento contenuta nel *pactum* di tutti i crediti o di buona parte di essi escludesse che in relazione ad essi si potesse parlare di inadempimento, rimanendo così esclusa di conseguenza anche la sussistenza dello stato d'insolvenza. Sul punto v., tra le altre, Cass., 12 dicembre 2005, n. 27386, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12., secondo cui «ricorre l'idoneità del *pactum* – che dev'essere valutata alla luce della complessiva condizione debitoria dell'impresa, e quindi anche con riguardo alla scadenza delle obbligazioni esclude dal patto medesimo – ad escludere lo stato d'insolvenza del debitore, se ed in quanto esso testimoni la condizione di credito e di fiducia di cui gode il debitore nel ceto creditorio considerato nel suo complesso». In senso conforme v. Cass., 20 maggio 1993, n. 5736, in *Fallimento*, 1993, p. 1135. In dottrina sul tema A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo ed insolvenza*, in *Fallimento*, 1996, p. 905.

²⁷ G. F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. Comm.*, I, 1983, p. 121 s., spec. p. 133, richiama la prospettazione di tale tesi da parte della dottrina tedesca e rinvia a R. SERIK, *Überschuldete Gesellschaft und konkursabwendender Forderungsrücktritt eines Nichtgesellschafters*, in *ZIP*, 1980, p. 13 s. 74. V. anche sul punto in termini critici P. PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto*, in *Dir. Giur.*, 1969, p. 699 ss.; F. RUSCELLO, «*Pactum de non petendo*» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, II, p. 198 ss.; M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000, p. 158 s.

pur in assenza di un esplicito riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico, o se essa vada ricondotta nell'alveo di altri istituti positivizzati.

Un'analisi in tali sensi presuppone tuttavia la riconduzione delle varie estrinsecazioni concrete appena enumerate ad un'unica categoria caratterizzata da uno o più elementi comuni, operazione finalizzata a chiarire la natura giuridica dell'istituto.

Aderendo alle parole di autorevole dottrina, in linea di principio non può negarsi l'utilità del ricorso al concetto di "categoria" come strumento di ricerca scientifica, essendo la generalizzazione, che la contraddistingue «una necessità della conoscenza, del suo procedimento»²⁸.

Tuttavia, il processo di astrazione e generalizzazione può rivelarsi arduo rispetto a istituti, come quello in esame, non positivizzati e destinati a presentare nella prassi una notevole varietà di modalità applicative e connotazioni funzionali. Forzando l'unificazione di figure ontologicamente differenti si corre quindi il serio rischio di assegnare al concetto di categoria un valore meramente empirico, senza che lo stesso divenga utile per una conoscenza «sistematica, oggettiva, del diritto»²⁹.

Aderendo ad una recente ricostruzione dottrinale dell'istituto in esame³⁰, occorre invece più proficuamente prendere le mosse da una costruzione dinamica del rapporto obbligatorio, basata sulla premessa che le

²⁸ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 111 che però (ID., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione della normativa*, in *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 22 s.) assegna alle categorie un "valore storico - relativo come strumento di conoscenza e, nel contempo, pur sempre risultato del precedente conoscere".

²⁹ Così C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 2010, p. 438, nota 2. S. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, s.d., p. 27 s. attribuisce alle categorie generali un ruolo di riferimento di "sistema ordinato e ordinante, intorno a cui le azioni individuali e la vita stessa della società si sono potute ordinare".

³⁰ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 25 s.

correlate situazioni giuridiche soggettive non si connotano per la presenza di una mera pretesa dal lato attivo e di semplice obbligo dal lato passivo³¹.

La costruzione dinamica del rapporto obbligatorio suggerisce di distinguere il profilo strutturale, costituito dal titolo e dall'oggetto, da quello percettivo o funzionale, che attiene regolamento d'interessi³². La connessione tra i due profili è stretta³², configurandosi il titolo come la causa giustificativa del rapporto, e rappresentando l'oggetto sia la prestazione che il bene o l'interesse dedotto in obbligazione³³.

In questo quadro non vi è più spazio per una obbligazione intesa come «concetto astratto e generico» e l'attenzione dello studioso si sposta dall'obbligazione «al concreto rapporto», cioè «alla soluzione della fattispecie concreta»³⁴.

Le riflessioni che precedono non rendono del tutto inutile la ricostruzione dell'istituto e l'indagine sulla sua natura giuridica, ma inducono a compiere tali operazioni rivolgendo l'attenzione al concreto piano degli interessi delle parti in cui il negozio di volta in volta è calato.

³¹ Al riguardo v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, sub artt. 1230-1259 c.c.*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1975, p. 40 s., il quale, afferma che «l'obbligazione non può essere definita relazione tra diritto di credito ed obbligo della prestazione. Questa definizione individuerrebbe sì due aspetti indubbiamente salienti e forse anche caratteristici, ma trascurerebbe altri poteri, facoltà, oneri e talvolta situazioni di soggezione che concretamente completano la situazione creditoria e che possono completare l'altra situazione corrispondente, quella debitoria. [...] Pertanto è più corretto discorrere di situazioni creditorie e di situazioni debitorie e del rapporto obbligatorio come relazione tra due situazioni complesse, quella debitoria e quella creditoria».

³² Sempre P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 30, pone in luce come che la prospettiva funzionale del rapporto non esaurisca «lo studio del rapporto, ma insieme con la prospettiva strutturale lo completa».

³³ P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 73 s.

³⁴ Così G. RECINTO, *I patti di inesigibilità*, cit., p. 24.

Il singolo *pactum*³⁵, infatti, potrà trovare la sua genesi nelle esigenze più variegata del creditore, del debitore o di entrambe le parti³⁶, e comunque sarà destinato ad incidere sugli effetti che originariamente era destinato a produrre quel titolo in forza del quale il rapporto obbligatorio oggetto del *pactum* è insorto.

Sulla base di tale presupposti, il tentativo di una ricostruzione unitaria dell'istituto non può effettuarsi in via aprioristica ed astratta, dovendo invece necessariamente tener conto del profilo funzionale del negozio.

L'impostazione suggerita, in definitiva, sdrammatizza il problema ricostruttivo in favore di un'indagine della fattispecie concreta, che dev'essere condotta su un duplice piano, assiologico e teleologico³⁷. Il primo profilo attiene «agli interessi rilevanti in concreto», mentre il secondo è riferito alle «finalità dei singoli enunciati legislativi in conformità al sistema, recuperando così il senso delle norme quale dover essere della situazione concreta alla luce dell'ordinamento»³⁶.

Tale metodo di indagine coniuga quindi la verifica degli interessi essenziali della parti, componenti la minima unità effettuale del negozio, con una "interpretazione critico-costruttiva"³⁸ del dato normativo nella sua

³⁵ Lo rileva G. RECINTO, *op.ult.cit.*, p. 24.

³⁶ In particolare secondo G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995, p. 393 ss., è nel momento attuativo che emergono principalmente interessi anche del debitore, e tra questi quelli che concorrono ad ampliare il contenuto programmatico dell'obbligazione.

³⁷ G. RECINTO, *op.ult.cit.*, p. 22

³⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 222 secondo il quale «un'interpretazione non è corretta perché nuova, ma deve essere rigorosamente corretta per essere accettata come nuova interpretazione». Sul punto vedasi inoltre P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione della normativa*, in *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 27 e s.. Sul carattere "sistematico" dell'interpretazione tra gli altri A. FALZEA, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche*, I, *Il concetto di diritto*, Milano, 1975, p. 110 ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 76; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, 2, ed. riveduta ed ampliata a cura di G.

interezza riconducibile alla singola fattispecie esaminata, a partire dai principi precettivi contenuti nella Carta Costituzionale.

Al fine di individuare la natura dell'istituto, imprescindibile sarà quindi l'individuazione degli effetti³⁹, modificativi e non, che il negozio è destinato in concreto a determinare nella consapevolezza che, di contro, proprio l'esame degli effetti debba necessariamente tener conto che la loro fonte sia appunto il «negozio inteso come fatto»⁴⁰.

3. Stretta connessione tra i patti di inesigibilità, originario rapporto obbligatorio e fatto generatore dello stesso. Necessità di un approccio alle vicende del rapporto obbligatorio in chiave procedimentale, privilegiando il profilo assiologico e teleologico.

Come emerge dalle notazioni che precedono, il negozio in esame può essere adoperato per le finalità concrete più disparate. In ogni caso, il *pactum* produce l'effetto di escludere l'esigibilità della prestazione, per sempre o per un certo tempo.

In linea di massima, le finalità concrete possono essere ricondotte, in base all'effetto che mirano a produrre sul rapporto obbligatorio a cui il *pactum* accede, a due categorie: finalità conservativa e finalità estintiva del rapporto⁴¹.

Crifò, Milano, 1971, p. 274; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, p. 377; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Mengoni, I, t. 1, Milano, 1998, p. 22 ss.

³⁹ P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione*, cit., p. 37 osserva puntualmente che la “qualificazione del negozio non può prescindere dalla qualificazione dei suoi effetti: recuperando alla qualificazione del contratto quella del rapporto e degli effetti, si supera l'antitesi tra fatto e diritto e fatto tra fatto e rapporto, cioè tra fatto ed effetto”.

⁴⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., p. 238; ID., *Interpretazione e qualificazione*, cit., p. 32 ss.

⁴¹ Per una disamina delle finalità concrete del negozio, v. G. RECINTO, *I patti inesigibilità*, cit., p. 84 s.

Nel primo caso, le parti addivengono alla stipula del negozio nell'intento di preservare l'utilità che il rapporto obbligatorio era originariamente destinato a fornire loro, ovvero, in definitiva, di agevolare l'adempimento del debitore. Il *pactum*, che sia *in perpetuum* o *ad tempus*, assume una funzione modificativa del rapporto obbligatorio, potendosi qualificare quale contratto regolamentare.

In concreto, la finalità conservativa può estrinsecarsi nell'intento di agevolare l'adempimento del debitore che si trovi in una situazione di temporanea difficoltà economica, o di preservare l'utilità di una più ampia operazione economica con il debitore in cui il singolo rapporto obbligatorio si inserisce.

Ancora, in ottica conservativa, il *pactum* può essere finalizzato ad impedire l'operatività della compensazione legale, elidendo uno dei presupposti indicati dall'articolo 1243 comma 1 c.c., quale appunto quello dell'esigibilità.

Inoltre, il negozio può inserirsi nell'ambito di un accordo transattivo fra le parti, quale strumento per consentire la armoniosa prosecuzione del rapporto.

Dall'altro lato, il *pactum* può determinare l'estinzione del rapporto obbligatorio, nei casi in cui il termine dell'adempimento ne rappresenti un connotato essenziale e qualificante. Si pensi al *pactum* che acceda ad un contratto a esecuzione istantanea, differendo una delle due prestazioni: determinate ipotesi, il negozio può produrre un effetto *lato sensu* novativo del rapporto obbligatorio.

In tali ipotesi sembrerebbe necessario assimilare il *pactum* agli istituti della remissione o della novazione. Del rapporto tra il *pactum de non petendo* e

novazione o remissione di cui si tratterà in seguito⁴², ma può già sottolinearsi come il primo assuma una valenza autonoma rispetto agli altri due istituti se ed in quanto attinga il profilo funzionale⁴³ del rapporto obbligatorio, senza incidere sul momento strutturale (titolo e oggetto) dello stesso⁴⁴.

Il quadro delle funzioni dell'istituto appena descritto risente di una duplice premessa metodologica.

In primo luogo, esso evidenzia l'inscindibile legame fra l'indagine sul *pactum* e la riflessione sugli effetti che esso produce sulla fonte del rapporto obbligatorio originario.

Un volta riconosciuto con autorevole dottrina che la riconduzione ad unità ed il tratto individualizzante della prestazione e dell'interesse del singolo rapporto obbligatorio sia proprio il fatto generatore dell'obbligazione⁴⁵, un patto destinato ad incidere su quel rapporto obbligatorio, sia pur in termini di mera esigibilità della prestazione, comunque risulta in regime di stretta connessione con il suddetto fatto generatore e con esso perciò stesso deve confrontarsi.

⁴² V. infra cap 2, parr. 1 e 2.

⁴³ Sulla preminenza del profilo funzionale del rapporto obbligatorio, inteso quale regolamento, disciplina normativa, «ordinamento del caso concreto» V. P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 32 s.; ID., *Le obbligazioni: tra vecchi e nuovi dogmi* (1988), in ID., *Recenti prospettive nel diritto delle obbligazioni* (1976), in ID., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990, p. 20 s. il quale rileva come il rapporto sia sotto il profilo funzionale regolamento e trovi nel conflitto di interessi la sua ragion d'essere e nel regolamento la sua definizione.

⁴⁴ Sul presupposto che credito inesigibile sia credito inesistente, identificano il *pactum de non petendo in perpetuum* con la remissione F. GALLO, *Sull'asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 132; M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito (nota a Cass., 12 luglio 1958, n. 2539), in *Foro pad.*, 1959, 1, c. 300; E. DELL'AQUILA, *Brevi note in tema di pactum de non exsequendo ad tempus* (nota a Trib. Cremona, 9 novembre 1971), *ivi*, 1972, I, spec. c. 818 s., e C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993 p. 463.

⁴⁵ Così D. RUBINO, *Delle obbligazioni in solido*, cit., p. 136. In senso conforme F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, p. 133 s.

Come è stato giustamente rilevato, sia pur con riguardo ai fenomeni estintivi dell'obbligazione⁴⁶, anche in questo caso appare indispensabile l'analisi della situazione iniziale, l'originaria regolamentazione su cui va ad incidere il *pactum*. Il che comporta una valutazione degli interessi, patrimoniali e non, di cui risulteranno titolari il debitore, il creditore (e gli eventuali terzi coinvolti a vario titolo nel rapporto obbligatorio (creditore pignorante, fideiussore, ecc.)⁴⁷, tutti in qualche modo attinti da un successivo patto di inesigibilità intervenuto nella fase dinamica ed attuativa del rapporto medesimo. Invero altro è «discorrere di obbligazioni strumentali alla realizzazione di un'esigenza della persona (es. obbligazioni nell'interesse della famiglia), altro sono le obbligazioni contratte da una società per azioni a scopo di lucro»⁴⁸.

La seconda premessa metodologica consiste nella concezione procedimentale del rapporto obbligatorio.

La procedimentalizzazione dell'attività, un tempo di competenza esclusiva del diritto amministrativo⁴⁹, si è oramai da tempo estesa al diritto

⁴⁶ P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale ed estinzione senza adempimento delle obbligazioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 484.

⁴⁷ Per una serrata critica alle definizioni del rapporto obbligatorio che hanno riguardo esclusivamente il lato attivo o il lato passivo del rapporto obbligatorio non riuscendo a cogliere la complessità del rapporto giuridico: v. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni*, cit., p. 40 s. Configura correttamente l'obbligazione come un rapporto di cooperazione: G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, cit., p. 70 s. Il che secondo P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 861 comporta «il creditore diventa titolare di obblighi generici o specifici di cooperazione all'adempimento del debitore. Anche il terzo si trova coinvolto in questo nuovo clima di collaborazione e di responsabilità».

⁴⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 860.

⁴⁹ Sul rapporto tra funzione pubblica e procedimento: M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, pp. 813 ss. Sul procedimento in diritto amministrativo in genere senza pretese di esaustività: M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 252 s.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Tratt. di dir. amm.* Cassese, Milano, 2003, p. 1043 s. Nella materia amministrativistica, la procedimentalizzazione

privato⁵⁰ ed in quest'ambito, al rapporto obbligatorio.

L'approdo alla concezione procedimentale del rapporto obbligatorio viene dalla dottrina civilistica concepita in un duplice senso: «intendere l'obbligazione come effetto, prodotto da una fonte ed avente una propria disciplina e, a sua volta, come situazione iniziale di una vicenda successiva modificativa o estintiva, secondo una continuità incompatibile con una visione statica»⁵¹.

La procedimentalizzazione non riguarda solo l'attività inerente alla conclusione del contratto, ma rappresenta un *continuum* destinata a connotare l'esecuzione dello stesso e quindi le obbligazioni generate dallo stesso e le vicende successive, estintive o modificative, che le possano riguardare, come appunto il *pactum*.

La suddetta opzione risulta avvalorata dalla necessità –

costituisce espressione non solo di un principio proprio del diritto nazionale, ma, oramai, è divenuta un valore fatto proprio dall'ordinamento comunitario, che persegue la sua azione di "unificazione" dei diritti nazionali attraverso moduli di diritto amministrativo e non di diritto privato. in questi termini, v. G. GRECO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 2777 s.

⁵⁰ Sul procedimento in diritto privato fondamentale è l'opera di S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento in diritto privato*, Milano, 1961. In argomento v. anche P. PERLINGIERI, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 425 s.; B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980. Un auspicio nel senso di utilizzo del procedimento in sede di teoria generale lo formulava già in passato F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 425 s., secondo cui il procedimento, "sorto sul terreno del diritto amministrativo e cresciuto su quello del diritto processuale, va trasferito sul piano superiore della teoria generale".

⁵¹ Così P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale ed estinzione senza adempimento delle obbligazioni*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2/2012, p. 484 s.; ID., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni*, cit., p. 25 ove l'autore con riguardo al collegamento tra fattispecie ed effetto che «tale collegamento non è soltanto unilaterale, ma anche bilaterale, cioè reciproco, nel senso che l'esistenza di un precedente rapporto, che, a sua volta, è l'effetto di un'altra fattispecie che ha già esaurito la sua operatività, e che ormai ha acquistato il valore di fatto per l'ordinamento giuridico, non può non aver rilevanza sulla struttura dell'atto che è destinato ad incidere sul rapporto stesso. Il collegamento tra fatto e rapporto è inverso, ma complementare al precedente».

precedentemente evocata – di integrare il profilo statico, che tradizionalmente ha connotato la dottrina della fattispecie, con il profilo dinamico che caratterizza il metodo procedimentale, metodo che consente appunto una valorizzazione di tutti quegli elementi prodromici dal punto di vista causale alla produzione dell'effetto finale del *pactum* ⁵².

Sulla scorta di tali premesse, la stretta connessione dei patti di inesigibilità con l'obbligazione che ne costituisce oggetto e di quest'ultima con il proprio fatto generatore può rappresentare un banco di prova per lo studio "procedimentale" della fattispecie, che la dottrina più accorta intende quale «studio dell'atto nel suo *iter* formativo e di realizzazione del suo effetto»⁵³.

In questi termini nell'applicazione della disciplina giuridica da applicare al caso concreto ed ancor prima nella qualificazione di un atto o un fatto giuridico, non si potrà prescindere dall'effetto giuridico che quel fatto o quell'atto determina e dal rapporto cui esso dà vita⁵⁴.

Ancorando l'analisi dell'istituto in esame alle predette premesse metodologiche, emerge a maggior ragione necessità di un approccio che tenga conto del concreto atteggiarsi dei rapporti tra le parti su cui il citato atto di autonomia è destinato a produrre i suoi effetti, i quali assumeranno rilevanza, a loro volta, ai fini della qualificazione dello stesso.

⁵² Afferma P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962, p. 101 come la dottrina del procedimento, se rettamente enunciata, rappresenti una giusta integrazione della dottrina della fattispecie " in modo da rivolgere l'attenzione tanto alle relazioni intertemporali quanto alle relazioni causali dei fatti e da distinguere più chiaramente le due figure di concorso e di continuità tra due o più negozi sì da permettere una più precisa valutazione degli elementi, nell'ambito della fattispecie causale, dell'effetto finale".

⁵³ P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, cit., p. 101.

⁵⁴ P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit. p. 16 s.

CAPITOLO SECONDO

LA NATURA GIURIDICA DEL *PACTUM DE NON PETENDO*

Sommario: 1. Il problema definitorio e la rilevanza della distinzione tra *pactum de non petendo in perpetuum, ad tempus* ed a tempo indeterminato, *in rem* e *in personam*. La rilevanza del confronto con l'istituto della remissione del debito. 2. L'autonomia concettuale del *pactum de non petendo* rispetto alla remissione e la tesi dell'efficacia meramente obbligatoria del *pactum* quale fonte di un'obbligazione negativa. 3. L'orientamento in tema di *pactum de non petendo* della giurisprudenza di legittimità. La distinzione tra *pactum de non petendo* e remissione del debito. 4. *Segue*. L'orientamento della dottrina favorevole alla distinzione del *pactum de non petendo*, anche *in perpetuum*, dalla remissione. Il *pactum de non petendo ad tempus* a titolo gratuito come mero atto di tolleranza. 5. Il *pactum de non petendo in perpetuum* e *ad tempus* come fattispecie riduttiva del rapporto obbligatorio. 6. Il *pactum de non petendo* come vicenda modificativa del rapporto obbligatorio. 7. *Pactum de non petendo* a tempo indeterminato o in perpetuo e principio della temporaneità dei rapporti obbligatori.

1. Il problema definitorio e la rilevanza della distinzione tra *pactum de non petendo in perpetuum, ad tempus* ed a tempo indeterminato, *in rem* e *in personam*. La rilevanza del confronto con l'istituto della remissione del debito.

Nella totale assenza di una disciplina specifica, il problema della natura giuridica del *pactum de non petendo* si è rivelato decisamente complesso. La dottrina italiana ha riservato in un primo tempo al tema un impegno fuggevole ed a volte superficiale. Solo a partire dagli anni Duemila si è registrata un'attenzione significativa per la ricostruzione dell'istituto e per la rivisitazione in chiave critica dello stesso¹.

¹ Con riferimento alle monografie pubblicate negli ultimi anni, v. in particolare G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004, e M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e*

Svariate le tesi che si dividono il campo. Un punto di partenza nella disamina delle varie opinioni pare poter essere individuato nella valutazione di quelle tesi che assimilano *in toto* il *pactum de non petendo in perpetuum* alla remissione del debito, svuotandolo conseguentemente di autonoma significanza.

Come è stato puntualmente rilevato², la tendenza a sovrapporre il *pactum* alla remissione trova storica giustificazione nel fatto che «fino alla rielaborazione settecentesca di Pothier e alla codificazione napoleonica, di negozio remissorio in senso stretto non era possibile parlare in quanto le fonti romanistiche hanno sempre posto attenzione esclusiva all'effetto estintivo, ammettendone la realizzabilità attraverso più schemi negoziali». Tra di essi appunto un ruolo privilegiato, come già precisato innanzi, veniva riconosciuto dallo *ius honorarium* al *pactum de non petendo*, a mezzo di apposita *exceptio* idonea a paralizzare la pretesa del creditore-attore. Intervenuta la scelta di regolamentare espressamente la remissione, si è posto il problema della «sostanziale scomparsa del *pactum* e il suo assorbimento nel negozio remissorio»³.

La dottrina che non distingue il patto di inesigibilità perpetua dalla remissione prende le mosse da una considerazione di fondo: l'inesistenza per il diritto civile di un diritto di credito privo del requisito della sua azionabilità nei confronti del debitore⁴.

inesigibilità, cit.

² A. VENTURELLI, *La remissione convenzionale*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 62.

³ Lo rileva A. VENTURELLI, *La remissione convenzionale*, cit. p. 64, che cita in nt 23 tra gli altri: G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al «pactum de non petendo»*, Perugia, 1913, p. 20 s.; e in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, p. 307 s.; R. MOSCHELLA, «*Pactum de non petendo*», in *Diz. prat. dir. priv.*, V, 1, Milano, 1939, p. 18 s.; V. DE VILLA, «*Pactum de non petendo*», cit., 408 p. s.; M. BIANCHINI, *Remissione del debito (storia)*, cit., p. 757 s.

⁴ F. GALLO, *Sull'asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo"*, cit., c. 140; M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, cit., c. 302 ss.; E. DELL'AQUILA, *Brevi note*

Osservando il rapporto obbligatorio da un angolo prospettico che privilegia l'interesse del creditore all'adempimento, il mancato assoggettamento del debitore al potere di coazione del primo induce a ritenere estinta l'obbligazione originaria negli stessi termini di un'intervenuta remissione del debito⁵ ex art. 1236 c.c., a nulla, se mai, rilevando in contrario la sopravvivenza in luogo dell'obbligazione originaria di una mera obbligazione naturale⁶.

In particolare vi è stato chi⁷ distinguendo tra *pactum de non petendo* a connotato meramente obbligatorio, in quanto tale generatore di una semplice obbligazione di non agire a carico del creditore, e *pactum reale*, che priverebbe il creditore di ogni azione verso il debitore, ha ritenuto che in quest'ultimo caso proprio l'impegno a non agire più in giudizio faccia del *pactum* una vera e propria remissione del debito.

Logico corollario di tale premessa è costituito dal riconoscimento di un diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento al solo *pactum de non petendo ad tempus*, inteso nel senso di vero e proprio patto c.d. di moratoria. Esso consiste nell'apportare un termine per rendere la prestazione originaria ovvero nello spostare il termine per l'adempimento così come originariamente previsto⁸, a cui si riconosce in prevalenza il connotato di vero e proprio negozio

in tema di *pactum de non exsequendo ad tempus* (nota a Trib. Cremona, 9 novembre 1971), in *Foro pad.*, 1972, I, spec. c. 818 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., p. 463.

⁵ Ritiene la remissione fattispecie direttamente estintiva dell'intero rapporto obbligatorio P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968, p. 130. Individua nella remissione un negozio rinunziativo v. E. TILOCCA, *Remissione del debito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 401 s., F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966, p. 218.

⁶ M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, cit., c. 302 s.

⁷ U. GRASSI, *L'espromissione. Considerazioni sulla struttura e sulle eccezioni*, Napoli, 2001, p. 29 ss.

⁸ M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, cit., p. 305 s.; F. GALLO, *Sull'asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo"*, cit., p. 141.

regolamentare⁹. In questi casi è evidente come la finalità meramente dilatoria dell'adempimento perseguita dal negozio impedisca la sua sovrapposizione con l'estinzione dell'obbligazione, che consegue invece alla remissione.

Invero se con il *pactum ad tempus* si persegue la sola finalità di postergare l'adempimento della prestazione e non di estinguerla, ne discende che l'estinzione del rapporto obbligatorio conseguente alla remissione sia del tutto incompatibile con le finalità del *pactum ad tempus* della e ne marchi in maniera insuperabile la distinzione dalla remissione medesima¹⁰.

Come è stato puntualmente rilevato la tesi della natura estintiva del patto, pur limitata al *pactum de non petendo in perpetuum*, presuppone che l'inesigibilità della prestazione determini ineluttabilmente l'estinzione del rapporto obbligatorio¹¹, e che si debba escludere la sussistenza di una vera obbligazione allorché il creditore non sia in grado di pretendere l'adempimento

⁹ Così F. RUSCELLO, «*Pactum de non petendo*» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 199 s. e p. 206, il quale prende le mosse da una ricostruzione della dilazione come negozio regolamentare, sostenuta da P. PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto*, in *Dir. e giur.*, 1969, p. 699 s.; e in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 579 s.

¹⁰ Così tra gli altri: B. BRUNETTI, *Brevi osservazioni intorno ai negozi giuridici processuali, con particolare riferimento al pactum de non exsequendo*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1953, III, 264; G. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti*, in *Dir. e giur.*, 1972, p. 255 s. e 262; G. FABBRINI TOMBARI, *In tema di «pactum de non exsequendo»*, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1845 s.; G. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimeditato concetto del «patto» nell'ordinamento attuale*, in *Riv. notariato*, 1996, 587 ss.; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, p. 30 s.

¹¹ A. VENTURELLI, *La remissione convenzionale*, cit., p. 63.

della prestazione principale¹².

Tale assunto a sua volta si fonda sulla «ricostruzione della situazione soggettiva attiva in termini di mero potere ad ottenere un provvedimento di condanna del debitore inadempiente», senza in alcun modo valutare, come è stato puntualmente rilevato *ex adverso*, «il profilo regolamentare dell'obbligazione ed il ruolo che tale aspetto gioca nella dinamica del rapporto»¹³.

2. L'autonomia concettuale del *pactum de non petendo* rispetto alla remissione e la tesi dell'efficacia meramente obbligatoria del *pactum* quale fonte di un'obbligazione negativa.

Nel tentativo di sganciare il *pactum* dall'istituto della remissione e nel contempo riconoscergli autonomia, parte della dottrina ed una minoritaria giurisprudenza hanno ritenuto di attribuire al negozio un'efficacia meramente obbligatoria. Si è così pensato di riconoscere al *pactum* la funzione costituire in capo al creditore un'obbligazione di non esigere la prestazione a lui dovuta.

A ciò conseguirebbe l'insorgere tra le parti dell'originario rapporto obbligatorio di un rapporto obbligatorio nuovo, che senza intaccare il contenuto e la valenza del primo, si connoterebbe per la ricorrenza di una prestazione negativa a carico del creditore, che si affiancherebbe a quella già esistente¹⁴. Il

¹² D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 106 s.; G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, p. 119 s.; ID., *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, in *Temì*, 1950, p. 302 s. Per la possibilità invece di separare diritto ed azione v. G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1904, 3 p. s.; S. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 47 s.; e V. DENTI, *Azione. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989, p. 3 s.

¹³ Così G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 30.

¹⁴ In questi termini, E. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., p. 412; L. BARASSI, *La teoria generale*

pactum non verrebbe ad incidere in alcun modo sul rapporto originario, che permarrrebbe immutato, ma genererebbe in capo al creditore la contrapposta obbligazione di non far valere la sua pretesa nei confronti del debitore¹⁵.

All'efficacia meramente obbligatoria così assegnata al *pactum* conseguirebbe che in ipotesi di violazione dello stesso da parte del creditore, al debitore non residuerebbe che una tutela meramente risarcitoria per l'inadempimento dell'accordo di inesigibilità, non potendosi quest'ultimo esimere dall'adempiere all'originaria obbligazione. Peraltro, dovendosi quantificare l'eventuale ammontare del danno patito, il credito nascente dalla nuova obbligazione inadempita, presupponendo una liquidazione giudiziale, non potrebbe neppure essere eccepito in compensazione legale avverso l'azionata pretesa creditoria.

delle obbligazioni, III, *L'attuazione*, II ed., Milano, 1948, p. 187. Negli stessi termini con riguardo al *pactum de non exsequendo ad tempus*: E. DELL'AQUILA, *Brevi note in tema di pactum de non exsequendo ad tempus*, in *Foro pad.*, 1972, c. 816, il quale però in via del tutto eccezionale riconosce *pactum*, se le parti espressamente lo prevedano, la possibilità di incidere direttamente sul rapporto obbligatorio preesistente, modificandone la modalità cronologica, cioè spostando in avanti nel tempo il momento dell'adempimento». In giurisprudenza in termini analoghi : App. Napoli, 31 luglio 1957, in *Mon. Trib.*, 1958, p. 568 s. ove testualmente si afferma che con il *pactum de non petendo* «il creditore si obbliga a non esigere il credito indefinitamente [...] ovvero per un certo tempo fino al modificarsi di certe attuali circostanze. Difetta qui un atto di disposizione relativo al rapporto, manca cioè l'effetto estintivo, reale e immediato, che [...] è proprio della remissione. Il rapporto, all'opposto, continua a sussistere [...]; sol che il creditore si impegna a non farlo valere, assumendo così, a sua volta, in confronto del debitore un'obbligazione negativa, di non fare in forza della quale il dovere di prestazione resta neutralizzato»; conf.: App. Milano, 20 ottobre 1978, n. 1699, in *Arch. civ.*, 1979, p. 656; Trib. Roma, 28 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1986 ss. Trib. Roma, 4 aprile 1985, n. 4533, in *Temi rom.*, 1985, II, p. 963 ss., con nota di F. STORACE, *Domanda di divisione della casa familiare di proprietà di entrambi i coniugi proposta dal coniuge non assegnatario*, con riguardo ad un accordo in sede di separazione convenzionale relativamente all'assegnazione in godimento esclusivo dell'alloggio coniugale ad una delle parti.

¹⁵ Lo osserva puntualmente G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 31.

Non meraviglia dunque che si sia fortemente dubitato in dottrina che un negozio così strutturato possa essere ricondotto al *pactum* di romanistica memoria¹⁶. Si è invero puntualmente rilevato¹⁷ come il *pactum* romanistico, «non era infatti diretto alla creazione di un rapporto obbligatorio nuovo, destinato a sovrapporsi a quello principale, bensì (se *in perpetuum*) all'estinzione di quest'ultimo». A nulla rilevava in contrario che i suoi effetti si producessero non *ipso iure*, ma solo *ope exceptionis*, in quanto ciò interveniva in perfetta coerenza con il riconoscimento dell'istituto operato solo dallo *ius honorarium*¹⁸.

La consapevolezza della sostanziale inutilità di un *pactum* così congegnato con ogni probabilità ha indotto parte della dottrina, che ne sosteneva l'efficacia meramente obbligatoria, a tentare di rafforzarne l'operatività riconoscendo al debitore un'eccezione idonea a paralizzare la pretesa del creditore inadempiente all'obbligo assunto con il *pactum*¹⁹.

Sulla stessa scia si è posta parte della giurisprudenza di merito, testualmente affermando che «il “*pactum de non petendo*”, a differenza della remissione del debito, di cui all'art. 1236 c.c., non estingue il rapporto obbligatorio, ma accorda al debitore il diritto di paralizzarne gli effetti sollevando la relativa eccezione»²⁰.

In senso contrario si è però rilevato il contrasto dell'*exceptio* con la riconosciuta efficacia obbligatoria del *pactum*, cui consegue necessariamente il

¹⁶ M. SARGENTI, *Pactum de non petendo e remissione del debito*, cit., c. 303.

¹⁷ G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, cit., p. 396 s.

¹⁸ G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, cit., p. 397.

¹⁹ Così F. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., p. 412 s.

²⁰ Così: App. Milano, 20 ottobre 1978, n. 1699, in *Arch. civ.*, 1979, p.p. 656-657, ove si precisa come l'*exceptio* possa formare oggetto di rinuncia da parte del debitore «con la conseguenza di far venir meno la tutela derivante dal menzionato patto»; conf.: App. Napoli, 31 luglio 1957, in *Mon. Trib.*, 1958, p. 568 s..

risarcimento dei danni in favore del debitore della prestazione originaria²¹, essendo possibile assegnare una *exceptio* in favore del debitore soltanto in presenza di una «vicenda sostanziale del rapporto», che nel caso di specie manca²².

Proprio una ricostruzione del *pactum* in termini di affiancamento di una nuova obbligazione a quella preesistente presuppone appunto che quest'ultima resti immutata nei tempi e nei modi di adempimento, sicché «l'assetto d'interessi espresso dal profilo strutturale e da quello regolamentare resterebbe "insensibile" all'affiancarsi di un nuovo rapporto»²³.

Tale impostazione postula altresì un rapporto di accessorietà tra il nuovo rapporto e quello preesistente, in forza del quale l'estinzione dell'originaria obbligazione per qualsivoglia ragione priverebbe il debitore di interesse «giustificativo dell'obbligo di *non facere* posto a carico del creditore»²⁴. Da qui emerge un'ulteriore conferma della scarsa incisività ai fini di una reale tutela del debitore di un *pactum* così configurato .

3. L'orientamento in tema di *pactum de non petendo* della giurisprudenza di legittimità. La distinzione tra *pactum de non petendo* e remissione del debito.

La Corte di Cassazione nelle poche pronunce in cui si è occupata del *pactum* non si è mai preoccupata di fornire una ricostruzione sistematica dell'istituto, soffermandosi piuttosto sulle specifiche questioni sottoposte al suo esame. Ciò non di meno, essa pare distinguere chiaramente il *pactum de non*

²¹ Così F. GALLO, *Sull'asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo"*, cit., c. 303; G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, cit., p. 396.

²² M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 196.

²³ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 33.

²⁴ G. RECINTO, *op. ult. cit.*, p. 33.

petendo dalla remissione del debito, anche a prescindere dalla circostanza se trattasi o meno di *pactum ad tempus*.

Al riguardo si registrano due pronunce di contenuto sostanzialmente identico²⁵ con riguardo ad una medesima fattispecie in cui si discuteva della valenza come rimessione di debito dell'obbligo assunto dal creditore di provvedere alla restituzione del titolo. La Corte, dopo avere ribadito che la remissione del debito «pur non richiedendo forma solenne e formule particolari» debba contenere «la inequivoca manifestazione di volontà del creditore volta alla rinuncia della prestazione», ha escluso, in mancanza di una manifestazione espressa, che sia possibile ravvisare tale volontà «nell'assunzione dell'obbligo di restituzione del titolo, se non accompagnata dalla effettiva restituzione, posto che una simile obbligazione potrebbe integrare anche un mero “*pactum de non petendo*”, comportante soltanto rinuncia ad azionare il titolo in giudizio, ma non rinuncia estintiva della obbligazione di pagamento»²⁶.

Due i profili di rilievo delle pronunce in esame.

Anzitutto, la Cassazione precisa come l'assunzione del mero obbligo di restituzione del titolo, a cui non segua la restituzione effettiva, possa configurare in sé un *pactum de non petendo*, anziché una remissione del debito. L'argomentazione è tratta *a contrario* dalla rigorosa previsione operata dall'art. 1237 c.c., secondo cui solo la volontaria restituzione del titolo integra una forma di remissione reale, che rappresenta l'ipotesi più diffusa di remissione tacita. E' quindi dalla mancata restituzione del titolo a fronte di un obbligo di consegna contrattualmente assunto che la Suprema Corte ricava l'esistenza di un *pactum*.

Corollario (invero non esaurientemente argomentato) di suddetto

²⁵ Cass. , 10 giugno 1994, n. 5646 in *Giur. it.*, 1995, I,1, c. 222; Cass., 7 giugno 2000, n. 7717, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 1241.

²⁶ Cass. , 10 giugno 1994, n. 5646 , *cit.*

condivisibile assunto è l'aver individuato in siffatto *pactum* una «rinuncia ad azionare il titolo in giudizio» e non una «rinuncia estintiva della obbligazione di pagamento». Il giudice di legittimità fonda dunque la distinzione tra i due istituti sui diversi effetti che gli stessi sono destinati a produrre: il *pactum* comporta una rinuncia all'azione mentre la remissione una rinuncia al diritto. Va precisato che però, da quel che è dato comprendere dalla motivazione, la rinuncia nel caso concreto sottoposto all'esame della Corte parrebbe avere avuto i connotati di temporaneità²⁷.

Sulla stessa scia si pone un più recente arresto della Suprema Corte che, nell'affrontare il problema della prescrizione, esclude che il *pactum de non petendo* possa integrare violazione del divieto di deroga convenzionale del regime legale della prescrizione, fissato dall'art. 2936 c.c. Detta esclusione si fonda appunto sul convincimento che il *pactum* sia destinato ad incidere «sulla stessa azionabilità della pretesa, per cui la prescrizione inizia a decorrere dalla scadenza del termine fissato con il patto stesso»²⁸.

Tale indirizzo risulta accolto anche dalla più recente, anche se

²⁷ Tale profilo viene sinteticamente chiarito in motivazione allorché si afferma: «Non si sono soffermati i giudici d'appello ad esaminare l'ipotesi - forse più adeguata alla fattispecie e più compatibile con il comportamento del creditore - che, anziché di remissione di debito, si trattasse di semplice *pactum de non petendo*, implicante cioè la rinuncia temporanea all'azione, ma non la rinuncia definitiva al diritto. Questo ulteriore approfondimento si palesava tanto più necessario in quanto la dichiarazione in esame non si presentava, a norma di legge, con i caratteri tipici della rimessione di debito, ed era accompagnata da un comportamento significativo, apparentemente contrastante con la volontà di remissione».

²⁸ Cass., 12 aprile 2006, n. 8606 in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4. Nella specie le parti del contratto di compravendita di un immobile avevano pattuito che l'acquirente avrebbe manlevato parte venditrice da ogni spesa, salvo quanto relativo ad una controversia riguardante lo stesso immobile già oggetto di locazione tra le stesse. La S.C. ha cassato la sentenza di merito, che non aveva considerato la rilevanza della clausola ai fini della decorrenza della prescrizione della pretesa scaturita dalla relativa sentenza. In senso conforme cfr. Cass. 19 ottobre 1995 n. 10887, in *De jure*, 2017. Per un approfondimento sul tema, v. infra cap. 3 par. 8.

decisamente scarsa, giurisprudenza di merito²⁹ che ha ritenuto possibile l’emanazione di un decreto ingiuntivo «a fronte di debito per il quale il creditore abbia stipulato col debitore *pactum de non petendo*», qualora risulti provato che il patto consista «in un semplice impegno del titolare a non riscuotere il credito, senza novarne la fonte o modificare il termine di esigibilità dell’obbligazione». In tal caso il patto è destinato ad incidere appunto sull’azionabilità della pretesa e non sul diritto azionato in sede monitoria.

La pronuncia suscita però qualche perplessità nella misura in cui con il decreto ingiuntivo il giudice non si limita a riconoscere l’esistenza del diritto con pronuncia di mero accertamento, ma condanna l’ingiunto, beneficiario del *pactum* al pagamento e solo a seguito di opposizione sarà possibile ridurre la portata della pronuncia monitoria con conseguente necessitata revoca del decreto.

4. Segue. L’orientamento della dottrina favorevole alla distinzione del *pactum de non petendo*, anche *in perpetuum*, dalla remissione. Il *pactum de non petendo ad tempus* a titolo gratuito come mero atto di tolleranza.

Questo orientamento della giurisprudenza trova positivi riscontri da una parte della dottrina³⁰, che è propensa a distinguere sotto il medesimo angolo prospettico la remissione dal *pactum de non petendo in perpetuum* riconoscendo a siffatto accordo la funzione di incidere sulla mera azionabilità del diritto³¹.

²⁹ Trib. Monza, 23 febbraio 2001, in *Giur. merito*, 2001, p. 980.

³⁰ E. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l’adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti* (nota a Trib. Napoli, 19 dicembre 1972, n. 7842), in *Dir. e giur.*, 1972, p. 262 s.

³¹ F. CARRESI, *Corso di diritto civile sul contratto. Introduzione. Le parti. La struttura: forma e contenuto*, Bologna, 1961, p. 41 s

In particolare taluno sostiene l'opportunità di qualificare tali accordi come «convenzioni», in quanto diretti a regolamentare «il rapporto processuale che va tenuto distinto da quello sostanziale, patrimoniale o non, che ne forma oggetto»³².

Alla rinuncia all'azionabilità del diritto in giudizio consegue secondo detta dottrina non l'estinzione del debito, ma solo il venir meno della sua coercibilità³³.

Conseguentemente, l'adempimento volontario da parte del debitore non costituirebbe un *indebitum solutum*, in ragione appunto della perdurante esistenza del diritto di credito. Quanto precede escluderebbe altresì la possibilità di ricondurre la prestazione del debitore nell'alveo dell'adempimento ad una obbligazione naturale³⁴, rapporto obbligatorio connotato della sussistenza sia della spontaneità³⁵ che della capacità di agire³⁶ richiesta dall'art. 2034 c.c.

Con riguardo al *pactum de non petendo ad tempus*, qualora sia concesso gratuitamente dal creditore, la stessa dottrina di cui sopra lo riconduce

³² F. CARRESI, *Corso di diritto civile sul contratto*, cit., p. 41 s., il quale però non esclude che tali patti abbiano anche una «immediata efficacia sostanziale», allorché vengano inserite tra le fattispecie propriamente contrattuali.

³³ E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 262 nota 12.

³⁴ E. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 262, nota 12.

³⁵ Sull'obbligatorio requisito della spontaneità che deve caratterizzare l'adempimento di un dovere morale e sociale dell'obbligazione naturale da ultimo Cass., 30 settembre 2016, n. 19578, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

³⁶ Cass. 8 agosto 1978, n. 3856, in *Giur. it.*, 1979, I,806,c.1, che distingue puntualmente il pagamento del debito prescritto dall'adempimento dell'obbligazione naturale: «il pagamento del debito prescritto - sempreché non sia stata già eccepita ed accertata la prescrizione - non costituisce adempimento di obbligazione naturale, ma adempimento di obbligazione civile, caratterizzato dalla rinuncia presunta *ex lege* a valersi della prescrizione già compiuta: esso è, perciò, atto non negoziale e non è impugnabile dal debitore a causa della propria incapacità (art. 1191 c.c.) non richiedendo a differenza dell'esecuzione di obbligazione naturale, la capacità di agire del solvens».

nell'ambito del termine di tolleranza³⁷. Esclude così che in tali ipotesi ricorra una modificazione delle modalità cronologiche della prestazione, in quanto la prestazione del consenso a titolo gratuito alla dilazione del termine di adempimento costituirebbe un mero atto di tolleranza³⁸, rinunciando il creditore solo temporaneamente all'utilizzo degli strumenti coercitivi che l'ordinamento gli riconosce³⁹.

L'originario termine di adempimento rimarrebbe così immutato, con la conseguenza che l'adempimento prima del termine di tolleranza non potrebbe essere configurato come un pagamento anticipato ai sensi dell'art. 1185, comma 2, c.c. Ove alla scadenza del suddetto termine concesso dal creditore, la prestazione non fosse eseguita malgrado vi sia stata già una prima richiesta di adempimento, non sarebbe necessario da parte del creditore alcun ulteriore messa in mora, in quanto la tolleranza non varrebbe ad escludere il computo del ritardo del debitore sin dalla scadenza del termine primigenio⁴⁰.

5. Il *pactum de non petendo in perpetuum e ad tempus* come fattispecie riduttiva del rapporto obbligatorio.

³⁷E. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l'adempimento*, cit. p. 258 s. In senso critico v. G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 88 s.: l'autore propone di distinguere, a seconda della concreta finalità perseguita dalle parti attraverso il *pactum*, il caso in cui quest'ultimo sia riconducibile agli atti di tolleranza del creditore dal caso in cui vada qualificato come patto modificativo delle modalità temporali della prestazione.

³⁸ In generale sul tema della tolleranza in diritto privato, v. S. PATTI, *Profili della tolleranza in diritto privato*, Napoli, 1978, *passim*. In senso critico v. G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p.37 che esclude che si possa ancorare la distinzione tra meri atti di tolleranza del creditore e modifiche della modalità cronologiche della prestazione «al mero dato della sussistenza del corrispettivo per il debitore» senza tenere conto «se quella determinata pattuizione abbia inciso o no sul profilo regolamentare della relazione giuridica».

³⁹E. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l'adempimento*, cit. p. 259 s.

⁴⁰E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 263.

Altri autori qualificano il *pactum de non petendo* in termini riduttivi del rapporto obbligatorio⁴¹, partendo dal presupposto che adempimento ed inadempimento non siano «dati indisgiungibili di uno stesso fenomeno», di modo che «il difetto dell'uno corrisponderebbe a quello dell'altro». In ragione di ciò e della asserita rilevanza asimmetrica dei rapporti obbligatori sarebbe ammissibile «un diritto senza pretesa o di un debito senza obbligo»⁴².

In quest'ottica adempimento ed inadempimento, lungi dal costituire aspetti inseparabili dello stesso fenomeno obbligatorio, si configurano come «qualifiche o predicati normativi, cui l'ordine giuridico collega effetti intrinsecamente diversi: l'adempimento, estingue il rapporto; l'inadempimento, costituisce un altro rapporto»⁴³. La fonte dell'obbligazione, legale o negoziale che sia, costituisce secondo detta dottrina, il "predicante"⁴⁴ a mezzo del quale le

⁴¹ E' la tesi sostenuta M. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, cit., p. 134 s.

⁴² Sul punto v. più di recente M. ORLANDI, *Mutuo e recesso*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria, Atti del Convegno tenutosi a Milano 12 Giugno 2009*, in *Quaderni della Fondazione del notariato* N. 4/2009, p. 2 che richiama E. BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 128-129, secondo il quale un debito «pagabile e non esigibile è da qualificare come giuridicamente rilevante, nel senso che è sanzionato, *ex postfacto*, da un imperativo di diritto (ad esempio, il divieto di ripetizione) ed è, in virtù di tale sanzione, causa di certi limitati effetti giuridici, quale la esclusione della ripetizione: quantunque non vi sia un imperativo di diritto che lo crei e ne imponga l'adempimento. [...]Esiste perciò - un debito pagabile ma non esiste un obbligo al pagamento di esso, né quindi una pretesa di adempimento, non importando esso debito una responsabilità giuridica per l'inadempimento».

⁴³ M. ORLANDI, *Mutuo e recesso*, cit., p. 2. In argomenti v. anche V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Roma, 1999, spec. p. 32 s.

⁴⁴ R. SIMONE, *Fondamenti di linguistica*, II ed., Bari, 1992, p. 359-360: «in logica si indica con questo termine la parte di proposizione che PREDICA qualcosa a proposito del soggetto, cioè ne enuncia le caratteristiche trasformando una pura e semplice NOMINAZIONE in una PREDICAZIONE. Mentre il *cavallo* è un semplice nome (in linguistica, più propriamente, un sintagma nominale), il *cavallo galoppa* è una predicazione (o proposizione predicativa), perché al nome soggetto si è aggiunto un predicato (*galoppa*), cioè un costituente che dice qualcosa a proposito del soggetto. Quella di predicato è quindi una

qualifiche credito e debito trovano concreta ed attuale applicazione. La condotta umana è per il tramite della fonte non semplicemente descritta, ma “predicata”, cioè «qualificata secondo una certa modalità»⁴⁵. In ragione di ciò il rapporto giuridico che da quella fonte sorge è in nesso di indissolubile continenza con la stessa, in quanto ogni relazione giuridica inerente a quel rapporto non potrebbe essere concepita al di fuori di quella fonte che detta il programma che le parti del rapporto sono tenute ad osservare.

Il rapporto giuridico, per come qualificato dalla fonte da cui proviene, si può manifestare sia a mezzo di una disciplina complessa (credito + pretesa; debito + obbligo), che a mezzo di una disciplina più semplificata (credito senza pretesa; debito senza obbligo)⁴⁶. Si registra così «un duplice fenomeno: da un lato l’obbligazione – per così dire – “integrata”, che implica la descrizione del contegno dovuto e delle conseguenze giuridiche del contegno difforme, ed è perciò suscettibile d’inadempimento; dall’altro, l’obbligazione “ridotta”, che non condivide l’intero spettro degli effetti, prevedendosi unicamente l’eventualità dell’adempimento e delle relative conseguenze. Su questa linea, il *pactum* costituisce fonte di un’obbligazione “ridotta” rispetto all’obbligazione originaria»⁴⁷.

La nuova vicenda del rapporto giuridico innestata dal *pactum de non petendo* vede l’avvento di nuovo titolo negoziale che la disciplina, con conseguente successione di fonti intese appunto come statuti giuridici del rapporto. Il *pactum* determinerà il temporaneo o definitivo venir meno della coercibilità del rapporto, che invece in termini ridotti «sopravvivrà come *causa*

nozione relazionale, perché il predicato non esiste se non in rapporto ad un soggetto» (corsivo e maiuscole nel t.).

⁴⁵ M. ORLANDI, *Mutuo e recesso*, cit., p. 2.

⁴⁶ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, cit., p. 141 s.

⁴⁷ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, cit., p. 151 .

retinendi, cioè quale causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale»⁴⁸: nulla di diverso, secondo detta dottrina, da quanto accade con l'obbligazione naturale e con il debito prescritto, ove pure il debitore non risulta tenuto alla prestazione, ma il suo eventuale adempimento è produttivo di effetti.

Il rapporto obbligatorio risulta, in questo quadro, suscettibile di patire una triplice vicenda: costitutiva di credito e pretesa – debito ed obbligo; riduttiva a seguito della comparsa di pretesa ed obbligo; estintiva dell'intera relazione giuridica sia dal lato attivo (pretesa e *facultas acquirendi- retinendi*) che dal lato passivo (obbligo e *facultas solvendi*)⁴⁹.

La tesi sopra esposta, pur nella sua apprezzabile coerenza sistematica e rigore logico, è stata oggetto di rilevi critici.

Si è da alcuni osservato come da siffatta prospettazione non emerga alcuna distinzione tra profilo strutturale e profilo regolamentare della relazione giuridica⁵⁰. Il che impedirebbe di analizzare con accuratezza l'incidenza delle modificazioni indotte dal *pactum* sull'originario assetto di interessi.

Altri hanno rilevato⁵¹ come la dottrina in questione si limiti a descrivere gli effetti e la qualificazione sul piano giuridico degli effetti del *pactum* come riduzione del rapporto obbligatorio ma non individui la causa di tali effetti e di tale riduzione.

6. Il *pactum de non petendo* come vicenda modificativa del rapporto obbligatorio.

Il *pactum de non petendo* è stato da altra dottrina qualificato in termini di

⁴⁸ M. ORLANDI, *Mutuo e recesso*, cit., p. 2.

⁴⁹ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, cit., p. 141 s.

⁵⁰ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit. p. 39.

⁵¹ L. BOZZI, *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, p. 183

vicenda meramente modificativa del rapporto obbligatorio⁵², destinata ad incidere sulla esigibilità del credito.

La tesi muove dalla distinzione – nel rapporto obbligatorio – del profilo strutturale da quello regolamentare⁵³ e rinviene il suo fondamento nella conseguente distinzione tra esistenza del credito e sua esigibilità: la seconda presuppone la prima, mentre un credito esistente non è perciò stesso esigibile.

La conferma dell'assunto, secondo la citata dottrina, la si rinviene nell'art. 1185 c.c. allorché impone l'inesigibilità del credito prima della scadenza (comma 1), ma esclude la ripetibilità di quanto pagato prima della decorrenza del termine (comma 2)⁵⁴.

Quanto precede evidenzia la distinzione del *pactum* dalla remissione quale vicenda estintiva del rapporto obbligatorio, che comporta per ciò stesso la ripetibilità di quanto eventualmente versato dal debitore, una volta perfezionatasi la remissione⁵⁵.

⁵² Qualifica il *pactum de non petendo* in termini di vicenda modificativa della disciplina del rapporto incidente esclusivamente sull'esigibilità: P. PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto* (nota a App. Napoli, 29 novembre 1968, n. 2645), in *Dir. giur.*, 1969, p. 699 ss.; G. RECINTO, *1 patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 46 s., e F. RUSCELLO, «*Pactum de non petendo*» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, cit., p. 198 s.; ID., *Dilazione gratuita, inesigibilità del credito e modificazione del rapporto obbligatorio. Brevi riflessioni a margine di un "vecchio" lavoro*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, II, p. 546 s.

⁵³ La distinzione, già anticipata nel primo capitolo, si deve a P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 29 secondo cui: «Nella definizione di rapporto, invece, esiste un profilo funzionale che s'ispira ad una valutazione teleologica, cioè ad una valutazione degli interessi regolati dal rapporto stesso, inteso quest'ultimo non soltanto come relazione, bensì come norma, come regolamento, come disciplina».

⁵⁴ La giurisprudenza coglie la rilevanza di tale distinzione operata dall'art. 1185 c.c. in sede di prescrizione allorché individua il *dies a quo* della decorrenza solo dalla scadenza dell'ultimo dei termini utili per l'adempimento in quanto prima di tale non si potrebbe "pretendere l'adempimento della prestazione", pur esistente (Cass. , 25 agosto 2014, n. 18184, in *De jure*, 2017, in tema di pagamento del canone per l'erogazione del servizio pubblico di fornitura di acqua potabile).

⁵⁵ Così F. RUSCELLO, «*Pactum de non petendo*» e vicenda modificativa, cit., p. 202 s.

Ove pure si volesse sostenere – secondo la dottrina in parola – che dal *pactum de non petendo in perpetuum* residui un’obbligazione naturale, con conseguente irripetibilità di quanto versato dal debitore, ciò non di meno permarrrebbe la distinzione dalla remissione. Invero il *pactum* in tale ipotesi determinerebbe sia un effetto estintivo dell’obbligazione originaria che un effetto costitutivo dell’obbligazione naturale, con conseguente sua riconducibilità della fattispecie nell’ambito della novazione del rapporto ed esclusione di qualsivoglia effetto meramente estintivo tipico della remissione⁵⁶.

Di contro la dottrina in parola esclude *in nuce* la configurabilità di un’obbligazione naturale allorché il *pactum* sia a titolo oneroso e preveda un corrispettivo a fronte dell’inesigibilità perpetua o *ad tempus*⁵⁷.

Peraltro in questo contesto il *pactum ad tempus*, nel caso in cui persegua il solo scopo di differire l’adempimento della prestazione viene configurato come mera dilazione⁵⁸, sempre che non abbia ad incidere sul titolo o l’oggetto del rapporto, ipotesi in cui darebbe luogo ad una novazione⁵⁹.

⁵⁶F. RUSCELLO, *op. ult. cit.*, p. 209.

⁵⁷F. RUSCELLO, *op.ult.cit.*, p. 210 s.

⁵⁸ F. RUSCELLO, *op. ult. cit.*, p. 199 s. e 206, che aderisce alla ricostruzione della dilazione in termini di negozio regolamentare suggerita da P. PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto*, in *Dir. e giur.*, 1969, 699 ss.; e in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 579 ss.; per un lontano precedente giurisprudenziale negli stessi termini: App. Catania, 16 agosto 1886, in *Legge*, 1886, II, p. 671 s.

⁵⁹ F. RUSCELLO, *op. ult. cit.*, p. 206 s., il quale precisa come l’essenzialità del termine debba essere valutata caso per caso, al fine verificare l’effettiva incidenza sul rapporto della modifica delle modalità cronologiche della prestazione. Esclude la ricorrenza di una novazione in ipotesi di “ modificazione del termine di scadenza” con riguardo alle locazioni: Cass., 9 marzo 2010, n. 5665, in *Persona e Mercato*, 2010, p. 220 s. con nota di N. STEFANELLI, *Note in tema di negozio modificativo*, in *Persona e Mercato*, 2010, p. 220 s. (in senso conforme: Cass., 26 febbraio 2009, n. 4670, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 323; Cass., 21 maggio 2007, n. 11672, *ivi*, 2007, p. 994 s.; Cass., 4 maggio 2005, n. 9280, *ivi*, 2005, p. 1027 s.; Cass., 17 agosto 2004, n. 16038, in *Giur. it.*, Rep. 2004, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 649; Cass., 9 aprile 2003, n. 5576, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, p. 777 s.; Cass., 19 novembre 1999, n. 12838, in *Arch. Locaz.*, 2000, p. 249 s.). Sulla novazione in dottrina in termini generali v.: A. MAGAZZÙ,

La tesi su esposta qualifica in sostanza il *pactum de non petendo*, in *perpetuum* o *ad tempus* che sia, come negozio regolamentare perché appunto destinato a modificare⁶⁰ il rapporto obbligatorio senza incidere né sul titolo né oggetto⁶¹.

Su questa scia si pone un dottrina più recente che, prendendo le mosse dalla distinzione nell'ambito del rapporto obbligatorio del profilo strutturale da quello precettivo, qualifica il *pactum de non petendo* come negozio destinato a regolamentare l'(in)esigibilità del credito⁶². Gli interessi delle parti nella fase costitutiva dell'obbligazione, che per come individuati dal titolo e dall'oggetto connotano il profilo strutturale, nell'esercizio della relazione giuridica trovano disciplina secondo il profilo precettivo e regolamentare del rapporto medesimo, a cui attiene il *pactum*.

A ciò consegue che l'esistenza del rapporto prescinda dall'esigibilità della pretesa creditizia: ben può accadere che il creditore ed il debitore compongano il conflitto già insito nella fase genetica del loro rapporto a mezzo di siffatta pattuizione senza che ciò comporti l'estinzione dell'obbligazione, essendo destinata la regolamentazione operata dal *pactum* a far sopravvivere la

voce *Novazione*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 792 s.; O. BUCCISANO, voce *Novazione*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, p. 13 s.; A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 280 s.

⁶⁰Sui negozi modificativi v. G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo* (nota a Cass., 7 gennaio 1957, n. 17), in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 847 s.; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999, p. 55 s.; G. GORLA, *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 341 s.; A. ZACCARIA, *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987, p. 179 s.; P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 20, p. 18; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 361 ss. N. STEFANELLI, *Note in tema di negozio modificativo*, cit. p. 220 s.

⁶¹F. RUSCELLO, *op. cit.*, p. 206 ss.

⁶²G. RECINTO, *I patti di inesigibilità*, cit., p. 46 s.

relazione giuridica⁶³, generata da quel titolo ed avente quell'oggetto.

Si crea così, in sostanza, una situazione per molti aspetti analoga alla rimessione del termine di adempimento al debitore ex art. 1183 comma 2 c.c.⁶⁴, essendo sia nel caso di *pactum ad tempus* che di *pactum in perpetuum* «il titolare della situazione soggettiva passiva ad individuare il “quando” dell'adempimento»⁶⁵.

Concludendo, pare potersi condividere l'ultima delle opinioni finora esaminate, che qualifica il *pactum* come negozio regolamentare. Il patto infatti non può identificarsi «con la sostanziale dismissione dell'intera situazione giuridica creditoria», ma determina «solo la perdita di una delle facoltà di questo stesso diritto e segnatamente di quella coincidente con il potere di pretendere l'adempimento»⁶⁶. Il che presuppone sia la possibilità di ritenere da parte del creditore l'eventuale prestazione spontaneamente rese dal debitore beneficiato dal *pactum* sia la facoltà di quest'ultimo «di scegliere se e in che misura assicurare comunque l'attuazione del rapporto»⁶⁷.

Trova sotto questo profilo conferma l'assunto, sostenuto da autorevole dottrina⁶⁸, secondo cui «l'inesigibilità del credito esprime la riduzione strutturale del rapporto, con il passaggio da una qualificazione complessa ad una qualificazione semplice: non più potere esigere, poter eseguire e poter ricevere, ma soltanto un poter ricevere, cui corrisponderebbe un poter dare, cioè un adempiere spontaneamente con effetto estintivo».

L'impostazione che precede va tenuta distinta da altra tesi dottrinale

⁶³ G. RECINTO, *op.ult. cit.*, p 46.

⁶⁴ In argomento in termini generali: A. DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna – Roma, 1994, p. 211 s.

⁶⁵ G. RECINTO, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁶ A. VENTURELLI, *Pactum de non petendo ad perpetuum*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, p. 686 s.

⁶⁷ A. VENTURELLI, *Pactum de non petendo ad perpetuum*, cit., p. 686.

⁶⁸ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, cit., p. 69 s. e 129 s., spec. 158 s.

qualifica il *pactum* come negozio finalizzato a regolamentare l'esecuzione del rapporto obbligatorio, non qualificabile tuttavia come contratto regolamentare⁶⁹.

Tale ultima ricostruzione muove da una rimediazione della nozione di patto, inteso – in senso autonomo rispetto al “contratto” – quale accordo volto a disciplinare la fase esecutiva del rapporto contrattuale. Essa presuppone inoltre una netta distinzione fra la categoria del “patto” (cui appartiene, in tesi, la figura del *pactum de non petendo*) ed il contratto regolamentare, basata sul presupposto che solo il primo incide direttamente ed esclusivamente sul rapporto che discende dalla fonte contrattuale, mentre il secondo opera sulla fonte del rapporto obbligatorio, realizzando una successione di fonti nella disciplina del medesimo⁷⁰.

I fondamenti teorici della tesi appena enunciata meritano di essere respinti alla luce della nozione procedimentale di rapporto obbligatorio, esposta precedentemente⁷¹. Dalla concezione procedimentale discende invero l'impossibilità di distinguere nettamente il piano della fonte del rapporto da quello attinente alla sua esecuzione, poiché la l'uno trova riflesso nell'altro. Non è dunque corretto affermare l'esclusiva incidenza del contratto regolamentare sul piano della fonte, senza attinenza con il momento esecutivo del rapporto.

7. *Pactum de non petendo* a tempo indeterminato o in perpetuo e principio della temporaneità dei rapporti obbligatori.

Un'inesigibilità del credito, se pattuita a tempo indeterminato o *in*

⁶⁹ E' la tesi di G. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimeditato concetto di “patto” nell'ordinamento attuale*, in *Riv. not.*, 1986, p. 587 s.

⁷⁰ G. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 609 s.

⁷¹ V. supra cap. 1.

perpetuum, potrebbe contrastare con il principio di ordine pubblico della necessaria temporaneità dei rapporti obbligatori⁷².

Detto principio costituisce specificazione non solo e non tanto del c.d. *favor debitoris*, ma trova il suo fondamento nella necessità, «avvertita dall'ordinamento, di limitare nel tempo le restrizioni alla libertà delle persone e delle cose»⁷³.

Il principio, che costituisce affermazione tralaticia nella manualistica⁷⁴, trova diversi punti di emersione nel nostro ordinamento. In disparte la portata generale della prescrizione del diritto che *ex art. 2934 c.c.* si estingue «quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge»⁷⁵, molte sono le previsioni normative che ne confermano l'esistenza. Il richiamo è d'obbligo al patto di rimanere in comunione valido sino a 10 anni (art. 1111, commi 2 e 3, c.c.); al divieto di alienazione, da contenersi «entro convenienti limiti di tempo»

⁷² Così la dottrina prevalente. Sul punto, per tutti, G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970, p. 211, che lo fonda sulla tutela della libertà dell'individuo. In senso contrario in dottrina G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 13 s., p. 25 s. e 56 s., che dopo avere espresso perplessità circa il «preteso principio del divieto della perpetuità» (*ivi*, 20) individua le varie ipotesi in cui la legge viete vincoli perpetui come basate su «ragioni peculiari, che non potrebbero ravvisarsi con riguardo ai rapporti dalla cui disciplina tale divieto non risulta» (*ivi*, 28). Più di recente, v. G. ALPA, *I principi generali*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2006, p. 427 s., individua tra i principi generali del diritto dei contratti quello della perpetuità del vincolo, per cui la volontà delle parti ben può essere destinata a durare in perpetuo. In termini conformi M. DI PAOLO, *Sull'ammissibilità di una obbligazione perpetua*, in *Temi*, 1974, p. 29 s.), e con riguardo alle obbligazioni di non fare E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2011, p. 69 s.

⁷³ P. RESCIGNO, voce «*Obbligazioni (nozioni)*», in *Enc. del dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, p. 177; M. MATTIOLI, *In tema di obbligazioni perpetue*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 11161, in nota a Cass., 17 giugno 2014, n.13776.

⁷⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 807. Il principio costituisce specificazione della temporaneità delle situazioni giuridiche più in generale, dei fenomeni giuridicamente rilevanti, tutti assoggettati ad una durata determinata A. DI MAJO, voce «*Termine (dir. priv.)*», in *Enc. del dir.*, XLIV, Giuffrè, 1992, p. 187 ss.

⁷⁵ Sul punto A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 12 ss.

(art. 1379 c.c.); al patto destinato limitare la concorrenza, che non può eccedere il quinquennio (art. 2596, comma 1, c.c.).

A queste previsioni, si devono aggiungere quelle con cui il legislatore pone limiti massimi di durata del contratto come ad esempio la locazione (art. 1573 c.c.), l'anticresi (art. 1962 c.c.).

Da ultimo, giova rammentare come in giurisprudenza sia costante l'affermazione secondo cui la facoltà di recesso unilaterale per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, rappresenti una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato⁷⁶, in ossequio al generale principio della buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.)⁷⁷.

Su questa scia, sin da tempi remoti si è posta la giurisprudenza che ha individuato «una idea fondamentale comune, l'idea che contrasti con la concezione del nostro sistema positivo un vincolo obbligatorio destinato a durare in eterno, senza che sia consentito al debitore, o ai suoi successori, la possibilità di liberarsene»⁷⁸.

Alla luce di suddetti principi ed in conformità con il suddetto orientamento, dovrebbe riconoscersi al *pactum de non petendo*, qualora sia a tempo indeterminato o *in perpetuum*⁷⁹ l'idoneità (non consentita) di determinare una compressione del diritto di credito tale da relegarlo ad a uno stadio puramente formale.

⁷⁶ Cass., 10 novembre 2008, n. 26863, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1106 ss.; Cass., 7 marzo 2002, n. 3296, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 196 ss.. In dottrina v. P. SIRENA, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, III, Milano, 2006, 121 ss.; G. DE NOVA, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, II, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2004, p. 729 ss.

⁷⁷ In materia di contratti collettivi di lavoro v. da ultimo: Cass., sez. lav., 30 ottobre 2013, n. 24533, in *Guida dir.*, 2013, 49-50, p. 47.

⁷⁸ Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, in *Giur. it.*, 1950, I, 1, p. 642 ss., e in *Foro it.*, 1950, I, c. 529 s.

⁷⁹ La differenza fra *pactum* a tempo indeterminato e patto avente durata perpetua non è puramente nominalistica: il primo è quello privo della determinazione di durata, il secondo è quello che per espressa volontà delle parti non ha un limite cronologico di efficacia. In questi sensi v. G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 46 s.

Attraverso tale negozio verrebbe così avallata una dissociazione strutturale e non meramente contingente tra il diritto e il relativo contenuto economico⁸⁰. Dissociazione, questa, implicitamente respinta dal nostro ordinamento, in base al quale si ritiene «inammissibile un vincolo obbligatorio, destinato a durare all'infinito, senza che sia possibile al debitore o ai suoi successori la possibilità di liberarsene»⁸¹.

⁸⁰ La questione è stata trattata con riguardo al diritto di proprietà in un'ipotesi in cui la stessa veniva gravata dall'onere testamentario di consentire in perpetuo l'utilizzo di un immobile da parte della locale parrocchia. La S.C. (Cass., 20 aprile 1950, n. 1056, *cit.*). In senso conforme) sul punto stabilì che la disposizione controversa, «*se configurata come un'obbligazione personale a carattere perpetuo*», doveva ritenersi «*nulla, anche se si parli di obbligazione reale (...), in quanto disintegra in perpetuo il diritto di proprietà dal suo contenuto economico*»; essa fu invece «salvata» mediante la qualificazione di essa (non già come una *obligatio propter rem*, che non si sottrae, in quanto rapporto obbligatorio vero e proprio, alla regola della temporaneità, bensì, accogliendo la soluzione di F. SALVI, *Perpetuità di un diritto di godimento?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 192 s. in particolare p. 201 ss.) come «*attributiva di un diritto d'uso, naturalmente limitato al tempo massimo stabilito dalla legge*». Andrea Torrente, estensore di tale nota pronuncia, in quell'occasione affermò testualmente «*[n]on si sa perché l'ordinamento giuridico dovrebbe riconoscere questo esangue diritto costretto ad alimentarsi nei secoli soltanto della sua vacuità*» (Cass., 20. Aprile 1950, n. 1056, *cit.*).

⁸¹ Cass., 30 luglio 1984, n. 4530, in *Riv. not.*, 1985, p. 1191, che ha ritenuto nulla la clausola convenzionale, inserita nel contratto di compravendita, che vietava una determinata destinazione del locale compravenduto, senza limiti di tempo. Sulla stessa linea si è posta sempre la giurisprudenza di legittimità allorché più di recente (Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 50) ha affermato la nullità dei contratti atipici istitutivi di obbligazioni destinate a durare indefinitamente nel tempo, in quanto non meritevoli di tutela ai sensi dell'ordinamento giuridico. Così pure Cass., 17 giugno 2014, n.13776, *cit.*, secondo cui «nel nostro ordinamento non sono ammessi impegni irrevocabili a vendere che abbiano durata indeterminata, poiché essi si risolvono in una limitazione del potere di alienazione e in definitiva in una restrizione del principio di libera circolazione dei beni». Per l'inammissibilità di un impegno irrevocabile a vendere a tempo indeterminato: App. Milano, 5 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 488 ss., con nota di PERNAZZA, e in *Rep. Foro it.*, 1998, voce «*Contratto in genere*», n. 372. In senso contrario per la validità di un vincolo contrattuale in perpetuo v. Cass., 30 maggio 1969, n. 1911, in *Tem. i*, 1974, p. 29 ss., con nota di DI PAOLO, con riguardo a un posteggio e custodia di veicoli a titolo oneroso privo di termine finale secondo cui : «*[n]ell'esercizio del loro potere di autonomia le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto in relazione anche alla durata di esso, nei limiti*

Conseguentemente, in giurisprudenza, sia pur con riguardo ad ipotesi diverse dal *pactum de non petendo*, per salvare la validità dell'accordo si è preferito affermare la ricorrenza di un'obbligazione a tempo indeterminato, suscettibile del rimedio del recesso⁸², che riconoscere un'obbligazione a durata perpetua, come tale insuscettibile di patire un termine finale.

Con riguardo alla fattispecie in esame attenta dottrina, dal suo canto, dopo aver distinto tra *pactum de non petendo* a tempo indeterminato e *pactum de non petendo in perpetuum*⁸³, ha escluso, proprio in ragione dell'applicabilità della disciplina stabilita dall'art. 1183 comma 2, c.c., che il primo *pactum* contrasti contro il principio della temporaneità dei rapporti obbligatori: si potrebbe riconoscere nell'ipotesi che sia trascorso un tempo eccessivamente lungo il potere al creditore di richiedere al giudice di fissare l'esecuzione⁸⁴.

Peraltro, anche il *pactum in perpetuum* non pare porre problemi di contrasto con il suddetto principio, allorché si ponga attenzione alla *ratio* del divieto in questione, fondato nell'inammissibilità nel nostro ordinamento di «un vincolo obbligatorio, destinato a durare all'infinito, senza che sia possibile al debitore o ai suoi successori la possibilità di liberarsene»⁸⁵. Nel caso che ci

imposti dalla legge», che «spesso limita la durata dei contratti tipici da essa regolati (...) ma, ove limiti non siano stabiliti, il contratto obbligatorio può essere anche voluto dai contraenti come perpetuo (nel significato relativo che l'aggettivo assume in relazione all'attività ed ai comportamenti degli uomini)»; Cass., 12 luglio 1958, in Banca, borsa, tit. cred., 1958, II, p. 333 ss.

⁸² In questi termini si è pronunciata certa giurisprudenza secondo cui " *L'obbligazione di carattere perpetuo è nulla, ma si converte in obbligazione a tempo indeterminato*" (App. Firenze, 19 giugno 1980, in *Giur. it.* 1981, I,2,c. 102). Il principio è stato ribadito dalla S.C. in tema di patti parasociali (Cass., 23 novembre 2001, n. 14865, in *Società*, 2002, p. 431 ss) , che nel riconoscere la legittimità di un sindacato di voto a prescindere dalla durata, anche illimitata, dello stesso, ha realizzato l'esigenza di scongiurare la perpetuità del vincolo negoziale mediante il riconoscimento di un «recesso unilaterale che abiliti le parti a mettere fine ad un rapporto di durata indefinita con effetto *ex nunc*».

⁸³ Per un approfondimento della distinzione v. *infra* cap. 3 par. 8.

⁸⁴ G. RECINTO, *op. cit.*, p. 53 s.

⁸⁵ Cass., 30 luglio 1984, n. 4530, *cit.*

occupa, sarebbe in facoltà proprio del debitore dare esecuzione all'obbligazione, e a seguito del *pactum in perpetuum* è divenuta definitivamente "inesigibile" ma non "ineseguibile"⁸⁶.

⁸⁶ G. RECINTO, *op. cit.*, p. 56 s.

CAPITOLO TERZO

PROFILI DI DISCIPLINA E CONFRONTO DEL *PACTUM DE NON PETENDO* CON ALTRE VICENDE INCIDENTI SUL RAPPORTO OBBLIGATORIO

Sommario: 1. La forma dei patti di inesigibilità. 2. Atipicità del *pactum de non petendo* e giudizio di meritevolezza. 3. La disciplina degli effetti. 4. *Segue*. Gli effetti del *pactum* in relazione all'obbligazione solidale. 5. Gratuità del *pactum* e rapporto con la donazione. 6. *Pactum de non petendo* e novazione. 7. *Pactum de non petendo* e transazione. 8. *Pactum de non petendo* e prescrizione.

1. La forma dei patti di inesigibilità.

Una volta riconosciuta al *pactum de non petendo* la natura di vicenda modificativa di un preesistente rapporto obbligatorio, occorre verificare come e fino a che punto tale natura incida sui connotati formali del negozio. Bisogna cioè chiedersi se la prescrizione di una forma scritta per il contratto da cui trae origine l'obbligazione si estenda anche al patto che ne determini l'inesigibilità.

Il problema del rigore formale non sorge allorché l'obbligazione, destinata a divenire inesigibile in forza del *pactum*, trovi la sua origine in un fatto illecito, come ad esempio l'obbligazione risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* ovvero nella legge, sempre che si tratti di diritto disponibile. In tali casi trova

applicazione il principio della libertà di forme¹, ed a nessun rigore formale può essere assoggettato il patto modificativo degli originari termini di adempimento dell'obbligazione.

Diversa è invece l'ipotesi in cui il patto di inesigibilità attinga obbligazioni di fonte contrattuale. In tali casi, secondo parte della dottrina, troverebbe applicazione il c.d. principio di simmetria formale, in forza del quale ai contratti che modificano altri contratti, alterandone l'originario sinallagma, andrebbe esteso il vincolo formale che caratterizza questi ultimi².

La tesi ha trovato riscontro anche con riguardo al *pactum de non petendo* e autorevole dottrina ha sostenuto che «poiché il *pactum* è destinato ad incidere sul sinallagma, sottraendo al rapporto obbligatorio la primitiva esigibilità, esso condividerà la forma del contratto dal quale discende l'obbligazione ridotta»³.

L'impostazione suddetta non è tuttavia unanimemente accettata.

¹ Trattasi di un principio di amplissima applicazione che trova riscontro anche in sede processuale. Con riguardo all'atto di appello, ad esempio, v. di recente Cass., 11 gennaio 2017, n. 413, in *Diritto & Giustizia*, 12 gennaio 2017, con nota di A. VILLA. In sede negoziale, in tema di mandato ad acquistare beni immobili senza rappresentanza, il principio è stato da ultimo ribadito da Cass. 28 ottobre 2016, n. 21805, in *De jure*, 2017.

² Sul principio di simmetria formale, tra gli altri, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., p. 276 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temì nap.*, 1961,1, p. 453 s. Sono critici in merito all'operatività nel nostro ordinamento di siffatto principio A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 313 s.; T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, p. 148 s.; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 204 s. Per l'estensione al contratto modificativo della prescrizione formale relativa al contratto modificato v. G. CRISCUOLI, *Contributo alla specificazione del negozio modificativo*, cit., p. 849 s., secondo il quale, anche a prescindere dai riflessi che la modifica convenzionale opera rispetto al negozio iniziale, «esiste unicità di oggetto tra il negozio da modificare ed il negozio modificativo [...] e dato che, quando si prescrive l'onere della forma, ciò è imposto in vista ed in funzione del particolare rapporto che si vuole regolare, ritengo che il negozio modificativo debba avere la stessa forma del negozio da modificare, contribuendo [...] a regolare, con carattere di essenzialità, anche se per particolari aspetti accessori, il rapporto giuridico per cui è richiesta la forma solenne».

³ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 347 s.

Altra tesi dottrinale, pure autorevolmente sostenuta, contesta l'automatica applicazione del suddetto principio di simmetria. Si è invero puntualmente osservato che sia il principio di simmetria delle forme sia quello della asimmetria «meccanicamente applicati, possono condurre alla inattuazione di valori primari dell'ordinamento che può opportunamente tanto prescrivere una forma legale per la costituzione e l'estinzione del rapporto quanto prescrivere tale forma soltanto per l'estinzione»⁴. Su questa scia si è escluso che l'accordo modificativo debba assumere la stessa forma del contratto originario, tutte le volte che detta modificazione non sia destinata ad incidere su elementi in ragione dei quali l'onere formale sia espressamente previsto⁵.

A tale orientamento ha aderito la giurisprudenza affermando che «nei contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, la volontà comune delle parti deve rivestire tale forma soltanto nella parte riguardante gli elementi essenziali (consenso, *res*, *pretium*); ne consegue che, qualora sia previsto un termine per la stipula del contratto definitivo, la modifica di detto elemento accidentale e la rinuncia della parte ad avvalersene non richiedono la forma scritta»⁶. Analoga argomentazione è stata addotta per le modifiche della clausole di un contratto per il quale la forma scritta è richiesta solo “ad probationem” e non “ad substantiam”, in relazioni alle quali è stata riconosciuta la possibilità che la modifica intervenga anche a mezzo di «comportamento tacito concludente»⁷.

Con riguardo al *pactum*, accogliendo tali premesse sembra preferibile l'orientamento diretto ad escludere l'adozione generalizzata di «soluzioni

⁴ Così anche P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 46 s. In questi termini v. anche S. MONTICELLI, *La forma dei patti aggiunti al contratto*, Napoli, 1999, p. 53 s.

⁵ S. MONTICELLI, *La forma dei patti aggiunti al contratto*, cit., p. 53 s.

⁶ Cass. 27 febbraio 2008, n. 5197, in *Giust. civ. Mas.*, 2008, 2, p. 310.

⁷ Cass., 26 ottobre 2015, n. 21764, in *De jure*, 2017.

preconcette»⁸ in rigida applicazione del c.d. principio di simmetria formale. Aderendo alla tesi opposta si ometterebbe di tener conto della “ragione sufficiente” che sta alla base dell’obbligo di forma, «ossia gli interessi che giustificano quella determinata previsione»⁹.

La soluzione al quesito sulla forma del *pactum de non petendo* dev’essere dunque diversificata in base alla *ratio* della prescrizione legislativa.

La modifica dei termini di adempimento dell’obbligazione riveniente da contratto normalmente non è destinata ad incidere significativamente su elementi essenziali dell’accordo¹⁰, e dunque non risente dell’obbligo di forma. Diversamente è a dirsi, ad esempio, allorché il patto sul termine di pagamento acceda ad un contratto di subfornitura di cui all’art. 2 l. 18 giugno 1998, n. 192, che richiede a pena di nullità, in uno con la forma scritta, la specificazione all’interno del documento dei termini di pagamento¹¹.

⁸ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 116 s. Vedasi ad esempio C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, cit., p. 456 s., il quale testualmente afferma: «La novazione modificativa di un precedente contratto esige inoltre la forma richiesta per quel contratto».

⁹ G. RECINTO, *op. cit.*, p. 116, che richiama P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 42 secondo il quale l’interprete deve tener conto della legittimazione, della capacità, della qualificazione del soggetto, della funzione negoziale e dell’oggetto

¹⁰ Per un’applicazione con riguardo al contratto preliminare v. Cass., 25 giugno 2005, n. 13703, in *Giust. civ. Mas.*, 2005, ove si precisa quanto segue: «Poiché la forma scritta “ad substantiam” prevista dall’art. 1350 c.c. riguarda soltanto i requisiti essenziali del contratto e non gli altri elementi, come quelli che regolano la sua esecuzione (ad es. il termine per l’adempimento), è valido l’accordo verbale con cui le parti differiscano il termine pattuito nel contratto preliminare per la stipulazione di quello definitivo».

¹¹ G. RECINTO, *op. cit.*, p. 117. Sull’argomento v. F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, p. 104 s., secondo il quale l’estensione dell’obbligo di forma anche ad elementi, non rientranti nel contenuto essenziale dell’operazione economica, si giustifica con l’esigenza di garantire al subfornitore una informazione dettagliata su ogni aspetto del regolamento contrattuale. Secondo l’autore però il mancato rispetto dell’obbligo di forma con riguardo ai termini di pagamento, non determinerebbe la nullità del patto, ma solamente la sua integrazione per il tramite della norma imperativa di cui all’art. 3, comma 2, l. n. 192 del 1998. In senso

2. Atipicità del *pactum de non petendo* e giudizio di meritevolezza.

Il pacifico riconoscimento che il *pactum de non petendo* non risulti disciplinato da alcuna norma specifica impone che lo stesso sia assoggettato a giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.¹²

Come è noto il giudizio di meritevolezza venne introdotto dal codice del 1942 allo scopo di introdurre un limite positivo all'esercizio dell'autonomia privata, finalizzato ad indurre i contraenti a funzionalizzare il contratto al perseguimento degli interessi generali della società. Tale previsione si aggiungeva a quella di limiti "negativi" all'autonomia privata, il cui superamento determina l'illiceità del negozio¹³.

La valutazione della meritevolezza, assoggettata a severa critica una volta caduto il sistema corporativo¹⁴, ritornò in auge a seguito della rivalutazione delle clausole generali a partire dalla fine degli anni sessanta dello

conforme F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999, pp. 84 e 96; A. MARTINI, *sub art. 2*, in *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192* a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 100; A. MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2003, p. 132 s.

¹² G. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimeditato concetto di "patto" nell'ordinamento attuale*, cit., p. 617 s.

¹³ Noto sostenitore di tali assunti fu E. BETTI. Tra le sue numerose pubblicazioni occorre senz'altro citare ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1943, p. 47.

¹⁴ Si giunse a ritenere che la clausola generale in questione fosse idonea a mettere in pericolo ogni contratto valido cui il giudice avrebbe potuto negare valore giuridico sostenendo che non perseguisse un fine socialmente apprezzabile (G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 29, nota. 1, e p. 210, nota 1). Altri, pur autorevolmente, hanno sostenuto che il superamento della categoria del contratto illecito e l'introduzione del criterio della meritevolezza dell'interesse nella sua genericità avrebbe significato pregiudicare la stessa certezza e stabilità del diritto (G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 199 s.).

scorso secolo¹⁵. Si susseguirono così svariate opinioni tutte indirizzate ad assoggettare il contratto, ed in particole le condizioni generali, ad una valutazione di rispondenza dello stesso a valori superindividuali.

La meritevolezza in tale contesto è stata a volte identificata e a volte differenziata rispetto alla liceità¹⁶. Il relativo giudizio, come è stato opportunamente rilevato, patisce un difetto di concretizzazione dei parametri che lo guidano, affetti da «un richiamo generico ai valori costituzionali, alla dignità della persona umana, ai Trattati europei», evocandosi solo talvolta «la necessità di garantire una sorta di equilibrio contrattuale, evitando la coesistenza di vantaggi sproporzionati per l'una parte e oneri esorbitanti a danno dell'altra»¹⁷.

La giurisprudenza ha ricondotto in prevalenza il giudizio di meritevolezza al giudizio di liceità¹⁸: nell'esperienza giudiziale risulta arduo

¹⁵ Rileva A. GUARNERI, *Le clausole claims made cd. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1240 s., in nota a Cass. sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, come in questo contesto si sia registrato «un ritorno di interesse per le clausole generali, in un contesto, che ha assistito ad un allargamento della teoria delle fonti, ad un indebolimento del formalismo e al progressivo abbandono dei metodi paleo e neosistemico».

¹⁶ Sul tema tra gli altri: con criteri oscillanti tra l'identificazione e l'autonomia P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 220 s.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 175 s.; A. DI MAIO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 211 s. Propende per l'autonomia della valutazione di meritevolezza rispetto a quella di liceità: F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 62 s.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. Perlingieri*, Napoli, 2008, p. 189.

¹⁷ A. GUARNERI, *Le clausole claims made cd. miste*, cit., p. 1240 s.

¹⁸ Vedi tra le tante pronunce sul punto Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *De jure*, 2017. La pronuncia verte in materia di fondi comuni e di operazioni negoziali complesse, presentati come prodotti finanziari di previdenza complementare a basso rischio e con libera possibilità di disinvestimento senza oneri: il giudizio di immeritevolezza trova in tal caso un presupposto nel giudizio di illiceità per contrarietà agli artt. 38 e 47 Cost. V. inoltre Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Mas. Foro it.*, 2009, p. 815 s., in materia di locazione con

rinvenire ipotesi in cui l'esito negativo del primo non si riverberi in una valutazione di illiceità¹⁹. Tale tendenza risente dell'intento di evitare che il parametro della meritevolezza²⁰ induca il pericolo di «una sorta di funzionalizzazione degli istituti del diritto privato a fini superindividuali, snaturandone la funzione»²¹.

Di recente però si è registrata un'importante sentenza delle Sezioni Unite²² che in tema di meritevolezza ha operato una significativa scelta di campo, valorizzando nella individuazione dei parametri del giudizio di meritevolezza il criterio dello squilibrio contrattuale. La pronuncia afferma peraltro quanto segue:

clausola contenente un divieto di ospitalità non temporanea, sentenza che identifica il giudizio di meritevolezza con il giudizio di liceità della causa con riferimento all'art. 2 Cost. In senso opposto a tale identificazione si pone Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, in *Guida dir.*, 2011, p. 72, ove si ritiene che vada "valutata la conformità alla legge dell'attività negoziale effettivamente posta in essere, in riscontro della liceità (ai sensi dell'art. 1343 c.c.) e per i contratti atipici della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c." così distinguendo il giudizio di meritevolezza da quello di liceità.

¹⁹ In argomento v. A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 s.; ID., *Le clausole claims made cd. miste*, cit., p. 1242; ID., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 324 s. Per una rassegna giurisprudenziale sul punto v. F. SBORDONE, *Illiceità e immeritevolezza della causa nel recente orientamento della Cassazione (nota a Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898)*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 849 s.

²⁰ In argomento C. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 789 s.

²¹ A. GUARNERI, *Le clausole claims made cd. miste*, cit., p. 1243, che riporta V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, in *Trattato Iudica-Zatti*, p. 424: «un contratto — tipico o atipico che sia — merita disapprovazione non in quanto socialmente indifferente, ma solo in quanto socialmente dannoso o pericoloso: cioè in quanto illecito. Perciò i contratti atipici non "diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela", e perciò vietati ex art. 1322, comma 2, c.c., non sono altro che quelli contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Si obietterà che in questo modo l'art. 1322, comma 2, c.c., diventa un inutile doppione dell'art. 1343 c.c. Se anche fosse una norma inutile perché ripetitiva, sarebbe pur sempre preferibile a una norma con significati ripugnanti al sistema».

²² Cass. sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., da cui sono tratte le citazioni che seguono.

– la valutazione di meritevolezza va operata «in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete»;

– l'eventuale valutazione di immeritevolezza comporta la nullità anche della singola clausola «tanto sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dal secondo comma dell'art. 1419 cod. civ., nonché del principio, ormai assunto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 della Costituzione “entra direttamente nel contratto in combinato disposto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*” (Corte cost. n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013)»;

– il giudice può, in tale sede, «intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128)».

La pronuncia assume portata dirompente, perché da un lato aderisce ad un concetto di causa e di meritevolezza valutate in concreto (oramai generalmente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza²³), e dall'altro sostiene la tesi della sindacabilità giurisdizionale dell'equilibrio contrattuale nell'ambito del giudizio di meritevolezza da operarsi per la singola concreta fattispecie²⁴ con conseguente potere del giudice di conformare il contratto in sede giudiziale²⁵.

²³ Il principale fautore di detta teoria è stato G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 249 s., 345 s. In argomento tra gli altri v. anche V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 s.

²⁴ In argomento in termini critici: P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 s.; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Ras. dir. civ.*, 2008, p. 625 s. In senso favorevole: P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 560 s.;

E' peraltro importante rilevare come la Suprema Corte valorizzi il sindacato sull'equilibrio contrattuale anche alla luce dei principi ricavabili dalla disciplina dei contratti dei consumatori²⁶, cogliendone la portata espansiva²⁷.

Esaminando il *pactum de non petendo* alla luce di siffatti principi, non può ritenersi ammissibile un'astratta valutazione della meritevolezza degli interessi tutelati dal *pactum*²⁸. Occorrerà, piuttosto, una verifica caso per caso avuto riguardo alla complessiva fattispecie in cui il negozio sia destinato ad operare, condotta alla luce dei principi costituzionali di solidarietà sociale e di proporzionalità.

V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 735 s.

²⁵ Sull'argomento, tra gli altri: A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 277 s.; M. PENNASILICO, "Menage à trois": la correzione giudiziale del contratto, in *Ras. dir. civ.*, 2016, p. 179 s.

²⁶ Cass. sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., pur escludendo l'applicabilità al caso concreto della disciplina del codice del consumo, ha testualmente affermato: «E ancorché la pacifica limitazione della tutela offerta dalla menzionata fonte alle sole persone fisiche che concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata - dovendosi per contro considerare professionista il soggetto che stipuli il contratto nell'esercizio di una siffatta attività o per uno scopo a questa connesso (cfr. Cass. civ. 12 marzo 2014, n. 5705; Cass. civ. 23 settembre 2013, n. 21763) - escluda la possibilità che essa risulti applicabile ai contratti di assicurazione della responsabilità professionale e marchi comunque di assoluta residualità l'ipotesi di una sua rilevanza in parte qua, va nondimeno sottolineata la maggiore incisività del relativo scrutinio».

²⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 394, il quale precisa che «l'inserimento della disciplina dei contratti dei consumatori nel sistema delle fonti anche se circoscritta attualmente a tali soggetti rappresenta un'innovazione radicale, perché investe tutti i contratti attraverso i quali sono erogati al pubblico beni e servizi. I vari interventi settoriali di leggi speciali in favore del consumatore vanno ormai inquadrati nell'ambito del principio introdotto da tale innovazione come specificazioni del nuovo principio qualificate da particolari ragioni di tutela di parti deboli».

²⁸ Tale riflessione sarà ripresa nella disamina della meritevolezza degli accordi dilatori nell'ambito della crisi d'impresa. V. *infra* cap. 4 par. 2.

Ulteriore criterio-guida sull'espletamento del giudizio di meritevolezza in ordine al negozio in esame si ricava dalla sua natura modificativa. Allorché il *pactum* acceda ad un'obbligazione, si imporrà un verifica estesa dal punto di vista funzionale alla complessiva operazione economica²⁹ in cui il *pactum* risulti inserito³⁰. Risulta perciò inconcepibile un'assoluta autonomia del *pactum* ed una valutazione solo parziale del complessivo accordo intercorso tra le parti³¹.

L'inquadramento della complessiva operazione economica risulterà particolarmente importante in ipotesi di inesigibilità in perpetuo. In tali casi, come è stato puntualmente rilevato, «l'inesigibilità potrebbe divenire un elemento che caratterizza il regolamento di interessi posto in essere dai contraenti, nel senso che la stessa conclusione dell'accordo dipenderebbe dalla fissazione di quella particolare clausola»³². Ed anche la valutazione stessa della meritevolezza, al fine di accertare la conformità o meno dell'inesigibilità pattuita ai principi valori del sistema italo-comunitario delle fonti³³, non pare

²⁹ Sulla rilevanza dell'operazione economica v.: A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; ID., *Operazione economica e negozi strumentali*, ivi, p. 291 s.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, I, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, I, Torino, 1999, p. 48 s.; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 93 s.; ID., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Ras. dir. civ.*, 2004, p. 1044 s.; ID., *Il « contratto frazionato » e l'unità dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 738 s.; ID., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 s. Si mostra critico in ordine alla configurabilità ed alla stessa utilità della categoria G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 39 s.

³⁰ Così G. RECINTO, *op. cit.*, p. 113.

³¹ Afferma che la disciplina dell'autoregolamento dipenda in misura sempre maggiore dall'operazione economica perseguita P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato - Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 426.

³² G. RECINTO, *op. cit.*, p. 114.

³³ Sostiene P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 346 s. che l'atto di autonomia è meritevole «se risponde non soltanto ai principi presenti a livello dell'ordinamento, ma anche a quelli gerarchicamente superiori che operano nel sistema italo-comunitario delle fonti».

possa prescindere da una «complessiva valutazione degli interessi in concreto coinvolti»³⁴.

Proseguendo nella disamina dei criteri del giudizio di meritevolezza sul *pactum de non petendo*, ai fini dell'indagine sull'equilibrio contrattuale non si potrà prescindere da una puntuale applicazione del principio di proporzionalità³⁵ delle prestazioni tra i paciscenti, soprattutto qualora l'inesigibilità sia pattuita in perpetuo e non sia riscontrabile una la volontà di operare una donazione indiretta.

Nella valutazione della meritevolezza del singolo *pactum*, inoltre, dovrà tenersi conto del principio costituzionale di solidarietà sociale, previsto dall'art. 2 Cost., di cui costituiscono tangibile espressione in sede contrattuale i doveri di correttezza e buona fede. Giova rammentare come la Suprema Corte attribuisca al principio di correttezza nei rapporti obbligatori (art. 1175 c.c.) il ruolo di «limite interno di qualunque posizione giuridica di origine contrattuale e

³⁴ G. RECINTO, *op. cit.*, p. 114.

³⁵ In argomento in particolare P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 379 s.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Ras. dir. civ.*, 2001, p. 334 s., ora in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 429 s. Sottolinea P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 343 s., che «nel nostro sistema vige un principio di proporzionalità, norma imperativa, la quale (..) costituisce un interesse primario dell'ordinamento e, pertanto, assolve una funzione di controllo sugli atti di autonomia». Il principio risulta valorizzato in tema di abuso del diritto di recesso nella nota Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Corr. giur.*, con nota di F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Contratti*, 2010, p. 5 s.; con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede ed abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 3, 1, p. 231 s.; con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. civ.*, 2010, p. 147 s.; con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 s.; con nota di F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere per principi*, in *Giur.it.*, 2010, p. 809 s.

contribuisce alla conformazione (in senso ampliativo o restrittivo) delle stesse posizioni, in modo di assicurare l'ossequio alla giustizia sostanziale del rapporto»³⁶.

Con specifico riferimento alla fase dell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), nel cui ambito spesso si inserisce il *pactum*, secondo la giurisprudenza «la buona fede si atteggia come impegno di cooperazione o dovere inderogabile di solidarietà che impone a ciascun contraente di salvaguardare l'interesse della controparte quando ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio. Il principio suindicato (buona fede oggettiva) concorre a creare la *regula iuris* del caso concreto»³⁷. L'interprete quindi nella valutazione del patto e della congruità dello scambio contrattuale ai fini del giudizio di meritevolezza dovrà operare siffatta comparazione, tenendo conto sia del dovere di solidarietà sociale (gravante in particolare sul creditore, in relazione alle esigenze del debitore) che dell'intensità del sacrificio del creditore, tenuto conto delle sue condizioni economiche e sociali.

In tale analisi, principio di proporzionalità e dovere di solidarietà risultano strettamente collegati dovendosi intendere la clausola generale di buona fede «non solo come una fonte di integrazione del contratto, ma anche e

³⁶Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566, con nota di V. CARBONE, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 475 s. con nota di L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 475 s.

³⁷Così Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, *cit.* In senso conforme Cass., 4 maggio 2009, n. 10182, in *Giust. civ. Mas.*, 2009, 5, p. 707, secondo cui «La buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del "neminem laedere", trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico».

soprattutto quale limite generale dell'autonomia dei privati, quale strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto»³⁸.

3. La disciplina degli effetti.

L'individuazione degli effetti del *pactum de non petendo* è questione strettamente correlata a quella della sua natura.

Con riguardo in particolare al *pactum de non petendo in perpetuum*, ove si aderisca ad un'ipotesi ricostruttiva in termini di remissione, la conseguenza dovrebbe essere quella di ritenere che il patto estingua l'obbligazione, come sostenuto da parte della dottrina³⁹. La tesi implica una sostanziale identificazione del diritto di credito con il diritto di agire in giudizio per il suo soddisfacimento (c.d. diritto all'azione): i sostenitori di tale assunto dubitano⁴⁰ che si possa ritenere esistente una vera obbligazione allorché al creditore non sia riconosciuta la facoltà di domandare l'adempimento della prestazione che ne forma oggetto⁴¹.

Tali conclusioni risultano efficacemente contrastate da altra dottrina, che invece distingue l'esistenza della prestazione dalla sua esigibilità,

³⁸ A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 21 s.

³⁹ M. SARGENTI, «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito, cit., p. 299 s.; F. GALLO, *Sulla asserita sopravvivenza del «pactum de non petendo» nel diritto civile italiano*, cit., p. 129 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, cit., p. 463. Più diffusamente v. *supra* cap. 2, par. 1.

⁴⁰ In argomento D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 106 s.; G. ANDREOLI, *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, in *Temi*, 1950, p. 302 s. e in ID., *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1968, p. 21 s. Per l'identificazione del diritto con azione, v. S. SATTA, *Azione (in generale)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1958, p. 832 s.

⁴¹ In ordine alla possibilità di separare il diritto dall'azione, vedasi la fondamentale opera di G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1904, p. 3 s.; più di recente E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 91 s.

prendendo spunto in particolare dalle disposizioni in tema di prescrizione e dai poter conservativi del credito sottoposto a termine non scaduto o a condizione sospensiva non ancora avveratasi⁴².

Quest'ultima corrente di pensiero si fa carico dell'esigenza, cui si è fatto cenno in sede introduttiva⁴³, a non limitarsi ad un approccio al rapporto obbligatorio in termini meramente strutturali, ma a tenere conto anche del profilo funzionale riconoscendo una funzione sempre più incisiva alla buona fede *in executivis*. L'approccio funzionale, come puntualmente rilevato, «attribuendo al rapporto stesso una natura organica, ne disarticola la struttura in una pluralità di situazioni attive e passive irriducibili ad una formale corrispondenza tra "esercizio del diritto" e "realizzazione del credito"»⁴⁴.

In accordo con tali premesse, si perviene ad attribuire al *pactum in perpetuum* non l'effetto di estinguere l'obbligazione, ponendo nel nulla la situazione giuridica del creditore, ma solo di elidere una facoltà che trae origine dal rapporto, ovvero quella di esigere la prestazione.

Da tale presa di posizione discendono due ulteriori conseguenze significative in merito agli effetti del *pactum*. Da un canto, ne deriva la possibilità per il creditore, in ragione del permanere in vita del suo credito, di trattenere quanto spontaneamente versato dal debitore in adempimento dell'obbligazione. In secondo luogo, permane la facoltà del debitore di scegliere

⁴² Sul punto P. PERLINGIERI, *Cessione del credito ed eccezione d'inesigibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 506 s. Con riguardo specifico al *pactum de non petendo*, v. F. RUSCELLO, «*Pactum de non petendo*» e *vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, cit., p. 202 s. e G. RECINTO, *I patti di inesigibilità*, cit., p. 46 s. Più diffusamente v. *supra* cap. 2, par. 6.

⁴³ V. *supra* cap. 1, par. 2 e 3.

⁴⁴ A. VENTURELLI, *La remissione "convenzionale"*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 681 s., che richiama in nota 27 P. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 1278 s., nt. 13; A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 487.

se e come adempiere⁴⁵, seppur non controbilanciata da un corrispondente potere di esecuzione coattiva in capo al creditore. A tali conclusioni perviene anche chi individua nel *pactum* una vicenda riduttiva dell'originaria obbligazione⁴⁶.

Tale impostazione, senz'altro condivisibile con riguardo al *pactum in perpetuum*, dev'essere a maggior ragione mantenuta ferma con riguardo ai patti che prevedono un'inesigibilità meramente temporanea, in relazione ai quali non è revocabile in dubbio la sopravvivenza dell'obbligazione primigenia.

Le riflessioni che precedono inducono a negare l'efficacia "reale", del negozio in esame, intesa quale idoneità a realizzare una vicenda estintiva. Ci si può quindi chiedere se, accolte tali premesse, debba necessariamente concludersi per l'efficacia meramente obbligatoria del *pactum*.

In quest'ultima direzione si è orientata quella giurisprudenza di merito secondo cui⁴⁷ l'originario rapporto dedotto in *pactum* – sia esso *ad tempus* o *in perpetuum* – permarrrebbe in vita, in ragione della circostanza che il *pactum*

⁴⁵ Rileva puntualmente M. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, cit., p. 158 s.: «l'inesigibilità del credito esprime la riduzione strutturale del rapporto, con il passaggio da una qualificazione complessa ad una qualificazione semplice: non più potere esigere, poter eseguire e poter ricevere, ma soltanto un poter ricevere, cui corrisponderebbe un poter dare, cioè un adempiere spontaneamente con effetto estintivo. Il condizionale nasconde il paradosso di un lato passivo, designato secondo le modalità del potere; paradosso da superare prendendo atto che, venuta meno l'esigibilità, il carattere di "passività" della posizione debitore deve essere logicamente spurio. Qui il fenomeno si riduce ad una querelle linguistica: discorrere di rinuncia all'azione o di permanenza del debito senza responsabilità».

⁴⁶ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, cit., p. p. 151 s.,.

⁴⁷ App. Napoli, 31 luglio 1957, in *Mon. Trib.*, 1958, p. 568 s.; App. Milano, 20 ottobre 1978, n. 1699, in *Arch. civ.*, 1979, p. 656; Trib. Roma, 28 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1986 s. Si colloca in questo filone giurisprudenziale, Trib. Roma, 4 aprile 1985, n. 4533, in *Temi rom.*, 1985, II, p. 963 s., con nota di F. STORACE, *Domanda di divisione della casa familiare di proprietà di entrambi i coniugi proposta dal coniuge non assegnatario*.

determinerebbe appunto il mero sorgere di un impegno del creditore a non far valere la sua pretesa nei confronti del debitore⁴⁸.

In termini analoghi, come si è avuto modo di sottolineare⁴⁹, si esprime quella dottrina che nel distinguere la remissione dal *pactum* perviene alla conclusione che il secondo comporterebbe l'insorgere di un rapporto obbligatorio nuovo a contenuto negativo, in forza del quale il creditore sarebbe gravato dell'obbligo di non richiedere l'adempimento della prestazione dedotta nell'originaria obbligazione⁵⁰.

La tesi dell'efficacia meramente obbligatoria appena evocata risulta sconfessata dagli esiti contraddittori cui perviene. La dottrina che la sostiene infatti si vede costretta a riconoscere una *exceptio* al debitore beneficiario diretta paralizzare *illico et immediate* l'azione proposta dal creditore in violazione del *pactum* per realizzare la sua pretesa⁵¹. Tale approdo si pone però in contrasto con la ritenuta efficacia meramente obbligatoria del *pactum*, in quanto se così fosse, alla violazione dello stesso dovrebbe fare seguito il meno incisivo rimedio risarcitorio, se mai da eccepire in compensazione⁵².

Come non può condividersi la tesi dell'efficacia estintiva, non può dunque nemmeno accogliersi quella dell'efficacia meramente obbligatoria.

⁴⁸ App. Napoli, 31 luglio 1957, cit., p. 569, secondo cui con il *pactum de non petendo* «il creditore si obbliga a non esigere il credito indefinitamente [...] ovvero per un certo tempo fino al modificarsi di certe attuali circostanze. Difetta qui un atto di disposizione relativo al rapporto, manca cioè l'effetto estintivo, reale e immediato, che è proprio della remissione. Il rapporto, all'opposto, continua a sussistere; sol che il creditore si impegna a non farlo valere, assumendo così, a sua volta, in confronto del debitore un'obbligazione negativa, di non fare in forza della quale il dovere di prestazione resta neutralizzato».

⁴⁹ V. *supra* cap. 2, par. 2.

⁵⁰ In questi termini E. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., p. 412. Riconosce al *pactum* efficacia meramente obbligatoria, anche L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, II ed., Milano, 1948, p. 187.

⁵¹ Così E. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., p. 412 s. Negli stessi termini App. Napoli, 31 luglio 1957, cit., p. 569; App. Milano, 20 ottobre 1978, n. 1699, cit., p. 657.

⁵² Lo rileva G. RECINTO, *op. cit.*, p. 22 s.

Per dipanare la questione, appare utile e convincente l'opinione espressa dalla Suprema Corte secondo cui il *pactum de non petendo* «comporta soltanto la rinuncia ad azionare il titolo in giudizio, ma non la rinuncia estintiva della obbligazione di pagamento»⁵³. Tale pronuncia attribuisce al *pactum* una efficacia reale (seppur non estintiva), in quanto si palesa idoneo a modificare il rapporto obbligatorio, incidendo sulle facoltà che da esso promanano.

Vista sotto quest'angolo prospettico la stipulazione del *pactum de non petendo* priva, *sine die o ad tempus*, il creditore della legittimazione *ad causam*, che quale condizione dell'azione⁵⁴ potrà essere rilevata di ufficio dal giudice senza che vi sia necessità di una tempestiva eccezione da formularsi a cura del debitore convenuto.

4. Segue. Gli effetti del *pactum* in relazione all'obbligazione solidale.

Un ulteriore e non meno complesso problema di disciplina pone il *pactum de non petendo* allorché la stipulazione abbia ad oggetto un'obbligazione

⁵³ In questi termini Cass., 7 giugno 2000, n. 7717, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 1241. V. anche Cass., 10 giugno 1994, n. 5646, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 222; Cass., 12 luglio 1958, n. 2539, in *Foro pad.*, 1959, I, c. 303 s., ove si fa anche riferimento ad un «impegno del creditore a non richiedere il pagamento al debitore».

⁵⁴ Pacifica sul punto la cassazione. Tra le tante, di recente, v. Cass., 27 ottobre 2015, n. 21813, in *Guida dir.*, 2016, 2, p. 77: «Solo la legittimazione a agire e contraddire (*legitimatio ad causam*) concreta una condizione della azione correlata all'interesse ad agire e alla corretta instaurazione del contraddittorio. Soltanto essa, quindi, deve essere verificata, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo. Diversamente, la titolarità del diritto, inerendo a questioni di fondatezza nel merito della pretesa, deve essere in effetti vagliata, anche ex articolo 345 c.p.c., nei limiti di esercizio del potere dispositivo e dell'onere deduttivo e dimostrativo della parte interessata sulla quale gravi il relativo onere probatorio».

solidale⁵⁵ ed intervenga solo nei confronti di uno o più debitori in solido, ma non di tutti.

In particolare si è discusso se alla fattispecie risulti o meno applicabile in via analogica la disciplina apprestata per la remissione dall'art. 1301, comma 1, c.c. nella parte in cui prevede che l'effetto estintivo, proprio della remissione, giovi anche agli altri condebitori, «salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto» verso costoro.

Rispondono in termini negativi al quesito, distinguendo il *pactum* dalla remissione, coloro i quali evidenziano il carattere personale del primo, in contrapposizione con la remissione, il che impedirebbe *in nuce* l'applicazione analogica della citata disposizione⁵⁶. I sostenitori di tale tesi escludono pertanto che il patto di inesigibilità si estenda *quoad ad effectum* nei confronti degli altri coobbligati, né con riferimento ai rapporti esterni con il creditore né nei rapporti interni tra coobbligati.

Negli stessi termini si pone la giurisprudenza (invero esigua sul punto), la quale nega espressamente che il *pactum* possa rientrare nella sfera applicativa dell'art. 1301 c.c. e riconosce ai coobbligati non beneficiati dal negozio il diritto a

⁵⁵ Sull'obbligazione solidale in genere v. tra gli altri: G. AMORTH, *L'obbligazione solidale*, Milano, 1959; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991; F. D. BUSNELLI, voce *Obbligazione soggettivamente complessa*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979; A. DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979; M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Ns. D. I.*, Torino, 1965; P. RESCIGNO, voce *Obbligazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979.

⁵⁶Tra gli altri: D. RUBINO, *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili*, rist. II ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1968, p. 263 s.; E. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., p. 412 s.; F. RUSCELLO, "Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto, cit. p. 201-205 testo e note 15 e 43; A. SPANGARO, *La remissione del debito*, in *Le obbligazioni, I, Le obbligazioni in generale (1173-1320 c.c.)*, a cura di Franzoni, Torino, 2004, p. 500 s.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, 127 s.; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità*, cit., p. 136 s.

rivalersi in regresso nei confronti del debitore o dei debitori che si siano avvalsi dello stesso⁵⁷.

Rispetto a tale impostazione, non sono mancate le voci critiche. Dottrina autorevole, anche se minoritaria, pur riconoscendo le differenze che intercorrono tra i due istituti, ha rilevato come la mancata applicazione analogica del primo comma dell'art. 1301 c.c. al *pactum* consentirebbe di

⁵⁷ In questi sensi, v. Cass., 7 ottobre 1967, n. 2334, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce *Fideiussione e mandato di credito*, c. 918, n. 14. Cfr. Cass., 12 luglio 1958, n. 2539, ivi, voce *Obbligazioni e contratti*, c. 1739, nn. 382-384. La giurisprudenza di legittimità ha peraltro rilevato che fa eccezione, rispetto alla regola di cui all'art. 1301 c.c., l'art. 135 l. fall. «a tenor del quale, in caso di omologazione del concordato, i creditori conservano la loro azione per l'intero credito contro i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso» La norma citata «fissa, con norma eccezionale, in quanto in deroga alla regola generale secondo cui l'estinzione dell'obbligazione principale determina l'estinzione anche di quelle accessorie, il principio che il concordato del debitore fallito non giova ai suoi coobbligati» (Cass. 27 ottobre 2015, n. 21810 in *Guida dir.*, 2016, 2, p. 75). In materia invece di amministrazione straordinaria di imprese in crisi i termini della questione si invertono e la giurisprudenza di legittimità afferma: «In tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, qualora l'impresa insolvente sia ammessa al concordato, non trova applicazione l'art. 135, comma 2, della l. fall. [...] Né l'art. 135, comma 2, è applicabile in via analogica, trattandosi di una norma eccezionale che, al fine di favorire l'accettazione della proposta concordataria da parte dei creditori, introduce una deroga ai principi generali stabiliti dagli art. 1301 e 1239 c.c. in tema di remissione del debito nelle obbligazioni solidali; detta eccezione non trova giustificazione alla luce dell'interesse pubblico sotteso all'amministrazione straordinaria, che prevale sull'interesse del ceto creditorio, e che comporta l'applicazione di una disciplina peculiare, in cui l'eliminazione dell'impresa dal mercato o il suo recupero sono gestiti direttamente in sede amministrativa, in considerazione della particolare rilevanza della sua attività sotto il profilo collettivo. In tale contesto, la preclusione delle azioni nei confronti dei fideiussori non costituisce l'effetto di un accordo remissivo o di un *pactum de non petendo*, la cui configurabilità è esclusa dall'efficacia non vincolante delle opposizioni sollevate dai creditori in ordine alla proposta di concordato, ma si produce *ex lege* in virtù dei principi citati, secondo cui l'estinzione del debito principale comporta anche l'estinzione della garanzia» (Cass., 27 dicembre 2005, n. 28774, in *Fall.*, 2006, p. 1285, con nota di TERENGI, *Natura remissoria del concordato e inapplicabilità dell'art. 135, comma 2, l. fall. al concordato nelle procedure amministrative*).

perpetrare una vera e propria frode alla legge, garantendo di fatto l'elusione della disciplina imperativa ivi prevista⁵⁸.

Per dirimere la questione, appare imprescindibile prendere le mosse dalla *ratio* della disposizione in esame.

Sul punto, deve condividersi l'opinione di chi ritiene che lo scopo perseguito dall'art. 1301 c.c. sia non solo quello di evitare «che il debitore in solido al quale non sia stata comunicata la remissione subisca un pregiudizio per la parziale estinzione del rapporto obbligatorio nei confronti di un altro dei condebitori»⁵⁹, ma anche quello di impedire «che il condebitore beneficiato dalla remissione possa vedersi in tutto o in parte privato di questo stesso beneficio dalla pretesa avanzata nei suoi confronti, in via di regresso, dagli altri condebitori»⁶⁰. L'eventualità di un'azione di regresso ai sensi dell'art. 1299 c.c., evidentemente, porrebbe nel nulla il beneficio derivante dall'estinzione del rapporto obbligatorio⁶¹.

La disciplina in parola, dunque, contempera le contrapposte esigenze imponendo al creditore che decide di rimettere il debito senza limitazioni l'estinzione dell'intero rapporto e assicurandogli, di contro, la possibilità di

⁵⁸ Così M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., 243 s.; cfr. anche P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, *Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 96 s.

⁵⁹ A. VENTURELLI, *La remissione "convenzionale"*, cit., p. 685 s.

⁶⁰ A. VENTURELLI, *La remissione "convenzionale"*, cit., p. 685 s., il quale richiama puntualmente tra gli altri E. TILOCCA, *La remissione del debito*, cit., p. 101 s.; F. D. BUSNELLI, *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 351 s. Sulla stessa linea Cass., 29 marzo 1956, n. 919, in *Settimana della Cass.*, 1956, p. 182, secondo cui «la rinuncia al giudizio da parte del creditore nei confronti di alcuni dei condebitori in solido, anche se determinata da limitata remissione o transazione, non pregiudica in alcun modo i condebitori rimasti in causa, i quali, oltre ad esigere che il creditore detragga la parte del debitore per cui è intervenuta la remissione o transazione, possono pur sempre agire in regresso parziale contro costui, nell'ipotesi in cui la proporzione del suo debito nei rapporti interni tra condebitori sia maggiore della quota considerata a carico del medesimo nell'atto di remissione o di transazione».

⁶¹ Così puntualmente A. VENTURELLI, *La remissione "convenzionale"*, cit., p. 686.

agire nei confronti degli altri condebitori in ipotesi di remissione parziale⁶², ma solo per il *quod superest* a seguito della detrazione della quota del debitore liberato.

Alla luce di tali considerazioni, deve concludersi che l'applicazione dell'art. 1301 c.c. presuppone necessariamente l'avvenuta estinzione (almeno parziale) del rapporto obbligatorio. Ne consegue quindi logicamente l'ineestensibilità della norma al *pactum de non petendo*, che come si è detto non è assimilabile alla remissione del debito, limitandosi ad elidere l'esigibilità.

5. Gratuità del *pactum* e rapporto con la donazione.

Un altro profilo di significativo interesse strettamente correlato con gli effetti del *pactum de non petendo* è rappresentato dal suo rapporto con la c.d. donazione liberatoria, ovvero la donazione in cui l'arricchimento dell'altrui patrimonio è realizzato liberando il donatario da una sua obbligazione o dismettendo un diritto⁶³. Il problema ovviamente si pone soprattutto nella misura in cui il patto di inesigibilità sia concluso a titolo gratuito.

In questi casi la natura contrattuale del *pactum*, in uno con la sua gratuità, pone il problema della sua eventuale soggezione alla disciplina riservata alla donazione⁶⁴ ed alle liberalità in genere, tra cui sono a ricomprendersi le c.d. "donazioni indirette" previste dall'art. 809 c.c.⁶⁵.

⁶² Sul carattere parziale della remissione in tali casi tra gli altri: E. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., p. 409 s.; M. GIORGIANNI, *Obbligazione solidale e parziaria*, in *Novis. Dig. It.*, XI, Torino, 1968, p. 682 s.

⁶³ In argomento v. A. CATAUDELLA, *Considerazioni in tema di donazione liberatoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 759 s. e in ID., *Scritti sui contratti*, Padova, 1998, p. 57s. V. anche M. LUPO, *La donazione liberatoria*, in *Tratt. Bonilini*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu - Messineo*, Milano, 2006, p. 21 s. spec. p. 50; A. PALAZZO, *La donazione cosiddetta liberatoria*, in *Vita not.*, 2000, p. 7 s.

⁶⁴ Sulla donazione in genere tra gli altri le opere di U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt.*

Si pensi all'obbligo di forma (art. 782 c.c.) tipico della donazione vera e propria ed alla conseguente nullità, oppure, con riguardo anche alle donazioni indirette⁶⁶, alla disciplina della revocazione per causa di ingratitudine e per sopravvenienza di figli (artt.801 e 803 c.c.) nonché a quella relativa alla riduzione in caso di lesione delle quote dei legittimari (art. 555 c.c.).

A tal proposito, non sembra potersi dubitare che il *pactum de non petendo*, soprattutto se *in perpetuum*, determini un apprezzabile vantaggio nella sfera del debitore idoneo a ricondurlo nell'alveo degli "altri atti di liberalità" di cui all'art. 809 c.c. La norma, come noto, si riferisce a quelle liberalità realizzate non già a mezzo del contratto di donazione, ma per il tramite di altri atti o negozi idonei a produrre, oltre al loro effetto tipico, quello indiretto (da qui la definizione di donazioni indirette) di arricchire gratuitamente e per spirito di liberalità il beneficiario⁶⁷.

Rescigno, 6, II, II ed., Torino, 1997; R. PERCHINUNNO, *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, II, Padova, 1994; A. CARRABBA, *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Cons. naz. Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009.

⁶⁵ Sul tema specifico delle donazioni indirette in dottrina v. V. R. CASULLI, *Donazioni indirette e rinunzie ad eredità e legati*, Roma, 1950, p. 119; A. PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini, VI, *Le Donazioni*, Milano, 2009, p. 81s.; G. BONILINI, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini, VI, *Le donazioni*, cit., p. 85 s.

⁶⁶ Rispetto alle donazioni indirette, come si desume dall'art. 809 c.c., non trova applicazione l'art. 782 c.c., che impone per la donazione "tipica" la forma dell'atto pubblico a pena di nullità, essendo invece sufficiente per le donazioni indirette il rispetto delle forme previste per il negozio utilizzato per realizzare lo scopo di liberalità. Pacifica la giurisprudenza sul punto. Tra le tante: Cass., 25 febbraio 2015, n. 3819, in *Riv. giur., edil.* 2015, 3, I, p. 384.

⁶⁷ Nella giurisprudenza della S.C. si fa riferimento al contratto a titolo oneroso con cui si perseguono fini diversi ed ulteriori di quelli tipici: «La donazione indiretta consiste nell'elargizione di una liberalità che viene attuata, anziché con il negozio tipico descritto nell'art. 769 c.c., mediante un negozio oneroso che produce, in concomitanza con l'effetto diretto che gli è proprio e in collegamento con altro negozio, l'arricchimento "animo donandi" del destinatario della liberalità medesima" (Cass., 21 ottobre 2015, n. 21449, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 6, p. 1993 s., con nota di A. SALOMONI, *Donazione indiretta: una questione ancora aperta in dottrina ed in giurisprudenza*). La Cassazione qualifica la donazione indiretta

Non sorprende quindi che nell'ipotesi di *pactum de non petendo in perpetuum* a titolo gratuito la dottrina abbia ritenuto ben possibile la ricorrenza di «tutti gli elementi utili ad identificare una donazione indiretta»⁶⁸, purché il negozio sia finalizzato ad incrementare l'altrui patrimonio. Invero in tali casi è proprio il dato temporale a suggerire la liberalità del *pactum*, come nell'ipotesi analoga del comodato vita natural durante⁶⁹.

Come si è anche (condivisibilmente) sottolineato⁷⁰, il connotato di liberalità del *pactum* si configura come un elemento del tutto estrinseco alla sua funzione e rappresenta quindi una mera *quaestio facti* da verificare caso per caso.

L'affinità del *pactum de non petendo in perpetuum* con gli atti di liberalità, ed in particolare con le donazioni indirette, è peraltro avallata da un duplice ordine di considerazioni.

come negozio indiretto (tra le altre: Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, in *Il Notaro*, 2005, p. 60; Cass., 7 dicembre 1989, n. 5410, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1590; Cass., 9 dicembre 1982, n. 6723, in *Mas. Giur. it.*, 1982; Cass., 24 gennaio 1979, n. 526, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, c. 935; Cass., 26 aprile 1968, n. 1275, in *Rep. Foro it.*, 1968, voce *Donazione*, c. 756, n. 8) e aderisce con riferimento a quest'ultimo alla tesi che ha trovato maggior consenso in dottrina, e cioè a «quella del collegamento negoziale in cui si individua un negozio mezzo (ad esempio adempimento del terzo) e un negozio fine (donazione). Il negozio indiretto, dunque, è il risultato del collegamento tra i due negozi» (così Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, cit.). In dottrina per la qualificazione della donazione indiretta in termini di negozio indiretto, tra gli altri A. GRAZIANI, *Negozi indiretti e negozi fiduciari*, in *Studi di Diritto civile e Commerciale*, Napoli, 1953, p. 377 s.; N. DISTASO, *La simulazione nei negozi giuridici*, Torino, 1960, p. 105 s.; A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 21 s.; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, III ed., Milano, 2009, p. 1669 s..

⁶⁸ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità*, cit., p. 48.

⁶⁹ Sul punto A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2000, p. 124, il quale fa l'esempio del comodato di una casa di villeggiatura per una sola estate a cui contrappone il comodato per tutte le estati della vita del comodatario. Nel primo caso viene ravvisato un negozio gratuito, nel secondo una donazione indiretta.

⁷⁰ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 319.

In primo luogo, il problema della ricorrenza o meno di un donazione indiretta si è posto anche (non a un caso) con riguardo al contiguo istituto della remissione del debito⁷¹.

Inoltre, la riconducibilità del *pactum de non petendo* alla disciplina dell'art. 809 c.c. appare consentita dall'ampiezza della nozione di "donazione indiretta". Come si è sottolineato in dottrina, l'istituto può manifestarsi anche in negozi unilaterali o in atti non negoziali⁷², come ad esempio la realizzazione di una costruzione sul suolo altrui⁷³ o il mero far decorrere la prescrizione del diritto. Sulla scorta di tale osservazione, si è sostenuta l'autonomia della figura della donazione indiretta rispetto al "negozio indiretto", non essendo la prima una mera *species* del secondo⁷⁴. Premesso dunque che l'art. 809 c.c. si rivolge ad una congerie di atti e negozi potenzialmente indeterminata, non si vede perché non debba poter rientrare nella categoria anche il *pactum de non petendo*, a patto che come si è detto possieda il connotato della liberalità.

⁷¹ A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, cit., p. 351 s. Ritengono tra gli altri che la remissione non possa essere onerosa ma sia sostanzialmente gratuita F. CASTIELLO, *Considerazioni sulla «causa» della remissione del debito: critica dell'astrattezza*, in *Foro nap.*, 1966, III, p. 135 s.; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., p. 90 s. e ID., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., p. 171 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV*, cit., p. 469 s.

⁷² Sull'estensione del concetto di liberalità ai meri atti materiali v. A. L. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977, p. 232 s.; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, cit., p. 195 s. In questo senso, sia pur incidentalmente ed in motivazione, Cass. sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, in *Diritto & Giustizia* 2017, 28 luglio, con nota di A. M. BASSO, *Nulla il bancogiro senza atto pubblico* dove menziona come donazioni indirette « atti diversi dal contratto (ad esempio, con negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative)».

⁷³ Altri sostengono che in tal caso la liberalità andrebbe ravvisata non tanto nell'atto materiale in sé quanto invece nella rinuncia del terzo all'indennità che gli spetterebbe ex art. 936, comma 2, c.c. (A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 34 s.).

⁷⁴ Per il superamento di tale impostazione e per l'autonomia concettuale della donazione indiretta dal negozio indiretto tra gli altri V. R. CASULLI, *Donazioni indirette e rinunzie ad eredità e legati*, Roma, 1950., p. 65 s.; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, p. 77 s.

Tanto premesso sul rapporto con le liberalità indirette, sotto altro angolo visuale non può neppure escludersi astrattamente la riconducibilità del patto di inesigibilità alla donazione “tipica” disciplinata dagli artt. 769 ss. c.c.

Tale conclusione si impone alla luce della più recente giurisprudenza della Suprema Corte, intervenuta con un’importante sentenza a Sezioni Unite sul rapporto fra donazione tipica e donazione indiretta⁷⁵. A prescindere dalla peculiarità del caso concreto di cui la pronuncia si occupa⁷⁶, le argomentazioni spese dalla Cassazione assumono sicuro rilievo con riguardo al tema che ci occupa.

Essa rileva come la donazione di cui all’art. 769 c.c. sia compatibile con una “esecuzione indiretta”. Quest’ultima si manifesta nell’esecuzione di un negozio attributivo, *prima facie* non riconducibile alla fattispecie di cui alla citata disposizione, che tuttavia riveste una funzione esecutiva di un atto negoziale ad esso esterno, connotato da *animus donandi*. In altri termini, un negozio attributivo apparentemente diverso da una donazione “tipica” e non rispettoso delle forme previste dall’art. 782 c.c., cionondimeno può esservi ricondotto se rinviene la sua unica ed esclusiva causa in un rapporto preesistente fra le stesse parti, in virtù del quale il soggetto che si depauperava intende arricchire per spirito di liberalità il beneficiario⁷⁷.

⁷⁵ Cass. sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, cit. Si afferma in massima che «il trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario realizzato a mezzo banca, attraverso l’esecuzione di un ordine di bancogiro impartito dal disponente, non rientra tra le donazioni indirette, ma configura una donazione tipica ad esecuzione indiretta; ne deriva che la stabilità dell’attribuzione patrimoniale presuppone la stipulazione dell’atto pubblico di donazione tra beneficiante e beneficiario, salvo che ricorra l’ipotesi della donazione di modico valore».

⁷⁶ Il caso trattato da Cass. sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725, cit., riguarda un trasferimento per spirito di liberalità di strumenti finanziari dal conto di deposito titoli del beneficiante a quello del beneficiario. Il trasferimento era stato effettuato dalla banca, in esecuzione di un ordine di bancogiro del titolare del conto di deposito.

⁷⁷ Come precisa la Suprema Corte, il trasferimento di strumenti finanziari costituisce una

Da tali premesse discende che la distinzione fra donazione “tipica” ed “indiretta” va rintracciata nella centralità che lo scopo di liberalità assume nell’impianto causale del negozio. Se quest’ultimo trova la sua unica giustificazione nell’*animus donandi*, dovranno applicarsi gli artt. 769 ss. c.c. Se invece il negozio conserva la sua causa tipica, a cui si aggiunge l’intento di arricchire disinteressatamente l’altrui patrimonio, ricorrerà la figura della donazione indiretta.

Simili conclusioni, pienamente condivisibili, possono essere applicate al *pactum de non petendo* gratuito e perpetuo, il quale può essere ricondotto all’una o all’altra ipotesi di donazione a seconda delle finalità a cui è preordinato. Finalità che, come si è detto, necessita di accertamento caso per caso.

Ove dovesse essere riconducibile alla donazione “tipica”, sarà necessario che il *pactum* assuma la forma dell’atto pubblico ai sensi dell’art. 782 c.c., salvo che abbia ad oggetto un credito di modico valore, tornando in questo caso applicabile la libertà di forma prevista dall’art. 783 c.c.

La donazione in questo caso, come rilevato da attenta dottrina⁷⁸, ben può essere ascritta nel novero di quelle cd donazioni “obbligatorie”, in quanto il creditore assume con il *pactum* l’obbligo di non esercitare lo *ius exigendi* che gli competerebbe nei confronti del beneficiario debitore. Ciò ovviamente non esclude, ma presuppone il suo carattere liberatorio.

6. *Pactum de non petendo* e novazione.

donazione tipica quando svolge «in realtà una funzione esecutiva di un atto negoziale ad esso esterno, intercorrente tra il beneficiante e il beneficiario, il quale soltanto è in grado di giustificare gli effetti del trasferimento di valori da un patrimonio all’altro».

⁷⁸ B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1961, p. 400.

Una delle questioni che sovente nella prassi può porre il *pactum de non petendo* va ravvisato nella sua contiguità con l'istituto della novazione, intesa in senso oggettivo⁷⁹. Quest'ultima, come è noto, viene ricondotta nella categoria dei modi di estinzione del rapporto obbligatorio non satisfattori, in ragione della circostanza che la sostituzione di un'obbligazione originaria con una nuova non soddisfa l'interesse del creditore all'adempimento.

Per aversi novazione secondo la giurisprudenza di legittimità occorre non solo un mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, ma anche che ricorrano gli elementi dell'*animus* e della *causa novandi*⁸⁰. In accordo con tali premesse, è stato escluso che la variazione del termine di scadenza dell'obbligazione di pagamento possa determinare la novazione del rapporto obbligatorio, costituendo il termine una modalità accessoria rispetto al contenuto essenziale dell'obbligazione⁸¹.

Sulla stessa scia si è posta la dottrina, che ha escluso la ricorrenza della novazione in ipotesi di fissazione o, in generale, di modificazione delle mere modalità esecutive del rapporto obbligatorio⁸².

⁷⁹ Sul punto, senza pretesa di esaustività, in giurisprudenza basti citare Cass. civ., 28 aprile 1999, n. 4296 e Cass. civ., 8 novembre 1996, n. 9766. In dottrina: F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milano, 1952, 402-403; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XII ed., Milano, 1985, p. 459; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, cit., pp. 445-446; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato Rescigno*, 9, Torino, 1984, 270; O. BUCCISANO, voce *Novazione*, in *Enc. giuridica*, Roma, 1990, 4.

⁸⁰ In giurisprudenza, ex multis: Cass. civ., 23 dicembre 1987, n. 9620; F. MESSINEO, *op. ult. cit.*; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 448; N. DI PRISCO, *op. ult. cit.*, pp. 270-271.

⁸¹ Cass., 3 giugno 2017, n. 14620, in *De jure*, 2017 in tema di contratto di locazione; conf. Cass. 21 maggio 2007, n. 11672, in *Giust. civ. Mas.*, 2007, n. 5.

⁸² P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diverse dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Comm. Sialoja e Branca*, 1975, p. 105.

Invero le considerazioni che precedono trovano testuale fondamento nell'art. 1231 c.c., nella parte in cui prevede che non ricorra novazione in ipotesi di mera apposizione o eliminazione di un termine.

Di contro, però, si è puntualmente rilevato come il legislatore a mezzo della disposizione in parola abbia solamente «espresso una valutazione tipica sull'irrilevanza del termine ai fini dell'identificazione dell'obbligazione»⁸³. Ciò tuttavia non esclude – come del resto si è già sottolineato in sede introduttiva⁸⁴ – che l'apposizione di un termine di pagamento si configuri essenziale nella individuazione dell'obbligazione e del suo titolo e del suo oggetto⁸⁵. La valutazione dell'essenzialità del termine va operata avuto riguardo agli interessi delle parti sottesi al rapporto obbligatorio valutato nel suo complesso, interessi che potrebbero risultare significativamente compromessi da una modifica del termine di adempimento⁸⁶.

Sulla scorta di tali osservazioni, la dottrina che si è occupata della questione ha ritenuto non potersi escludere in linea di principio che il *pactum* possa incidere, per il tramite della modifica del termine di adempimento, sul titolo o sull'oggetto dell'obbligazione⁸⁷, determinando così una novazione. In merito si è opportunamente rilevato come la valutazione dell'essenzialità del

⁸³P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni*, cit., p. 111.

⁸⁴ V. *supra* cap. 1 par. 3.

⁸⁵ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità*, cit., p. 97.

⁸⁶ Vedasi sul punto E. SIMONETTO, *Termine essenziale e identità dell'oggetto della prestazione*, in *Riv. trim.*, 1981, p. 1049 s., il quale testualmente precisa: «Il tempo, insomma, e quindi il termine che lo caratterizza e che lo limita come contenitore stabilito, costituisce una caratteristica essenziale e ineliminabile della cosa: scaduto il tempo la cosa è insuscettibile di soddisfare l'interesse contrattuale non tanto perché si è verificata la scadenza, quanto perché la cosa non è più, essa stessa, l'oggetto pattuito».

⁸⁷ F. RUSCELLO, «*Pactum de non petendo*» e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio, cit., p. 206 s.

termine deve essere operata caso per caso, verificando se mutando il tempo dell'adempimento non si incida anche sugli elementi essenziali del rapporto⁸⁸.

Si pensi ad esempio alla nuova disciplina degli scambi nella filiera agroalimentare per come disciplinata dall'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1⁸⁹. Al primo comma viene espressamente previsto che «I contratti che hanno ad oggetto la cessione dei prodotti agricoli e alimentari, ad eccezione di quelli conclusi con il consumatore finale, sono stipulati obbligatoriamente in forma scritta e indicano a pena di nullità la durata, le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento». In questo caso, elementi normalmente accessori come la data di pagamento del prezzo di compravendita vengono dalla legge ricondotti nel contenuto tra gli elementi caratterizzanti l'oggetto della prestazione dedotta in contratto.

Conseguentemente, un *pactum de non petendo ad tempus* che attinga il titolo modificando la data di scadenza di suddette obbligazioni di pagamento avrebbe carattere novativo dell'originaria obbligazione di pagamento.

Analogo discorso, a parere di chi scrive, può farsi allorché il *pactum de non petendo* attinga transazioni commerciali di cui all'art. 2 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 emesso in attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento⁹⁰. Vengano in base a tale disciplina qualificate come transazioni commerciali «i contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o

⁸⁸ F. RUSCELLO, *op loc. ult. cit.*, p. 206 s.

⁸⁹ In argomento v. R. FRISCOLANTI, *Le nuove regole per gli scambi commerciali nella filiera agroalimentare*, in *Agricoltura*, 2012, p. 5, che riconduce appunto le modalità di consegna e di pagamento tra gli elementi essenziali del contratto.

⁹⁰ Al riguardo tra gli altri S. BASTIANON, *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali: prime osservazioni a proposito del d.lgs. n. 231/2002*, in *Dir. Un. Eur.*, 2-3, 2003, p. 395. Sulle modifiche introdotte dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 231, v. V. PANDOLFINI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013.

prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo». L'art. 4 del citato decreto legislativo prevede al secondo comma determinati termini di pagamento, specificando la loro decorrenza.

Anche in questo caso, l'eventuale *pactum de non petendo*, qualora ritenuto meritevole di tutela (e sempre che la postergazione del pagamento non sia attinta da nullità *ex art. 7* dello stesso decreto⁹¹) comunque andrebbe ad incidere su una modalità di esecuzione del pagamento, disciplinata per legge, che integra direttamente il titolo negoziale costitutivo della stessa. Non si potrebbe quindi negare il connotato novativo del *pactum*.

7. *Pactum de non petendo* e transazione.

Le considerazioni che precedono in tema di novazione consentono di introdurre il tema del rapporto del *pactum de non petendo* con la transazione⁹².

Indubbiamente, al *pactum de non petendo* isolatamente considerato non può riconoscersi natura di negozio transattivo. Quest'ultimo infatti per la sua configurazione presuppone una serie di elementi, che non sono in alcun modo caratterizzanti rispetto al patto di inesigibilità nelle sue diverse forme. Si fa riferimento, soprattutto, alla presenza della *res litigiosa*⁹³, allo stato di incertezza

⁹¹ Sul tema v. *infra* cap. 4 par. 1.5. Per ora può citarsi: M. BENEDETTI, M. GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatori nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, in *NLCC*, 5/2013, p. 1077; A. ASTONE, *Accordi gravemente iniqui e interventi correttivi del regolamento negoziale*, in *Ras. dir. civ.*, 2010, spec. p. 1021 s.; S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 4 s.

⁹² Sulla transazione in genere v. F. CARRESI, *Transazione (dir. vig.)*, in *Ns. D.I.*, XIX, Torino, 1973; E. DEL PRATO, voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992; F. CARRESI, *La transazione*, Milano, 1992; F. SANTORO PASSARELLI, *La Transazione*, Napoli, 1986; T. GALLETTO, *La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione*, in *Riv. trim. dir. proc.* 2013, 4, p. 1379.

⁹³ La preesistenza di una lite in termini di conflitto di interessi nella formulazione di una

soggettiva (la c.d. *res dubia*)⁹⁴ nonché alla ricorrenza delle reciproche concessioni⁹⁵, tutti elementi che ben possono difettare nel patto d'inesigibilità.

Infatti, come si è osservato, «il *pactum* non dipende da una precedente lite, né può considerarsi funzionalmente rivolto alla pacificazione»⁹⁶.

Ferma restando la distinzione, su un piano astratto, tra i due istituti, occorre però riconoscere che non è infrequente nella prassi che la transazione contempli fra le sue "reciproche concessioni" anche un *pactum de non petendo*⁹⁷, sia che il negozio transattivo abbia mera natura conservativa del precedente rapporto sia che invece assuma carattere novativo⁹⁸.

L'inserzione *pactum* in tale contesto, a seconda del ruolo rivestito dal termine nell'ambito del rapporto obbligatorio e di cui in precedenza si è detto,

pretesa a cui faccia seguito una contestazione in ordine alla ricorrenza ed all'entità del diritto posto a base della pretesa E. DEL PRATO, voce *Transazione*, cit., p.816.

⁹⁴ La giurisprudenza di legittimità riconduce tra gli "elementi essenziali del negozio" la *res dubia* (Cas., 4 maggio 2016, n. 8917, in *De jure*, 2017) e la definisce come «la materia oggetto delle contrastanti pretese giuridiche delle parti».

⁹⁵In ordine alle reciproche concessioni dei contraenti vedasi, di recente, Cass., 25 ottobre 2013, n. 24169 in *Diritto e Giustizia online*, 2013, 28 ottobre, con nota di F. VALERIO, *La nipote non assiste la zia per tutta la vita? La zia si riprende la casa*; A. PALAZZO, *La transazione*, in *Tratt. di dir. priv. Rescigno*, 13, Torino, 1985, p. 389, che testualmente afferma «Sono quindi le reciproche concessioni, e non la semplice contrapposizione d'interessi [...] il mezzo essenziale per lo svolgimento della causa del negozio transattivo. Esse consistono in sacrifici reciproci, di cui non è rilevante l'equivalenza, essendo soltanto richiesto l'abbandono della pretesa e della contestazione originaria che vengono sacrificate per venire alla determinazione di un diverso assetto d'interessi».

⁹⁶ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 318 s.. In senso sostanzialmente conforme S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, p. 772 s.

⁹⁷ Per un caso affrontato *incidenter tantum* dalla giurisprudenza in cui una transazione parziale si accompagnava ad un *pactum de non petendo*, vedasi di recente Cass., 30 aprile 2015, n. 19541, in *De Jure*, 2017.

⁹⁸ Sul rapporto tra transazione e novazione del rapporto litigioso v. L. RUGGIERI, *Interesse a transigere e novazione del rapporto litigioso*, Napoli, 2002. Ritiene P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione*, cit., p. 99 che precisa «nella transazione c.d. novativa la costituzione di un nuovo rapporto resta del tutto svincolata da ogni vincolo di causalità nei confronti del rapporto litigioso».

può far propendere per la qualificazione della novazione in termini novativi o conservativi.

Al riguardo la dottrina che si è occupata dell'argomento ha ritenuto⁹⁹ che «le parti inoltre attraverso la previsione del *pactum* possono dare vita anche ad una transazione c.d. novativa, che si configura là dove l'intervento modificativo è tale da determinare una oggettiva incompatibilità tra rapporto originario e regolamento transattivo». Il negozio assumerà dunque efficacia novativa nel caso in cui la postergazione del termine di esigibilità (*sine die* o *ad tempus*), incida sul titolo o l'oggetto dell'obbligazione, estinguendola e novandola nello stesso tempo¹⁰⁰.

L'inserimento del patto di inesigibilità nel contesto delle reciproche concessioni di cui all'art. 1965 c.c. può peraltro agevolare l'interprete nel determinare se la transazione stipulata dalle parti sia "semplice" o "mista".

Occorre infatti precisare che, in forza della specifica previsione di cui al secondo comma dell'art. 1965 c.c.¹⁰¹, le reciproche concessioni possono non solo concernere il rapporto controverso (nel qual caso la transazione è "semplice"), ma anche riguardare beni e diritti estranei alla controversia (c.d. transazione mista¹⁰²).

Nulla ovviamente impedisce che nell'ambito della transazione, che come sopra precisato ben può riguardare concessioni o rinunce non attinenti al rapporto controverso *ex art. 1965 comma 2 c.c.*, si inserisca un *pactum de non*

⁹⁹ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità*, cit. p. 110

¹⁰⁰ G. RECINTO, *op. loc. ult. cit.*, p. 109 s.

¹⁰¹ Sul punto v. F. SANTORO PASSARELLI, *La Transazione*, cit., p. 68. In giurisprudenza, afferma puntualmente Cass., 10 giugno 2005, n. 12320, in *Giust. civ. Mas.* 2005, n. 6: "Le reciproche concessioni possono, inoltre, riguardare anche liti future non ancora instaurate ed eventuali danni non ancora manifestatisi, purché questi ultimi siano ragionevolmente prevedibili Cas., 10 giugno 2005, n. 12320, in *Giust. civ. Mas.* 2005, n. 6".

¹⁰² Sul punto L. V. MOSCARINI, *La transazione mista*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 449 s.

petendo in relazione ad obbligazione non attinente al predetto rapporto, dando luogo ad una transazione mista.

8. *Pactum de non petendo* e prescrizione.

Un problema di non scarsa importanza in relazione alla stessa validità del *pactum de non petendo* è costituito dai suoi rapporti con la disciplina della prescrizione¹⁰³.

Da un lato, l'art. 2935 c.c. nell'affermare che «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere» potrebbe indurre a ritenere che, a seguito della stipulazione del *pactum de non petendo*, la prescrizione non possa decorrere.

Sotto altro versante, occorre vagliare la compatibilità del patto di inesigibilità con la previsione di cui all'art. 2936 c.c., che sancisce la nullità di «ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione»¹⁰⁴. E' infatti agevole comprendere come i patti di inesigibilità del credito, ove pure non contengano disposizioni dirette ad incidere espressamente sulla disciplina della prescrizione, in concreto possano inibire esercizio del diritto da parte del creditore per un periodo superiore a quello previsto per la sua prescrizione.

La giurisprudenza che si è occupata della questione ha ritenuto di poter

¹⁰³ Sul tema in termini generali v. G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984; ID., *Prescrizione*, in *Dig. civ.*, XIV, Torino, 1996; B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., *passim*; G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. S.B.*, sub artt. 2934-2969, Bologna-Roma, 1977; F. ROSELLI, P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Busnelli, 20, Milano, 2012.

¹⁰⁴ La dottrina rinviene il fondamento tale disposizione, che inibisce all'autonomia privata qualsivoglia possibilità di incidere sulla disciplina della prescrizione, nell'essere la prescrizione un istituto di ordine pubblico. Pur riconoscendo che interesse tutelato è di tipo individualistico, si pone in rilievo come la previsione miri anche a preservare la parte più debole del rapporto, che in concreto non necessariamente deve essere il debitore. Sul punto v. G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, cit., p. 232.

risolvere il problema negando che il *pactum* abbia incidenza alcuna sulla disciplina della prescrizione e affermando quindi che non integri «violazione del divieto di deroga convenzionale del regime legale della prescrizione fissato dall'art. 2936 c.c., in quanto incide sull'azionabilità della pretesa, ragion per cui la prescrizione inizia a decorrere dalla scadenza del termine fissato con il patto stesso»¹⁰⁵. Il negozio dunque, nella ricostruzione giurisprudenziale, non contrasta con il divieto previsto dall'art. 2936 c.c., ma incide sul termine di decorrenza della prescrizione di cui all'art. 2935 c.c.

Va però rilevato come alla disamina della giurisprudenza siano stati sottoposti solo casi in cui il patto di inesigibilità era stato concluso *ad tempus* e non *sine die*¹⁰⁶. Come si è già avuto modo di sottolineare, nella categoria del patto di inesigibilità senza determinazione di durata possono distinguersi il *pactum de non petendo* “perpetuo”, da quello “a tempo indeterminato”¹⁰⁷. Invero, è proprio il patto di inesigibilità “in perpetuo” a porre problemi di compatibilità con il divieto di cui all'art. 2936 c.c. e con la previsione di cui all'art. 2935 c.c.

Per l'effetto di *pactum* perpetuo, infatti, la prescrizione potrebbe non decorrere mai, dal momento che esso rende permanentemente inesigibile il credito. Tale patto, come si è osservato, si può «risolvere in una causa convenzionale di prescrizione, in quanto anticiperebbe la non esigibilità della pretesa creditoria ad un momento nel quale non è ancora maturato il termine

¹⁰⁵ Cass., 12 aprile 2006, n. 8606, in *Giust. civ. Mas.* 2006, n. 4 ; conf. Cass., 19 ottobre 1995, n. 10887, in *Giust. civ. Mas.* 1995, X.

¹⁰⁶ Afferma testualmente Cass., 27 marzo 1979, n. 1776, in *Assicurazioni*, 1980, II, p. 66 s.: «In tema di assicurazione contro i danni, il patto con il quale le parti differiscano al momento in cui il diritto all'indennizzo può essere fatto valere (nella specie, dopo la liquidazione amichevole del suo ammontare, o la data del verbale di perizia definitiva), sposta a quel momento il “dies a quo” del decorso della prescrizione, secondo la previsione dell'art. 2935 c.c., come effetto della sua incidenza sostanziale sull'azionabilità del diritto medesimo, e, pertanto, non integra violazione del divieto di deroga convenzionale del regime legale della prescrizione, fissato dall'art. 2936 c.c.».

¹⁰⁷In merito alla distinzione v. *supra* cap. 2 par. 7.

prescrizionale»¹⁰⁸.

Altra dottrina¹⁰⁹ propugna la compatibilità del *pactum in perpetuum* rispetto alla previsione dell'art. 2936 c.c. La tesi prende le mosse dall'assunto che la predetta disposizione vieti patti che direttamente incidono sulla disciplina della prescrizione, nulla ostando a che le parti regolino l'esercizio della pretesa creditoria, anche impedendolo in perpetuo. Conferma della validità di tale pattuizione è rinvenuta nella facoltà, indubbiamente riconosciuta ai privati, di fissare termini di decadenza, i quali allo stesso modo sono in grado di impedire definitivamente l'esercizio del diritto¹¹⁰.

L'impostazione appena riassunta, pur autorevolmente sostenuta, pone tuttavia alcune perplessità. Se è vero che il *pactum in perpetuum* esclude definitivamente la possibilità di far valere il diritto, occorre chiedersi come si pone tale risultato nel rapporto con l'art. 24 Cost. e con una interpretazione costituzionalmente orientata del dato normativo. La preclusione dell'esercizio del diritto infatti non può non riverberarsi in una compressione del diritto costituzionale.

Il *pactum de non petendo* perpetuo potrebbe quindi presentare un ulteriore profilo di illegittimità per contrasto con l'art. 24 Cost., in aggiunta a quello già denunciato ed inerente al principio della temporaneità delle obbligazioni.

Pone certamente meno problemi di compatibilità con la disciplina della prescrizione l'ipotesi di *pactum de non petendo* a tempo indeterminato.

¹⁰⁸ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità*, cit., p. 55.

¹⁰⁹ M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 153 s.

¹¹⁰ Un conforto a tale opinione lo si rinviene nel fatto che, come è stato sia pur ad altri fini rilevato, «perpetuità non è sinonimo di imprescrittibilità: nessuno dubita, per esempio, che il diritto del creditore di una rendita perpetua sia soggetto a prescrizione». Così M. MATTIONI, *In tema di obbligazioni perpetue*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1163 s. che richiama sul punto L. CARIOTA-FERRARA, *La rendita perpetua*, nel *Trattato Vassalli*, VIII, 2, 1, Torino, 1943, p. 18 s.

Quest'ultimo, a differenza del *pactum* perpetuo, non rende definitivamente inesigibile la prestazione, ma si limita a non fissare il termine dell'adempimento, che risulta perciò rimesso alla volontà del debitore ai sensi dell'art. 1183 comma 2 c.c. In mancanza di indicazione del termine da parte di quest'ultimo, il creditore può richiederne la fissazione al giudice in base al predetto articolo¹¹¹.

In caso di *pactum* a tempo indeterminato, dunque, sia che il termine sia indicato dal debitore, che in caso di fissazione giudiziale, l'inesigibilità è comunque destinata a perdurare per un certo tempo, e lo spirare del termine fissato costituisce anche il *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione.

Tale negozio dunque, piuttosto che un'elusione della disciplina della prescrizione, rappresenta una mera causa di sospensione del termine prescrizione¹¹².

¹¹¹ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità*, cit., p. 55.

¹¹² G. RECINTO, *op. ult. cit.*, pp. 58-59.

CAPITOLO QUARTO

AMBITI APPLICATIVI DEL PACTUM DE NON PETENDO

Sommario: 1. Il ruolo del *pactum de non petendo* nella crisi d'impresa. 1.1. Le questioni ante-riforma. Efficacia del *pactum de non petendo* in relazione allo stato d'insolvenza. 1.2. *Segue*. Il problema della meritevolezza e della validità degli accordi dilatori adoperati nell'ambito della crisi d'impresa. 1.3 Il *pactum de non petendo* alla luce dell'introduzione dell'art. 182-bis l. fall. 1.4. Le questioni ancora aperte. Rilevanza penale del patto di inesigibilità nell'ambito della crisi d'impresa e nullità *ex art.* 1418 c.c. 1.5. *Segue*. Il rapporto con il divieto di cui all'art. 7 d.lgs. 231 del 2002. 2. *Pactum de non petendo* e crisi coniugale. 3. *Pactum de non petendo* e processo.

1. Il ruolo del *pactum de non petendo* nella crisi d'impresa.

L'istituto in esame riveste un ruolo di sicuro rilievo nell'ambito degli strumenti di risoluzione della crisi d'impresa, ed in particolare con riferimento agli "accordi di ristrutturazione dei debiti" di cui all'art. 182-bis l. fall., disposizione introdotta con d.l. n. 35 del 2005. Il termine designa un complesso di operazioni, finalizzate a risolvere la crisi prima che essa conduca alla dichiarazione di fallimento, «attraverso le quali, anche mediante l'ideazione e la messa in campo di un nuovo assetto gestionale o finanziario dell'azienda, si procede alla riorganizzazione dei rapporti obbligatori e contrattuali in una prospettiva unitaria, in quanto volta a coinvolgere l'intera esposizione debitoria»¹.

¹ In questi termini L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p.

L'utilità del patto d'inesigibilità per tali accordi sarà esaminata in seguito; tuttavia è bene anticipare come già nell'epoca precedente alla riforma del 2005 il *pactum* rivestisse un ruolo di centrale importanza nell'ambito della risoluzione stragiudiziale della crisi d'impresa.

Prima dell'introduzione dell'art. 182-bis, che sottopone gli accordi ad una rigorosa disciplina sul loro perfezionamento e sulle condizioni di efficacia, la regolazione stragiudiziale della crisi aziendale era interamente demandata ai privati². Trovavano così diffusione nella prassi accordi di natura privatistica aventi la precipua finalità di addivenire ad una liquidazione stragiudiziale dei debiti, la quale costituiva il punto d'incontro degli interessi del debitore e dei creditori. Del primo, in quanto rappresentava il mezzo per evitare la presentazione di istanze di fallimento, e l'insorgenza di una procedura concorsuale ai suoi danni. Dei secondi, atteso che consentiva loro di ottenere

283 s., spec. p. 286. Sul tema, fra i contributi più recenti, v. G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 16 s.; T. GALLETTO, *Arbitrato e accordi di ristrutturazione dei debiti: una convivenza possibile?*, in *Riv. Arbitrato*, 2014, I, p. 215 s.; E. BERTACCHINI, *La conversione dei crediti in azioni negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nei piani attestati di risanamento nel quadro della legge fallimentare riformata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 181 s.; D. RESTUCCIA, *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. Not.*, 2012, VI, p. 1257 s.; T. MARENA, *L'intervento del notaio negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Not.*, 2014, I, p. 33 s.; D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, X, p. 579 s.; F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. fall.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, V, p. 523 s.; E. BELLI CONTARINI, *La fiscalità degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis della legge fallimentare*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, VII, p. 823 s.; A. DANOVI, M. MASETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il caso Snia*, in *Riv. dottori comm.*, 2012, I, p. 89 s.; G. RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. Comm.*, 2009, IV, p. 661 s.; A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *Riv. Not.*, 2006, II, p. 321 s.

² Sul ruolo del *pactum de non petendo* nella crisi d'impresa prima della riforma del 2005, v. tra i tanti A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo e insolvenza*, cit., p. 905 s.; G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 181 s.

l'adempimento in modo più celere e soddisfacente rispetto alla liquidazione fallimentare, potenzialmente più macchinosa e in definitiva meno gratificante rispetto ad una procedura stragiudiziale³.

Come la dottrina ha avuto modo di sottolineare tali accordi stragiudiziali, dal contenuto quanto mai vario, operavano tendenzialmente in una duplice direzione: la postergazione del termine di adempimento e la riduzione delle passività⁴. La seconda veniva realizzata, tipicamente, mediante un accordo atto a realizzare la parziale estinzione del debito, denominato *pactum ut minus solvatur*⁵. La prima invece, che costituisce più propriamente l'oggetto dei paragrafi a seguire, si estrinsecava in accordi – pacificamente ricondotti al *genus* del patto di inesigibilità⁶ – volti a dilazionare l'esigibilità di tutti o taluni crediti, al fine di consentire al debitore di reperire le risorse per far fronte ai propri obblighi. Gli accordi dilatori potevano coinvolgere tutti i creditori, e dilazionare le scadenze di tutti i crediti, o solo alcuni di essi, nel quale ultimo caso si definivano accordi “soggettivamente parziali”⁷.

Nell'ottica di una migliore comprensione del ruolo attualmente rivestito dal *pactum de non petendo* in questo settore, è opportuno ripercorrere il dibattito

³ La procedura concorsuale infatti è assoggettata a rigorose forme di legge volte a garantirne la trasparenza e la proporzionalità. Mettono in luce le ragioni della maggior convenienza degli strumenti stragiudiziali rispetto alla procedura fallimentare A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo*, cit., p. 907; M. BAILO LEUCARI, *Pactum ut minus solvatur: individuazione della fattispecie e profili di revocabilità*, in *Contratto e Impresa*, 2 / 2012, p. 601 s., spec. p. 610.

⁴ Così A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo*, cit., p. 908.

⁵ Per una ricostruzione delle problematiche connesse a tale istituto, v. il contributo già citato di M. BAILO LEUCARI, *Pactum ut minus solvatur*, cit., p. 601 s. Per la distinzione fra *pactum de non petendo* e *pactum ut minus solvatur* v. *infra* par. 1.3.

⁶ In questi termini v. G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 181; E. FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995, p. 48.

⁷ Così G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 182.

dottrinale e giurisprudenziale antecedente alla riforma del 2005. Le questioni discusse riguardano in particolare l'efficacia del *pactum* in relazione all'insolvenza, la meritevolezza e la validità del patto d'inesigibilità in questo settore.

1.1 Le questioni ante-riforma. Efficacia del *pactum de non petendo* in relazione allo stato d'insolvenza.

Prima della introduzione dell'art. 182-bis l.fall., una delle questioni di maggior rilievo pratico che gli interpreti si sono trovati ad affrontare concerneva l'efficacia degli accordi dilatori rispetto allo stato d'insolvenza, presupposto della dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 5 l. fall. Sul punto era dato rinvenire un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, concernente per l'appunto l'idoneità di simili pattuizioni a far venir meno l'insolvenza dell'impresa debitrice, e con essa la sua fallibilità.

Secondo un primo orientamento, sostenuto in dottrina⁸ e dalla giurisprudenza di legittimità⁹, la risposta al quesito andava differenziata a

⁸ In dottrina, v. in particolare E. FRASCAROLI SANTI, *op. ult. cit.*, p. 49: «in tal caso, mancando la partecipazione di tutti i creditori all'accordo, la rimozione dell'insolvenza costituisce un evento probabile, ma non espressamente voluto dalle parti»; ID., *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984. Così anche A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo*, cit., p. 910. Concorda sulla necessità che al concordato stragiudiziale prendano parte tutti i creditori affinché consenta di evitare il fallimento R. ARTESE, *Contratto plurilaterale e concordato stragiudiziale* (nota a App. Venezia, 22 aprile 1941, n. 43), in *Dir. Fall.*, 1941, II, p. 463 s.; R. PROVINCIALI, *Concordato stragiudiziale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1964, p. 986.

⁹ Esemplificativa di tale indirizzo è Cass., 38 ottobre 1992, n. 11722, in *Fallimento*, 1993, p. 352. Tale orientamento è stato preceduto da un tradizionale indirizzo che negava radicalmente la liceità dei patti di inesigibilità nel campo della crisi d'impresa, in quanto espressivi di un eccessivo spazio riconosciuto all'autonomia privata in un campo, come

seconda che si trattasse di patto intercorso con tutti i creditori o soggettivamente parziale.

Nel primo caso, il negozio era ritenuto di per sé sufficiente a determinare l'immediata ed automatica esclusione dello stato d'insolvenza, che veniva meno al perfezionamento dell'accordo. A sostegno di tale assunto, si sottolineava come l'accordo escludesse rispetto all'insieme dei debiti, almeno temporaneamente, l'inadempimento, presupposto dello stato d'insolvenza ai sensi dell'art. 5, comma 2, l.fall. L'idoneità dell'accordo dilatorio a escludere l'inadempimento veniva desunta a monte dalla partecipazione di tutti i creditori, non essendo invece richiesta una verifica *ex post* circa l'effettivo superamento dello stato d'insolvenza¹⁰.

Diversamente, si reputava di per sé inidoneo a evitare l'insolvenza l'accordo soltanto "parziale", in quanto inadeguato ad assicurare che i debiti estranei all'oggetto della pattuizione venissero tempestivamente adempiuti. Il venir meno dello stato d'insolvenza poteva essere, in questa ipotesi, solo una

quello delle procedure concorsuali, che si riteneva di dominio pubblicistico. in questi sensi v. Trib. Ferrara, 28 giugno 1980, in *Giur. Comm.*, 1981, II, p. 306, con nota di I. MENGHI, *Il concordato stragiudiziale: variazioni minime a una voce per una grande fuga sul tema*; v. anche App. Roma, 1 luglio 1985, in *Fallimento*, 1986, p. 971. A tale orientamento era seguito un ulteriore indirizzo giurisprudenziale, che si contendeva il campo con quello in esame, atto a riconoscere ai patti di inesigibilità – anche a quelli soggettivamente parziali – la liceità e l'idoneità a rimuovere automaticamente lo stato d'insolvenza, purché a seguito dell'accordo parziale sia accertata la permanenza di liquidità sufficiente a soddisfare i crediti residui. In questi sensi v. Cass., 9 maggio 1992, n.5525, in *Fallimento*, 1992, p. 811.

¹⁰ Critico G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 184: «andrebbe valutata con maggiore attenzione l'idoneità del concordato dilatorio con tutti i creditori ad evitare automaticamente al momento stesso della stipulazione l'insolvenza. L'accordo concluso con tutti i creditori non preclude una pronuncia *ex officio* del fallimento». L'autore sottolinea inoltre (p. 184), come si avrà modo di specificare fra breve, che «la dilazione esclude l'inadempimento, il quale tuttavia rappresenta, ai sensi dell'art. 5 l. fall., uno soltanto degli indici dello stato d'insolvenza».

conseguenza eventuale e indiretta dell'accordo, destinata a verificarsi laddove il debitore non si rivelasse inadempiente rispetto ai debiti residui. Ma per verificare tale eventualità si riteneva necessario, diversamente dall'ipotesi precedente, un giudizio *ex post* volto a verificare che il debitore avesse regolarmente adempiuto.

Tale distinzione sul piano dell'efficacia si rifletteva in una ulteriore differenziazione sul piano causale. I patti d'inesigibilità conclusi con la totalità dei creditori si ritenevano contenere, nel loro impianto causale, lo scopo di far venire meno lo stato d'insolvenza, in quanto naturalmente votati a questo effetto. Nei patti soggettivamente parziali, invece, tale finalità risultava confinata al piano dei motivi, assurgendo a rilievo causale il solo effetto diretto che essi risultavano idonei a produrre: la "paralisi" dell'azione spettante ai creditori paciscenti¹¹. Logico corollario di tale tesi era la nullità, per difetto dell'elemento causale, dell'accordo dilatorio soggettivamente parziale diretto a evitare l'insolvenza¹², in quanto ritenuto strutturalmente inidoneo ad garantire il raggiungimento di tale risultato.

L'impostazione sinora descritta trovava poi puntuali osservazioni critiche in un più recente contributo dottrinale¹³.

Ivi si precisava anzitutto come gli accordi "parziali" potessero rivelarsi pienamente idonei, in determinate circostanze, ad escludere di per sé lo stato d'insolvenza. Si pensi all'ipotesi in cui il patto d'inesigibilità, pur parziale,

¹¹ Sul punto, così si esprime E. FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale*, cit., p. 53: «l'effetto che si ricollega al concordato stragiudiziale unitario è quello della rimozione dell'insolvenza voluta dalle parti», a differenza dell'accordo soggettivamente parziale che conduce ad una mera «paralisi dell'azione» per i creditori paciscenti.

¹² Così E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984, p. 248; ID., *Concordato stragiudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., III, Torino, 1988, p. 288.

¹³ Sul punto v. G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 183 s.

coinvolga però i crediti più ingenti, tralasciandone pochi e di entità trascurabile. Con riferimento a tale ipotesi poteva affermarsi che il venir meno dell'insolvenza fosse una conseguenza diretta, e non meramente eventuale, dell'accordo dilatorio¹⁴.

Peraltro, con riguardo ai patti d'inesigibilità conclusi con tutti i creditori, veniva respinta la conclusione che essi fossero sempre automaticamente idonei a realizzare l'effetto in esame. Si rilevava come l'accordo dilatorio, quand'anche coinvolgente l'intero ceto creditorio, non avesse l'effetto di eliminare direttamente lo stato d'insolvenza bensì quello di escludere (peraltro temporaneamente) l'inadempimento, costituente non già l'unico presupposto ma solo un indice (non l'unico) dell'insolvenza, come si ricava dall'art. 5 comma 2 l. fall. Quest'ultima poteva ben desumersi da altri indici, con la conseguente fallibilità del debitore, nonostante la vigenza dell'accordo dilatorio¹⁵. Per di più, si affermava che l'accordo in esame non precludeva in ogni caso la declaratoria di fallimento d'ufficio.

Le osservazioni che precedono, in definitiva, erano tese a dimostrare come anche in caso di negozio dilatorio stipulato con tutti i creditori potesse ben darsi l'eventualità che, nonostante la stipula dell'accordo, iniziasse la procedura concorsuale. Ne discendeva quindi anche qui la necessità, come per il negozio "soggettivamente parziale", di una verifica postuma, volta appunto ad appurare l'effettiva idoneità a consentire la sopravvivenza dell'impresa.

Logico corollario di tale approccio unificante era il venir meno della distinzione sul piano causale delle due tipologie di accordo dilatorio. Invero, si sottolineava già allora come i più recenti approdi della dottrina in tema di causa

¹⁴ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 183.

¹⁵ In questi termini G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 184.

del contratto¹⁶, che innestano l'indagine causale sulla ricerca in concreto della sintesi degli effetti essenziali del negozio (cosiddetta causa in concreto), imponessero all'interprete di evitare soluzioni aprioristiche nell'individuazione dell'impianto causale. Così, anche l'accordo soggettivamente parziale poteva rinvenire la sua causa nella rimozione dello stato d'insolvenza qualora, da indici fattuali, emergesse nel caso concreto la effettiva e comune intenzione delle parti in tal senso e l'idoneità del negozio a produrre l'effetto divisato¹⁷.

¹⁶ Si tratta della teoria della causa in concreto, intesa quale «ragione pratica del contratto», ovvero «interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare». Fondamentale sul punto la riflessione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 447. Anche la giurisprudenza di legittimità si è oramai allineata a tale concezione di causa: di particolare rilievo v. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, p. 621 ss.; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448 ss.; Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 904 ss.; più di recente, Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Foro it.*, 2015, I, p. 2016 s. Distinta da tale impostazione è quella che individua l'elemento causale nella funzione economico-individuale, tesi che si è diffusa nella letteratura più recente in opposizione alla nozione bettiana di causa quale funzione economico-sociale del contratto. In merito, di centrale importanza il contributo G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 249 s.; ID., *La causa nella teoria del contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, p. 418 s. Giova peraltro precisare la nozione di causa concreta e quella di causa come funzione economico-individuale sono irriducibili ad un comune denominatore. A tal proposito C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 453, nota 23, precisa che «l'indicazione della individualità della causa vuole tuttavia significare uno sganciamento dalla connotazione economico-sociale, che invece dev'essere ribadita. La causa non può infatti prescindere dalla rilevanza sociale dell'interesse perseguito». Tra le più recenti applicazioni della teoria della causa in concreto, v. S. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.*, 2010, V, p. 1211 s.; D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, I, p. 37 s.; A. TUCCI, *Interest rate swaps: "causa tipica" e "causa concreta"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, III, pag. 291 s.; C. ROBUSTELLA, *La rilevanza della causa concreta nei contratti di interest rate swap*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, p. 73 s.; G. ADILARDI, *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, VI, p. 1453 s.

¹⁷ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 186.

1.2 Segue. Il problema della meritevolezza e della validità degli accordi dilatori adoperati nell'ambito della crisi d'impresa.

L'avvicinarsi delle tesi dottrinali sopra esposte circa l'efficacia dei patti d'inesigibilità incideva anche sul giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.

Parte della dottrina reputava gli accordi conclusi con tutti i creditori di per sé meritevoli di tutela, in quanto finalizzati (e idonei) a determinare, secondo l'impostazione teorica precedentemente descritta, l'automatico venir meno dell'insolvenza. Si è a tal proposito osservato che «un contratto volto all'eliminazione più rapida e priva di dannosa pubblicizzazione all'esterno dell'insolvenza, non può non considerarsi sotteso a interessi meritevoli di tutela»¹⁸.

Altra dottrina¹⁹ rilevava l'erroneità di una simile impostazione, sottolineando come il giudizio di meritevolezza non possa essere formulato aprioristicamente, senza tener conto del concreto piano d'interessi cui il negozio è preordinato²⁰.

Invero, costituisce approdo oramai condiviso in dottrina²¹ l'assunto secondo il quale la valutazione in termini di meritevolezza postula un esame

¹⁸ Così E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato stragiudiziale*, cit., p. 197.

¹⁹ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 184.

²⁰ A tale conclusione si allinea del resto anche la giurisprudenza. V. a tal proposito *supra* cap. 3, par. 2.

²¹ Senza ripercorrere il tema, incidentalmente trattato nel capitolo precedente, ci si limita a ricordare, come precisa F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 823, che con il giudizio di meritevolezza l'interprete deve osservare «lo schema astratto ideato dai contraenti e verificare se esso abbia un significato economico-sociale, in termini di scambio di utilità, cioè una propria funzione da svolgere, nel senso di essere idoneo ad assurgere a tipo

dell'idoneità dello schema negoziale adoperato dai privati a perseguire l'interesse essenziale che è destinato a soddisfare. Il giudizio quindi postula l'indefettibile raffronto con le istanze del caso concreto, in cui il singolo negozio dev'essere contestualizzato.

Si affermava²² quindi la necessità, per esprimere un giudizio positivo di meritevolezza in ordine all'accordo dilatorio, di effettuare una valutazione caso per caso, diretta ad appurare la sua idoneità a realizzare il programma negoziale.

Questione connessa alla meritevolezza è quella della validità degli accordi dilatori.

Il problema, per come affrontato dalla dottrina ante-riforma, è stato impostato sulla compatibilità di patti "soggettivamente parziali" con il principio della *par condicio creditorum*, espresso dall'art. 2741 c.c.

La regola della *par condicio creditorum*²³ impone, con specifico riferimento all'eventualità di un'incapienza del patrimonio del debitore, di ripartirne il contenuto residuo secondo criteri di proporzionalità. Oltre che espressiva del principio di proporzionalità²⁴, la regola trova una diretta

normativo». Sul punto v. anche A. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 229 s.; L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 389 s. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 141.

²² Così G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 184.

²³ Sul tema, v. M. RESCIGNO, *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 359 s.; M. DI LAURO, *Conservazione dell'impresa e crisi della par condicio creditorum*, in *Dir. fall.*, 1992, I, p. 610 s.; P.G. JAEGER, «*Par condicio creditorum*», in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 88 s.; G. ALPA, *Principi generali*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, p. 407; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno, Torino, 1997, p. 529 s.

²⁴ Per quanto attiene al rilievo nel diritto civile del principio di proporzionalità e la sua relazione con i principi costituzionali, v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di*

giustificazione nel principio di eguaglianza, tutelato dall'art. 3 Cost. In dottrina ci si interrogava dunque, ai fini del giudizio di validità del negozio, sulla sua compatibilità con i valori fondamentali della proporzionalità e dell'uguaglianza.

La varietà delle posizioni dottrinali sulla questione può essere ridotta a tre diversi orientamenti.

Secondo una prima impostazione²⁵, gli accordi in esame non erano in grado di pregiudicare la *par condicio*, essendo tale principio vigente esclusivamente nell'ambito delle procedure concorsuali ed invece inoperante nella fase precedente alla dichiarazione di fallimento. Rispetto all'assunto limitativo della valenza del principio si è tuttavia obiettato²⁶ che i suoi valori portanti – la proporzionalità e l'uguaglianza – non solo trovano applicazione anche in sede prefallimentare, essendo principi fondativi e immanenti all'ordinamento che in qualunque contesto limitano e conformano l'esercizio dell'autonomia privata, ma proprio in questa fase trovano un'essenziale campo di applicazione. Infatti, il momento che immediatamente precede lo stato d'insolvenza si espone facilmente a condotte inique e profittatorie da parte del debitore.

Altra tesi perveniva alla conclusione di negare una potenziale violazione della *par condicio creditorum* affermando l'efficacia meramente

proporzionalità nei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 s. (ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 441 ss.); ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 415 ss.; R. DÌ RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 145 s.; F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Scritti in memoria di Mario Buoncrisiano*, I, Napoli, 2002, p. 218 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 174 s.

²⁵ E. FRASCAROLI SANTI, *Concordato stragiudiziale*, cit., p. 288.

²⁶ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 192.

dilatoria di detti accordi²⁷. L'opinione muoveva dall'assunto in base al quale i patti di inesigibilità non fossero idonei a escludere, in maniera risolutiva, lo stato d'insolvenza, potendo questo sopraggiungere nonostante la stipula di un accordo dilatorio. Da tale premessa si desumeva, conseguentemente, l'estraneità rispetto alla loro causa della finalità di rimuovere l'insolvenza, o comunque di incidere sui presupposti della procedura concorsuale. Date queste premesse, si ricavava l'inidoneità di tali accordi a ledere i principi di uguaglianza e proporzionalità.

Anche tale impostazione confliggeva tuttavia con un'obiezione decisiva²⁸. Si è infatti osservato come la nozione concreta di causa cui si è dianzi fatti cenno – intesa quale “sintesi degli effetti giuridici essenziali” che emerge dal piano degli interessi concreti delle parti – impedisca di identificare in astratto ed una volta per tutte la causa di un negozio, che deve invece essere accertata caso per caso. Doveva quindi essere l'indagine concreta a rivelare una violazione dei valori dell'uguaglianza e della proporzionalità, laddove l'accordo “soggettivamente parziale” risultasse finalizzato alla creazione di ingiustificati benefici in favore dei creditori partecipanti a danno dei creditori non paciscenti.

Come si era anche sottolineato – considerazione questa tutt'ora pienamente valida – nell'analisi dell'impianto causale dev'essere riservato un ruolo di centrale rilievo al criterio ermeneutico c.d. dell'interpretazione

²⁷ Così D. PERRONE, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, in *Fallimento*, 1992, p. 665 s. V. in particolare p. 666, ove l'autore precisa che «ulteriore e decisiva argomentazione a sostegno della tesi [...] secondo cui la validità del *pactum* non è condizionata all'adesione dell'intero ceto creditorio va desunta dal rilievo che la sottrazione alla declaratoria di fallimento si configura come effetto e non risponde alla funzione (causa) del negozio».

²⁸ In questi sensi v. G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 194.

funzionale²⁹. Questo criterio da un lato tiene conto della concretezza a cui deve necessariamente attenersi il giudizio causale, e dall'altro dell'esigenza di calare l'accordo dilatorio nell'ambito della complessiva operazione economica cui s'inerisce. Operazione, nella quale spesso si trova collegato ad altri strumenti negoziali la cui disamina può rivelarsi parimenti imprescindibile per cogliere la dimensione funzionale del patto di inesigibilità e della complessiva operazione.

1.3Il *pactum de non petendo* alla luce dell'introduzione dell'art. 182-bis l. fall.

²⁹ G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 196. Tale criterio ermeneutico è uno strumento utile all'interpretazione dei c.d. contratti d'impresa, ovvero i contratti attraverso i quali si dipana l'attività imprenditoriale. E' nota in dottrina la distinzione di questa categoria da quella dei c.d. contratti di organizzazione, attinenti alla costituzione della struttura imprenditoriale ed aventi rilevanza principalmente interna. Gli accordi dilatori sono apparentemente riconducibili alla seconda categoria, in quanto funzionali alla sopravvivenza dell'impresa. Tuttavia, essi presentano anche significativi punti di contatto con la prima, rappresentando al contempo uno strumento di gestione dei rapporti coi creditori e in senso lato di svolgimento dell'attività d'impresa, premessa che ne richiede l'interpretazione mediante l'approccio funzionale sopra evocato. Sulla distinzione fra contratti di organizzazione e contratti di impresa v. V. BUONOCORE, *I contratti d'impresa*, in *Contratti d'impresa* cura di V. Buonocore e A. Luminoso, I, Milano, 1993, p. 3 s.; A. DI AMATO, *L'interpretazione nei contratti d'impresa*, Napoli, 1999, p. 12 s.; C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in Aa.Vv., *L'impresa*, Milano, 1985, p. 185 s.; A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 1 s.; B. LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965, p. 42 s.; R. ALESSI, *Contratto e mercato*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, p. 2339 s., Critico nei confronti di tale distinzione F. GALGANO, *I contratti di impresa. I titoli di credito. Il fallimento*, Bologna, 1980, p. 1 s. L'autore rileva che la categoria dei contratti d'impresa non sia sufficientemente determinata da giustificarne l'autonomia. Così anche T. ASCARELLI, *Impresa e sistema dei contratti*, in *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, III ed., Milano, 1962, p. 381 s.

Come si è detto, la materia della crisi d'impresa è stata riformata ad opera del d.l. n. 35 del 2005, convertito con legge n. 80 del 2005. Una delle principali innovazioni apportate alla legge fallimentare è data dall'introduzione dell'art. 182-bis, che consente all'impresa in difficoltà economica di evitare la procedura concorsuale, e così sopravvivere alla fase di crisi, stipulando un accordo con i creditori finalizzato a garantirgli l'ottimale soddisfacimento delle loro pretese con le risorse esistenti nel patrimonio del debitore.

La nuova *figura iuris*, che secondo un'opinione dottrinale consolidata ha natura contrattuale³⁰, come si è efficacemente sottolineato³¹ rappresenta il punto

³⁰ La natura meramente privatistica, che induce a distinguere l'istituto in parola da quello del concordato preventivo (avente invece natura di procedura concorsuale) di cui agli artt. 160 s. l. fall., è dedotta da una serie di elementi. Tra questi, risaltano la quasi totale libertà in ordine al contenuto negoziale, l'assenza di un'apertura formale del procedimento, l'assenza di un giudice delegato e di un commissario, nonché di qualsivoglia controllo esterno sull'adempimento dell'accordo. In questi sensi v. I. LIBERO NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2011, p. 1129 s.; V. BELLUCCI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2008, p. 508 s.; L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 283; G. B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il procedimento di dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2008, p. 704 s.; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *ivi*, 2006, p. 671 s.; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, p. 1138 s. Per una disamina delle problematiche civilistiche connesse a detti accordi v. I. LIBERO NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, cit., spec. p. 1131 s., ove si discetta della riconducibilità degli accordi di ristrutturazione al contratto plurilaterale od alla categoria del collegamento negoziale. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, optano per la tesi negoziale Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Fallimento*, 2012, p. 594 s., con nota di Bonfatti; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 669 s., con nota di Nardecchia. Propendono invece per la natura concorsuale degli accordi di ristrutturazione E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008, p. 81 s.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 607 s.; S. DELLE MONACHE, *Profili dei « nuovi » accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 549 s.; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto sviluppo"*, Milano, p. 76 s.

³¹ I. LIBERO NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto*

di convergenza di due linee evolutive della legislazione fallimentare: la propensione alla conservazione dell'impresa in crisi e l'ampliamento del ruolo concesso all'autonomia privata. Senza soffermarsi sul punto, che esula dalla presente trattazione, basti in questa sede sottolineare come l'istituto in esame implica il definitivo superamento dell'approccio dirigistico e favorevole alla liquidazione che la disciplina fallimentare riservava alla crisi d'impresa, in favore di un'impostazione aperta a soluzioni negoziali finalizzate al "salvataggio" dell'impresa³².

In questo quadro si colloca la disciplina di cui all'art. 182-bis. La procedura ivi prescritta può, a scopo descrittivo, dividersi in due fasi. In una prima fase, esclusivamente privatistica, l'imprenditore-debitore stipula con tutti i creditori, o con una quantità di essi rappresentante almeno il sessanta per cento delle passività, un accordo con cui negozia le modalità di ristrutturazione. L'accordo, come si desume dal comma 1 dell'art. 182-bis, deve comunque garantire "l'integrale pagamento dei creditori estranei" alla negoziazione. In un secondo momento, l'imprenditore in crisi domanda l'omologazione dell'accordo al Tribunale, che la concede a seguito della verifica dei presupposti indicati dalla norma. L'avvenuta omologazione consente la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese (art. 182-bis, comma 2), a decorrere dalla quale i creditori non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore (comma 3).

civile, cit., p. 1129.

³² Non è estranea a tale istituto, come si vedrà fra breve, la partecipazione giudiziale. Tuttavia è bene sottolineare come il giudice assuma «una funzione stabilizzatrice, non più *iudex gestor* ma *iudex statutor*», apponendo «un "sigillo di qualità" all'accordo già perfezionato dalle parti, se, in assenza di opposizioni fondate, riscontra il rispetto di determinati requisiti». Così I. LIBERO NOCERA, *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile, cit., p. 1129.*

Nel rispetto del principio di autonomia negoziale sancito dall'art. 1322 c.c., il legislatore non predetermina il contenuto dell'accordo³³, che può essere quanto mai vario. Alla luce della prassi è tuttavia possibile individuare, come si è fatto nei paragrafi che precedono per gli accordi stragiudiziali ante-riforma, una duplice direttiva della "ristrutturazione": il contratto può incidere direttamente sul debito, ad esempio mediante un *pactum ut minus solvatur* o un *pactum de non petendo*, o influire sulla gestione dell'impresa, modificando ad esempio le condizioni contrattuali dei contratti di durata³⁴.

E' bene sottolineare come i patti di inesigibilità, che assumono frequentemente un rilievo centrale nell'ambito degli accordi ex art. 182-bis, non siano funzionali solo alla diretta ristrutturazione del debito ma anche, indirettamente, al complessivo risanamento della gestione imprenditoriale³⁵.

³³ Invero la stessa dizione al plurale, adoperata dalla rubrica dell'art. 182-bis, suggerisce che alla variabilità del contenuto si affianca una libertà nella determinazione della struttura dell'accordo: questo può essere un unico contratto o estrinsecarsi in una pluralità di negozi collegati. In questi sensi v. L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 285.

³⁴ In questi termini V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 368 s., spec. p. 375.

³⁵ A tal proposito v. L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 287. In dottrina, la figura del *pactum de non petendo ad tempus* – ci si limita ad accennare alla questione in questa sede, attesa la sua scarsa attinenza con le problematiche in esame – è stata adoperata, a fini meramente descrittivi, per descrivere il meccanismo di operatività della moratoria di centoventi giorni prevista dall'art. 182-bis per l'adempimento in relazione ai crediti estranei all'accordo di ristrutturazione. Taluni autori hanno assimilato la previsione ad una moratoria negoziale, per sostenere la tesi che la prima, così come la seconda, non incida sull'esigibilità del credito (che è esigibile dal momento in cui scade l'originario termine di adempimento) ma costituisca solo una rinuncia all'esercizio delle azioni a tutela de medesimo. Da ciò si ricava la conclusione che sui crediti in questione, nel corso dei centoventi giorni, maturano gli interessi ai sensi dell'art. 1282 c.c., il cui prodursi presuppone appunto l'esigibilità del credito. In questi termini v. S. DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 554. Tuttavia, alla luce delle precedenti considerazioni (v. supra cap. 1 e 2) non può non criticarsi un approccio

Le riflessioni che precedono consentono di rimeditare le questioni precedentemente discusse in dottrina e in giurisprudenza sul *pactum de non petendo*, che invero l'introduzione dell'art. 182-bis in larga parte sdrammatizza.

In primo luogo, non è (più) dato discettare della idoneità del *pactum* a evitare lo stato d'insolvenza e con esso l'apertura del fallimento, atteso che per espressa disposizione di legge gli accordi di ristrutturazione sono idonei a perseguire tale risultato. Non si può certo dubitare, peraltro, della meritevolezza di simili accordi, adesso suggellata dal riconoscimento legislativo. Infine, non residuano perplessità sulla loro liceità, considerando soprattutto che la ristrutturazione negoziale lascia impregiudicato il diritto dei creditori estranei all'integrale soddisfacimento delle proprie pretese.

Simili questioni hanno tuttavia ancora ragion d'essere ove il *pactum de non petendo* non acceda ad un accordo *ex art. 182-bis*, bensì a accordi integralmente stragiudiziali finalizzati alla ristrutturazione dei debiti, non presentati al tribunale per l'omologazione. Invero la disciplina esaminata non preclude all'imprenditore-debitore, nell'esercizio della piena autonomia negoziale che oramai anima la materia, di pervenire alla risoluzione della crisi d'impresa mediante un accordo non formalizzato secondo la procedura prescritta dalla legge.

Data l'attinenza con il tema oggetto del presente paragrafo, sembra utile in questa sede affrontare la distinzione fra il *pactum de non petendo* ed alcuni negozi affini adoperati nell'ambito degli accordi di ristrutturazione o comunque, in senso lato, della risoluzione stragiudiziale della crisi d'impresa.

aprioristico che relega il *pactum* temporaneo ad una mera rinuncia all'azione, dovendosi verificare, in base al concreto assetto di interessi, l'incidenza del patto sul credito.

Qualche spunto di riflessione suscita, anzitutto, il rapporto con il *pactum ut minus solvatur*³⁶, più volte citato nelle pagine che precedono. Trattasi dell'accordo, intercorso fra debitore e creditore, mediante il quale si definisce il rapporto obbligatorio attraverso l'accettazione di una parte soltanto dell'obbligazione, con contestuale estinzione della parte residua non accettata. L'istituto, da taluni considerato l'antecedente logico del concordato preventivo, trova le sue antiche origini nel diritto romano, ove si identificava nel patto – stipulato fra il creditore e gli eredi del suo debitore – avente ad oggetto una parziale remissione dei debiti in favore di questi ultimi³⁷.

La differenza principale rispetto al *pactum de non petendo* sembra sussistere nel fatto che quest'ultimo non annovera tra i suoi connotati strutturali l'effetto estintivo³⁸, costituente invece il *proprium* del *pactum ut minus solvatur*. Tale considerazione resta ferma, almeno su un piano teorico, anche ove si prenda in considerazione il *pactum de non petendo* perpetuo, posto che

³⁶ Per una disamina delle problematiche connesse a tale istituto, v. M. BAILO LEUCARI, *Pactum ut minus solvatur*, cit., p. 601 s. Con riferimento al ruolo di tale negozio negli accordi di ristrutturazione, v. L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 284.

³⁷ In questi termini M. BAILO LEUCARI, *Pactum ut minus solvatur*, cit., p. 606-609. L'autore, nel tentativo di inquadrare l'istituto nel nostro ordinamento, discute della distinzione fra il *pactum ut minus solvatur* ed alcuni istituti ad esso contigui, quali la *datio in solutum*, la transazione, la remissione. Rispetto alla prima figura, il tratto distintivo è rinvenuto nella differenza qualitativa – *proprium* della prestazione in luogo di adempimento - che sussiste fra la prestazione originaria e quella pattuita successivamente, caratteristica che non si rinviene nel *pactum ut minus solvatur*. Con riferimento alla transazione, la distinzione concerne l'assenza, nel *pactum ut minus solvatur*, di un presupposto imprescindibile della transazione: l'esistenza di un conflitto giuridico tra le parti. Infine, con riguardo alla remissione, si sottolinea la natura tendenzialmente onerosa del negozio in esame, posta a confronto con la natura tendenzialmente gratuita della remissione.

³⁸ Si è tuttavia sottolineato come, in peculiari circostanze, il patto d'inesigibilità possa risolversi nell'estinzione dell'obbligazione: v. *supra* cap. 1.

l'inesigibilità (anche perpetua) del debito non implica di per sé la sua estinzione, come si è rilevato precedentemente³⁹.

Altro strumento frequentemente adoperato negli accordi di ristrutturazione è il patto di postergazione, per effetto del quale alcuni creditori – particolarmente interessati alla prosecuzione del rapporto obbligatorio con il debitore – accettano di essere pagati subordinatamente al preventivo soddisfacimento degli altri. Come si è sottolineato in dottrina, il ricorso alla postergazione «può funzionare non necessariamente con riferimento all'integrale pagamento degli altri creditori, ma anche sino a una determinata soglia, di modo che i creditori che non abbiano accettato la postergazione vengano preferiti sino ad una certa percentuale di soddisfazione per poi concorrere, oltre detta soglia, anche con coloro che abbiano accettato la postergazione»⁴⁰.

In dottrina si converge sulla necessità di tenere distinta tale figura dal *pactum de non petendo*, sebbene apparentemente assimilabili sul piano degli effetti, atteso che solo il primo è in grado di determinare l'inesigibilità del rapporto obbligatorio⁴¹. Ne deriva l'applicabilità, ai crediti postergati, delle norme che presuppongono l'esigibilità⁴².

³⁹ Sul punto v. diffusamente *supra* cap. 2.

⁴⁰ Così L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 287.

⁴¹ In questi sensi v. G. F. CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, cit., p. 133; M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 158 s.; F. RUSCELLO, «*Pactum de non petendo*» e *vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, cit., p. 198 s.; P. PERLINGIERI, *La dilazione come vicenda modificativa del regolamento del rapporto*, cit., p. 699 s.

⁴² Si pensi all'art. 1282 c.c., ad esempio.

Ulteriore istituto affine è il patto di non chiedere il fallimento⁴³. Data la sua riconducibilità al *genus* del *pactum de non exsequendo*⁴⁴, se ne tratterà nel contesto del rapporto fra *pactum de non petendo* e processo.

1.4. Le questioni ancora aperte. Rilevanza penale del patto di inesigibilità nell'ambito della crisi d'impresa e nullità ex art. 1418 c.c.

A questo punto della trattazione occorre domandarsi se il patto d'inesigibilità stipulato nell'ambito della crisi d'impresa possa assumere rilevanza penale, e, successivamente, interrogarsi sui criteri ermeneutici utili per guidare il processo di sussunzione dell'accordo dilatorio nella norma incriminatrice. Tali questioni, già studiate dalla dottrina antecedente alla riforma del 2005⁴⁵, meritano adesso di essere in parte rimediate.

Lungi dall'aver rilievo solo per il penalista, i problemi appena evocati assumono rilievo anche in questa sede. Ove si dovesse ritenere l'accordo dilatorio sussumibile in una ipotesi di reato ne potrebbe conseguire, infatti, la

⁴³ Una dottrina tradizionale propendeva per l'invalidità del patto di non chiedere il fallimento, attesa la natura pubblicistica della disciplina fallimentare, che impediva la disposizione del diritto di chiedere il fallimento. Tale tesi è stata tuttavia superata, distinguendosi l'istituto del fallimento in quanto tale, avente natura pubblicistica, dalla facoltà del creditore di chiedere al giudice di pronunciarsi sull'istanza di fallimento, facoltà di cui il creditore può senza dubbio disporre. In questi termini v. BONELLI, *Del fallimento*, Torino, 1923, I, p. 126. Per la distinzione rispetto al patto d'inesigibilità v. A. DIMUNDO, *Pactum de non petendo*, cit., p. 907.

⁴⁴ In questi termini v. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 42.

⁴⁵ V. a tal proposito la ricostruzione di G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 205 s.

nullità *ex art.* 1418 comma 1 c.c. del negozio, per violazione di norma imperativa, quale è la stessa norma incriminatrice che prevede il reato⁴⁶.

Con tale considerazione si allude alla distinzione, nota alla dottrina penalistica⁴⁷, fra “reati-contratto”, e “reati in contratto”.

La prima categoria comprende le fattispecie incriminatrici che sanzionano l'incontro delle volontà in quanto *contra legem*, indipendentemente dall'esecuzione dell'accordo. In essa rientrano – se posti in essere attraverso la stipulazione di un accordo – i reati previsti dagli artt. 217 e 216 l. fall., che si esamineranno fra breve. Alla seconda, invece, si riconducono le ipotesi criminose in cui viene sanzionata non la conclusione in sé del contratto, ma il comportamento (violento, fraudolento o profittatorio) tenuto durante l'esecuzione di esso. Esemplificativo della categoria è il reato di truffa, punito dall'art. 640 c.p.

⁴⁶ Come sottolinea autorevole dottrina, la nullità per contrasto con la norma penale si colloca nel contrasto delle cosiddette “nullità di disvalore”, che postulano appunto una grave disapprovazione, da parte dell'ordinamento, delle finalità perseguite dai privati. In questi termini A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, Napoli, 2003, p. 108 s.; cfr. anche G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 102 s.

⁴⁷Per una disamina delle della distinzione ora citata, e delle problematiche legate ai reati-contratto, v. fra i tanti C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore: un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991, spec. p. 220 s.; G. AMATO, *Stupefacenti. Teoria e pratica*, Roma, 2006, p. 418 s.; A. FALCONE, *L'agente sotto copertura*, Dike Giuridica, 2014, p. 19 s.; G. RITUCCI, *La disciplina dell'acquisto simulato ex art. 97 T.U. n. 309/1990*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 999; e più di recente A. MANICCIA, *La non punibilità dell'agente provocatore nel contrasto al traffico di droga: soluzioni ancora a confronto, tra irrilevanza causale della condotta e difetto dell'elemento soggettivo - non-punishability of the agent provocateur in the context of traffic in drugs prevention: solution comparison is still in progress, choosing from causal irrelevance of behaviour and lack of the subjective element*, in *Cass. Pen.*, 2017, II, p. 780 s.; M. GAMBARDELLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze nel caso “tempa rossa”: una debole tutela legislativa - corruption, influence peddling, and trafficking of influences in the affair “tempa rossa”. a weak legislative protection*, in *Cass. Pen.*, 2016, X, p. 3597 s.

Dalla distinzione in esame discende una significativa conseguenza in punto di disciplina: solo in presenza di un reato-contratto dalla violazione del precetto penale discende anche la nullità sul piano civilistico dell'accordo⁴⁸.

Tanto premesso, occorre adesso soffermarsi sul problema della sussumibilità del patto in una fattispecie incriminatrice, al quale la dottrina, prima della esaminata riforma del 2005, forniva risposta affermativa⁴⁹.

Si è così sostenuta la riconducibilità dell'accordo dilatorio anzitutto alla fattispecie di cui all'art. 217 l. fall. ("Bancarotta semplice"). In particolare vengono in rilievo le condotte tipizzate dai numeri 3 e 4 del comma 1, che rispettivamente puniscono colui che "ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento", e colui che "ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa". In secondo luogo si è affermato che il patto d'inesigibilità, nella sua versione "parziale", può violare la disposizione incriminatrice prevista dall'art. 216, comma 3, l. fall. che punisce la cosiddetta

⁴⁸ Una fattispecie di reato particolarmente utile per la comprensione di tale differenza di disciplina è il delitto di usura. Come precisa A. PISU, *La sorte dei negozi usurari a séguito della riforma del reato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, III, 2003, p. 887 s., spec. p. 889, «sotto la vigenza del vecchio art. 644 c.p. l'usura era tradizionalmente ascritta nella categoria dei "reati in contratto" costituita, principalmente, da delitti contro il patrimonio realizzati con la cooperazione artificiosa della vittima, tramite cioè un atto di disposizione patrimoniale del soggetto passivo carpito con mezzi illeciti. È opinione pacifica che la legge, allora, non intendesse punire l'assetto di interessi consacrato nella stipulazione del contratto, la finalità economica dell'operazione, quanto piuttosto il comportamento di approfittamento tenuto da uno dei contraenti a danno dell'altro al fine di ottenere la prestazione usuraria. Sul versante civilistico, dunque, l'illiceità penale del fatto non avrebbe dovuto avere incidenza alcuna sul giudizio di validità del negozio concluso nel compimento del reato e si sarebbe dovuti giungere, a stretto rigore, alla conclusione della validità del medesimo e all'inapplicabilità della sanzione della nullità virtuale di cui all'art. 1418, comma 1°, c.c.».

⁴⁹ In questi termini v. G. RECINTO, *I patti d'inesigibilità del credito*, cit., p. 205 s.

“bancarotta preferenziale”, consistente in condotte volte a favorire alcuni creditori a discapito di altri.

Tale impostazione va tuttavia ripensata alla luce della disciplina sugli accordi di ristrutturazione. L'introduzione del nuovo istituto sembra invero precludere la rilevanza penale dei patti d'inesigibilità che ne compongono il contenuto. Da un lato infatti l'art. 182-bis l. fall. si cura di prescrivere l'integrale soddisfacimento dei creditori estranei all'accordo, con ciò di fatto scongiurando l'eventualità di una condotta preferenziale *ex art. 216 l.fall.* D'altro canto, la norma subordina l'omologazione dell'accordo, e con essa la sua efficacia, ad accurate verifiche da parte del Tribunale, che dovrebbero essere pienamente idonee ad accertare la natura non fraudolenta del contegno dell'imprenditore richiedente.

Quanto precede non esclude, a parere di chi scrive, che l'accordo di ristrutturazione possa rilevare penalmente se valutato nell'insieme delle operazioni poste in essere dall'imprenditore nell'arco di un dato periodo di tempo. In tale ipotesi tuttavia è evidente che, non essendo il reato integrato dall'accordo in quanto tale bensì da un complesso di condotte che lo comprendono, il reato non potrà più considerarsi alla stregua di reato-contratto. Si potrà quindi dubitare della conseguente nullità *ex art. 1418 c.c.* dell'accordo di ristrutturazione.

Le considerazioni della dottrina pregressa meritano invece di essere tuttora condivise con riguardo all'ipotesi che l'accordo dilatorio non faccia parte di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis l. fall. In tale ipotesi, deve ritenersi astrattamente possibile che l'accordo, in quanto tale, integri l'elemento oggettivo delle fattispecie indicate, con conseguente operatività della nullità virtuale.

Nei casi in cui l'accordo può assumere rilevanza penale, ai fini della sussumibilità nella norma incriminatrice devono sussistere due condizioni, l'una concernente l'elemento oggettivo, l'altra quello soggettivo delle fattispecie incriminatrici citate. In primo luogo, deve emergere l'idoneità del contenuto dell'accordo a far conseguire al debitore i risultati vietati dalle norme penali (ad esempio, la dilazione del fallimento o la violazione della *par condicio creditorum*), risultati che devono poi essersi effettivamente verificati. In aggiunta, dalla valutazione della sua causa concreta del negozio⁵⁰, deve emergere il dolo o quantomeno la colpa grave in relazione al verificarsi dell'evento delittuoso.

Le considerazioni che precedono consentono di porre l'accento sulla centralità del momento ermeneutico per l'accertamento del reato. Emerge qui nuovamente l'esigenza che l'interpretazione dell'accordo dilatorio che da un lato tenga conto della complessiva operazione economica in cui si inserisce, e dall'altro sia volta ad individuare la finalità concreta del negozio. Tale indagine è l'unica che consente di appurare se il *pactum*, pur nel dichiarato intento di dilazionare l'esigibilità, sia in realtà asservito a scopi ulteriori non consentiti dall'ordinamento.

1.5 Segue. Il rapporto con il divieto di cui all'art. 7 d.lgs. 231 del 2002.

Occorre valutare adesso il rapporto del patto d'inesigibilità con il divieto posto dall'art. 7 d.lgs. 231 del 2002, che sancisce la nullità rilevabile

⁵⁰ G. RECINTO, *I patti d'inesigibilità del credito*, cit., p. 208, sottolinea che «la nullità, sia che si tratti di un accordo plurilaterale sia che si ravvisi una pluralità di patti collegati, dipenderà sempre dall'essersi "insinuato" o no nel regolamento d'interessi lo scopo vietato dalla norma penale. Il conflitto che rileva è quello tra la funzione perseguita in concreto ed il precetto penale».

anche d'ufficio di accordi sulla data di pagamento che si mostrano gravemente iniqui a danno del creditore. La questione invero può presentarsi anche al di fuori del contesto della crisi d'impresa strettamente inteso, ma poiché attiene comunque all'utilizzo del patto d'inesigibilità nell'ambito dell'attività imprenditoriale, se ne tratta in questa sede.

Il problema richiede la preventiva disamina della *ratio* della norma⁵¹. La funzione del divieto in esame è la prevenzione di comportamenti che alterino il corretto funzionamento del mercato, ed in particolare l'imposizione da parte di un'impresa forte debitrice di un termine di adempimento iniquo e dannoso per

⁵¹ L'articolo 7 appena menzionato è stato oggetto di approfondite analisi dottrinali. In particolare, esso ha rappresentato la pietra angolare, unitamente ad altre disposizioni sparse nell'ordinamento (si pensi alla legge sulla subfornitura, l. 192/98, in particolare l'art. 9) per l'elaborazione della categoria del "terzo contratto". La categoria designa i contratti tra imprenditore forte e imprenditore debole (cosiddetto "b2b") e caratterizzati da una asimmetria tra le parti di carattere economico, che si differenzia dall'asimmetria prettamente informativa intercorrente fra le parti del "secondo contratto" (imprenditore e consumatore, cosiddetto "b2c"). La figura concettuale è stata inizialmente elaborata da R. PARDOLESI, *Prefazione. L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, a cura di G. Colangelo, Torino, 2004. In dottrina, tra i più significativi contributi sul tema, v. anche G. GITTI, G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, *passim*; E. MINERVINI, *Il « terzo contratto »*, in *Contr.*, 2009, p. 493 s.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Contr. Impr.*, 2008, p. 751 s.; A. GIANOLA, *Terzo contratto*, in *Digesto civ.*, Torino, 2009, p. 570 s. Più di recente, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 166 s.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 230 s. Con specifico riferimento alla disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, si indicano, senza pretesa di esaustività, alcune tra le principali monografie: E. RUSSO, *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova, 2005; V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003; P. MENGOZZI, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'interpretazione delle norme nazionali di attuazione delle direttive comunitarie*, Padova, 2007; AA.VV., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, a cura di A. M. Benedetti, Torino, 2003; G. DE NOVA, S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003.

l'impresa debole creditrice⁵². La *ratio* appena descritta fa luce anche sulla necessaria adozione, ai fini della individuazione della condotta vietata, di un criterio interpretativo volto a determinare l'incidenza negativa delle clausole stipulate sull'assetto operativo del contraente debole. Tale esigenza ermeneutica emerge altresì dalla lettera della norma, che definisce la condotta vietata in base all'effetto (la grave iniquità) che realizza a danno della controparte, effetto tale da ridurre la impresa debole ad una condizione di significativa soggezione.

E' dirimente, per comprendere se il patto d'inesigibilità possa risultare nullo *ex art. 7*, chiarire l'ambito applicativo del divieto, al fine di stabilire se le pattuizioni inique cui esso si riferisce siano solo quelle contenute nell'originario accordo contrattuale fra le parti, o anche a quelle contenute in una pattuizione successiva⁵³. La risposta al quesito è decisiva perché, come si è avuto modo di precisare nelle pagine che precedono, il *pactum de non petendo* interviene di

⁵² Tale ricostruzione della *ratio* normativa costituisce una sintesi semplificativa dell'analisi dottrinale sul punto, che tuttavia registra anche un complesso dibattito. Come noto, il d.lgs. 231 costituisce attuazione della direttiva europea n. 35 del 29-6-2000. Secondo una prima lettura del testo normativo, la *ratio* della disciplina comunitaria, e quindi di quella italiana, sui pagamenti commerciali sembrerebbe essere quella di tutelare la piccola e media impresa dalla grande impresa. A tale impostazione si è tuttavia obiettato che in taluni casi sono proprio le piccole imprese a non rispettare i termini per i pagamenti concordati con le grandi imprese. Secondo una diversa ricostruzione, la finalità perseguita dalla disciplina non è tanto quella di assicurare la protezione ad una certa categoria di imprenditori, quanto quella – più generale – di garantire il corretto funzionamento del mercato. Così V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., spec. p. 502, secondo il quale la *ratio* « risponde ad una logica di tipo macroeconomico, mirando ad assicurare il corretto funzionamento e lo sviluppo ordinato del mercato, attraverso la repressione di potenziali distorsioni della concorrenza, causate dalla situazione di disparità contrattuale nella quale il soggetto creditore versi nei confronti del debitore ». In questi termini anche G. FAUCEGLIA, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr.*, 2001, p. 313 s.

⁵³ Una ricostruzione del problema è fornita da G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 221 s.

consueto nella fase dell'esecuzione del rapporto, quale fonte distinta ed autonoma rispetto al negozio da cui è scaturito il rapporto obbligatorio.

Vari sono gli argomenti che militano in favore della soluzione estensiva dell'ambito del divieto.

In primo luogo la lettera della norma, che sanziona clausole individuate in base al loro contenuto ed ai rispettivi effetti, senza richiederne la contestualità rispetto al contratto originario. Ne consegue che ben potrebbe la norma colpire pattuizioni autonome e successive rispetto a quest'ultimo, come è appunto il caso del *pactum*.

In secondo luogo la ragione giustificativa della disposizione, che come si è rilevato guarda alla complessiva operazione economica a cui il singolo accordo dilatorio accede. Come si è condivisibilmente sottolineato⁵⁴, la disciplina in esame è ispirata «alla salvaguardia anche di interessi generali, quali, ad esempio, la conservazione dei livelli occupazionali, la prevenzione delle insolvenze delle imprese ed in senso più ampio il corretto svolgimento dei traffici commerciali. Istanze, queste, che possono trovare adeguata protezione soltanto se si prescinde da una indagine circoscritta al singolo atto negoziale per passare a una valutazione complessiva» dell'operazione economica, inclusiva tanto della stipulazione originaria quanto degli accordi successivamente intervenuti.

Acquisito, quindi, che il divieto colpisce anche l'aggravio – mediante patto di inesigibilità – delle condizioni di pagamento inizialmente pattuite, ci si può invero interrogare se la nullità così applicata all'accordo dilatorio non sia una nullità sopravvenuta rispetto alla conclusione del contratto originario⁵⁵. Al

⁵⁴ Così G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 220.

⁵⁵ Parte della dottrina nega cittadinanza nel nostro ordinamento alla categoria. In questi

quesito può darsi risposta negativa, ove si consideri che la dilazione del termine di adempimento punita dall'art. 7, quand'anche pattuita successivamente al contratto, trova giustificazione nello squilibrio delle posizioni dei contraenti, che è originaria e coeva alla formazione del contratto⁵⁶. A riprova di ciò, può addursi che la relazione governativa al d.lgs. 231, con riguardo all'art. 7, precisa che il sintagma "grave iniquità" è riferito "ad una patologia genetica della stipulazione".

Quanto precede consente di differenziare l'ambito applicativo della disposizione in esame con quello dell'art. 1467 c.c.⁵⁷, che riguarda la

termini A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 50, il quale sottolinea che la nullità sopravvenuta deve discendere da previsioni legislative esplicite e, conseguentemente, non assurge a dignità autonoma rispetto alla nullità testuale ex art. 1418 c.c. L'autore sottolinea inoltre che la nullità *ratione temporis* «incorre nel (...) vizio logico di utilizzare una qualificazione propria della fattispecie negoziale per descrivere un fenomeno che invece riguarda esclusivamente (parte de) i suoi effetti». Cfr. inoltre R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 368 s. La nozione si trova soprattutto adoperata in dottrina in materia di usura, fideiussione e contratti del mercato finanziario. A titolo di esempio, v. su tali tematiche G. GIUSTI, *Note in tema di sequestro liberatorio ed usurarietà sopravvenuta del tasso di interesse*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2001, p. 110 s.; V. SANGIOVANNI, *Il caso «my way» e il contratto aleatorio unilaterale*, in *Giur. merito*, XII, 2008, p. 3116 s.

⁵⁶ Aderisce a tale conclusione G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 223.

⁵⁷ La considerazione incrocia il tema della distinzione fra eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione, che trova tutela nel nostro ordinamento, secondo parte della dottrina, proprio in virtù della clausola *rebus sic stantibus* codificata dall'art. 1467 c.c. Esula dalla presente trattazione il dibattito circa la riconducibilità dell'istituto della presupposizione al rimedio offerto dall'art. 1467. Giova tuttavia precisare che, con riferimento alla presupposizione, in dottrina «si è operata una distinzione fra l'ipotesi in cui il presupposto manchi ab origine, in cui rileverebbe un difetto genetico della causa, idoneo a determinare l'invalidità del contratto, e l'ipotesi in cui esso venga meno successivamente, in cui rileverebbe un difetto funzionale della causa, suscettibile di provocare la risoluzione del contratto». Così F. DEGL'INNOCENTI, *Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici*, in *Giust. civ.*, II, 2009, p. 79. Sul tema della sopravvenienza in senso lato, v. F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta, sub artt. 1463-1466 c.c.*, ne *Il codice civile commentato* diretto da F. Busnelli, Milano, 2003, p. 9 s., ove si effettua la distinzione fra

soppravvenienza di una eccessiva onerosità. Non può dunque ipotizzarsi l'applicabilità dello strumento risolutorio agli accordi dilatori, che seppur intervenuti successivamente rispetto alla stipula del contratto, sono giustificati da uno squilibrio preesistente. Tale conclusione è del resto imposta dagli stringenti presupposti di cui all'art. 1467 c.c. (si pensi soprattutto all'imprevedibilità od alla straordinarietà dell'avvenimento che rende squilibrato il rapporto contrattuale), certamente non confacenti all'ipotesi in esame.

2. Pactum de non petendo e crisi coniugale.

Altro settore in cui il patto d'inesigibilità trova frequente applicazione è quello della crisi coniugale, ove viene spesso adoperato dai coniugi (o dalle parti dell'unione civile, così come dai conviventi di fatto) per regolare le rispettive pretese correlate al venir meno del vincolo.

Per la comprensione del ruolo che gioca il *pactum* in questo settore, nonché dei suoi presupposti di validità, occorre incidentalmente trattare dei limiti dell'autonomia privata nell'ambito della crisi dei rapporti familiari.

Il tema, quanto mai attuale⁵⁸, risente dello scontro dialettico fra, da un lato, il divieto sancito dall'art. 160 c.c. con riguardo al matrimonio, e dall'altro la

soppravvenienze "impeditive", che danno luogo alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, e soppravvenienze "non impeditive", che aprono la strada al rimedio di cui all'art. 1467 c.c.

⁵⁸ La crescente privatizzazione dei rapporti coniugali trova un punto di riferimento nell'art. 711, comma 4, c.p.c., che ne disciplina una delle sue principali manifestazioni, i cosiddetti "contratti della crisi coniugale". Del resto era stata già la riforma di cui alla l. n. 151 del 1975 a conferire centralità alla separazione consensuale nell'ambito della crisi coniugale.

progressiva evoluzione dell'ordinamento (di cui rappresenta il più recente approdo la legge n. 76 del 2016) «che si allontana dalla propensione pubblicistica del concetto di famiglia a favore di quella privatistica, così aprendo uno spiraglio entro cui ritagliare un ambito di intervento per il privato»⁵⁹.

Come la dottrina⁶⁰ e la giurisprudenza tradizionale⁶¹ hanno efficacemente sottolineato, la violazione dell'art. 160 c.c. rende nullo il contratto

Più di recente, con la l. 76 del 2016, l'iter trova il suo naturale approdo nella codificazione dei cosiddetti contratti di convivenza, espressione della massima autonomia privata in materia. Per un quadro della evoluzione appena tratteggiata, cfr. M. DOGLIOTTI, *Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 370 s.; N. LIPARI, *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto - A vent'anni dalla riforma*, a cura di A. Belvedere - C. Granelli, Padova, 1996; V. DE PAOLA, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel regime di separazione*, in *Famiglia e diritto*, 4 / 2000, p. 404 s.; G. FERRANDO, *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli assetti economici*, in *Famiglia*, 2001, p. 243 s., secondo il quale «la caduta del principio di indissolubilità del matrimonio, nel 1970, apre la via ad un processo di privatizzazione del diritto di famiglia, che trova nella riforma più compiuta definizione». Fra i più recenti contributi sul tema, v. A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *I Contratti*, 2 / 2016, p. 174 s.

⁵⁹ Così A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 174.

⁶⁰ V. a tal proposito A. BELLORINI, *op. loc. ult. cit.*, p. 177; V. DE PAOLA, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel regime di separazione*, cit., p. 404. Quest'ultimo sottolinea la nullità dell'accordo «che contenga una rinuncia pura e semplice al mantenimento, salva la rinuncia *rebus sic stantibus* che, valendo soltanto come riconoscimento della mancanza attuale dei presupposti del diritto al mantenimento, non pregiudica la successiva richiesta quando, in relazione a fatti sopravvenuti, sia modificato l'originario equilibrio economico dei coniugi».

⁶¹ V. in particolare Cass. 11 giugno 1981, n. 3777, in *Diritto e famiglia*, 1981, 1025, ove si precisa quanto segue: «In tema di divorzio, il preventivo accordo con cui gli interessati stabiliscono, in costanza di matrimonio, il relativo regime giuridico, anche in riferimento ai figli minori, convenendone l'immodificabilità per un dato periodo di tempo, è invalido, nella parte riguardante i figli, per l'indisponibilità dell'assegno dovuto ai sensi dell'art. 6, L. 1° dicembre 1970, n. 898, nella parte riflettente l'assegno spettante all'ex coniuge a norma del precedente art. 5, per contrasto sia con l'art. 9 della stessa legge, che non consente limitazioni di ordine temporale alla possibilità di revisione del suindicato regime, sia con

quando l'atto di disposizione trovi la sua causa giustificatrice nella separazione o nel divorzio. La crisi del rapporto deve dunque assurgere ad elemento causale giustificativo dello spostamento patrimoniale. A titolo di esempio, può ritenersi nullo per violazione della norma imperativa citata l'accordo volto a quantificare in anticipo l'assegno divorzile, o quello con cui un bene di proprietà di una parte venga trasferito all'altra in vista del futuro scioglimento del matrimonio ed a tacitazione delle pretese ad esso correlate. Tali accordi infatti conculcano la libertà di autodeterminazione delle parti in relazione allo scioglimento del vincolo, libertà che l'art. 160 c.c. intende tutelare.

A fronte di tale premessa, è opportuno sottolineare il succedersi, negli ultimi anni, di casi in cui la Cassazione ha riconosciuto la validità di accordi aventi contenuto patrimoniale la cui efficacia era condizionata al fallimento del rapporto di coniugio⁶². L'iter giurisprudenziale, seppur da taluni ritenuto

l'art. 5, cit., che, fissando i criteri per il riconoscimento e la determinazione di un assegno all'ex coniuge, configura un diritto insuscettibile, anteriormente al giudizio, di rinuncia o di transazione, attesa l'illiceità della causa di un negozio siffatto, perché sempre connessa, esplicitamente o implicitamente, all'intento di viziare, o quanto meno di circoscrivere, la libertà di difendersi in detto giudizio, con irreparabile compromissione di un obiettivo d'ordine pubblico come la tutela dell'istituto della famiglia. Pertanto, in tale giudizio, non può una delle parti impedire all'altra di provare la verità delle condizioni di fatto alle quali la legge subordina e commisura l'assegno di divorzio e quello di mantenimento dei figli, eccedendo l'intangibilità dell'accordo intervenuto in merito prima dell'inizio del giudizio medesimo». V. anche, fra le tante: Cass. 2 luglio 1990, n. 6773, in *Mass. Giur. it.*, 1990; Cass. 11 dicembre 1990, n. 11788, in *Arch. civ.*, 1991, 417; Cass. 1 marzo 1991, n. 2180, in *Dir. fam.*, 1991, 926; Cass. 4 giugno 1992, n. 6857, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 338.

⁶² Vengono in rilievo, a tal proposito, Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713, in *Corr. giur.*, 2013, n. 12, 1564 ss.; Cass. 21 agosto 2013, n. 19304, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 103; Cass. 21 febbraio 2014, n. 4210, con il commento di A. SALATI, *Patti (prematrimoniali) chiari e amicizia lunga*, in *FederNotizie* del 27 aprile 2015. Nella prima delle sentenze citate, a titolo di esempio, la Cassazione riconosce la validità del seguente accordo. Un coniuge aveva sostenuto una spesa per ristrutturare l'abitazione di proprietà dell'altro, adibita a residenza familiare, e quest'ultimo si obbligava in cambio a trasferirgli un secondo immobile di sua proprietà. A tale previsione si aggiungeva una pattuizione collegata che prevedeva un

eversivo rispetto al divieto codicistico fissato dall'art. 160 c.c.⁶³, in realtà si spiega proprio con la considerazione che la predetta norma non sanziona i negozi che vedono nella crisi familiare una condizione di efficacia, piuttosto che la propria causa.

L'accordo dunque esula dal divieto dei patti prematrimoniali quando il fallimento del rapporto sia l'occasione, e non la ragione giustificativa, del trasferimento patrimoniale. Ciò si verifica quando la pattuizione, lungi dall'aver ad oggetto gli effetti patrimoniali del divorzio o della separazione, riguarda vicende patrimoniali indipendenti, che nella crisi familiare trovano solo una condizione di efficacia.

Tale considerazione consente di mettere in luce la centralità che assume il *pactum de non petendo* in questo settore.

Invero, come si è sottolineato in dottrina⁶⁴, è riconducibile a tale istituto anzitutto la pattuizione che subordina un effetto patrimoniale, voluto dalle parti, al fallimento del rapporto di coniugio. Tale accordo si traduce nella inesigibilità (temporanea) della prestazione fintanto che il vincolo coniugale permanga.

L'affermazione tuttavia merita di essere precisata. Se la crisi coniugale costituisce la condizione dell'effetto patrimoniale, evidentemente tale effetto

trasferimento di segno inverso avente ad oggetto titoli di stato, fungendo da conguaglio, in quanto l'immobile aveva un valore superiore ai costi di ristrutturazione. Tutta l'operazione negoziale era sospensivamente condizionata al venir meno del vincolo matrimoniale.

⁶³ In questi termini si esprime A. SALATI, *Patti (prematrimoniali) chiari e amicizia lunga*, cit., il quale ritiene tale giurisprudenza espressiva di un superamento del divieto di patti prematrimoniali, e suggerisce di superare la relativa dicitura in favore della più ampia nozione di più ampia categoria di "accordi patrimoniali fra coniugi".

⁶⁴ Così A. BELLORINI, *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 177.

sarà dilazionato non in virtù dell'operatività di un *pactum de non petendo*, bensì del meccanismo condizionale.

Il *pactum* sussiste invece laddove dal regolamento contrattuale emerga la volontà di non esigere una prestazione fintanto che permanga il vincolo patrimoniale ed in ragione del suo perdurare, piuttosto che quella di sottoporre l'efficacia dell'accordo alla condizione (sospensiva) dello scioglimento del rapporto.

In secondo luogo, sembrano riconducibili a tale figura negoziale gli accordi con cui le parti, nello stabilire le condizioni della separazione consensuale *ex art. 711 comma 4 c.p.c.*, rinunziano *pro tempore e rebus sic stantibus* a effetti patrimoniali che la legge (e non già la volontà dei privati) fa discendere dallo scioglimento del rapporto, come il diritto al mantenimento⁶⁵. Simili pattuizioni, se da un lato realizzano l'inesigibilità tipica del *pactum de non petendo*, dall'altro possono essere utilizzati, con funzione accertativa, in funzione del riconoscimento della (attuale e temporanea) inesistenza dei presupposti per il diritto al mantenimento. Ad ogni modo, la previsione di un simile patto d'inesigibilità trova limiti ineludibili connessi alla peculiarità del settore in cui opera. La consolidata giurisprudenza di legittimità afferma infatti che l'accordo non può in ogni caso privare definitivamente il coniuge avente diritto della facoltà di richiedere il mantenimento (ragion per cui il *pactum* può essere solo *ad tempus*), e comunque non pregiudica la successiva richiesta

⁶⁵ Come si è detto, violerebbero invece il divieto di cui all'articolo 160 c.c. i patti che realizzano una rinunzia definitiva a tale diritto. V. sul punto V. DE PAOLA, *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel regime di separazione*, cit., p. 404 s. Con riguardo alla rinunzia "temporanea" al mantenimento, sembra potersi operare una distinzione. Essa può essere ricondotta al *genus* del negozio di accertamento laddove i presupposti del relativo diritto siano insussistenti, o ne sia quantomeno incerta la sussistenza. Laddove invece la rinunzia *ad tempus* sia posta in essere nella effettiva presenza dei presupposti, ricorre l'ipotesi del patto d'inesigibilità.

quando il verificarsi di fatti sopravvenuti abbia alterato l'originaria situazione patrimoniale dei paciscenti⁶⁶.

3. *Pactum de non petendo e processo.*

Il *pactum de non petendo* presenta evidenti riflessi processuali: la pattuita inesigibilità si riverbera infatti nell'impegno a non azionare gli strumenti processuali predisposti dall'ordinamento a tutela del credito. E' quindi opportuno trattare della stretta correlazione fra *pactum de non petendo* e processo, tema che impone di soffermarsi su una particolare figura negoziale, anch'essa di origine romanistica, denominata "*pactum de non exsequendo*"⁶⁷.

Trattasi dell'accordo, intercorrente fra il creditore in possesso di titolo esecutivo ed il debitore, con cui il primo si impegna nei confronti del secondo a

⁶⁶ Sul tema, v. Cass. 7 marzo 1978, n. 1116, in *Foro it.*, 1978, I, p. 1143, ove si sottolinea che la modificabilità delle condizioni della separazione consensuale ex art. 711 c.p.c., incluse quelle inerenti all'assegno di mantenimento, in relazione a fatti sopravvenuti; Cass. 19 marzo 1980, n. 1819, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, III. In quest'ultimo caso la Suprema Corte si occupa dell'istanza con cui il coniuge, che precedentemente aveva riconosciuto di non aver diritto al mantenimento, lo richiedeva allegando sopravvenute alterazioni dell'equilibrio economico fra i coniugi. La Corte precisa che, nella revisione delle condizioni economiche della separazione consensuale, il giudice può procedere alla chiesta modificazione quando eventi sopravvenuti abbiano alterato la situazione patrimoniale esistente al momento dell'accordo originario, in modo tale da far venir meno il presupposto della pregressa rinunzia.

⁶⁷ Il tema non è stato oggetto di particolare attenzione in dottrina. Sul punto v. G. FABBRINI TOMBARI, *In tema di pactum de non exsequendo* (nota a Cass., 12 agosto 1991, n. 8774), in *Foro it.*, 1992, I, c. 1845 s.; R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sist. di dir. proc. civ.* diretta da Proto Pisani, Torino, 1983, pp. 115-116; E. DELL'AQUILA, *Brevi note in tema di pactum de non exsequendo ad tempus*, cit., c. 815 s.; più di recente v. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 35 s. Il tema si trova affrontato in alcuni contributi relativi al *pactum de non petendo*: v. G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., p. 32; M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, cit., p. 229.

non far ricorso all'esecuzione forzata per ottenere il soddisfacimento del suo diritto. L'obbligo può essere delimitato temporalmente (*ad tempus*) o perpetuo (*in perpetuum*).

Nonostante la stretta attinenza con le dinamiche processuali, l'accordo in questione è tenuto nettamente distinto, anche dalla dottrina più recente⁶⁸, dai cosiddetti "negozi giuridici processuali", ovvero i negozi – distinti dagli atti processuali in senso stretto – con cui le parti regolano convenzionalmente lo svolgimento di un processo o rinunziano preventivamente a diritti o facoltà processuali⁶⁹. Si è a tal proposito rilevato che il *pactum de non exsequendo* non incide direttamente sul processo, bensì sul rapporto obbligatorio, la cui modifica solo indirettamente si riverbera sul giudizio. Non si tratta dunque di negozio processuale, ma di accordo (sostanziale) «con effetti sul processo»⁷⁰.

La trattazione dell'istituto in questa sede è motivata dalla sua riconduzione, consolidata in dottrina e in giurisprudenza⁷¹, al *pactum de non*

⁶⁸ In merito a tale distinzione v. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., pp. 45-46. Così anche S. SATTA, voce *Accordo b) Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958.

⁶⁹ Sul tema, fra i contributi più recenti, v. G. DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959; AA. VV., *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008 (supplemento al n. 3/2008 *Riv. trim. dir. proc. civ.*).

⁷⁰ Sono parole di S. SATTA, voce *Accordo b) Diritto processuale civile*, cit., p. 300.

⁷¹ In dottrina v. G. FABBRINI TOMBARI, *In tema di pactum de non exsequendo*, cit., c. 1847; E. DELL'AQUILA, *Brevi note in tema di pactum de non exsequendo ad tempus*, cit., c. 816 s.; così anche v. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 36. In giurisprudenza v. Cass., sez. un., 20 maggio 1952, n. 1457, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1952, III, p. 261 s., con nota di B. BRUNETTI, *Brevi osservazioni intorno ai negozi giuridici processuali, con particolare riferimento al pactum de non exsequendo*; Corte App. Milano, 22 settembre 1964, in *Foro Pad.*, 1965. V. però Cass. 12 agosto 1991, n. 8774, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 484 ss. che sarà esaminata in seguito, concernente il problema della legittimità del *pactum de non exsequendo* stipulato prima dell'emissione del provvedimento esecutivo. In tale pronuncia la Corte sottolinea un tratto distintivo fra *pactum de non petendo* e *pactum de non exsequendo*. Il primo incide «direttamente sopra l'elemento oggettivo del rapporto obbligatorio preesistente, il

petendo, del quale è ritenuto una specifica manifestazione. Indubbiamente il patto d'inesigibilità sembra ricomprenderlo sul piano degli effetti, poiché non è limitato al solo processo esecutivo, impedendo al creditore di agire anche in via di cognizione ordinaria⁷².

Non sorprende dunque che il dibattito sulle questioni di fondo concernenti *pactum de non petendo* si rifletta sulle corrispondenti problematiche relative al *pactum de non exsequendo*. In sintesi, con riguardo alla natura di quest'ultimo istituto ed alla sua efficacia, le opinioni espresse in dottrina sembrano riconducibili a due orientamenti⁷³, entrambi già esaminati con riguardo al *pactum de non petendo*⁷⁴.

Secondo una prima impostazione⁷⁵, il patto avrebbe natura costitutiva. Costituirebbe cioè una nuova fonte di regolazione del rapporto, che si affiancherebbe a quella originaria, senza incidere su quest'ultima né modificare il rapporto preesistente. L'accordo si limiterebbe ad introdurre nel rapporto

contenuto del quale o viene arricchito mediante l'apposizione alla prestazione dovuta di un termine che prima non esisteva, o viene modificato mediante lo spostamento in avanti del termine che in precedenza vi ineriva». Il secondo «invece, in quanto rivolto a non rendere esperibili le forme del processo esecutivo per la realizzazione del credito sino a quando la sentenza di condanna al pagamento di esso non sia passata in giudicato, lascia integro ed immutato il rapporto obbligatorio che ha costituito oggetto di quella pronuncia giudiziale anche per quanto riguarda il termine della prestazione e gli effetti della mora; non tange l'accertamento dell'esistenza indubbia e della liquidità del credito, né interferisce sulla emissione del titolo esecutivo; ma limita soltanto, e temporaneamente, una delle modalità di esecuzione della obbligazione, per cui è stata emessa condanna, imponendo al creditore di soprassedere dall'avvalersi delle forme della esecuzione forzata prima del momento in cui il diritto accertato dal giudice non abbia acquistato l'autorità del giudicato ex art. 2909 Codice civile».

⁷² In questi termini v. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 37.

⁷³ Per una sintetica disamina del dibattito dottrinale in materia, v. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 37 s.

⁷⁴ V. *supra* cap. 2.

⁷⁵ V. *supra* cap. 2, par. 2 e dottrina citata in nota.

obbligatorio una nuova obbligazione negativa, implicante appunto l'obbligo di non azionare la tutela coattiva del credito. L'efficacia di un simile patto sarebbe dunque meramente obbligatoria, così come la tutela concessa al debitore. Quest'ultimo, infatti, dinanzi alla pretesa azionata dal creditore in violazione del patto, non potrebbe esimersi dall'adempiere, potendo semmai avanzare in separata sede una pretesa risarcitoria per l'inadempimento del creditore.

Altra tesi ne predica invece la valenza modificativa del rapporto obbligatorio: il *pactum de non exsequendo* inciderebbe sull'assetto dei diritti e delle pretese esercitabili dal creditore, limitandoli⁷⁶. Tale impostazione consente di giustificare un'efficacia non meramente obbligatoria ma *lato sensu* reale del patto, che consentirebbe al debitore, a fronte dell'inadempimento del creditore, di paralizzare l'azione mediante l'opposizione all'esecuzione⁷⁷.

Si sono già messe in luce le perplessità sull'efficacia meramente obbligatoria del patto di inesigibilità. In questa sede si deve però aggiungere come l'efficacia "reale" sia di fatto l'unica tutela efficace degli interessi del debitore, e come la tesi opposta risulti in definitiva disfunzionale rispetto al principio di economia processuale, dal momento che induce il debitore a far valere le proprie ragioni (la domanda risarcitoria) in un nuovo giudizio, anziché concentrare le pretese del debitore e del creditore in un'unica vicenda processuale.

⁷⁶E' la tesi di L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 40. Con riferimento al *pactum de non petendo*, v. *supra* cap. 2, par. 5 e 6 e dottrina *ivi* citata in nota.

⁷⁷ E' lo strumento adoperato nel caso deciso da Cass., 12 agosto 1991, n. 8774, cit., che così riassume la vicenda processuale: «le parti si accordavano in via provvisoria nel senso che, pendente la lite, [...] ogni eventuale credito del P. non sarebbe stato esigibile se non a seguito della definizione della controversia con sentenza passata in giudicato. Pendente il processo per Cassazione, P. intimava il precetto ed intraprendeva esecuzione [...] M.V. reagiva proponendo opposizione all'esecuzione».

Ferma restando la validità del *pactum de non exsequendo*, si controverte in dottrina circa l'ammissibilità di taluni negozi che ad esso vengono ricondotti o comunque ad esso affini.

Anzitutto, occorre soffermarsi sul patto di non chiedere il fallimento⁷⁸, già menzionato nei paragrafi che precedono, ovvero l'accordo con cui il creditore s'impegna verso il debitore a non avanzare istanza di fallimento, anche se il debitore non adempia. Rispetto alla sua validità, una dottrina tradizionale⁷⁹ osservava la natura pubblicistica degli interessi sottesi al fallimento dell'impresa insolvente, incompatibile con la sua disponibilità per via negoziale.

La dottrina più recente⁸⁰ è tuttavia addivenuta diversa soluzione, sottolineando in primo luogo che l'istanza (a differenza del fallimento in quanto tale) è una facoltà concessa al privato e come tale disponibile, ed in secondo luogo che l'apertura della procedura concorsuale non è in ogni caso preclusa da un simile patto, atteso che la relativa iniziativa spetta anche al pubblico ministero, così come agli altri creditori. Del resto, la disponibilità delle facoltà oggetto del patto in questione è confermata indirettamente dalla giurisprudenza che ammette la rinuncia – da parte del creditore – all'istanza di

⁷⁸ Il patto è considerato una *species* del *pactum de non exsequendo*, anche in giurisprudenza. V. sul punto Trib. Milano, 27 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 945 s., con nota di R. CONTE, *Atti esecutivi illegittimi e provvedimento d'urgenza (e cenni sulla costituzionalità del rapporto tra ordinanza ex art. 186 quater c.p.c. ed iscrizione ipotecaria)*, ove si precisa che l'obbligo di non agire esecutivamente deve intendersi esteso, salva espressa previsione contraria delle parti, all'istanza per la declaratoria di fallimento.

⁷⁹ In questi sensi v. R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1955, p. 257.

⁸⁰ Così U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, II, Torino, 1961, p. 591 s.; V. L. CUNEO, *Le procedure concorsuali. Natura, effetti svolgimento*, Milano, 1970, p. 247; L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 43.

fallimento⁸¹. Alla luce delle considerazioni che precedono, il patto di non chiedere il fallimento può quindi ritenersi valido.

Tanto premesso, ci si deve interrogare sulla sua efficacia, e sul correlato problema delle tutele spettanti al debitore in caso di sua inosservanza. Si potrebbe invero osservare a tal proposito come l'istanza per la declaratoria del fallimento – anche volendo considerarla come facoltà di spettanza del privato – dia inizio ad un procedimento che esorbita dalla sfera d'interessi del singolo creditore, coinvolgendo anche la sfera giuridica degli altri creditori e assumendo in ultima analisi una valenza generale di garanzia del corretto funzionamento del mercato. Se ne dovrebbe ricavare l'inopportunità di riconoscere al debitore il diritto di paralizzare la procedura concorsuale mediante apposita *exceptio*, dovendo quest'ultimo accontentarsi della tutela risarcitoria.

A tali considerazioni si è tuttavia di recente obiettato⁸² come l'istanza diretta ad ottenere la declaratoria del fallimento persegua in realtà un interesse autonomo del creditore istante e non collettivo, nulla ostando dunque all'esperibilità della suddetta eccezione da parte del debitore. Peraltro, si deve precisare come l'*exceptio* non precluda in ogni caso la apertura della procedura concorsuale per effetto dell'istanza presentata da altri creditori.

Proseguendo nell'esame delle questioni connesse al *pactum de non exsequendo*, occorre soffermarsi sul problema se tale negozio sia valido quando è

⁸¹ In questi termini, fra le tante pronunce sul punto, v. Cass., 11 agosto 2010, n. 1860, in *Foro it.*, 2011, I, c. 461 s., secondo la quale il ricorso per la dichiarazione di fallimento avanzato da un creditore esprime l'esercizio del potere di azione e come tale è rinunziabile, anche tacitamente, mediante mancata comparizione del creditore all'udienza.

⁸² Così L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 44.

stipulato prima dell'emanazione della sentenza di condanna o comunque prima che si formi il giudicato.

Una massima tralatizia in giurisprudenza afferma l'invalidità del negozio in tale ipotesi, motivando in base alla indisponibilità del diritto ad agire esecutivamente quando ancora non ne sussistono i presupposti⁸³. Più di recente, la Cassazione ha nuovamente ribadito tale orientamento, riconoscendo la validità del *pactum de non exsequendo* "preventivo" solo qualora incidesse esclusivamente sull'esecutorietà provvisoria *ex lege* della sentenza finché essa non avesse acquistato autorità di giudicato⁸⁴.

Il problema della validità di tale negozio è stato affrontato in dottrina⁸⁵ congiuntamente al tema dell'ammissibilità del patto con cui le parti si obbligano a non impugnare la sentenza che verrà emessa al termine del giudizio⁸⁶, con cui

⁸³ Tale orientamento della Cassazione riconosceva la liceità del *pactum de non exsequendo* stipulato dopo la creazione del titolo esecutivo (giudiziale o stragiudiziale), ma non reputava valido l'accordo dilatorio dell'esecuzione se anteriore alla sentenza: si riteneva che il giudicato in altro senso determinasse la perdita di valore giuridico del patto stesso. In questi sensi v. Cass., 15 giugno 1964, n. 1519, in Rep. Giur. It., 1964, in *Foro Pad.*, 1965, I, 34; Cass., 15 maggio 1952, n. 1457, in *Mass.*, 1952, 400; Cass., 10 marzo 1934, in *Foro It.*, 1934, I, 1155; Trib. Cremona, 9 novembre 1971, in *Foro Pad.*, 1972, I, 816, con nota di Dell'Aquila.

⁸⁴ In questi termini v. Cass., 12 agosto 1991, n. 8774, cit. Nel caso oggetto di giudizio, i contraenti di una compravendita immobiliare avevano stipulato un *pactum de non exsequendo ad tempus*. Il patto prevedeva l'impegno dell'acquirente, nel caso di controversie, a non azionare in via esecutiva i propri crediti fino alla definizione della causa con il passaggio in giudicato della sentenza. L'accordo cioè impediva all'acquirente di intraprendere l'esecuzione forzata, neppure con una sentenza provvisoriamente esecutiva in primo grado, oppure con una sentenza di appello e pendente il giudizio per cassazione, consentendogli di farlo solo con sentenza passata in giudicato. La Corte di legittimità riconosce la validità di tale accordo, operante sulla esecutorietà della sentenza, così superando un precedente orientamento che ne negava l'ammissibilità.

⁸⁵ Per una ricostruzione del problema, v. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 65 s.

⁸⁶ Sul punto, possono segnalarsi i recenti contributi di: M. BELLANTE, *Il patto di rinuncia preventiva all'impugnazione di una sentenza futura*, in *Contratti*, 2012, p. 779 s.; S. PAGLIANTINI,

condivide le questioni di fondo. Anche la validità di tale accordo – che «non integra una rinuncia all'azione né una rinuncia agli atti del giudizio ex art. 306 c.p.c., ma un'acquiescenza preventiva ex art. 329 c.p.c.»⁸⁷ – è stata negata dalla giurisprudenza tradizionale⁸⁸.

La questione può essere esaminata da tre angolazioni distinte.

In primo luogo, constatando che entrambi i negozi in esame hanno un oggetto non esistente al momento della stipula, ci si può interrogare sulla validità dei negozi ad oggetto futuro. A sostegno di una risposta negativa al quesito, a nulla vale addurre gli specifici divieti di disposizione sanciti dagli articoli 458 c.c. e 2937 comma 2 c.c. Tali disposizioni, come si è condivisibilmente osservato⁸⁹, sono speciali rispetto al generale principio di libera disponibilità dei beni futuri, che si può desumere dall'art. 1348 c.c. e 1472 c.c.

Tanto premesso, ci si può domandare se le pattuizioni descritte abbiano oggetto determinato o determinabile ai sensi dell'art. 1346 c.c. Anche a tale quesito la risposta dev'essere affermativa. Tanto nella rinuncia preventiva al

I tratti diafani della nullità contrattuale in Cassazione: a proposito della rinuncia preventiva al gravame e di nullità parziale ope iudicis, in Contratti, 2012, p. 845 s.

⁸⁷ Le parole sono tratte dall'ordinanza di rimessione alle sezioni unite, che si è recentemente interrogata sulla questione della validità di tale acquiescenza anticipata: Cass., 6 marzo 2012, n. 3469, su cui G. LUDOVICI, *L'acquiescenza anticipata alla sentenza: l'accettazione della sentenza anteriormente alla sua pronuncia (con conseguente rinuncia preventiva all'impugnazione della stessa) può configurare un negozio giuridico processuale plurilaterale a carattere aleatorio*, in *www.judicium.it*, 10 aprile 2012. La successiva pronuncia delle sezioni unite (Cass., Sezioni Unite, 25 marzo 2013, n. 7381) non affronta ex professo la questione, come auspicato dall'ordinanza di rimessione, dal momento che forma oggetto del ricorso incidentale assorbito.

⁸⁸ A titolo di esempio, v. Cass., 3 maggio 1975, n. 1695, in *Rep. Foro It.*, 1975, voce *Impugnazioni civili*, n. 54; Cass., 30 dicembre 1981, n. 6773, *ivi*, 1982, voce *cit.*, n. 7.

⁸⁹ In questi sensi v. L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 69.

gravame, quanto nell'accordo *de non exsequendo* antecedente alla formazione del titolo esecutivo è possibile prefigurare i possibili esiti della lite, pur sussistendo l'incertezza su quale delle ipotetiche prospettazioni diverrà realtà⁹⁰.

Infine, i negozi potrebbero essere reputati nulli per contrasto con il principio dell'inderogabilità delle norme processuali. Tuttavia, anche tale censura si rivela ad un'attenta analisi infondata. L'oggetto della negoziazione è in entrambi i casi l'azione, che è intrinsecamente disponibile in quanto espressione del potere di disporre⁹¹. Tale conclusione non contrasta con la previsione di cui all'art. 24 comma 1 Cost., che garantisce e tutela la facoltà di agire in giudizio, facoltà il cui esercizio è tuttavia in definitiva rimesso alla scelta del privato.

Accogliendo tali condivisibili premesse, negli ultimi anni parte della dottrina ha riconosciuto la validità e la liceità della rinuncia anticipata al gravame. Non si vede dunque perché non debba condividersi la medesima soluzione con riferimento al *pactum de non exsequendo* anteriore al formarsi del titolo esecutivo⁹².

⁹⁰ Anche sotto questo profilo l'accordo è dunque valido, potendosi semmai considerare quale contratto aleatorio. A tal proposito v. G. LUDOVICI, *L'acquiescenza anticipata alla sentenza*, cit.

⁹¹ Così L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 71. Sul tema del potere di disporre, fra i tanti, v. G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, in *Ann. Univ. Perugia*, 1936, p. 20 s.; S. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 1018 s.; S. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in Id., *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 33 s.; più di recente V. FARINA, *Il cd. potere di disporre ed il negozio autorizzativo*, in *Vita Not.*, 1999, p. 536 s.; ID., *L'autorizzazione a disporre in diritto civile*, Napoli, 2001, *passim*.

⁹² La tesi è condivisa da L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, cit., p. 73. In questi sensi v. anche A. MANIACI, *Sulla validità del patto di non deposito del lodo*, cit., p. 635 s. L'autore desume dalla validità del *pactum de non exsequendo* altresì la validità del patto di non deposito del lodo, attesa l'identità dell'interesse sotteso ai due accordi.

Conclusioni

La disamina dei più significativi snodi problematici in materia di *pactum de non petendo* offre all'interprete uno sguardo privilegiato sull'evoluzione del nostro ordinamento. Si allude in particolare al fenomeno, noto al civilista contemporaneo, della "crisi della fattispecie"¹.

Il respiro sistematico dell'istituto si coglie, sotto questo profilo, raffrontando il dibattito dottrinale e giurisprudenziale dei primi decenni seguenti all'entrata in vigore del codice, concernente la natura giuridica del negozio, con quello contemporaneo, che verte sugli specifici ambiti applicativi in cui trova collocazione.

L'epoca più risalente, come si è avuto modo di rilevare, si caratterizza per la ricerca di una fattispecie entro cui ricondurre l'istituto, in modo da far discendere da esso determinati effetti. Si intravede qui il trionfo della prospettiva della fattispecie.

¹ La vicenda del *pactum de non petendo* sembra risultare indicativa di una più ampia tendenza della civilistica contemporanea a rimpiazzare l'ottica della fattispecie, intesa quale categoria ordinante, con un approccio funzionale ed assiologico, più attento a soluzioni orientate ai valori (*in primis* quelli costituzionali) promossi dall'ordinamento nel suo insieme. La bibliografia sul punto è quanto mai vasta. Senza pretese di esaustività, v. N. IRTI, *Un contratto incalcolabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17 s.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 s.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, *ivi*, 2014, p. 987 s.; ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 s.; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 s.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1103 s.; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, *ivi*, 2007, p. 585 s.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, *ivi*, p. 1115 s.; P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civile*, 2011, p. 44; ; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, *ivi*, 2005, p. 53 s.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787 s.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, *passim*.

Siffatta impostazione si è tuttavia rivelata incapace da un lato di addivenire ad una soluzione univocamente accettata, e dall'altro di fornire una risposta valida – una volta per tutte – al problema della disciplina applicabile all'istituto.

Sulla scorta di tali rilievi, si impone un mutamento di prospettiva nello studio dell'istituto, che valorizzi adeguatamente il sostrato economico cui il *pactum de non petendo* attribuisce rilevanza giuridica, nel segno di un approccio dinamico e procedimentale². Una scelta di campo metodologica, questa, che si emancipa dalle dispute dogmatiche per esaminare il concreto interesse che spinge i contraenti, nel corso del rapporto contrattuale, a pattuire l'inesigibilità³.

² Tale esigenza va di pari passo con quella (segnalata in sede introduttiva) di sostituire un approccio statico all'obbligazione con uno dinamico e funzionale. Senza tornare sul punto, si può sottolineare che è proprio una tale mutamento di prospettiva che consente di esaminare il *pactum* come vicenda modificativa del rapporto obbligatorio. Sul punto si possono citare le parole di G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, p. 84: «è emersa una concezione dinamica dell'obbligazione che consente di distinguere l'esistenza, lo svolgimento e l'attuazione del rapporto obbligatorio. Sì che nello studio dei rapporti obbligatori è possibile isolare delle vicende anche meramente modificative dell'obbligazione».

³ Nella direzione della valorizzazione degli interessi concreti sembra peraltro, negli ultimi tempi, muoversi lo stesso legislatore. Particolarmente significativa appare la vicenda che ha portato all'introduzione del cd. *rent to buy*, di cui all'art. 23 del d.l. n. 133 del 2014. La disposizione citata, infatti, mostra il chiaro intento di introdurre uno strumento negoziale idoneo a realizzare i peculiari interessi delle parti nel corso del procedimento negoziale che conduce all'effetto traslativo. Si fa richiamo, in materia, alle relazioni svolte in data 26 giugno 2015 presso l'Università di Cagliari, in occasione del seminario di studio sul "*Rent to buy*": G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, 11, p. 1030; D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, *ivi*, p. 1049; C. CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi (provocazioni e spunti)*, *ivi*, p. 1041; A. CIATTI CÀIMI, *Il rent to buy e l'opponibilità ai terzi del diritto di godimento*, *ivi*, p. 1059. V. anche F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 817 s.; D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 32; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 952; P. ZANELLI, "*Rent to buy*" nelle leggi 80 e 164 del 2004: ora dunque

La prassi contrattuale, come emerge dalle pagine che precedono, mostra non solo quanto il nucleo effettuale del patto di inesigibilità presenti contorni variegati e cangianti, ma anche come nella sua individuazione non si possa prescindere dal contesto socio-economico in cui il *pactum* è utilizzato.

Nel campo della crisi d'impresa, della crisi coniugale, del processo, l'inesigibilità assume forme e finalità nettamente differenziate, circostanza che dimostra ancora una volta l'insufficienza di un approccio meramente astratto.

Sembra cogliere appieno il senso di queste riflessioni la dottrina più recente⁴, che interrogatasi sull'istituto, ha preferito adottare il *nomen* "patti di inesigibilità" rispetto a quello di "patto di inesigibilità".

Si può pertanto concludere ribadendo che la rapida evoluzione dei traffici esige un pronto adeguamento delle forme giuridiche al nuovo atteggiarsi degli interessi. Non si può del resto negare come lo strumento giuridico in generale e le strutture negoziali in particolare siano sempre serventi alla soddisfazione di interessi concreti. L'interesse privato in quest'ottica assurge, da mero dato di un'operazione deduttiva di riconduzione del fatto alla norma, a insostituibile criterio di indirizzo dell'attività interpretativa, da condursi nel costante raffronto col panorama dei valori costituzionali.

"emptio tollit locatum"?, *ivi*, p. 12; V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 5. A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 419 s.

⁴ Per tutti v. la più volte citata opera di G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, cit., *passim*, spec. p. 80 s., dove si esamina il ventaglio degli effetti concreti cui gli accordi di inesigibilità possono essere asserviti.

Bibliografia

ACHILLE D., *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2017, I, p. 37 s.

ADILARDI G., *Brevi osservazioni in tema di divieto di patto commissorio, causa concreta del contratto e patto marciano*, in *Giust. civ.*, 2011, VI, p. 1453 s.

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ALLARA M., *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999.

AMBROSINI S., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, p. 1138 s.

ANDREOLI G., *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940.

ANDREOLI G., *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, in *Temi*, 1950, p. 302 s.

ANGELICI C., *La contrattazione d'impresa*, in *Aa.Vv., L'impresa*, Milano, 1985, p. 185 s.

ARANGIO RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, II ed., Napoli, 1927.

AURICCHIO A., *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971.

AZZOLINA U., *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961.

BAILO LEUCARI M., *Pactum ut minus solvatur: individuazione della fattispecie e profili di revocabilità*, in *Contratto e Impresa*, II, 2012, p. 601 s.

BALESTRA L., *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. Comm.*, 2014, II, p. 283 s.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, II ed., Milano, 1948.

BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

BASSO A M., *Nulla il bancogiro senza atto pubblico* (nota a Cass. sez. un., 27 luglio 2017, n. 18725), in *Diritto & Giustizia* 2017, 28 luglio.

BASTIANON S., *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni commerciali: prime osservazioni a proposito del d.lgs. n. 231/2002*, in *Dir. Un. Eur.*, II-III, 2003, p. 395 s.

BELLO A., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *Riv. Not.*, 2006, II, p. 321 s.

BELLORINI A., *Accordi in previsione della futura ed eventuale separazione dei coniugi nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *I Contratti*, II, 2016, p. 174 s.

BELLUCCI V., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (prima e dopo il decreto correttivo n. 169 del 12 settembre 2007)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2008, p. 508 s.

BENEDETTI M. – GRONDONA M., *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5/2013, p. 1077 s.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, II ed. riveduta ed ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1971.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993.

BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000.

- BIANCHINI M., voce *Remissione del debito (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 757 s.
- BISCONTINI G., *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993.
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960.
- BORTOLOTTI F., *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999.
- BOZZI L., *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008.
- BRUNETTI B., *Brevi osservazioni intorno ai negozi giuridici processuali, con particolare riferimento al pactum de non exsequendo*, in *Giur. completa Cass. civ.*, 1953, III, p. 264.
- BUSNELLI F.D., *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974.
- BUSNELLI F. D., voce *Obbligazione soggettivamente complessa*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- CAMPOBASSO G. F., *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. Comm.*, I, 1983, p. 121 s.
- CAREDDA V., *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940.
- CARRABBA A., *Donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Cons. naz. Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009.
- CARRESI F., *Corso di diritto civile sul contratto. Introduzione. Le parti. La struttura: forma e contenuto*, Bologna, 1961.

- CASTIELLO F., *Considerazioni sulla «causa» della remissione del debito: critica dell'astrattezza*, in *Foro nap.*, 1966, III, p. 135 s.
- CASTIELLO D'ANTONIO A., *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 607 s.
- CASULLI V. R., *Donazioni indirette e rinunzie ad eredità e legati*, Roma, 1950.
- CATAUDELLA A., *Considerazioni in tema di donazione liberatoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 759 s.
- CATAUDELLA A., *La giustizia del contratto*, in *Ras. dir. civ.*, 2008, p. 625 s.
- CHECCHINI A. L., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.
- CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1904.
- CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.
- CRISCUOLI G., *Contributo alla specificazione del negozio modificativo* (nota a Cass., 7 gennaio 1957, n. 17), in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 847 s.
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede ed abuso del diritto* (nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), in *Nuova giur. civ.*, 2010, 3, 1, p. 231 s.
- D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.
- DALMARTELLO A., *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, p. 1 s.
- DE CRISTOFARO G., *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, III, p. 367 s.

DE MAGLIE C., *L'agente provocatore: un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, 1991.

DE PAOLA V., *I rapporti patrimoniali tra coniugi nel regime di separazione*, in *Famiglia e diritto*, 4 / 2000, p. 404 s.

DE STEFANO G., *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959.

DE VILLA V., voce *Pactum de non petendo*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1939, p. 410 s.

DEGL'INNOCENTI F., *Teoria della presupposizione e rimedi contrattuali alla luce di nuovi orientamenti ermeneutici*, in *Giust. civ.*, II, 2009, p. 79 s.

DELFINI F., *Dell'impossibilità sopravvenuta, sub artt. 1463-1466 c.c., ne Il codice civile commentato* diretto da F. Busnelli, Milano, 2003.

DELL'AQUILA E., *Brevi note in tema di pactum de non exsequendo ad tempus* (nota a Trib. Cremona, 9 novembre 1971), in *Foro pad.*, 1972, I, c. 815 s.

DENTI V., *Azione. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989, p. 3 s.

DI AMATO A., *L'interpretazione nei contratti d'impresa*, Napoli, 1999.

DI GRAVIO V., *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Roma, 1999.

DI LAURO M., *Conservazione dell'impresa e crisi della par condicio creditorum*, in *Dir. fall.*, 1992, I, p. 610 s.

DI MAJO A., *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna – Roma, 1994, p. 211 s.

DI PAOLO M., *Sull'ammissibilità di una obbligazione perpetua*, in *Temi*, 1974, p. 29 s.

- DI PRISCO N., *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato Rescigno*, IX, Torino, 1984.
- DIMUNDO A., *Pactum de non petendo e insolvenza*, ne *Il Fallimento*, IX, 1996, p. 905 s.
- DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 2010.
- FABBRINI TOMBARI G., *In tema di pactum de non exsequendo* (nota a Cass., 12 agosto 1991, n. 8774), in *Foro it.*, 1992, I, c. 1845 s.
- FAUCEGLIA G., *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr.*, 2001, p. 313 s.
- FERRANDO G., *Crisi coniugale e accordi intesi a definirne gli assetti economici*, in *Famiglia*, 2001, p. 243 s.
- FERRI G. B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FERRI G. B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano 1970.
- FOLLIERI L., *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016.
- FRASCAROLI SANTI E., *Il concordato stragiudiziale*, Padova, 1984.
- FRASCAROLI SANTI E., *Effetti della composizione stragiudiziale dell'insolvenza*, Padova, 1995.
- FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008.
- GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, I, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, I, Torino, 1999.
- GABRIELLI E., *Il « contratto frazionato » e l'unità dell'operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2008, p. 738 s.

GABRIELLI E., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 s.

GABRIELLI G., *Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti*, in *Dir. e giur.*, 1972, p. 255 s.

GABRIELLI G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.

GALGANO F., *I contratti di impresa. I titoli di credito. Il fallimento*, Bologna, 1980.

GALLETTO T., *La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione*, in *Riv. trim. dir. proc.* 2013, 4, p. 1379 s.

GALLETTO T., *Arbitrato e accordi di ristrutturazione dei debiti: una convivenza possibile?*, in *Riv. Arbitrato*, 2014, I, p. 215 s.

GALLO F., *Sulla asserita sopravvivenza del "pactum de non petendo" nel diritto civile italiano*, ne *Il Foro Italiano*, vol. 83, 5, 1960, p. 129 s.

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 62 s.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013.

GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970.

GITTI G. – VILLA G., *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

GIUSTI G., *Note in tema di sequestro liberatorio ed usurarietà sopravvenuta del tasso di interesse*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 2001, p. 110 s.

GORLA G., *La rinuncia e il contratto modificativo, l'offerta irrevocabile nella civil law e nella common law*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 341 s.

GRASSI U., *L'espromissione. Considerazioni sulla struttura e sulle eccezioni*, Napoli, 2001.

GRECO G., *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 2777 s.

GUARINO A., *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli, 2001.

GUARNERI A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 s.

GUARNERI A., *Le clausole claims made cd. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp civ. prev.*, 2016, p. 1240 s.

GUASTINI R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993.

GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Mengoni, I, t. 1, Milano, 1998.

JAEGER P.G., «*Par condicio creditorum*», in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 88 s.

LEMBO M., *Il pactum de non petendo e la giurisprudenza del supremo collegio* (nota a Cass. 19 novembre 1992, n. 12383), ne *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1993, VI, p. 1084 s.

LIBERO NOCERA I., *Architettura strutturale degli accordi di ristrutturazione: un'analisi di diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2011, p. 1129 s.

LIPARI N., *Il matrimonio*, in *Famiglia e diritto - A vent'anni dalla riforma*, a cura di A. Belvedere - C. Granelli, Padova, 1996.

LUDOVICI G., *L'acquiescenza anticipata alla sentenza: l'accettazione della sentenza anteriormente alla sua pronuncia (con conseguente rinuncia preventiva all'impugnazione della stessa) può configurare un negozio giuridico processuale plurilaterale a carattere aleatorio* (nota a Cass., 6 marzo 2012, n. 3469), in *www.judicium.it*, 10 aprile 2012.

LUPO M., *La donazione liberatoria*, in *Tratt. Bonilini, VI, Le donazioni*, Milano, 2009.

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione* (nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), in *Contratti*, 2010, p. 5 s.

MAGAZZÙ A., voce *Novazione*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 792 s.

MANIÀCI A., *Sulla validità del patto di non deposito del lodo*, in *I Contratti*, 1998, p. 635 s.

MANICCIA A., *La non punibilità dell'agente provocatore nel contrasto al traffico di droga: soluzioni ancora a confronto, tra irrilevanza causale della condotta e difetto dell'elemento soggettivo - non-punishability of the agent provocateur in the context of traffic in drugs prevention: solution comparison is still in progress, choosing from causal irrelevance of behaviour and lack of the subjective element*, in *Cass. Pen.*, 2017, II, p. 780 s.

MATTIONI M., *In tema di obbligazioni perpetue*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 1163 s.

- MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.
- MELILLO G., voce *Patti (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 479 s.
- MELILLO G., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, 2^a ed., Napoli, 1994.
- MONTECCHIARI T., *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998.
- MONTICELLI S., *La forma dei patti aggiunti al contratto*, Napoli, 1999.
- MOSCARINI L. V., *La transazione mista*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 449 s.
- MOSCHELLA R., «*Pactum de non petendo*», in *Diz. prat. dir. priv.*, V, 1, Milano, 1939, p. 18 s.
- NARDECCHIA G. B., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e il procedimento di dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2008, p. 704 s.
- NARDECCHIA G. B., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, p. 671 s.
- NANNI L., *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede* (nota a Cass., 20 aprile 1994, n. 3775), in *Contratto e impresa*, 1994, p. 475 s.
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 252 s.
- ORLANDI M., *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000.

ORLANDI M., *Pactum de non petendo e riduzione del rapporto*, in *Studium iuris*, 2001, XII, p. 1441 s.

ORLANDI M., *Mutuo e recesso*, in *La nuova disciplina dei mutui ipotecari. Il ruolo del notaio e la prassi bancaria, Atti del Convegno tenutosi a Milano 12 Giugno 2009*, in *Quaderni della Fondazione del notariato*, n. 4/2009, p. 2 s.

PAGLIANTINI S., *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. not.*, 2010, V, p. 1211 s.

PAGLIANTINI S., *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 4 s.

PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.

PALAZZO A., *La transazione*, in *Tratt. di dir. priv. Rescigno*, 13, Torino, 1985.

PALAZZO A., *La donazione cosiddetta liberatoria*, in *Vita not.*, 2000, p. 7 s.

PALAZZO A., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2000.

PANDOLFINI V., *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003.

PANDOLFINI V., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192*, Torino, 2013.

PANZA G., *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984.

PATTI S., *Profili della tolleranza in diritto privato*, Napoli, 1978.

PENNASILICO M., *"Menage à trois": la correzione giudiziale del contratto*, in *Ras. dir. civ.*, 2016, p. 179 s.

PERCHINUNNO R., *Il contratto di donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, II, Padova, 1994.

PERLINGIERI P., *I negozi su beni futuri, I, La compravendita di "cosa futura"*, Napoli, 1962.

PERLINGIERI P., *Cessione del credito ed eccezione d'inesigibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 506 s.

PERLINGIERI P., *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Napoli, 1968.

PERLINGIERI P., *La dilazione come vicenda modificativa della disciplina del rapporto*, in *Dir. e giur.*, 1969, p. 699 s.

PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, sub artt. 1230-1259 c.c.*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1975.

PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

PERLINGIERI P., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione della normativa*, in *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989.

PERLINGIERI P., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Napoli, 1990.

PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 s.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI P., *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 425 s.

PERLINGIERI P., *Autonomia negoziale ed estinzione senza adempimento delle obbligazioni*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2/2012, p. 484 s.

PERRONE D., *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, in *Fallimento*, 1992, p. 665 s.

PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 16 s.

PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002.

PUGLIATTI S., *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Id.*, *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 33 s.

RECINTO G., *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2004.

RESCIGNO M., *Contributo allo studio della par condicio creditorum*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 359 s.

RESCIGNO P., voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 177 s.

RESTUCCIA D., *Natura giuridica e struttura degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi del novellato art. 182 bis l. fall.*, in *Riv. Not.*, 2012, VI, p. 1257 s.

RICCIO A., *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 21 s.

ROBUSTELLA C., *La rilevanza della causa concreta nei contratti di interest rate swap*, in *Giur. Comm.*, 2014, I, p. 73 s.

ROMANO G., *Ancora su "pactum de non petendo" e insolvenza (nota a Cass., 11 aprile 1992, n. 4463)*, in *Giust. civ.*, 1993, IV, p. 1035 s.

- ROMANO G., *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli, 1995.
- ROMANO S., *Introduzione allo studio del procedimento in diritto privato*, Milano, 1961.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.
- ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, IV, p. 957 s.
- ROSELLI F. – VITUCCI P., *La prescrizione*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Busnelli, 20, Milano, 2012.
- ROTONDI G., *Di alcune riforme giustinianee relative al pactum de non petendo*, in *Scritti giuridici*, II, Perugia, 1913.
- ROTONDI G., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922.
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- RUBINO D., *Delle obbligazioni. Obbligazioni alternative. Obbligazioni in solido. Obbligazioni divisibili e indivisibili*, rist. II ed., in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1968.
- RUGGIERI L., *Interesse a transigere e novazione del rapporto litigioso*, Napoli, 2002.
- RUPERTO S., *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002.
- RUSCELLO F., *"Pactum de non petendo" e vicenda modificativa del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 198 s.

RUSSO E., *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova, 2005.

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004.

SALATI A., *Patti (prematrimoniali) chiari e amicizia lunga* (nota a Cass. 21 febbraio 2014, n. 4210), in *FederNotizie*, 27 aprile 2015.

SALVI F., *Perpetuità di un diritto di godimento?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 192 s.

SALOMONI A., *Donazione indiretta: una questione ancora aperta in dottrina ed in giurisprudenza* (nota a Cass., 21 ottobre 2015, n. 21449), in *Resp. civ. prev.*, 2016, 6, p. 1993 s.

SANDULLI A., *Il procedimento*, in *Tratt. di dir. amm.* Cassese, Milano, 2003.

SARGENTI M., «*Pactum de non petendo*» e remissione del debito (nota a Cass., 12 luglio 1958, n. 2539), in *Foro pad.*, 1959, 1, c. 300.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966.

SBORDONE F., *Illiceità e immeritevolezza della causa nel recente orientamento della Cassazione* (nota a Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898), in *Ras. dir. civ.*, 2001, p. 849 s.

SCALISI V., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 735 s.

SCHLESINGER P., *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 s.

SCOGNAMIGLIO G., *Considerazioni sul pactum de non petendo alla luce di un rimeditato concetto del "patto" nell'ordinamento attuale*, in *Riv. Not.*, 1986, III, p. 587 s.

SCOGNAMIGLIO R., *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi nap.*, 1961,1, p. 453 s.

SEGRÉ G., *Sull'efficacia del «pactum de non petendo»*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, p. 1062 s.

SIMONE R., *Fondamenti di linguistica*, II ed., Bari, 1992.

SIMONETTO E., *Termine essenziale e identità dell'oggetto della prestazione*, in *Riv. trim.*, 1981, p. 1049 s.

STEFANELLI N., *Note in tema di negozio modificativo*, in *Persona e Mercato*, 2010, p. 220 s.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

TILOCCA E., *Remissione del debito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 401 s.

TORRENTE A., *La donazione*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu - Messineo*, Milano, 2006.

TROISI B., *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980.

TUCCI A., *Interest rate swaps : "causa tipica" e "causa concreta"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, III, pag. 291 s.

VENOSTA F., *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997.

VENTURELLI A., *La remissione convenzionale*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 62 s.

VENTURELLI A., *Pactum de non petendo ad perpetuum*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, p. 686 s.

VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 39 s.

WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9° Aufl., unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp II, Aalen, 1984 (rist. dell'ed. 1906, Frankfurt am Main).

ZACCARIA A., voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 280 s.

ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987.