



Università degli Studi di Firenze

DOTTORATO DI RICERCA IN
*"Obbligazioni e contratti
in Italia e nel Diritto privato europeo"*

CICLO XXIV

COORDINATORE Prof. Giovanni Furguele

PRESCRIZIONE E DANNO

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottorando

Dott. Mario Mauro

Tutore

Prof. Giovanni Passagnoli

Anni 2008/2012

PRESCRIZIONE E DANNO - Indice

1. LA PRESCRIZIONE: LA FATTISPECIE ED I PROBLEMI ATTUALI.

1.	I problemi teorici	p. 9
2.	L'eredità lasciata dai problemi teorici	p. 14
3.	I problemi attuali sulla prescrizione	p. 17
3.1.	La decorrenza della prescrizione: la rilevanza della conoscenza e gli impedimenti di fatto	p. 17
3.1.1.	Impedimenti di fatto	p. 23
3.2.	Il rapporto tra la disciplina della prescrizione e l'autonomia delle parti. La disponibilità degli effetti estintivi	p. 27
4.	Il quadro europeo: complessità e frammentarietà	p. 33
5.	La decorrenza della prescrizione in Francia, Germania, Inghilterra e nel diritto privato dell'Unione europea	p. 37
5.1.	La riforma tedesca	p. 37
5.2.	La riforma francese	p. 41
5.3.	Il <i>limitations of actions act</i> inglese	p. 44
5.4.	Il diritto privato europeo	p. 52
5.5.	La decorrenza della prescrizione nella giurisprudenza europea.....	p. 58
5.5.1.	La giurisprudenza della Corte EDU	p. 59
5.5.2.	La giurisprudenza della CGUE	p. 64
6.	Le riforme in Francia, Germania e nel diritto privato europeo relative alla possibilità per le parti di derogare alla disciplina in punto di durata della prescrizione	p. 77
6.1.	La posizione della giurisprudenza comunitaria	p. 83

2. IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA.

Sezione I. La decorrenza della prescrizione.

1. I limiti normativi della disciplina codicistica interna e l'opera della giurisprudenza italiana» p. 95
2. Obbligazioni derivanti da fatto illecito. Il danno lungolatente.....» p. 97
 - 2.1. Il danno lungolatente» p. 97
 - 2.2. Illecito antitrust e prescrizione delle richieste risarcitorie» p. 99
 - 2.3. Danno da emotrasfusioni infette» p. 109
 - 2.3.1. Il nesso di causalità» p. 113
 - 2.3.2. Le conoscenze scientifiche dell'epoca ed il dovere di diligenza. Il passaggio dall'ontologia alla gnoseologia» p. 119
 - 2.4. Aggravamento ed insorgere di nuovi danni» p. 123
3. Obbligazioni derivanti da fatto illecito. Se il comportamento illecito costituisce anche reato, il concorso con l'azione penale.....» p. 123
 - 3.1. Danno lungolatente ed illecito civile qualificato anche come illecito penale, un esempio concreto: il caso C.I.R. – Fininvest.....» p. 133
4. Obbligazioni derivanti da fatto illecito, classificazione dell'illecito in ordine alla durata nel tempo: illecito permanente, illecito istantaneo, illecito istantaneo ad effetti permanenti. Riflessi sulla prescrizione» p. 136
 - 4.1. Una particolare tipologia di illecito permanente: l'illecito commesso dallo Stato per mancata attuazione di una direttiva comunitaria» p. 140
 - 4.1.1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia» p. 141
 - 4.1.2. Il recepimento nell'ordinamento interno» p. 145
 - 4.1.3. La legge stabilità 2012 ed il problema della decorrenza della prescrizione» p. 148
5. Obbligazioni nascenti da contratto. Prescrizione e diritti nascenti dal contratto» p. 151
 - 5.1. Rimedi volti al far dichiarare l'invalidità del contratto: nullità, annullabilità, rescissione» p. 152
 - 5.2. I rimedi per reagire all'inadempimento» p. 160
 - 5.3. Contratti a prestazione periodica e di durata» p. 165
 - 5.4. Il diritto del lavoro» p. 167
 - 5.4.1. La riforma Fornero ed i riflessi sulla decorrenza del termine di prescrizione» p. 174
 - 5.5. Il pagamento di interessi anatocistici» p. 178

5.5.1. <i>Excursus</i> storico. Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza	p. 178
5.5.2. La prescrizione delle azioni di ripetizione	p. 181
5.5.3. Il decreto mille-proroghe e la pronuncia di illegittimità della Corte costituzionale	p. 184
5.5.4. Gli scenari attuali	p. 186
6. La durata e la decorrenza della prescrizione nelle ipotesi di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e nelle ipotesi di altri atti o fatti idonei a produrre un'obbligazione	p. 190

Sezione II - La disponibilità degli effetti estintivi.

1. L'eccezione di prescrizione, il pagamento del debito prescritto, la rinuncia e l'interruzione quali espressioni di un potere, in assenza di accordo con la controparte	p. 199
2. Autonomia e decorrenza della prescrizione	p. 205
3. Rinuncia alla prescrizione	p. 212
3.1. La rinuncia alla prescrizione nel processo	p. 214
4. L'eccezione di prescrizione	p. 218
4.1. L'eccezione di interruzione della prescrizione ed il problema della rilevabilità d'ufficio	p. 221
5. La prescrizione e i terzi	p. 225
6. Il pagamento del debito prescritto	p. 229
7. Prescrizione, <i>Vermirkung</i> e buona fede	p. 235

3. IL SUPERAMENTO DELLA FATTISPECIE. LE SOLUZIONI POSSIBILI.

1. Lettura unitaria delle regole elaborate dalla giurisprudenza italiana	p. 247
2. Dove la giurisprudenza italiana non è potuta arrivare: confronto con gli orientamenti comunitari	p. 254
2.1. Decorrenza ed impedimenti di fatto	p. 255
2.1.1. Impedimenti di fatto sopravvenuti	p. 256
2.2. La previsione di un doppio termine di prescrizione	p. 259
2.3. I criteri di diversificazione dei termini	p. 261
3. Prospettive di riforma	p. 269

Bibliografia	p. 276
---------------------------	--------

CAPITOLO 1. LA PRESCRIZIONE: LA FATTISPECIE ED I PROBLEMI ATTUALI.

1. I problemi teorici.

2. L'eredità lasciata dai problemi teorici.

3. I problemi attuali sulla prescrizione.

3.1. Il La decorrenza della prescrizione: la rilevanza della conoscenza e gli impedimenti di fatto.

3.1.1. Impedimenti di fatto.

3.2. Il rapporto tra la disciplina della prescrizione e l'autonomia delle parti. La disponibilità degli effetti estintivi

4. Il quadro europeo: complessità e frammentarietà.

5. La riforme in Germania ed in Francia, il *limitations of actions act* inglese ed i progetti di uniformazione nel diritto privato europeo in punto di decorrenza della prescrizione. Il punto sulla giurisprudenza comunitaria.

5.1. La riforma tedesca.

5.2. La riforma francese.

5.3. Il *limitations of actions act* inglese.

5.4. Il diritto privato europeo.

5.5. La decorrenza della prescrizione nella giurisprudenza europea.

5.5.1. La giurisprudenza della Corte EDU.

5.5.2. La giurisprudenza della CGUE.

6. Le riforme in Francia, Germania e nel diritto privato europeo relative alla possibilità per le parti di derogare alla disciplina in punto di durata della prescrizione.

6.1. La posizione della giurisprudenza comunitaria.

1. I problemi teorici della prescrizione.

Nel 1933, Carnelutti metteva in evidenza un aspetto paradossale della prescrizione. Questa «è, fra gli istituti del diritto, uno dei più suggestivi. È una specie di miracolo per cui il diritto diventa non diritto e viceversa. Per essa, soprattutto, si rende manifesto che anche il diritto, come un essere vivente, nasce e muore»¹.

Leggendo i principali studi, della prescrizione è incerto praticamente tutto e trovare una guida nella diversità di opinioni, non è facile.

Muovendo dal dato letterale, l'art. 2934 c.c. prevede che «ogni diritto si estingue per prescrizione».

La dottrina non è mai riuscita, in termini convincenti e senza introdurre concetti non presenti nel dato normativo, a spiegare la disposizione richiamata con istituti come l'eccezione di prescrizione (2938), la rinuncia (2937) e l'irripetibilità del pagamento del debito prescritto (2940): questi inducono a supporre che, una volta maturato il periodo indicato dalla legge, il diritto non sia estinto ma qualcosa rimanga.

In prima battuta, due sembrano essere le alternative, entrambe non del tutto coerenti con la disposizione legale: se si vuole mantenere ferma l'estinzione, questa non può avere ad oggetto un diritto; se si vuole mantenere fermo il diritto, questo non sembra estinguersi.

Da qui, i differenti tentativi di ricostruzione che indagano, appunto, l'oggetto e gli effetti.

Con riferimento all'oggetto, alcuni parlano di diritto², altri di obbligo³, altri di rapporto⁴, altri ancora di azione⁵ e, da ultimo, di azionabilità⁶.

¹ F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 32.

² P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, p. 218 nonché F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 32. A favore di questa tesi, milita indubbiamente il dato letterale di cui all'art. 2935. Se davvero si trattasse di estinzione del diritto, dovrebbe dipendere in modo oggettivo da un fatto predisposto dall'ordinamento. In tal caso, però, non troverebbe giustificazione la previsione espressa della *soluti retentio*. Con l'ulteriore problema di distinguere se la prescrizione sia applicabile a tutti i diritti soggettivi, salvo le eccezioni indicate nell'art. 2934 c.c. (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*

Nessuna di queste posizioni è andata esente da critiche o si può ritenere prevalente⁷.

Con riferimento agli effetti, già Carnelutti dubitava che la prescrizione potesse produrre effetti estintivi. Secondo questo Autore, piuttosto, la maturazione del periodo prescrizione produce un indebolimento dell'obbligazione originaria e ciò che residua è una obbligazione naturale⁸.

Entrato in vigore il nuovo Codice civile, la dottrina più attenta si è divisa in due posizioni: alcuni Autori hanno parlato di efficacia preclusiva; altri di efficacia acquisitiva.

La tesi in ordine all'efficacia preclusiva muove da un'acuta intuizione⁹.

Mantenendo fermi i termini usati dal legislatore, ragionare sull'estinzione del diritto, presuppone l'esistenza di questo. Invece, è proprio il giudizio

del diritto civile, Napoli, 1977, p. 114), oppure ai soli diritti di credito (D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, p. 267; G. BRANCA, *Non uso e prescrizione*, in *Scritti in onore di Ferrini*, Milano, 1947, I, p. 169).

In giurisprudenza cfr. Cass., 15 luglio 1966, n. 1917, in *Giust. Civ.*, 1967, I, p. 93; Cass. 10 luglio 1973, n. 1991 nonché C. Cost., 10 giugno 1966, n. 63, in *www.giurcost.org*.

³ A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 44; B. GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 866. Contro questa, è stato osservato che ipotizza che ci si trovi innanzi ad una ulteriore ipotesi di estinzione dell'obbligazione in modo non soddisfacente. Tuttavia, l'effetto della prescrizione si dimostra differente da quello estintivo, altrimenti non si giustificerebbe la possibilità di rinunciare e il pagamento di un debito prescritto.

⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 467. Secondo questa ricostruzione, il diritto e l'obbligo non devono necessariamente estinguersi contemporaneamente, onde può avvenire la liberazione del debitore ancora prima della perdita del diritto da parte del creditore. Ne deriva che il diritto non si modifica né si estingue in virtù della prescrizione, mentre si estingue il rapporto giuridico. Tuttavia, il funzionamento della prescrizione non opera automaticamente ma presuppone sempre il comportamento di un soggetto.

⁵ G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 194 e ss.; F. CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, p. 586; A. FALZEA, *Accertamento ed efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, I, p. 205 e XIV, p. 498. La tesi muove da alcune norme nel codice civile ove, letteralmente, l'oggetto della prescrizione non è il diritto ma l'azione, v. ad es. art. 387, 948 III co., 1442.

Secondo questa linea, la pretesa non è alcunché di autonomo dal contenuto del diritto ma la concretizzazione del contenuto dello stesso. Tuttavia, sembra difficile ipotizzare che la pretesa possa venire meno se non viene meno il contenuto del diritto. Questo creerebbe una situazione per cui l'ordinamento protegge una determinata posizione ma poi non ne offre protezione nel concreto.

⁶ P.G. MONATERI – C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Milano, 2009, p. 7.

⁷ Per una critica puntuale su tutte le posizioni v. P.G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione*, in P.G. Monateri – C. Costantini, *La prescrizione*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, p. 7.

⁸ F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 32; tesi poi ripresa anche da P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 117.

⁹ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 498 ripreso poi da P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 20

sull'esistenza del diritto che l'eccezione prescrizione esclude: quando il giudice deve decidere sull'eccezione proposta dal convenuto, valuta solamente se il termine sia decorso o meno, senza alcuna valutazione in ordine alla validità o esistenza di una preesistente situazione giuridica e senza alcun accertamento ulteriore¹⁰.

Diversamente, chi propende per un'efficacia acquisitiva, muove dal presupposto che oggetto della prescrizione sia il rapporto¹¹: maturato il periodo prescrizione, gli effetti prodotti possono essere esaminati tanto nell'ottica del creditore quanto nell'ottica del debitore.

Guardando la questione *ex latere creditoris*, l'effetto estintivo non è in grado di spiegare (a) le ragioni per cui spetti al debitore eccepire la prescrizione e questa non possa essere d'ufficio rilevata dal Giudice (c.c. 2938); (b) come mai il debitore possa rinunciare a qualcosa che, invece, si è estinto (c.c. 2937); (c) le ragioni per cui non è possibile ripetere ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto (c.c. 2940).

Invece, spostando l'attenzione verso il lato passivo del rapporto obbligatorio, la prescrizione, anziché estinguere un diritto del creditore, fa acquistare un diritto al debitore il quale, a fronte della domanda proposta dal primo, avrà uno strumento in più per difendersi.

Entrambi gli spunti sono stati, più di recente, ripresi, distinguendo gli effetti sostanziali da quelli processuali¹².

Con riferimento ai primi, il diritto del creditore entrerebbe in una fase di quiescenza e l'effetto estintivo è rimesso ad una decisione del debitore.

¹⁰ Per spiegare questo effetto, si consideri la seguente casistica. Si ipotizzi il caso in cui un soggetto agisca in giudizio per la tutela di: a) un diritto che non è mai sorto; b) un diritto che è sorto e non si è estinto, ma viene esercitato tardivamente; c) un diritto che è sorto ma si è estinto, ad es. per intervenuto adempimento. Efficacia estintiva potrebbe essere assegnata alla prescrizione solo nel secondo caso ove è proprio l'eccezione del convenuto a rimuovere gli effetti della situazione giuridica fatta valere. Nel primo caso, infatti, non si può parlare di fenomeno estintivo non essendo mai sorta una situazione da estinguere; nel terzo caso, l'estinzione è riconducibile all'adempimento e non alla prescrizione. Tuttavia, neppure nel secondo caso l'eccezione di prescrizione presuppone un'indagine in ordine alla nascita o meno di un diritto. Da qui, la dimostrazione dell'efficacia preclusiva. Per approfondimenti cfr. P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 20 e ss.

¹¹ È la tesi di A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 40 e ss.

¹² G. TRAVAGLINO, *L'elaborazione teorica*, in A. Batà-V. Carbone –M.V. De Gennaro-G. Travaglino, *La prescrizione e la decadenza*, Milano, 2001, p. 11 e ss.

Con riferimento agli effetti processuali, è sposata la tesi degli effetti preclusivi, prima illustrata.

Tra coloro che continuano a parlare di efficacia estintiva e rimangono più aderenti alla lettera dell'art. 2935 c.c., per dare giustificazione alla posizione, viene indicato, nell'oggetto della prescrizione, un concetto eccessivamente astratto per avere una sicura definizione normativa: l'azionabilità, intesa come «la possibilità che la pretesa sia dedotta nell'*actio*»¹³.

Ulteriore questione affrontata negli scritti dottrinali è la natura sostanziale o processuale dell'istituto.

La tesi processualista poggia sulla costruzione della prescrizione come fatto estintivo dell'azione e non del diritto, che, per operare, necessita dell'atto processuale dell'eccezione¹⁴.

La tesi muove dalle difficoltà sopra accennate di conciliare l'esistenza di un effetto sostanziale con il suo modo di operare: in mancanza dell'eccezione, il giudice sarà costretto ad accogliere, stante la regola dell'irrelevabilità d'ufficio, una domanda infondata perché relativa ad un credito estinto. In tal modo si creerebbe una frattura tra giudizio e realtà sostanziale¹⁵.

Diversamente, secondo la più accreditata tesi sostanzialista¹⁶, la prescrizione costituisce una di quelle fattispecie impeditive di cui all'art. 2697, II co., c.c. Al di là della collocazione nel Codice civile, l'eccezione, sebbene sia un atto di natura processuale, ha ad oggetto il verificarsi di una fattispecie impeditiva

¹³ P.G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione*, cit., p. 7.

¹⁴ L'autore che, in dottrina, sposa la tesi processualista è G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, cit.; ID., voce *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2001, p. 226. Per posizioni analoghe cfr. anche T. AULETTA, *Istituzioni di diritto privato*, Napoli, 1946; C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, p. 86; R. NICCOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 35; R. FERRUCCI, *Prescrizione estintiva*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 645.

¹⁵ Cfr. G. PANZA, voce *Prescrizione*, cit., p. 228.

¹⁶ *Ex multis*, G. PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, Torino 1911; N. STOLFI, *Diritto civile*, Torino, 1926, p. 171; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 485; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, Padova, 1936, p. 415; B. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, p. 267; ID., *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1970, p. 874. Tra gli Autori più recenti cfr. P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 28 e P.G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione*, cit., p. 10

sostanziale, quale fenomeno di contro-efficacia¹⁷ per la paralisi della pretesa attorea.

Appare, invece, isolata la posizione di chi propone una lettura procedimentale¹⁸. Secondo questa interpretazione, l'operare della prescrizione si articola in differenti fasi: una fase preliminare (che si realizza sul piano sostanziale per effetto dell'inerzia e del trascorrere del tempo. Il diritto è così prescrittibile), una fase costitutiva (che si perfeziona con la proposizione dell'eccezione di prescrizione e l'obbligo per il giudice di pronunciare una sentenza che estingua il rapporto) ed una fase integrativa dell'efficacia (costituita dalla sentenza con funzione confermativa ed efficacia retroattiva).

Una lettura procedimentale è offerta anche da altra dottrina, la quale fa riferimento al concetto di *Durchgangstatbestand*¹⁹: la prescrizione è un fenomeno che attraversa il diritto sostanziale per, eventualmente, sfociare nel processo. La sequenza produttiva dell'effetto estintivo si sviluppa in due fasi.

La prima consistente nell'allentamento del vincolo obbligatorio, connessa alla sopravvivenza temporanea dell'obbligo. La seconda, l'estinzione, è invece subordinata al verificarsi di eventi legalmente determinati.

Terzo problema generale riguarda le finalità della prescrizione.

Anche qui le tesi sono le più diverse tra loro.

In risposta all'opinione tradizionale secondo cui l'istituto risponde ad esigenze di certezza del diritto²⁰, alcuni Autori mettono in evidenza l'effetto di troncamento con rapidità controversie tardivamente instaurate, prescindendo da

¹⁷ Di contro-efficacia ne parla A. FEDELE, *L'inefficacia del contratto*, Torino, 1983, p. 8.

¹⁸ B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980

¹⁹ Letteralmente, 'fattispecie di passaggio', cfr. G. TRAVAGLINO, *L'elaborazione teorica*, cit., p. 7

²⁰ La tesi è riferibile inizialmente agli scritti di F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, Torino, 1898, p. 309; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, p. 428; R.T. TROPLONG, *Della prescrizione*, I, Palermo, 1846, p. 26. Più di recente è stata portata avanti da G. AZZARITI- G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1964, sub artt. 2934, p. 203. Sulla stessa linea, con qualche sfumatura differente V. TEDESCHI, (*Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948, p. 55) secondo il quale l'ordinamento giuridico, mediante la prescrizione, pone riparo alle conseguenze alle conseguenze economico-sociali di incertezza derivanti dal prolungarsi del mancato esercizio del diritto; F. SANTORO PASSARELLI (*Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 113), parla di adeguamento della situazione di diritto a quella di fatto; R. CATERINA (*Impium presidium. Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001, p. 36) preferisce, invece, parlare di sicurezza dei rapporti giuridici.

ogni giudizio sulla fondatezza della pretesa²¹; altri, invece, fanno riferimento all'interesse del soggetto passivo a che la soggezione del suo patrimonio si prolunghi eccessivamente nel tempo alle pretese altrui²²; altri, ancora, parlano di sanzione per l'inerzia²³.

2. L'eredità lasciata dai problemi teorici.

Quale sia l'oggetto; quale l'effetto; la natura sostanziale o processuale; le finalità della prescrizione sono questioni che, impostate in termini generali, danno un'idea della problematicità dell'istituto ma, per la loro medesima formulazione, sono destinate a rimanere insolute. O, comunque, non si è in grado di individuare un orientamento maggioritario.

I motivi sono principalmente due.

Il primo riguarda proprio l'astrattezza della loro formulazione.

La giurisprudenza, al di là di sporadici interventi, è decisamente stata assente e non ha mai preso una posizione specifica o costante su alcuna delle questioni.

A ben vedere, che la prescrizione riguardi il diritto, il rapporto o l'azione già poco importa al legislatore, che spesso volte si serve di una terminologia mutevole.

Parimenti, una volta che sia stata eccepita, il giudice non si interesserà se questa abbia prodotto effetti estintivi, preclusivi o acquisitivi: se fondata, il procedimento si concluderà sempre con una sentenza di rigetto della domanda.

²¹ P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 28.

²² In dottrina, sembra questa una delle posizioni maggiormente accreditate. P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 218; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 41 e ss.; B. GRASSO, voce *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1999, p. 312; F. ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, Milano, 2009, p. 486;

²³ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, I, p. 187; G. SCALFI, *Osservazioni sulla prescrizione e decadenza*, in *Tem*, 1952, n. 3.

Questo, d'altra parte, non significa che non siano mai state decise questioni relative alla prescrizione. Anzi.

Sotto un profilo statistico, la maggioranza delle pronunce riguarda domande di risarcimento del danno ed affrontano problemi concreti, primo fra tutti la determinazione del momento esatto in cui il termine inizi a fare il suo corso.

Il secondo motivo è di carattere sistematico.

Le questioni indicate sono formulate esaminando il dato codicistico. Tuttavia, non necessariamente i problemi possono trovare una soluzione nell'ambito del medesimo sistema che li ha posti. Anzi, a volte sono gli stessi problemi che impongono di scardinare il paradigma ed a porre l'esigenza di studiarli entro un nuovo ordine²⁴.

Per il giurista un nuovo ordine esiste già ed è quello dell'ordinamento comunitario, necessario punto di riferimento non solo per i motivi che a breve saranno indicati ma anche perché l'intero diritto della prescrizione è stato oggetto di importanti riforme sia in Germania nel 2001 sia in Francia nel 2008, adottando scelte per molti tratti simili.

Tuttavia, ciò non comporta che il riportato dibattito non abbia un'utilità misurabile.

Al di là delle singole soluzioni offerte, i problemi dibattuti riflettono un 'comune sentire'²⁵ che merita di essere specificato: perché ha influenzato l'interprete nel prendere posizione su problematiche specifiche e concrete.

²⁴ Sul concetto filosofico di paradigma, cfr. T. KHUN, *Teoria delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 2009. Secondo questo Autore, in dialogo con Karl Popper e con la sua idea di falsificazionismo, la "scienza normale" è una ricerca stabilmente fondata su uno o più risultati raggiunti dalla scienza del passato, ai quali *una particolare* comunità scientifica, *per un certo periodo di tempo*, riconosce la capacità di costituire il fondamento della sua prassi ulteriore. Nell'ottica di Kuhn, una rivoluzione scientifica è la conseguenza di una crisi, quest'ultima determinata dalla falsificazione del paradigma fino ad allora accettato. Secondo questo Autore, le rivoluzioni scientifiche si sviluppano lungo un ciclo predefinito: periodo pre-paradigmatico ove sorge l'esigenza di indicare nuovi assiomi; accettazione del paradigma consistente nella accettazione degli assiomi da parte della comunità scientifica; scienza normale ossia la costruzione del sistema intorno ai nuovi assiomi; nascita delle anomalie ovvero difficoltà di spiegare alcuni fenomeni secondo il paradigma imposto; crisi del paradigma derivante dall'inidoneità a spiegare un fenomeno; rivoluzione scientifica.

²⁵ Oppure, usando le moderne categorie filosofiche, la *precomprensione* (H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 2000, tr. it. di G. Vattimo e introduzione di G. Reale).

Oggetto ed effetto della prescrizione non sono due concetti autoreferenziali, in grado di definirsi da soli; bensì, uno deve essere spiegato per mezzo dell'altro.

Il dibattito ha il pregio di mettere in luce la dimensione relazionale in cui opera la prescrizione: il *diritto* presuppone un soggetto nei cui confronti farlo valere; al pari dell'*obbligo* che presuppone un soggetto nei cui confronti adempiere una determinata prestazione; l'*azione* è sempre rivolta contro qualcuno; il *rapporto* esprime, di per sé, una relazione.

L'idea della dimensione relazionale convince se si considera che i diritti tradizionalmente considerati imprescrittibili sono quelli di cui il soggetto non può disporre (2934 c.c.): il titolare, come non può disporne mediante atti di volontà, parimenti non può perderli non esercitandoli²⁶. Si pensi, ad esempio, alla proprietà o a tutti quei diritti relativi alla personalità.

D'altra parte, nel momento in cui subiscono una lesione, il danneggiato avrà a disposizione un'azione volta alla riparazione del pregiudizio e non vi sono dubbi che questa sia prescrivibile²⁷.

Riguardo alla finalità, le tesi, pur nella loro diversità, sono tutte espressione di un tratto comune che, anche negli scritti più significativi, non affiora mai chiaramente: la prescrizione è uno strumento che l'ordinamento riconosce alle parti per risolvere un conflitto.

Il luogo naturalmente deputato, a tal fine, è il processo: seguendo la teoria dell'efficacia preclusiva sopra esposta, la proposizione dell'eccezione di prescrizione risulta essere il modo più veloce e più rapido per decidere una determinata questione tra le parti, anche se non necessariamente l'unico.

D'altra parte, anche in una fase stragiudiziale il debitore può opporre l'intervenuta prescrizione ed il creditore può sempre adeguarsi alla circostanza

²⁶ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 114.

²⁷ Unica eccezione sembra essere la nullità, ma ciò confermerebbe la regola enunciata. In questa ipotesi, però, l'imprescrittibilità non è posta in relazione ad un interesse delle parti ma ad un interesse dell'ordinamento che non tollera l'esistenza di un contratto nullo.

del suo verificarsi, senza dare seguito alle proprie richieste mediante un'azione giudiziaria²⁸.

Ne consegue che, a prescindere da dove la prescrizione operi, questa non muta le proprie finalità.

Pertanto, delle eredità conseguenti al dibattito dottrinale, l'attenzione alla dimensione relazionale e la sua lettura anche in termini di modalità di risoluzione di un conflitto descrivono quel 'comune sentire' con cui si sono approcciati i problemi che ora saranno illustrati e che costituiscono alcuni degli aspetti più controversi dell'istituto in esame.

3. I problemi attuali in punto di prescrizione.

3.1. La decorrenza della prescrizione: la rilevanza della conoscenza e gli impedimenti di fatto.

Il problema della decorrenza della prescrizione affonda le proprie radici nella prima metà del 1800²⁹ ove il dibattito verteva sull'alternativa tra la teoria della lesione e la teoria della realizzazione³⁰: l'una subordinava l'azione al

²⁸ B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit., p. 201.

²⁹ Il problema era anche sentito guardando alla tradizione romanistica, secondo la quale oggetto della prescrizione era l'azione e l'inizio della decorrenza era collegata alla nascita di questa (*actioni nondum natae non praescribitur*).

Il brocardo trova origine in due passi della letteratura latina.

Nella l. 3, § 1 C. *de praescr.* XXX vel XL ann. 7,39 è detto: «*Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum iugi silentio, ex quo competere jure coeperunt vivendi ulterius non habent facultatem*».

Nella l. 1 § 1d.C. *de ann. except.* 7,40 si ribadisce lo stesso concetto: «*nemo itaque aurea neque actionis familiae resciscundae neque communi dividundo neque finium regundorum neque pro socio neque furti neque vi bonorum raptorum neque alterius cuiuscumque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari: sed a quo ab initio competit et semel nata est, et non iteratis fabulis post memoratum tempus finire*».

Per approfondimenti cfr. M.R. CIMMA, voce *Prescrizione e decadenza nel diritto romano ed intermedio*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1997, p. 253 e ss.

³⁰ Uno dei primi Autori a prendere atto del contrasto è C. GANGI, *Il momento iniziale della prescrizione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1904, p. 222. Nelle prime pagine dello scritto sono ricostruiti i regimi vigenti all'epoca. Mentre il Codice francese ed italiano tacevano sul punto (cfr. art. 2135 cod. civ. 1865, «*tutte le azioni, tanto reali quanto personali, si prescrivono col decorso di trent'anni, senza che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede*»), le legislazioni tedesche avevano tutte una norma esplicita.

momento in cui il diritto è stato violato, l'altra affermava che si ha *actio nata*, quando la pretesa giuridica è concretamente fondata, cioè quando il diritto non è soddisfatto, a prescindere da una lesione³¹.

Probabilmente le due formulazioni non si contrapponevano in proporzioni tali da escludersi a vicenda in ogni singolo caso³²; frequenti erano le fattispecie in cui, pur nella diversità dei presupposti, giungevano ai medesimi esiti.

Ciò era probabilmente dovuto al fatto che entrambe muovevano dal medesimo punto di partenza: la divergenza fra interesse tutelato in astratto e richiesta in concreto di tutela³³.

A prescindere dallo svolgimento del dibattito³⁴, a dare il senso ultimo alla discussione era la ricerca di una norma generale che disciplinasse armonicamente i casi più dubbi e che fosse applicabile indistintamente a tutte le azioni reali e personali.

Il *Landrecht* prussiano del 1794, nella parte I, titolo 9, § 545 sanciva espressamente che «la prescrizione comincia dal giorno in cui l'adempimento dell'obbligazione poteva essere per la prima volta richiesta». Il Codice austriaco al §1478 disponeva che «per la prescrizione propriamente detta basta il semplice non uso per trent'anni di un diritto, che in sé avrebbe potuto esercitare». Il codice Sassone del 1863 al § 158 afferma che la prescrizione incomincia dal momento in cui esiste un avversario del titolare del diritto, isolando le azioni personali che si prescrivono nel momento in cui la prestazione può essere richiesta. Da ultimo, il BGB ove si affermava che la prescrizione cominciasse con la nascita dell'azione (*Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs*).

³¹ Cfr. C. GANGI, *op. ult. cit.*, p. 227. Tra chi aderiva alla *teoria della lesione* è segnalato Schweppe, Wening, Kierulff, Hasse, Pucta, Sintenis, Bocking, Muller, Demelius, Brackenhof, Muther nonché il Windscheid ed il Savigny. Fattori della seconda sono Thon, Lenz, Vangerow, Arndts, Brinz, Esmarch, Watcher, Baron, Regelsberger ed, in Italia, Scialoja.

³² L'opinione è di C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1985, p. 101 e successivamente ripresa da P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 77.

³³ Cfr. P. VITUCCI, *op. loc. ult. cit.* Già secondo il Gangi, la differenza tra le due teoriche ha un rilievo solo nel campo di quei diritti di credito che hanno per oggetto una prestazione positiva. Per quanto riguarda gli altri diritti, le due opzioni conducono agli stessi risultati. Sussiste una differenza di principio che risulta evidente nel campo dei diritti di credito destinati per loro natura ad essere immediatamente soddisfatti: muovendo dal presupposto che l'azione nasca al momento della conclusione del contratto, da una parte (teoria della lesione) si dice che ciò avviene perché in questo momento ha luogo la violazione del diritto, dall'altra (teoria della realizzazione) si afferma che la violazione del diritto non possa essere concepita, e che l'azione nasca subito, perché la pretesa è subito concretamente fondata. Per quanto riguarda i diritti di credito aventi ad oggetto una *non facere* ed i diritti assoluti, la teoria della realizzazione non esclude che in definitiva l'azione nasca quando il diritto è violato, poiché solo in questo momento la pretesa giuridica diventa concretamente fondata. Sul punto cfr. ancora C. GANGI, *op. ult. cit.*, p. 232 e ss.

³⁴ Per approfondimenti si rinvia ancora a C. GANGI, *op. ult. cit.*, p. 227 e, più di recente, C. RUPERTO, *op. loc. ult. cit.*

L'attuale art. 2935 del nostro codice civile può essere interpretato come uno dei possibili esiti di questa ricerca, «*la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*».

Tuttavia, è proprio il carattere onnicomprensivo della norma³⁵ ad essersi rivelato insoddisfacente nelle applicazioni concrete ed ha posto fin da principio problemi esegetici. Infatti, le eterogeneità dei vari tipi di diritto soggettivo non consentono una disciplina omogenea e l'approccio generalista si è rivelato in molti casi fallimentare, richiedendo spesso una serie di puntualizzazioni e precisazioni che hanno generato una inevitabile sensazione di frammentarietà³⁶.

Numerose, infatti, sono state le pronunce della Cassazione che hanno affrontato il problema del momento in cui il termine inizia a decorrere; come, a ben vedere, numerose sono anche le disposizioni del codice civile e delle leggi speciali che specificano il dettato dell'art. 2935 c.c.

In via di prima approssimazione, per i diritti reali *in re aliena* la prescrizione inizia dal giorno in cui il titolare ha compiuto l'ultimo atto di esercizio (1073, co. 2). Per le servitù negative e quelle per cui non è necessario il fatto dell'uomo, il termine coincide con il giorno in cui si è verificato un fatto che ne ha impedito l'esercizio.

Per i diritti di credito la prescrizione decorre dal momento in cui la prestazione è effettivamente esigibile, salvo poi le difficoltà a determinare esattamente il momento.

Per quanto riguarda il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito, ai sensi dell'art. 2947, co. 1, questo si prescrive dal giorno in cui il fatto si è verificato³⁷.

³⁵ Vale a dire, la sua riferibilità tanto ai diritti reali limitati quanto a quelli di credito e, con riferimento a questi ultimi, senza distinguere tra obbligazioni consistenti in un dare o in un fare, in un non fare o in un *pati*.

³⁶ Cfr. G. TRAVAGLINO, *L'elaborazione teorica*, cit., p. 33.

³⁷ In riferimento ai rapporti tra art. 2935 c.c. e 2947 c.c. cfr. Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, «da norma di cui all'art. 2947 c.c. non riveste carattere di specialità, e non ha quindi efficacia prevalente e derogatoria rispetto a quella di cui all'art. 2935 c.c.: le due disposizioni si collocano infatti su diversi piani di operatività giuridica, in quanto la prima attiene alla determinazione del termine prescrizione applicabile a una delle tante specifiche ipotesi che il legislatore ha assoggettato a prescrizione più breve

Con riferimento a quest'ultimo, le prime applicazioni giurisprudenziali proponevano un impianto fortemente sbilanciato a favore del debitore.

In nome della certezza, si prescindeva da qualsiasi considerazione sulle ragioni soggettive ed oggettive di fatto -ad eccezione di quelle indicate negli art. 2941 e 2942- che impedissero al soggetto di instaurare un procedimento.

In particolare, anche qualora il fatto illecito ed il verificarsi del danno non coincidessero cronologicamente, la prescrizione decorreva dal sorgere del danno, senza attribuire alcun rilievo alla conoscenza³⁸.

Semplificando l'orientamento in vigore in quegli anni³⁹, ai fini dell'esordio della prescrizione, l'ignoranza dell'esistenza del diritto da parte del suo titolare o qualunque altro ostacolo soggettivo o di fatto non erano rilevanti.

rispetto a quella ordinaria decennale, mentre l'altra disciplina la decorrenza della prescrizione con riferimento a qualsivoglia termine applicabile, escludendone il periodo durante il quale non sia possibile far valere il diritto, onde fra l'una e l'altra non può configurarsi un conflitto che possa essere risolto in termini di prevalente specialità».

³⁸ Molte sono le pronunce che affermavano questo principio. A titolo esemplificativo cfr. Cass., 27 marzo 1942, n. 332; Cass., 24 novembre 1966, n. 2797, Cass., 12 gennaio 1972, n. 74, in *Foro it.*, 1972, I, c. 2958

In dottrina, cfr. G. AZZARITI- G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1964, sub artt. 2947, p. 292

³⁹ Una pronuncia del 1966 della Suprema Corte, di cui si riporta uno stralcio della motivazione, è chiarissima, Cass., 24 novembre 1966, n. 2797. La sentenza non è stata pubblicata ma i fatti e gli estratti sono riportati, insieme ad altre pronunce, da F. ALBISINNI – L. MOCCIA, *Termine di prescrizione, precedente giudiziale ed ignoranza iuris*, in *Foro it.*, 1975, c. 130. Si tratta del caso di vendita di un fondo, con impegno da parte dell'alienante di non costruire oltre una determinata altezza su un proprio terreno confinante. Con un successivo atto, lo stesso venditore vende il fondo confinante, senza far menzione della *servitus altius non tollendi*. A distanza di oltre vent'anni da quest'ultima compravendita (1937-1958) gli eredi edificano e il proprietario del fondo contiguo propone azione per ottenere il risarcimento del danno.

La Cassazione ritiene che l'azione sia prescritta, poiché la violazione del diritto è avvenuta già al momento della seconda vendita. In particolare, si afferma che «con la costruzione, invero, l'elemento danno diventò solo più evidente e concreto nei suoi precisi estremi, ma non può dubitarsi che un danno risarcibile venne ad esistenza fin dal momento della violazione delle clausole contrattuali (...) per il semplice fatto della vendita (...) a prescindere, cioè, dalla costruzione sul fondo già servente, avvenuta solo molti anni dopo».

Leggendo la motivazione, «l'art. 2935 cod. civ., consacrando il principio già accolto sotto l'impero del codice del 1865 che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, si riferisce alla possibilità legale non influenzando sul decorso della prescrizione, salvo le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto. Il principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* non ha portata generale nel nostro ordinamento, cosicché l'ignoranza da parte del titolare dell'esistenza del proprio diritto, l'inerzia del titolare medesimo nell'accertare il proprio diritto nei confronti del debitore, ed i semplici impedimenti di fatto in genere non valgono ad impedire il corso della prescrizione. Che l'impedimento deve concernere la 'possibilità legale', non influenzando sul decorso della prescrizione, salvo le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto, è detto anche nella relazione al Codice civile (n.1198). Onde può concludersi, in piena armonia con la più autorevole dottrina ed

Ciò veniva desunto da una interpretazione restrittiva del concetto di possibilità di cui all'art. 2935 c.c. ('può'), suggerita dalla relazione al Codice civile, «l'art. 2935 c.c. dà formulazione legislativa al principio che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, e l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influenzando sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto».

Il sistema fu particolarmente avversato dalla dottrina, proprio per la sua rigidità ed indifferenza verso la posizione del creditore⁴⁰.

I primi segni di un cambiamento iniziarono a percepirsi negli anni '70 e la conoscenza cominciò ad essere un elemento da valutare ai fini dell'*exordium praescriptionis*⁴¹.

La svolta avviene nel 1979 in un caso di responsabilità medica⁴².

Secondo la Suprema corte, la responsabilità extracontrattuale configurata nell'art. 2043 c.c., è una fattispecie complessa che si perfeziona quando si sono realizzati tutti i fatti ed eventi che la compongono, tra cui la manifestazione del danno ingiusto. Pertanto, ove il danno si sia verificato in un determinato

alcuni precedenti giurisprudenziali di questa Suprema corte (cfr. 4 aprile 1949, n. 779; 12 gennaio 1940, n. 73; 30 dicembre 1959, n. 3218) che l'art. 2935, secondo il quale la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, si riferisce alle sole cause impeditive dell'esercizio del diritto e non anche ai semplici ostacoli soggettivi o di fatto. In altri termini, quando esistono obiettivamente dal punto di vista giuridico le condizioni necessarie e sufficienti perché un diritto possa essere fatto valere, non hanno rilevanza, al fine di impedire il corso della prescrizione, eventuali ostacoli all'esercizio del diritto, anche se tali ostacoli siano costituiti dallo stato di ignoranza in cui il titolare del diritto versi sull'esistenza o pertinenza del diritto medesimo». Interessante comparare il contenuto di questa pronuncia con il contestuale diritto inglese dell'epoca ove la conoscenza già giocava un ruolo centrale ai fini della conoscenza, cfr. par 5.3. del presente capitolo.

⁴⁰ Le prime critiche si riscontrano già negli anni '60, A. RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962, p. 1991. Negli anni '70 cfr. M. OTTOLENGHI, *Prescrizione dell'azione per danni*, Milano, 1976. Per una autorevole posizione contraria cfr. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 277

⁴¹ Cfr. Cass., 6 marzo 1970, n. 569, in *Giust. civ.*, 1970, I, 674; Cass., 6 ottobre 1975, n. 3161, in *Mass. giur. it.*, 1975.

⁴² Cfr. Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, p. 90; in *foro it.*, 1980, I, c. 1115; in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1440 e in *Riv. it. med. leg.*, 1981, p. 880. Il caso era il seguente: alla vittima erano state praticate, per un errore diagnostico dei sanitari, delle irradiazioni che avevano comportato una incapacità irreversibile a procreare, per lungo tempo non riconosciuta in quanto nascosta dal prodursi di 'simulacri di mestruazioni'.

momento, ma si sia esteriorizzato successivamente ed in quel frangente sia divenuto conoscibile, è da quell'istante che il termine comincia a decorrere.

Il principio venne ripreso e confermato dalla successiva giurisprudenza⁴³.

Tuttavia, la semplice manifestazione del pregiudizio non garantiva alla vittima adeguata tutela. Poteva accadere -soprattutto nei danni lungolatenti- che vi fossero difficoltà a ricostruire il nesso di causalità materiale tra condotta ed evento e, di conseguenza, l'individuazione del soggetto responsabile cui la condotta fosse addebitabile.

Un nuovo passo è stato compiuto nel 2003⁴⁴ ed è stato così superato l'orientamento che individuava il momento iniziale dell'esordio con esclusivo riguardo alla sola esteriorizzazione del danno. La pronuncia, resa sempre in un caso di responsabilità medica, stabilisce che, ai fini della decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, a rilevare non è più unicamente il momento in cui il pregiudizio si è manifestato in tutte le sue componenti essenziali, ma occorre altresì la conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche, della causa del danno e, conseguentemente, della sua addebitabilità ad un soggetto.

La materia, successivamente, troverà una compiuta 'disciplina sistematica' nella sentenza 581 resa a Sezioni Unite nel 2008⁴⁵, lasciando ancora delle problematiche aperte.

⁴³ A titolo di esempio, cfr. Cass., 6 febbraio 1982, n. 685, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2781 e ss. con nota di VENTRELLA, *Danno occulto e illecito permanente: questioni di decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno*; Cass., 24 febbraio 1983, n. 1442, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 627; Cass., 5 luglio 1989, n. 3206, in *Arch. civ.*, 1989, p. 1168; Cass., 4 gennaio 1993, n. 13, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1686; Cass., 12 agosto 1995, n. 8845, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 1517; Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, in *Dir. econ. ass.*, 2000, p. 1226; Cass., 10 giugno 2000, n. 7937, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2771 con nota di S. BRUN, *Danno biologico e dies a quo della prescrizione*

⁴⁴ Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2003, p. 285, con nota di M. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della Cassazione sposta il dies a quo della manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile (la nuova regola a confronto con il modello inglese...idee per una riforma)*; in *Danno e resp.*, p. 845, con nota di I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolattente e di U. IZZO, La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolattente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*

⁴⁵ Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453 con nota di A. PALMIERI; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 827, con nota di F. GRECO, *Le sezioni unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasi infette*.

3.1.1. L'irrilevanza degli impedimenti di fatto.

Parallelamente agli sviluppi appena riferiti, un differente orientamento giurisprudenziale è ancora fermo nel ripetere il principio secondo cui l'articolo 2935 c.c., nello stabilire che la prescrizione cominci a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, si riferisce soltanto alla possibilità legale, quindi agli impedimenti di ordine giuridico e non anche a quelli di fatto, tra cui la conoscenza⁴⁶.

Radicalmente differente è l'impostazione dogmatica di partenza: in queste ipotesi la conoscenza non è presa in esame per valutarne la portata nell'ambito dei fatti costitutivi rilevanti ai fini della decorrenza; bensì, è inquadrata, nella sua accezione contraria, entro quei fatti idonei a sospenderne il decorso (i cui elementi, esclusivamente oggettivi, sono già stati integrati).

Secondo questo filone, le cause di sospensione presenti nel codice⁴⁷ si configurerebbero come norme eccezionali⁴⁸ non suscettibili di analogia ed in diretto contrasto con un principio generale: «quando esistono obiettivamente dal punto di vista giuridico le condizioni necessarie e sufficienti perché un diritto possa essere fatto valere, non hanno rilevanza, al fine di impedire il corso della prescrizione, eventuali ostacoli all'esercizio del diritto se tali ostacoli siano costituiti dallo stato di ignoranza in cui il titolare del diritto versi sull'esistenza o pertinenza del medesimo»⁴⁹.

⁴⁶ Alcune pronunce si riscontrano già negli anni '80 (Cass., 12 marzo 1984, n. 1696; Cass., 16 febbraio 1985, n. 1445, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1327; Cass., 19 novembre 1985, n. 5682) ed hanno trovato conferma negli anni '90 (Cass., 10 ottobre 1992, n. 11094; Cass., 7 gennaio 1994, n. 94; Cass., 7 maggio 1996, n. 4253; Cass., 3 giugno 1997, n. 4939; Cass., 19 novembre 1999, n. 12825) ed anche con il nuovo millennio il principio mantiene attualità (Cass., 11 dicembre 2001; Cass., 23 luglio 2003, n. 11451 e, di recente, Cass., 7 marzo 2012, n. 3584). Con riferimento alla Corte Costituzionale cfr. Corte Cost., 30 giugno 1988, n. 732, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1988, p. 615 secondo cui l'art. 2947, comma 3, che, anche in caso di morte del reo, fa decorrere dalla data di estinzione del reato il termine prescrizione del diritto al risarcimento del danno non è in contrasto con l'art. 24 cost., potendo l'interessato con l'ordinaria diligenza accertare l'esistenza in vita dell'imputato.

⁴⁷ Si pensi ad esempio all'art. 1442, II co., c.c.

⁴⁸ In tal senso cfr. W. D'AVANZO, *Della prescrizione*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1947, p. 963 e P. VITUCCI, *Le disposizioni generali sulla prescrizione*, in F. Rosselli – P. Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 20, Tutela dei diritti, II, Torino, 1998, p. 499.

⁴⁹ Cfr. W. D'AVANZO, *Della prescrizione*, cit., p. 954; G. AZZARITI – G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro sesto: Tutela dei diritti*, art.

Da qui, l'irrelevanza dell'ignoranza incolpevole del titolare del diritto o la forza maggiore, intesa come impossibilità di fatto di esercizio della propria pretesa⁵⁰.

Per cogliere meglio la portata del problema, è opportuno portare all'attenzione qualche recente caso giurisprudenziale.

Il primo riguarda un'ipotesi di difetto di consenso informato e responsabilità medica, del tutto analogo a quelli riportati poco sopra. Nella specie, la particolare competenza professionale del paziente danneggiato, di professione medico chirurgo, ha indotto la Corte a ritenere che l'attore fosse in grado di rappresentarsi i rischi dell'intervento e fosse pertanto tenuto ad attivarsi diligentemente dopo l'intervento subito, effettuando gli accertamenti sulla possibile insorgenza del danno alla sua capacità di procreare. In tal modo, avrebbe potuto acquisire la consapevolezza del pregiudizio, utile a renderlo edotto della possibilità di far valere il proprio credito risarcitorio nei confronti degli autori dell'intervento. Di conseguenza, la scoperta successiva di tale danno rientrerebbe in quegli impedimenti di fatto non giuridicamente rilevanti in quanto non compresi negli articoli 2941 e 2942 c.c.⁵¹

Alla medesima decisione si sarebbe potuto arrivare se la Cassazione avesse argomentato in ordine alla mancata diligenza del medico nell'attivarsi a

2910-2969, II ed., Bologna – Roma, 1977, p. 221. V. anche B. GRASSO, voce *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 66; C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 103 e ss..

Sebbene, come vedremo in proseguo di trattazione, l'orientamento sia parzialmente mutato, in giurisprudenza cfr. Cass., 23 luglio 2003, n. 11451; Cass., 19 novembre 1999, n. 12825; Cass., 3 giugno 1997, n. 4939 e per ulteriori precedenti cfr. D. LEBAN, *Prescrizione e decadenza nel diritto privato*, Padova, 2003.

⁵⁰ Interessante sul punto è la *relazione al re*. Al punto 1198 si afferma: "l'art. 2935 dà formulazione legislativa al principio che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere; e l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influenzando sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto".

Allo scopo di negare gli impedimenti di fatto, a questa hanno fatto riferimento W. D'AVANZO, *Della prescrizione*, cit., p. 954 e A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 18; P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 497; E. FILOGRANA, *Gli impedimenti di fatto alla decorrenza del termine di prescrizione nell'ottica della funzione dell'istituto*, in *Corr. giur.*, 2003, 12, p. 1640.

⁵¹ Cass., 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Giur. it.*, 2004, p. 1581, con nota di RIGHETTI, *Ancora un revirement della Cassazione sul dies a quo della prescrizione dell'azione risarcitoria nel danno lungo latente: un segnale per le sezioni unite?*; in *Dir. e giust.*, 2004, p. 623, con nota di V. ROSSI, *Appunti sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*; in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 454; in *Danno e resp.*, 2004, p. 389, con nota di P.G. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*.

conoscere le cause del pregiudizio subito, sul modello di quanto stabilito nel 2003.

In un'altra pronuncia del novembre 2005 relativa al fatto illecito commesso da un notaio per la redazione di un atto costitutivo di ipoteca nullo, la Suprema Corte ha precisato che il danno si era verificato con la redazione della scrittura, sicché da quel momento e non da quello successivo dell'accertamento della nullità di essa, decorreva il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno⁵².

Le more del processo, secondo la Corte, costituiscono impedimento di fatto non rilevante ai fini della domanda di risarcimento.

Una sentenza del 2007 decide sulla domanda di risarcimento dei danni conseguenti al mantenimento in servizio di un agente della Polizia di Stato presso il Nucleo Operativo Centrale di Sicurezza, reparto particolarmente stressante, nonostante le sue condizioni di salute, note all'Amministrazione, fossero incompatibili con quel servizio⁵³.

Secondo il ricorrente, il termine prescrizione non dovrebbe decorrere dalla data di cessazione del fatto generatore del danno, ossia dalla dispensa dal servizio, ma dalla data del provvedimento di concessione dell'equo indennizzo riconosciutogli da una legge posta a protezione dei dipendenti statali. Egli ha potuto sapere solo in tale momento di non essere stato integralmente risarcito⁵⁴.

Tuttavia, muovendo dalla funzione diversa ed i diversi presupposti che giustificano la domanda di risarcimento e di indennizzo, secondo la Cassazione l'attesa della concessione del provvedimento integra uno di quegli impedimenti di fatto, non rilevanti.

Una sentenza del 2008 riguarda, invece, la vendita a terzi del bene intestato fiduciarmente e la violazione del *pactum fiduciae*. Secondo i Giudici,

⁵² Cass., 7 novembre 2005, n. 21495, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1223.

⁵³ Cass., 22 giugno 2007, n. 14576, in *Foro it. on-line*.

⁵⁴ Comportando detto provvedimento, in quanto costituente riconoscimento del diritto ex art. 2944 c.c. interruzione della prescrizione, con decorrenza di un nuovo periodo prescrizione ai sensi del successivo art. 2945 c.c.

l'inadempimento dell'obbligazione deve essere fatto valere nel termine di dieci anni dalla vendita, senza che assuma alcun rilievo la circostanza che il fiduciante non ne abbia avuto conoscenza, trattandosi di un impedimento di mero fatto, che non incide sulla possibilità di esercitare il diritto al risarcimento, e non esclude il decorso del termine di prescrizione⁵⁵.

Ancora più di recente, il principio ha trovato conferma in una pronuncia resa nel marzo 2012, ove è stato respinto il ricorso avverso la decisione di merito che, nel dichiarare parzialmente prescritto il diritto alla pensione sociale sostitutiva, non aveva attribuito rilievo ai tempi di accertamento giudiziale del diritto alla pensione di invalidità civile, oggetto di sostituzione, rientrando queste nei c.d. impedimenti di fatto⁵⁶.

Questa costante giurisprudenza aveva indotto un Autore a proporre una modifica legislativa che, traendo spunto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sulla decorrenza della prescrizione in materia di crediti di lavoro, estenda la rilevanza degli impedimenti economico-sociali a tutti i diritti prescrivibili⁵⁷.

Un altro Autore⁵⁸, più di recente, ha notato come questo orientamento non sia fondato su disposizioni del Codice civile. Questi ha cercato di superare il limite muovendo dal principio di autoresponsabilità e considera la prescrizione non in termini di sanzione⁵⁹ ma pur sempre quale effetto sfavorevole conseguente ad un comportamento omissivo imputabile. Di conseguenza, non è ravvisabile in caso di impossibilità oggettiva di esercitare il diritto o di inesigibilità⁶⁰.

⁵⁵ Cass., 25 giugno 2008, n. 17334, in *Le società*, 2008, p. 1476, con nota di A. DI MAJO, *L'[in]adempiere del fiduciario nel negozio fiduciario*.

⁵⁶ Cass., 7 marzo 2012, n. 3584, in *Foro it. on-line*.

⁵⁷ Cfr. R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 721.

⁵⁸ M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione ed autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006, p. 104

⁵⁹ Come invece sostenuto da R. CAPONI, *Op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ Cfr. M. TESCARO, *op. ult. cit.*, in part. p. 139 e ss. Secondo questo Autore, il principio di autoresponsabilità riguarda tutte le fattispecie nelle quali un soggetto, senza violare alcun obbligo giuridico, e senza compiere alcun atto illecito, tiene un comportamento che, pur essendo idoneo a produrre effetti riflessi nella sfera giuridica di altri soggetti, è direttamente lesivo dei soli interessi propri del soggetto agente e può anche essere considerato anomalo rispetto ad un modello di condotta

Il problema diviene ancora più sentito se letto in una dimensione comparatistica. Le recenti riforme in Francia e Germania ed il diritto dell'UE hanno adottato nuove soluzioni. È da queste che bisognerà muovere, perché è questo l'orizzonte culturale di riferimento per interpretare, oggi, l'esperienza italiana.

3.2. Il rapporto tra la disciplina della prescrizione e l'autonomia delle parti. La disponibilità degli effetti estintivi.

Una volta specificata la '*messa in moto*' della prescrizione (decorrenza), la seconda parte del lavoro si pone l'obiettivo di studiare il problema delle modalità di produzione degli effetti tipici, argomento che trova una collocazione nel più generale tema della rilevanza dell'autonomia privata e degli interessi sottesi alla disciplina in esame.

La questione può essere così impostata.

Punto da cui muovere per studiare il rapporto con l'autonomia privata è l'art. 2936 c.c.: «è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione».

Secondo la dottrina, la disposizione è stata oggetto di un «equivoco concettuale, prodotto dalle affermazioni troppo concise della relazione ministeriale»⁶¹.

In questa si legge che la disposizione è coerente «alla finalità d'ordine pubblico che informa l'intero istituto della prescrizione». Definisce, inoltre, erroneo il presupposto che essa «sia stabilita nell'interesse del debitore». Se così fosse, infatti, sarebbe disconosciuto «il carattere pubblico dell'istituto».

La spiegazione del Guardasigilli, pur nella sua brevità, poggia su una tradizione secolare.

normale od ordinario, previsto, o anche solo dato per scontato dalla legge. Da qui, successivamente, si desumerebbe dal sistema un obbligo di *restitutio in integrum*.

⁶¹ P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 177, tesi successivamente ripresa da P. VITUCCI – F. ROSELLI, *Le disposizioni generali sulla prescrizione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, vol. 20, p. 456.

La tesi della natura pubblicistica affonda le basi teoriche in un approccio giusnaturalista diffuso nella mentalità dei giuristi di fine 1700, i quali sostenevano che questa violasse i diritti naturali degli individui.

Leggendo le pagine di Troplong⁶², «i diritti considerati idealmente sono interminabili e sempiterni, ed il tempo non ha impero se non su ciò che è contingente, non può smuoverli, come non può attaccare lo stesso essere supremo. Poiché il tempo non può dare principio né termine a ciò che è eterno e assoluto».

Però, proprio per evitare che un soggetto rimanesse debitore a vita⁶³, i giuristi contrapposero all'interesse privato un interesse pubblico e la prescrizione divenne «una delle principali guarentigie sociali»⁶⁴: per tale via fu cancellata ogni disarmonia della legge positiva con la legge di natura, dato che è la stessa natura ad imporre la tranquillità e l'ordine sociale.

Del resto, già Bartolo⁶⁵, successivamente ripreso da Savigny e Windscheid⁶⁶, affermava che la prescrizione è *inducta ad publicam utilitatem* ed è, quindi, un istituto *iuris publici*⁶⁷.

Le tesi creavano un collegamento tra il divieto di rinuncia preventiva agli effetti prodotti dalla prescrizione⁶⁸ e la derogabilità delle norme ivi previste: il patto che escluda la prescrizione o ne modifichi i requisiti o gli effetti, era da considerarsi invalido se stipulato in via preventiva.

⁶² R.T. TROPLONG, *Della prescrizione, o commentario del Tit. 20., Lib. 3. del Codice Civile*, Torino, 1841, I, p. 27

⁶³ In termini analoghi ma più concreti G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1911, p. 343, «se eravate debitori ieri, rimarrete debitori domani, se non sborsate denari per pagare».

⁶⁴ L'espressione è di A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 39

⁶⁵ Riportato da G. PUGLIESE, *Trattato della prescrizione acquisitiva nel diritto civile italiano*, Torino, 1889, p. 144

⁶⁶ Richiamato da P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 179

⁶⁷ L'idea della matrice pubblicistica della prescrizione affonda le proprie radici anche più indietro nel tempo quando, II sec. d.C., si iniziò a parlare di *longi temporis praescriptio*: al fine di garantire certezza e stabilità nei rapporti giuridici, si disposero termini di prescrizione lunghi. Per approfondimenti cfr. M.R. CIMMA, *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1996, p. 253 e ss.

⁶⁸ Norma espressamente prevista nel codice del 1865, art. 2107: «non si può rinunciare alla prescrizione, se non quando essa è già compiuta».

Su queste basi, la dottrina anteriore al vigente Codice civile era tutta d'accordo nel vedere un interesse pubblico a fondamento⁶⁹.

Dall'altra parte, gli accordi non erano, in linea di principio, esclusi.

Gli stessi autori che sostenevano la presenza di un interesse pubblico, escludevano la rilevanza dell'autonomia privata solo per gli accordi stipulati antecedentemente al compimento della prescrizione stessa.

Inoltre, sebbene si ritenesse, proprio per finalità di ordine pubblico, l'invalidità di accordi che prolungassero la durata della prescrizione⁷⁰, meno sicura era la soluzione per ciò che riguardava l'abbreviazione⁷¹.

Chi riteneva ammissibile la deroga convenzionale sosteneva che la stabilità dei rapporti giuridici, finalità cui mirerebbe l'istituto della prescrizione, non verrebbe frustrata con la pattuizione di un termine più breve di quello legale⁷².

Per la tesi favorevole si rilevava che la prescrizione è introdotta nell'interesse delle parti, «se a queste torna conto modificare i termini entro cui quella volontà dovrà compiersi, l'ordinamento giuridico non ne esce affatto lesa nelle sue finalità, le quali, al postutto, trovano più sollecita attuazione per il fatto che, quanto più breve è il termine stabilito per prescrivere, tanto meglio e più sollecitamente si eliminano i pericoli inerenti all'incertezza dei rapporti giuridici»⁷³.

In mancanza di una norma specifica, questa era l'interpretazione seguita dalla dottrina, vigente il codice del 1865.

⁶⁹ V. sempre A. AURICCHIO, *op. loc. ult. cit.* il quale rinvia a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, tr. it. C. Fadda-P.E. Bensa, Torino, 1904; E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1927, p. 60. Unica voce discordante è quella di E. GIUSIANA, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 424 il quale vede nell'istituto una matrice di natura privatistica.

⁷⁰ Perché questo avrebbe prodotto l'effetto di una rinuncia preventiva alla prescrizione ed avrebbe esposto il debitore ad una più grave condizione in contrasto con le finalità della prescrizione, così W. D'AVANZO, *Commento all'art. 2936 c.c.*, in *Codice civile. Commentario*, Vol. VI, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1943, p. 955.

⁷¹ Il problema muoveva da un confronto con l'originario §225 BGB che consentiva esplicitamente la validità del patto inteso ad abbreviare la misura del termine, v. P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 178.

⁷² Cfr. G. BAUDRY LACANTINERIE – A. TISSIER, *Prescrizione*, Milano, 1908, p. 78; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., p. 353. In giurisprudenza v. Cass., 10 maggio 1935, in *Rep. foro it.*, 1935, voce *Prescrizione civile*, n. 16; Cass., 17 dicembre 1936, in *Rep. foro it.*, 1936, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 486; Cass., 25 gennaio 1939, in *Rep. foro it.*, 1939, voce *Prescrizione civile*, n. 11. In senso opposto v. C.A. Genova, 17 luglio 1952, in *Foro pad.*, 1952, I, p. 963.

⁷³ Così ricostruita da W. D'AVANZO, *Commento all'art. 2936 c.c.*, cit., p. 955.

Entrato in vigore il nuovo Codice civile, il legislatore segue un differente indirizzo: l'interesse pubblico sembra essere prevalente e l'introduzione di clausole abbreviatrici contrasterebbe con questo.

Questa è la linea lungo la quale si sono mossi i primi commentatori: «la distinzione fra i due casi [ndr Legittimità di patti che introducono termini dilatori o più brevi] non ha ragione d'essere in base alla nuova legge, la quale vieta non soltanto le clausole contrattuali dirette a prolungare i termini di prescrizione, ma altresì quelle dirette ad abbreviarli. È così riaffermato il carattere di ordine pubblico dell'istituto, per cui solo la legge, nel suo sovrano apprezzamento, può valutare quale termine sia conveniente per la prescrizione di un determinato diritto»⁷⁴.

In questo modo, l'ordine pubblico è diventato il protettore di quelle esigenze di certezza cui sarebbe sottoposta la prescrizione ed è posto a fondamento della norma che dispone l'invalidità dei patti diretti a modificarne la disciplina legale.

La costruzione ha iniziato ad essere revocata in dubbio all'inizio degli anni '70, sull'osservazione che nel campo del diritto privato molti interessi sono regolati da norme inderogabili e nessuno negherebbe che, in molte di queste, l'interesse sotteso abbia natura privata: «una norma inderogabile non tutela sempre –e necessariamente- un interesse pubblico»⁷⁵.

Infatti, «una cosa è il motivo per il quale il legislatore tutela un interesse, ed altra -del tutto diversa- è l'interesse tutelato dal legislatore»⁷⁶.

Si è aperta così la strada ad un differente orientamento: «titolare dell'interesse protetto non è altri che il debitore, il quale potrà valersi dei vantaggi offertigli dalla prescrizione, una volta che questa si sia compiuta. Si

⁷⁴ G. AZZARITI – G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1953, p. 571. In termini simili anche C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, Torino, 1985, p. 14

⁷⁵ A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 40. Lo spunto verrà successivamente ripreso, in maniera più approfondita da P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 181. In realtà, già la giurisprudenza nel 1960 affermava che «le norme sulla prescrizione -che certo non attengono all'ordine pubblico internazionale- anche se indubbiamente informate a ragioni di pubblico interesse (dove la derogabilità enunciata nell'art. 2936 c.c.), non attengono, peraltro, all'ordine pubblico inteso in senso tecnico e giuridico».

⁷⁶ A. AURICCHIO, *op. loc. ult. cit.*

tratta quindi di un interesse individuale, rivolto alla liberazione del debitore dal rapporto obbligatorio, ovvero –attesa la portata generale dell’istituto- alla liberazione del proprietario dal peso consistente nell’altrui diritto reale limitato»⁷⁷.

Sulla base di questi spunti, la dottrina ha offerto una rilettura delle norme, dandone un significativo nuovo⁷⁸, già parzialmente emerso nelle pagine precedenti.

In primo luogo, a differenza di quanto indicato letteralmente dall’art. 2934, la prescrizione incide sull’intero rapporto giuridico e non sul solo diritto. Tentando una semplificazione, il decorso del tempo non solo paralizza una pretesa creditizia, ma produce anche un’efficacia liberatoria nei confronti del debitore che, in ipotesi di domanda da parte del creditore, può eccepirne l’avvenuta prescrizione⁷⁹.

In secondo luogo, la non rilevabilità d’ufficio, il pagamento spontaneo del debito prescritto, la possibilità di rinuncia alla prescrizione inducono ad una duplice riflessione.

La prima. La prescrizione non estingue il diritto: pur essendo decorso il termine, le facoltà indicate fanno pensare che qualcosa sopravviva.

La seconda. Se da una parte la previsione dell’inderogabilità delle norme postula un’esigenza statale di certezza del diritto, dall’altra queste facoltà riconoscono comunque una certa autonomia alle esigenze dei privati: «il diritto nascente dal perfezionarsi della fattispecie prescizionale appare in pieno un

⁷⁷ P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 180.

⁷⁸ Per un’ampia visione storico-sistematica, tra gli scritti più recenti cfr. il volume di P.G. MONATERI – C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, in part. lo scritto iniziale di P.G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione*, p. 1. e F. ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Diritto civile*, dir. da N. Lipari – P. Rescigno, Vol. IV-II, Milano, 2009, p. 485. Sull’incidenza dei principi costituzionali nell’evoluzione storica della prescrizione cfr. G. DEL SIGNORE, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padova, 2004.

⁷⁹ In questo senso cfr. A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit. In senso simile, ma differente, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 467. Per il primo autore il significato dell’istituto della prescrizione si coglie attraverso una ricostruzione del rapporto obbligatorio sotto il profilo passivo: la prescrizione non produce un effetto estintivo del credito bensì liberatorio per il debitore. Di avviso parzialmente opposto E. Betti secondo il quale la prescrizione incide sull’intero rapporto. Per approfondimenti sulla natura e sull’oggetto della prescrizione cfr. P.G. MONATERI - C. COSTANTINI, *La prescrizione*, cit., p. 1 e ss.

diritto disponibile, anche se non modificabile in via convenzionale è il regime dell'istituto»⁸⁰.

Peraltro, esaminando la disciplina codicistica, le esigenze di certezza del diritto non descrivono in maniera adeguata il funzionamento dell'istituto e diversa è la *ratio* del divieto posto dall'art. 2936 c.c.

Negli anni '90 si inizia a proporre una lettura dell'inderogabilità nell'ottica di prevenire, grazie alla sanzione della nullità, che il patto derogatorio della disciplina legale si trasformi in uno strumento di sopraffazione: «una disciplina negoziale della prescrizione comporterebbe la possibilità di porre termini iugulatori all'esercizio dei diritti scaturenti dal contratto in favore della parte debole. Specie nella contrattazione di massa, tale disciplina si risolverebbe in clausole di stile, intese a circoscrivere l'esercizio dei diritti contrattuali»⁸¹.

In questo dibattito, il grande assente è stato, fino a poco tempo addietro, la giurisprudenza.

Tuttavia, le riforme in Francia e Germania e gli orientamenti che stanno maturando in seno ai Giudici di Strasburgo e di Lussemburgo, offrono degli spunti per una lettura più articolata e sistematica non solo del problema della derogabilità privata⁸² ma anche, in termini più generali, dell'interesse giuridico ad essa sotteso e, di conseguenza, gli effetti prodotti dal maturare della prescrizione.

La dottrina interna, le riforme europee e la giurisprudenza della CGUE e della Corte EDU hanno avuto la forza di influenzare pronunce della Cassazione che, nel 2011, si è posta il problema del rapporto tra disponibilità degli effetti estintivi ed esigenze di certezza⁸³.

⁸⁰ P.G. MONATERI - C. COSTANTINI, *La prescrizione*, cit., p. 27 e così anche G. TRAVAGLINO, *L'elaborazione teorica*, cit., p. 6. In giurisprudenza, v. anche Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Corr. giur.*, 2011, p. 488 di cui lo stesso G. Travaglino è estensore.

⁸¹ P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 181. A ben vedere, i presupposti di questa idea erano già rinvenibili in G. MIRABELLI, *Della prescrizione*, Napoli-Torino, 1915, p. 40 e N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 460

⁸² Che in Italia rimane comunque vietata.

⁸³ «E' legittimo, allora, interrogarsi su quale esigenza di certezza possa dirsi esaudita da una fattispecie i cui meccanismi -operando, oltretutto, sul piano sia sostanziale che processuale- postulino, a tacer d'altro, una disponibilità dell'effetto estintivo di un diritto soggettivo potenzialmente destinata a perpetuarsi a tempo pressoché indeterminato, al di là del (solo apparentemente decisivo) decorso 'del

La questione di fondo non riguarda esclusivamente la possibilità per le parti di concludere accordi riguardanti i termini di prescrizione, cosa che peraltro l'art. 2936 c.c. esclude espressamente.

Piuttosto, si tratta di cogliere la vocazione pubblicistica o privatistica dell'istituto. Vale a dire, in termini più concreti, se la titolarità dell'interesse protetto con la disciplina indicata dal legislatore sia riferibile all'ordinamento oppure, come sembra più convincente, alle parti.

La questione non è meramente teorica perché è proprio nella natura pubblica o privata che si trovano le condizioni di possibilità ed i presupposti per l'ingresso dell'autonomia privata⁸⁴.

Inoltre, è proprio muovendo dalla natura privata che bisogna indagare i comportamenti che le parti debbono tenere per disporre degli effetti estintivi della prescrizione, cui parte della dottrina e della giurisprudenza si richiamano.

Ciò comporta che il termine normativo di riferimento non potrà essere, pertanto, solamente l'art. 2936 c.c. ma l'intera disciplina generale dell'istituto: essendo questa la norma più problematica ed a cui bisogna dare un significato, esso non può essere inferito dalla medesima ma dal sistema in cui è opera.

4. Il quadro europeo: complessità e frammentarietà.

Come anticipato, le questioni esposte devono essere indagate in un mutato orizzonte di indagine.

Con questa espressione non si fa riferimento ad un generico allargamento territoriale che impone di considerare oltre al diritto interno anche il diritto estero. Neppure si tratta di un'operazione aritmetica, aggiungendo alla

tempo previsto dalla legge», Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Foro it.*, 2011, I, 2423 ed in *Corr. giur.*, 2011, 4, p. 448, con nota di A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*.

⁸⁴ Parafasando, se si dovesse optare per la natura pubblicistica, l'inderogabilità delle norme è conseguenza automatica. Diversamente, scegliere per la natura privatistica, impone una lettura differente dell'art. 2936 c.c.

disciplina nazionale le fonti comunitarie, arricchendo il tutto con gli orientamenti giurisprudenziali.

Costituzione, vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed obblighi internazionali concorrono a formare un nuovo assetto del sistema delle fonti che può essere descritto non è solo in termini di *complessità* ma anche di *frammentarietà*⁸⁵.

In termini operativi, le fonti del diritto «si articolano in un ordine diverso rispetto al passato ed assumono sempre più rilievo la Costituzione, la normativa comunitaria, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, le pronunzie delle Autorità e della Corte Costituzionale che ricorrono spesso al canone della ragionevolezza e del diritto vivente nel controllo delle leggi»⁸⁶.

Ma non solo. Il fenomeno la dilatazione dei mercati ha portato con sé l'esigenza di creare discipline di settore, quali ad esempio i contratti tra imprese e i contratti dei consumatori. Le peculiari esigenze che tali operatori commerciali portano con sé, richiedono il riconoscimento di una rilevanza giuridica separata dalla disciplina generale, la quale non sarebbe in grado di garantire a queste una tutela piena⁸⁷.

⁸⁵ La matrice filosofica da cui si sono sviluppati questi due aggettivi risale al pensiero di M. HEIDEGGER, *Zeit und zeit* pubblicata nella traduzione italiana da Longanesi, *Essere e tempo*, a cura di F. Volpi, tr. it. di P. Chiodi, Milano, 2005.

Per quanto riguarda il diritto cfr., in primo luogo, P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Bari, 2012. Sul punto v. anche G. SILVESTRI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 149; A. PREDIERI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sulla gerarchia e sulla competenza di ordinamenti o di norme nelle relazioni fra Stato e Comunità Europea*, in *Atti del Seminario su "La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario"*, Roma, Palazzo della Consulta, 15-16 ottobre 1990, Milano, Giuffrè, 1991 p. 115; F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?*, in M. Vogliotti (cur.), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008; P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, 32, pp. 268-269; G. ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, p. 93; B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I. Delle fonti del diritto, Napoli, 2009, p. 257.

⁸⁶ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in G. Vettori (cur.), *Remedies in contract. The common rules for a european law*, Padova, 2008, p. 271. In termini simili, cfr. *ex multis* P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 807; G. DE NOVA, *Sul rapporto fra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 333. Per ulteriori approfondimenti cfr. M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005.

⁸⁷ Cfr. G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 86 nonché S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 601. In senso differente V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 5.

Affiora l'esigenza di un ripensamento del rapporto tra normativa generale e di settore, senza giungere a soluzioni estreme per cui la settorializzazione esprime la definitiva scomparsa della disciplina generale o una nuova centralità del codice civile.

Piuttosto bisogna optare per una soluzione mediana «affiancando alle regole di settore rimedi generali di provenienza legislativa o elaborate dalla giurisprudenza teorica e pratica»⁸⁸.

Pertanto, volendo trarne una conclusione, compito del giurista non è tanto incidere sulla *complessità*, tratto fisiologico⁸⁹, ma organizzare e trasformare la *frammentarietà* in sistema⁹⁰.

La questione, tuttavia, non è di pronta soluzione, perché l'ordinamento dell'Unione, soprattutto, si caratterizza per due elementi: è in continuo divenire ed interviene con provvedimenti sempre più specializzati, che si devono fondere con la normativa generale di ciascun Stato membro⁹¹.

Per quanto riguarda le modalità di intervento, il legislatore comunitario, allo scopo di far convivere in un unico sistema le diversità dei singoli ordinamenti che formano l'UE, preferisce adottare una forma di legislazione per principi e di individuazione di regole di cornice entro cui i singoli Stati membri possono muoversi liberamente.

Ruolo centrale è dato all'individuazione di un interesse da proteggere, cui trovare una regola efficiente, nell'ambito di quel legame tra disciplina generale e disciplina di settore.

⁸⁸ G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, cit.

⁸⁹ Illuminanti le parole di P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, cit., l'ordine giuridico «ha la sua genesi in basso; si conforma alla società...la rispecchia fedelmente...poiché in essa è intrinseco il carattere plurale, l'ordine non potrà mai abdicare ad essere -a sua volta- una realtà plurale».

⁹⁰ L'idea muove da un'affermazione fatta da N. LIPARI, *Per una revisione delle categorie civilistiche. Spunti di metodo e di merito*, Lezione seminariale tenuta il giorno 5 dicembre 2012 nell'ambito del *Corso di dottorato di ricerca – Indirizzo civilistico*, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Firenze. Secondo questo Autore il concetto di ordinamento e sistema, mentre una volta erano sinonimi, oggi sono differenti: l'ordinamento tende a diventare sistema oppure, in altri termini, la riconduzione a sistema è il fine cui tende l'ordinamento tramite l'opera del giurista.

⁹¹ Sul punto cfr. C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Torino, 2008. Più di recente cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.

In quest'ottica, nei prossimi paragrafi si esamineranno le riforme introdotte in Francia e in Germania, nonché gli orientamenti comunitari in ordine ai problemi prima indicati.

In via di prima approssimazione⁹², da una disamina del materiale normativo e giurisprudenziale proveniente dall'Unione europea e dagli Stati membri, la nuova conformazione della prescrizione si sviluppa lungo i seguenti punti⁹³.

Le novità più significative riguardano la durata e la decorrenza.

I termini lunghi, che favorivano il creditore, sono sostituiti da termini brevi, poiché si ritiene maggiormente degno di tutela l'interesse del debitore ad un rapido consolidamento della situazione⁹⁴.

Viene data rilevanza alla conoscenza del creditore in ordine alla determinazione di tutti gli elementi che gli consentano di agire in giudizio, per tutelare un proprio interesse.

Termini molto lunghi sono previsti soltanto per i danni all'integrità della persona.

Oltre al termine breve, viene indicato anche un ulteriore termine lungo che inizia a decorrere indipendentemente dalla conoscenza ed al quale non si applicano cause di sospensione o di interruzione.

Sotto altro aspetto, è dato valore all'autonomia privata entro determinati limiti, affinché una delle parti non abusi eccessivamente di questo potere, prevedendo termini eccessivamente iugulatori o dilatori.

Trattasi di regole nuove che riflettono un approccio, in linea con la metodologia europea, ove l'area di messa a fuoco non è sulla realizzazione di una fattispecie estintiva ma sull'interesse che le parti hanno in un determinato rapporto: che presuppone la conoscenza di questo e si realizza ponendo in essere determinati comportamenti.

⁹² Per gli approfondimenti si rinvia alla trattazione contenuta nel capitolo successivo.

⁹³ Per un primo approccio alle riforme sulla prescrizione in Europa cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 21. Per una trattazione più ampia cfr. R. ZIMMERMANN, *Comparative foundations of European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge, 2002.

⁹⁴ Termini lunghi erano coerenti con il precedente contesto socio-economico ove le esigenze di regolarità e di sicurezza, nonché di frequente lentezza di svolgimento dei rapporti giuridici erano dominanti, cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, cit., p. 21.

Da qui la continuità tra le due problematiche e l'esigenza di muovere, in prima battuta, dal quadro europeo. Sia perché è questo il nuovo orizzonte di indagine imposto dal nuovo sistema delle fonti. Sia perché è nei paesi a noi confinanti che questo approccio si è positivizzato in regole.

Tutti questi profili debbono essere presi in considerazione più da vicino.

5. La decorrenza della prescrizione in Germania, Francia, Inghilterra e nel diritto privato dell'Unione europea.

5.1. La riforma tedesca

A distanza di circa un secolo dalla sua entrata in vigore, con la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* è stato profondamente ed ampiamente riformato il BGB tedesco⁹⁵.

La novella ha toccato anche l'intera disciplina della prescrizione, dando una nuova fisionomia all'istituto.

L'unificazione dei termini e la nuova disciplina sulla decorrenza che attribuisce rilievo all'ignoranza dei fatti costitutivi della pretesa nonché della persona del debitore sono alcuni degli aspetti più salienti.

La vecchia formulazione del §198, abs.1, BGB prevedeva che la prescrizione decorresse dal sorgere della pretesa e decisivo era il momento in cui questa diveniva esigibile, senza che l'ignoranza del creditore fosse rilevante⁹⁶.

Una significativa eccezione si riscontrava in materia di risarcimento del danno da fatto illecito ove si prevedeva un doppio termine di decorrenza: uno

⁹⁵ Per approfondimenti sui tratti generali della riforma cfr. G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello Schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 1 il quale si richiama ad un'ampia letteratura in Germania tra cui W. ERNST-R. ZIMMERMANN (cur.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, 2001 e C.W. CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, München, 2002; di quest'ultimo cfr. anche *La mancata attuazione del rapporto obbligatorio: profili generali. Il nuovo diritto delle Leistungsstörungen*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 19.

⁹⁶ Sul punto cfr. R. CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, 9, p. 1323.

breve (tre anni) ove il *dies a quo* era basato sull'elemento soggettivo della conoscenza; uno lungo (trent'anni) ove il *dies a quo* era ancorato all'elemento oggettivo della commissione dell'atto, a prescindere dalla conoscenza (§852, abs. 1, BGB).

Significativo, in punto di impedimenti di fatto, era il §203 BGB che individuava tra le cause di sospensione l'intervento di una causa di forza maggiore negli ultimi sei mesi⁹⁷.

A seguito della riforma del 2001, il §194 continua a individuare l'oggetto della prescrizione nella pretesa (*Anspruch*)⁹⁸ ed il nuovo §195 riduce il termine ordinario di prescrizione trentennale, prevedendone uno unico di tre anni⁹⁹.

⁹⁷ § 203 BGB, vecchio testo. La prescrizione è sospesa se al creditore è impedito di agire in giudizio per mancato funzionamento degli uffici giudiziari negli ultimi sei mesi di decorso del termine. Lo stesso vale se un tale impedimento è dovuto in altra maniera ad una causa di forza maggiore.

La giurisprudenza tedesca comprendeva anche le condizioni economiche tali da non consentire al soggetto di anticipare le spese processuali per far valere il suo diritto in giudizio oppure nell'errore imputabile all'ufficio giudiziario che ha provocato la nullità della notificazione di un atto introduttivo di un giudizio interruttivo della prescrizione, cfr. R. CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, cit., p. 1323.

⁹⁸ §194, Oggetto della prescrizione. Il diritto di esigere da un altro un fare o un non fare (pretesa) è soggetto alla prescrizione.

Pretese derivanti da un rapporto giuridico familiare non sono soggette alla prescrizione, in quanto siano volte all'instaurazione di uno stato di fatto corrispondente a tale rapporto per il futuro.

Per una traduzione del BGB cfr. S. PATTI, *Codice civile tedesco – Burgeliches Gesetzbuch*, Milano, 2005.

La scelta di indicare l'oggetto della prescrizione nell'*Anspruch* ricalca le valutazioni di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. C. Fadda e P.E. Bensa, 1930, I, p. 1072. Questi, rigettando il parallelo tra l'*actio* romana ed il diritto di azione (*Klagerecht*) portata avanti dal Savigny, ravvedeva nella pretesa sostanziale l'equivalente moderno dell'*actio* romana. Trasfondendo il contenuto sostanziale dell'*actio* nella pretesa, egli suggeriva di abbandonare l'equivoco linguaggio delle *actiones* e poneva i presupposti per configurare il diritto di azione come una situazione giuridica soggettiva appartenente al campo del processo, indipendente dal diritto sostanziale. Sul punto cfr. R. CAPONI, *op. ult. cit.*, p. 1322, anche e soprattutto per la distinzione nel diritto tedesco tra pretesa sostanziale e pretesa processuale. Cfr. anche S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 179 il quale per un primo commento rinvia a H.P. MANSEL - C. BUDZIKIEWICZ, *Einführung in das neuerjährungsrecht*, in *Jura*, 2003, p.1 e ss.

In Italia, nonostante l'art. 2934 parli di *diritto*, il tema relativo all'oggetto della prescrizione è da sempre oggetto di profonde divisioni in dottrina. Per alcuni oggetto della prescrizione sarebbe proprio il diritto (P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, p. 218); per altri la liberazione da un obbligo (A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971) oppure la paralisi della pretesa (A. FALZEA, *Accertamento ed efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, I, 205, e XIV, p. 498 e P. VITUCCI, *La prescrizione*, in Commentario del Codice civile, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990); altri si focalizzano sul rapporto (E. BETTI, *Teoria generale dell'obbligazione*, Torino, 1960, p. 460 e F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p. 112); altri ancora parlano di azione (G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984); altri, invece, all'azione sostituiscono l'azionabilità (P.G. MONATERI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009).

⁹⁹ Oltre al termine ordinario, sono previsti anche termini speciali più lunghi.

Le pretese riguardanti un bene immobile, comprese anche le controprestazioni, si prescrivono in dieci anni (§196).

L'intenzione unificatrice ha trovato una conferma nella successiva legge del 9 dicembre 2004 che ha abrogato ulteriori norme speciali di prescrizione previste in leggi diverse dal BGB.

Per quanto riguarda la decorrenza, essa può collocarsi in un momento successivo, a volte anche di molto, rispetto a quanto previsto nel vecchio §198.

Oltre al riferimento alla *Entstehung des Anspruchs*, il nuovo §199 dà rilievo ad un elemento soggettivo: non è necessario che la pretesa venga ad esistenza (*Entstehung*) ma anche che il creditore abbia avuto conoscenza (o avrebbe dovuto averla senza colpa grave) sia dei fatti costitutivi di questa sia della persona del debitore. Vale a dire, di tutti gli elementi che consentono di formulare una domanda in giudizio.

Una volta integrati questi due requisiti, il termine non inizia a decorrere immediatamente ma con la fine dell'anno.

Ciò si risolve in un vantaggio per il creditore il quale, con l'approssimarsi del 31 dicembre, potrà verificare quali debiti rischiano di subire gli effetti della prescrizione¹⁰⁰ ed interromperne il decorso.

La rilevanza di circostanze soggettive che potrebbero eccessivamente postergare il *dies a quo*, unitamente alla possibilità che un diritto prescrivibile in linea teorica possa diventare imprescrivibile interrompendone continuamente il decorso, ha spinto il legislatore tedesco ad indicare un ulteriore termine la cui decorrenza si fonda su circostanze esclusivamente oggettive: 10 anni dalla nascita della pretesa (§199, abs. 4, BGB).

In trent'anni si prescrivono le pretese alla restituzioni derivanti dalla proprietà o da altri diritti reali; pretese familiari e successorie; pretese accertate con sentenza passata in giudicato; pretese derivanti da transazioni o da documenti che sono titoli esecutivi; pretese che sono divenute esecutive in seguito ad accertamento effettuato in una procedura concorsuale (§197).

¹⁰⁰ A norma del §214, abs. 1, il perfezionarsi della prescrizione non produce effetti estintivi ma fa sorgere una posizione soggettiva in capo al debitore che rende legittimo il suo rifiuto di adempiere (§214, Effetti della prescrizione. Dopo il compimento della prescrizione il debitore è legittimato a rifiutare la prestazione). Sul punto cfr. S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione*, cit., p. 197.

La scelta trova le proprie radici nel diritto romano, nel quale la prescrizione ha rilevanza esclusivamente processuale. Con la *longi temporis praescriptio* il convenuto, lungi dal far valere una propria situazione giuridica sostanziale, mira ad ottenere il rigetto della domanda attraverso lo strumento processuale dell'*exceptio* il cui carattere fondamentale è paralizzare l'iniziativa processuale del creditore, la quale annulla gli effetti dell'*actio*. Per approfondimenti cfr. M.R. CIMMA, voce *Prescrizione e decadenza nel diritto romano ed intermedio*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1997, p. 253 e ss.

Un termine più lungo, invece, è previsto per le domande aventi ad oggetto il risarcimento del danno, distinguendo sotto il profilo del bene giuridico offeso.

Se oggetto della lesione è la vita, il corpo, la salute o la libertà, il termine è di trent'anni e decorre dal compimento dell'azione, della violazione dell'obbligo o dell'altro fatto che ha dato luogo al danno.

Per quanto riguarda le altre pretese risarcitorie, invece, è previsto un doppio termine: dieci anni dalla nascita oppure trent'anni dal compimento dell'azione, della violazione dell'obbligo o dell'altro fatto che ha dato luogo al danno¹⁰¹.

In questo sistema, è importante un riferimento ai fatti interruttivi e sospensivi. Il numero delle fattispecie interruttive è stato sensibilmente ridotto e molte si sono trasformate in sospensive¹⁰².

Fra le nuove fattispecie di sospensione del termine di prescrizione, si segnalano quella collegata allo svolgimento delle trattative e che sussiste fino a quando l'una o l'altra parte si rifiuta di proseguirle (§203 BGB) e quella collegata all'istanza cautelare (§204 BGB).

È stata mantenuta la sospensione del termine nelle ipotesi in cui il creditore sia stato impedito di far valere il diritto per una causa di forza maggiore negli ultimi sei mesi precedenti lo spirare del termine (§206 BGB).

Importante è il § 213, «da sospensione, la sospensione del decorso ed il nuovo inizio della prescrizione valgono anche per pretese, che dallo stesso titolo sono date a scelta insieme o al posto della pretesa». Ne consegue che l'esercizio di un giudizio di una determinata pretesa, non solo interrompe e

¹⁰¹ Un esempio può essere utile ed è di S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione*, cit., p. 188. L'ipotesi è quella di chi inquina le acque fluviali riversandovi sostanze chimiche che, depositatesi su un fondo contiguo al fiume, provochino esalazioni fonte di un danno alla salute per il proprietario stesso.

La condotta illecita è, quindi, fonte di un duplice danno: un danno ambientale ed un danno alla salute. Per entrambi, trova applicazione il termine triennale che decorre dalla conoscenza (§199, abs. 1, BGB). Ciò che muta è il periodo prescrizione massimo previsto nei due commi successivi: per il pregiudizio alla salute, trent'anni decorrenti dal momento in cui le sostanze chimiche hanno infettato il terreno (§199, abs. 2, BGB); per il pregiudizio ambientale, dieci anni dalla contaminazione del fondo o trent'anni da quando l'acqua è stata inquinata, con applicazione del termine che scade per primo (§199, abs. 3, BGB).

¹⁰² Cfr. § 212 BGB Producono l'interruzione del termine il riconoscimento del debito o il compimento di un atto esecutivo.

sospende il termine per quella azionata, ma anche per le altre che trovano origine nel medesimo titolo.

Ne risulta un sistema complesso che si articola su un duplice binario. Tutte le fattispecie sono uniformate sotto la previsione di un unico termine breve¹⁰³.

Ciò non significa che non vi sia diversificazione. Essa opera su un altro piano, quello delle materie (es. proprietà, famiglia, successioni) e dei beni giuridici (es. salute, libertà, vita).

5.2. La riforma francese

Lungo i medesimi orientamenti si è sviluppata anche la riforma francese.

Nel *Code civil* era previsto un termine ordinario di prescrizione di trent'anni il cui decorso era ancorato al momento in cui il diritto veniva ad esistenza, senza alcuna considerazione per l'eventuale ignoranza del titolare o per impedimenti di fatto.

In Francia la necessità di semplificare e razionalizzare la materia attraverso la riduzione dei termini e la loro uniformazione è alla base della L. n. 2008-561 del 17 giugno 2008.

La riforma costituisce essenzialmente il frutto di un'iniziativa accademica che ha cercato di mettersi in sintonia con le tradizioni giuridiche europee,

¹⁰³ La scelta è stata dettata da una insoddisfazione alla base. La congerie di termini di diversa durata comportava la difficoltà di operare una scelta tra differenti qualificazioni, tutte apparentemente plausibili. Ad esempio, la classificazione come *aliud pro alio* di un bene non conforme a quanto indicato nel contratto di vendita determinava l'applicazione della prescrizione trentennale, termine assai più lungo di quello di soli sei mesi dalla consegna previsto in tema di garanzia per vizi.

Mutatis mutandis, l'esempio è calzante anche nel panorama italiano. Il regime dei rimedi esperibili nell'ipotesi di consegna di cosa diversa è assai più favorevole per il compratore rispetto alla garanzia per vizi: i diritti del compratore si prescrivono nell'ordinario termine decennale ed il loro titolare non è gravato dall'onere di denunciare tempestivamente al venditore l'inesatto adempimento dell'obbligo di consegna. Per questi motivi, la giurisprudenza ha elaborato una nozione smisuratamente ampia di *aliud pro alio* facendola, di fatto, coincidere con l'inidoneità del bene all'uso cui è destinato (1490 c.c.). In giurisprudenza cfr. Cass. civ., sez. III, 09 luglio 2008, n. 18859; Cass. civ., sez. II, 03 agosto 2000, n. 10188; Cass. civ., sez. II, 23 marzo 1999, n. 2712; Cass. civ., sez. II, 15-05-1998, n. 4899. La questione rimanda, da lontano, al problema del concorso di responsabilità sul quale cfr. P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989.

cogliendo le tendenze evolutive ed elaborando un modello in grado di competere con esse¹⁰⁴.

Ciò emerge chiaramente nella rapporto informativo predisposto dal Senato francese: «se la nostra legislazione deve conservare le specificità che ne costituiscono la forza e che si radicano nella sua storia, essa deve parimenti essere adattata, se del caso, per tenere conto delle regole applicate dai nostri principali *partners* europei», con l'obiettivo che «il diritto francese presenti una reale attrattiva rispetto alle altre legislazioni nazionali»¹⁰⁵.

A differenza della disciplina previgente che adottava una disciplina unitaria per la prescrizione estintiva ed acquisitiva¹⁰⁶, la riforma del 2008 dedica ai due tipi di prescrizione il titolo XX e XXI del terzo libro del Codice.

In tal modo, si rimarcano le profonde differenze tra i due istituti: l'una, la prescrizione acquisitiva, «è un modo di acquisto di un bene o di un diritto per l'effetto del possesso» (art. 2258); l'altra si fonda sull'inerzia, «la prescrizione estintiva è un modo di estinzione di un diritto risultante dall'inerzia del suo titolare durante un certo lasso di tempo» (art. 2219).

A differenza dell'ordinamento tedesco, la riforma francese non indica chiaramente quale sia l'oggetto. Nonostante l'art. 2219 parli di *extinction d'un droit*, l'art. 2224 fa riferimento a *les actions personnelles ou mobilières* e l'art. 2249 mantiene ferma la regola per cui il pagamento di un debito prescritto non è soggetto a ripetizione, lasciando probabilmente intendere che si tratta di un istituto a rilevanza processuale. Tuttavia, l'art. 1234 annovera la prescrizione

¹⁰⁴ L'affermazione è contenuta in E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 1091 il quale richiama il pensiero di P. MALAURIE, *La réforme de la prescription civile*, in *La semaine juridique*, 2009, I, p. 134.

¹⁰⁵ La traduzione è di E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., p. 1090.

¹⁰⁶ Secondo la vecchia formulazione dell'art. 2219, «la prescrizione è un modo di acquistare o di liberarsi attraverso il decorso di un lasso di tempo, ed alle condizioni previste dalla legge».

Si trattava della c.d. concezione unitaria cui era ispirato anche il nostro codice del 1865 e da cui quello del 1942 si è discostato per allinearsi al nuovo indirizzo dualista. L'idea di tenere distinta la prescrizione dall'usucapione ha iniziato a prendere piede a partire dalla metà del 1800 ad opera della riflessione della dottrina tedesca, avviata da Savigny ed approfondita dalla pandettistica, per sfociare nella distinzione tracciata dal BGB.

Rimangono, invece, ancorati alla originaria impostazione unitaria il *codigo civil* spagnolo del 1889 ove la disciplina della prescrizione si trova collocata nell'ultimo libro del titolo IV ed il nuovo codice civile olandese del 1992 (*Bevrijdende verjaring*) che utilizza il termine prescrizione sia in senso estintivo di diritti ed azioni sia in senso acquisitivo.

tra le cause di estinzione del diritto, facendo così propendere per una matrice sostanziale dell'istituto.

Ad ogni modo, lasciando da parte le questioni teoriche¹⁰⁷, è importante tracciare i tratti essenziali della riforma sotto l'aspetto della durata e della decorrenza.

Viene abrogato il precedente termine ordinario trentennale ed introdotto un unico termine di prescrizione della durata di cinque anni. Questo va computato «dal giorno in cui il titolare di un diritto ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere i fatti che gli consentono di farlo valere» (art. 2224).

Esso può essere sospeso o interrotto, senza mai superare il limite massimo di vent'anni dal momento in cui il diritto viene ad esistenza.

La scelta si pone in linea con quella adottata dal legislatore tedesco di prevedere un doppio termine, con la differenza che la decorrenza del secondo è legata alla nascita del diritto.

Con riferimento all'interruzione e sospensione, istituti che determinano il termine lungo, di rilievo è il nuovo art. 2234: «la prescrizione non corre o è sospesa nei confronti di chi è impossibilitato ad agire a seguito di un impedimento derivante dalla legge, da un accordo o per forza maggiore».

La norma, allineandosi al §206 BGB, sembra codificare il principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*¹⁰⁸, attribuendo una rilevanza sempre più estesa ad ogni possibile ostacolo all'esercizio del diritto.

Alla disciplina generale appena segnalata si segnalano alcune eccezioni.

¹⁰⁷ In realtà, la questione ha anche dei profili pratici, soprattutto nel diritto internazionale privato: se l'istituto avesse natura processuale, il giudice dovrebbe applicare la *lex fori* anche quando il rapporto è disciplinato da una legge straniera. Per evitare questa conseguenza, l'art. 2221 dispone che la prescrizione estintiva è soggetta alla legge che disciplina il diritto, spostando l'ago della bilancia verso la tesi sostanzialista.

In Italia, il problema è ben descritto da P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 16. Sul punto cfr. anche MORVIDUCCI, voce *Prescrizione (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 124 e più di recente P.G. MONATERI, *La prescrizione*, Torino, 2009, p. 13 il quale sposa la tesi sostanzialista. Anche la giurisprudenza, sebbene non recentissima, è di quest'ultimo avviso. Sul punto cfr. Cass., 2 dicembre 1960, n. 3173, in *Riv. dir. intern.*, 1961, p. 677 ed in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 643.

¹⁰⁸ Sul punto cfr. M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità: la rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, cit.

L'una riguarda il danno alla persona. A prescindere che le lesioni derivino da illecito contrattuale o aquiliano, il termine è decennale e decorre *de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé* (art. 2226).

La seconda riguarda il diritto di proprietà il quale è imprescrittibile. Si prescrivono, invece, le azioni immobiliari in trent'anni decorrenti dalla data in cui *le titulaire d'un droit a connu oi aurait du connaitre les faits lui permettent de l'exercer*.

Sebbene il *dies a quo* si fondi su criteri soggettivi, in questa ipotesi non trova applicazione il termine massimo di cui all'art. 2232 che, essendo ventennale, creerebbe una discrasia nel sistema.

Ulteriore eccezione sono le azioni in materia di nullità del matrimonio che si prescrivono anch'esse in trent'anni.

Come è avvenuto in Germania, pur nella diversità delle soluzioni concrete adottate, si riscontra l'esigenza di adottare una disciplina speciale per i diritti reali, il diritto di famiglia e il risarcimento del danno.

Significativo è l'art. 2223, «le disposizioni del presente titolo non ostano all'applicazione di norme speciali previste da altre leggi».

Considerata la dichiarata volontà unificatrice, al momento non è chiaro in che rapporto stiano le differenti previsioni speciali contenute in altre leggi con la disciplina generale del codice. Non convince, in prima battuta, una lettura della norma in termini di dichiarazione di impotenza¹⁰⁹. Piuttosto, invece, sembra aprire spazi al tema del concorso di rimedi.

5.3. Il *limitation of action act* nel diritto inglese.

Il diritto anglosassone ha sempre posto una grande attenzione alla rilevanza giuridica degli ostacoli soggettivi o di fatto.

Con riferimento alla decorrenza, il tema è stato oggetto di dibattito tra legislatore e giudici.

¹⁰⁹ Cfr. E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., p. 1093.

In Inghilterra, la prescrizione è percepita come un fenomeno di natura esclusivamente processuale. Le fonti normative che hanno disciplinato la materia sono definite *Limitation Act* ed hanno ad oggetto il *limitation of action* cioè, letteralmente, i limiti temporali all'esercizio dell'azione.

Ne consegue che -ed è opportuno chiarirlo fin da subito- solo l'esercizio giudiziale dell'azione interrompe la prescrizione, non essendo idoneo a produrre questo effetto un atto stragiudiziale (ad esempio una diffida che metta in mora il debitore).

Nel 1939 la materia è stata disciplinata in un testo unico di legge, il *Limitation Act 1939*, il quale ha fissato un termine di prescrizione per ciascuna categoria di azioni¹¹⁰.

Mantenendo ferma questa disciplina, il *Law reform (limitation of action) act* del 1954 ha introdotto un termine triennale per la sola parte relativa alle azioni di risarcimento del danno alla persona derivanti dal *tort* di *negligence*, da violazione di obblighi contrattuali o da inosservanza di obblighi di legge. Il termine di decorrenza era «quello in cui è sorta la *cause of actions*»¹¹¹, nel quale rientrava anche la prova del danno inteso in senso oggettivo, senza che nessuna rilevanza potesse assumere la conoscenza.

I rischi di ingiustizia connessi con una simile scelta normativa sono presto stati messi in luce da parte della giurisprudenza¹¹² e nel 1963 venne approvato un nuovo *Limitation Act*. Questa legge, che regolava soltanto la prescrizione nei casi di danni alla persona, non ha abrogato la disciplina posta nel *Limitation Act* del 1939, bensì ha affiancato alla normativa precedente una serie articolata di ipotesi nelle quali è possibile derogare al criterio generale oggettivo,

¹¹⁰ Ad esempio, per le azioni relative a beni immobili proposte da privati il termine era di dodici anni e per le azioni di risarcitorie era previsto un termine di sei anni.

¹¹¹ Section 2, *Limitation Act 1939*. Con tale espressione si può intendere «un complesso di fatti, i quali siano capaci di fondare il diritto ad ottenere un provvedimento favorevole della corte», cfr. G. GORLA, *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella common law*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, p. 1234.

¹¹² In una decisione della *Court of Appeal* del 1961 (*Cartledge v. Jopling & Sons* [1961] 3 All ER 482) alcuni lavoratori, che avevano contratto la silicosi lavorando in una acciaieria, si videro respinta la loro richiesta di danni perché presentata oltre sei anni dal momento in cui avevano contratto la malattia, sebbene entro sei anni dalla conoscenza della stessa. I giudici ritennero che la rigidità della legge non permettesse soluzioni di tipo diverso, pur manifestando il loro rincrescimento nel dover giungere ad una soluzione simile, auspicando una riforma della legge. Il caso è riportato da F. ALBISINNI-L. MOCCIA, *Termine di prescrizione, precedente giudiziale ed «ignorantia iuris»*, in *Foro it.*, 1975, c. 130.

attraverso un meccanismo di deliberazione e di concessione di una autorizzazione da parte del giudice (c.d. *leave*). Questa autorizzazione permetteva di proporre un'azione che altrimenti sarebbe stata prescritta per decorrenza del termine dal momento del verificarsi del danno.

Il carattere derogatorio era confermato dalla *section 1* e prevedeva che «la concessione del *leave* può essere accordata solo se viene provato che i fatti di causa *rilevanti* erano o includevano fatti di carattere *decisivo* che l'attore ha *conosciuto* (o avrebbe potuto conoscere) non più di tre anni prima della proposizione dell'azione».

Naturalmente, le difficoltà maggiori sono sorte al momento della interpretazione della legge e della identificazione delle ipotesi previste: cioè del significato da attribuire alle espressioni 'fatti rilevanti', 'fatti aventi carattere decisivo', 'conoscenza o conoscibilità dei fatti'.

La *Court of Appeal* ha individuato quale elemento decisivo, ai fini della concessione del *leave*, quello della conoscenza della esistenza di una *worthwhile cause of action*.

Su questo concetto, due erano le soluzioni possibili¹¹³.

La prima, più aderente al concetto di *cause of action* come complesso di fatti rilevanti al fine di ottenere un provvedimento favorevole del giudice, riteneva necessaria e sufficiente la sola conoscenza dei fatti, intesi nella loro materialità¹¹⁴.

L'altra, stimolata dall'accento che il testo di legge poneva sulle ragionevoli probabilità di successo dell'azione e di liquidazione di una somma sufficiente oltre che sull'esigenza di una adeguata consulenza tecnica, riteneva necessaria anche la valutazione dei fatti al fine di stabilire l'esistenza in concreto di una *worthwhile cause of action*¹¹⁵.

¹¹³ La ricostruzione è di F. ALBISINNI-L. MOCCIA, *op. ult. cit.*, c. 138

¹¹⁴ Prendendo ad esempio la malattia contratta sul luogo di lavoro, basta la sola conoscenza della malattia.

¹¹⁵ Prendendo ad esempio la malattia contratta sul luogo di lavoro, non è più sufficiente la sola conoscenza dell'esistenza della malattia ma occorre anche l'individuazione dei responsabili e la consapevolezza della concreta rilevanza e risarcibilità del danno.

Mentre nella *House of Lords*, investita della questione, non riusciva ad affermarsi con chiarezza una opinione prevalente ed i giudici erano fortemente divisi tra le due interpretazioni¹¹⁶, nella *Court of Appeal* prevaleva il secondo orientamento, più protettivo per il danneggiato.

In un interessante precedente giudiziale proprio della *Court of Appeal*¹¹⁷, importante soprattutto per l'opinione espressa da Lord Denning, tra i giuristi più insigni nei paesi di *common law* e successivamente uno dei più autorevoli Giudici della *House of Lords*, si affermano principi significativi e rilevanti¹¹⁸.

La sentenza decide in materia di prescrizione delle azioni di risarcimento del danno per lesioni personali, in particolare malattie professionali ed infortuni sul lavoro causati da *negligence*¹¹⁹.

Le *rule of law* affermate sono le seguenti.

La prima, anche decorso l'ordinario termine di prescrizione, è possibile proporre azione di risarcimento danni per lesioni personali, qualora il giudice conceda l'autorizzazione.

¹¹⁶ *Smith v. Central Asbestos Co. Ltd.* (c.d. *Dodd's case*), [1973] A.C. 518. Il Sig. Dodd aveva saputo di soffrire di asbestosi, dovuta al suo lavoro, soltanto nel 1965 quando, a causa della malattia, fu costretto ad abbandonare il suo impiego, ma egli seppe di poter agire in giudizio per danni soltanto nel 1967. A quell'epoca apprese che un suo collega stava promuovendo un'azione nei confronti dei datori di lavoro. Si recò pertanto da un avvocato e questi gli disse che avrebbe titolo. Rivoltosi ai giudici, il Sig. Dodd ottenne la necessaria autorizzazione nell'ottobre del 1967 (entro il termine di dodici mesi dal momento in cui aveva saputo di essere malato). La *House of Lords*, confermando la decisione della *Court of Appeal*, ritenne che il ricorso fosse stato presentato in tempo utile, ma soltanto con una maggioranza di tre giudici contro due, mostrando una differenza di opinioni significativa. Sul punto cfr. l'opinione di Lord Denning riportata in *Court of Appeal*, 20 dicembre 1973, in *Foro it.*, IV, 1975, p. 130.

¹¹⁷ *Court of Appeal*, 20 dicembre 1973, in *Foro it.*, IV, 1975, p. 130. La *Court of Appeal* è giudice di appello avverso le decisioni rese in prima istanza dai Giudici di contea e delle High courts. Contro le decisioni della *Court of Appeal* è possibile l'ulteriore ricorso alla *House of Lords*, anch'essa Giudice di fatto e di diritto. A differenza del nostro ricorso per Cassazione, questo ricorso non costituisce un ordinario mezzo di impugnazione, ma ha carattere eccezionale per essere subordinato a gravose condizioni, in particolare quella della concessione della necessaria autorizzazione (*leave*) da parte del giudice *a quo* o, in mancanza, del giudice *ad quem*. *House of Lords* e *Court of Appeal* non sono quindi in un rapporto di superiore-inferiore, ma costituiscono i due vertici del sistema giudiziario inglese, parimenti coinvolte in un ruolo attivo di elaborazione del diritto.

¹¹⁸ Uno dei principi non riguarda la prescrizione ma le possibilità di scostarsi da un precedente giudiziale: in assenza di una *ratio decidendi* precisamente individuabile nella sentenza della *House of Lords* che decide su uno stesso punto di diritto già deciso in una serie di precedenti sentenze della *Court of Appeal*, la *Court of Appeal* non è vincolata dall'autorità della *House of Lords*, ma può seguire la propria giurisprudenza, pur se esplicitamente criticata come erronea nella sentenza della *House of Lords* da tre giudici su cinque, qualora uno dei tre giudici abbia espresso questa critica solo in *obiter dictum*.

¹¹⁹ La pronuncia si pone in continuità con altre sentenze, *Pickles v. National Coal Board* [1968] 1 W.L.R. 997; *Skingsley v. Cape Asbestos Co. Ltd.* [1968] 2 Lloyd's Rep. 201; *Newton v. Cammel Laird Ltd.* [1969] 1 W.L.R. 415; *Drinkwater v. J. Lucas Ltd* [1970] 3 All ER 769; *Smith v. Central Asbestos Co. Ltd.* [1972] 1 Q.B. 244; *Knipe v. British Railways Board* [1972] 1 Q.B. 361.

La seconda, la richiesta per la concessione deve essere presentata entro tre anni dal momento in cui una persona ha saputo (o si presume abbia saputo) di poter agire in giudizio per il risarcimento dei danni.

La terza, si presume che una persona abbia saputo di poter agire in giudizio per il risarcimento dei danni nel momento in cui essa, tenuto conto delle sue condizioni sociali e culturali, poteva rivolgersi ad un consulente che, in ragione del suo ufficio o della sua professione, era idoneo a consigliarla sull'esistenza e sulla fondatezza della pretesa risarcitoria.

Si realizza così una disciplina frutto di una interazione tra Giudici e Legislatore. Da un lato, c'è un legislatore che, sollecitato dalle stesse critiche dei giudici, non si impegna in definizioni, ma cerca di costruire ipotesi normative nelle quali trovino spazio le concrete esigenze di giustizia, nascenti da imprevedibili situazioni di danno collegate a forme di organizzazione della società contemporanea.

Dall'altro lato, ci sono i giudici che criticano espressamente una legge e, al contempo, la utilizzano come strumento per superare una giurisprudenza della *House of Lords* fortemente restrittiva, inidonea ad adeguarsi a nuove realtà.

Nel 1980 interviene un nuovo *Limitation Act* che riordina l'intera materia¹²⁰.

È previsto un termine generale di 6 anni decorrente dalla data in cui la *cause of action* si è verificata (section 2), salvo poi disporre termini speciali per singoli e specifici *torts*.

Interessante e peculiare è la disciplina sui danni alla persona.

Alla *section 11 (4)* si afferma che l'inizio del termine di prescrizione triennale¹²¹ è da individuarsi (a) dalla data in cui la *cause of action* si è verificata oppure (b), qualora questa data sia successiva al momento in cui l'evento dannoso si è verificato, dalla conoscenza dell'evento da parte della persona offesa.

¹²⁰ La maggior parte delle osservazioni che seguono sono state mutate dallo scritto di M. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della Cassazione sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile (la nuova regola a confronto con il modello inglese... idee per una riforma)*, in *Giur. it.*, 2004, p. 286.

¹²¹ Termine che si applica nella maggior parte dei casi di danno alla persona, a prescindere dalla natura della responsabilità.

La *section 14* definisce cosa debba intendersi con *date of knowledge*, distinguendo tra *actual knowledge* e *constructive knowledge*¹²².

La *actual knowledge* si realizza quando la vittima conosca compiutamente i seguenti dati:

- a. la gravità delle lesioni subite¹²³;
- b. il nesso di causalità tra azione, riconducibile ad un determinato soggetto, ed evento¹²⁴;
- c. l'identità del responsabile¹²⁵;
- d. nel caso si allegghi che l'azione o l'omissione sia da imputarsi ad un soggetto diverso dal convenuto, l'identità di tale persona e degli ulteriori fatti che sono idonei a supportare l'instaurazione del giudizio avverso il convenuto¹²⁶.

In breve, affinché inizi a decorrere il termine prescrizione, la persona danneggiata deve conoscere non solo il manifestarsi del danno, ma anche il nesso di causalità e l'identità del responsabile¹²⁷.

A differenza della *actual knowledge*¹²⁸, la *constructive knowledge*, equipollente della nostra *conoscibilità*, implica una valutazione di tipo oggettivo, parametrato su standard di condotta tipici del *reasonable man*, ed opera secondo meccanismi presuntivi.

¹²² Trattasi di espressioni non contenute nel *Limitation act 1980* ma usate in dottrina e riportate da M. BONA, *op. loc. ult. cit.*

Le pubblicazioni in Inghilterra che trattano a livello monografico il problema della prescrizione non sono molte ed il problema è molto più sentito dai pratici che dagli accademici. Ad ogni modo, si ricorda R. NELSON-JONES & F. BURTON, *Personal injuries limitation law*, London, 1994; M.A. JONES, *Limitation Periods in personal injury actions*, London, 1995; S. TODD, *Limitation periods in personal injuries claims*, London 1982.

¹²³ The injury in question was significant

¹²⁴ The injury was attributable in whole or in part to the act or omission which is alleged to constitute negligence, nuisance or breach of duty

¹²⁵ The identity of the defendant

¹²⁶ If it is alleged that the act or omission was that of a person other than the defendant, the identity of that person and the additional facts supporting the bringing of an action against the defendant

¹²⁷ Vi sono allo stesso tempo alcuni limiti, indicati dalla stessa norma. In primo luogo, l'ignoranza della legge non impedisce il decorso della prescrizione (*section 14.1*). In secondo luogo, non osta al decorso della prescrizione il caso in cui il danneggiato sia rimasto irragionevolmente inattivo nell'utilizzazione delle informazioni a sua disposizione per condurre ricerche su ciò che è gli capitato oppure abbia ommesso di prendere contatto con uno studio legale o con un medico per un consulto.

¹²⁸ In giurisprudenza cfr. *Spargo v. North Essex District Health Authority* [1997] PIQR P235

La section 14 (3) disciplina dettagliatamente i criteri attraverso cui è possibile configurare la c.d. *constructive knowledge*.

La norma si apre equiparando la conoscenza effettiva alla conoscenza che una persona *reasonably* ci si aspetta abbia e ciò è deducibile da:

- a. i fatti osservabili od accertabili dalla persona stessa;
- b. i fatti osservabili od accertabili con l'aiuto di un medico o di un altro esperto¹²⁹.

Rimane da chiarire come debba essere interpretato il riferimento alla 'ragionevolezza'. Parte della giurisprudenza inglese è giunta a legare la nozione non ad un modello astratto ma a criteri concreti, «*essential to that enquiry into the claimant's actual and constructive knowledge that regard is had to the man he is*»¹³⁰.

Ad esempio, nel valutare le ragioni di inattività della vittima rispetto alla ricerca della consulenza di esperti, è stata ritenuta rilevante la circostanza che, a causa dell'incidente, questa si trovasse costretta su una sedia a rotelle¹³¹; in altri casi, è stato attribuito rilievo non solo alle condizioni di invalidità del danneggiato ma anche alla sua condizione economica e quella della sua famiglia¹³².

Ai fini che qui interessano, ulteriore aspetto importante del diritto inglese riguarda il tema delle cause di sospensione, connesso con la possibilità riconosciuta al Giudice di aumentare i termini legali di prescrizione e la protezione dei soggetti deboli.

Per quanto riguarda questi ultimi, esiste una normativa speciale posta a protezione dei minori e delle persone che, temporaneamente o

¹²⁹ La norma precisa che nel caso vi sia un errore da parte dell'esperto, questo non può riflettersi sul danneggiato. In *Simpson v. Norwest Holst Southern Ltd* [1980] 2 All E.R. 471, il caso riguardava un incidente sul lavoro ed i legali della vittima, nello svolgimento delle indagini, avevano trovato tutta una serie di difficoltà nell'identificare chi precisamente fossero i datori di lavoro al punto che riuscirono ad identificare il convenuto ed avviare l'azione solo quando era già trascorso il termine triennale dal sinistro. La *Court of Appeal*, tuttavia, ha ritenuto che l'azione fosse stata proposta nei termini.

¹³⁰ *Ali v. Courtlands Textiles Ltd*. [2000] 52 BMRL. La vicenda aveva ad oggetto il danno uditivo subito da un lavoratore. Nella specie la Corte ha ritenuto che non si potesse presumere che il danneggiato fosse a conoscenza del nesso causale tra la sua patologia riportata e l'ambiente lavorativo, atteso questi parlava a stento l'inglese, non sapeva né leggere né scrivere e che il lavoratore poteva accedere alla conoscenza di questa circostanza solo attraverso una consulenza medica.

¹³¹ Cfr. *Broadley v. Guy Clapham & Co.* [1993] 4 Med LR 328; *Henderson v. Temple Pier Co. Ltd.* [1998] 1.W.L.R. 1540; *Hind v. York Health Authority* [1998] PIQR P235

¹³² *O'Driscoll v. Dudley Health Authority* [1998] Lloyd's Rep. Med. 210; *Skitt v. Khan* [1997] 8 Med LR 105

permanentemente, si trovano in uno stato di incapacità di intendere e di volere, spostando l'*exordium praescriptionis* al compimento della maggiore età o al momento in cui cessa la causa di incapacità.

Con riferimento al primo aspetto, la *section 33* consente al Giudice di considerare quale soluzione gli sembri maggiormente equa: salvare la vittima dalla prescrizione e procedere con l'esame della domanda oppure sbarrare definitivamente al danneggiato l'accesso alla giustizia.

Il Giudice, pertanto, è chiamato a bilanciare due possibili pregiudizi: quello che potrebbe derivare al danneggiato, perdendo definitivamente la possibilità di agire in giudizio per azionare la sua pretesa risarcitoria; il pregiudizio che può subire il convenuto nel dover difendersi in una causa già prescritta.

Il giudizio non può che essere sul caso concreto e dovrà prendere in considerazione (*section 33.3*): la durata e le ragioni del ritardo nella proposizione dell'azione; l'eventuale diminuzione, a causa del ritardo, della valenza probatoria delle prove a disposizione del danneggiato e di quelle a disposizione del convenuto; la condotta tenuta dal convenuto in seguito all'evento generatore del danno e la sua disponibilità a fornire chiarimenti alla vittima dell'incidente circa le modalità dell'accadimento lesivo; la durata dello stato di invalidità in cui il danneggiato si è venuto a trovare in seguito all'incidente; la tempestività e la ragionevolezza con cui la vittima si è attivata una volta venuta a conoscenza che la condotta del convenuto poteva dare luogo ad un'azione risarcitoria per i danni subiti; le eventuali iniziative intraprese dall'attore per conseguire da medici o esperti in diritto o in altri settori dei chiarimenti sul caso, nonché gli eventuali consigli ricevuti dalle persone contattate¹³³.

L'elenco è stato ampliato dalla giurisprudenza in forza della clausola generale di apertura della sezione, «*in acting under this section the court shall have regard to all circumstances of the case*»¹³⁴.

¹³³ Per approfondimenti sui singoli punti si rinvia a M. BONA, *op. ult. cit.*, p. 297

¹³⁴ Le corti sono solitamente portate ad avere riguardo a determinati fattori: i punti di forza che attore e convenuto posseggono nel merito del caso; il fatto che il danneggiato, per quanto attiene le spese di giudizio, sia assistito dallo Stato attraverso il *Legal Aid Board*; l'ipotesi che il convenuto sia assicurato oppure, nel caso di incidenti stradali, che sussista in concreto la possibilità che una eventuale decisione

5.4. Il diritto privato europeo.

Per esaminare il problema della decorrenza della prescrizione nel sistema delle fonti europee, bisogna preliminarmente distinguere tra fonti di *hard law* e di *soft law*.

Per quanto riguarda le prime, merita di essere segnalata la disciplina sulle azioni di risarcimento dei danni a cose ed a persone dipendenti da incidenti nucleari.

Le modifiche intervenute sono sintomo di un mutamento di prospettiva, perfettamente in linea con quanto espresso finora.

Il testo originario (L. 31 dicembre 1962, n. 1860) prevedeva un termine triennale ed individuava il *dies a quo* nel «giorno in cui la persona lesa abbia notizia del danno»¹³⁵. Era altresì previsto che nessuna azione fosse proponibile decorsi dieci anni dall'incidente nucleare, inaugurando il meccanismo del doppio termine.

Con il D.P.R. 10 maggio 1975, n. 519 il termine è stato ridotto a tre anni e la determinazione del *dies a quo* si basa sul «giorno in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno e della identità dell'esercente responsabile oppure avrebbe dovuto ragionevolmente esserne a conoscenza» (art. 23).

I commentatori¹³⁶ hanno sottolineato come la soluzione eviti dilazioni eccessive, cui avrebbe potuto portare l'identificazione del giorno della decorrenza con quello della effettiva "notizia" del danno. Inoltre, il richiamo contestuale al danno ed alla identità del danneggiante ai fini dell'individuazione del *dies a quo* viene, di fatto, a coincidere con il giorno in cui l'interesse ad agire si rivela attuale, «sempre che la attualità dell'interesse sia commisurata alla

possa venire soddisfatta dal *Motor Insurer's Bureau* (FGVS); il caso dell'attore che possa fondatamente agire per responsabilità professionale contro i suoi legali che hanno permesso che le sue pretese cadessero in prescrizione; il caso di eventuali mutamenti di diritto. Per approfondimenti cfr. M. BONA, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁵ La dottrina aveva messo in evidenza la diversità della soluzione adottata dal legislatore comunitario rispetto a quello nazionale. Secondo infatti un orientamento della Cassazione (da ultimo, Cass., 7 marzo 2012, n. 3584), ai fini della decorrenza della prescrizione non rileverebbero gli impedimenti di fatto rientrando tra questi anche la mancata notizia, sul punto cfr. Cfr. A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 259 e P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 103.

¹³⁶ Cfr. P. VITUCCI, *op. loc. ult. cit.*

manifestazione dell'evento entro la sfera di un danneggiato il quale adibisca criteri di normale diligenza nel percepirla»¹³⁷.

A correttivo della scelta adottata si aggiunge che «nessuna azione è proponibile decorsi dieci anni dall'incidente. In caso di danno causato da un incidente nucleare derivante da materie nucleari rubate, perdute o abbandonate e che non siano state recuperate, il termine anzidetto è computato dalla data dell'incidente nucleare ma non può in nessun caso essere superiore a 20 anni dalla data del furto, della perdita o dell'abbandono».

La scelta ha trovato una conferma anche in un settore di maggior incidenza, il danno da prodotti difettosi.

La direttiva 85/374/CEE stabilisce un principio di responsabilità del produttore indipendentemente dalla colpa.

La domanda di risarcimento si prescrive in tre anni che decorrono «dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile».

Tuttavia, il produttore non è da considerarsi responsabile nei dieci anni successivi alla data di messa in circolazione del prodotto.

Anche qui, lo schema che si propone è sempre il medesimo: rilevanza della conoscenza ai fini della decorrenza e previsione di un secondo termine più lungo ancorato a criteri oggettivi.

Ulteriori conferme si riscontrano spostando l'indagine dalle fonti di *hard law* alle fonti di *soft law*.

La scienza giuridica europea ha da anni avviato un dibattito sull'uniformazione e l'armonizzazione del diritto dei contratti all'interno dell'Unione Europea, finalizzato alla costruzione di un mercato comune, fondato su regole comuni.

¹³⁷ Cfr. P. VITUCCI, *op. loc. ult. cit.*

Il tema è stato affrontato sia dal punto di vista del diritto internazionale privato, con riferimento alla necessità di migliorare e rendere uniformi gli strumenti normativi che disciplinano l'individuazione del diritto applicabile alle transazioni transfrontaliere, sia dal punto di vista dell'unificazione del diritto sostanziale dei contratti¹³⁸.

In particolare, due sono i testi di maggior riferimento, il DCFR e il progetto di vendita europea.

Il primo è frutto del lavoro di un gruppo di accademici sviluppatosi, prevalentemente, nel quadriennio 2005-2009.

Si tratta di un testo molto dettagliato ove si trovano regole relative al contratto, alle obbligazioni, ai contratti tipici quali la vendita, la locazione, il mandato, l'agenzia, il franchising, la distribuzione, la donazione, l'arricchimento senza causa, il *trust*, profili del diritto di proprietà e ancora altro.

Sebbene non del tutto completo, corrisponde all'equivalente di un vero e proprio codice. I redattori hanno tenuto a precisare che il testo è solo un *Draft*

¹³⁸ I primi tentativi volti alla creazione di un diritto europeo dei contratti risalgono al 1980. Una delle esperienze più significative è stata la compilazione ad opera di una commissione sul diritto europeo dei contratti diretta da Ole Lando di un testo di principi, c.d. PECL (acronimo per *Principles of European Contract Law*). La prima redazione dei PECL è stata preparata negli anni 1980-1992, la seconda negli anni 1992-1996 e poi aggiornata nel 1996-1999.

Un'altra importante esperienza è stata portata avanti dall'Accademia del diritto privato europeo, c.d. Gruppo di Pavia che nel 2001 ha pubblicato un progetto preliminare di Codice europeo dei contratti.

Da non dimenticare anche il progetto del Common Core of European Private Law, nato a Trento nel 1995 ed ancora oggi operativo. A differenza dei due progetti precedenti, i partecipanti mirano a creare una cultura europea comune attraverso la ricerca del nucleo comune dei diversi stati membri.

Per quanto riguarda le istituzioni comunitarie, il Parlamento Europeo, a partire dagli anni '80, ha adottato alcune risoluzioni sull'armonizzazione del diritto privato sostanziale (Risoluzione A2-157/89 in GU C-158 del 26 giugno 1989; Risoluzione A3-0329/94 in GU C 205 del 25 luglio 1994), facendo anche riferimento all'eventuale redazione di un Codice comune europeo di diritto privato.

La commissione nel 2001 è intervenuta con una comunicazione al Consiglio ed al Parlamento europeo volta ad allargare il dibattito sul diritto europeo dei contratti, coinvolgendo sia le istituzioni comunitarie sia le diverse parti interessate, quali imprese, operatori del diritto, accademici ed associazioni dei consumatori, con lo scopo di raccogliere informazioni sulla necessità di un'azione comunitaria incisiva nel settore del diritto contrattuale (Com. 2001/398 def. 11 luglio 2001, in GU C-255 del 13.9.2001).

Il percorso storico riportato è stato ricostruito da M. MAUGERI, *Draft of common frame of reference e prospettive comunitarie*, relazione tenuta al seminario *Il diritto europeo dei contratti*, tenuto a Firenze il 20 maggio 2011. Per approfondimenti cfr. anche M. MELI, *L'armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in *Persona e Mercato*, 2011, 2, p. 91.

e che il CFR vero e proprio non potrà che discendere da una scelta politica (e non solo accademica)¹³⁹.

Per quanto riguarda la prescrizione, è previsto un termine generale di tre anni che decorre o dal momento in cui il debitore deve eseguire la prestazione o, in caso di risarcimento del danno, dal momento in cui si verifica il fatto che dà origine al diritto. Il termine è però sospeso fino a quando il creditore non conosca o non sia ragionevolmente in grado di conoscere l'identità del debitore ed i fatti che danno origine al diritto inclusi, in caso di risarcimento del danno, il tipo di pregiudizio (III-7:301). Il termine è inoltre sospeso fino a quando il creditore non è in grado di esercitare il suo diritto a causa di un impedimento che superi la sua sfera di controllo e che non ci si potesse aspettare che fosse evitato o ovviato dal creditore.

A differenza delle soluzioni esaminate in precedenza, la conoscenza non rileva ai fini della decorrenza che rimane ancora legata a parametri oggettivi; bensì, rientra nelle cause di sospensione¹⁴⁰.

Questo comporta delle ricadute sul piano dell'onere probatorio. È da ritenersi che se la mancata conoscenza rientra tra i fatti sospensivi, l'onere della prova ricade sul creditore; nell'altra ipotesi, invece, l'onere della prova della conoscenza spetta al debitore¹⁴¹.

Difficile dire quale soluzione sia migliore rispetto alle altre finora considerate, entrambe hanno i loro pregi e difetti.

La scelta adottata nel DCFR si giustifica in base alla teoria della vicinanza della prova, poiché è il creditore in grado di sapere le circostanze rilevanti; le perplessità riguardano l'oggetto, perché si richiede la prova di un fatto negativo ossia la non conoscenza. Ad ogni modo, questa può essere anche fornita

¹³⁹ L'osservazione è di M. MAUGERI, *Draft of common frame of reference e prospettive comunitarie*, cit.

¹⁴⁰ La scelta, già presente nei *Principi Lando* è riconducibile al pensiero di R. Zimmermann, già membro della commissione Lando, cfr. R. ZIMMERMANN, *Comparative foundations of european law of set-off and prescription*, Cambridge, 2001.

¹⁴¹ Sul punto cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 31

attraverso elementi positivi da cui poi dedurre per presunzioni il fatto ignoto, ossia l'ignoranza¹⁴².

Anche nel DCFR è previsto un termine lungo di 10 anni o, in caso di danno alla persona di 30 anni, non suscettibile di interruzione o sospensione (III. – 7:307)¹⁴³.

A seguito della pubblicazione del DCFR, nel Luglio 2011 la Commissione europea è intervenuta con un *Libro Verde* prospettando possibili strategie «per consolidare il mercato interno facendo progredire il settore del diritto europeo dei contratti»¹⁴⁴.

Tra le varie opzioni, quella ad aver accolto il maggior plauso è stata la previsione di un regolamento che consenta ai contraenti di adottare uno strumento opzionale¹⁴⁵.

Contemporaneamente (meglio, ancora prima dell'adozione del *Libro verde*) è stato costituito un gruppo di esperti con l'incarico di predisporre un testo di circa 150 norme che possa essere la base per la futura adozione di uno strumento di diritto contrattuale europeo.

I lavori hanno avuto un primo riscontro il 3 maggio 2011 con la pubblicazione di “*A European contract Law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders’ and legal practitioners’ feedback*”.

L'ambito di applicazione appare più limitato di quello del DCFR.

Esso è dedicato alla vendita di beni mobili e ai contratti di servizi correlati alla vendita. Nonostante l'area settoriale ricoperta tenda a coincidere con quella della Convenzione di Vienna, il progetto contiene quasi il doppio degli

¹⁴² Cfr. S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 52 e ss.

¹⁴³ La norma non precisa la decorrenza ma essendo il termine ordinario ancorato a parametri oggettivi è da ritenersi che questi valgano anche per il termine lungo.

¹⁴⁴ Cfr. *Libro verde sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e per le imprese*, doc. COM (2010) 348 def.

¹⁴⁵ Per approfondimenti sulla vicenda cfr. M. MELI, *Proposta di regolamento – diritto comune europeo della vendita*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, I, p. 183

articoli, molti dei quali troverebbero certamente collocazione in un titolo dedicato al Contratto in generale¹⁴⁶.

La parte VIII disciplina la prescrizione.

L'art. 179 distingue tra termine breve e lungo: il primo di due anni ed il secondo di dieci oppure, nel caso di diritto al risarcimento per lesioni personali, di trenta.

La proposta di regolamento rende isolata la soluzione portata avanti dal DCFR ed, ai fini della decorrenza, dispone che il termine biennale decorra dal giorno in cui il debitore ha conosciuto o era ragionevolmente tenuto a conoscere i fatti che rendono possibile l'esercizio del diritto.

Il termine lungo, invece, viene ancorato a parametri oggettivi, dal giorno in cui il debitore deve eseguire la prestazione o, nel caso di diritto al risarcimento del danno, dal giorno in cui si verifica il fatto che dà origine al diritto.

Bisogna menzionare il terzo comma in tema di obbligazioni di durata e non fare. In queste ipotesi il creditore ha un diritto distinto per ogni inadempimento dell'obbligazione.

La norma è interessante, soprattutto se rapportata all'esperienza italiana ove solo per quei rapporti di durata che si caratterizzano per il fatto che le parti sono dotate di differente forza contrattuale, il termine è sospeso fino alla conclusione del rapporto.

Con riferimento alle cause di sospensione, non si riscontra invece una norma analoga al 2234 *code civil* o al §206 BGB che danno rilievo alla forza maggiore tra le cause di sospensione della prescrizione.

Sia nelle riforme approvate dai singoli Stati membri, sia nella legislazione UE, sia nelle proposte di uniformazione, sono riproposte scelte di fondo analoghe.

Al di là delle singole specificità, nei principali paesi europei il binomio 'esordio-durata' della prescrizione è affrontato mettendo sul piatto della

¹⁴⁶ Per un primo commento cfr. M. MELI, *op. ult. cit.*, p. 183. Vedi anche l'intero VI numero del 2011 della *European review of private law*.

bilancia le esigenze di entrambi i soggetti che prendono parte al rapporto: oltre all'inerzia, presupposto della prescrizione è anche la conoscenza avente ad oggetto non solo una determinata situazione di fatto e l'individuazione del soggetto che l'ha determinata ma anche l'antigiuridicità degli effetti che ne sono derivati; questo, tuttavia, non si risolve in un sacrificio per la controparte che, grazie alla previsione di un secondo termine, non sopporta il rischio di esporre sé ed il proprio patrimonio a pretese potenzialmente illimitate nel tempo.

In questa ottica, la fattispecie non rileva ai fini della durata ma torna ad essere ancorata alla sua dimensione fattuale e importa ai fini della conoscenza da cui, successivamente, fare una valutazione in punto di diritto ed inferire la titolarità di una posizione giuridica.

5.5. La decorrenza della prescrizione nella giurisprudenza europea.

Nell'esame delle fonti europee, uno spazio decisamente significativo è occupato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte EDU.

La loro importanza, oltre ad offrire un tassello in più nel chiarire il ruolo della fattispecie, risiede nella loro vincolatività per il legislatore ed i giudici italiani¹⁴⁷.

¹⁴⁷ La natura vincolante *ultra partes* ed *erga omnes* delle decisioni emesse dalla CGUE è stata riconosciuta chiaramente dalla Cassazione. Cfr. Cass., s.u., 23 maggio 2005, n. 6213, in *Giur. it.*, 2005, p. 2036; Cass. civ., sez. trib., 05 novembre 2004, n. 21206, in *Finanza loc.*, 2005, fasc. 6, p. 125; Cass. civ., sez. I, 02 agosto 2002, n. 11573, in *Giust. civ.*, 2002, I, 306. Anche la Corte costituzionale è del medesimo avviso ed afferma che le sentenze interpretative rese dalla Corte di Giustizia vanno parificate, quanto agli effetti, direttamente alla normativa comunitaria, cfr. C. Cost., 7 luglio 2005, n. 268, in *Giur. cost.*, 2005, p. 2454.

Natura vincolante è riconosciuta anche ai precedenti della Corte EDU, cfr. Cass. civ., sez. I, 30 agosto 2005, n. 17500, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1247. Di recente la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di una norma connessa all'azione di ripetizione per il pagamento di interessi anatocistici illegittimi anche sulla base di una interpretazione che la Corte EDU dava all'art. 6 CEDU, cfr. C. Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *DeJure* e per un esame più approfondito dei motivi relativi alla

5.5.1. La giurisprudenza della Corte EDU

L'interesse da parte della Corte EDU implica un riflesso dell'istituto della prescrizione anche nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali della persona.

Con riferimento al problema della decorrenza, i Giudici di Strasburgo hanno affrontato la questione in una serie di pronunce riguardanti la tutela del diritto di proprietà.

Punto da cui muovere è l'art. 1, protocollo 1 CEDU¹⁴⁸, il quale contiene tre norme distinte, in stretto rapporto tra loro.

Il primo comma enuncia il principio del rispetto della proprietà.

Il secondo comma contempla la possibilità dell'espropriazione per pubblica utilità, alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Su questo punto, la Corte EDU ha indicato alcuni criteri specifici. Deve essere accertato il rispetto del *principio di legalità* e, pertanto, l'assenza di arbitrarietà nella condotta della pubblica amministrazione. Inoltre, l'esproprio deve avvenire per ragioni di pubblica utilità, vale a dire qualora la misura privativa sia idonea alla realizzazione dello scopo e non sproporzionata rispetto ad esso. A tal fine la Corte valuta se sia stato mantenuto un *giusto equilibrio* tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁴⁹.

violazione di norme CEDU cfr. l'ordinanza di rinvio del Tribunale Brindisi, sez. distaccata di Ostuni, [ord.] 10 marzo 2011, in *Altalex.it*.

¹⁴⁸ Trattasi dell'unica disposizione della Convenzione direttamente posta a garanzia di situazioni giuridiche patrimoniali. Si riporta il testo della norma, « Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni.

Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

¹⁴⁹ Cfr. Corte EDU, 5 gennaio 2000, *Beyler c. Italia*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 97 e la giurisprudenza ivi richiamata.

Il terzo comma, infine, riconosce agli Stati il potere di regolamentare l'uso dei beni in conformità con l'interesse generale¹⁵⁰.

Entro questa cornice normativa deve essere letto l'istituto della *c.d. espropriazione indiretta*, nelle forme dell'occupazione appropriativa e usurpativa.

La prima è caratterizzata dall'irreversibile trasformazione del fondo in mancanza di un decreto di esproprio¹⁵¹ e l'altra dalla trasformazione in assenza, originaria o sopravvenuta, di una dichiarazione di pubblica utilità¹⁵².

Secondo i Giudici EDU, in due sentenze rese nel maggio del 2000¹⁵³, l'espropriazione indiretta, nelle sue due manifestazioni, è incompatibile con la Convenzione¹⁵⁴.

Essa contrasta con il II comma dell'art. 1, prot. 1, CEDU, in particolare con i limiti imposti dal principio di legalità: le norme interne che legittimano misure

¹⁵⁰ Secondo la giurisprudenza CEDU queste ultime due norme si configurerebbero come speciali rispetto alla norma generale di cui al I comma e configurerebbero un attentato al diritto di proprietà, Cfr. Corte EDU, 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera c. Governo Italiano* e Corte EDU, 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c. Governo italiano*, entrambe in *foro it.*, 2001, IV, c. 235.

¹⁵¹ Cfr., in particolare, Cass., S.U., 16 febbraio 1983, n. 1463, le quali hanno, per la prima volta, configurato l'istituto dell'occupazione appropriativa. La costruzione è finalizzata allo scopo di garantire che l'interesse generale prevalga sull'interesse degli individui quando il lavoro pubblico è stato realizzato (trasformazione del terreno) e purchè risponda all'utilità pubblica.

Qualora l'occupazione di un suolo da parte della P.A. sia illegittima in mancanza del decreto di esproprio oppure per difetto originario del provvedimento di occupazione, l'edificazione sul fondo stesso di un'opera pubblica che importi una trasformazione radicale da provocare la perdita, in via irreversibile, dei caratteri della destinazione propria del fondo, determina l'acquisto a titolo originario della proprietà del suolo occupato senza titolo, secondo i principi tipici dell'accessione.

In buona sostanza, la giurisprudenza ha creato un nuovo modello di acquisto della proprietà da parte della P.A. che ha assunto la denominazione di occupazione appropriativa o acquisitiva o, più tecnicamente, accessione invertita, perché opera in senso analogo all'art. 938 c.c.: è la proprietà dell'edificio che determina l'acquisizione della proprietà del fondo.

Quattro, pertanto, sono gli elementi indispensabili per la configurazione dell'istituto: - l'emaneazione della dichiarazione di pubblica utilità; - l'occupazione del fondo sotto la vigenza della detta dichiarazione; - l'irreversibile trasformazione del fondo; - la mancanza di un decreto di esproprio o altro atto idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà.

¹⁵² Così ricostruito da TAR Lazio-Roma, 18 gennaio 2012, n. 554. L'occupazione usurpativa si ha qualora la P.A. occupa un suolo di proprietà privata per realizzare un'opera di pubblica utilità, ma in assenza di un titolo legittimante. Ricorre tale figura quando l'occupazione del fondo non sia accompagnata da una dichiarazione di pubblica utilità oppure, sebbene vi sia stata, questa sia stata annullata o sia stata dichiarata l'inefficacia per l'inutile decorso dei termini stabiliti per l'esecuzione dell'opera.

¹⁵³ Corte EDU, 30 maggio 2000, nella causa 25638/94, *Carbonara e Ventura c. Governo italiano* e nella causa 31524/96 nella causa *Belvedere Alberghiera Srl c. Italia*, entrambe in *Foro it.*, 2001, IV, c. 235.

¹⁵⁴ In un primo momento i Giudici della Convenzione non ritennero l'istituto in contrasto con la Convenzione, Corte EDU, 7 agosto 1996, *Zubani c. Italia*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 101.

espropriative devono essere sufficientemente accessibili, precise e prevedibili¹⁵⁵.

Da qui l'illiceità della condotta dello Stato italiano¹⁵⁶ che cagiona al privato un danno ingiusto e, di conseguenza, legittima la domanda di risarcimento.

A differenza del regime ordinario di espropriazione, lo Stato italiano non voleva versare in via spontanea ed automatica al proprietario l'ammontare in denaro cui si commisura la riparazione per la privazione del diritto di proprietà, bensì solleva attendere che il pagamento fosse richiesto, avendo così la possibilità di eccepire la prescrizione quinquennale.

Ad avviso della Corte EDU, si tratta di una protezione del diritto non adeguata e, sostanzialmente *réduite à néant*. Infatti, in mancanza di un atto formale di espropriazione, è soltanto con la decisione giudiziaria definitiva che si supera l'incertezza giuridica e si può considerare il principio dell'espropriazione indiretta come effettivamente applicato. Vale a dire, solamente con il passaggio in giudicato della sentenza è determinata l'acquisizione del terreno al demanio pubblico.

Ne deriva che da questo momento, e non dal venire meno del provvedimento che legittima un'occupazione temporanea, può iniziare a decorrere il termine di prescrizione per domandare il risarcimento del danno patito.

Per fare fronte alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea e, quindi, rendere l'istituto conforme al principio di legalità, il legislatore ha

¹⁵⁵ Il richiamo è a Corte EDU, 8 luglio 1986, *Lithgow c. Regno Unito*

¹⁵⁶ Per approfondimenti in dottrina cfr. S. BONATTI, *La protezione della proprietà nella giurisprudenza della Corte di Europa dei diritti dell'Uomo*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 833, R. NUNIN, *Osservazioni sulla tutela del diritto di proprietà nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in *Dir. dell'Unione europea*, 1998, p. 53.

Più di recente, soprattutto in relazione agli interventi del legislatore e della Corte costituzionale, cfr. G. FILANTI, *L'accessione invertita è dura a morire*, in *Persona e Mercato*, 2010, 4, p. 274; G. DE MARZO, *Occupazione appropriativa e principio di legalità, la rinascita dell'acquisizione sanante dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2011, I, 2723.

disciplinato le ipotesi di utilizzazione di un immobile *sine titulo* tramite l'art. 43 del DPR 327/2001¹⁵⁷.

Tuttavia, nonostante l'intervento normativo, la Corte EDU ha continuato a condannare l'Italia¹⁵⁸.

Solamente la Corte costituzionale, in una pronuncia del 2006¹⁵⁹, ha tentato di allinearsi alla giurisprudenza di Strasburgo, mettendo in luce la diversità delle forme di espropriazione indiretta sotto il profilo dei rimedi riconosciuti al privato.

Nel caso dell'occupazione appropriativa, con l'irreversibile trasformazione del fondo, avvenuta nell'ambito di un procedimento in cui la P.A. ha riconosciuto la pubblica utilità dell'opera, si realizza l'effetto traslativo del diritto di proprietà ed il proprietario del fondo non può che chiedere la tutela per equivalente.

Diversamente, nell'ipotesi dell'occupazione usurpativa, mancando il riconoscimento della pubblica utilità dell'opera, la P.A. pone in essere

¹⁵⁷ Questa norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte Cost., 8 ottobre 2010, n. 293 per eccesso di delega. Per approfondimenti sulla questione cfr. l'interessante saggio di G. FILANTI, *L'accessione invertita è dura a morire*, cit., p. 274.

A seguito dell'abrogazione dell'art. 34 del d.l. n. 98 del 6 luglio 2011 (conv. in L. 111/2011) ha introdotto nel T.U. Espropri l'art. 42 bis, che disciplina l'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico. La norma sopperisce al vuoto normativo venutosi a creare all'indomani della declaratoria di incostituzionalità e cerca di porre rimedio ai diffusi casi di occupazione e trasformazione di beni privati, illegittimamente compiuti dalle P.A. in assenza della dichiarazione di pubblica utilità o di un valido ed efficace provvedimento di esproprio. Nella redazione della norma il legislatore ha cercato, almeno in parte, di raccogliere i richiami della Corte di Strasburgo, evidenziando la natura eccezionale del rimedio attraverso la previsione dell'obbligo di dare conto dell'assenza di eventuali alternative all'adozione del provvedimento di acquisizione e riconoscendo anche la risarcibilità del danno non patrimoniale.

¹⁵⁸ Cfr. Corte EDU, 14 febbraio 2006, *Prenna e a. c. Italia*; Corte EDU, 17 maggio 2005, *Colazzo c. Governo Italiano* e Corte EDU, 17 maggio 2005, *Scordino c. Governo Italiano*, entrambe in *Foro it.*, 2006, IV, c. 65 nonché da Corte EDU, 6 luglio 2006, *G. ed altri c. Governo italiano*, in *www.anptes.org*. In particolare, quest'ultima sentenza afferma un ulteriore ed importante principio ossia quello per cui non pregiudica né impedisce la ricevibilità del ricorso la circostanza che la sentenza di I grado con la quale il giudice nazionale abbia accertato e dichiarato l'intervenuta prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento dei danni sia passata in giudicato per non essere stata impugnata: dunque, senza che siano state esaurite le vie e le misure interne all'ordinamento nazionale (Appello e Cassazione). Infatti, secondo la CEDU, la continuazione del Giudizio secondo il suo sviluppo naturale attraverso la fase dell'appello ed il successivo ricorso in Cassazione non avrebbe comportato alcuna tutela utile ed effettiva per i cittadini espropriati poiché tali iniziative non avrebbero superato la costante giurisprudenza della Cassazione secondo cui la prescrizione del diritto al risarcimento dei danni a seguito di occupazione appropriativa si perfeziona con il decorso del termine di cinque anni dal termine finale di occupazione temporanea e legittima.

¹⁵⁹ Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1921; in *Foro it.*, 2006, p. 1625; in *Foro amm. CDS*, 2006, p. 1353; in *Giust. civ.*, 2006, p. 1107.

un'attività materiale integrante un illecito extracontrattuale permanente e non si verifica alcun effetto traslativo della proprietà. Il privato, quindi, ha la facoltà di scelta tra l'esperimento delle azioni petitorie e possessorie a tutela del suo diritto dominicale oppure la proposizione del rimedio risarcitorio¹⁶⁰.

Naturalmente, l'esperibilità del rimedio risarcitorio è subordinata alla certezza dell'avvenuta espropriazione che, secondo le indicazioni del Giudice EDU, si può avere solamente a seguito della pubblicazione della sentenza.

L'indicazione che si trae è la seguente. A prescindere da quale sia l'oggetto, l'istituto della prescrizione incide su una situazione giuridica (fattispecie) che deve essere non solo certa e determinata ma anche conosciuta. In difetto, il termine non potrà iniziare a decorrere.

Tuttavia, sempre secondo i Giudici EDU, l'ignoranza della titolarità di una situazione giuridica non deve dipendere da un atteggiamento colposo imputabile al titolare della situazione stessa.

Quest'ultimo principio può essere desunto da altre due sentenze dello stesso Giudice¹⁶¹.

Entrambe muovono dalla declaratoria di incostituzionalità della legge 385 del 1980 e la conseguente reviviscenza della legge 2359 del 1965: l'indennità di espropriazione viene calcolata sulla base del valore commerciale del terreno¹⁶².

Le pronunce del giudice nazionale si fondano sui medesimi presupposti: l'estinzione del diritto del ricorrente ad ottenere l'indennità di espropriazione per intervenuta prescrizione.

I Giudici di Strasburgo condividono le valutazioni del Giudice nazionale sostenendo che, per effetto della dichiarazione di incostituzionalità, costituiva onere degli espropriati richiedere l'indennità di espropriazione, fino a concorrenza del valore commerciale del terreno. In questo caso, non si

¹⁶⁰ Secondo Cass., s.u., 23 marzo 2009, n. 6956, in DeJure la giurisdizione spetta al Giudice ordinario, ricorrendo un comportamento della P.A. non riconducibile, neppure in via mediata o indiretta, all'esercizio di un pubblico potere.

¹⁶¹ Corte EDU, 30 settembre 2008, *Maria Pia Marchi c. Italia* e Corte EDU, 19 gennaio 2010, *D'Aniello c. Italia*.

¹⁶² C. Cost., 15 luglio 1983, n. 223, in *Giust. civ.*, 1983, p. 2538.; in *Foro it.*, 1983, p. 2057; in *Giur. cost.*, 1983, p. 1331.

ravviserebbe una violazione dell'art. 1 prot. 1, stante l'imputabilità della situazione denunciata esclusivamente a colpa dei ricorrenti, che hanno omesso di attivarsi per ottenere l'indennità prima che il relativo diritto cadesse in prescrizione.

Altre sentenze hanno affrontato il problema della prescrizione. Trattasi di pronunce legate al problema degli interessi sottesi all'istituto ed al loro bilanciamento con altri beni giuridici. Su questo aspetto si tornerà in proseguo di trattazione, affrontando il tema del rapporto tra prescrizione, autonomia privata e limiti alla possibilità di stipulare accordi derogatori.

Restando al problema della decorrenza della prescrizione, interessante è, invece, la giurisprudenza della CGUE.

5.5.2. La giurisprudenza della CGUE

Con riferimento al problema della prescrizione, i casi affrontati dai Giudici del Lussemburgo possono essere idealmente iscritti in tre tipologie di controversie: responsabilità dello Stato per inadempimento di una direttiva comunitaria; l'interpretazione di discipline nazionali che, dando attuazione alle direttive, hanno aggiunto termini per la proposizione di reclami o azioni non previsti originariamente dal legislatore comunitario; le azioni risarcitorie esperite nei confronti dell'Unione europea.

In questa sede, ci si concentrerà sull'ipotesi dell'illecito commesso dalle istituzioni comunitarie. La responsabilità dello Stato per inadempimento di una direttiva comunitaria ha rilevanza interna. Il rinvio pregiudiziale, invece, riguarda le modalità di recepimento del diritto interno e tocca il problema degli interessi sottesi all'istituto della prescrizione, tema che sarà affrontato successivamente.

L'art. 268 TFUE dispone che la Corte di Giustizia è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all'art.

340, comma 2, TFUE, ossia quelli causati dalle istituzioni o dagli agenti dell'Unione nell'esercizio delle loro funzioni¹⁶³.

Interessante è la disposizione sul diritto applicabile. Il danno è, infatti, risarcito, «conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri».

L'art. 46 dello Statuto della Corte di Giustizia disciplina la prescrizione: «le azioni contro l'Unione in materia di responsabilità extracontrattuale si prescrivono in cinque anni a decorrere dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine».

Due sono le modalità per interrompere il termine, attraverso un'istanza presentata alla Corte di giustizia oppure tramite una preventiva richiesta che il danneggiato rivolge all'istituzione competente dell'Unione¹⁶⁴.

Punto essenziale, da cui è necessario muovere, concerne l'identificazione del fatto illecito del quale la comunità è considerata responsabile.

Il problema è affrontato in una pronuncia degli anni '80, *Birra Wubrer*¹⁶⁵. Il procedimento riguardava il danno subito dai singoli a seguito dell'emanazione di un regolamento successivamente annullato¹⁶⁶.

Secondo l'istituzione comunitaria, il fatto illecito sarebbe identificato con la pubblicazione dell'atto illegittimo e, da questo momento, la prescrizione avrebbe iniziato il suo esordio. Secondo i ricorrenti, invece, dato che la responsabilità contrattuale implica l'esistenza di un danno, bisognerebbe assumere come *dies a quo* il momento in cui il danno si è verificato.

¹⁶³ Va segnalato il nuovo terzo comma dell'art. 340 TFUE secondo il quale «la Banca centrale europea deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni al diritto degli Stati membri, i danni cagionati da essa stessa o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni». Si tratterebbe, in questo caso, di una competenza esclusiva della BCE.

¹⁶⁴ In quest'ultimo caso l'istanza deve essere proposta nel termine di due mesi previsto dall'articolo 263 del TFUE; sono applicabili, quando ne sia il caso, le disposizioni di cui all'articolo 265, secondo comma, del TFUE.

¹⁶⁵ Cfr. CGUE, 27 gennaio 1982, C-256,257, 265, 267/80 e 5/81, *Birra Wubrer ed altri c. Commissione*.

¹⁶⁶ La causa ha origine da azioni di risarcimento dei danni promosse da alcune imprese italiane produttrici di semole di granturco o di rotture di riso destinate all'industria della birra. Le attrici facevano valere il danno subito per l'effetto dell'abolizione delle restituzioni alla produzione relative ai due menzionati prodotti agricoli (dall'agosto 1975 all'ottobre 1977). L'abolizione venne disposta dai regolamenti del consiglio 665 e 668 del 4 marzo 1975 e che la Corte nel 1977 ha annullato, essendo le misure ivi previste incompatibili con il principio di uguaglianza.

A detta della Corte di Giustizia, il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità e l'attuazione al diritto al risarcimento del danno subito dipendono da un complesso di condizioni relative all'esistenza di un illecito delle istituzioni comunitarie, di un danno reale e di un nesso di causalità tra di essi¹⁶⁷, precisando che il tempo non potrà iniziare a fare il suo decorso senza che si sia concretato il danno da risarcire¹⁶⁸.

Interessante notare come la Corte non giustifichi le sue conclusioni sulla base di elaborati ragionamenti, quasi come se fosse fuori da ogni dubbio che l'obbligo di risarcire presuppone, oltre ad un contegno illecito, anche la sua ripercussione pregiudizievole sul soggetto passivo¹⁶⁹.

Individuati gli elementi dell'illecito, si pone il problema della loro conoscenza ai fini della decorrenza dei termini.

Una sentenza di tre anni successiva, *Adams c. Commissione*, dispone che la prescrizione non possa essere eccepita nei confronti della vittima del danno che abbia potuto avere conoscenza del fatto che lo ha causato solo con ritardo e non abbia quindi potuto disporre di un termine ragionevole per esperire l'azione e presentare la domanda prima della scadenza del termine¹⁷⁰.

La portata del principio può essere colta muovendo da un esame del caso concreto.

Il Sig. Adams aveva segnalato alla Commissione il comportamento anticoncorrenziale del suo datore di lavoro, l'azienda *Hoffmann-La Roche*,

¹⁶⁷ Cfr. CGCE, 27 gennaio 1982, C-256-257-265-267/80 e 5/81, *Birra Wubrer ed a. c. Consiglio e Commissione* e successivamente confermata da CGCE, 14 ottobre 1999, C-104-97, *Atlanta AG e a. c. Commissione e Consiglio*.

¹⁶⁸ V. punto 10 pronuncia *Birra Wubrer*, cit. Cfr. anche le conclusioni dell'Avv. Generale Francesco Capotorti.

¹⁶⁹ Non è invece affrontato il problema se il pregiudizio deve essersi realizzato oppure è sufficiente che il fatto illecito sia accompagnato dalla previsione del danno. Sul punto, la Giurisprudenza della CGUE non seguiva una linea costante. Nella sentenza *Meroni* (14 dicembre 1962, C-46 e 47/59) si sostiene l'idea che il periodo di prescrizione non possa cominciare a decorrere se non c'è un danno certo, di ammontare definito. Diversamente, la sentenza *Kampffmeyer* (2 giugno 1976, C-56 e 60/74) afferma che l'art. 215 (oggi, 340) del Trattato non vieta di adire la Corte per far dichiarare la responsabilità della comunità per danni imminenti e prevedibili con una certa sicurezza, anche se l'entità del danno non è ancora esattamente determinabile. Questa ultima linea sembra quella che ha prevalso, v. tra le più recenti e significative, CGUE, 19 aprile 2007, C-282/05, *Holcim (Deutschland) AG*

¹⁷⁰ Cfr. CGUE, 7 novembre 1985, C-145/83, *Adams c. Commissione*

nell'ambito del mercato delle vitamine¹⁷¹. A distanza di molti anni domandava alla Commissione il risarcimento del danno che riteneva di aver subito a causa di azioni o omissioni, connesse alla violazione dell'obbligo di riservatezza¹⁷², determinate da illegittimità¹⁷³ e che hanno provocato il suo arresto, la condanna e la detenzione in Svizzera per spionaggio economico derivante da tale segnalazione.

Secondo la Corte, dopo che l'avvocato della Roche si era recato presso la Commissione nel novembre 1974 minacciando di intentare l'azione penale nei confronti dell'informatore segreto e specificandone le conseguenze, la conoscenza da parte di quest'ultima del grave rischio al quale aveva esposto il Sig. Adams con il suo comportamento era sufficiente a renderla responsabile, avendo omesso di comunicare le informazioni di cui disponeva a seguito della visita.

Il Sig. Adams ha presentato ricorso solamente nel luglio 1983.

Secondo la Commissione, l'azione si era prescritta in forza dell'art. 46 (ex art. 43) dello Statuto della CGUE. Il Sig. Adams ha affermato di avere avuto conoscenza dei fatti da lui adottati solo nel 1980, dopo che il nuovo difensore aveva avuto l'occasione di studiare il fascicolo del procedimento penale. Egli

¹⁷¹ Ciò era avvenuto mediante la consegna alla Commissione alcuni documenti che le avrebbero permesso di iniziare delle indagini nei confronti della società farmaceutica e che si sarebbero concluse con un provvedimento di condanna alla somma di 300.000 ECU per abuso di posizione dominante.

¹⁷² L'obbligo di segretezza si ricava dall'art. 339 del TFUE (ex 214 secondo la numerazione vigente all'epoca). La norma contempla l'obbligo, in particolare per i membri e per i dipendenti delle istituzioni della Comunità «di non divulgare le informazioni che, per loro natura, siano protette dal segreto professionale e in particolare quelle relative alle imprese e riguardanti i loro rapporti commerciali ovvero gli elementi dei loro costi». Benchè riguardi soprattutto le informazioni ottenute da imprese, l'espressione 'in particolare' dimostra che si tratta di un principio generale che comprende anche le informazioni fornite da persone fisiche, qualora siano per loro natura riservate. Ciò vale, a maggior ragione, quando le informazioni siano state fornite in via volontaria e siano state contestualmente accompagnate dalla richiesta di garantire l'anonimato, come è avvenuto nel caso di specie.

¹⁷³ In particolare in tre occasioni si ravviserebbe la responsabilità della Commissione.

In primo luogo, la consegna delle copie dei documenti ai dipendenti della Roche nell'ottobre del 1974 avrebbe consentito d'inferire che il ricorrente era, con ogni probabilità, la fonte delle informazioni.

In secondo luogo, il ricorrente non era stato avvertito da parte della Commissione dei rischi che avrebbe corso se fosse tornato in Svizzera. Infatti, l'Avvocato difensore della Roche aveva chiaramente manifestato alla Commissione la propria intenzione di adire le vie penali nei confronti dell'informatore segreto, indicando anche il contenuto dell'afferente norma del Codice penale svizzero.

Infine, in una telefonata intercorsa nel febbraio del 1975, un membro della Commissione avrebbe espressamente fatto il nome del Sig. Adams all'Avvocato della Roche.

non aveva creduto alle informazioni della polizia svizzera e non aveva potuto comprendere le sentenze svizzere che erano scritte in tedesco. Nemmeno avrebbe avuto alcuna possibilità di conoscere i fatti relativi alla visita effettuata dall'avvocato della Roche presso la Commissione nel novembre del 1974.

La Corte ha dichiarato che l'art. 46 «va interpretato nel senso che la prescrizione non può essere eccepita nei confronti della vittima del danno che abbia potuto avere conoscenza del fatto che lo ha causato solo con ritardo, e non abbia quindi potuto disporre di un termine ragionevole per esperire l'azione e presentare la domanda prima della scadenza del termine di prescrizione»¹⁷⁴.

Pertanto, sembrerebbe che, ai fini della decorrenza della prescrizione, gli elementi di fatto dell'illecito indicati nella sentenza *Whurer* debbano essere conosciuti, o almeno conoscibili, dal danneggiato.

Ciò troverebbe una conferma indiretta anche in altre due sentenze.

Nel caso *Theresa Emmot c. Minister for Social Welfare and Attorney General*¹⁷⁵ si discuteva del momento di decorrenza del termine di decadenza stabilito dalla legislazione irlandese in materia previdenziale per le azioni dei singoli dirette a tutelare diritti da essi riconosciuti da una direttiva contenente il divieto di discriminazione fondata sul sesso.

La Corte di Giustizia ha sostenuto che, ai fini del decorso del termine di prescrizione, «i singoli devono essere stati posti in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti».

In una sentenza del 1998 (*B.S. Levez c. T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*), è affermato che l'inattività del titolare di una situazione sostanziale non può essere sanzionata, se questa non è frutto di negligenza o di disinteresse rispetto

¹⁷⁴ Interessante anche la prosecuzione della citazione ove la conoscenza effettiva nasce proprio dalle difese della Commissione stessa: «nella presente fattispecie, è opportuno ricordare che la Corte ha basato la sua conclusione circa la responsabilità della Comunità sul fatto che la Commissione non ha cercato di informare e di consultare il ricorrente in seguito alla visita dell'Avv. Alder (ndr difensore della Roche) dell'8 novembre 1974. Dal fascicolo si desume che l'interessato ha potuto avere conoscenza di questo fatto solo nelle more della presente causa, in quanto la visita dell'Avv. Alder era menzionata per la prima volta nel controricorso della Commissione. Egli non ha quindi avuto la possibilità di far valere, per questo motivo, la responsabilità della Comunità prima della normale data di scadenza del termine di prescrizione».

¹⁷⁵ CGUE, 25 luglio 1991, C-208/90, la sentenza è stata pubblicata anche su *Foro it.*, 1993, IV, c. 324

al diritto ed alla sua tutela, ma costituisce la conseguenza di un impedimento di fatto a lui non imputabile¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

Nello specifico, l'impedimento di fatto era costituito dalle informazioni deliberatamente false fornite dal datore di lavoro ad una lavoratrice relative il livello di retribuzione riconosciuto ai dipendenti dell'altro sesso svolgenti un lavoro equivalente.

Il rilievo attribuito alla conoscenza trova conferma anche in una pronuncia del 2004, *Commissione c. José Mari Peix SA*¹⁷⁸.

Il caso riguardava irregolarità commesse da una società spagnola beneficiaria di un contributo ai sensi di un regolamento del Consiglio in tema di pesca¹⁷⁹. A seguito della mancata informazione del naufragio di una nave per cui era stato concesso il beneficio, la Commissione riduceva il

¹⁷⁶ CGUE, 1 dicembre 1998, C-326/96, *B.S. Levez c. T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.*

¹⁷⁷ La Corte ha censurato l'applicazione della norma dell'*equal pay act* inglese che limita il periodo entro cui un lavoratore può reclamare arretrati retributivi o un risarcimento per violazione del principio di parità delle retribuzioni al biennio precedente la data di presentazione del relativo ricorso, senza che il giudice nazionale possa tener conto delle circostanze particolari della incolpevole tardività dell'azione giudiziaria promossa, prorogando il termine o rimettendo la parte rimasta inattiva nella condizione di poter esercitare i propri diritti colpiti dall'effetto estintivo del decorso del tempo.

«Il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma nazionale la quale limita il periodo per il quale il lavoratore può reclamare arretrati retributivi o un risarcimento per violazione del principio di parità delle retribuzioni al biennio precedente alla data di inizio del procedimento, biennio che non può essere esteso neanche quando il ritardo nella presentazione della domanda sia dovuto al fatto che il datore di lavoro ha deliberatamente fornito all'interessato informazioni inesatte sul livello della retribuzione riscossa da lavoratori dell'altro sesso che svolgono un lavoro equivalente al suo»

¹⁷⁸ CGUE, 2 dicembre 2004, C-226/03, *Commissione c. José Mari Peix SA*

¹⁷⁹ Regolamento CEE 4028/1986 del Consiglio del 18 dicembre 1986, relativo ad azioni comunitarie per il miglioramento e l'adeguamento delle strutture nel settore della pesca e dell'acquicoltura, come modificato, nell'ordine, dal regolamento CEE n. 3944 del Consiglio del 20 dicembre 1990 e dal regolamento CEE n.3946 del Consiglio del 19 dicembre 1992. Il regolamento n. 4028/1986 ed i regolamenti che ne fissano le modalità di applicazione sono stati abrogati dall'art. 9 del regolamento CEE 2080/1993 del Consiglio, del 20 luglio 1993, recante disposizioni di applicazione del regolamento CEE n. 2052/1988 per quanto riguarda lo strumento finanziario di orientamento della pesca.

La causa si inserisce nella quadro complessivo delle politiche comunitarie per la protezione delle risorse alicutiche europee da uno sfruttamento eccessivo, attraverso la concessione di un contributo alle società costituite da armatori comunitari con cittadini di paesi terzi, destinate a sfruttare le risorse ittiche di detti paesi mediante pescherecci battenti bandiera di uno stato membro e registrati in un porto della comunità, che venivano trasferiti definitivamente in tali paesi. Questo contributo consisteva in una sovvenzione in conto capitale erogata in due rate: una prima rata non superiore all'80% del contributo totale, e una seconda rata a saldo. I beneficiari del contributo, ogni dodici mesi e per tre anni consecutivi, dovevano trasmettere alla Commissione una relazione periodica sull'attività della società mista, comprensiva di copia dei bilanci e dei documenti ufficiali relativi alle operazioni di pesca, di sbarco e di trasbordo.

contributo¹⁸⁰ ordinando al beneficiario di rimborsare alla Commissione, entro tre mesi, la somma indebitamente percepita¹⁸¹.

Nonostante la società spagnola si fosse difesa eccependo la tardività della richiesta della Commissione¹⁸², la CGUE sostiene che l'irregolarità avesse ad oggetto la violazione di doveri di informazione e che pertanto questa è cessata -determinando la decorrenza del termine di prescrizione ai sensi della normativa in vigore- nel momento in cui il dovere di informazione è stato adempiuto.

La pronuncia è coerente con quanto previsto dal regolamento¹⁸³. Inoltre, la prescrizione non può decorrere a beneficio di un privato che mantenga una posizione di permanente illegittimità derivante dalla violazione dell'obbligo comunitario di informare.

Mutuando le osservazioni difensive della Commissione, spetta al beneficiario decidere se permanere in una situazione di irregolarità, correndo così il rischio di vedere prolungato il periodo di intervento delle autorità di controllo o, diversamente, rispettare i doveri di lealtà e informazione, conseguendo così la certezza che nessuna misura o sanzione potrà essere presa nei suoi confronti una volta decorso il termine previsto dalla legge.

In altri termini, se esiste un interesse riferibile ai privati ad evitare che la Commissione possa ritardare indefinitamente l'esercizio dei suoi poteri, questo interesse presuppone che la Commissione stessa sia stata messa in condizione di esercitare tali poteri: cosa che non si verifica quando i beneficiari di contributi comunitari, venendo meno ad un loro preciso obbligo, trasmettono

¹⁸⁰ Da ECU 1.349.550 ad €710.030

¹⁸¹ Pari ad € 639.520

¹⁸² In base all'art. 3 del Reg. CEE 4028/1986, «il termine di prescrizione delle azioni sanzionatorie è di quattro anni a decorrere dall'esecuzione dell'irregolarità di cui all'art. 1, paragrafo 1 (...). Per le irregolarità permanenti o ripetute, il termine di prescrizione decorre dal giorno in cui cessa l'irregolarità. Per i programmi pluriennali, il termine di prescrizione vale comunque fino alla chiusura definitiva del programma».

¹⁸³ V. nota precedente.

informazioni inattendibili o comunque tali da indurre le istituzioni in errore circa elementi essenziali dei progetti finanziati¹⁸⁴.

In base a quanto detto finora, attribuire rilevanza alle circostanze soggettive in cui si trovi il creditore privilegia la posizione di quest'ultimo a discapito del debitore.

Rimanendo nell'ambito della giurisprudenza della CGUE, la conoscenza perde centralità ogni qualvolta la posizione debitoria è ricoperta dalla Commissione. In questa ipotesi, il *favor* si sposta.

Una prima pronuncia riguarda il danno subito dal proprietario di un autosalone a seguito della tracimazione di un collettore fognario di proprietà del Centro Comune di Ricerca (CCR) della CEEA, durante un alluvione nel luglio 1992¹⁸⁵.

Il ricorrente, allegando di aver avuto una esatta cognizione del danno solamente a seguito di ATP conclusosi il 10 maggio 1995, il 21 maggio 1999 proponeva ricorso dinanzi al Tribunale di I grado al fine di ottenere la condanna della CEEA della somma di L. 1.245.000.000¹⁸⁶.

Instaurato il giudizio, la Commissione eccepiva l'intervenuta prescrizione essendo trascorsi più di cinque anni dal giorno in cui il danno si è verificato. L'autosalone, diversamente, sosteneva di essere venuto a conoscenza delle cause del danno solo dal giorno in cui l'ATP si è concluso.

Secondo la CGUE, «la conoscenza di tali fatti non rientra nel novero degli elementi che devono sussistere per far decorrere il termine di prescrizione».

L'affermazione sembra in contrasto con quanto affermato nel caso *Adams* e la Corte sente l'esigenza di indicare le ragioni per cui se ne è distaccata: questa «non si pronuncia in merito ai presupposti necessari per il decorso del termine

¹⁸⁴ Cfr. §54 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano. Sul punto v. anche CGCE, 14 luglio 1972, C-52/69, *Geigy c. Commissione*; CGCE, 24 settembre 2002, C-74 e 75/00, *Falck ed Acciaierie di Bolzano Spa c. Commissione*, CGCE, 29 aprile 2004, C-298/00P, *Italia c. Commissione*.

¹⁸⁵ CGUE, 18 luglio 2002, C-136/01P. Il pregiudizio era legato alla presenza di una robusta griglia meccanica che ha trattenuto materiali vari portati dall'acqua e che ha ostruito, di fatto, il passaggio delle acque stesse durante un alluvione nel luglio del 1992, provocando allagamenti a monte.

¹⁸⁶ Nel febbraio 1996 era stata depositata domanda di risarcimento danni secondo il diritto italiano anche presso il Tribunale di Varese.

di prescrizione (...). La citata sentenza *Adams/Commissione* riguarda, piuttosto, la scadenza del termine di prescrizione»¹⁸⁷.

L'argomentare della Corte non convince. Infatti, si può facilmente obiettare che una valutazione sulla scadenza del termine di prescrizione, presuppone un esame sulla decorrenza del suddetto termine.

Due sentenze successive probabilmente chiariscono meglio le ragioni del distacco dal principio affermato nel caso *Adams*.

La prima muove dall'annullamento di una decisione della Commissione del 30 novembre 1994 (c.d. *decisione cemento*) con la quale alcune società, tra cui la *Holcim*, venivano condannate a pagare ammende di € 3,841 milioni ed € 1,85 milioni per condotte anticoncorrenziali.

Dopo aver ottenuto l'annullamento della decisione, la società *Holcim* domandava alla Commissione il risarcimento del danno consistente nel rimborso delle spese di garanzia bancaria sostenute onde poter differire il pagamento delle ammende inflitte e poi annullate¹⁸⁸.

Mentre la ricorrente sosteneva che l'annullamento della decisione Cemento era, nella specie, una condizione dell'obbligo di risarcimento, secondo la Commissione un danno potenziale si era già verificato con la decisione stessa: il fatto generatore della responsabilità risiedeva nella illegittimità della decisione. Pertanto, era da questo momento che sorgeva la previsione di un danno e la decorrenza della prescrizione.

I giudici sposano quest'ultima linea interpretativa, sostenendo che nell'ordinamento comunitario esiste un principio di autonomia dei ricorsi, non potendo dipendere gli esiti della domanda di risarcimento del danno dall'esito di una richiesta di annullamento¹⁸⁹.

Infatti, secondo il principio sancito dalla sentenza *Kampffmeyer*, «non (è) vieta(to) di adire la Corte per far dichiarare la responsabilità della comunità per

¹⁸⁷ Cfr. §32 di CGUE, 18 luglio 2002, C-136/01P

¹⁸⁸ CGUE, 11 gennaio 2007, C-282/05P, *Holcim (Deutschland) AG c. Commissione*.

¹⁸⁹ Si riporta uno stralcio della motivazione: «è, infatti, indifferente ai fini del decorso del termine di prescrizione, che il comportamento illegittimo della comunità sia stato constatato con una decisione giudiziaria».

danni imminenti e prevedibili con una certa sicurezza, anche se l'entità del danno non è ancora esattamente determinabile»¹⁹⁰.

Ne deriverebbe che i ricorrenti avrebbero dovuto «proporre un ricorso inteso a far dichiarare la responsabilità extracontrattuale delle Comunità sin dal momento in cui a causa del danno essa era divenuta certa, cioè, nella specie, sin dal momento della costituzione delle garanzie bancarie»¹⁹¹.

Leggendo le conclusioni dell'Avvocato Generale, se si ragionasse diversamente, si finirebbe per rimettere al creditore stesso la possibilità di far decorrere o meno il termine di prescrizione: questo non inizierebbe fino al momento in cui non si promuova un'azione di annullamento e si ottenga l'accertamento dell'illiceità del comportamento dell'istituzione.

Con questa affermazione non si vuole interrompere la continuità con il principio affermato nella sentenza *Adams*. Infatti, due pronunce del Tribunale di I grado¹⁹² precisano che la prescrizione richiede la conoscenza, da parte della vittima, del fatto all'origine del danno e non della sua illiceità.

Un dubbio però rimane. A fronte di una domanda risarcitoria che si fonda sull'illegittimità di un provvedimento della Commissione, sembra difficile che la Corte di Giustizia si possa pronunciare senza che prima sia stato annullato l'atto: sebbene il danno possa essere determinabile sotto il profilo del *quantum*, in difetto di una pronuncia di illegittimità mancano delle circostanze univoche idonee a dimostrarlo sotto il profilo dell'*an debeat*.

Nella dinamica dei fatti, la Corte di Giustizia -con tutta probabilità- sospenderà la domanda di risarcimento, se proposta separatamente da quella di annullamento; subordinerà la pronuncia sul danno risarcibile all'accertamento sull'illegittimità dell'atto, se proposte nel medesimo procedimento.

Pertanto, tale principio sembra in contrasto con quanto indicato nella sentenza *Courage*¹⁹³, ove le parti in causa erano due imprese private. In questa

¹⁹⁰ CGUE, 2 giugno 1976, C56 e 60/74, *Kampffmeyer*, cit.

¹⁹¹ CGUE, 11 gennaio 2007, C-282/05P, *Holcim (Deutschland) AG c. Commissione*.

¹⁹² Tribunale di I grado, 16 aprile 1997, T-20/94 *Hartmann c. Consiglio* e 4 febbraio 1998, T-246/93, *Bubring c. Commissione*

¹⁹³ CGCE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage c. Crehan*

circostanza la Corte di Giustizia afferma che l'effetto utile dell'art. 81 trattato Ce sarebbe pregiudicato se l'impresa non potesse chiedere il risarcimento del danno causatole dal contratto che restringe o falsa il gioco della concorrenza; tale diritto rafforza, infatti l'effettività delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche anticoncorrenziali. Sembra quasi paradossale che, invece, un'impresa la cui condotta non abbia ristretto o falsato il gioco della concorrenza debba sopportare un danno cagionatole da un'istituzione comunitaria solo per non aver proposto la domanda di risarcimento del danno contestualmente alla domanda di annullamento.

Ad esiti ancora più estremi giunge una sentenza del 2008¹⁹⁴.

Il caso è complesso e le origini risalgono al 1982.

Semplificando, in forza di un regolamento comunitario, la Distilleria Agricola Industriale di Terralba (DAI) era depositaria di una somma proveniente dalla Commissione che avrebbe dovuto distribuire ai produttori vinicoli sulla base delle quantità di vino distillate. La DAI, pertanto, era il canale attraverso cui tale aiuto era destinato ad essere trasmesso ai produttori di vino.

Senonchè la distilleria è rimasta inadempiente per tre ragioni: a. ha omesso di versare il prezzo minimo dovuto ai produttori; b. non ha versato gli aiuti entro il termine di 90 giorni previsto; c. non ha fornito la prova di aver effettuato i pagamenti.

A seguire il fallimento della DAI e, da qui, l'inizio di un complesso *iter* giurisprudenziale che, con molti ritardi, ha portato fino alla Corte di Giustizia i produttori vinicoli che delle somme date dalla Commissione alla DAI avrebbero dovuto beneficiarne¹⁹⁵.

¹⁹⁴ CGCE, 17 luglio 2008, C-51/05 P, *Commissione c. Cantina Sociale di Dolianova Soc. coop. arl*

¹⁹⁵ Un passaggio delle conclusioni dell'Avvocato Generale riassume i tratti essenziali dello svolgimento della vicenda.

«Nella fattispecie, le ricorrenti hanno deciso di intervenire nel procedimento promosso dalla DAI contro Assedile ed AIMA nel settembre 1984 dinanzi al Tribunale Civile di Roma. Le ricorrenti non avevano, e non potevano avere alcun controllo sulla durata di tale procedimento. Tale Giudice ha rifiutato di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Se vi avesse provveduto, l'aspetto in questione sarebbe stato chiarito in quella sede. Nell'ambito di un tale rinvio la Corte avrebbe necessariamente riesaminato la struttura del regolamento 2499/1982 e, così facendo, ne avrebbe

L'Avvocato Generale si allinea alla tesi sposata dal Tribunale di I grado, il quale ha sostenuto che, data la complessità della materia, era estremamente difficile per un operatore rendersi conto del fatto che non avrebbe potuto ottenere il pagamento dinanzi al giudice nazionale.

Di conseguenza, sulla base di queste argomentazioni, veniva rigettata l'eccezione di prescrizione della Commissione ed accolta la condanna al risarcimento dei danni patito dalle ricorrenti derivante da una lacuna contenuta nel regolamento e che non ha permesso loro di beneficiare della somma dovuta.

Secondo la Corte di Giustizia, invece, l'approccio soggettivo portato avanti dal Tribunale non è condivisibile. Subordinare la valutazione della certezza del danno causato alle cantine alla consapevolezza, da parte delle stesse, che non avrebbero ottenuto il risarcimento del danno subito davanti ai giudici nazionali, comporterebbe la variazione della decorrenza della prescrizione secondo la percezione individuale che ogni parte potrebbe avere dell'effettività del pregiudizio, in contrasto con il principio di certezza del diritto.

Pertanto, mutuando il criterio già indicato nella già richiamata sentenza *Holcim*, il termine di prescrizione per domandare il risarcimento del danno derivante dall'applicazione di un regolamento illegittimo, inizierebbe a decorrere da quando questo ha iniziato a produrre i suoi effetti pregiudizievoli.

La decisione non va esente da critiche.

Secondo l'Avvocato Generale, era molto probabile che se le ricorrenti avessero tentato di agire contro la Commissione, senza preventivamente adire il giudice nazionale, la Corte avrebbe affermato che erano tenute a persistere

identificato la lacuna (come successivamente fece il Tribunale di I grado), consistente nel fatto che se uno Stato membro scegliesse una delle due opzioni possibili per canalizzare gli aiuti, i fondi destinati ai produttori quali destinatari ultimi in circostanze come quelle del caso di specie verrebbero rimborsati alla comunità anziché versati ai produttori.

In mancanza tuttavia di un rinvio pregiudiziale atto a dare luogo a tale controllo, soltanto al termine del procedimento nazionale (la sentenza della Corte di Cassazione 28 novembre 1994) quattro delle cinque ricorrenti che avevano impugnato la sentenza del Tribunale civile di Roma hanno appreso che il loro tentativo di ottenere dinanzi ai giudici nazionali il pagamento dell'aiuto comunitario, cui avevano pieno diritto, era destinato a fallire. A mio giudizio, ai fini dell'art. 46 dello Statuto questa data costituisce il corretto *dies a quo* del termine».

nelle loro domande dinanzi ai giudici nazionali, essendo questi ultimi in grado di garantire loro un rimedio efficace¹⁹⁶: da una parte, l'aiuto comunitario nel settore agricolo è versato dal giudice nazionale; dall'altra perché era in corso una procedura di fallimento.

Un ulteriore rilievo riguarda invece i riflessi della decisione nell'ambito del nuovo Trattato di Lisbona. Considerata l'attribuzione di personalità giuridica all'Unione Europea ed il nuovo art. 6 TUE a norma del quale l'UE aderisce alla CEDU, questo orientamento rischia di essere censurato dai Giudici del Lussemburgo.

Abbiamo visto, con riferimento alla vicenda dell'occupazione acquisitiva, come la giurisprudenza leghi la decorrenza della prescrizione della domanda di risarcimento del danno ad una situazione di certezza giuridica in ordine all'esistenza di una posizione giuridica lesa che, in determinate ipotesi, si può avere solo dalla data di pubblicazione della sentenza¹⁹⁷. Trattasi di un corollario che discende direttamente dal principio di legalità.

In breve, questa decisione mette in luce un limite significativo che deve guidare l'interprete. Una tutela eccessiva di apodittiche esigenze di certezza fondanti l'istituto della prescrizione rischiano di privare le persone dell'accesso agli organi giurisdizionali e, quindi, alla giustizia.

Trattasi di un risultato contrario al principio fondamentale ai sensi del quale l'ordinamento, non solo quello comunitario, opera in modo da accordare una tutela effettiva a coloro ai quali attribuisce diritti.

Solamente esaminando lo spazio coperto dall'effettività si può riportare la prescrizione entro una dimensione privatistica.

¹⁹⁶ Cfr. § 92 conclusioni Avvocato Generale

¹⁹⁷ Cfr. le già richiamate Corte EDU, 14 febbraio 2006, n. 69907, *Pre*

6. Le riforme in Francia, Germania e nel diritto privato europeo relative alla possibilità per le parti di derogare alla disciplina in punto di durata della prescrizione.

Abbiamo visto, nelle pagine precedenti, la scelta di prevedere due termini di prescrizione e la rilevanza occupata dalla conoscenza ai fini della decorrenza nel quadro europeo.

Ulteriore tratto caratterizzante delle riforme francese e tedesca è l'affermazione della libertà contrattuale, da alcuni¹⁹⁸ ritenuta come la contropartita all'introduzione di un termine generale più breve.

A differenza del quadro normativo italiano, si aprono significativi spazi all'autonomia privata, «mentre il prevalente interesse pubblico viene identificato nell'impedire processi complessi (a causa del tempo trascorso) e l'esercizio 'ritardato' del diritto»¹⁹⁹.

Nonostante il §202 faccia riferimento alla nozione di *Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Verjährung*²⁰⁰, la norma limita la possibilità di fare accordi a due circostanze.

In primo luogo, «la prescrizione non può essere agevolata preventivamente con negozio giuridico nel caso di responsabilità per dolo».

In secondo luogo, «la prescrizione non può essere prolungata con negozio giuridico per un termine di prescrizione superiore a 30 anni dall'inizio legale della prescrizione».

Quest'ultima disposizione ha suscitato perplessità da parte della dottrina tedesca relativamente all'inciso relativo alla decorrenza (*ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn*).

Secondo i commentatori, il termine massimo di trent'anni non decorre dalla conoscenza richiesta dal §199 BGB ma coincide con la *Entstehung des Anspruchs*²⁰¹.

¹⁹⁸ S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 28

¹⁹⁹ S. PATTI, *op. loc. ult. cit.*

²⁰⁰ Ossia 'inammissibilità di accordi sulla prescrizione'.

Nell'ambito di questi due limiti, nel nuovo diritto tedesco, è riconosciuta ampia libertà alle parti.

Sono da ritenersi validi accordi che incidono non solo sulla durata del termine di prescrizione ma anche su altri aspetti: dal momento iniziale all'introduzione di nuove cause di interruzione o sospensione²⁰².

Accordi sulla prescrizione potranno intervenire sia prima del sorgere del diritto sia durante il decorso del termine prescrizionale.

Infine, in mancanza di una norma specifica, non è richiesta l'osservanza di particolari requisiti di forma²⁰³.

Nel diritto tedesco, la finalità privatistica dell'istituto della prescrizione non è circoscritta alla sola ammissibilità di accordi in deroga all'autonomia privata, ma si riscontra anche in altre norme, da cui dedurre una disponibilità dell'effetto estintivo.

Il § 214 BGB, sebbene con qualche variazione, ripropone il contenuto del vecchio §222 BGB, sancendo che «dopo il compimento della prescrizione il debitore è legittimato a rifiutare la prestazione». Ma, evidentemente, può anche non farlo ed adempiere, con effetti equivalenti alla rinuncia.

In buona sostanza, la prescrizione non estingue l'*Anspruch* (pretesa) ma legittima il debitore a rifiutare durevolmente la prestazione proponendo un'eccezione (*Einrede*)²⁰⁴, seguendo lo schema dell'efficacia liberatoria già prospettato da parte della dottrina italiana.

²⁰¹ 'Nascita della pretesa'. Così riportato da S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa tedesca in tema di prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 194, il quale si richiama alla posizione di OLZEN-WANK, *Die Schuldrechtsreform*, Köhn-Berlin-Bonn-München, 2002, p. 143 e ss.

²⁰² Le parti, invece, non possono assoggettare a prescrizione un diritto che la legge dichiara imprescrittibile, LORENZ-RIHEM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, p. 44

²⁰³ OLZEN-WANK, *Die Schuldrechtsreform*, Köhn-Berlin-Bonn-München, 2002, p. 144 e ss.

²⁰⁴ Cfr. S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa tedesca in tema di prescrizione*, cit., p. 197 il quale richiama il pensiero di D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002, p. 53; OLZEN-WANK, *Die Schuldrechtsreform*, cit., p. 149; H. WENDTLAND, *Verjährung von Ansprüchen*, in L. Haas - D. Medicus - W. Rolland - C. Schäfer - H. Wendtland, *Das neue Schuldrecht*, München, 2002, p. 22 e p. 65; P. MANSEL - C. BUDZIKIEWICZ, *Einführung in das neue Verjährungsrecht*, in *Jura*, 2003, p. 1.

Come sottolinea bene R. CAPONI (*La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1322, nt. 15), il codice civile e di procedura civile tedeschi impiegano i termini *Einreden* e *Einwendung* per descrivere le difese del convenuto.

Nel codice di procedura civile, con l'espressione *Einrede* si intende ogni di fatti rilevanti nella fattispecie della pretesa dedotta in giudizio (ma non la semplice contestazione dei fatti costitutivi

Di conseguenza, la prescrizione non potrà essere rilevata d'ufficio dal giudice. È controverso se il Giudice possa o debba avvertire la parte della concreta possibilità di eccepirarla: mentre la dottrina, da una parte, critica le aperture da parte dei giudici di merito, la Corte suprema ritiene con molta cautela che il Giudice possa richiamare l'attenzione della parte su determinate circostanze dalle quali possa inferirsi la prescrizione della pretesa²⁰⁵.

Ulteriore conseguenza è indicata dal secondo comma del §214, «ciò che è stato prestato per la soddisfazione di una pretesa prescritta non può essere ripetuto, anche se è stato prestato nell'ignoranza della prescrizione. Lo stesso vale in caso di ricognizione di debito per contratto o di prestazione di garanzia da parte del debitore».

Ampi margini all'autonomia privata sono anche riconosciuti nella nuova riforma francese.

Ai sensi del nuovo articolo 2254 *code civil*, «la durata della prescrizione può essere abbreviata o allungata su accordo delle parti. Tuttavia questa non può essere ridotta a meno di un anno o estesa oltre i dieci».

La norma, da un lato, recepisce un orientamento giurisprudenziale della *Court de Cassation*²⁰⁶ inaugurato agli inizi degli anni '50 ove si ammetteva la legittimità di patti che abbreviassero i termini di prescrizione, purchè fosse osservato un termine ragionevole²⁰⁷. Dall'altro, innova riconoscendo la possibilità di allungare la durata, effetto che la giurisprudenza aveva negato in

allegati dall'attore). Il termine *Einwendung* ha, invece, una valenza più ampia e sta ad indicare genericamente tutte le difese, comprese la mera contestazione e vizi processuali.

Nel codice civile, vengono qualificate come *Einwendungen* tutte quelle *Einreden* con le quali vengono fatte valere contro norme sostanziali.

Per approfondimenti si rinvia a H. ROTH, *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts*, München, 1988.

²⁰⁵ Cfr. R. CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, cit., p. 1323.

²⁰⁶ Cassation civ., 31 gennaio 1950, in *JCP*, 1950, II, è. 5541 e, più di recente, Cassation comm., 12 luglio 2004, in *Rev. dr. civ.*, 2005, p. 133, richiamate da E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 1098. Si ricorda che in Germania lo stesso BGB prevedeva la possibilità di accordi volti a ridurre la durata della prescrizione (§225 BGB)

²⁰⁷ Cassation civ., 17 dicembre 1973, in *JCP*, 1975, II, p. 17912 anch'essa richiamata da E. CALZOLAIO, *Op. loc. ult. cit.*

base alla regola per cui la rinuncia alla prescrizione è possibile solo quando essa è compiuta²⁰⁸.

La riforma francese indica anche un termine minimo e disciplina quello che in Germania è stato specificato dalla dottrina.

Il secondo comma, infatti, prevede che «le parti possono, di comune accordo, aggiungere cause di sospensione o di interruzione previste dalla legge».

La disposizione è particolarmente significativa, soprattutto se si considera che nel diritto francese la costituzione in mora in via stragiudiziale non ha effetto interruttivo. Pertanto, i contraenti potranno prevedere un effetto interruttivo del decorso della prescrizione mediante, come accade nel nostro ordinamento, l'invio di una raccomandata.

È controverso se le parti possano, in via pattizia, disciplinare il momento in cui la prescrizione possa iniziare a decorrere, derogando alla regola sulla conoscenza e prevedendo una decorrenza legata ad una data precisa e facilmente identificabile²⁰⁹.

Ulteriori limiti all'autonomia sono indicati al terzo comma dell'art. 2254, «le disposizioni dei due commi precedenti non si applicano alle azioni per il recupero o il pagamento di stipendi, arretrati di pensione, alimenti, affitto, spese di locazione, interessi su somme date in prestito e, in generale, alle azioni per domandare il pagamento di tutto ciò che è pagabile in anni o in termini periodici più brevi».

Con riferimento agli effetti prodotti a seguito della decorrenza del termine, a differenza della riforma tedesca, la riforma francese non introduce una norma unica.

²⁰⁸ Cfr. art. 2220 *code civil*.

²⁰⁹ La giurisprudenza sul punto non si è ancora pronunciata. Il contrasto è riportato da E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, cit., p. 1098. Per la tesi favorevole cfr. STOFFEL-MUNCK, *La prescription extinctive. Le rôle de la volonté*, in Jourdain-Wéry (cur.), *La prescription extinctive*, Bruxelles, 2010, p. 400. In senso negativo LEVENEUR, *La faculté d'aménagement de la prescription en matière civile*, in Casson-Pierre (cur.), *La réforme de la prescription en matière civile. Le chaos enfin régulé?*, Paris, 2010, p. 72

Trovano, invece, una specifica e più estesa disciplina gli istituti dell'eccezione e della rinuncia alla prescrizione, prevedendo un sistema analogo a quanto previsto in Italia²¹⁰.

Proseguendo nella rassegna normativa, lungo la stessa direzione si stanno muovendo anche le istituzioni comunitarie.

Il DCFR, seguendo il modello dei PECL stabilisce che *«the requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening the periods of prescription»*²¹¹.

La norma limita l'accordo alla previsione di termini che abbiano una durata minima di un anno e massima di trenta anni legando la decorrenza a circostanze oggettive, *«from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right»*²¹².

Anche con riferimento agli effetti, marcata è la vocazione privatistica della disciplina dettata.

Al pari di quanto disciplinato in Germania, *«after expiry of the period of prescription the debtor is entitled to refuse performance»*²¹³.

²¹⁰ Con riferimento al fenomeno che è stato definito 'disponibilità degli effetti estintivi', la disciplina francese è identica a quella italiana, che sarà presa in considerazione nel capitolo 2 sez. II, con l'unica differenza in Francia che l'eccezione di prescrizione può essere fatta valere anche in appello.

²¹¹ III. – 7:601: Agreements concerning prescription

(1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription.

(2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in III. – 7:203 (Commencement)

²¹² III. – 7:203: Commencement.

(1) The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right.

(2) Where the debtor is under a continuing obligation to do or refrain from doing something, the general period of prescription begins to run with each breach of the obligation.

(3) The period of prescription set out in III. – 7:202 (Period for a right established by legal proceedings) begins to run from the time when the judgment or arbitral award obtains the effect of *res judicata*, or the other instrument becomes enforceable, though not before the debtor has to effect performance.

Rinviando alle pagine precedenti, si ricorda solamente che nel DCFR la conoscenza non rileva ai fini della decorrenza ma rientra nei fatti impeditivi.

²¹³ III. – 7:501: General effect

(1) After expiry of the period of prescription the debtor is entitled to refuse performance.

(2) Whatever has been paid or transferred by the debtor in performance of the obligation may not be reclaimed merely because the period of prescription had expired.

Analogamente dispone anche la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita (COM Def. 635/2011).

L'art. 186 si apre con una dichiarazione di principio, «le norme del presente capo possono essere derogate mediante accordo delle parti, in particolare riducendo o aumentando il termine di prescrizione».

I successivi due commi introducono i limiti temporali. Con riferimento al termine breve, l'introduzione convenzionale di un nuovo termine deve essere compresa tra uno e dieci anni. Con riferimento al termine lungo, tra uno e trenta anni.

La norma tace in ordine ad ulteriori margini di autonomia, ma non è da escludere la possibilità per le parti di prevedere nuove cause di sospensione o di interruzione oppure escludere alcune di quelle normativamente previste.

Significativo è il quarto comma: qualora i contraenti decidessero di applicare ai loro rapporti la disciplina ivi contenuta, «non possono escludere l'applicazione del presente articolo, né derogarvi o modificarne gli effetti».

L'ultimo comma, invece, è inserito nell'ottica europea di protezione del consumatore, «nei contratti tra professionista e consumatore, il presente articolo non può essere applicato a danno del consumatore».

Il contenuto delle riforme adottate in Francia e Germania ed i progetti europei indurrebbe, quindi, ad optare per la finalità privatistica dell'istituto in esame e deve rispondere ad esigenze di effettività.

Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, il nuovo diritto della prescrizione si caratterizza per la previsione di due termini, uno breve ed uno lungo.

Con riferimento al termine breve, sostenere che questo sia posto a protezione di un interesse di natura privata riferibile al creditore appare corretto. Altrimenti, non si spiegherebbero le ragioni che consentono alle parti di introdurre accordi derogatori alla disciplina legale.

Lo stesso vale anche per il termine lungo, posto a protezione di un interesse del debitore, e ciò sarebbe confermato dall'inapplicabilità di cause di interruzione o sospensione.

Sullo sfondo l'intervento di un legislatore che, pur preservando gli interessi dedotti dalle parti nel rapporto, ne limita l'autonomia.

La finalità è chiara: non paralizzare entro termini troppo angusti la tutela del creditore e non esporre il debitore ad azioni riferibili a posizioni giuridiche nate troppo indietro nel tempo.

Tale esigenza di effettività, sebbene non espressa in termini positivi come nelle riforme e nei progetti appena riportati, torna esaminando anche al giurisprudenza CEDU e della CGUE.

6.1. La posizione della giurisprudenza comunitaria.

Il problema degli interessi sottesi alla disciplina della prescrizione non può prescindere da un esame della giurisprudenza della CGUE e della Corte EDU.

Nell'ambito della CEDU, il dato normativo da cui muovere è l'art. 6 sul diritto ad un equo processo, «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia delle fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta».

Di primo acchito, sembra trattarsi di una norma che non incide sulla prescrizione, soprattutto per il giurista continentale che legge l'istituto in termini prevalentemente sostanziali²¹⁴.

²¹⁴ Trattasi, anche questo, di uno dei temi più dibattuti.

Come già ricordato, la tesi processualista interpreta la prescrizione come fatto estintivo dell'azione che, per operare, necessita dell'atto processuale dell'eccezione. In dottrina cfr. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 84; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1962, p. 47; T. AULETTA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 35; C. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, p. 86; R. NICCOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 35; R. FERRUCCI, *Prescrizione estintiva*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 45 e più di recente G. PANZA, *Contributo allo studio della*

La connessione può essere reperita se si muove dal rapporto tra equo processo e limiti di accesso alla giustizia.

Nella giurisprudenza della Corte EDU il diritto tutelato all'art. 6 è estensivamente concepito e riguarda, ancora prima della gestione del processo, la possibilità per il titolare di una pretesa di adire un Giudice che tuteli le sue istanze²¹⁵.

Il principio affonda le proprie basi nel caso *Golder* ove si statuiva che non avrebbe senso affermare che il processo debba rispettare una serie di regole finalizzate alla protezione dei diritti fondamentali dell'Uomo, se alla base si negasse la possibilità di portare determinate istanze davanti ad un Giudice²¹⁶.

Quindi, una delle varie declinazioni del principio del giusto processo è anche la possibilità di accedere alla giustizia e, da qui, il problema sulla presenza di barriere che rischiano di tramutarsi in un diniego di giustizia.

prescrizione, Napoli, 1984, p. 194 e ss. e ID., voce *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1997, p. 229.

Secondo la tesi sostanzialista, invece, trattasi di una fattispecie impeditiva in senso sostanziale in quanto si contrappone un fatto incompatibile con il rapporto azionato in via principale. Questo perché il contrario della fattispecie impeditiva non è altro che un fatto giuridico ad efficacia positiva e si tratta di due facce della medesima considerazione normativa. In dottrina cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 485; G.A. PUGLIESE, *La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1911, p. 509; N. STOLFI, *Diritto civile*, II, Torino, 1926, p. 171; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, I, Padova, 1936, p. 415; B. GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 883 e più di recente P. VITUCCI, *La prescrizione*, op. cit., p. 28. Decisamente critico a questa posizione è R. ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. p. 79 e ss., ripreso successivamente da G. PANZA, *Contributo*, op. cit., p. 261.

Isolata, invece, la posizione di B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980. Secondo questo Autore, l'operare della prescrizione si articola in differenti fasi: una fase preliminare (che si realizza sul piano sostanziale per effetto dell'inerzia e del trascorrere del tempo. Il diritto è così prescrivibile), una fase costitutiva (che si perfeziona con la proposizione dell'eccezione di prescrizione e l'obbligo per il giudice di pronunciare una sentenza che estingua il rapporto) ed una fase integrativa dell'efficacia (costituita dalla sentenza con funzione confermativa ed efficacia retroattiva).

²¹⁵ CEDU, 21 settembre 1994, *Fayed c. Regno Unito*, «whether a person has an actionable domestic claim may depend not only on the substantive content, properly speaking, of the relevant civil right as defined under national law but also on the procedural bars preventing or limiting the possibilities of bringing potential claims to court».

²¹⁶ CEDU, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, «the principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally "recognised" fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice. Article 6, para 1, must be read in the light of these principles. It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para 1 should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings».

Per i giudici CEDU queste barriere sono identificabili anche nella previsione di termini prescrizionali o di decadenza previsti dai diritti nazionali: la prescrizione non è un istituto di natura sostanziale che esclude la responsabilità di un soggetto (*immunity from liability*) ma ha valenza processuale ed incide sull'azione (*immunity from suit*)²¹⁷.

Pertanto, nell'ottica del giudice di Strasburgo, la previsione di termini troppo stretti può finire con «l'impedire agli individui di accedere ad una tutela rimediale effettiva (*effective remedy*) e, alla radice, di poter sottoporre ad un giudice le proprie ragioni, qualsivoglia sia poi l'esito del giudizio (obbligatoriamente equo)»²¹⁸.

Sarebbe, tuttavia, illogico sostenere che l'istituto sia di per sé in contrasto con la CEDU.

Anzi, gli stessi Giudici non negano che la previsione di termini per l'esercizio dell'azione siano funzionali ad una corretta amministrazione della giustizia ed adempiano ad una funzione di certezza dei rapporti²¹⁹.

Tuttavia, queste dovranno essere conciliate e cedere il passo all'interesse della persona «a che la sua causa sia esaminata» (art. 6 CEDU): in nome della certezza, non si può giustificare qualsiasi limitazione all'accesso ad una corte.

Il precedente più significativo su questo punto è il caso *Stubbings*²²⁰. La fattispecie riguarda una domanda di risarcimento del danno proposta da tre vittime di abusi sessuali perpetrati in famiglia. Gli abusi risalgono agli anni '60,

²¹⁷ Cfr. M. BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della «ragionevolezza»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1716

²¹⁸ M. BONA, *op. loc. ult. cit.*

²¹⁹ Diverse sono le pronunce in tal senso.

CEDU, 22 ottobre 1996, *Stubbings c. Regno Unito*, «it's noteworthy that limitation periods in personal injury cases are a common feature of the domestic legal system of the Contracting States. They serve several important purposes, namely to ensure legal certainty and finality, protect potential defendants from stale claims which might be difficult to counter and prevent the injustice which might arise if courts were required to decide upon events which took place in the distant past on the basis of evidence might have become unreliable and incomplete because time».

CEDU, 21 settembre 1994, *Fayed c. Regno Unito*, «The right of access to the Courts secured by article 6, para 1, is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State, regulation which may vary in time and in place according to needs and resources of community and individuals». In senso simile v. anche CEDU, 14 dicembre 1999, *Khalifaoui c. Francia*.

Di recente cfr. CEDU, 12 gennaio 2006, *Mizzi c. Malta*, «the Courts reiterates that the rules on time-limits for bringing judicial claims are undoubtedly designed to ensure the proper administration of justice and compliance with, in particular, the principle of legal certainty».

²²⁰ CEDU, 22 ottobre 1996, *Stubbings c. Regno Unito*

quando le vittime erano ancora piccole, ma le conseguenze dannose, soprattutto quelle di tipo psichico, si sono manifestate solo sul finire degli anni '70²²¹.

Secondo i giudici, sebbene gli Stati contraenti godano di una certa discrezionalità nello stabilire delle limitazioni temporali al diritto di accesso alla giustizia e questo diritto non è da considerarsi assoluto, tuttavia non possono spingersi ad azzerare oppure restringere eccessivamente il diritto di una vittima a vedere le sue pretese equamente considerate da una corte a tal punto da menomare alla radice l'esistenza stessa del diritto²²².

Si tratta di capire quando il termine previsto dal legislatore sia congegnato in maniera tale da compromettere l'esercizio del diritto garantito.

Secondo i Giudici CEDU, la valutazione non deve avvenire in astratto ma bisogna valutare *in concreto* se *effettivamente* il limite posto dal diritto positivo dello Stato vi abbia inciso, azzerandolo.

Con riferimento all'oggetto del giudizio, si tratta di valutare se vi sia stato un *ragionevole rapporto di proporzionalità* tra, da una parte, le conseguenze che sono derivate in capo a chi si è visto negato il diritto garantito dall'art. 6 CEDU e, dall'altra, l'attuazione ragionevole dell'obiettivo di assicurare la certezza²²³.

²²¹ In ipotesi di lesione dell'autodeterminazione sessuale, l'ordinamento tedesco prevede una specifica causa di sospensione, § 208 BGB, «la prescrizione delle pretese derivanti dalla violazione dell'autodeterminazione sessuale è sospesa fino al compimento del 21° anno di età del creditore. Se il creditore di pretese derivanti dalla violazione dell'autodeterminazione sessuale vive al momento dell'inizio della prescrizione in comunione di vita familiare con il debitore, la prescrizione è sospesa fino alla fine della comunione di vita familiare».

²²² In senso simile anche CEDU, 21 settembre 1994, *Fayed c. Regno Unito*, «*in laying down such regulation, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, but the final decision as to observance of the convention's requirements rests with the court. It must be satisfied that limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such way or to such extent that the very essence of the right is impaired*». Per successive conferme v. anche CEDU, 14 dicembre 1999, *Khalfaoui c. Francia*; CEDU, 10 maggio 2001, *T.P.-K.M. c. Regno Unito*; CEDU, 24 ottobre 2006, *Szwagrun-Baurycza c. Polonia*

²²³ La giurisprudenza CEDU parla di *reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought*, v. CEDU, 12 gennaio 2006, *Mizzi c. Malta*; CEDU, 30 gennaio 2003, *Cordova c. Italia*; CEDU, 25 luglio 2002, *Papon c. Francia*; CEDU, 14 dicembre 1999, *Khalfaoui c. Francia*; CEDU, 22 ottobre 1996, *Stubbings c. Regno Unito*; CEDU, 21 settembre 1994, *Fayed c. Regno Unito*

In questa valutazione, i Giudici considerano differenti elementi allo scopo di realizzare un equo bilanciamento tra gli interessi della comunità, i diritti dei convenuti e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona²²⁴.

In particolare, le opinioni dei giudici Foighel e Mac Donald rese nel caso *Stubbings* si soffermano sulla necessità di non considerare come aprioristicamente prevalenti le esigenze di certezza del diritto e di riduzione del rischio per i potenziali convenuti di trovarsi a dover rispondere di fatti risalenti nel tempo, ogni qual volta le vittime siano state inconsapevoli, per causa a loro non imputabile, della possibilità di agire in giudizio per la tutela²²⁵.

Dall'esame della giurisprudenza CEDU emerge un dato importante. Alla base dell'istituto ci sono una molteplicità di interessi riferibili a più persone. Se proprio di 'certezza' deve parlarsi, questa assume connotati differenti a seconda del titolare: se è il creditore, non può prescindere dalla conoscenza; se è il debitore, coincide con l'esigenza di limitare, con sicurezza e nel tempo, la sua esposizione alle pretese di controparte.

D'altra parte, la disciplina sulla prescrizione non può andare a detrimento di altri interessi che l'ordinamento è chiamato a tutelare, primo fra tutti l'effettività del rimedio.

Indicazioni analoghe si possono trarre anche da un esame della giurisprudenza della CGUE che, al pari della Corte EDU, interpreta l'istituto in termini di compenetrazione tra diritto sostanziale e tutela giurisdizionale.

In via preliminare è opportuno ricordare che il diritto processuale degli Stati membri non è armonizzato e non esiste neppure una competenza generale della comunità. La materia è interamente disciplinata dal diritto nazionale²²⁶.

Alcune considerazioni generali possono comunque essere tratte.

²²⁴ Per approfondimenti sul punto cfr. M. BONA, *Appunti*, cit., p. 1720.

²²⁵ CEDU, 22 ottobre 1996, *Stubbings c. Regno Unito*, «the purpose of the rules of limitation, which is to strike a proportional balance between the prevention of stale claims and protecting the interests of the claimants, have no meaning when the victim is not aware that she even has claims»

²²⁶ Per approfondimenti cfr. K. LENAERTS – D. ARTS – I. MASELIS, *Procedural law of the European Union*, London, 2006, in part. p. 83.

Con riferimento agli interessi sottesi, in una pronuncia resa nel 2003²²⁷, si legge che «la fissazione di termini ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, al principio di effettività, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio di certezza del diritto»²²⁸.

A detta della Corte, esiste una correlazione tra effettività e certezza, che svincola la prescrizione da generici ed astratti interessi pubblicistici.

In base a quanto statuito nella sentenza *Paesi Bassi c. Commissione*, «il principio della certezza del diritto richiede, in particolare, che la norma che fissa un termine di decadenza, soprattutto nel caso in cui possa risolversi nel privare uno stato membro di un sussidio finanziario già approvato e in base al quale lo Stato ha già effettuato spese rilevanti, venga redatta in modo chiaro e preciso affinché gli Stati membri possano valutare, con piena cognizione di causa, l'importanza per essi di osservare detto termine»²²⁹.

Nella sentenza *Visciano* del luglio 2009²³⁰ si prevede espressamente che il principio di certezza del diritto è posto a tutela di un interesse delle parti, «la Corte ha riconosciuto compatibile con il diritto comunitario la fissazione di ragionevoli termini di ricorso a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto, a tutela sia del contribuente sia dell'amministratore»²³¹.

Due altre pronunce sottendono la medesima linea di fondo. Nel caso *Marks & Spencer*²³² e nel caso *Danske Slagterier*²³³, si precisa che un termine di prescrizione, per adempiere la sua funzione, deve essere stabilito in anticipo. Una situazione caratterizzata da un'incertezza normativa considerevole può costituire una violazione del principio di effettività, «poiché il risarcimento dei danni causati ai cittadini da violazioni del diritto comunitario imputabili ad uno Stato membro potrebbe essere reso eccessivamente gravoso nella pratica se

²²⁷ CGCE, 18 settembre 2003, C-125/2001, *Peter Pflücke c. Bundesanstalt für Arbeit*.

²²⁸ In senso simile anche Trib. I grado CEE, 5 ottobre 2004, T-144/02.

²²⁹ CGCE, 5 ottobre 1999, C-84/86, *Paesi Bassi c. Commissione* e, in termini simili v. anche CGCE, 26 maggio 1982, C-44/81, *Germania C. Commissione*.

²³⁰ CGCE, 16 luglio 2009, C-69/08, *Raffaello Visciano c. INPS*

²³¹ Negli stessi termini v. anche CGCE, 17 novembre 1998, C-228/96, *Aprile*.

²³² CGCE, 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks & Spencer*

²³³ CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*

detti soggetti non potessero determinare il termine di prescrizione applicabile con ragionevole grado di certezza»²³⁴

Sebbene si tratti di incisi da cui è difficile inferire un sistema, pur accettando che a fondamento dell'istituto della prescrizione vi sia un'esigenza di certezza, questa è emanazione dell'effettività e funzionale a concrete esigenze di privati che nel rapporto hanno uno specifico interesse.

L'idea sembra coerente con la regola generale per cui ciascuno Stato membro, in mancanza di una disciplina comunitaria, è titolare del potere di stabilire le modalità procedurali dei ricorsi finalizzati a riconoscere ai singoli i diritti loro spettanti in forza del diritto dell'Unione, purché siano rispettati i principi di effettività ed equivalenza²³⁵.

Ciò implica che i termini di prescrizione per le azioni di risarcimento dei danni basate sulla violazione del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelli previsti per analoghe azioni fondate sul diritto interno²³⁶ e che i suddetti termini non possono in alcun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti che il giudice nazionale in realtà deve tutelare²³⁷.

Molte sono le sentenze che si muovono in questa direzione²³⁸.

²³⁴ Cfr. CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*

²³⁵ *Ex multis* cfr. CGUE, 13 luglio 2006, C-297/04, *Manfredi*, in *curia.europa.eu* «in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purchè tali modalità rispettino i principi di equivalenza ed effettività».

²³⁶ V. CGCE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Reve* (punto 1 del dispositivo); CGCE, 15 settembre 1998, C-231/96, *Edis* (punto 2 del dispositivo); CGCE, 27 febbraio 1980, C-68/79, *Just* (punto 3 del dispositivo); CGCE, 27 marzo 1980, C-61/79, *Denkavit italiana* (punto 1 del dispositivo); CGCE, 10 luglio 1980, C-811/79, *Ariete* (dispositivo); CGCE, 10 luglio 1997, C-261/95, *Palmisani* (dispositivo); CGCE, 17 novembre 1998, C-228/96, *Aprile* (punto 1 del dispositivo); CGCE, 9 febbraio 1999, C-343/96, *Dilexport* (punto 1 del dispositivo); CGCE, 10 settembre 2002, cause riunite C-216/99 e C-222/99, *Prisco e Caser* (punto 2 del dispositivo); CGCE, 2 ottobre 2003, causa C-147/01, *Weber's Wine e a.* (punto 3 del dispositivo).

²³⁷ Cfr., in proposito, sentenze CGCE, 9 novembre 1983, C-199/82, *San Giorgio* (punto 12 e dispositivo); CGCE, 8 febbraio 1996, C-212/94, *FMC e a.* (punto 64 e punto 4 del dispositivo); CGCE, 24 settembre 2002, C-255/00, *Grundig Italiana* (punto 33); CGCE, 2 ottobre 2003, *Weber's Wine e a.*, cit, punto 103.

²³⁸ Solo per citarne alcune, riguardanti non solo la materia della prescrizione. Oltre alle già citate *Pflücke*, *Reve*, *Comet* e *Palmisani* v. anche CGCE, 19 novembre 1991, C-6 e 9/90, *Francoovich*; CGCE, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*; CGCE, 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*; CGCE, 22 febbraio 2001, C-52 e 53/99, *Camartotto e Vignone*; CGCE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*; CGCE, 6 giugno 2002, C-159/00, *Sapod Audic*; CGCE, 13 luglio 2006, C-295/04, *Manfredi*.

Tuttavia, come fa notare l'Avvocato generale nella conclusioni rese nel caso *Recheio - Cash&Carry SA c. Fazenda Pública/Registo Nacional de Pessoas Colectivas*²³⁹, i criteri per definire se la previsione di un termine di prescrizione comporti impossibilità o difficoltà ad esercitare il diritto sono rimasti indefiniti.

Le prime sentenze che si sono pronunciate sul punto statuiscono che non si può parlare di impossibilità «nel caso della fissazione di ragionevoli termini di impugnazione»²⁴⁰.

In una serie di pronunce in materia di ripetizione dell'indebito, il giudizio sull'impossibilità viene condotto esclusivamente alla luce del principio di equivalenza. Nei casi *Aprile*²⁴¹, *Edis*²⁴², *Spac*²⁴³, *Caser* e *Prisco*²⁴⁴, si riconosce che l'Unione europea non vieta la fissazione di un termine di decadenza triennale, purchè questo si applichi indistintamente a tutte le azioni di ripetizione che siano fondate sul diritto interno e sul diritto comunitario²⁴⁵.

Solo una pronuncia sembra essersi spinta oltre, con risultati non del tutto accettabili.

Nella sentenza *Grundig*²⁴⁶, la Corte ha ritenuto non conforme al diritto comunitario un periodo transitorio di 90 giorni per passare da un periodo quinquennale di prescrizione ad uno triennale. Questo perché un termine di questa portata non avrebbe permesso ai contribuenti di continuare a disporre di una possibilità ragionevole di far valere il proprio diritto al rimborso. Infatti, prosegue la Corte, assumendo come termine di riferimento un periodo di cinque anni, i contribuenti i cui diritti erano sorti circa tre anni addietro

²³⁹ CGCE, 17 giugno 2004, C-30/02, *Recheio - Cash & Carry SA contro Fazenda Pública/Registo Nacional de Pessoas Colectivas* ove la Corte si pronuncia sulla legittimità di una norma portoghese che prevedeva un termine di 90 giorni, decorrenti dalla scadenza del termine per il pagamento volontario, per poter ripetere i tributi riscossi dallo Stato in violazione di disposizioni comunitarie.

²⁴⁰ CGCE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Reve* e, nella stessa data, C-45/76, *Comet*. In termini analoghi v. anche CGCE, 27 marzo 1980, C-61/79, *Denkavit*.

²⁴¹ CGCE, 17 novembre 1998, C-228/96, *Aprile*

²⁴² CGCE, 15 settembre 1998, C-231/96, *Edis*

²⁴³ CGCE, 15 settembre 1998, C-260/96, *Spac*

²⁴⁴ CGCE, 10 settembre 2002, Cause riunite C-216 e C-222/99, *Prisco e Caser*

²⁴⁵ Se ne potrebbero citare anche molte altre e l'orientamento è ormai radicato. V. ad esempio CGCE, 9 novembre 1989, C-386/87, *Basin e Salson/Administration des douanes et droits indirects* nonché CGCE, 17 luglio 1997, C-90/94, *Haahr Petroleum* e le pronunce ivi richiamate.

²⁴⁶ CGCE, 24 settembre 2002, C-255/00, *Grundig Italiana*

avrebbero dovuto agire in giudizio nell'arco di tre mesi, quando, invece, contavano sul fatto di disporre ancora di quasi due anni.

Un termine di sei mesi, ed è questo il punto dolente della sentenza, avrebbe consentito al contribuente di agire senza precipitazione e senza sentirsi obbligato a procedere con un'urgenza sproporzionata rispetto al termine proposto inizialmente.

La decisione, come anticipato, non convince nella parte in cui si sostituisce al legislatore, in questo caso italiano.

Non spetta alla Corte di Giustizia formulare questo giudizio ma al giudice nazionale. Al Giudice comunitario manca una visione globale che consideri l'insieme delle condizioni di fatto e di diritto, formali e sostanziali, di ogni singolo ordinamento degli Stati membri, richieste per l'esercizio di una determinata azione²⁴⁷.

Pertanto, se si dovesse individuare una regola alla cui stregua svolgere una valutazione in punto di impossibilità dell'esercizio dell'azione, questa potrebbe essere così riassunta: quando i termini per l'esercizio dell'azione in giudizio vengono calcolati in anni, la loro idoneità a consentire l'esercizio dei diritti è evidente, senza che siano necessarie particolari spiegazioni. Al contrario, quando si tratta di periodi più ristretti, di mesi o di giorni, il giudizio richiede una valutazione più articolata rimessa al giudice nazionale che, a differenza del giudice comunitario, ha cognizione della complessità e degli equilibri del sistema interno.

Quindi, in linea di principio, stabilire in concreto se una disposizione processuale nazionale rispetti il principio di equivalenza e di effettività è compito dei giudici nazionali, ai quali incombe il dovere di garantire la tutela

²⁴⁷ In questo senso v. le conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer rese nel caso *Recheio - Cash&Carry S.A c. Fazenda Pública/Registo Nacional de Pessoas Colectivas*, «per determinare se un termine specifico soddisfi o meno il principio di effettività, occorre prendere in considerazione la totalità delle condizioni di fatto e di diritto, formali e sostanziali, che l'ordinamento nazionale richiede per l'esercizio delle azioni di ripetizione. Solo con questa visione globale, della quale dispongono unicamente i giudici nazionali, si può dare una soluzione definitiva».

giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario²⁴⁸.

Il giudice nazionale, se accerta che una norma nazionale non è conforme al diritto comunitario sotto questo profilo, deve disapplicarla²⁴⁹.

In conclusione, dall'esame della giurisprudenza comunitaria emergono alcuni tratti caratteristici che non possono essere ignorati nella ricognizione della giurisprudenza interna.

Riassumendo, l'istituto della prescrizione non sottende come unico interesse quello della certezza del diritto, in termini di astratta istanza pubblicistica.

A ben vedere, la certezza del diritto sembra essere posta a protezione di un interesse dei privati e questa deve essere bilanciata con il principio di effettività, che vieta l'imposizione di un termine che renda l'esercizio del diritto, o la difesa avverso l'esercizio del diritto, impossibile o eccessivamente difficile.

Pur non senza limiti, è questa la direzione in cui si sono sviluppate le riforme europee e si sta muovendo l'ordinamento comunitario.

Sulla base delle novità illustrate, si apre la via ad uno studio casistico della prescrizione che vada oltre le prospettive astratte e generalizzanti e che sia correlato agli interessi rilevanti ed alla loro organizzazione sul piano del regolamento.

²⁴⁸ In questo senso cfr. CGCE, 9 febbraio 1999, C-343/96, *Dilexport*; CGCE, 18 settembre 2003, C-125/01, *Peter Pflücke c. Bundesanstalt für Arbeit* ma anche la stessa CGCE, 24 settembre 2002, C-255/00, *Grundig Italiana*.

²⁴⁹ Secondo giurisprudenza costante, il giudice di rinvio deve disapplicare la disposizione nazionale riguardante il termine di decadenza ove rilevi che essa non è conforme ai requisiti del diritto comunitario e non può nemmeno essere interpretata conformemente a tale diritto. Nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, v. CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*; CGCE, 14 luglio 1994, C-91/92, *Faccini Dori*; CGCE, 19 novembre 2002, C-188/00, *Kurz*.

CAPITOLO 2 - SEZIONE I. LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE.

1. I limiti normativi della disciplina codicistica interna e l'opera della giurisprudenza italiana

2. Obbligazioni derivanti da fatto illecito. Il danno lungolatente.

2.1. Il danno lungolatente.

2.2. Illecito antitrust e prescrizione delle richieste risarcitorie

2.3. Danno da emotrasfusioni infette.

2.3.1. Il nesso di causalità.

2.3.2. Le conoscenze scientifiche dell'epoca ed il dovere di diligenza.

2.4. Aggravamento ed insorgere di nuovi danni.

2.5. Una conclusione parziale

3. Obbligazioni derivanti da fatto illecito. Se il comportamento illecito costituisce anche reato, il concorso con l'azione penale.

3.1. Danno lungolatente ed illecito civile qualificato anche come illecito penale, un esempio concreto: il caso C.I.R. – Fininvest

4. Obbligazioni derivanti da fatto illecito, classificazione dell'illecito in ordine alla durata nel tempo: illecito permanente, illecito istantaneo, illecito istantaneo ad effetti permanenti. Riflessi sulla prescrizione.

4.1. Una particolare tipologia di illecito permanente: l'illecito commesso dallo Stato per mancata attuazione di una direttiva comunitaria.

4.1.1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia

4.1.2. Il recepimento nell'ordinamento interno.

4.1.3. La legge stabilità 2012 ed il problema della decorrenza della prescrizione.

5. Obbligazioni nascenti da contratto. Prescrizione e diritti nascenti dal contratto.

5.1. Rimedi volti al far dichiarare l'invalidità del contratto: nullità, annullabilità, rescissione.

5.2. I rimedi per reagire all'inadempimento.

5.3. Contratti a prestazione periodica e di durata.

5.4. Il diritto del lavoro

5.4.1. La riforma Fornero ed i riflessi sulla decorrenza del termine di prescrizione

5.5. Il pagamento di interessi anatocistici.

5.5.1. Excursus storico. Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza.

5.5.2. La prescrizione delle azioni di ripetizione

5.5.3. Il decreto mille-proroghe e la pronuncia di illegittimità della Corte costituzionale.

5.5.4. Gli scenari attuali.

6. La durata e la decorrenza della prescrizione nelle ipotesi di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e nelle ipotesi di altri atti o fatti idonei a produrre un'obbligazione.

1. La decorrenza della prescrizione. I limiti normativi della disciplina codicistica interna e l'opera della giurisprudenza italiana.

Ai sensi dell'art. 2935 c.c., «la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere».

È stato osservato che la norma, «proprio per essere comprensiva di casi tanto differenti l'uno dall'altro, finisce per fornire indicazioni prive di specificità»¹.

Inoltre, come ricordato nel capitolo precedente, viene tradizionalmente intesa nel senso che sono solo gli ostacoli di ordine giuridico all'esercizio a procrastinare l'inizio della prescrizione, senza che alcun rilievo venga assegnato agli impedimenti di fatto.

In questi, ad eccezione dell'azione di responsabilità aquiliana², rientra anche l'ignoranza incolpevole da parte del titolare del diritto: sia l'ignoranza che il suo diritto è sorto e può essere fatto valere, sia l'impossibilità oggettiva di conoscere altri dati, i quali pure condizionano l'esercizio dell'azione³.

Tuttavia, fermando l'analisi al dato normativo si riscontrano alcune eccezioni.

L'art. 1442, II co., in materia di annullabilità del contratto per dolo o per errore, dispone che il termine decorra dal momento in cui i vizi siano stati scoperti, e dunque il contraente ne abbia acquisito consapevolezza. Lo stesso principio poi trova applicazione anche nel diritto ereditario in materia di accettazione, rinuncia e divisione (artt. 482, 526 e 726 c.c.) e nel diritto di famiglia, relativamente alle azioni di nullità del matrimonio (art. 122).

¹ P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Codice civile commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1990, p. 190

² Grazie alle ultime interpretazioni giurisprudenziali.

³ In questo senso cfr. P. VITUCCI, *op. ult. cit.*, p. 145 e più di recente M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006. In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass., 11 dicembre 2001, n. 15622, in *DeJure*; Cass., 3 maggio 1999, n. 4389, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, p. 505 e in *Foro it.*, 2000, I, c. 3306; Cass., 18 settembre 1997, n. 9291, in *DeJure*; Cass., 10 febbraio 1995, n. 1490, in *DeJure*; Cass., 12 marzo 1994, n. 2429, in *DeJure*.

Rimanendo nel diritto di famiglia, l'art. 244, II co., c.c., a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, dispone che il termine dell'azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia divenuto consapevole dell'adulterio della moglie⁴.

Un'ulteriore eccezione è la previsione di cui all'art. 2941, n. 8 che sospende la prescrizione tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito ed il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto.

Attenzione merita anche il nuovo art. 153 c.p.c. Con la riforma del 2009⁵ è stato aggiunto un ulteriore comma, «*la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma*».

Secondo i primi commentatori la norma, dando rilievo a situazioni soggettive, dovrebbe essere integrata da un termine di sbarramento finale⁶, proprio come avviene nelle riforme europee.

Trattasi, però, di eccezioni ed in Italia manca un quadro normativo e sistematico, allineato a quanto avviene nell'Unione europea. Le Corti, nel dar voce a nuove esigenze, hanno avuto un ruolo centrale nel bilanciare differenti interessi e dare adeguata tutela ai soggetti danneggiati da condotte illecite. Queste, con il supporto della dottrina, hanno avuto la forza di sovvertire il sistema tradizionale di risarcimento del danno alla persona, estendendo il *dies a quo* alla manifestazione e conoscibilità del danno.

Tuttavia, non sono ancora riuscite ad attribuire specifico rilievo ad altre variabili soggettive, che possono incidere sulla capacità della vittima a completare la propria conoscenza circa il suo diritto ad agire giudizialmente. Ad esempio, nel sistema italiano non è considerata la condotta tenuta dai convenuti, le difficoltà della vittima di risalire all'individuazione del responsabile del danno subito a causa della sua condizione mentale o del suo

⁴ C. Cost., 6 maggio 1985, n. 134, in *foro it.*, 1985, I, c. 2532, con nota di A. AMATUCCI; in *Corr. giur.*, 1985, p. 738, con nota di V. CARBONE; in *Giur. it.*, 1985, I, p. 1153, con nota di A. DE CUPIS; in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2142, con nota di A. FINOCCHIARO.

⁵ v. L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45, co. 19

⁶ Cfr. D. D'ADAMO, *Prime riflessioni sulla nuova rimessione in termini*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 398.

stato economico e sociale⁷. Non è nemmeno attribuita rilevanza a cause oggettive ai fini della sospensione della prescrizione, quali il caso fortuito, la forza maggiore o la pendenza di un altro processo.

Trattasi di limiti che debbono essere tenuti a mente nell'esaminare, nelle pagine che seguono, lo stato dell'arte italiana.

2. Obbligazioni derivanti da fatto illecito. Il danno lungolatente.

2.1. Il danno lungolatente.

L'area del danno risarcibile è, senza dubbio, un terreno fertile ove si può isolare una tendenza delle Corti italiane a dare rilevanza a circostanze soggettive ai fini della decorrenza della prescrizione.

La vicenda del *danno lungolatente* è una delle più significative.

Con questa espressione si fa riferimento a pregiudizi che possono manifestarsi anche a notevole distanza rispetto al momento in cui è stata posta in essere la condotta e, oggi, la giurisprudenza subordina l'esperibilità del rimedio nel tempo alla conoscenza.

Più nel dettaglio, una lunga evoluzione giurisprudenziale ha avuto l'effetto di postergare, rispetto a quando è stata posta in essere la condotta illecita, la decorrenza del termine prescrizione.

Come anticipato nelle pagine precedenti, il *leading case* è costituito da una pronuncia della Cassazione risalente alla fine degli anni '70⁸ in materia di responsabilità medica: «nel momento della esteriorizzazione, e quindi della conoscibilità dell'evento dannoso, elemento che perfeziona la fattispecie complessa della responsabilità extracontrattuale, comincia a decorrere il

⁷ Cfr. M. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio alla responsabile (la nuova regola a confronto con i modelli inglese... idee per una riforma)*, in *Giur. it.*, 2004, p. 299

⁸ Cfr. Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, p. 90 e in *Foro it.*, 1979, I, c. 1115.

termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno perché in quel momento il diritto nasce e perciò può essere esercitato».

Il principio della conoscibilità del danno venne accolto anche dalla Corte costituzionale che dichiarò illegittimo l'art. 135, II co., del d.p.r. 1124/1965 in materia di indennizzo Inail.

Secondo la Consulta, la norma è in contrasto con gli articoli 3 e 38 Cost. nella parte in cui considera la malattia come manifestatasi nel giorno della denuncia, escludendo automaticamente l'indennizzo nel caso in cui la malattia sia tardivamente accertata o denunciata⁹.

Grazie a queste pronunce il *dies a quo* è stato spostato dal giorno in cui la condotta illecita è stata posta in essere, dapprima al giorno in cui il danno-evento si è verificato, successivamente con la conoscibilità del danno da parte del danneggiato¹⁰ e, da ultimo, con la consapevolezza completa da parte del danneggiato della fattispecie dannosa: che sussiste quando la vittima sia in grado di individuare l'ingiustizia del danno ed il nesso di causalità e, quindi, il responsabile¹¹.

In dottrina non è mancato chi guardi con avversione la tendenza¹², sottolineando un contrasto con la lettera e con la *ratio* della legge.

Sotto il primo aspetto (lettera della legge), si fa leva su una simmetria tra l'art. 2043 e l'art. 2947: quest'ultimo, ponendo l'accento sul "fatto" e non sul "danno", non può che coincidere con quel "fatto doloso o colposo" con cui si apre l'art. 2043¹³.

Sotto il secondo aspetto (*ratio*), nel prevedere termini brevi, il legislatore ha inteso limitare l'orizzonte temporale entro cui l'azione risarcitoria possa essere esperita, per ragioni processuali di formazione ed attendibilità della prova¹⁴. Lo slittamento del fatto al momento della conoscenza-conoscibilità dell'evento

⁹ Cfr. Corte Cost., 25 febbraio 1988, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2464

¹⁰ Cass., 24 febbraio 1983, n. 1442, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 627; Cass., 12 agosto 1995, n. 8845, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 1517; Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, in *Dir. econ. ass.*, 2000, p. 1226.

¹¹ Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Danno e resp.*, 2003, p. 845 e in *Giur. it.*, 2004, p. 285.

¹² Da ultimo cfr. P.G. MONATERI – C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 285.

¹³ P.G. MONATERI – C. COSTANTINI, *La prescrizione*, cit., p. 289.

¹⁴ P.G. MONATERI – C. COSTANTINI, *op. loc. ult. cit.*

dannoso, svuota integralmente di significato e di ragionevolezza la previsione di una disciplina derogatoria come quella dell'art. 2947 c.c.

A queste obiezioni i giudici rispondono con una giurisprudenza pressoché compatta¹⁵ e sono fermi nel ritenere che la prescrizione decorra non da quando il danno si è prodotto ma dalla sua manifestazione e riferibilità ad un determinato soggetto.

Due sono i casi giurisprudenziali che hanno suscitato la maggiore attenzione dei commentatori.

2.2. Illecito antitrust e prescrizione delle richieste risarcitorie.

La prima pronuncia affronta il tema del risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust¹⁶.

La vicenda è nota e trae origine da un provvedimento dell'AGCM del 2000 che sanzionava tutte le principali compagnie di assicurazione nel ramo R.C.A. per aver posto in essere un'intesa orizzontale consistente nello scambio sistematico di informazioni commerciali fra loro. Ciò aveva comportato una restrizione della concorrenza ed un conseguente aumento dei prezzi

¹⁵ Unica eccezione è Cass., 28 gennaio 2004, n.1547, in *Giur. it.*, 2004, p. 1581, con nota di RIGHETTI, *Ancora un revirement della Cassazione sul dies a quo della prescrizione dell'azione risarcitoria nel danno lungo latente: un segnale per le sezioni unite?*; in *Dir. e giust.*, 2004, p. 623, con nota di V. ROSSI, *Appunti sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*; in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 454; in *Danno e resp.*, 2004, p. 389, con nota di P.G. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*.

In questa sede, la seconda sezione della Cassazione ha statuito che «da tesi per la quale il prescrizione di cui all'art. 2947 c.c. non potrebbe e non dovrebbe decorrere dalla data del fatto illecito –o, come è stato meglio chiarito, dalla data del prodursi del danno quale conseguenza del fatto illecito considerato nel suo integrale verificarsi di causa ed effetto- bensì solo dal momento in cui il danneggiato ha conoscenza del danno non sembra meritevole di adesione» in quanto «con l'esigenza della certezza dei rapporti giuridici si pone in insanabile contrasto la pretesa di far decorrere la prescrizione *de qua* non dalla data, certa, in cui il fatto dannoso si è verificato, ma dal momento, diverso ed assolutamente incerto, in cui il danneggiato possa aver avuto conoscenza del danno e del suo diritto di farlo valere».

¹⁶ Per una visione storica e sistematica sulla disciplina della concorrenza e, più dettagliatamente, della L. 10 ottobre 1990, n. 287 si rinvia a G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, pp. 44 e ss ed agli Autori ivi richiamati.

assicurativi pari al 20% rispetto alle tariffe praticate negli altri paesi dell'Unione¹⁷.

A seguito dell'accertamento dell'intesa, successivamente confermata anche dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato, si era posto il problema della possibile tutela degli assicurati che avessero stipulato un contratto con una delle compagnie aderenti al cartello.

In particolare due erano gli aspetti controversi: da una parte, la sorte dei contratti a valle e, dall'altra, la competenza giurisdizionale¹⁸.

Si era così giunti alle prime pronunce della Cassazione. Questa, dopo aver negato in un primo momento la legittimazione dei singoli consumatori ad agire in giudizio ex art. 33, L. 287/1990 ed aver confermato la correttezza dell'azione di fronte al Giudice di Pace sulla base della previsione dell'art. 2043 c.c.¹⁹, nel 2005 a Sezioni unite sanciva la competenza della Corte d'Appello e riconosceva ai consumatori il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito a seguito di una condotta anticoncorrenziale: «la legge antitrust (...) detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato»²⁰.

Anche i Giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di esprimere il loro punto di vista su svariati aspetti dell'azione risarcitoria da intesa anticoncorrenziale²¹.

¹⁷ AGCM, provvedimento 28 luglio 2000, n. 8546, in *Boll.*, 30, 2005, 5.

¹⁸ Cfr. G. VETTORI, *Op. ult. cit.*, p. 62

¹⁹ Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1121 con note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale. Argomentazioni extravagantes per un illecito inconsistente*; E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*

²⁰ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 con note di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*; E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*. Tra i vari commenti si segnalano C. CASTRONOVO, *Sezioni sempre più unite che antitrust*, in *Europa e Diritto privato*, 2005, p. 444; M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093; I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 337; B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 498; S. SIMONE, *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 907; A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 495; G. TADDEI ELMI, *Antitrust, contratti a valle e risarcimento del danno*, in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 40. Per una monografia cfr. M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006.

²¹ CGCE, 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, p. 1855 con nota di S. BASTIANON, *La Corte di giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello*

In particolare, uno dei principi affermati è il seguente: «l'art. 81²² deve essere interpretato nel senso che *chiunque* ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, *spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto (...)*, purchè i principi di effettività e di equivalenza siano rispettati».

Nel 2007 la Cassazione è intervenuta nuovamente su alcuni aspetti relativi al binomio «cartello assicurativo-risarcimento»²³ con una pronuncia che si pone l'obiettivo di specificare i principi sanciti dalle Sezioni unite nel 2005, coordinandoli con le indicazioni fornite dal giudice comunitario nel 2006.

Con la sentenza 2 febbraio 2007, n. 2305, è stato ribadito l'interesse del consumatore ad un mercato concorrenziale e la sua legittimazione attiva ad agire in giudizio per il risarcimento del danno, facilitandone anche il concreto esercizio dell'azione²⁴.

Tre sono i punti cardini su cui ruota la sentenza.

Il primo, la legge antitrust «non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere».

Il secondo, l'oggetto immeditato della legge antitrust «non è il pregiudizio del concorrente bensì un più generale bene giuridico».

assicurativo; in Danno e resp., 2007, p. 19, con note di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*; M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*.

²² Ora art. 101 TFUE

²³ L'espressione è di S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungolatenti*, in *Corr. giur.*, 2007, 5, p. 648

²⁴ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina e di identità?*; in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7-8, p. 1605 con nota di R. BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*; in *Corr. giur.*, 2007, 5, p. 648, con nota di S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungo latenti*; in *Danno e resp.*, 2007, 7, p.764, con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno* e di M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/2007 in tema di private enforcement*.

Il terzo, il consumatore «quale acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene, sicchè la funzione di un'intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza tra loro con una scelta apparente, quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito».

Da qui, la sentenza inizia a modellare una serie di regole che disciplinano la domanda di risarcimento: il fondamento giuridico dell'azione²⁵, la qualificazione del danno²⁶, l'onere probatorio²⁷, la determinazione del pregiudizio e la sua quantificazione²⁸ e, anche, il termine di prescrizione.

Quest'ultimo aspetto è quello che probabilmente risente maggiormente delle indicazioni provenienti dal caso *Manfredi*.

²⁵ «Ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poichè la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante». Per questi concetti, cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, la quale, per giungere all'affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi, traccia la più moderna teoria sul danno.

²⁶ «Il danno lamentato si atteggia sotto forma di perdita di chance, ossia della possibilità di ottenere migliori condizioni di polizza nel caso in cui il mercato assicurativo non fosse stato alterato dalla condotta anticoncorrenziale. Danno in relazione alla cui sussistenza la giurisprudenza ammette, in maniera consolidata, la prova secondo un calcolo probabilistico o per presunzioni». Si vedano in proposito i vari precedenti in tema di privazione della possibilità di vincere un concorso per violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di osservare i criteri di correttezza e buona fede nelle relative procedure, tra cui Cass., 18 gennaio 2006, n. 852. In dottrina cfr. F.D. BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50; D. CHINDEMI, *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2007.

²⁷ «L'assicurato ha l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria), ed il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, che siano stati da soli idonei a produrre il danno, o che abbiano, comunque, concorso a produrlo».

²⁸ «Il giudice potrà procedere in via equitativa alla relativa liquidazione, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato, al netto delle imposte e degli oneri vari». Nel concreto, il danno è stato riconosciuto in una somma pari al 20% del premio versato e l'origine di tale quantificazione risiede nel provvedimento AGCM.

La letteratura economica ha sviluppato diversi metodi per calcolare, anche solo in modo approssimativo, il prezzo di mercato in assenza dell'intesa restrittiva della concorrenza e, su questa base, il danno di cui la vittima dell'intesa può chiedere il risarcimento. Il metodo seguito dalla Cassazione è quello del c.d. *yardstick approach* che consiste nel confrontare il prezzo del mercato interessato dall'intesa restrittiva con il prezzo di altri simili mercati non interessati all'intesa. Altri metodi sono il *before and after* (confrontare il prezzo del periodo interessato dall'intesa con il periodo immediatamente precedente all'inizio o immediatamente successivo al termine dell'intesa) e il *price prediction* (calcolo del costo di produzione del bene, applicando a questo costo un margine di profitto competitivo). Per una illustrazione e discussione dei vari metodi cfr. E. CLARCK – M. HUGHES – D. WIRTH, *Analysis of economic models for the calculation of damages*, in Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Bruxelles, 2004.

Andando con ordine, il problema affrontato è l'individuazione del *dies a quo* affinché il consumatore, danneggiato da un'intesa anticoncorrenziale, possa proporre domanda di risarcimento.

Esso non può coincidere né con la data di accertamento definitivo dell'illecito né con il giorno in cui l'assicurato ha stipulato il contratto di assicurazione, momento in cui si è verificato il danno.

La prima ipotesi viene respinta perché postulerebbe una pregiudiziale amministrativa, esclusa dall'art. 33, comma 2, L. 287/1990²⁹. A livello teorico, infatti, l'azione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale tra imprese e di risarcimento del danno, proponibile davanti alla Corte d'Appello, non è impedita dal mancato accertamento in sede amministrativa³⁰.

Anche la seconda ipotesi che fa decorrere il termine prescrizione dalla data in cui è stata stipulata la polizza assicurativa è stata scartata.

Secondo i Giudici, la tesi si fonda su una lettura restrittiva dell'art. 2947 c.c. e contrasta con la regola generale di cui all'art. 2935 c.c.: se, per un verso, l'art. 2947 c.c. fa decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno dal giorno in cui il *fatto* si è verificato, per altro verso, la disposizione generale, contenuta nell'art. 2935 c.c. stabilisce che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto *può* essere fatto valere.

Le norme non stanno tra loro in una posizione di conflitto. Sebbene possa configurarsi un rapporto di 'generale-speciale', questo incide esclusivamente sul termine di durata più breve di quella ordinaria e decennale. Ciò è provato

²⁹ In difetto di un provvedimento amministrativo, l'accertamento di un'intesa anticoncorrenziale comporterà solo un aggravamento dell'onere probatorio per il danneggiato. Ciò emerge anche in considerazione dell'origine storica dell'art. 33 da ricercarsi nel c.d. Progetto Rossi (progetto di Legge n. 1202 della 10^a legislatura), che subordinava espressamente l'azione risarcitoria in sede civile all'esistenza di un preventivo esame della fattispecie ad opera dell'autorità appositamente istituita per la tutela della concorrenza.

³⁰ Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in *Danno e resp.*, 2000, 57, n. L. NIVARRA, S. BASTIANON; in *Riv. dir. ind.*, 2000, I, 151, n. PARMIGGIANI; in *Giur. it.*, 2000, 939 n. G. AFFERNI. La sentenza, nell'interpretare la L. 287/1990 ha ritenuto che la dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale possa essere presa dal giudice ordinario pur in assenza di un corrispondente provvedimento dell'AGCM, alla condizione che l'accertamento dell'esistenza di una restrizione di concorrenza all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante sia congruamente motivata dal giudice di merito.

dalle rubriche contenute nella sezione IV, *Del termine di prescrizione*, e dei suoi sotto-paragrafi, §1 *della prescrizione ordinaria*, §2 *delle prescrizioni brevi*³¹.

Quindi, anche se esistente un rapporto di specialità, questo non incide sul *dies a quo*, che rimane disciplinato sempre dall'art. 2935 c.c. e che subordina il decorso della prescrizione alla possibilità di esercizio del diritto, «quando cioè l'atto di esercizio vale a soddisfare l'interesse tutelato».

Da questo assunto muove il ragionamento della Corte e l'art. 2947 c.c. deve essere letto ed interpretato compatibilmente a questo criterio.

È così costituito un legame tra inerzia e possibilità di esercizio del diritto: se non è giuridicamente possibile esercitare il diritto, non si può nemmeno parlare di inerzia e di inizio del decorso del termine di prescrizione³².

L'art. 2947 c.c. non si discosta da questo paradigma. Infatti, se l'art. 2043 c.c. presuppone la verifica di un danno ingiusto, è indispensabile che il titolare del diritto al risarcimento sia adeguatamente informato non solo dell'esistenza del danno, ma anche dell'attribuibilità ad esso del carattere dell'ingiustizia.

In caso contrario, ossia di mancata conoscenza, non potrà ritenersi integrato il requisito dell'inerzia e, dunque «la ragione stessa che, come si è visto, è al fondo della prescrizione»³³.

In altri termini, il requisito dell'inerzia potrà dirsi integrato quando il complesso di informazioni che compone il quadro cognitivo del soggetto leso raggiunge un livello di completezza tale da essere ritenuto sufficiente ad esercitare il diritto risarcitorio.

Il principio affermato era già noto da tempo nell'ambito della responsabilità sanitaria e del danno lungolattente. Il merito della pronuncia è averne ampliato la portata alla protezione di un bene giuridico diverso dalla salute.

³¹ Tra i primi a sostenere che l'art. 2947 c.c. non può essere letto in termini derogatori rispetto all'art. 2935 c.c. è P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 172 ed in giurisprudenza cfr. Cass., 1 settembre 1997, n. 8297, in *Danno e resp.*, 1998, p. 57, con nota di A.M. BENEDETTI, *Licenza edilizia, illegittima declaratoria di decadenza e responsabilità della P.A.*; Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, in *Dir. econ. assic.*, 2000, p. 1226.

³² «E' l'inerzia del titolare del diritto, infatti, che domina i precetti contenuti negli art. 2934 e 2935 c.c., nel senso che la prescrizione reagisce ad essa per adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, assecondando la certezza dei rapporti e del traffico giuridico», Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit.

³³ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit.

L'estensione non sembra forzata. Al pari di un danno derivante da emotrasfusione infetta, ove la patologia può sorgere successivamente rispetto al momento in cui la condotta è stata posta in essere, anche in questa ipotesi il consumatore, situato all'ultimo anello del mercato, rimane esposto in maniera ignara agli effetti pregiudizievoli di una pratica anticoncorrenziale, fino a quando attraverso proprie indagini e/o idonea pubblicizzazione di stampa e mezzi di comunicazione, non ne venga edotto.

In entrambe le ipotesi il momento dell'inflizione del danno da parte del danneggiante e la percezione da parte del danneggiato non coincidono, ma tra loro si verifica uno stacco temporale.

Naturalmente, parametrare la decorrenza del termine di prescrizione a circostanze soggettive può comportare una situazione di incertezza. Infatti, l'accertamento della conoscenza appartiene al giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato, «con l'opportuna precisazione che, sul punto, entra in gioco l'ordinario regime della prova, nel senso che compete a chi eccepisce la prescrizione l'onere di provare il momento in cui chi agisce abbia assunto l'adeguata e ragionevole percezione del danno subito e della sua ingiustizia»³⁴.

Questo è uno degli aspetti più critici della pronuncia perché metterebbe in crisi le preconcrete esigenze di certezza del diritto su cui si fonderebbe l'istituto della prescrizione³⁵. A ciò si aggiungano le critiche strutturali di chi sostiene la dissonanza di questa linea interpretativa con la *ratio* e la lettera della legge³⁶.

Tuttavia, pur potendo ritenere ben argomentate ed autorevoli le voci critiche, la Cassazione va oltre allineandosi alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria che pone al centro delle sue riflessioni le superiori ragioni di protezione del soggetto danneggiato.

³⁴ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit.

³⁵ Cfr. S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust nesso causale e danni lungolatenti*, cit., p. 653

³⁶ Tra tutti cfr. P.G. MONATERI – C. COSTANTINI, *La prescrizione*, cit., p. 289.

Proprio la sentenza *Manfredi*³⁷, nel riconoscere ai singoli la competenza a determinare i termini di prescrizione per agire in giudizio, ha precisato che questa discrezionalità deve essere conforme ai principi di equivalenza ed effettività. Ne deriverebbe che, qualora la prescrizione decorresse dal momento in cui l'intesa è stata posta in essere unitamente alla previsione di un termine breve ed all'impossibilità di sospenderlo, «potrebbe rendere praticamente impossibile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da tale intesa». Pregiudicando l'efficienza del rimedio.

³⁷ CGCE, 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, cit. Prima che le Sezioni unite nel 2007 sancissero la competenza della Corte d'Appello anche per le richieste di risarcimento del danno subito dai consumatori a seguito di comportamenti anticoncorrenziali, il sig. Manfredi ed altri avevano chiesto al Giudice di Pace di Bitonto di condannare le compagnie di assicurazione alla restituzione la maggiorazione dei premi versata a seguito dell'intesa dichiarata illecita.

Il giudice italiano ha sottoposto alla CGCE diverse questioni pregiudiziali concernenti il diritto comunitario della concorrenza al fine di stabilire: se tale accordo violi non soltanto la legge italiana sulla tutela della concorrenza ma anche il Trattato CE (ora TFUE), in quanto alcune compagnie di assicurazioni appartenenti ad altri stati membri ed esercenti altresì la loro attività in Italia hanno partecipato all'accordo sanzionato; se i terzi possano chiedere il risarcimento del danno causato dall'intesa vietata; se norme nazionali relative alla designazione dei giudici competenti, ai termini di prescrizione dei ricorsi per risarcimento danni nonché all'ammontare dell'indennizzo, siano in contrasto con l'art. 81 CE.

La Corte constata che un'intesa come quella controversa può violare anche il Trattato CE se, in considerazione delle caratteristiche del mercato nazionale, appaia sufficientemente probabile che tale intesa possa esercitare un'influenza sulla vendita delle polizze di assicurazione controverse nello Stato membro interessato da parte di operatori stabiliti in altri Stati membri e che tale influenza non sia insignificante.

La Corte ricorda poi che l'art. 81 CE produce effetti diretti nei rapporti tra i singoli. Di conseguenza, chiunque può avvalersene per invocare la nullità di un'intesa o di una pratica vietata dall'art. 81 CE e chiedere un risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra il detto danno e un'intesa o una pratica vietata da tale articolo.

Infine, la Corte dichiara che in mancanza di una disciplina comunitaria nella materia spetta agli Stati membri:

- designare i giudici competenti e fissare le modalità procedurali dei ricorsi destinati a garantire la salvaguardia dei diritti che i singoli derivano dall'efficacia diretta del diritto comunitario, purché tali modalità non siano meno favorevoli di quelle riguardanti ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività);
- fissare il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento di un danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE e stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

Spetta al giudice nazionale verificare se una norma nazionale in forza della quale il termine di prescrizione per chiedere un risarcimento decorre a partire della data in cui l'intesa o la pratica vietata è stata posta in essere, in particolare se tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso, renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere un risarcimento.

Per quanto riguarda l'entità del risarcimento la Corte precisa, da una parte, che se un risarcimento danni particolare, come il risarcimento esemplare o punitivo, può essere riconosciuto nell'ambito di azioni nazionali analoghe alle azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, esso deve poterlo essere anche nell'ambito di queste ultime azioni. D'altra parte, chi ha subito un danno deve poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale, ma anche del mancato guadagno nonché il pagamento degli interessi.

Nel libro bianco del 2008, che la prescrizione non dovrebbe decorrere prima che si possa ragionevolmente presumere che la vittima dell'infrazione sia a conoscenza della medesima e del pregiudizio che essa le ha causato, è un principio fermo³⁸.

Da qui l'esigenza di offrire una interpretazione coerente con questi principi.

Infatti, in caso di incompatibilità, il giudice nazionale sarebbe costretto a disapplicare la normativa italiana causando con ciò un vuoto normativo, perché questa non sarebbe sostituita da nessuna disposizione comunitaria specifica³⁹.

Diversamente, l'adozione di un criterio elastico -la conoscenza- mutuato dalla radicata giurisprudenza sanitaria in materia di danni lungolatenti, ha consentito un duplice effetto: da una parte, lo spostamento del *dies a quo* ad un

³⁸ Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008) 165 definitivo.

“Anche se i termini di prescrizione svolgono un ruolo importante nel garantire la certezza del diritto, essi possono tuttavia costituire un ostacolo considerevole al risarcimento del danno, sia in cause di risarcimento autonome sia in quelle instaurate con riferimento ad un precedente accertamento dell'infrazione da parte dell'autorità pubblica.

Per quanto riguarda il decorrere dei termini di prescrizione, le vittime possono dover affrontare difficoltà pratiche in caso di infrazione continuata o ripetuta o quando non possono ragionevolmente essere state consapevoli dell'infrazione. Quest'ultimo caso si verifica spesso relativamente alle infrazioni più serie e dannose, come i cartelli, che spesso rimangono segreti sia durante sia dopo la loro esistenza.

La Commissione propone pertanto che il termine di prescrizione non inizi a decorrere:

- prima del giorno in cui l'infrazione cessa, in caso di infrazione continuata o ripetuta.
- prima che si possa ragionevolmente presumere che la vittima dell'infrazione sia a conoscenza dell'infrazione e del pregiudizio che essa le ha causato.

Onde conservare la possibilità di intentare azioni collegate a procedimenti condotti dalle autorità pubbliche, dovrebbero essere adottate misure volte ad evitare che i termini di prescrizione scadano mentre è ancora in corso il procedimento avviato da parte delle autorità pubbliche preposte alla tutela della concorrenza (e delle corti di appello). A tale scopo, la Commissione privilegia la possibilità di fissare un nuovo termine di prescrizione, che inizi a decorrere una volta che un'autorità di concorrenza o una corte d'appello hanno adottato una decisione in merito all'infrazione, piuttosto che la possibilità di sospendere il termine di prescrizione durante il procedimento pubblico.

In quest'ultimo caso, per gli attori (e i convenuti) sarà talvolta difficile calcolare con precisione il periodo rimanente, dato che il momento di avvio e di chiusura del procedimento da parte delle autorità di concorrenza non sempre è di pubblico dominio. Inoltre, ove una sospensione iniziasse in una fase molto avanzata del termine di prescrizione, potrebbe non esservi tempo sufficiente per preparare un'azione.

La Commissione propone pertanto quanto segue:

- un nuovo termine di prescrizione di almeno due anni dovrebbe iniziare a decorrere una volta che la decisione relativa all'infrazione sulla quale l'attore basa la propria azione è diventata definitiva.”

³⁹ In questo senso cfr. G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 32: «sulla base del confronto con il c.d. standard europeo, la disciplina italiana della prescrizione delle azioni di risarcimento del danno per violazione di norma antitrust comunitaria sia contraria al principio di effettività perché rende, in alcuni casi, praticamente impossibile, ed in genere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto».

momento successivo rispetto al momento in cui la pratica anticoncorrenziale è stata posta in essere; dall'altra, un'adeguata valorizzazione delle peculiarità del caso concreto, rimesse di volta in volta alla prudente valutazione del giudice di merito.

Tuttavia, a seguire questa linea, gli interessi del debitore e del creditore non sono tra loro bilanciati, ma le esigenze del primo sembrano preferite a quelle del secondo.

Una recente sentenza, resa sempre nell'ambito del medesimo contenzioso, affronta il problema ed accoglie le posizioni critiche di chi censurava la regola enunciata perché contrastante con le esigenze di certezza fondanti l'istituto della prescrizione⁴⁰, senza mutare l'impianto sistematico descritto: «il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da un'intesa restrittiva della concorrenza decorre dal giorno della pubblicazione del provvedimento con cui l'AGCM sanziona l'impresa partecipante all'intesa, salvo che il danneggiato possa dedurre e dimostrare di non aver potuto acquisire conoscenza dell'illecito neppure in tale data, in forza di circostanze lui non imputabili, oggettivamente idonee a giustificare lo slittamento della decorrenza del termine»⁴¹.

La soluzione adottata offre il vantaggio di poter accertare la decorrenza del *dies a quo* su un fatto chiaramente individuabile e che, allo stesso tempo, muove dal presupposto della conoscenza, in considerazione dell'ampia diffusione del provvedimento data dai canali ufficiali⁴².

⁴⁰ Tra tutti cfr. A. PALMIERI, *Cartello tra compagnie assicuratrici, aumento dei premi e prova del pregiudizio: il disagiata cammino dell'azione risarcitoria per danno da illecito antitrust* e R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità?)*, entrambe in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097

⁴¹ Cass., 11 dicembre 2011, n. 26188, in *Foro it.*, 2012, I, c. 799, con nota di A. PALMIERI, *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*. Sulle questioni affrontate dalla pronuncia cfr. anche G.A. BENACCHIO, *Alcune questioni in tema di risarcimento del danno antitrust nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Studi in onore di Aldo Frignani*, Napoli, 2011, p. 566; B. NASCIBENE – F. ROSSI DAL POZZO, *L'azione di risarcimento antitrust e la prescrizione nel diritto comunitario e nel diritto nazionale*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2008, p. 513; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, p. 175.

⁴² Dubbi sulle capacità cognitive dei consumatori è manifestato da R. MENZELLA, *Consumatori ed illecito antitrust: i sinistri risvolti di consumerismo e garantismo nel cartello r.c. auto*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 524

La Cassazione introduce così una presunzione relativa. Per superarla sarà onere della vittima allegare e dimostrare di essere rimasta all'oscuro dell'illecito in tutte le sue componenti, a causa di fattori a lei non imputabili, oggettivamente idonei a giustificare una traslazione del *dies a quo*.

Si badi, il tentativo di dare un ancoraggio solido all'esordio della prescrizione è concepibile soltanto quando della condotta anticompetitiva si sia occupata l'AGCM e vi sia una decisione che accerti l'esistenza di un'infrazione.

Diversamente, in difetto di un provvedimento specifico, rimane ancora aperto il problema di individuare l'oggetto della conoscenza e le modalità attraverso cui questa si deve formare.

La questione riguarda non solo l'illecito antitrust ma anche l'intera area del danno lungolattente. La soluzione può essere indagata muovendo dal settore ove questo illecito è stato maggiormente studiato, la responsabilità sanitaria.

2.3. Danno da emotrasfusioni infette.

In materia di danno lungolattente, significativa è una pronuncia resa dalle sezioni unite nel 2008⁴³ in materia di emotrasfusioni infette.

Nella fattispecie, l'azione di responsabilità veniva promossa nei confronti del Ministero della sanità, al quale veniva rimproverato di aver omesso la dovuta ed istituzionale vigilanza sull'importazione, distribuzione e commercializzazione di emoderivati⁴⁴.

⁴³ Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453 con nota di A. PALMIERI; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 827, con nota di F. GRECO, *Le sezioni unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*.

⁴⁴ Il caso affonda le proprie radici in un contesto italiano degli anni '70, ove la produzione di emoderivati era pressoché inesistente. Per soddisfare le richieste da parte dei pazienti, le aziende farmaceutiche ricorrevano all'importazione da mercati esteri, ossia dall'America Latina, Africa e Asia. Parimenti, l'utilizzo di sangue prelevato da donatori occasionali era altrettanto imponente, senza tuttavia preoccuparsi di svolgere indagini sulle condizioni di salute dei donatori.

Nonostante alcune precedenti oscillazioni⁴⁵, la responsabilità è stata inquadrata nell'articolo 2043 c.c. Dunque, ha fondamento soggettivo e la condotta colposa è ravvisabile nella mancata vigilanza sulle modalità di attuazione di misure preventive compatibili con le conoscenze scientifiche dell'epoca.

Connesso a questo aspetto, vi è il problema del rapporto tra il pregiudizio sofferto a causa dell'assunzione di sangue infetto e lo stato delle conoscenze scientifiche.

Le prime sentenze favorevoli a riconoscere la responsabilità aquiliana del Ministero avevano limitato la condanna ai soli pregiudizi sofferti a partire dal momento in cui la comunità scientifica aveva acquisito piena consapevolezza dell'esistenza e delle caratteristiche delle malattie contratte. Ne conseguiva una diversificazione dei limiti cronologici a seconda delle patologie: 1978 per l'epatite B; 1985 per l'HIV; 1988 per l'epatite C⁴⁶.

In un contenzioso molto ampio, la difesa che il Ministero adottava con maggior frequenza era l'eccezione di prescrizione. Infatti, le patologie

Da qui il rischio per i destinatari di emotrasfusioni di esporsi al contagio di malattie virali come aids ed epatiti e lo scandalo sulle emotrasfusioni che determinò, a partire dagli anni '90, un consistente contenzioso civile.

Purtroppo, soprattutto con riferimento a soggetti affetti da patologie congenite, bisognosi di periodiche e sistematiche emotrasfusioni, non sempre risultava agevole l'individuazione del singolo specifico trattamento infetto.

Per una panoramica generale sul punto cfr. G. MONTANARI VERGALLO – P. FRATI, *La tutela risarcitoria dei pazienti danneggiati da emotrasfusioni infette*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1, p. 39.

⁴⁵ Negli anni la giurisprudenza ha progressivamente escluso la possibilità di ricorrere al criterio di imputazione a titolo di responsabilità indiretta dell'art. 2049 mancando un rapporto di preposizione tra il Ministero della salute ed i soggetti che operano all'interno del servizio sanitario nazionale. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Roma, 14 giugno 2001, in *NGCC*, 2002, I, p. 559, con note di C. FAVILLI, *La responsabilità dello Stato per contagio da emoderivati infetti: responsabilità per colpa o responsabilità oggettiva* e in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 835, con nota di U. RUSSO, *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della sanità?*; Trib. Milano, 31 dicembre 2005, in *Giustizia a Milano*, 2006, 2, p. 11; in senso opposto, a favore di una configurabilità della responsabilità ex art. 2049 c.c. cfr. Trib. Roma, 27 novembre 1998, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2851, con nota di P. COSTANZO, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione da emoderivati infetti*.

È stata esclusa anche l'imputabilità del Ministero ai sensi dell'articolo 2050 c.c., preferendo riferire il requisito della pericolosità alla sola attività di produzione, commercializzazione e trasfusione di sangue, non anche alle correlate funzioni di pianificazione e vigilanza di competenza ministeriale. Qualificano, invece, tali attività come pericolose Cass., 27 gennaio 1997, n. 814; Cass., 1 febbraio 1995, n. 1138. Con riferimento ai Tribunali di merito cfr. a favore di una qualificazione ex art. 2050 Trib. Ravenna, 28 ottobre 1999, in *Danno e resp.*, 2000, p. 1012, con nota di U. IZZO, *Sangue infetto e responsabilità civile: il danno da contagio fra responsabilità del produttore ed esercizio di attività pericolose* ed in senso contrario Trib. Napoli, 9 novembre 1986, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, p. 407.

⁴⁶ Cfr. Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1, 101

lamentate erano tutte caratterizzate da lunghi periodi di incubazione e molto spesso il danneggiato stentava a ravvisare un possibile nesso causale tra la malattia e il fatto che l'aveva determinata⁴⁷.

In questo quadro interviene la sentenza ora in esame, pronunciandosi sulle tematiche della prescrizione e del nesso di causalità.

La decisione conferma i precedenti orientamenti in ordine alla rilevanza della conoscenza ai fini della decorrenza e precisa quale sia l'oggetto e le modalità.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la pronuncia dà continuità a quanto già affermato nel 2003⁴⁸, leggendo in maniera coordinata tra loro gli art. 2935 e 2947 c.c. L'*exordium praescriptionis* non coincide né con il momento in cui il terzo pone in essere la condotta illecita né con il momento in cui le conseguenze si manifestano all'esterno; bensì «dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente comportamento doloso colposo di un terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche».

Diversamente, qualora la causa del contagio non sia conoscibile, la prescrizione non può iniziare a decorrere, «poiché la malattia, sofferta come tragica fatalità non imputabile ad un terzo, non è idonea in sé a concretizzare il fatto che l'articolo 2947 c.c., comma uno, individua quale esordio della prescrizione».

In breve, il principio della “conoscibilità del danno” viene applicato unitamente al principio della “rapportabilità causale”.

In questa prospettiva, un ruolo fondamentale hanno le informazioni a disposizione del danneggiato. Infatti, l'individuazione del *dies a quo* non si fonda su una disamina dello snodarsi nel tempo delle diverse tappe che caratterizzano il passaggio dal danno occulto a quello che si manifesta nelle sue componenti essenziali ed irreversibili. Diversamente, sarà necessaria una

⁴⁷ Infatti, si trattava di contagi avvenuti negli anni 70, ove le trasfusioni erano un fatto ancor inusuale e poco conosciute dal punto di vista scientifico.

⁴⁸ Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, cit.

rigorosa analisi delle informazioni (cui la vittima ha avuto accesso o per la cui acquisizione si sarebbe dovuta diligentemente attivare) e della loro idoneità a consentire una conoscenza, ragionevolmente completa, circa i dati necessari per l'instaurazione del giudizio e della loro disponibilità in capo al convenuto: con conseguenti riflessi sulla condotta tenuta da quest'ultimo, eventualmente colpevole di non aver fornito quelle informazioni alla vittima, nei casi in cui era tenuto⁴⁹.

Il principio affermato crea un legame tra prescrizione e nesso di causalità. Infatti, la percezione dell'ingiustizia del danno connessa all'individuazione di un soggetto che è andato a ledere con la sua condotta un interesse giuridicamente protetto⁵⁰ dall'ordinamento implica uno studio sul rapporto tra condotta ed evento lesivo.

Pertanto, è ragionevole affermare che l'oggetto della conoscenza è proprio la causalità.

La Cassazione su questo punto è chiara: la prescrizione della domanda di risarcimento in materia di danni lungo latenti decorre solo con la consapevolezza completa in capo al danneggiato della fattispecie dannosa, che sussiste quando la vittima sia in grado di individuare l'ingiustizia del danno, il nesso di causalità e, di conseguenza, il responsabile⁵¹.

⁴⁹ In questo senso v. anche M. FLICK, *Danni da contagio per trasfusione: un'occasione per ripensare il problema del dies a quo della prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 916

⁵⁰ Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *foro it.*, 1999, I, c. 247. Tra gli innumerevoli commenti v. G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile*, in *Il danno risarcibile*, Padova, 2004, p. 3 e ss.; S. AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1241; M. BERTOLISSI, G. ALPA, S. PATTI, G. VISINTINI, L.P. COMOGLIO, F. CAPRIGLIONE, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 370; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500: la responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 974; M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2274; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1262; F.G. COCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, I, p. 3.

⁵¹ Su questo aspetto la dottrina aveva già accolto con favore la scelta portata avanti per la prima volta nel 2003 cfr. U. IZZO, *La prescrizione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, in part. p. 172; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010; M. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio alla responsabile (la nuova regola a confronto con i modelli inglese... idee per una riforma)*, in *Giur. it.*, 2004, p. 286; I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 847; U. IZZO, *la decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 853; M. BONA e U. OLIVA, *Prescrizione e danno alla persona*, in P.G. Monateri – M. Bona – U. Oliva – U.F. Peccennini – P. Tullini, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, II, p. 605.

2.3.1. Il nesso di causalità.

Il nesso di causalità⁵², pur essendo un requisito del fatto illecito, non è disciplinato dal Codice civile.

Dottrina e giurisprudenza si sono sempre rifatte alle discipline penalistiche, muovendo dalla considerazione della loro sostanziale coincidenza⁵³.

Pertanto, al fine di comprendere i più recenti orientamenti giurisprudenziali sul punto, è proprio alla scienza penale che bisogna guardare e dalla quale il diritto civile prende le mosse.

A metà degli anni 70, la dottrina penalistica cominciava a mettere in discussione i presupposti logici sui quali si era fino ad allora fondato il dibattito. Considerazioni maturate nell'ambito delle scienze naturali mettevano in evidenza l'arretramento delle scienze giuridiche⁵⁴.

Già dai primi del novecento si era cominciato ad abbandonare teorie deterministiche di matrice illuminista, sulla constatazione che l'uomo può avere una conoscenza solo probabilistica della realtà⁵⁵.

⁵² Tra i principali contributi in tema di causalità si segnalano P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Torino, 1967; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Torino, 1967; M. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova, 1990; V. GERI, *Il rapporto di causalità nel diritto civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 187; G. VISINTINI (cur.), *Il risarcimento del danno contrattuale e extracontrattuale*, Torino, 1984; A. LEPRI, *Concorso di cause umane e naturali nella responsabilità civile extracontrattuale*, in *NGCC*, 1991, I, 797; A. LUMINOSO, *Possibilità o necessità della relazione causale*, in *Riv. giur. sarda*, 1991; G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità da inadempimento e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 409; V. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in G. Alpa – M. Bessone (cur.), *La responsabilità civile*, Torino, 1997, p. 51.

⁵³ Cfr. Cass., 4 dicembre 1957, in *Arch. giur. civ.*, 1958, p. 727: «il principio della causalità materiale, così come regolato dal vigente codice penale, trova applicazione anche nel campo civile, poiché è comune ad entrambe le discipline è l'esistenza di un nesso eziologico tra l'azione o l'omissione e l'evento. Gli articoli 40 c.p. ed 2043 c.c. hanno infatti, pur nell'apparente diversa formulazione di ciascuna norma, una sostanziale identità di contenuto». In dottrina cfr. F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte del terzo*, Giuffrè, 1964, p. 123 e più nel dettaglio P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960. Per una completa visione sull'evoluzione storica cfr. M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità, da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005.

⁵⁴ L'osservazione è di M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chance: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili*, in *NGCC*, 2008, p. 143

⁵⁵ Nell'ambito delle scienze fisiche e naturali cfr. M. BUNGE, *La causalità. Il posto del principio causale nella scienza moderna*, Boringhieri, Torino, 1970. Nel settore del diritto significativi sul rapporto tra scienze matematiche e scienze giuridiche sono gli scritti di F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, p. 1267; ID., *A proposito di talune sentenze civili in tema di causalità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 113; ID., *I saperi del giudice, la causalità e il ragionevole dubbio*, Torino, 2004. Secondo l'Autore

Da qui l'esigenza di fondare nuovi principi intorno ai quali costruire una teoria sulla causalità.

In primo luogo, è stata riconosciuta l'impossibilità di pervenire a una conoscenza certa della eziologia dei fenomeni, con la conseguente necessità per i giuristi di confrontarsi con concetti quali l'incertezza, l'alternativa tra la probabilità logica e la probabilità statistica⁵⁶. In secondo luogo, l'accertamento del nesso di causalità è una valutazione prettamente giuridica, in quanto è compito del giurista cercare un criterio che possa trasformare il dato statistico in giudizio.

Sulla base di questi principi si sono pronunciate le sezioni unite penali nel 2002 (*Franzese*)⁵⁷. I giudici sono intervenuti su un contrasto sviluppatosi in materia di responsabilità per omissione in campo medico. Sul problema si contrapponevano tre orientamenti.

Il primo, maggioritario, riconosceva la sussistenza del nesso causale in presenza di serie e apprezzabili possibilità di successo della condotta impeditiva posta in essere.

Il secondo, riconosceva la sussistenza del nesso causale solo in presenza di una probabilità prossima alla certezza.

Il terzo, infine, riconosceva la sussistenza del nesso causale solo quando l'integrazione del dato statistico con le circostanze del caso concreto consentiva di raggiungere un elevato grado di credenza razionale.

Le Sezioni unite hanno dato continuità a quest'ultimo, facendo riferimento ai concetti di «alto o elevato grado di credibilità razionale» o «probabilità logica»⁵⁸.

solo mediante una legge scientifica di copertura, atta a spiegare il rapporto fra condotta del presunto autore del reato ed evento dannoso, sarà possibile formulare un giudizio di responsabilità penale.

⁵⁶ Cfr. M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità, da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, cit.

⁵⁷ Cass. Pen., S.U., 10 luglio 2002, n. 30328, *Franzese*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 94; in *Riv. pen.*, 2002, 885; in *Foro it.* 2002, II, 601; in *NGCC*, 2003, I, 246; in *Riv. it. medicina legale*, 2002, 1599; in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, pag. 1133.

⁵⁸ «Non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di

La dottrina civilistica ha sottolineato le difficoltà di mututare i principi sanciti nella sentenza *Franzese*, stante la diversità, non solo strutturale ma anche funzionale, tra illecito penale ed illecito civile: mentre il primo ha una finalità punitiva, il secondo ha una funzione prevalentemente compensativa⁵⁹.

Sulla stessa linea si è schierata anche la giurisprudenza⁶⁰ la quale ha dapprima riconosciuto la possibilità di configurare l'esistenza del nesso di

fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica", Cass. Pen., S.U., 10 luglio 2002, n. 30328, cit.

⁵⁹ Sulle funzioni della responsabilità civile cfr. G. VETTORI, *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, in *www.personaemercato.it*. Sulle difficoltà di estendere nel settore del diritto civile le considerazioni in materia di nesso di causalità maturate in seno alle discipline penalistiche cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria*, in *NGCC*, 1992, I, 362; S. CACACE, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione di innocenza nell'accertamento del nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 195; M. CAPECCHI, *Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessi per la responsabilità civile del medico?*, in *NGCC*, 2003, I, 257.

⁶⁰ Sulla distinzione tra illecito civile ed illecito penale cfr. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 323: «Come già da tempo una attenta dottrina ha ritenuto di sottolineare, invero, le esigenze decostruttive e ricostruttive dell'istituto del nesso di causa sottese al sottosistema penalistico non sono in alcun modo riprodotte (né riproducibili) nella diversa e più ampia dimensione dell'illecito aquiliano, tanto sotto il profilo morfologico della fattispecie, quanto sotto l'aspetto funzionale.

Sotto il profilo morfologico, difatti, va considerato, da un canto, come il baricentro della disciplina penale con riferimento al profilo causale del fatto sia sempre e comunque rivolto verso l'autore del reato/soggetto responsabile, orbitando, viceversa, l'illecito civile (quantomeno a far data dagli anni '60) intorno alla figura del danneggiato; dall'altro, come, alla peculiare tipicità del fatto reato, faccia da speculare contralto il sistema aperto ed atipico dell'illecito civile (non è questa la sede per indagare funditus sul concetto di atipicità, se essa, cioè, sia riferita al fatto inteso come accadimento storico ovvero come evento di danno - e giammai, comunque, alle conseguenze dannose del fatto -, evento di danno che, a far data dagli anni '70, dottrina e giurisprudenza di questa stessa corte hanno più correttamente evidenziato come vero baricentro dell'illecito per vulnerare al fine la limitazione dell'art. 2043 c.c. ai soli diritti soggettivi assoluti).

Sotto il profilo funzionale, in sintonia con la più attenta dottrina, va considerato:

- da un canto, che la valutazione del nesso di causa, fondata esclusivamente sul semplice accertamento di un aumento (o di una speculare, mancata diminuzione) del rischio in conseguenza della condotta omessa, è criterio ermeneutico che inquieta l'interprete penale, poichè realmente trasforma surrettiziamente la fattispecie del reato omissivo improprio da vicenda di danno in reato di pericolo (o di mera condotta), mentre la stessa preoccupazione non pare esportabile in sede civile, dove l'accento è posto, ormai, sul concetto di "danno ingiusto";

- dall'altro lato, come ancora osservato in dottrina, che conseguenza della atipicità dell'illecito è la sua interazione con altre discipline (economiche e sociali, e non necessariamente solo scientifiche, funzionali, queste, in sede penale, a svolgere il compito di "legge di copertura"), onde pervenire al risultato finale di costruire una credibile teoria della prevenzione efficiente del costo sociale dei danni, allocando la responsabilità (anche) secondo criteri elastici che si strutturano (ormai da almeno un trentennio) seguendo una sempre più notevole ed accurata individuazione (specie in campo medico - professionale) delle tecniche giuridiche attraverso le quali pervenire ad una più articolata e complessa distribuzione dei rischi comunque e sempre collegati a tale attività.

Tale evoluzione segue, non a caso, la parallela evoluzione delle strutture e della natura stessa della responsabilità civile che, immaginata, all'epoca della codificazione del 1942, in una dimensione sinergica tra una vera e propria Generalklausel (l'art. 2043 cit.) e le successive norme esemplificative, secondo una struttura aperta dell'illecito, ma pur sempre secondo funzionalità di tutela dei (soli) diritti soggettivi assoluti, viene via via "ripensata" come storia (anche e soprattutto intellettuale) sempre più raffinata, come un problema di diritto vivente da rielaborare incessantemente secondo modelli dettati

causalità anche al di fuori dei presupposti indicate dalle Sezioni unite penali, disponendo che l'accertamento si possa arrestare su «soglie meno elevate di accertamento controfattuale»⁶¹.

Si arriva così alle dieci sentenze pronunciate dalla Cassazione civile a Sezioni unite nel 2008, ove il tema del nesso di causalità è tra quelli che ritorna con maggior frequenza⁶².

Ai fini che qui rilevano, la pronuncia maggiormente rilevante è la già ricordata Cass., 11 gennaio 2008, n. 581.

Al pari di quanto era avvenuto con la sentenza Franzese, sono indicate una serie di regole per la ricostruzione.

L'esame muove dal dato normativo e, quindi, dall'art. 2043: «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

Come si nota, la parola "danno" compare due volte nel disposto, con due significati differenti: il *danno ingiusto*, ossia la lesione di un interesse giuridicamente rilevante protetto dall'ordinamento; il *danno risarcibile*, da

dalle complesse istanze sociali, in funzione della ricerca di criteri sempre più articolati di attribuzione di un determinato "costo" sociale, da allocarsi di volta in volta presso il danneggiato ovvero da trasferire ad altri soggetti (sempre più spesso, non necessariamente i diretti danneggiati).

Il sottosistema della responsabilità civile diventa, così, un satellite sperimentale di ingegneria sociale (che si allontana definitivamente dall'orbita dello speculare sottosistema penalistico), demandata, quanto a genesi e funzioni, quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene sempre più lo studio dei criteri di traslazione del danno. In questo quadro, il sottosistema della responsabilità medica diviene, in questo quadro, il topos "disfunzionale" al suo stesso interno rispetto agli schemi classici della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dell'obbligazione di mezzi e di risultato, dove un tempo "pendolare" segna diacronicamente tappe non lineari e non armoniche, per produrre nuovi, repentini e talvolta sorprendenti legami di senso e di struttura tra fatti concreti - l'intervento del medico - e moduli giuridici - la sua responsabilità - un tempo tra sé e alieni, che officia la mutazione genetica della figura del professionista, un tempo *genius loci* ottocentesco, oggi ambita preda risarcitoria).

⁶¹ «I criteri di accertamento del nesso causale adottati dalla sentenza "Franzese" delle sezioni unite penali -alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale-trovano applicazione nel solo diritto penale e nelle fattispecie omissive. Nelle ipotesi di responsabilità civile, soprattutto se si versa in casi di illecito complessivo, la verifica probabilistica può arrestarsi su soglie meno elevate di accertamento controfattuale», Cass., 19 maggio 2006, n. 11755, in *DeJure*, nello stesso senso cfr. anche Cass., 18 aprile 2005, n. 7997, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 1136. In un primo momento la giurisprudenza aveva pedissequamente adottato i criteri elaborati dalla sentenza *Franzese*, cfr. Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1239 ed in *Riv. it. medicina legale*, 2004, 789; Cass., 23 settembre 2004, n. 19133, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1239.

⁶² Per una trattazione generale sul punto cfr. M. CAPECCHI, *Nesso di causalità e perdita di chances: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili*, cit.

intendersi come la perdita di utilità facente seguito alla lesione del bene giuridico protetto.

Ne deriva che duplice è il nesso di causalità: l'uno che lega la condotta all'evento, c.d. *causalità materiale*; l'altro che lega l'evento al prodursi delle conseguenze dannose, c.d. *causalità giuridica*⁶³.

Se presupposto della prescrizione è la conoscenza e se questa riguarda l'addebitabilità di conseguenze pregiudizievoli ad un determinato soggetto, è evidente che la conoscenza deve riguardare entrambi i nessi di causalità.

Al fine dell'accertamento, le Sezioni unite indicano una serie di regole che guidano l'interprete⁶⁴.

- a) «Un evento da considerare causa di un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo»;
- b) «il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'articolo 41 c.p. in base al quale vanno alla produzione dell'evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova il suo temperamento del principio della causalità efficiente»;
- c) La relazione causale accertata ai sensi dei punti a) e b) «non è sufficiente per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimile, ma si presentino come effetto non del

⁶³ Quanto espresso dalla Cassazione richiama in buona sostanza il pensiero di M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* (diretto da M. Franzoni), II ediz., Milano, 2010, pp. 61 e ss. L'Autore muove dalle osservazioni di G. GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 405 e A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 213 e p. 239, ripresa anche da C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1988, p. 1084 e ss. Sulla stessa linea anche G. VISINTINI, *La nozione giuridica di danno. Le teorie causali: causalità di fatto e causalità giuridica*, in G. Visintini (a cura di), *I fatti illeciti*, III, *Causalità e danno*, Padova, 1999.

Vanno altresì segnalate le teorie che ricostruiscono il nesso causale in termini unitari, v. G. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Alpa, Milano, 1999, p. 606 il quale muove dal pensiero di F. CARNELUTTI, "Perseverare diabolicum" (*A proposito del limite della responsabilità per danni*), in *Foro it.*, 1952, IV, 97 e P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità*, Padova, 1960.

⁶⁴ Si tratta di principi isolati da M. CAPECCHI, *Nesso di causalità perdita di chances: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili*, cit., p. 154

tutto imprevedibile secondo il principio della c.d. causalità adeguata o quell'assimilare della c.d. regolarità causale»;

- d) «per la teoria della regolarità causale, ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta attiva o passiva che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendosi in tal modo la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili», secondo una valutazione da compiersi *ex ante* e *in astratto*, cioè secondo le migliori conoscenze scientifiche del momento;
- e) la valutazione del dato statistico deve essere compiuta secondo criteri differenti da quelli utilizzati in ambito penale perché in tale sede vige la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio» mentre, nel giudizio civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del «più probabile che non»;
- f) «lo standard di “certezza probabilistica” in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato, riconducendone il grado di fondatezza all'ambito degli elementi di conferma (e nel contempo di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana).nello schema generale della probabilità come relazione logica va determinata l'attendibilità dell'ipotesi sulla base dei relativi elementi di conferma».

Ai fini della prescrizione, qualora il nesso di causalità non venga conosciuto, il termine di prescrizione non potrà decorrere.

Così chiarito l'oggetto della conoscenza, resta un ulteriore nodo da sciogliere: le modalità attraverso cui la conoscenza si deve perfezionare.

2.3.2. Le conoscenze scientifiche dell'epoca ed il dovere di diligenza.

Finora si è parlato di conoscenza. Bisogna, ora, chiedersi se vi siano ipotesi in cui, pur in mancanza di una precisa conoscenza da parte del danneggiato, la prescrizione possa comunque cominciare a decorrere.

La questione evidenzia un rischio: parametrare l'*exordium praescriptionis* a criteri esclusivamente soggettivi implica, di fatto, lasciare nella mera disponibilità del creditore la gestione dei limiti temporali del rimedio.

Ciò comporterebbe, evidentemente, un pregiudizio in capo al debitore che rischierebbe di dover rispondere del danno cagionato per un periodo di tempo indeterminabile.

Da qui, l'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità, da sottoporre a precisi limiti.

Questi hanno carattere oggettivo, l'uno interno e l'altro esterno al soggetto: da un lato, il parametro dell'ordinaria diligenza e, dall'altro, il livello di conoscenze scientifiche dell'epoca, senza che il giudice sia chiamato a svolgere indagini di carattere psicologico.

In particolare, il requisito delle *comuni conoscenze scientifiche* andrà apprezzato «in relazione alla comune conoscenza scientifica che in merito a tale patologia era ragionevole richiedere in una data epoca ai soggetti cui si è rivolta (o avrebbe dovuto rivolgersi la persona lesa)⁶⁵.

Il requisito della *diligenza*, invece, è quello che consente di rispondere alla questione formulata poco sopra. La *diligenza*, infatti, riguarda un obbligo in capo al danneggiato stesso di doversi informare adeguatamente. Per converso, la negligente mancanza nell'informarsi viene colpita con la pratica equiparazione del dover conoscere alla effettiva conoscenza: quando la parte doveva conoscere le circostanze del dovere altrui, è poi indifferente che

⁶⁵ Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, cit. Non rileverà invece il soggetto leso, in relazione al quale l'ordinaria diligenza dell'uomo medio si esaurisce con il portarlo presso una struttura sanitaria per gli accertamenti sui fenomeni patologici avvertiti.

un'effettiva conoscenza ci sia stata e la prescrizione potrà comunque cominciare a decorrere.

La soluzione non risolve il problema ma lo sposta alle modalità di adempimento del dovere di conoscenza.

Il riferimento alla *diligenza* serve a stabilire se nell'adempimento del dovere indicato la parte abbia impiegato la cura, l'attenzione e le competenze necessarie richieste⁶⁶.

A tal fine il giudizio deve essere calibrato sullo specifico contesto in cui si svolge il rapporto e, pertanto, ha una valenza concreta.

Quello che rimane fuori sono fattori che appartengono alla sfera esclusivamente personale dell'interessato.

Ciò, comunque, non esclude la rilevanza di circostanze soggettive, quali, ad esempio, l'età, il sesso, la nazionalità, la professione, la posizione socio-economica del soggetto e qualsiasi altro elemento idoneo e funzionale a isolare una categoria soggettiva⁶⁷.

Il dovere di conoscenza e la sua graduazione sulla base del criterio dell'ordinaria diligenza non fa appello ad una dimensione soggettiva bensì implica un parametro necessariamente oggettivo, sebbene questo sia calibrato alla categoria di soggetto cui l'operatore appartiene.

L'ordinaria diligenza, quindi, non è assoluta ma vive in una dimensione oggettivamente conoscibile e seriamente valutabile⁶⁸.

Sotto il profilo dell'organo giudicante, la rilevanza dell'elemento soggettivo, come appena descritto, dovrà comportare una rigorosa analisi da parte del

⁶⁶ Sul concetto di diligenza v. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968. Cfr. anche S. RODOTÀ, voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 539; C.M. Bianca, voce *Negligenza*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 190; A. RAVAZZONI, voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Ist. Enc. it., Roma, 1989; G. D'AMICO, voce *Negligenza*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 24; R. PARTISANI, *La clausola di diligenza ex art. 1176 c.c.*, in *Aa. Vv.*, *Le obbligazioni. 1. Le obbligazioni in generale (1173-1320)*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, p. 153

⁶⁷ Da ultimo, F. ADDIS, *Il §321 BGB*, relazione tenuta in occasione del seminario *I 10 anni della Schuldrechtsmodernisierung*, Montepulciano, 14-15 settembre 2012, atti in corso di pubblicazione. Sul punto v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.

⁶⁸ Cfr. F. ADDIS, *Il §321 BGB*, relazione tenuta in occasione del seminario *I 10 anni della Schuldrechtsmodernisierung*, cit.

giudice di merito sul contenuto della diligenza esigibile dalla vittima nel caso di specie, ovvero (a) sulle informazioni che erano in suo possesso o (b) alle quali doveva essere messa in condizioni di accedere o, ancora, (c) che doveva attivarsi per procurarsi.

Parimenti, dovrà essere accuratamente ricostruito, ai fini di una motivazione corretta e completa in punto di prescrizione, lo stato delle conoscenze scientifiche dell'epoca onde riscontrare se gli effetti pregiudizievoli di una determinata condotta fossero noti alla comunità scientifica e se questi fossero stati divulgati al pubblico.

Questa ricostruzione, mutuata da un orientamento dottrinario maggioritario⁶⁹, non è andata esente da critiche.

Secondo una parte minoritaria, ma autorevole, della dottrina, il *dies a quo* dovrebbe essere individuato nel momento stesso in cui è stata posta in essere la condotta illecita, anche se il danno è emerso in un momento successivo⁷⁰.

La critica muove da differenti presupposti. A differenza della Cassazione, che legge l'art 2935 c.c. e 2947 c.c. in termini di complementarità, secondo questa differente ricostruzione le norme stanno tra loro in un rapporto di specialità.

Da qui, la diversità di conseguenze. Il riferimento contenuto al *fatto* è lo stesso riferimento di cui all'*incipit* dell'art. 2043 c.c. e non può essere qualcosa di diverso da questo. Argomentare diversamente si pone contro la *ratio* della norma, «imponendo di mantenere la memoria, e le prove, per qualsivoglia attività per un periodo indefinito di tempo».

Questo aspetto, anziché danneggiare la posizione del debitore semmai pregiudica la posizione del creditore il quale, per provare il suo diritto in

⁶⁹ G. AZZARITI – G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1977, p. 201; M. BONA, *Prescrizione e dies a quo nel danno alla persona*, cit., p. 605; M. ROSELLI – P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1999, p. 431; P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. Schlesinger*, I, Milano, 1990, p. 106; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, p. 789; U. IZZO, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolattente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 853; I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolattente*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 847.

⁷⁰ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit.

giudizio, si dovrà appoggiare ad un quadro probatorio probabilmente meno nitido⁷¹.

L'obiezione, da un lato, convince se si considera che nell'ambito della responsabilità aquiliana il danneggiato che agisca in giudizio domandando il risarcimento del danno dovrà provare condotta, nesso di causalità materiale, evento, nesso di causalità giuridica e conseguenze pregiudizievoli.

D'altra parte, il dubbio risulta meno fondato nell'ambito della responsabilità medica, ove le domande di risarcimento del danno si fondano su forme di responsabilità ricondotte alle regole contrattuali⁷².

L'adozione di questo modello di responsabilità, da una parte, è maggiormente aderente al dato concreto, dall'altra, non crea disparità di trattamento tra chi abbia stipulato un contratto con un determinato medico e chi, ricoverato in una struttura sanitaria, sia stato sottoposto ad un intervento ad opera di un medico dipendente dalla struttura.

Al di là di questa critica, isolata nel panorama dottrinale, la sentenza ha il pregio di mettere in evidenza un nuovo approccio, con cui l'interprete si deve misurare.

Le sezioni unite mettono il suggello definitivo alla rilevanza della conoscenza, nei termini sopra precisati, perché la prescrizione possa iniziare a decorrere: al fine di tutelare l'effettività del rimedio risarcitorio.

⁷¹ U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit.

⁷² C.d. responsabilità da contatto sociale, cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 598 con i commenti di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294; G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1003; M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 679 ss; B. DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur. merito*, 1999, p. 1152; F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, p. 3332; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 446; F. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1194; A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *NGCC*, 2000, p. 334; F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale"*, in *Giur. it.*, 2000, p. 740.

2.4. Aggravamento ed insorgere di nuovi danni.

Nell'ambito della disciplina appena esposta, menzione separata meritano le ipotesi di aggravamento del danno già cagionato e l'insorgenza di nuovi danni scaturenti dalla medesima condotta.

Con riferimento alla prima, non inizierà a decorrere un nuovo termine di prescrizione e l'aggravamento del danno, al di fuori del secondo comma dell'art. 1227 c.c., potrà incidere esclusivamente sulla misura del risarcimento.

Differente è il caso di un fatto illecito di natura tale da determinare in progresso di tempo conseguenze dannose distinte e tali da non poter essere considerate come un successivo aggravamento di quelle originarie. L'inizio della prescrizione per dette successive conseguenze inizia a decorrere dal momento in cui queste si sono realizzate⁷³.

Ciò, non toglie che, ove il danneggiato, nel frattempo, sia rimasto inerte, possano prodursi gli effetti della prescrizione per le conseguenze dannose manifestatesi in precedenza.

È evidente il problema di distinguere tra aggravamento del danno ed insorgenza di nuovi danni il quale sarà, per forza di cose, rimesso al prudente apprezzamento del giudice.

3. **Obbligazioni derivanti da fatto illecito. Se il comportamento illecito costituisce anche reato, il concorso con l'azione penale.**

Ai sensi dell'art. 2947 c.c., «in ogni caso, se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile».

⁷³ Cass., 6 marzo 1969, n. 733 e più di recente Cass., sez. un., 3 marzo 2010, n. 5023, in *DeJure*; Cass., 11 gennaio 2008, n. 580, cit.; Cass., 10 gennaio 2008, n. 236, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 1657; Cass., 7 novembre 2005, n. 21500, in *DeJure*; Cass., 2 aprile 2004, n. 6515, in *DeJure*; Cass., 10 giugno 2000, n. 7937, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2771.

La norma è stata oggetto di un annoso contrasto giurisprudenziale riguardante la durata del rimedio risarcitorio, quando il fatto fonte di responsabilità extracontrattuale integri anche gli estremi di un reato perseguibile a querela di parte, ma questa non sia stata presentata in tempo utile.

Poiché la norma sul punto non offre alcuna indicazione, due erano le soluzioni seguite.

Secondo un primo orientamento⁷⁴, maggioritario, era da ritenersi applicabile il termine breve di cui al I comma dell'art. 2947, non essendo intervenuta nessuna sentenza sul merito ed essendosi il reato estinto per una causa diversa dalla prescrizione⁷⁵.

Secondo un diverso orientamento⁷⁶, il termine di prescrizione sarebbe quello dell'art. 2947, III co., e decorrerebbe dalla data del fatto.

Quest'altra soluzione muoveva da una interpretazione dell'espressione «se il fatto è considerato dalla legge come reato» nei termini della possibilità di accertamento *incidenter tantum* dell'illecito penale da parte del giudice civile, senza la necessità di una sentenza di merito. Vale a dire, a prescindere dall'esistenza di una delle condizioni di punibilità, la semplice configurabilità del reato era sufficiente per l'applicazione di un termine prescrizionale più lungo.

⁷⁴ Cfr. Cass., 29 agosto 1962, n. 2695, in *Riv. giur. civ. e trasp.*, 1963, p. 1668, ripreso più di recente da Cass., 12 giugno 1999, n. 5821, in *Arch. Civ.*, 2000, p. 442 e da Cass., 28 luglio 2000, n. 9928, in *DeJure*. In dottrina cfr. M. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1964, p. 308; FRONTINI, *Prescrizioni brevi e necessaria identità tra illecito penale e civile ex art. 2047 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 2861; TRICOLI, *Lesioni personali da incidente stradale e prescrizione del diritto al risarcimento del danno in mancanza di querela*, in *Assicurazioni*, 1990, II, p. 35 e ss.; CAVATORTA, *Durata e decorrenza della prescrizione nel caso di reato non perseguibile per mancanza di querela*, in *Arch. resp. civ.*, 1967, p. 1071; TORO, *Prescrizione del diritto al risarcimento del danno e reato non punibile per mancanza di querela*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 397; GENTILE, *Rapporti fra la prescrizione civile e la prescrizione penale nell'azione di risarcimento danni*, in *Resp. civ. e prev.*, 1955, p. 354

⁷⁵ V. art. 129 c.p.c. e art. 529 c.p.c.

⁷⁶ Cfr. Cass., 7 marzo 1969, n. 748, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1113; Cass., 22 dicembre 1977, n. 5704, in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 933; Cass., 12 luglio 1999, n. 7344, in *Dir. ed econ. assicuraz.*, 2000, p. 961; Cass., 10 giugno 1999, n. 5701, in *DeJure*. In dottrina cfr. E. MOSCATI, *Illecito civile e reato perseguibile a querela di parte: decreto di archiviazione per difetto di querela; prescrizione dell'azione civile*, in *Giust. civ.*, 1966, p. 736; CIRAOLO, *Sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito previsto dalla legge come reato*, in *Resp. civ.*, 1988, p. 318 e ss.

La tesi si fondava su un orientamento maturato in materia di risarcibilità del danno morale. Ai sensi dell'art. 185 c.p., «ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui».

In questo caso, secondo la giurisprudenza di legittimità⁷⁷, l'accertamento della fattispecie penale poteva avvenire anche in via incidentale, quando nel concreto si fosse ravvisato che l'azione penale non fosse più esercitabile.

Tuttavia –qui l'obiezione– se questo è valido ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale, non implica un'analogia ai fini della determinabilità della durata della prescrizione.

Le Sezioni unite⁷⁸, dapprima, hanno dato continuità all'orientamento maggioritario (il primo), muovendo dalla *ratio* dell'art. 2947 c.c.: evitare che la vittima resti priva di azione in conseguenza del tempo più lungo per l'accertamento del reato in sede penale.

Ora le conseguenze.

Se il reato è perseguibile a querela e questa non è stata presentata, il principio dell'assimilazione della prescrizione civile a quella penale non trova applicazione⁷⁹.

Ne deriva che, in tale ipotesi, non avendo il danneggiato manifestato un interesse ad iniziare un procedimento penale, non avrebbe senso accordargli un termine più lungo⁸⁰.

⁷⁷ Cass., 30 giugno 2005, n. 13972, in *DeJure*; Cass., 19 febbraio 2002, n. 2380, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2486; Cass., 9 ottobre 2000, n. 13425, in *DeJure*; Cass., 15 novembre 1996, n. 10015, in *DeJure*.

⁷⁸ Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5121, in *Dir. e giust.*, 2002, 19, 18, con nota di M. ROSSETTI, *Prescrizione breve se non c'è querela*; in *Danno e resp.*, 2002, 831, con nota di F. AGNINO, *Mancata presentazione di querela e termine di prescrizione per l'azione civile*; in *Foro it.*, 2002, I, 2402; in *Giur. it.*, 2002, 1825; in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1363 con nota di M.D. FEOLA, *Il termine di prescrizione nell'azione per il risarcimento del danno da reato perseguibile a querela: il punto d'arrivo delle Sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2002, p. 1173, con nota di F. CAVONE, *La proposizione della querela allunga il termine (breve) di prescrizione del diritto al risarcimento del danno*.

⁷⁹ «Questa essendo la *ratio* dell'eccezionale assimilazione della prescrizione civile a quella, eventualmente più lunga, prevista per il fatto-reato, è di tutta evidenza che siffatta esigenza viene meno nell'ipotesi in cui la querela, necessaria per la perseguibilità concreta dell'illecito penale, non sia stata proposta perché, non essendo mai stato avviato un procedimento, è escluso il rischio che il diritto risarcitorio del soggetto danneggiato possa estinguersi, *medio tempore*, per effetto della normale prescrizione biennale», Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5121, cit.

La decisione è stata, tuttavia, sconfessata da un altro intervento delle Sezioni unite nel 2008, dando continuità alla vecchia tesi minoritaria: l'improcedibilità del reato non precluderebbe al danneggiato la possibilità di beneficiare del più lungo termine prescrizione previsto dalla legge penale, che decorrerebbe dalla data in cui è stato commesso il fatto fonte, allo stesso tempo, di responsabilità aquiliana e penale⁸¹.

La pronuncia muove da alcune incongruenze applicative a seguito del primo intervento delle Sezioni unite.

In primo luogo, si riscontrava una diversità fra il trattamento riservato all'azione di risarcimento danni derivati da fatto illecito costituente reato perseguibile a querela e quello per reati perseguibili d'ufficio.

A differenza della prima ipotesi ove Sezioni semplici e giudici di merito si sono allineate al *diktat* delle Sezioni unite, per quanto riguardava i reati non perseguibili a querela, gli stessi giudici hanno continuato a seguire l'indirizzo opposto⁸², subordinando l'applicazione di un termine prescrizione più lungo ad un accertamento *incidenter tantum* della fattispecie penale da parte del Giudice civile.

La pronuncia offre un'interpretazione differente della locuzione «se il fatto è considerato dalla legge come reato», staccandosi dalla *ratio* della norma su cui avevano fatto leva le precedenti Sezioni Unite e privilegiando un'interpretazione ancorata a criteri storici e letterali⁸³.

L'intenzione del legislatore del 1942 era preferire l'accertamento del fatto in sede penale, da un lato per il superiore interesse dello Stato alla punizione del

⁸⁰ «a fronte se non proprio di una volontà contraria all'esercizio dell'azione penale, quantomeno di un disinteresse così manifestato implicitamente del danneggiato, non avrebbe alcun senso accordargli il favore di un più lungo termine di prescrizione, essendo la querela una condizione di procedibilità *sui generis*, dipendente in via esclusiva dalla sola volontà dell'interessato. Ne consegue che, ove non sia stata proposta, deve trovare applicazione la prescrizione biennale di cui al comma II dell'articolo 2947 c.c.», Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5121, cit.

⁸¹ Cass., sez. un., 18 novembre 2008, n. 27377, in *Foro it.*, 2009, I, c. 767; in *La resp. civ.*, 2009, p. 513; in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1899

⁸² Secondo il quale il più lungo termine di prescrizione previsto dalla legge penale si estenderebbe al diritto al risarcimento del danno, a prescindere dalla promozione dell'azione stessa. Cfr. Cass., 19 gennaio 2007, n. 1206, in *DeJure*.

⁸³ L'osservazione è di V. CARDANO, *Prescrizione del diritto al risarcimento del danno nascente da reato perseguibile a querela di parte*, in *La resp. civ.*, 2009, 6, p. 513

reo, dall'altro all'esigenza di unitarietà della giurisdizione che impone di scongiurare il pericolo di giudicati contrastanti.

Tuttavia, tale *ratio* non è più da considerarsi attuale, essendo mutati i rapporti tra azione civile ed azione penale⁸⁴: «dalla configurazione unitaria della giurisdizione, nella quale ciascun ordine si rapporta come *species* a *genus*, il sistema inquisitorio, adottato dal c.p.p. 1930, ritraeva il principio della priorità e del primato della giurisdizione penale e della sua pregiudizialità sugli altri processi».

Dalla stessa premessa di unitarietà della giurisdizione, che si ritrova nel sistema costituzionale (artt. 101 - 113 Cost.), il vigente cod. proc. pen., ispirato al principio accusatorio, deduce la parità ed originarietà dei diversi ordini giurisdizionali e la sostanziale autonomia e separazione dei giudizi⁸⁵.

Semplificando: da un lato, il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale; dall'altro, il Giudice civile deve procedere ad un autonomo accertamento dei fatti⁸⁶.

Due applicazioni pratiche ne danno conferma.

Esaminando il puro dato normativo, con il nuovo art. 75 c.p.p. è venuta meno la pregiudiziale penale: ad eccezione di determinate ipotesi (art. 75, III co., c.p.p.), il giudice civile può sempre accertare la responsabilità aquiliana del

⁸⁴ L'art. 75 c.p.p., rubricato rapporti tra azione civile ed azione penale, regola l'ipotesi in cui non sia ancora intervenuta sentenza irrevocabile e le due azioni possano concorrere, prevedendo tre fattispecie:

1. L'azione proposta davanti al giudice civile può essere trasferita nel processo penale fin tanto che in sede civile non sia stata pronunciata una sentenza di merito, anche non passata in giudicato; tale trasferimento comporta la rinuncia agli atti del giudizio civile
2. L'azione civile prosegue in sede civile, se non viene trasferita in sede penale, ovvero se è iniziata quando non è più possibile la costituzione di parte civile
3. Se l'azione è proposta in sede civile nei confronti dell'imputato dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, il giudizio civile deve essere sospeso fino alla pronuncia della sentenza definitiva.

Sotto il profilo probatorio, al giudice non dovrebbe essere preclusa la possibilità di poter utilizzare le prove raccolte nel processo penale; tuttavia, queste possono essere oggetto di una valutazione diversa rispetto a quella fornita dal giudice penale.

Tale norma si distingue dagli art. 651 c.p.p. e ss., i quali prendono in considerazione l'ipotesi in cui una sentenza penale irrevocabile sia già intervenuta.

⁸⁵ Cass., 3 dicembre 2002, n. 17166, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2315. Sull'autonomia del giudizio civile da quello penale cfr. A. GALLIONE – S. MACCIONI, *Il danno e il reato*, Padova, 2000, p. 247; V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, p. 132 e ss.; G. ICHINO, *La parte civile nel processo penale*, Padova, 1989.

⁸⁶ *Ex multis*, Cass., 10 agosto 2004, n. 15477, in *DeJure*; Cass. 9 aprile 2003, n. 5530, in *DeJure*; Cass. S.U., ord., 5 novembre 2001, n. 13682, in *DeJure*.

danneggiante, anche quando questo sia imputato per il medesimo fatto in un procedimento penale⁸⁷.

In secondo luogo, secondo una giurisprudenza ormai consolidata, il Giudice civile può avvalersi di qualsiasi strumento proprio del rito civile, comprese le presunzioni di colpevolezza e le prove legali, ai fini dell'accertamento dell'esistenza del fatto considerato dalla legge come reato⁸⁸.

Da qui, la *pars costruens* che, svincolando l'art. 2947 c.c. da letture processuali, muove dalla asserzione per cui un più lungo termine di prescrizione può essere invocato da qualunque soggetto danneggiato dal reato, a prescindere dal fatto che sia titolare o meno del diritto di proporre querela.

Infatti, a livello teorico, il numero dei soggetti titolari del potere di proporre querela è più ristretto rispetto ai potenziali danneggiati da una condotta civilmente illecita⁸⁹.

Pertanto, sarebbe palesemente irragionevole, oltre che lesivo del diritto di difesa, far ricadere conseguenze negative a carico di un soggetto per ritardi o omissioni di altri⁹⁰ e perciò del tutto estranei alla sfera di disponibilità del primo⁹¹.

In conclusione, se l'illecito civile è considerato dalla legge come reato procedibile a querela ma questa non sia stata presentata, il Giudice può

⁸⁷ Cfr. Cass., sez. un., 5 novembre 2001, n. 13682, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2209

⁸⁸ Mezzi probatori che non possono essere utilizzati nel giudizio penale, attesa la diversità di valori che caratterizzano quest'ultimo e la conseguente necessità di giungere ad un accertamento che superi il ragionevole dubbio. Cfr. Cass., 31 maggio 2005, n. 11609, in *Riv. it. medicina legale*, 2006, p. 693; Cass., 12 maggio 2003, n. 7281, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2274; C. Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.*, 2003, p. 1777; in *Dir. e Formazione*, 2003, p. 1177; in *Dir. e giust.*, 2003, 29, 42; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1036. In dottrina v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.

⁸⁹ Ne consegue che «vincolare l'applicabilità di tale più lungo termine prescrizione alla procedibilità dell'azione penale, e quindi, come nel caso in esame, alla presentazione della querela, significherebbe condizionare il diritto di chi sia stato danneggiato da reato, ma non sia il titolare del diritto di querela, per non essere il titolare del bene giuridico tutelato dalla norma penale, all'iniziativa di quest'ultimo, quanto meno sotto il profilo del termine prescrizione», Cass., sez. un., 18 novembre 2008, n. 27377, cit.

⁹⁰ Titolari del potere di proporre querela

⁹¹ Cfr. C. Cost., 26 novembre 2002, n. 477. Si pensi ad esempio al caso dello scontro tra automobili, la cui responsabilità sia esclusivamente addebitabile a solo uno dei conducenti. Qualora i famigliari dell'altro conducente, a seguito del danno subito dal congiunto, perdessero una fonte di reddito, non avrebbero giuridicamente titolo per proporre querela. Seguendo l'orientamento delle Sezioni unite del 2002, se il danneggiato non proponesse querela, i famigliari verrebbero ingiustificatamente pregiudicati in quanto la loro domanda di risarcimento sarebbe sottoposta ad un termine di prescrizione più breve.

accertare *incidenter tantum* l'esistenza del reato ed applicare l'eventuale più lungo termine di prescrizione.

Naturalmente, tale accertamento non sarà coperto da giudicato e si svilupperà tramite gli strumenti ed i criteri probatori tipici del giudizio in corso⁹².

Un'ultima notazione riguarda la decorrenza. Nonostante il fatto penale cominci con l'azione e si perfezioni con la lesione del bene giuridico protetto, rilevando le conseguenze sotto il profilo della commisurazione della pena e delle circostanze, ciò non muta le regole di decorrenza in materia civile.

Infatti, anche qualora l'illecito civile dovesse essere considerato dalla legge come reato, il termine più lungo esordisce comunque con riferimento al momento in cui il soggetto danneggiato abbia avuto (o avrebbe dovuto avere, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche) sufficiente conoscenza della rapportabilità causale del danno lamentato⁹³.

Sebbene al momento sia da ritenersi questo l'orientamento dominante e non si riscontrano pronunce di legittimità in senso contrario⁹⁴, un aspetto rimane ancora dubbio.

Se la *ratio* della norma non è più quella indicata nella sentenza del 2002 perché sono mutati i rapporti tra azione penale ed azione civile, quali sono le ragioni che la giustificano -oggi- nel Codice civile?

Una cosa è certa: esaminando la questione sotto il profilo degli effetti, il danneggiato può beneficiare di un termine di prescrizione più lungo, a detrimento evidentemente del responsabile civile.

⁹² «Nel caso in cui l'illecito civile sia considerato dalla legge come reato, ma il giudizio penale non sia stato promosso, anche se per mancata presentazione della querela, l'eventuale, più lunga prescrizione prevista per il reato, si applica anche all'azione di risarcimento, a condizione che il giudice civile accerti, *incidenter tantum*, e con gli strumenti probatori ed i criteri propri del procedimento civile, la sussistenza di una fattispecie che integri gli estremi di un fatto - reato in tutti i suoi elementi costitutivi, soggettivi ed oggettivi, e la prescrizione stessa decorre dalla data del fatto, atteso che la chiara lettera dell'art. 2947 c.c., comma 3, a tenore della quale "se il fatto è considerato dalla legge come reato", non consente la differente interpretazione, secondo cui tale maggiore termine sia da porre in relazione con la procedibilità del reato», Cass., sez. un., 18 novembre 2008, n. 27377, cit.

⁹³ Cass., sez. un., 18 novembre 2008, n. 27377, cit.

⁹⁴ Cfr. tra le più recenti Cass., 15 maggio 2012, n. 7543, in *DeJure*; Cass., 14 novembre 2011, n. 23795, in *DeJure*; Cass., 20 luglio 2011, n. 15883, in *DeJure*; Cass., 23 settembre 2010, n. 20111, in *DeJure*.

Prendendo ad esempio l'ipotesi di un incidente stradale dal quale derivano danni alla persona, la medesima fattispecie può integrare anche il reato di lesioni colpose per il quale l'art. 157 c.p. prevede un termine di prescrizione di sei anni.

Se rientra nella facoltà del giudice accertare *incidenter tantum* l'esistenza della fattispecie criminosa, la vittima del sinistro può beneficiare di un termine di prescrizione di sei anni anziché biennale, come indicato dal secondo comma dell'art. 2947⁹⁵.

Diversamente, se per il reato è previsto un termine di prescrizione più breve, questo non si estende anche all'illecito civile, per il quale troverà comunque applicazione la regola di cui al primo comma dell'art. 2947 c.c., 5 anni.

Di conseguenza, se la regola in origine era dettata per mantenere una continuità tra azione civile ed azione penale, e ciò si riverberava in una posizione di vantaggio riconosciuta al creditore, oggi è rimasto solo quest'ultimo aspetto.

Come si è visto, entrambe le scelte possono essere percorribili, al punto che si ravvisa un contrasto in seno alla giurisprudenza delle stesse Sezioni unite.

Risulta, di conseguenza, difficile rilasciare un giudizio sulla correttezza dell'una o dell'altra impostazione.

A parere di chi scrive, sembra maggiormente convincente l'impostazione che nega rilevanza alla presentazione della querela.

Oltre ai motivi già indicati dalle Sezioni unite nel 2008⁹⁶, si portano all'attenzione due ulteriori ragioni.

La prima. A differenza dell'illecito civile che ha funzione compensativa e la domanda di risarcimento del danno è ammissibile solo nella misura in cui la lesione di un interesse protetto dall'ordinamento abbia prodotto conseguenze dannose nella sfera giuridica di un soggetto, nell'illecito penale, avendo questo funzione punitiva, la valutazione del giudice si fermerà al nesso di causalità che

⁹⁵ È Questo il caso da cui muove Cass., sez. un., 18 novembre 2008, n. 27377, cit.

⁹⁶ Violazione del principio di uguaglianza e separatezza dei procedimenti.

lega la condotta alla lesione del bene giuridico. Le eventuali conseguenze rileveranno o come circostanze aggravanti o attenuati oppure ai fini di commisurazione della pena. Ed è in questo sistema, radicalmente diverso dal civile, che la querela trova una giustificazione.

A fronte del principio dell'autonomia delle giurisdizioni, la proposizione di una querela non avrebbe alcun rilievo nell'ambito del giudizio civile, essendo questo svincolato per finalità e struttura da quello penale.

La seconda. Un ulteriore elemento che giustifica il *revirement* del 2008 attiene a ragioni di politica del diritto.

È noto che il processo penale è sottoposto a costi più contenuti⁹⁷ e tempi spesso più rapidi⁹⁸. Inoltre, sebbene l'onere probatorio sia più difficile, l'attività di indagine è condotta dal Pubblico Ministero.

È, quindi, evidente che, una volta instaurato il giudizio, sarà molto più agevole per il danneggiato costituirsi parte civile e domandare il risarcimento del danno.

Se poi la liquidazione non dovesse essere soddisfacente, basterà promuovere un successivo procedimento civile per il residuo, essendoci già un giudicato che accerta il fatto.

Il procedimento civile, invece, ha tempistiche più lunghe e costi più alti. Dall'altra parte, però, l'onere probatorio è molto più agevole ed è rimesso all'iniziativa del danneggiato, il quale non deve sottostare alle valutazioni del Pubblico Ministero.

In questo quadro può essere letto l'art. 2947: l'estensione della più lunga prescrizione penale in ambito civile, potrebbe avere la funzione di riequilibrare i costi ed i benefici dei due procedimenti o, comunque, di deflazionare il contenzioso penale.

⁹⁷ Ad eccezione della tariffa per la prestazione dell'avvocato, i costi per la presentazione della querela sono di € 3,54, nettamente inferiori rispetto al contributo unificato.

⁹⁸ I grafici sono reperibili alla sezione 'giustizia' del sito internet Istat.

Muovendo dalla funzione compensativa che caratterizza la responsabilità civile, un allungamento dei termini di prescrizione implica una maggiore attenzione sulla parte danneggiata, a discapito del danneggiante.

Tuttavia, ciò non deve essere interpretato in termini negativi e questo non per ragioni solidaristiche.

Nella maggior parte dei casi, la domanda di risarcimento del danno derivante da illecito extracontrattuale coinvolge tre soggetti: oltre al danneggiato ed al danneggiante, anche la compagnia di assicurazioni per la responsabilità civile.

Di conseguenza, considerata la facile solvibilità di quest'ultima a fronte di un modesto sacrificio da parte dell'assicurato, la scelta di privilegiare la posizione del danneggiato rende più efficiente la funzione compensativa sottesa alla disciplina della responsabilità civile, senza incidere significativamente sul patrimonio del debitore.

Al di là delle opinioni personali, un tratto accomuna entrambi gli orientamenti riportati. Pur parlando di prescrizione, in nessuno degli apparati motivazionali delle due sentenze si fa riferimento ad astratte esigenze di ordine pubblico e di certezza del diritto.

La questione, pur nelle sue differenti interpretazioni, è sempre impostata nei termini di durata del rimedio nel tempo, nell'ottica di tutela dei soggetti che, a seguito di un illecito, hanno subito un pregiudizio: in un caso, vigente il principio di unitarietà della giurisdizione, affinché l'azione penale non pregiudichi il buon esito dell'azione civile; nell'altro, per non discriminare i soggetti danneggiati dal reato.

In altri termini, si cerca di dare una risposta ad un problema di effettività del rimedio.

3.1. Danno lungolatente ed illecito civile qualificato anche come illecito penale, un esempio concreto: il caso C.I.R. – Fininvest

La giurisprudenza di merito, in una importante sentenza resa dalla Corte d'Appello di Milano⁹⁹, si è occupata della durata e dell'*exordium praescriptionis* nell'ipotesi di un fatto illecito considerato dalla legge come reato.

I fatti sono noti alle cronache ma è opportuno riassumerli brevemente. C.I.R. conveniva in giudizio Fininvest per sentirla condannare al risarcimento dei danni subiti a seguito della corruzione del Giudice Metta, membro della Corte d'Appello di Roma, il quale, nell'emanazione di una sentenza che decideva sulla impugnazione di un lodo arbitrale (c.d. *Lodo Mondadori*), avrebbe favorito Fininvest.

La questione si inserisce nella controversia relativa all'acquisizione del controllo editoriale del gruppo editoriale L'Espresso – Mondadori.

L'antefatto è il seguente.

La famiglia Formenton, titolare di una partecipazione azionaria nel menzionato gruppo, si era accordata per cedere in permuta la propria quota a C.I.R., prevedendo altresì una clausola compromissoria che rimettesse qualunque decisione ad un collegio arbitrale che avrebbe deciso secondo equità.

Semplificando, la famiglia Formenton, non rispettando l'accordo preso, si accordava con Fininvest per la cessione della medesima partecipazione già promessa al gruppo controllato dall'Ing. De Benedetti.

Stante l'inadempimento, veniva fatta valere la clausola compromissoria e, costituitosi il Collegio arbitrale, C.I.R. otteneva un lodo ad essa favorevole, il quale veniva successivamente impugnato innanzi alla Corte d'Appello romana.

⁹⁹ CA Milano, 4 marzo 2011, *Fininvest/CIR*, per un commento v. G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento di posizione negoziale*, in *Resp. civ. prev.*, 9, 2011, p. 1807 ss.

Durante il Giudizio in Corte d'Appello, uno dei giudici veniva corrotto dall'Avv. Cesare Previti, uomo di fiducia di Fininvest, e la sentenza dichiarava la nullità del lodo.

C.I.R., all'oscuro del reato, ricorreva per Cassazione, portando contestualmente avanti trattative per definire la controversia in via transattiva.

La lite veniva composta in via stragiudiziale in data 29 aprile 1991, con contestuale abbandono del giudizio in Cassazione.

Tuttavia, confrontando l'accordo con altri tentativi portati avanti prima della sentenza d'appello, questi ultimi risultavano assai più favorevoli per C.I.R.

Da qui, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che accertava la corruzione del Giudice Metta, membro del Collegio d'Appello, la domanda di risarcimento danni in sede civile.

Tra le difese proposte da Fininvest, una è l'eccezione di prescrizione.

Nel decidere su questo aspetto, i Giudici di Milano fanno applicazione dei principi enunciati dalla Cassazione in materia di danno lungo latente e fatto illecito che costituisce al contempo anche reato.

Secondo Fininvest, essendo la citazione stata notificata in data 6 aprile 2004, la domanda è da ritenersi già prescritta: coincidendo il fatto richiesto dall'art. 2947 c.c. con la produzione del danno, questo si è manifestato al momento della sottoscrizione della transazione (29 aprile 1991).

Di diverso avviso la Corte d'Appello, la quale conferma quanto già deciso in I grado¹⁰⁰: la decorrenza della prescrizione è stata collegata al giorno della notifica a C.I.R., quale parte offesa, della richiesta di rinvio a giudizio per il fatto corruttivo ex art. 319 *ter* c.p.

Questo è il momento in cui il titolare del diritto è messo nelle condizioni di disporre di tutti i dati in ordine agli elementi costitutivi del diritto azionato

¹⁰⁰ Si veda il testo in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 586 con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*; ma v. anche M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondatori*, in *Cont. imp.*, 6. 2009, p. 1169 ss.

(senza la cui conoscenza l'attore non potrebbe dunque agire in giudizio)¹⁰¹, a nulla rilevando 'mere voci' riferite 'da ambienti informati' in ordine alla consumazione del reato di corruzione¹⁰².

Con riferimento alla durata della prescrizione, la Corte fa applicazione dell'art. 2947, III comma, c.c.: trattandosi di fatti specificamente individuati e qualificati come reato, il termine di prescrizione civile è pari a quello penale ossia dieci anni.

A commento della decisione, risulta isolata l'opinione di chi, in dottrina, critica il procedimento ermeneutico, sostenendo che questa sia ispirata «più da generiche esigenze equitative, che da una rigorosa interpretazione del dato normativo vigente»¹⁰³.

In realtà, la sentenza fa esatta applicazione dei principi esposti maturati in seno alla giurisprudenza di legittimità, facendo emergere la loro adattabilità ad una eterogeneità di ipotesi, non necessariamente circoscritte al danno alla persona o alla responsabilità sanitaria.

È, infatti, isolato un termine¹⁰⁴ la cui decorrenza è certa e sicura nel tempo, a tutela del debitore; legata alla conoscenza, a tutela delle ragioni del creditore¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cass., SU, 11 gennaio 2008, n. 581 e 583, cit.

¹⁰² «Rileva infatti questa Corte che De Benedetti e Ripa di Meana non sapevano neppure chi fosse in ipotesi il corruttore (Fininvest?, i Formenton?, altri soggetti interessati?) e chi il corrotto (Metta?, un altro componente del collegio?, un diverso pubblico ufficiale?), con evidente impossibilità di adire l'autorità giudiziaria civile ai fini risarcitori».

¹⁰³ M. TESCARO, *Danni da perdita di chance e danni non patrimoniali nella controversia Cir-Fininvest*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 258. La tesi ricalca, in buona sostanza, l'opinione espressa in termini generali da P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, p. 379

¹⁰⁴ La notifica della richiesta di rinvio a giudizio.

¹⁰⁵ Vale a dire, la notifica della richiesta di rinvio a giudizio. Al pari del caso dei cartelli assicurativi, la regola ha natura presuntiva. Non è da escludersi che il debitore, in determinate ipotesi, possa dimostrare che la conoscenza effettiva si è perfezionata, in capo al creditore-parte civile, in un momento antecedente la notifica della richiesta di rinvio a giudizio.

4. **Obbligazioni derivanti da fatto illecito, classificazione dell'illecito in ordine alla durata nel tempo: illecito permanente, illecito istantaneo, illecito istantaneo ad effetti permanenti. Riflessi sulla prescrizione.**

Con riferimento alla durata nel tempo del fatto illecito ed al rapporto tra condotta ed evento, ai fini della prescrizione dell'azione risarcitoria aquiliana, bisogna isolare la categoria dell'illecito permanente, da quella dell'illecito istantaneo.

Trattasi di una categoria poco presa in considerazione dalla dottrina¹⁰⁶. Probabilmente ciò è dovuto al fatto che nel nostro codice civile non esiste una nozione di illecito permanente e le ricostruzioni sono sempre state mutate dal diritto penale¹⁰⁷.

Per questo alla giurisprudenza sono mancate solide basi teoriche intorno alle quali poter costruire l'istituto¹⁰⁸.

Secondo i giudici di legittimità, il carattere permanente attiene all'illecito considerato nella sua complessità ossia al comportamento *contra ius* ed al rapporto eziologico tra questo ed il danno¹⁰⁹: condotta ed evento convivono in quanto la prima alimenta continuamente il secondo¹¹⁰ e questo non cessa fino al cessare della condotta¹¹¹.

¹⁰⁶ Tra gli scritti più significativi cfr. N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), in *Dig. disc. priv.*, aggiorn., Torino, 2010; D. GARCEA, *Sulla natura dell'illecito di durata della sanzione di lavoro irregolare*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 6; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, a cura di M. Franzoni, Milano, 2004, p. 43; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, p. 207.

¹⁰⁷ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2011; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003.

¹⁰⁸ L'osservazione è di N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 738.

¹⁰⁹ Di diverso avviso N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 741 secondo il quale è la *progressione nell'evento lesivo* il tratto caratterizzante l'illecito permanente commissivo più che la coesistenza della condotta e dell'evento dannoso.

¹¹⁰ Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27183, in *Giust. civ.*, 2008, 4, p. 888; Cass., 13 marzo 2007, n. 5381, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1869, con nota di G. GRECO, *Illecito permanente e decorrenza della prescrizione*; Cass., 21 novembre 2007, n. 24258, in *DeJure*; Cass., 2 maggio 2006, n. 10216, in *DeJure*; Cass., 20 dicembre 2000, n. 16009, in *Studium Juris*, 2001, p. 942.

¹¹¹ Cass., 13 marzo 2007, n. 5381, cit.; Cass., 20 dicembre 2000, n. 16009, cit.; Cass., 1 gennaio 1995, n. 1156, in *DeJure*; Cass., 9 febbraio 1991, n. 1346, in *DeJure*.

Da qui la differenza con l'illecito istantaneo ad effetti permanenti ove la condotta si esaurisce in un unico istante e le conseguenze dannose si protraggono autonomamente nel tempo.

Dal legame tra offesa ed evento emerge un'altra caratteristica: il protrarsi dell'offesa deve provenire da un comportamento volontario dell'autore, che prosegue senza interruzione. Infatti, un atto volitivo del danneggiante, o di astensione o di rimessione della situazione in pristino, sarebbe in grado di mettere fine al prodursi delle conseguenze dannose.

Ne consegue che, affinché possa configurarsi un illecito permanente è necessario che la condotta venga posta in essere dalla medesima persona, e perciò che l'elemento soggettivo del fatto causale sia riferibile ad un unico soggetto.

Corollario, la successione di un soggetto ad un altro nel rapporto comporta il termine di una condotta e l'inizio di un'altra e, quindi, la nascita di un nuovo illecito permanente¹¹².

Così qualificato l'illecito, con riferimento alla prescrizione, è principio genericamente affermato in giurisprudenza che il termine inizia nel momento in cui la condotta cessa, perché è solamente una condotta contraria che pone fine a quella antiggiuridica, inizialmente posta in essere¹¹³.

Secondo la dottrina, «la deroga rispetto al paradigma dell'art. 2935 c.c. è palese (...) ma altrettanto palesi sono le ragioni della deroga, imposta dall'esigenza di assicurare maggiore efficacia alla sanzione civile»¹¹⁴.

Prendendo come valida l'affermazione riportata, nella casistica giurisprudenziale, non si riscontra una regola unica ma è necessario valutare la

¹¹² Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 493, in *DeJure*. Nella specie, l'illecito permanente costituito dalla captazione di acque pubbliche senza titolo era stato inizialmente effettuato dalla Cassa per il Mezzogiorno in danno dell'Acea e, in un secondo momento, dalla Regione Abruzzo cui la Cassa aveva trasferito le opere dell'acquedotto per il fabbisogno idrico della popolazione. L'orientamento è stato successivamente confermato anche da Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27183, cit.

¹¹³ Secondo N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 741, le situazioni che determinano la cessazione della permanenza, possono essere ricondotte a quattro ipotesi: il ripristino dello stato di fatto anteriore all'illecito; il venir meno dell'illegittimità del comportamento; l'essere stata formalmente sanzionata l'illegittimità del comportamento ed ordinata la rimozione della situazione lesiva; l'esaurirsi della situazione lesiva.

¹¹⁴ P. VITUCCI, *La prescrizione*, I, cit., p. 98.

decorrenza della prescrizione in relazione alla tipologia di rimedi generati dall'illecito permanente.

Infatti, con riferimento al risarcimento per equivalente, il diritto sorge in modo continuo, e in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce¹¹⁵.

Ovvero, il diritto al risarcimento del danno per equivalente si prescrive per il periodo anteriore al quinquennio dalla domanda giudiziale o dall'atto di messa in mora¹¹⁶.

Dello stesso avviso è anche la dottrina, l'evento dannoso rimane unico mentre le conseguenze sono plurime: se nel momento in cui è proposta la domanda si «sia già prescritto il credito risarcitorio con riguardo al primo evento di danno, poiché il danno si rinnova di momento in momento ed è frazionabile *pro rata temporis* in relazione al momento in cui è cessata la permanenza, oppure al momento in cui è stata proposta la domanda, il *quantum* va limitato *pro rata temporis*, ossia con riferimento al periodo di prescrizione non ancora decorso»¹¹⁷.

Il principio affermato perde di significato con riguardo al risarcimento in forma specifica, più in particolare con il ripristino dello stato anteriore all'illecito.

A differenza delle ipotesi precedenti, viene in evidenza l'unitarietà dell'evento lesivo¹¹⁸ che giustifica una differente decorrenza del termine.

¹¹⁵ «Gli ulteriori effetti dannosi che si producono nel patrimonio di un soggetto in conseguenza dello stato di fatto determinato dal comportamento illecito di un terzo, che solo una condotta contraria di quest'ultimo può eliminare, costituiscono effetti di un illecito permanente, la cui caratteristica è di dare luogo ad un diritto al risarcimento, che sorge in modo continuo, e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce», Cass., 2 aprile 2004, n. 6512, in *DeJure*. Nello stesso senso anche Cass., 24 agosto 2007, n. 17985, in *DeJure* e Cass., 26 febbraio 2009, n. 4679.

¹¹⁶ In questo senso Cass., 29 ottobre 2008, n. 25983.

¹¹⁷ Cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 45. Di diverso avviso è, invece, L. MOSCARINI, *La tutela dei diritti*, Bologna, 1998, p. 64 secondo il quale, in caso di illecito permanente consistente in una violazione di norme edilizie, la prescrizione decorrerebbe non già dalla cessazione della condotta illecita ma addirittura dalla cessazione del danno con la conseguenza che il diritto al risarcimento potrebbe essere esercitato «anche dopo molti anni o addirittura decenni, beninteso limitatamente ai danni provocati dall'illecito nell'ambito dell'ultimo quinquennio».

¹¹⁸ N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 747

Una pronuncia del 2007, resa in materia di innalzamento della pavimentazione stradale oltre il piano di calpestio della abitazione di proprietà dell'attore con conseguenti problemi derivanti dall'anomalo deflusso dell'acqua piovana, distingue tra diritto alla rimozione dello stato di fatto e diritto al risarcimento danni, facendo decorrere il termine *de die in diem* solo per il secondo tipo di danno¹¹⁹.

La decisione è significativa in quanto il pregiudizio non è ravvisato nell'illiceità della costruzione bensì nella sua permanenza nel tempo.

Ne deriva che, sebbene il danno sia divenuto conoscibile nel momento in cui l'opera è terminata, il mantenimento di questo alimenta ogni giorno l'illecito e, pertanto, ogni giorno comincia a decorrere il termine di prescrizione fino a quando la costruzione non sia rimossa.

Se così non fosse, riprendendo le parole della dottrina poco sopra richiamata, la sanzione civile perderebbe buona parte della sua efficacia.

Infatti, è la stessa fattispecie e le esigenze concrete di tutela che pone a spingere la giurisprudenza a modulare diversamente il rimedio risarcitorio sulla base dell'interesse perseguito dal creditore, evitando che il debitore, che versi in una protratta e continuativa situazione illecita, benefici degli effetti determinati dallo scorrere del tempo.

¹¹⁹ «Allorquando si lamenti un danno ad un immobile per effetto della creazione di uno stato di fatto e si domandi l'eliminazione di questo ed il risarcimento del danno cagionato all'immobile, sia l'illecito costituito dalla creazione dello stato di fatto in sé e per sé quale fonte di danno come tale all'immobile, sia l'illecito rappresentato dalla verificazione di danni all'immobile in quanto originatisi come effetti della presenza dello stato di fatto, hanno natura di illeciti permanenti, con la conseguenza che il termine di prescrizione della pretesa di risarcimento in forma specifica mediante rimozione dello stato di fatto non decorre dall'ultimazione dell'opera che lo ha determinato, in quanto la condotta illecita si identifica nel fatto del mantenimento dello stato di fatto che si protrae ininterrottamente nel tempo (...), mentre il termine di prescrizione del diritto al risarcimento per equivalente dei danni subiti dall'immobile in conseguenza dell'esistenza dello stato di fatto decorre in relazione a tali danni *de die in diem*, a mano a mano che essi si verificano», Cass., 13 marzo 2007, n. 5831, cit.

4.1. Una particolare tipologia di illecito permanente: l'illecito commesso dallo Stato per mancata attuazione di una direttiva comunitaria.

Una recente sentenza della Cassazione ha inserito l'ipotesi dell'illecito commesso dallo Stato per mancata attuazione di una direttiva comunitaria, nell'ambito dell'illecito permanente: a fronte di un illecito omissivo del legislatore italiano, la prescrizione del relativo diritto risarcitorio a favore del cittadino direttamente pregiudicato determina una rinnovazione dell'obbligo risarcitorio *de die in diem*¹²⁰.

Visti gli effetti che la pronuncia potrebbe avere per le casse dello Stato, la risposta del Legislatore non si è fatta attendere.

Con l'entrata in vigore della *Legge stabilità 2012*¹²¹, all'art. 4, co. 43 è previsto quanto segue: «la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato».

La norma diventa particolarmente significativa se letta nell'ottica della *ratio* che informa l'intero articolo 4, come indicata dalla rubrica 'Riduzioni delle spese non rimodulabili dei Ministeri'.

¹²⁰ «Nel caso di direttiva comunitaria sufficientemente specifica nell'attribuire diritti ai singoli, ma non self-executing, l'inadempimento statale alla direttiva determina una condotta idonea a cagionare in modo permanente un obbligo di risarcimento danni a favore dei soggetti che successivamente si vengano a trovare in condizioni di fatto tali che, se la direttiva fosse stata adempiuta, avrebbero acquisito il o i diritti da essa riconosciuti, con la conseguenza che la prescrizione decennale del relativo diritto risarcitorio non corre, perchè la condotta di inadempimento statale cagiona l'obbligo risarcitorio *de die in diem*», Cass., 17 maggio 2011, n. 10814, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1650, con nota redazionale di DIANA e PALMIERI, e in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2012, p. 192, con nota di C. AMALFITANO e F. PERSANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*. La sentenza è stata altresì commentata da A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo stato inadempiente*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1428; CASTELLANETA, *Per il mancato recepimento di direttive comunitarie restano ancora da sciogliere i nodi della prescrizione*, in *Guida al diritto*, 2 luglio 2011, p. 12

¹²¹ L. 12 novembre 2011, n. 183

Prima di esaminare il significato della novità, è preliminarmente opportuno un panorama sulla responsabilità dello Stato per mancato recepimento di una normativa comunitaria, così come è stato ricostruito in un lungo dialogo tra Corte di Cassazione e CGUE.

4.1.1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia

La scelta di prevedere un obbligo risarcitorio gravante sullo Stato inadempiente è da considerarsi abbastanza obbligata se si considera, da una parte, che, con l'allargamento delle aree di competenza del diritto dell'Unione, le occasioni di frizione con il diritto dei singoli Stati membri sono destinate ad aumentare; dall'altra, che la via risarcitoria si manifesta come quella più praticabile, presupponendo le altre tutele una qualche forma di coercizione e che di questa dispongono soltanto gli Stati membri¹²².

La struttura del rimedio risarcitorio si articola nell'ambito del riparto di competenze tra il diritto comunitario e quello interno: mentre il primo stabilisce il fondamento della responsabilità, il secondo si incarica di riparare le conseguenze enunciandone le condizioni formali e sostanziali.

In un procedimento del 1963¹²³ in materia di dazi doganali e di efficacia diretta dell'art. 25 Trattato CE, la Corte di Giustizia precisa che il diritto comunitario «indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone doveri ai singoli, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

Il ragionamento è stato successivamente portato alle sue conclusioni nel 1991¹²⁴: «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme

¹²² Così A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 114 il quale si richiama al pensiero di K. ZWEIGERT – H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995, p. 156.

¹²³ CGCE, 5 febbraio 1963, c-26/62, *Van Gend en loos*

¹²⁴ CGCE, 19 novembre 1991, C-9/90, *Francovich*. Il caso riguarda la mancata attuazione di una direttiva comunitaria la quale prevedeva un obbligo di istituire un sistema di garanzia per i crediti maturati dai lavoratori in ipotesi di insolvenza del datore, alla quale direttiva non era possibile riconoscere la natura di *self executing*.

comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno stato membro».

Secondo i Giudici, affinché si configuri la responsabilità dello Stato derivante da mancato recepimento della direttiva, devono essere soddisfatte tre condizioni:

1. il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti nei confronti di singoli;
2. il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva;
3. esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato (art. 288 TFUE) ed il danno subito dai soggetti lesi.

L'elaborazione del rimedio risarcitorio è stato successivamente specificato da altre due pronunce dei Giudici del Lussemburgo, *Brasserie du pecheur/Factorame III*¹²⁵ e *Courage*¹²⁶.

La seconda pronuncia attribuisce al rimedio risarcitorio l'espressione della tutela minima che l'ordinamento offre e che deve essere sempre e comunque garantita.

La prima sentenza, richiamando i principi affermati nel caso *Franovich*, afferma la possibilità che lo Stato venga condannato solo in presenza di una "violazione manifesta e grave"¹²⁷, evidenziando come il *quantum* debba essere rapportato in maniera adeguata al danno subito dal cittadino¹²⁸.

¹²⁵ CGCE, 5 marzo 1996, C-4693 e C/48/93

¹²⁶ CGCE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage*

¹²⁷ Sull'applicazione del principio si veda CGCE, 26 marzo 1996, C-392/93, *British Telecom*, in *Foro it*, 1996, IV, c. 321. Nonostante fosse stata accertata l'erronea trasposizione di una direttiva comunitaria in materia di appalti nell'erogazione di acqua e di energia, il danno lamentato non integrava una violazione manifesta e grave. Infatti, considerato che la norma europea non era sufficientemente chiara e precisa, l'interpretazione del Governo inglese è stata, in primo luogo, in buona fede e coerente con gli scopi ed il tenore letterale della direttiva e, in secondo luogo, non si riscontravano precedenti che si muovessero lungo tale direzione.

Diversamente, nella sentenza *Dillenkofer* in tema di vendita di pacchetti turistici (CGCE, 8 ottobre, 1996, C-178/94 in *Giur. It.*, 1997, I, p. 1009), il mero inadempimento dell'obbligo di dare attuazione ad una direttiva è sufficiente ad integrare una violazione manifesta e grave. E sulla stessa linea, nel caso *Helley Lomas* (CGCE, 23 maggio 1996, C-5/94 in *Giur. It.*, 1997, I, p. 713) la Corte di giustizia prevede

Ricostruendo, allo scopo di colmare un vuoto legislativo ed al fine di garantire effettività ai diritti sanciti dall'Unione europea mediante direttive, la Corte di Giustizia costruisce un rimedio risarcitorio in ipotesi di violazione dell'art. 288 del Trattato sul funzionamento della comunità europea: inadempimento dell'obbligo di recepire una direttiva comunitaria.

La sentenza *Brasserie du pêcheur/Factorame III* si segnala anche per le potenzialità di ampliamento nella configurazione della responsabilità dello Stato¹²⁹:

- a) il diritto al risarcimento sorge tanto in violazione di direttive *direttamente applicabili* che *non direttamente applicabili*;
- b) il giudice nazionale non può subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, concepita come qualcosa di diverso dalla violazione manifesta e grave del diritto comunitario.

La creazione del rimedio nasce dall'esigenza di garantire ed offrire una tutela effettiva¹³⁰: se esiste un silenzio normativo (come nell'ipotesi in questione), «spetta alla Corte, nell'espletamento del compito conferitole dall'art. 267 del Trattato di garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione ed applicazione del Trattato, statuire su tale questione avvalendosi dei canoni interpretativi generalmente accolti, facendo ricorso in particolare ai principi fondamentali dell'Ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, ai principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri».¹³¹

che la semplice adozione della direttiva, la chiarezza della disposizione violata del trattato e l'assenza di una qualsivoglia giustificazione conducono a ritenere che sia stato integrato il requisito della violazione manifesta e grave.

¹²⁸ Tale ultimo aspetto sull'adeguatezza del risarcimento è stato inoltre puntualizzato da un'altra pronuncia di un anno successiva, CGCE, 10 agosto 1997, C-261/95 e C-373/95, *Palmisani e Masi*.

¹²⁹ L'osservazione è di V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore*, in *Contr. e impr./Europa*, 1999, p. 101

¹³⁰ Sulla questione di garantire piena efficacia ai diritti riconosciuti dalla comunità europea si vedano le ormai note pronunce CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal* in *Foro it.*, 1978, IV, c. 201 e CGCE, 19 giugno 1990, C-213/1989

¹³¹ *Brasserie du pêcheur/Factorame III*, §27.

Il rimedio trova la propria fonte nell'attuale art. 10 del Tr. UE, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare che assicurino l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario¹³², tra cui rientra anche quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione.

Inoltre, prosegue *idealmente* la Corte, il principio della responsabilità extracontrattuale della comunità¹³³ «altro non è se non un'enunciazione del generale principio, riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo di riparazione del danno arrecato»¹³⁴. Da qui, l'obbligo incombente alle pubbliche autorità di risarcire i danni cagionati nell'esercizio delle loro funzioni.

Pertanto, affermata una forma di responsabilità derivante da omissione legislativa, entro quali forme questa si articola? La stessa Corte di Giustizia¹³⁵ ne rimette la determinazione a ciascuno stato membro: «è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato».

Con due limiti ben precisi¹³⁶: è necessario che siano rispettati il *principio di equivalenza*, secondo cui la disciplina adottata non deve risultare meno favorevole per il danneggiato di quella prevista per analoghe pretese fatte valere nell'ambito del diritto interno, e il *principio di effettività*, secondo cui non può essere reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'ottenere il risarcimento che spetterebbe secondo il diritto dell'Unione¹³⁷.

¹³² *Franovich*, § 36.

¹³³ Cfr. Art. 340

¹³⁴ Sentenza *Brasserie du pecheur e Factorame*, § 28

¹³⁵ CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Franovich*

¹³⁶ I concetti di *equivalenza* ed *impossibilità pratica* sono stati per la prima volta introdotti da CGCE, 9 novembre 1983, C-199/82, *San Giorgio*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 297.

¹³⁷ Sul punto cfr. CGUE, 19 maggio 2011, C-453/09: «Secondo costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la piena tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, purchè tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)». Nello stesso senso v. anche CGCE, 17 luglio 1997, C-114-115/95; CGCE, 11 luglio 2002, C-62/00; CGUE, 24 marzo 2009, C-445/06, tutte in *curia.europa.eu*

4.1.2. Il recepimento nell'ordinamento interno.

Così ricostruito il rimedio, «se la responsabilità dello Stato è imposta dal diritto comunitario, è nell'ambito del diritto nazionale relativo alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato»¹³⁸.

Prima dell'entrata in vigore della norma segnalata in apertura di paragrafo, si riscontrava un contrasto in giurisprudenza¹³⁹.

Un primo orientamento, maggioritario fino al 2009, aveva ritenuto che, una volta stabilito il principio dell'obbligo di risarcimento del danno nell'ambito del diritto comunitario, ne sarebbe conseguita, nell'ambito del diritto interno, la responsabilità aquiliana dello Stato¹⁴⁰.

La dottrina aveva aderito con favore «in base ad una considerazione abbastanza elementare»¹⁴¹: trattandosi di una direttiva non *self-executing*¹⁴² che

¹³⁸ CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Franovich*

¹³⁹ Del tutto isolata è Cass., 1 aprile 2003, n. 4915, in *Danno e resp.*, 2003, p. 718 con nota di E. SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*. Secondo questa pronuncia nessuna responsabilità sarebbe addebitabile allo Stato: da una parte, a norma della Carta costituzionale, la funzione legislativa è ripartita tra Parlamento e Governo; dall'altra, nell'adempimento di questa funzione, il Parlamento è libero nei fini e la sua attività non può essere sindacata da organi giurisdizionali. Ne conseguirebbe che di fronte al potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette facenti capo ai singoli. « Nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato, la Carta costituzionale regola la funzione legislativa, ripartendola tra il Governo ed il Parlamento, quale espressione di potere politico, libera cioè nei fini e sottratta pertanto a qualsiasi sindacato giurisdizionale. Ne consegue che in relazione all'esercizio di tale potere non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli, onde deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo - che è libero nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale - e che possa comunque qualificarsi in termini di illecito da imputare allo Stato - persona, ai sensi dell'art. 2043 c.c., una determinata conformazione dello stato - ordinamento».

L'orientamento non convince affatto in quanto si fonda su una nozione volontaristica del potere politico, insindacabile e svincolato da qualsiasi giudizio. Oggi, invece, il panorama è profondamente mutato. Con l'introduzione dell'ordinamento comunitario, molte competenze sono state trasferite dallo Stato all'Unione europea. Sostenere che il potere politico sia svincolato, significa ignorare le indicazioni del legislatore e della giurisprudenza comunitaria. Inoltre, titolare del potere legislativo non è solo il Parlamento, ma anche tutti quegli organi che al suo controllo sono preposti.

¹⁴⁰ Cfr. Cass., 15 maggio 2003, n. n. 7630, in *Corr. giur.*, 2003, p. 858; Cass., 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1349, con nota di A. DI MAJO; Cass., 3 giugno 2009, n. 12814, in *Danno e resp.*, 2009, p. 892, di cui si riporta la massima, «in relazione alle direttive europee non direttamente applicabili nell'ordinamento interno per la mancanza di specificità della prestazione richiesta è esercitabile unicamente l'azione di risarcimento del danno aquiliano per l'illecito consistente nell'omessa o ritardata attuazione della direttiva. La prescrizione di siffatta azione è quinquennale».

¹⁴¹ A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1428

¹⁴² Nel senso che essa, per la sua genericità, non è destinata a creare un rapporto diretto tra lo Stato ed il cittadino destinatario. Sul concetto di direttiva *self executing* cfr. CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77,

necessita di un ulteriore passaggio normativo per la sua applicazione, «è necessario concludere che l'unico dato normativo, cui far riferimento, è il diritto riconosciuto al singolo beneficiario, diritto della cui violazione è responsabile lo Stato a motivo della sua condotta omissiva»¹⁴³.

L'indirizzo cambia nel 2009¹⁴⁴: la condotta inadempiente dello Stato membro ha natura antiggiuridica solamente nell'ambito del diritto comunitario e non anche in quello interno. Diversamente, nell'ambito del diritto interno, il comportamento del legislatore è fonte di un'obbligazione *ex lege* di natura indennitaria «per attività non antiggiuridica», la cui disciplina sarà determinata dal giudice in base alle regole del proprio ordinamento interno, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

Da qui la conclusione sulla applicabilità delle regole contrattuali in punto di responsabilità.

La decisione è stata criticata, soprattutto per ragioni concernenti l'esclusione della natura antiggiuridica del comportamento statale¹⁴⁵.

Simmenthal, in *Foro it.*, IV, c. 201 nonché anche C. Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2063.

¹⁴³ A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, cit., p. 1429.

¹⁴⁴ Cass., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, p. 168, con nota di E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1345, con nota di A. DI MAJO; in *Danno e resp.*, 2010, p. 19, con nota di CONTI; in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2274, con nota di GIANNELLI; in *La responsabilità civile*, 2010, p. 346, con nota di RICCIO; in *Dir. comm. internaz.*, 2009, p. 709, con nota di RAPISARDA; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009, p. 1667; in *Dir. e formazione*, 2010, p. 548, con nota di GRAZIANO; in *Giur. it.*, 2010, p. 691, con nota di BAIRATI; in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 311, con nota di GUFFANTI PESENTI; in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2010, p. 495, con nota di VIGLIANISI FERRARO.

¹⁴⁵ Ex multis, cfr. E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit. Anche dopo tale pronuncia non sono mancati i riferimenti alla responsabilità aquiliana (cfr. Cass. 3 giugno 2009, n. 12814, id., Rep. 2009, voce Responsabilità civile, n. 412; annotata da A. DI MAJO, in *Corriere giur.*, 2009, p. 1351; M. GORGONI, *La difficile costruzione delle regole risarcitorie per violazione statale di obblighi comunitari*, in *La responsabilità civile*, 2010, p. 185; nonché, tra le pronunce di merito, Trib. Roma 17 maggio 2010, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1859, e, di poco precedente all'intervento delle sezioni unite, Trib. Perugia 14 gennaio 2009, *Rass. giur. umbra*, 2009, p. 84, con nota di D. MIGLIORATI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*).

In altri casi si è registrato un pieno allineamento alla concezione delineata dalle sezioni unite (cfr. Cass. 10 marzo 2010, n. 5842, in *Foro it.*, 2011, I, 862, dove si è precisato che i danni risarcibili non sono soltanto quelli derivanti dall'inidoneità del diploma di specializzazione conseguito secondo la previgente normativa al riconoscimento negli altri Stati membri e dal suo minor valore sul piano interno, ai fini dei concorsi per l'accesso ai profili professionali, ma anche quelli connessi alla mancata percezione di una remunerazione adeguata). Sulle diverse concezioni in ordine alla configurazione della responsabilità dello Stato per il non corretto recepimento di una direttiva, v. L. FALTONI, *Lo Stato che viola gli obblighi comunitari risarcisce i cittadini in via extracontrattuale: ingiustizia comunitariamente qualificata?*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1864; A. GIANNELLI, *La responsabilità del legislatore per tardivo recepimento della direttiva*,

Ad ogni modo, la riconduzione della pretesa risarcitoria nell'alveo della responsabilità contrattuale si riflette evidentemente sulla prescrizione, allungando il relativo termine fino a dieci anni.

Residua, peraltro, una situazione di incertezza relativa alla decorrenza e varie sono state le soluzioni prospettate al riguardo¹⁴⁶.

Un orientamento giurisprudenziale, nato in seno alla Corte di Giustizia¹⁴⁷ ed al quale si era conformata anche la giurisprudenza italiana¹⁴⁸, aveva avuto riguardo alla data di attuazione della direttiva. Solo in questo momento cessa l'illiceità e solo in questo momento il cittadino avrebbe la possibilità di conoscere nel dettaglio il contenuto del diritto negatogli e, di conseguenza, l'ammontare del risarcimento.

Infatti, se il termine di prescrizione deve iniziare *da quando il diritto può essere fatto valere* questo non potrebbe coincidere né con l'emanazione della direttiva (perché ancora nessun obbligo è stato violato) né con il termine assegnato agli Stati per la trasposizione della fonte comunitaria nel diritto interno (perché anche in questo momento il soggetto sarebbe comunque privato delle condizioni di conoscere il contenuto del diritto).

Nel 2009 la CGUE ha mutato avviso¹⁴⁹, non escludendo la possibilità di anticipare la decorrenza del termine di prescrizione ad un momento antecedente la tardiva trasposizione della direttiva: «il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola»¹⁵⁰.

modelli a confronto, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, p. 2280; L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 316.

¹⁴⁶ Per una rassegna delle diverse posizioni, v. D. SATULLO, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in *La responsabilità civile*, 2011, p. 253

¹⁴⁷ CGCE, 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmot*, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 324

¹⁴⁸ Cass., 3 giugno 2009, n. 12814, in *Corriere giur.*, 2009, p. 1348, con nota di A. DI MAJO; in *La responsabilità civile*, 2010, p. 185, con nota di M. GORGONI.

¹⁴⁹ CGUE, grand chambre, 24 marzo 2009, C-445-06, *Danske Slagterier*

¹⁵⁰ Nel medesimo senso anche CGUE, 19 maggio 2011, C-452/09, *Iaia*.

In buona sostanza, si ripropone il medesimo meccanismo presuntivo già visto con riferimento all'illecito antitrust nel nostro diritto interno: la data certa, ai fini dell'*exordium praescriptionis* coincide con la trasposizione della direttiva, salvo dimostrare per lo Stato inadempiente che gli effetti dannosi si sono prodotti già prima e, quindi, già prima erano conosciuti.

La Cassazione non revoca in dubbio la tesi della CGUE ma, come ricordato poco sopra, inquadra la condotta omissiva dello Stato nell'ambito dell'illecito permanente, facendo in modo che il diritto al risarcimento si rinnovi *de die in diem* e si prescriva *pro rata temporis*¹⁵¹.

Quanto finora indicato deve, oggi, essere letto alla luce della nuova norma contenuta nella legge stabilità del 2012.

4.1.3. La legge stabilità 2012 ed il problema della decorrenza della prescrizione.

La nuova disciplina relativa alla prescrizione in materia di diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento di provvedimenti comunitari contenuta nella legge stabilità del 2012 si articola in due parti: la prima, la durata del rimedio «soggiace, *in ogni caso*, alla disciplina di cui all'art. 2947 del codice civile»; la seconda, il termine decorre «dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è *effettivamente* verificato».

Con riferimento al primo aspetto -la durata- lo scopo della norma è porre fine a quell'orientamento giurisprudenziale che si stava affermando e che fondava la domanda di risarcimento del danno su un'azione di tipo contrattuale, con conseguente applicabilità di un termine di prescrizione decennale.

¹⁵¹ Cass., 10 maggio 2011, n. 10813, in *Corriere giur.*, 2011, p. 1411, n. A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*.

La presenza dell'inciso 'in ogni caso' sembra debba essere interpretato nel senso di un'intenzione da parte del legislatore di travalicare il problema della qualificazione della fattispecie, per la quale, a prescindere dalla natura contrattuale o aquiliana, si applicherà un termine di cinque anni¹⁵².

Aspetti significativamente più problematici pone, invece, l'interpretazione della norma in punto di decorrenza.

Il primo tratto peculiare riguarda l'uso del congiuntivo trapassato, 'se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita', che sembra esprimere la possibilità che il *dies a quo* possa risultare collocato anche in un momento antecedente il recepimento della direttiva e, probabilmente, anche a prescindere da un recepimento¹⁵³.

Si tratta di un'affermazione che si vorrebbe allineare alla più recente giurisprudenza della CGUE¹⁵⁴ secondo la quale l'*exordium praescriptionis* può anche coincidere col momento in cui si sono concretizzati «i primi effetti lesivi» anche prima del recepimento, purchè ciò non renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

Più difficile da comprendere è il riferimento alla data in cui il fatto si è *effettivamente* verificato. Infatti, se il legislatore dopo aver richiamato l'art. 2947 c.c. ha inteso disciplinare la decorrenza, probabilmente, ha voluto dettare una disciplina diversa tra il giorno in cui 'il fatto si è verificato' (art. 2947 c.c.) ed 'il giorno in cui il fatto si è effettivamente verificato'¹⁵⁵.

L'intenzione, probabilmente, è creare una rottura con l'orientamento che sta affermandosi nell'ambito della giurisprudenza di legittimità.

Infatti, abbiamo visto nelle pagine precedenti, la tesi prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza è legare la verifica del fatto alla conoscenza

¹⁵² Di questa opinione è M. TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento delle direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 2, p. 195.

¹⁵³ Cfr. sempre M. TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento delle direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, cit., p. 200

¹⁵⁴ CGUE, grand chambre, 24 marzo 2009, C-445-06, *Danske Slagterier*

¹⁵⁵ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile, 1.1., Norme soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, p. 65 secondo i quali, a norma del principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c. «in caso di dubbio, anche la legge deve interpretarsi nel senso in cui può avere effetto, anziché in quello in cui non ne avrebbe».

o conoscibilità del danno e di tutte le altre circostanze fondamentali per la valida formulazione di una domanda risarcitoria¹⁵⁶.

Dall'altra parte, Cass., 17 maggio 2011, n. 10813 ragiona sulla struttura dell'obbligazione risarcitoria dello Stato, inquadrandolo nell'ambito dell'illecito permanente, con importanti conseguenze in punto di decorrenza della prescrizione: fin quando perdura il comportamento omissivo dello Stato, non si è prodotta alcuna ipotesi definitiva di danno a carico dei beneficiari, dovendosi ritenere che «il diritto al risarcimento del danno si ricollega *de die in die* alla permanenza della condotta di adempimento», così qualificando la condizione degli interessi come 'situazione d'attesa' e mantenendo i beneficiari il proprio diritto risarcitorio¹⁵⁷.

Orbene, è evidente che entrambi questi orientamenti producono l'effetto di spostare l'*exordium praescriptionis* ad un momento successivo rispetto a quando il fatto si è *effettivamente* verificato, esponendo lo Stato a pretese risarcitorie per un periodo di tempo più esteso.

Diversamente, ridurre il termine di prescrizione ed ancorarne la decorrenza alla data di effettiva ed oggettiva verifica del danno, è una scelta che, sebbene si ponga in una posizione arretrata rispetto agli standard europei ed all'evoluzione giurisprudenziale italiana dell'ultimo decennio, produce l'effetto di limitare significativamente un contenzioso ove la prova della responsabilità statale sarebbe fin troppo facile fornire.

In quest'ottica si riescono a cogliere i motivi che hanno portato ad inserire la norma al comma 43 di un articolo rubricato «Riduzioni delle spese non rimodulabili dai Ministeri».

Residua, tuttavia, un dubbio in ordine al rispetto dei principi di equivalenza ed effettività¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *Ex multis*, Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

¹⁵⁷ Cfr. A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, cit.

¹⁵⁸ Cfr. da ultimo CGUE, 19 maggio 2011, C-452/09, *Iaia*, «secondo costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la piena tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, purchè tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi

Per quanto riguarda il principio di equivalenza, a norma del quale la disciplina adottata non deve risultare meno favorevole per il danneggiato di quella prevista per analoghe pretese fatte valere nell'ambito del diritto interno, non si può non riscontrare come la giurisprudenza di legittimità, a partire dal 2003 e solenne conferma in una pronuncia a Sezioni unite nel 2008, si muova in una direzione opposta.

D'altra parte, la norma non sembra mettere in discussione la natura permanente dell'illecito dello Stato, e ciò consentirebbe di conservare, in buona parte, l'efficienza del rimedio.

Bisognerà attendere come la giurisprudenza recepirà il dato normativo; tuttavia, se questa sarà l'interpretazione portata avanti (e, francamente, sembra difficile individuarne altre), i dubbi di conformità al diritto dell'Unione probabilmente spingeranno qualche giudice a proporre un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte del Lussemburgo.

5. Obbligazioni nascenti da contratto. Prescrizione e diritti nascenti dal contratto.

Nell'ambito della disciplina contrattuale è opportuno distinguere i rimedi volti a far dichiarare l'invalidità del contratto dai rimedi per reagire all'inadempimento della prestazione.

di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)». In senso analogo, CGCE, 17 luglio 1997, C-114/95 e C-115/95, *Texaco e Oliegesellschaft Danmark*; CGCE, 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks & Spencer*; CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*.

5.1. Rimedi volti al far dichiarare l'invalidità del contratto: nullità, annullabilità, rescissione.

Avuto riguardo ai primi, bisogna ulteriormente distinguere tra nullità, annullabilità e rescissione.

Nullità. Essendo l'azione di nullità imprescrittibile ai sensi dell'art. 1422 c.c., è evidente come non si ponga nemmeno il problema del *dies a quo*, trattandosi di un rimedio la cui azionabilità non si estingue.

Si prescrive, invece, l'azione di ripetizione in un termine decennale ed il termine inizia a decorrere dal pagamento.

In ordine al rapporto tra le due tutele, si segnala un contrasto in giurisprudenza.

Secondo l'orientamento maggioritario, le more giudiziarie per ottenere una sentenza di accertamento su cui poggiare la domanda di ripetizione costituiscono un impedimento di fatto che non incidono sul decorso del tempo per far valere l'altra domanda.

I giudici, infatti, sono soliti affermare che «il termine di prescrizione inizia a decorrere non già dalla data del passaggio in giudicato della decisione che abbia accertato la nullità del titolo giustificativo del pagamento, ma da quella del pagamento stesso»¹⁵⁹.

Ad opinione della Cassazione, risulta invincibile il rilievo che l'azione di nullità, in quanto sentenza di mero accertamento, ha effetti retroattivi, «ripristinando *ex tunc* la situazione giuridica preesistente e rendendo perciò stesso indebito, sin dal momento della sua esecuzione, l'effettuato pagamento»¹⁶⁰.

¹⁵⁹ In questo senso, Cass., 15 luglio 2011, n. 15669, in *DeJure*; Cass, sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *DeJure*; Cass., 13 aprile 2005, n. 7651, in *DeJure*; Cass., 9 luglio 1987, n. 5978, in *DeJure*.

¹⁶⁰ Cass., 15 luglio 2011, n. 15669, in *DeJure*. *Ad adiuvandum*, «Del resto siffatta opzione ermeneutica appare l'unica in grado di garantire l'unitarietà e l'intrinseca coerenza del sistema, in ragione della sua omogeneità con il principio, assolutamente pacifico nella giurisprudenza di questa Corte, per cui la prescrizione decennale del diritto alla ripetizione di quanto pagato, in applicazione di una norma successivamente dichiarata incostituzionale, decorre, ai sensi dell'art. 2935 cod. civ., dal giorno del

Il rigore sistematico della tesi confligge con le esigenze di tutela del soggetto che ha subito una perdita patrimoniale in forza di un contratto, solo successivamente, accertato come nullo.

Meno rigoroso è, però, l'orientamento minoritario secondo cui, prima di un accertamento incontrovertibile, permane l'esistenza del titolo che aveva dato luogo al versamento della somma, restando esclusa la possibilità giuridica di esercizio del diritto (2935 c.c.). Solamente dal giorno del passaggio in giudicato inizierà a decorrere il termine di prescrizione per il *solvens* che voglia ottenere la restituzione di quanto corrisposto¹⁶¹.

La tesi presenta dei limiti. Sostenendo che prima della dichiarazione di nullità permane l'esistenza del titolo, così escludendo la natura indebita del pagamento, si omette di considerare la natura dichiarativa della sentenza e non sono tenuti in debito conto gli effetti retroattivi della pronuncia.

D'altra parte, la tesi minoritaria conta sull'appoggio della dottrina che si interroga sul «perché (...) debba essere trattato diversamente il preteso debitore che non ha pagato (il quale si avvantaggia, appunto, dell'imprescrittibilità) e il preteso debitore che invece, avendo pagato, è circoscritto al decennio»¹⁶².

Tuttavia, seguire l'orientamento che lega la decorrenza al passaggio in giudicato, in una prospettiva di bilanciamento di interessi contrapposti, implicherebbe privilegiare una parte senza tutelare le ragioni dell'altra: finché non viene esercitata e si conclude la prima azione, imprescrittibile, l'altra non potrà esordire.

pagamento stesso, non già dalla data della pronuncia d'incostituzionalità o della pubblicazione della medesima, configurandosi la vigenza della norma viziata da incostituzionalità non ancora dichiarata, come una mera difficoltà di fatto, che non impedisce la possibilità di far valere la pretesa restitutoria (confr. Cass. civ. 15 marzo 2001 n. 3796; Cass. civ. 1 giugno 2000 n. 7289; Cass. civ. 19 maggio 2000 n. 6486)».

¹⁶¹ «Qualora l'accertamento della nullità del titolo, che aveva giustificato il versamento di una determinata somma, costituisce l'effetto di una sentenza, soltanto dal giorno del relativo passaggio in giudicato inizierà a decorrere il termine di prescrizione per il solvens che voglia ottenere la restituzione di quanto corrisposto: infatti prima di allora permane l'esistenza del titolo, che aveva dato luogo al versamento della somma, e resta, perciò, esclusa la stessa possibilità giuridica dell'esercizio del diritto ai sensi dell'art. 2935 c.c.», Cass., 19 maggio 2004, n. 9470, in *DeJure*; in senso conforme v. anche Cass., 12 settembre 2000, n. 12038.

¹⁶² A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, cit.

Un'altra strada sembra percorribile e consiste nel valutare se la proposizione della domanda di nullità, sia idonea ad interrompere e sospendere il termine di prescrizione per la separata e successiva azione di ripetizione, mantenendo ferma la decorrenza con il momento del pagamento.

A tale esito si potrebbe arrivare interpretando, in maniera estensiva, il secondo comma dell'art. 2943 c.c., al fine di beneficiare degli effetti dell'art. 2945 c.c.

Sancendo che la prescrizione è interrotta dalla domanda proposta nel corso del giudizio, l'interprete non deve aver riguardo alla fattispecie ma all'interesse ultimo che la domanda intende conseguire. In tal modo, efficacia interruttiva può anche essere espressa in via indiretta e mediata tramite l'attivazione di più giudizi, tutti inscindibilmente connessi¹⁶³.

Seguire questa impostazione consentirebbe di mantenere il rigore dogmatico perseguito dall'orientamento maggioritario, contemperando le esigenze di tutela che informano la tesi minoritaria.

La giurisprudenza maggioritaria sul punto è stata finora contraria. E questo si verifica non solo nel legame tra azione di nullità ed azione di ripetizione ma anche in altre ipotesi, ove l'esercizio di un'azione è subordinato agli effetti positivi o negativi di un'altra¹⁶⁴.

Vedremo, nella sezione successiva, come la giurisprudenza si stia aprendo verso questa direzione, che supera i confini tipici della fattispecie e prende come orizzonte di riferimento l'interesse finale che la parte intende proteggere con la domanda giudiziale¹⁶⁵.

Rescissione. L'art. 1449 c.c. dispone che l'azione ha durata annuale ed il termine decorre dal momento in cui il contratto è stato concluso. Tuttavia, se il fatto costituisce reato si applica l'ultimo comma dell'art. 2947 c.c. e la persona pregiudicata da un contratto rescindibile potrà così beneficiare di un termine di prescrizione più lungo.

¹⁶³ Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, cit.

¹⁶⁴ Cfr. gli esempi richiamati al capitolo 1, par. 3.1.1.

¹⁶⁵ Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2424, con nota di richiami di A.L. OLIVA ed in *Corr. giur.*, 2011, p. 488, con nota di A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai Giudici*.

Annulabilità. L'art. 1442 c.c., primo comma, dispone che l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni.

Secondo la Cassazione, la previsione contenuta nell'art. 2947, comma 3, che estende la durata della prescrizione all'ipotesi in cui il fatto per cui si esercita l'azione civile costituisce anche reato, si applica soltanto alle azioni di danno e non può trovare applicazione nelle azioni di annullamento, neppure quando l'invalidità dipenda da una fattispecie di reato¹⁶⁶.

Ci si è interrogati se, una volta maturato il termine, gli effetti prodotti dal contratto possano considerarsi definitivi e, quindi, ipotizzare un'efficacia sanante della prescrizione sull'accordo.

Alla domanda sembra doversi dare risposta negativa. Infatti, a volerlo ammettere, significherebbe introdurre un'ipotesi di convalida non prevista dall'ordinamento. Inoltre, l'annulabilità potrà essere sempre fatta valere in via di eccezione dal soggetto convenuto per l'esecuzione dell'accordo¹⁶⁷.

Con riferimento alla decorrenza, ai sensi del terzo comma dell'art. 1442 c.c., *l'exordium praescriptionis* coincide con il momento della conclusione del contratto, fatte salve le eccezioni indicate al comma secondo.

Proprio questo comma, per quanto riguarda i vizi del consenso e l'incapacità legale, detta una disciplina speciale, dando un ruolo fondamentale alla conoscenza¹⁶⁸.

Infatti, se si dovesse stare alla regola generale, tali vizi dovrebbero rilevare come impedimenti di fatto, e non incidere sulla prescrizione.

¹⁶⁶ Cass., 9 settembre 2004, n. 18169, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 43, «L'art. 2947 c.c. - a termini del quale se il fatto è considerato dalla legge come reato e per il reato è stabilita una prescrizione più lunga, questa si applica anche all'azione civile - si riferisce, salvo il richiamo operato dall'art. 1449 c.c. in tema di rescissione, soltanto alle azioni di danno; esso pertanto non è applicabile all'azione di annullamento del contratto, neppure quando il vizio del consenso dipenda da un fatto concretante un'ipotesi di reato.»

¹⁶⁷ Cfr. E. LA ROSA, *Art. 1442. Prescrizione*, in *Dell'azione di annullamento, Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2009, p. 127.

¹⁶⁸ Giurisprudenza e dottrina sul punto sono limitate. Tra le trattazioni più sistematiche cfr. P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. Schlesinger*, cit. p. 156; ID., *La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 157; MAIENZA, *In tema di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di annullamento*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 816; F. PECCENNINI, *Dell'annulabilità del contratto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1998; Cfr. E. LA ROSA, *Art. 1442. Prescrizione*, cit., p. 125.

Tuttavia, se così fosse, verrebbe vanificato il significato dell'azione di annullamento: essendo questa stata concepita per la rimozione di un vizio, la prescrizione non può decorrere prima che sia stata rimossa la causa nella quale il vizio è consistito¹⁶⁹.

Esaminando la disciplina più nel dettaglio, la norma distingue l'incapacità legale dagli altri vizi della volontà.

Con riferimento a questi ultimi, è necessario ulteriormente distinguere la violenza dal dolo e dall'errore.

Se l'annullabilità dipende da violenza, il termine decorre dal giorno in cui questa è cessata. È opportuno precisare che la valutazione in ordine alla cessazione non potrà prescindere da quanto indicato dall'art. 1435 c.c. e dovrà svolgersi alla luce del parametro della 'persona sensata'¹⁷⁰.

Differente, invece, è il caso in cui la minaccia non sia rivolta direttamente al contraente ma ad un terzo, familiare o persona comunque a lui vicina.

In questa ipotesi, il criterio della cessazione sarebbe del tutto inefficiente: perché il timore cessi, e il contraente acquisti piena libertà di agire, non basta che si sia esaurita la minaccia; occorre, altresì, che la parte ne sia messa a conoscenza¹⁷¹.

Ne deriverebbe che non sarebbero mutuabili le considerazioni svolte in materia di illecito aquiliano ove sussiste un'equiparazione tra conoscenza e conoscibilità¹⁷².

In questo caso è necessaria la conoscenza effettiva e «coincide con la concreta percezione dell'attività e delle circostanze nelle quali si è manifestato il vizio [la minaccia al terzo]»¹⁷³.

L'altra soluzione comporterebbe un pregiudizio a carico di chi ha manifestato una volontà viziata, restringendo ingiustificatamente i termini di prescrizione.

¹⁶⁹ Così P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. Schlesinger*, cit., p. 157.

¹⁷⁰ Qualora la violenza sia attuata da più persone, è necessario che sia cessata da parte di tutti i coautori, App. Palermo, 26 novembre 1960, in *Foro it.*, 1961, c. 151.

¹⁷¹ P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. Schlesinger*, cit., p. 159.

¹⁷² P. VITUCCI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷³ P. VITUCCI, *op. loc. ult. cit.*

Si tratterebbe di un risultato non accettabile perché «gioverebbe al contraente che, avendo carpito con dolo o estorto con violenza diretta verso terzi il consenso della controparte, o avendo comunque tratto vantaggio dall'errore nel quale essa era incorsa, sarebbe liberato dall'azione di annullamento per effetto dell'anticipata prescrizione»¹⁷⁴.

Se l'annullabilità dipende da errore o dolo, il termine decorre da quando questi sono stati scoperti¹⁷⁵. Con delle opportune distinzioni.

Muovendo dall'osservazione che, in queste ipotesi, il sostantivo 'scoperta' è un sinonimo di 'conoscenza' bisogna valutare se a questa sia equiparata anche la 'scopribilità'.

In ipotesi di errore, il termine decorre dall'eliminazione della falsa rappresentazione della realtà o dalla conoscenza delle circostanze ignorate.

La giurisprudenza non sempre tiene conto dell'effettiva conoscenza del soggetto o delle sue concrete condizioni soggettive e/o socio-culturali, utilizzando piuttosto presunzioni di conoscenza¹⁷⁶.

Non bisogna, infatti, dimenticare che la sua rilevanza è parametrata sulla rilevabilità da parte di una persona di normale diligenza. Di conseguenza, attribuire rilevanza alla effettiva percezione dell'errore, significherebbe proporre un'interpretazione in contrasto con l'art. 1431 c.c.

Con riferimento al dolo, è ormai consolidato l'orientamento diretto a cogliere tutti gli indizi che concorrono a dimostrare la percezione dell'inganno. A tal fine si è ritenuto che la prescrizione decorre dal momento della

¹⁷⁴ P. VITUCCI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁵ Lo stesso criterio vale anche per gli atti compiuti da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro. In questo caso l'azione può essere proposta dal coniuge il cui consenso era necessario entro un anno dalla data in cui ha avuto conoscenza dell'atto e, in ogni caso, entro un anno dalla data di trascrizione. In giurisprudenza cfr. Cass., 3 novembre 2000, n. 14347, in *Giur. it.*, 2001, p. 1848; Cass., 18 luglio 1998, n. 7055, in *DeJure*; Cass., 19 febbraio 1996, n. 1279, in *Vita not.*, 1996, p. 882.

Secondo la Corte costituzionale (C. Cost., 17 marzo 1988, n. 311) non è fondata - in riferimento all'art. 24, comma 1 cost. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 184 comma 2 c.c., laddove stabilisce che l'azione di annullamento spettante al coniuge per gli atti di alienazione, compiuti senza il suo consenso dall'altro coniuge, deve essere esercitata in ogni caso nel breve termine di prescrizione di un anno dalla data di trascrizione dell'atto. Ciò in quanto il bilanciamento compiuto dalla norma tra gli opposti interessi del coniuge pretermesso e dei terzi non appare lesivo del diritto di difesa del primo, restandogli pur sempre un lasso di tempo sufficientemente ampio per impugnare l'alienazione.

¹⁷⁶ Cfr. E. LA ROSA, *Art. 1442. Prescrizione*, cit., p. 131.

percezione effettiva dei mezzi fraudolenti utilizzati dalla controparte per carpire il consenso¹⁷⁷.

Circa l'azione di annullamento per incapacità legale, il criterio enunciato è quello della rimozione del vizio: la prescrizione decorre dal giorno in cui è cessato lo stato di interdizione o di inabilitazione ovvero da quando il minore ha raggiunto la maggiore età¹⁷⁸.

Dalla disamina di queste ipotesi, nei rimedi diretti a far dichiarare l'annullamento del contratto, le circostanze soggettive in cui versa uno dei contraenti hanno un ruolo fondamentale ai fini della decorrenza del termine di prescrizione: da una parte, è previsto un termine quinquennale, con un *dies a quo* certo, finalizzato a rendere stabili gli effetti del contratto (III comma); dall'altra, si aggiungono ipotesi che, rispetto alla data di conclusione del contratto, spostano *l'exordium praescriptionis*, ad un momento successivo, a protezione dell'altro contraente, per garantire che abbia effettivamente acquisito consapevolezza del vizio e sia in grado di proporre l'azione (II comma). Perciò, risponde all'esigenza di rendere piena ed effettiva la tutela del contraente la cui volontà è viziata.

Ragionando *a contrariis*, se le cause di annullabilità del contratto non sono venute meno, il titolare dell'azione non è in grado di valutare liberamente l'opportunità di mantenere o eliminare gli effetti del negozio.

Inoltre, in ipotesi di vizi della volontà, la controparte che abbia interesse alla decorrenza del termine in casi di errore o dolo, onde evitare di rimanere esposta per troppo a lungo nel tempo ad azioni dirette a far dichiarare l'invalidità di un accordo, potrà dare notizia dell'errore o dei raggiri alla vittima, ed in ipotesi di violenza potrà far cessare la minaccia¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Cfr. E. LA ROSA, *Art. 1442. Prescrizione*, cit., p. 131.

¹⁷⁸ V. anche Cass., 24 giugno 2009, n. 14781, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 83; Cass., 6 marzo 1993, n. 2725, in *Corr. giur.*, 1993, p. 816.

¹⁷⁹ V. anche c.c. 1338 ai sensi che obbliga la parte a conoscenza di una causa di invalidità del contratto a darne comunicazione all'altra, pena il risarcimento del danno.

Le richiamate diversità in punto di decorrenza (II e III comma dell'art. 1442 c.c.) incidono sull'onere probatorio: se l'azione viene proposta nei primi cinque anni successivi alla conclusione del contratto, non si pongono particolari problemi. Diversamente, quando l'azione è proposta oltre il termine di cinque anni dalla conclusione del negozio, l'onere della prova del momento della scoperta dei vizi e della cessazione della violenza o dell'incapacità incombe su chi agisce in giudizio per l'annullamento del contratto¹⁸⁰.

Sulla base di questi argomenti, residua una valutazione sul rapporto tra art. 2935 c.c. ed art. 1442 c.c.

Stando al principio generale (2935 c.c.), la prescrizione nei rapporti negoziali dovrebbe comunque decorrere dal giorno in cui è stato concluso il contratto, poiché gli impedimenti di fatto che il titolare incontra nell'esercizio dell'azione non incidono sulla possibilità legale di agire in giudizio, e quindi la previsione dell'art. 1442, co. 2, opererebbe in deroga alle regole generali in quanto attribuisce rilievo a impedimenti che operano sul piano dei meri fatti¹⁸¹.

La tesi si fonda su un'interpretazione restrittiva del verbo 'può' di cui all'art. 2935.

Tuttavia, anche e soprattutto alla luce delle riforme europee viste nel capitolo precedente, è possibile proporre una diversa e più ampia lettura del disposto normativo, esaltando il rilievo che gli impedimenti di fatto possono assumere sull'esercizio del diritto. Si potrebbe affermare, infatti, che la possibilità di far valere un diritto non coincide necessariamente con la sua attribuzione, potendovi ostare anche impedimenti di fatto che non ne consentono l'esercizio, quali appunto quelli nascenti da ignoranza incolpevole o dall'esercizio della violenza¹⁸².

¹⁸⁰ Cfr. TANINI, *Onere della prova nel caso di spostamento del termine iniziale di prescrizione*, in NGCC, 1993, p. 487.

¹⁸¹ È questa la posizione prevalentemente riconducibile a P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. Schlesinger*, cit., p. 159.

¹⁸² Cfr. G. STOLFI, *Colpa in contrahendo e prescrizione*, nota a Trib. Modena, 25 maggio 1972, in *Giur. it.*, 1974, p. 433 e più di recente E. LA ROSA, *Art. 1442. Prescrizione*, cit., p. 129.

L'inerzia in questa logica si qualifica come comportamento concludente in base alla valutazione delle situazioni di fatto che la hanno determinata.

A ben vedere, nonostante i freni giurisprudenziali che negano rilevanza agli impedimenti di fatto tra le cause di sospensione, esiste comunque una tendenza sempre più presente che lega la possibilità di esercitare il diritto anche a circostanze soggettive riferibili all'individuo: spostando così il problema dalle cause di sospensione ai presupposti affinché il termine possa iniziare a decorrere, in forza di una interpretazione estensiva del verbo 'può' di cui all'art. 2935 c.c.

Nel paragrafo successivo, si esaminerà come la conoscenza inizi ad avere un ruolo –sebbene ancora minimo– anche nell'ambito della responsabilità contrattuale.

5.2. I rimedi per reagire all'inadempimento.

Con riferimento ai rimedi nascenti dall'inadempimento, la prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui la prestazione è effettivamente esigibile da parte del creditore¹⁸³.

La determinazione di tale momento non è sempre agevole e la soluzione deve essere articolata in base alle differenti ipotesi.

E così, se la prestazione è esigibile su richiesta del creditore, la prescrizione decorre dal momento in cui sorge il credito.

Altrettanto vale per le prestazioni esigibili ad un dato termine dalla richiesta e per le prestazioni senza termine, stante il dettato dell'art. 1183, I comma, c.c.

¹⁸³ La giurisprudenza è costante sul punto Cass., 14 ottobre 1972, n. 3065, in *Foro pad.*, 1973, I, c. 289; Cass., 28 ottobre 1972, n. 3328, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 221; Cass., 16 luglio 1975, n. 2794; Cass., 12 marzo, 1984, n. 1696, in *DeJure*; Cass., 18 novembre 1987, n. 8483, in *DeJure*; Cass., 5 aprile 1989, n. 1642, in *Giur. it.*, 1990, I,1,247; Più di recente, cfr. Cass., 3 maggio 2005, n. 9114, in *Foro it. on-line*; Cass., 29 luglio 2004, n. 14487, in *Foro it. on-line*. In dottrina cfr. P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 82; M.R. CIMMA, *Prescrizione e decadenza* (voce), in *Dig. disc. priv.*, XIV, 1996, p. 244

Invece, se il termine è implicito¹⁸⁴, la prescrizione decorre dalla scadenza di questo.

Se il termine, necessario¹⁸⁵, non è stato convenuto e viene rimesso alla determinazione del giudice, la prescrizione decorre dal giorno in cui sorge il credito, in quanto da questo momento il creditore può chiedere che il termine venga fissato: una volta che ciò sia avvenuto, la prescrizione decorre dalla scadenza fissata dal giudice¹⁸⁶.

Con riferimento alla domanda di risarcimento del danno, merita portare all'attenzione due recenti pronunce.

La prima¹⁸⁷, distinguendo tra domanda di adempimento e domanda di risarcimento, prevede la possibilità che l'*exordium praescriptionis* possa collocarsi in due momenti differenti nel tempo.

Secondo la Cassazione, nei casi in cui la prestazione possa essere immediatamente esigibile, il verificarsi del danno rimane comunque un imprescindibile elemento.

Pertanto, in tale ipotesi, l'obbligazione risarcitoria è succedanea e distinta rispetto alla domanda di adempimento e, da ciò, la previsione di differenti momenti di esordio della prescrizione, in base al risultato finale cui mira il rimedio¹⁸⁸.

Non diversamente da quanto è disposto per l'azione di responsabilità extracontrattuale, riportando quanto affermato in una sentenza emessa alla

¹⁸⁴ Come nel caso del comodato per uso determinato

¹⁸⁵ L'esempio è quello del mutuo.

¹⁸⁶ Per una casistica più articolata cfr. B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1978, p. 57

¹⁸⁷ Cass., 5 aprile 2012, n. 5504, in *DeJure*.

¹⁸⁸ «Non avendo l'attore proposto una domanda di adempimento del contratto, l'obbligazione dedotta in giudizio non aveva ad oggetto l'esecuzione della prestazione piuttosto quella –*succedanea e distinta dalla prima*– di risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione del programma negoziale». Pertanto, sebbene la prestazione possa essere immediatamente esigibile, il verificarsi del danno è un elemento imprescindibile per la nascita dell'obbligazione risarcitoria: «l'interesse ad agire del creditore per ottenere il ristoro patrimoniale non poteva farsi risalire al momento in cui era sorto il diritto all'esecuzione del contratto –coincidente con la stipula del contratto costitutivo del diritto stesso– posto che esso assumeva consistenza soltanto quando si fossero effettivamente prodotte le conseguenze negative sul suo patrimonio determinate dall'accertato inadempimento imputabile al debitore», Cass., 5 aprile 2012, n. 5504, cit.

fine del 2011¹⁸⁹, «l'azione di responsabilità contrattuale nei confronti del debitore presuppone la produzione del danno, ancorchè l'inadempimento sia stato posto in essere in epoca anteriore, con la conseguenza che la relativa prescrizione non può iniziare a decorrere prima del verificarsi del pregiudizio di cui si chiede il risarcimento»¹⁹⁰.

La giurisprudenza di legittimità propone così lo stesso schema indicato nell'ambito del danno aquiliano.

Pur con gli opportuni adattamenti, le norme in punto di risarcibilità dell'illecito contrattuale ed extracontrattuale sono le medesime in forza del richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c.: oggetto del risarcimento del danno sono le perdite subite ed il mancato guadagno, in quanto siano conseguenze immediate e dirette scaturite dall'evento lesivo (c.c. 1223).

Ne consegue che nessun danno potrà essere risarcito, se l'inadempimento non ha ancora prodotto alcuna conseguenza. Esattamente come avviene nell'illecito ex art. 2043 c.c. Si badi, manifestazione delle conseguenze, non conoscenza del danno.

Infatti, pur ammettendo la necessità dell'esistenza del danno, continua ad escludersi rilevanza alla conoscenza, che continua ad essere iscritta nell'ambito degli impedimenti di fatto irrilevanti¹⁹¹.

¹⁸⁹ Cass., 5 dicembre 2011, n. 26020, in *DeJure*. Caso di responsabilità del notaio per mancata visura in ordine alla trascrizione della domanda.

¹⁹⁰ Nello stesso senso anche Cass., 22 luglio 2005, n. 15504, in *DeJure*; Cass., 12 dicembre 2003, n. 18995, in *DeJure*; Cass., 13 gennaio 2003, n. 311, in *Giur. it.*, 2004, p. 983 con nota di ROSSI e in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 800; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2287, in *DeJure*; Cass., 29 agosto 1995, n. 9060 e, in precedenza, anche Cass., 29 aprile 1965, n. 759.

¹⁹¹ «Per la giurisprudenza costante di questa Corte, la disposizione dell'art. 2935 c.c., che fa coincidere il termine iniziale della prescrizione del diritto dal momento in cui il diritto stesso può essere fatto valere, piuttosto che da quello in cui il diritto è sorto, si riferisce alla sola possibilità legale di esercizio del diritto valorizzando così solo gli impedimenti di carattere giuridico, non quelli di fatto, per i quali il successivo art. 2941 c.c. prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione tra le quali (...) non è compresa affatto l'ignoranza, da parte del titolare, dei fatti generatori del suo diritto e tantomeno è compreso il dubbio soggettivo della esistenza di tale diritto ed il ritardo, quindi, indotto dalla necessità del suo accertamento», Cass., 7 novembre 2005, n. 21495, cit., in materia di danni subiti a causa di un atto notarile nullo. Cfr. anche Cass., 7 novembre 2005, n. 21495, in *DeJure*; Cass., 7 maggio 2004, n. 8720, in *DeJure*; Cass., 11 dicembre 2001, n. 15662; Cass., 7 maggio 1996, n. 4235; Cass., 10 ottobre 1992, n. 11094, in *DeJure*. Su questo punto e per ulteriori approfondimenti cfr. la monografia di M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione ed autoresponsabilità: la rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, cit.

D'altra parte, se la prestazione del contratto non è stata in alcun modo svolta, l'inadempimento sarà più immediatamente apprezzabile dal creditore.

Differente è l'ipotesi di inesatto adempimento, molto frequente nell'ambito della responsabilità professionale.

In quest'area, ove comunque esiste un contratto, si segnala un'inversione di tendenza rispetto al principio sopra richiamato.

In una sentenza del 2006¹⁹² ed in una del 2007¹⁹³ la Cassazione avvalsa la tesi sostenuta dalla Corte d'Appello, senza segnalare un suo orientamento contrastante sul punto.

Con queste pronunce la Cassazione non dà rilevanza diretta alla conoscibilità ma la considera in rapporto alla manifestazione del danno, con parziale distacco rispetto alla tradizione precedente, ove non era neppure considerata.

In una sentenza del 2009, invece, l'affermazione contenuta assume i toni di una dichiarazione di principio: «è giurisprudenza di questa Corte, da cui non vi è motivo di discostarsi, secondo la quale il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità professionale inizia a decorrere non

¹⁹² «La Corte meneghina ha, nella specie, correttamente applicato il principio di diritto contenuto nella norma di cui all'art. 2935 c.c., secondo il quale la prescrizione comincia a decorrere da quando il diritto può essere fatto valere, e, con incensurabile apprezzamento di fatto, perché sorretto da logica e congrua motivazione, ha ritenuto, nella specie, che il S. avesse avuto contezza del danno subito soltanto dal momento dell'accertamento giudiziale della carenza di legittimazione passiva di V.R., momento in cui, cioè, il danno si era manifestato all'esterno nella sua oggettività, divenendo per l'effetto percepibile, conoscibile, azionabile sul piano della richiesta risarcitoria», Cass., 8 maggio 2006, n. 10493, in *DeJure*.

Principio affermato in un'ipotesi di responsabilità professionale per avere il proprio difensore in altra causa di risarcimento danni erroneamente evocato in giudizio soggetto diverso da colui che risultava essere il vero responsabile, correttamente il giudice del merito aveva considerato la prescrizione dell'azione nei confronti del suddetto legale iniziare a decorrere dalla notificazione della sentenza del definitivo accertamento giudiziale della carenza di legittimazione del soggetto in quell'altro processo convenuto, quale momento in cui il danno si era manifestato all'esterno nella sua oggettività, divenendo percepibile, conoscibile ed azionabile sul piano della domanda risarcitoria.

¹⁹³ «il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità professionale iniziava a decorrere non dal momento in cui la condotta del professionista determinava l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno si manifestava all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile da chi aveva interesse a farlo valere, e cioè il cliente», Cass., 27 luglio 2007, n. 16658, in *DeJure*.

Trattasi di un'ipotesi di negligenza dell'avvocato per omessa trascrizione dell'atto di citazione in un'azione ex art. 2932 c.c. La Cassazione conferma la tesi dei giudici di merito che avevano stabilito la decorrenza della prescrizione dal trasferimento coattivo della proprietà del bene al cliente, perché in quel momento il danno era divenuto percepibile, conoscibile ed azionabile al fine di esercitare il diritto al risarcimento del danno nei confronti del legale.

già dal momento in cui la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno è già oggettivamente percepibile e conoscibile da parte del danneggiato»¹⁹⁴.

Mentre nelle due sentenze precedenti oggetto di indagine era la manifestazione del danno, in questo caso la conoscenza non è più un riflesso dell'estrinsecazione di un pregiudizio ma sembra diventare l'oggetto principale.

Naturalmente, quella proposta è soltanto una delle possibili interpretazioni di un passaggio della motivazione che, anche se encomiabile, è probabilmente eccessivo, soprattutto perché omette di prendere in diretta considerazione quell'orientamento che legge la conoscenza nell'ambito degli impedimenti di fatto irrilevanti, esclusi da quell'elenco, reputato tassativo, di cui all'art. 2940 c.c.

Inoltre, un'unica sentenza, sebbene successivamente confermata in un *obiter dictum* del 2011¹⁹⁵, non ha la forza di imporsi in termini di 'orientamento costante'.

Tuttavia, è comunque utile una considerazione di carattere generale.

Nell'ambito della responsabilità contrattuale, il problema relativo alla conoscenza non riguarda l'inadempimento ma l'inesatto adempimento, ove le conseguenze dannose potrebbero essere rilevate in un momento successivo rispetto allo svolgimento della prestazione.

In queste ipotesi, maggiormente ricorrenti nell'area della responsabilità professionale, che comunque si fonda sulla violazione di un obbligo derivante dal contratto, si travalicano i confini della fattispecie e si segnala una vicinanza con la disciplina dettata per l'illecito aquiliano.

Seguendo l'orientamento delle Sezioni unite del 2008¹⁹⁶, se l'art. 2947 c.c. non è norma speciale rispetto all'art. 2935 c.c., significa che le considerazioni

¹⁹⁴ Cass., 15 luglio 2009, n. 16463, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1534, con nota di G. MUSOLINO, *La prescrizione della responsabilità professionale*. Caso di responsabilità del notaio per errore nella redazione di un rogito circa l'acquisto di un immobile. In particolare, gli acquirenti di un immobile condominiale si rivolgono al giudice adducendo la negligenza (e la conseguente responsabilità professionale) del notaio che aveva effettuato un rogito, in cui una zona terrazzo-stenditoio figurava a loro ceduta, mentre era stata, poi, parzialmente rivendicata con successo dal condominio.

¹⁹⁵ Cass., 5 dicembre 2011, n. 26020, cit.

svolte in quella sede in punto di decorrenza, possono essere mutuabili anche per altri casi concreti che esulano dallo schema aquiliano.

Lo sono, a maggior ragione, se si considera che con quelle pronunce la responsabilità da contatto sociale -espressione dell'avvicinamento tra le due aree- ha avuto la sua compiuta consacrazione¹⁹⁷.

Questo, probabilmente, è il viatico che sta consentendo alla giurisprudenza di esportare le regole maturate in ambito aquiliano anche in sede contrattuale.

A ben vedere, se questa tendenza dovesse affermarsi, in forza della stessa conformazione della responsabilità contrattuale, probabilmente non sarebbe necessario alcun ulteriore passaggio che porti dalla manifestazione del danno alla conoscenza del nesso causale¹⁹⁸.

Infatti, una volta che si sono manifestate le conseguenze pregiudizievoli, la loro riconducibilità alla condotta inadempiente del debitore avviene proprio in forza del contratto (evidentemente conosciuto dalle parti) che obbliga il debitore a tenere un determinato comportamento che, nella realtà dei fatti, non ha mantenuto e lo ha portato all'inadempimento.

5.3. Contratti a prestazione periodica e di durata.

A questo punto dell'indagine, non rileva tanto esaminare tutte le ipotesi di decorrenza dei singoli rimedi contrattuali, essendo la casistica vastissima e sterminata¹⁹⁹.

Ai fini che qui interessano, bisogna concentrarsi su fattispecie relative a contratti di durata ed ove si prevedono prestazioni continuate o periodiche.

¹⁹⁶ Cass., 10 gennaio 2008, n. 581, cit.

¹⁹⁷ Su questo aspetto si tornerà nuovamente al par. 6 di questa sezione.

¹⁹⁸ Vedi da ultimo Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

¹⁹⁹ Per una visione generale sul punto cfr. S. RUPERTO, *Libro VI - (artt. 2643-2739) Della tutela dei diritti*, in C. Ruperto (cur.), *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2012, p. 443

Dall'esame, emergerà una tendenza giurisprudenziale che, ai fini della decorrenza del termine di prescrizione, attribuisce rilevanza alla diversa posizione contrattuale delle parti.

Alcune indicazioni si possono già trarre nell'ambito della disciplina positiva.

Nei rapporti di durata fra soggetti dotati di disuguale forza contrattuale, il legislatore usa la tecnica di differire l'esordio della prescrizione al momento in cui il rapporto sia cessato, allo scopo di mettere al riparo da possibili ritorsioni colui che di fatto è interessato alla prosecuzione.

Nell'ambito del diritto del lavoro, l'art. 2113, nel dichiarare l'invalidità di transazioni e rinunzie contrastanti con norme imperative o con contratti e accordi collettivi, prevede che l'impugnazione di queste debba essere proposta entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o transazione se il rapporto è già cessato²⁰⁰.

La regola è espressione della volontà del legislatore di offrire una maggiore protezione al lavoratore, riconoscendo la sua posizione di soggezione nei confronti del proprio datore. Come ha sottolineato la dottrina, «l'art. 2113 c.c. costituisce la più evidente manifestazione della situazione di inferiorità contrattuale nella quale si trova il lavoratore dipendente»²⁰¹.

Dello stesso tenore è anche l'art. 79 della legge del 1978²⁰² e l'art. 13 della legge del 1998 sulle locazioni²⁰³, ove i rimedi per far valere eventuali invalidità decorrono nei successivi sei mesi dalla riconsegna dell'immobile locato²⁰⁴.

Prima di allora, e cioè per tutto il corso del rapporto, il termine non decorre, «cosicché il lavoratore, il conduttore, l'affittuario, il mezzadro non vengono posti di fronte all'alternativa che discenderebbe ove fosse seguita la

²⁰⁰ Per approfondimenti sulla norma v. di recente O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, IV, Milano, 2011, p. 875; G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino, 2010; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009; CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 984; MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Digesto – IV ediz., disc. priv. – sez. comm.*, V, Torino, 1990, p. 51; PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990

²⁰¹ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 875

²⁰² L. 27 luglio 1978, n. 392

²⁰³ L. 9 dicembre 1998, n. 431

²⁰⁴ Di tenore simile anche la il r.d.l. 5 ottobre 1936, n. 1746, art. 3, IV co., «il conduttore, entro un anno dalla fine della locazione, può ripetere quanto abbia corrisposto in eccedenza».

regola della possibilità legale, vale a dire il dilemma se far valere la propria pretesa, col rischio di suscitare la reazione di una controparte che hanno interesse a conservare come tale, ovvero non esercitarla, con la conseguenza di vedersene preclusa la tutela giurisdizionale»²⁰⁵.

L'esigenza appena esposta ha informato anche alcune scelte della giurisprudenza.

5.4. Il diritto del lavoro.

I crediti di lavoro rientrano nell'art. 2948, n. 4: è sottoposto a prescrizione quinquennale «tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi».

Un espresso riconoscimento al rapporto di lavoro è contenuto al n. 5 della medesima norma, «le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro» si prescrivono in cinque anni.

Il termine decennale, invece, si applica a tutti i diritti di natura non retributiva²⁰⁶.

Con riferimento alla decorrenza della prescrizione, secondo la regola generale dell'*esigibilità* vista poco sopra ed indicata dall'art. 2935 c.c., il diritto dovrebbe essere fatto valere in costanza di rapporto²⁰⁷.

²⁰⁵ P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. Schlesinger*, cit., p. 163.

²⁰⁶ Cfr. Cons. Stato, 17 marzo 2010, n. 1543, in *Foro amm. CDS*, 2010, 3, p. 658, «Laddove - a fronte di una medesima vicenda lavorativa - si faccia questione di diversi aspetti della vicenda in contestazione (ad es.: il diritto all'inquadramento o alle mansioni da un lato ed i conseguenti diritti patrimoniali dall'altro), è ben possibile che le diverse azioni a tal fine proponibili siano assoggettate a differenti regimi prescrizione. Ciò, in quanto non è possibile ammettere una sorta di estensione - per attrazione o per assorbimento - di un determinato aspetto del rapporto lavorativo (es.: il diritto alla retribuzione) a diversi aspetti della pur unitaria vicenda, i quali siano riguardati dal Legislatore secondo una diversa ottica sia per ciò che attiene la disciplina sostanziale, sia per ciò che attiene al regime della prescrizione (e ciò, anche in considerazione del pacifico carattere di inderogabilità ex lege della disciplina in tema di prescrizione - art. 2936 c.c. -)»

²⁰⁷ Sul problema della prescrizione nell'ambito del diritto del lavoro cfr. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 875; A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983; ID., *Prescrizione: II) Diritto del lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, 1991; S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987; G. PERA, *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *Digesto, IV ediz., disc. priv. - sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 216; B. IACONO, *Stabilità e prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Argom. dir. lav.*, 2, 1995, p. 63; A.

Senonchè, nel 1966 la Corte costituzionale ha dato un'indicazione differente, dichiarando l'illegittimità dell'art. 2948 n. 4, 2955 n. 2 e 2956 n. 1, nella parte in cui consentivano che la prescrizione decorresse 'in costanza di rapporto di lavoro'²⁰⁸.

Il problema su cui verteva la pronuncia era il seguente: il giudice a quo²⁰⁹, argomentando dal dato testuale dell'art. 36 Cost., invocava la indisponibilità dei crediti di lavoro e la consequenziale esclusione della prescrizione.

Secondo la Consulta tale valutazione sarebbe erronea. Pur configurandosi l'art. 36 quale garanzia costituzionale di un diritto, ed in quanto tale attributiva di un maggior rilievo e vigore rispetto a quello che al diritto stesso sarebbe derivato da una legge ordinaria, ciò comunque non ne esclude l'estinzione per decorso del tempo, poiché l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici riguarda ogni diritto, anche quelli costituzionalmente protetti.

Del resto, l'art. 36 cost. fa riferimento alla irrinunciabilità del diritto alle prestazioni salariali e non anche alla loro indisponibilità, caratteristica questa che renderebbe il diritto imprescrittibile ai sensi dell'art. 2934 c.c.

Viene, pertanto, affermata la compatibilità tra protezione costituzionale di un diritto e sua estinzione per prescrizione.

L'analisi della Consulta va però oltre e prosegue per accertare che tutto il regime della prescrizione sia compatibile con la speciale garanzia riconosciuta dall'art. 36 Cost. Con questo fine preciso, si afferma la decorrenza del termine quinquennale dal momento di cessazione del rapporto²¹⁰.

I giudici hanno argomentato le loro conclusioni, in primo luogo, dalla speciale natura del credito retributivo che, se pure non collocabile tra i diritti della personalità, costituisce, secondo le direttive dell'art. 36, un diritto 'sociale' meritevole di tutela rafforzata.

ORENGO, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, Milano, 1966; B. MIRANDA, *Le prescrizioni presuntive nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2001.

²⁰⁸ Corte cost., 10 giugno 1966, n. 63

²⁰⁹ T. Ancona, 6 ottobre 1964, in *MGL*, 1965, p. 3

²¹⁰ A. SERMONTI, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi (sulla decorrenza di prescrizioni di crediti di lavoro)*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, p. 134 e ss.

Ciò verrebbe confermato anche dalla speciale disposizione di cui all'art. 2113 c.c., principio che fa presupporre l'esistenza di una situazione di inferiorità del lavoratore, per tutta la durata del rapporto: «vi sono tuttavia ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè il timore del licenziamento; cosicchè la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualsiasi tipo di rinuncia».

Le reazioni alla pronuncia non si sono fatte attendere.

Nonostante le critiche²¹¹, vanno messi in luce gli effetti sociali positivi prodottisi: larghe classi di lavoratori hanno infatti visto un valido aiuto ai fini di una riappropriazione dei propri diritti, oltre alla possibilità di instaurare un confronto personale con il datore di lavoro su basi paritarie e più equilibrate²¹².

Bisogna anche sottolineare l'aspetto fortemente garantistico della decisione che opera a favore dei lavoratori subordinati sia come strumento di tutela nei confronti della minaccia di licenziamento nonché di altri provvedimenti vessatori o ritorsivi nei quali si può estrinsecare la supremazia datoriale²¹³.

A distanza di un mese e mezzo dalla pronuncia venne emanata la L. 15 luglio 1966, n. 604, che ha notevolmente affievolito la libera recedibilità del datore nel rapporto di lavoro, limitando le ipotesi di licenziamento ai soli casi di giustificato motivo o di giusta causa.

²¹¹ La pronuncia ha suscitato disparate reazioni da parte della dottrina. Molte critiche sono giunte dagli studiosi di diritto costituzionale. Secondo alcuni sarebbe una pronuncia *inutiliter data* per violazione del principio tra chiesto e pronunciato (L. SPAGNUOLO VIGORITA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1976, p. 17 e *contra* A. SERMONTI, *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi (sulla decorrenza di prescrizioni di crediti di lavoro)*, cit., p. 135); secondo altri la Consulta avrebbe abrogato disposizioni inesistenti nel nostro ordinamento (A. SERMONTI, *op. ult. cit.*, p. 137; S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Perugia, 1987, p. 66 e *contra* nel senso di distinguere tra disposizione e norma, A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, p. 179; E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2008, p. 7); altri ancora si sono interrogati sulla legittimità di un intervento della Corte costituzionale in ordine ad omissioni legislative (in senso negativo cfr. G. PERA, *Ancora sulla prescrizione per i diritti dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 587; L. M. GALANTINO, *La giurisprudenza costituzionale in tema di prescrizione dei crediti del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1976, I ed in senso positivo A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 334).

²¹² S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, cit., p. 68.

²¹³ E. GHERA, *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali nel pubblico impiego*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1014.

Un ulteriore rafforzamento della posizione del lavoratore è stato offerto anche dalla L. 20 maggio 1970 n. 300, c.d. *Statuto dei lavoratori*.

A fronte di un licenziamento illegittimo, due erano le tutele esperibili: la tutela debole o obbligatoria e la tutela forte o reale. La tutela debole è offerta dalla L. 604 del 1966, riguardante, fino alla L. 300/1970, tutti i lavoratori: il licenziamento non può avvenire se non per giusta causa o giustificato motivo e qualora così non fosse stato, assegna al lavoratore ingiustamente licenziato il diritto al risarcimento da 2,5 a 6 mensilità, quando non potesse essere riassunto.

È chiamata tutela debole perché il licenziamento è relativamente poco oneroso per il datore di lavoro e per tenerla distinta dalla tutela forte dello Statuto dei lavoratori.

La differenza tra le due è data dalle dimensioni dell'azienda. Fino a quindici dipendenti si rientra nel regime della tutela debole, oltre questa cifra trova applicazione l'art. 18 st. lav.

Si tratta di una norma che, a fronte di un licenziamento illegittimo, obbligava il datore a reintegrare il dipendente ed a corrispondergli una cifra a titolo di risarcimento del danno.

Alla luce di questi interventi normativi, la successiva giurisprudenza della Consulta ha delimitato l'ambito di applicazione del principio indicato nel 1966.

In primo luogo è stato escluso che questo riguardi i diritti del lavoratore di natura diversa dalla retribuzione²¹⁴, e comunque non aventi natura di retribuzione periodica infrannuale²¹⁵.

In secondo luogo, ed è questo il tratto che risente maggiormente delle novità legislative che hanno conferito reale stabilità ai rapporti di lavoro cui è applicabile lo statuto, è stata mutata la linea tracciata nel 1966 dal Giudice di legittimità.

²¹⁴ C. Cost., 21 marzo 1969, n. 39, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1058; C. Cost., 28 gennaio 1970, n. 10, in *Foro it.*, 1970, I, c. 711

²¹⁵ C. Cost., 21 maggio 1975, n. 115, in *Mass. giur. lav.*, 1975, p. 286; Corte cost., 1 giugno 1979, n. 40, in *Giur. cost.*, 1979, p. 339.

In una pronuncia del dicembre del 1972²¹⁶, la Consulta ha affermato che il principio affermato in precedenza non può trovare applicazione tutte le volte che il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza, «quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione».

Proseguendo nel ragionamento, «una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare».

In breve, la stabilità del rapporto, coincidente con la possibilità di essere reintegrati nel posto di lavoro a seguito di licenziamento illegittimo, fa venire meno quel *metus* che aveva, invece, giustificato l'orientamento del 1966.

Da qui, la regola: è consentita la decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro in pendenza del rapporto solo nei casi garantiti dalla stabilità offerta dalla c.d. *tutela reale*, posticipando in tutti gli altri casi la decorrenza al momento della interruzione del rapporto.

Questo quadro ha avuto un positivo riscontro anche da parte delle Sezioni unite della Cassazione²¹⁷, la quale ha aperto la strada alla magistratura ordinaria verso la ricerca dei criteri tramite i quali valutare la stabilità e come si articoli l'onere della prova.

²¹⁶ C. Cost., 12 dicembre 1972, n. 174, in *Foro it.*, 1973, I, c. 22 successivamente confermata anche da Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 13, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 145.

²¹⁷ Cass., sez. un., 12 aprile 1976, n. 1268, in *Foro it.*, 1976, I, c. 915: «tale decorrenza, bisogna dunque concludere, non è unica per qualsiasi rapporto di lavoro, ma dipende (...) dal grado di stabilità del rapporto stesso. In particolare tenendo presente la precisazione fatta nella pronuncia della Corte costituzionale n. 143/1969, deve ritenersi stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, sia regolato da una disciplina la quale sul piano sostanziale subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere il licenziamento illegittimo. Il che, se per la generalità dei casi coincide oggi con l'ambito di operatività della l. n. 300/197 (...), può anche realizzarsi ogni qualvolta siano applicabili le norme del pubblico impiego o leggi speciali o specifiche pattuizioni che diano al prestore d'opera una tutela di pari intensità».

Con riferimento ai criteri di accertamento della stabilità, emblematiche sono le pronunce in materia di rapporti di fatto²¹⁸.

Di recente, la Suprema corte ha rilevato che sarebbe del tutto incostituzionale procedere ad una interpretazione differenziata tra il *metus* del lavoratore di fronte al potere di recesso del datore e la situazione del prestatore di fatto, sottoposto alla più assoluta libertà del datore di rifiutare la prestazione²¹⁹.

È stato puntualizzato che il requisito della stabilità da cui dipende la decorrenza del termine quinquennale di prescrizione in costanza di rapporto vada verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del rapporto medesimo ed alla configurazione che di esso danno le parti nel corso dell'effettivo svolgimento, dipendendo solo da ciò la rilevanza di una effettiva situazione psicologica di *metus*, tale da impedirgli di esercitare i propri diritti nei confronti del datore²²⁰.

Dunque, secondo la Corte, ai fini della qualificazione di un rapporto come stabile o no, non costituisce elemento decisivo né la formale volontà delle parti né la normativa garantistica che il giudice *ex post* dovesse riconoscere applicabile con effetto retroattivo. L'unico elemento davvero rilevante è la configurazione del comportamento tenuto nello svolgimento concreto del rapporto, al fine di valutare l'esistenza o meno di un *metus*²²¹.

Di conseguenza, anche quando l'impresa si trovi nell'area della stabilità reale, la prescrizione non decorre durante il rapporto di lavoro se il datore non riconosce al lavoratore la stabilità, ad esempio negando la natura subordinata del rapporto stesso oppure la sussistenza di un contratto a tempo indeterminato. In questi casi, la giurisprudenza ritiene che la situazione

²¹⁸ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *La prescrizione dei diritti nel rapporto di lavoro*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. Santoro Passarelli, Milano, 2009, p. 1108

²¹⁹ Cass., 12 novembre 2007, n. 23472, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 1166

²²⁰ Cfr. Cass., 20 maggio 2002, n. 7310, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 635; Cass., 14 ottobre 2000, n. 13722; Cass., 10 aprile 2000, n. 4520; Cass., 30 agosto 1991, n. 9251.

²²¹ L'orientamento è pressoché costante, cfr. Cass., 19 gennaio 2011, n. 1147, in *Foro it. on-line*; Cass., 23 gennaio 2009, n. 1717, in *Foro it. on-line*; Cass., 12 dicembre 2004, n. 23227, in *Foro it. on-line*; Cass., 6 luglio 2002, n. 9839, in *Foro it. on-line*; Cass., 20 maggio 2002, n. 7310, in *Not. giur. lav.*, 2002, p. 635; Cass., 14 ottobre 2000, n. 13722, in *Foro it. on-line*; Cass., 10 aprile 2000, n. 4520, in *Foro it. on-line*; Cass., 30 agosto 1991, n. 9251, in *Foro it. on-line*.

psicologica di timore del lavoratore cessi soltanto nel momento in cui è stata giudizialmente accertata l'esistenza di un rapporto stabile²²².

Da qui, il problema in ordine all'onere della prova.

Secondo l'opinione maggioritaria spetta al datore, che eccepisce la decorrenza della prescrizione del credito del lavoratore in costanza di rapporto di lavoro, l'onere di provare la stabilità del rapporto stesso²²³.

Un indirizzo minoritario, invece, ritiene che il datore che eccepisca la prescrizione abbia solo l'onere di provare l'avvenuto decorso del tempo, mentre spetterebbe al lavoratore provare le circostanze di fatto che, escludendo la stabilità del rapporto, abbiano impedito la prescrizione del diritto²²⁴.

Di recente le Sezioni unite sono tornate ad occuparsi della questione ai fini dell'applicabilità dell'art. 18 st. lav., facendolo ricadere integralmente sul datore che dovrà dimostrare le dimensioni occupazionali dell'impresa²²⁵.

La tendenza è stata confermata anche nel maggio 2012, introducendo un vero e proprio meccanismo presuntivo: «in tema di prescrizione dei crediti retributivi la regola generale è quella della sospensione del termine di prescrizione e l'eccezione è quella della normale decorrenza. Ne deriva che il datore di lavoro che eccepisca la prescrizione per essere il rapporto stabile deve dimostrarne i presupposti»²²⁶.

Il cammino percorso dalla giurisprudenza è sintomatico di come la prescrizione sia un istituto a servizio delle parti e dei loro interessi, ove i singoli casi concreti impongono adattamenti sul funzionamento.

²²² Cass., sez. un., 5 marzo 1991, n. 2334, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 50; Cass., 12 gennaio 2002, n. 325, in *Foro it.*, 2002, I, c. 1027; Cass., 22 giugno 2004, n. 11644, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 721; Cass., 13 dicembre 2004, n. 23277, in *Dir e prat. lav.*, 2008, 6, p. 298.

²²³ Cass., 17 aprile 1986, n. 2736, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1271; Cass., sez. un., 4 marzo 1988, n. 2249, in *Dir. e lav.*, 1988, II, p. 238; Cass., sez. un., 5 marzo 1991, n. 2334, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 50; Cass., 19 aprile 1991, n. 4220, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2404; Cass., 12 gennaio 2002, n. 325, in *Foro it.*, 2002, I, 1027.

²²⁴ Cass., 11 novembre 1986, n. 6616, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1271; Cass., 1 settembre 2003, n. 12747, in *Dir. e lav.*, 2004, p. 155; Cass., 22 novembre 1999, n. 13584, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 633.

²²⁵ Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141 in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 5, p. 850 e in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1239.

²²⁶ Cass., 16 maggio 2012, n. 7640, in *Guida al dir.*, 2012, 28, p. 54.

La fattispecie è sempre quella del rapporto di lavoro ma, nell'ambito di questo, alcune distinzioni interne si rendono opportune, al fine di dettare differenti regimi giuridici.

Come abbiamo visto, il criterio è quello della 'stabilità' che non trova una misura nel modello astratto di contratto di lavoro, ma nella dimensione concreta in cui il lavoratore vive ed opera.

5.4.1. La riforma Fornero ed i riflessi sulla decorrenza del termine di prescrizione.

L'efficienza del rimedio, come costruito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e specificato dalla giurisprudenza di legittimità, deve essere vagliata alla luce delle indicazioni provenienti dall'Unione europea e specificate dalla recente riforma del diritto del lavoro.

Uno dei dati più interessanti da cui muovere è l'art. 30 della Carta di Nizza, documento che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha assunto la stessa efficacia dei trattati (art. 6 TUE).

Secondo questa norma, «ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato», rimettendo alle determinazioni concrete del legislatore la specificazione delle tutele.

Il modello che propone l'Europa è quello della c.d. *flexsecurity*, un ossimoro che realizza una crasi tra due termini da sempre opposti nel lessico giuslavoristico: flessibilità e sicurezza²²⁷.

In termini generali, l'espressione evoca un'azione da parte dei governi basate su licenziamenti, garanzie sociali a protezione dei disoccupati e politiche attive per il mercato del lavoro²²⁸.

²²⁷ L'espressione è di R. DE LUCA TAMAJO, *Flexicurity: un improbabile ossimoro o un'inutile mediazione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 193

²²⁸ P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, in *Dir. rel. Ind.*, 2011, p. 37

Ha fatto la sua prima apparizione ufficiale nel libro verde del 2006 ove sembrava dovesse essere la chiave per modernizzare il diritto del lavoro nei paesi dell'Unione.

Sotto il profilo teorico, è ricercato un modello che miri «a promuovere contemporaneamente la flessibilità per le imprese e la sicurezza nel mercato del lavoro, realizzando un compromesso tra le esigenze di competitività del sistema Europa e le ragioni dell'integrazione e coesione sociale, rese possibili da una rete di garanzie individuali e collettive per chi lavora per conto di altri»²²⁹.

In estrema sintesi, la flessibilità è intesa *in uscita* e, vista nell'ottica dell'impresa, si prefigge l'obiettivo di rilanciarne la competitività.

Da qui, l'aggiunta di correttivi e terapie in termini di sicurezza offerti in contropartita ai lavoratori chiamati a convivere con i nuovi, ma ormai stabilizzati, modi della produzione del XXI secolo²³⁰.

In questa accezione, è stato sottolineato, la 'sicurezza' riguarda non il posto di lavoro ma il reddito, indipendentemente dalla conservazione di un'occupazione²³¹.

Questo, in linee generali, il modello. Sarà responsabilità di ogni governo trovare serie alternative a quello strumento di certezza del reddito che è il c.d. posto fisso.

In molti paesi europei il timore indotto dalla crisi sta facendo aumentare le riforme all'insegna della *flessibilità*, senza tenere in debita considerazione la *sicurezza*²³².

Difficile, ad oggi, dire se la recente riforma Fornero sia in grado di cogliere questi obiettivi.

²²⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*

²³⁰ R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*

²³¹ Così L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *I Working Papers*, editi dal Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo 'Massimo d'Antona', 141/2012, p. 9

²³² Per una visione comparata sul punto v. L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, cit., p. 3

Qui importa valutare se e come la modifica dell'art. 18 st. lav. abbia inciso in ordine alla decorrenza della prescrizione ed, in questa valutazione, non si può prescindere dal modello appena esposto.

Il nuovo articolo 18 non introduce la possibilità di licenziare senza giustificato motivo, anche perché si porrebbe in palese dissidio con l'art. 30 della Carta di Nizza prima richiamato.

La norma, invece, prevede una graduazione della responsabilità risarcitoria derivante da licenziamento illegittimo.

Il licenziamento connesso a ragioni discriminatorie obbliga il datore di lavoro alla reintegrazione, oltre alla corresponsione di una somma a titolo di risarcimento del danno.

La reintegrazione è altresì prevista nelle ipotesi in cui il lavoratore sia stato licenziato senza che esistesse il fatto contestato oppure quando, pur esistendo, il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa.

In tutte le altre ipotesi ove il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, non ordina la reintegrazione ma condanna solamente al pagamento di una indennità comprensiva tra i 12 ed i 24 mesi di retribuzione.

Con riferimento alla prescrizione, la decorrenza di prestazioni retributive in pendenza del rapporto di lavoro è connessa al regime di stabilità reale che, nell'art. 18 *ante* riforma, consentiva al lavoratore di invocare, in caso di licenziamento illegittimo la reintegrazione.

Il nuovo articolo 18, invece, non prevede più una tutela esclusivamente reintegratoria, affiancando anche una tutela indennitaria, a seconda del vizio che inficia il licenziamento illegittimo.

Da qui il problema: se la previsione di una tutela indennitaria faccia venire meno la stabilità del rapporto o comunque sia un rimedio soddisfacente che non genera squilibri tra datore di lavoro e dipendente.

Una prima soluzione segue l'impostazione della Corte costituzionale del 1972, «una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione»²³³.

D'altra parte, dal 1972 la situazione del mercato è profondamente innovata e l'Unione europea ha scelto la direzione della *flexsecurity*.

Questo, quindi, porterebbe a sostenere che se gli obiettivi fossero perfettamente attuati e concretizzati, non viene meno la stabilità, essendoci comunque un sistema che garantisce una sicurezza di reddito.

Tuttavia, il modello è ancora molto teorico e le politiche dei singoli paesi dell'Unione sembrano aumentare la flessibilità a discapito della sicurezza.

La soluzione, in mancanza di interventi specifici del legislatore o della Corte costituzionale, è per il momento rimessa al giudice di merito che dovrà continuare ad attenersi alle indicazioni fornite dalla Consulta nel 1966: valutare se, nel caso concreto, lo squilibrio fisiologico tra la posizione del datore e del lavoratore sia fonte di un fondato e ragionevole *metus* in capo a quest'ultimo, tanto da impedirgli di esercitare, in corso di rapporto, determinati diritti che dalla Costituzione gli sono riconosciuti e dichiarati irrinunciabili.

La valutazione, quindi, non può prescindere dal caso concreto e dalla possibilità per il lavoratore di riuscire, in caso di licenziamento illegittimo, ad essere sostenuto da efficaci politiche sociali e, soprattutto, trovare in breve tempo nuove alternative ove spendere le sue competenze nel mercato.

Questa soluzione, naturalmente, non è esente da limiti. Infatti, è evidente come il giudice, oltre a dover calibrare il suo giudizio sulla persona del lavoratore e le sue competenze, è anche chiamato a valutare l'intero sistema entro cui questi opera.

Però, solo nella complessità di questo sistema è possibile valutare l'esistenza di un *metus*.

Molto utile, in un'ottica di tutela del lavoratore e di snellimento del lavoro del Giudice, la presunzione introdotta dalla Cassazione nel 2012,

²³³ C. Cost., 12 dicembre 1972, n. 174.

probabilmente lungimirante: «in tema di prescrizione dei crediti retributivi la regola generale è quella della sospensione del termine di prescrizione e l'eccezione è quella della normale decorrenza. Ne deriva che il datore di lavoro che eccepisca la prescrizione per essere il rapporto stabile deve dimostrarne i presupposti»²³⁴.

5.5. Il pagamento di interessi anatocistici.

5.5.1. Excursus storico. Il conflitto tra il legislatore e la giurisprudenza.

Il pagamento dell'interesse anatocistico consiste nel pagamento degli interessi sugli interessi scaduti.

Trattasi di una pratica prevista dall'art. 1283 c.c., norma da sempre oggetto di un continuo conflitto tra giurisprudenza e legislatore che, a partire dal 1999, hanno assunto posizioni di fatto inconciliabili.

Stando al dato letterale, la capitalizzazione di interessi anatocistici è legittima a due condizioni: che questa sia pattuita successivamente alla scadenza degli interessi stessi e sempre che siano dovuti da almeno sei mesi²³⁵.

Tuttavia, *usi contrari* possono prevedere una disciplina differente.

A partire dal 1952 l'ABI ha iniziato a disporre una clausola da inserire nei moduli e formulari contrattuali da sottoporre alla clientela. Questa prevedeva il c.d. doppio binario, fortemente sbilanciato a favore delle banche, a pregiudizio dei clienti.

²³⁴ Cass., 16 maggio 2012, n. 7640, in *Guida al dir.*, 2012, 28, p. 54.

²³⁵ Sulla genesi della norma v. M. LIBERTINI, *Interessi* (voce), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 95 e ss. Secondo l'Autore, la posizione del debitore può essere messa in pericolo non solo nel caso di un tasso di interesse usurario ma anche quando a costui venga imposto che, dato un rateo fissato, l'interesse scada periodicamente per essere ricapitalizzato. Per un'indagine storico comparatistica sulla disciplina dell'anatocismo cfr. invece A. FEDELE, *Appunti in tema di anatocismo giudiziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 31

Infatti, i conti *in bonis* venivano chiusi annualmente, con la conseguenza che la capitalizzazione degli interessi dovuti *dalla banca* era annuale. I conti *in rosso*, invece, venivano chiusi ogni tre mesi, con la conseguenza che gli interessi dovuti *dal cliente* erano capitalizzati quattro volte l'anno.

Evidente il contrasto con l'art. 1283 c.c., perché la pattuizione avente ad oggetto interessi anatocistici era antecedente alla loro scadenza, con capitalizzazione trimestrale anziché semestrale.

Tuttavia, la Cassazione non ha mai accolto i ricorsi dei clienti delle banche, sul presupposto che la prassi sopra descritta rientrasse in uno di quegli *usi contrari* che ammettono una deroga alla disciplina legale²³⁶.

Il revirement avviene nel 1999²³⁷: smentendo il precedente indirizzo e distinguendo tra usi negoziali ed usi normativi, il richiamo contenuto nell'art. 1283 c.c. è inquadrato nell'ambito degli usi normativi. Di conseguenza, la declaratoria di nullità della clausola predisposta dall'ABI, avendo questa natura di uso negoziale²³⁸.

²³⁶ Cfr. Cass., 15 dicembre 1981, n. 6631, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 380, con nota di A. AMATO, *Anatocismo e prassi bancaria*: «Gli usi che consentono l'anatocismo, richiamati dall'art. 1283 c.c., si identificano in comportamenti tenuti dalla generalità degli interessati con il convincimento di adempiere ad un precetto di diritto, estremi, questi, ravvisabili, nel campo delle relazioni tra istituti di credito e clienti, in tutte le operazioni di dare e avere, ove l'anatocismo trova generale applicazione, in quanto sia le banche, sia i clienti chiedono e riconoscono come legittima la pretesa di calcolo di nuovi interessi sugli interessi scaduti, indipendentemente dai requisiti richiesti dall'art. 1283 citato».

A questa pronuncia hanno fatto seguito una serie di conferme, Cass., 30 maggio 1989, n. 2644; Cass., 20 giugno 1992, n. 757; Cass., 1 settembre 1995, n. 9227; Cass., 17 aprile 1997, n. 3296; Cass., 18 dicembre 1998, n. 12675.

In dottrina cfr. tra tutti i lavori monografici di A. RICCIO, *L'anatocismo*, Padova, 2002; C. COLOMBO, *L'anatocismo*, Milano 2007; G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, Napoli, 2003.

²³⁷ Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1301, con nota di G. GIACALONE, *Illegittima la capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari a debito dei clienti*, e p. 1585 con nota di M. COSTANZA, *Anatocismo: la svolta della Cassazione* e di D. MOSCUZZA, *L'anatocismo nel contratto di conto corrente ordinario e nel contratto di conto corrente bancario*, p. 1588; in *Dir. banc.*, 1999, I, p. 257 con nota di G. CABRAS, *Conto corrente bancario ed anatocismo tra diritto e pregiudizio*; in *Corr. giur.*, 1999, p. 562, con nota di V. CARBONE, *Anatocismo ed usi bancari: la Cassazione ci ripensa*; in *Giur. it.*, 1999, I, p. 1221, con nota di G. COTTINO, *La Cassazione muta indirizzo in tema di anatocismo*; in *Contratti*, 1999, p. 437, con nota di G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale: un revirement della Cassazione?*; in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p. 167, con nota di F. FERRO LUZZI, *Prime considerazioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione del 16 marzo 1999*; in *Banca borsa*, 1999, II, p. 389, con nota di GINEVRA, *Patto di interessi ultralegali e rilevanza dell'approvazione dell'estratto di conto corrente*.

²³⁸ Secondo la Cassazione, la pratica appare per la prima volta nel 1952 ed, allo stato, non risulta l'esistenza di un uso normativo né generale né locale che obblighi una parte a pagare gli interessi sugli interessi scaduti.

A seguito del clamore sollevato dagli operatori del settore e dei timori da parte di banche e istituti di credito, il governo, grazie alla delega attribuitagli dal legislatore per modificare il TUB, intervenne con una nuova normativa che demandava al CICR il compito di stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi, creando così un uso normativo per i rapporti futuri che ponesse fine al doppio binario: se un contratto prevedeva la capitalizzazione semestrale a favore della banca, altrettanto avrebbe dovuto prevedere a favore del cliente, abbandonando così la precedente prassi.

Con riferimento ai rapporti ancora pendenti, al fine di evitare eccessivi rimborsi, venne previsto un regime transitorio di sanatoria retroattiva, dichiarato incostituzionale l'anno successivo²³⁹.

Schematizzando, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale e del legislatore, la clausola che prevede interessi anatocistici è valida se stipulata dopo il 1999 e contenuta nei limiti indicati dal CICR; diversamente, può ancora essere dichiarata la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale negoziate prima del 1999.

Alla decisione del 1999 sono seguite ulteriori sentenze che hanno confermato il principio, da ultime le Sezioni unite nel 2004²⁴⁰, che hanno impresso il sugello definitivo.

²³⁹ C. Cost., 17 ottobre 2000, n. 425 perché in contrasto con gli art. 3, 76 e 77 Cost. Sul significato della disciplina transitoria v. il commento di P. SCHLESINGER, *Ma l'intervento del legislatore non arginerà le controversie*, in *Il sole 24 ore*, 6 ottobre 1999.

²⁴⁰ Cass., s.u., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Foro it.*, 2004, I, c. 3294, con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *L'anatocismo bancario e la bilancia dei Balek*; G. COLANGELO, *Interessi bancari e meccanismi moltiplicativi delle remunerazioni*; F. FERRO LUZZI, *Canone inverso. Le Sezioni unite sull'anatocismo bancario: una sconfitta per i consumatori?*. Confermando l'orientamento del 1999 e precisando la natura interpretativa e non normativa dell'intervento, è specificato che la domanda per far dichiarare la nullità può essere presentata anche per contratti stipulati in un periodo antecedente alla decisione del 1999.

5.5.2. La prescrizione delle azioni di ripetizione

Alcuni problemi erano ancora irrisolti, in particolar modo connessi alla prescrizione²⁴¹.

Infatti, sebbene l'azione per far dichiarare la nullità sia imprescrittibile, prescrivibili sono i rimedi esperibili connessi alla nullità e, più in particolare, l'azione di ripetizione dell'indebito.

Nello specifico, si rilevava un contrasto in ordine al seguente punto: se l'azione di ripetizione dell'indebito proposta dal cliente di una banca per ottenere la restituzione di interessi illegittimamente corrisposti si prescrive da quando è stato annotato in conto ciascun addebito per interessi oppure dalla data di chiusura del conto.

Riferibili alla prima opzione erano poche pronunce dei tribunali di merito²⁴². Distinguendo tra conto corrente ordinario e bancario, in quest'ultimo il saldo sarebbe sempre disponibile e l'accertamento dei rapporti dare/avere non sarebbe rimesso alla chiusura del conto.

Secondo i sostenitori di questa tesi, l'annotazione su conto nei rapporti tra banca e correntista produrrebbe una immediata modifica del saldo disponibile ossia della quantità di moneta di cui il cliente può disporre. Essa andrebbe considerata a tutti gli effetti nei rapporti tra banca e cliente come un

²⁴¹ Cass., s.u., 4 novembre 2004, n. 21095, cit. è stata ripetutamente censurata per l'assenza di indicazioni concernenti la declaratoria di nullità, cfr. P. DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008, p. 284; O.T. SCOZZAFAVA, *L'anatocismo e la Cassazione: così è se vi pare*, in *Contratti*, 2005, p. 221; V. PANDOLFINI, *Anatocismo bancario: le questioni ancora aperte*, in *Contratti*, 2005, p. 713; A. NIGRO, *Anatocismo nei rapporti bancari e Sezioni Unite: la fine della "Storia infinita"*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2004, p. 651; A.C. VACCARO BELLUSCIO, *Nullità retroattiva per le clausole anatocistiche*, in *Dir. prat. soc.*, 2004, p. 67

²⁴² Cfr. Trib. Mantova, 2 febbraio 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Mantova, 20 gennaio 2009, in *Corr. giur.*, 2010, p. 387; Trib. Sassari, 28 dicembre 2009, n. 1788; Trib. Genova, 18 ottobre 2006, in *Foro pad.*, 2007, I, p. 493; Trib. Novara, 14 agosto 2006, in *NovaraUS.it*, 2007; Trib. Torino, 30 ottobre 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 102; Trib. Monza, 12 dicembre 2005, in *Banca borsa e tit. di credito*, 2007, II, p. 204; App. Brescia, 16 gennaio 2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Teramo, 18 gennaio 2010, n. 84, in *Giurisprudenza locale – Teramo*, 2010; Trib. Genova, 4 gennaio 2008, in *Rep. Giur. It.*, 2008, I, voce "Interessi", n. 49, ed in *Guida Dir.*, 2008, 18, 83.

In dottrina v. P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 1995, p. 165 (v. anche ID., *Dell'anatocismo, del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 201); D. MAFFEIS, *Anatocismo bancario e ripetizione degli indebiti da parte del cliente*, in *Contratti*, 2011, p. 411; G. PORCELLI, *La disciplina degli interessi bancari tra autonomia ed eteronomia*, cit., in part. p. 316; U. MORERA, *Sulla non configurabilità della fattispecie "anatocismo" nel conto corrente bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 17.

pagamento, estinguendo, a seconda dei casi, tanto l'eventuale debito della banca quanto quello del cliente.

Ne consegue che, seguendo questa linea, il *dies a quo* decorre dal giorno dell'annotazione sul conto.

Di diverso avviso, invece, la giurisprudenza di legittimità, secondo la quale l'*exordium praescriptionis* coincideva con il giorno della chiusura del conto²⁴³: trattandosi di un contratto unitario, dà luogo ad un unico rapporto giuridico, anche se articolato in una pluralità di atti esecutivi.

Le Sezioni unite non scelgono uno dei due orientamenti ma propongono una terza soluzione mutuata dal diritto fallimentare in tema di azione revocatoria²⁴⁴. Le ragioni possono essere nei seguenti termini sintetizzate.

Nel contrasto indicato nelle pagine precedenti²⁴⁵, è seguito l'orientamento che distingue la pronuncia di nullità dall'azione di ripetizione nel senso che la decorrenza del termine di prescrizione per domandare la ripetizione delle somme indebitamente pagate non decorre dalla pronuncia di nullità ma dall'effettuato pagamento²⁴⁶.

Presupposto per esercitare l'azione di ripetizione è, da una parte, il pagamento ossia uno *spostamento patrimoniale* dal *solvens* all'*accipiens* e, dall'altra, che questo sia indebito ossia *difetti di una idonea causa giustificativa*.

²⁴³ Cfr. Cass., 9 aprile 1984, n. 2262 e, più di recente, Cass., 14 maggio 2005, n. 10127.

Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Ascoli Piceno, 26 luglio 2010, in *Merito extra*, 2010, p. 446; Trib. Brindisi, 28 marzo 2007, in *Corti pugliesi*, 2008, p. 735; Trib. Modena, 31 ottobre 2008, in *Obblig. e contr.*, 2009; Trib. Isernia, 29 giugno 2005, in *Riv. giur. mol.*, 2005, 3, p. 32; Trib. Pescara, 27 ottobre 2004, in *P.Q.M.*, 2005, p. 69; Trib. Brescia, 23 aprile 2008, in *www.ilcaso.it*; Trib. Cassino, 29 ottobre 2004, in *www.altalex.it*.

In dottrina v. V. FARINA, *Gli interessi 'uso piazza', l'anatocismo e la commissione massimo scoperto*, in G. Vettori, *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 416 e ss.

²⁴⁴ Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Giust. civ.*, 2011, p. 2335, con nota di G.M. CELARDI, *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza della Corte di legittimità*; in *Danno e resp.*, 2011, p. 612, con nota di M. FLICK, *Dies a quo del termine di prescrizione e anatocismo: un nuovo vestito per un vecchio problema*; in *Contratti*, 2011, p. 489, con nota di A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito* e di A. STILO, *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*; in *Corr. giur.*, 2012, 2, p. 271, con nota di A.C. VACCARO BELLUSCIO, *Violazione dell'art. 1283 c.c. e nullità parziale del contratto: il problema dell'integrazione tra favor debitoris e tutela dell'equilibrio contrattuale*

²⁴⁵ Cfr. par. 5.1.

²⁴⁶ *Ex multis* cfr. Cass., 13 aprile 2005, n. 7651, v. anche par. 5.1. della presente sezione.

Da questo momento inizia a decorrere il termine decennale. Si tratta di capire quando, nel rapporto di conto corrente, intervenga un atto giuridico configurabile come ‘pagamento’.

Punto da cui muovere è la natura ed il funzionamento del contratto di apertura di credito bancario. Questo consiste nella messa a disposizione da parte della banca di una somma di denaro che il cliente può utilizzare -anche in più riprese- e della quale può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità attraverso versamenti che consentiranno ulteriori prelievi, entro il limite complessivo del credito concesso (c.d. *fitto*).

In questo sistema, le Sezioni unite, richiamando una soluzione elaborata in tema di revocatoria fallimentare²⁴⁷, distinguono tra ‘atti ripristinatori della provvista’ ed ‘atti di pagamento’ compiuti dal cliente per estinguere il proprio debito nei confronti della banca (c.d. *conti in rosso*).

Solo i secondi costituiscono pagamento, essendo finalizzati alla restituzione delle somme date a mutuo. Gli atti ripristinatori, invece, hanno la finalità di riespendere la misura dell’affidamento utilizzabile dal correntista²⁴⁸.

Quindi, pagamenti sarebbero solo quelli che hanno avuto lo scopo o l’effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca, ossia qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto scoperto cui non accede alcuna apertura di credito in favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell’accreditamento.

²⁴⁷ Una delle ultime pronunce in tal senso è Cass., 6 novembre 2007, n. 23107, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1947 con nota di richiami di FABIANI; in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 508 con nota di R. CAMPAGNOLO, *La natura solutoria o ripristinatoria dei versamenti su conto corrente bancario del fallito*. Dopo la riforma della revocatoria fallimentare questa distinzione dovrebbe essere venuta meno, M. ARATO, *I primi orientamenti sulla revocatoria delle rimesse bancarie dopo la riforma della legge fallimentare*, in *Il Fall.*, 2008, p. 120

²⁴⁸ «Un versamento eseguito dal cliente su un conto il cui passivo non abbia superato il limite dell’affidamento concesso dalla banca con l’apertura di credito non ha né lo scopo né l’effetto di soddisfare la pretesa della banca medesima di vedersi restituire le somme date a mutuo (credito che, in quel momento, non sarebbe scaduto né esigibile), bensì quello di riespendere la misura dell’affidamento utilizzabile nuovamente in futuro dal correntista. Non è, dunque, un pagamento, perché non soddisfa il creditore ma amplia (o ripristina) la facoltà di indebitamento del correntista; e la circostanza che, in quel momento, il saldo passivo del conto sia influenzato da interessi illegittimamente fin là computati si traduce in un’indebita limitazione di tale facoltà di maggior indebitamento, ma non nel pagamento anticipato di interessi. Di pagamento, nella descritta situazione, potrà dunque parlarsi soltanto dopo che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, la banca abbia esatto dal correntista la restituzione del saldo finale, nel computo del quale risultino compresi interessi non dovuti e, perciò, da restituire se corrisposti dal cliente all’atto della chiusura del conto», Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418, cit.

Da qui l'enucleazione della regola: il termine di prescrizione decorre dalla chiusura del rapporto se non sono ravvisabili pagamenti da parte del cliente o se essi avvengono nel limite del fido, mentre decorre dai singoli versamenti nel caso in cui il cliente abbia un'esposizione che supera il fido accordato oppure non vi sia fido alcuno²⁴⁹.

Anche in questo caso, come nel 1999, la pronuncia ha suscitato clamori da parte degli operatori del settore ed aspre reazioni provenienti dalle banche.

5.5.3. Il decreto mille-proroghe e la pronuncia di illegittimità della Corte costituzionale.

A meno di un mese di distanza dalla pronuncia a Sezioni unite del 2010 il Governo è intervenuto con un Decreto legge il quale interpretava l'art. 2935 c.c.: «in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge».

Lasciando da parte le problematiche che la norma ha suscitato²⁵⁰, la Corte costituzionale, con sentenza 78/2012 ne ha dichiarato l'illegittimità.

Secondo la Consulta, l'ammissibilità di un intervento interpretativo del legislatore, «come si auto qualifica la norma in esame», è subordinato a tre presupposti.

²⁴⁹ È da segnalare l'opinione isolata di A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, cit., secondo il quale individua il *dies a quo* della decorrenza dell'azione di ripetizione nel tempo in cui il cliente risulta sicuramente a conoscenza del valore dei relativi versamenti, e cioè una volta trascorsi 60 giorni dal ricevimento dell'estratto di periodo ex art. 119, co. 3, t.u.b.

²⁵⁰ V. Trib. Milano, 4 aprile 2011 e 7 aprile 2011 le quali cercano di offrire una interpretazione costituzionalmente orientata della norma. Per una lettura critica si rimanda a A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, cit.

In primo luogo, è necessaria l'esistenza di situazioni di incertezza oggettiva ed una delle vie preferite di manifestazione è l'esistenza di un contrasto a livello giurisprudenziale.

Da qui, l'esigenza di scegliere tra uno dei possibili significati, allo scopo -ed ecco il terzo presupposto- di ristabilire la volontà originaria del legislatore.

Spostandosi dal piano del fatto a quello del diritto, l'intervento del legislatore è sottoposto a precisi limiti. Da una parte deve tutelare beni giuridici e diritti previsti dalla Costituzione; dall'altra deve essere conforme ai principi di ragionevolezza, affidamento, coerenza e certezza dell'ordinamento, rispetto delle funzioni riservate al potere giudiziario.

Secondo la Consulta, l'art. 2 comma 61 del decreto mille proroghe non integrerebbe nemmeno il primo presupposto di fatto, violando così l'art. 3 Cost. ed il principio di ragionevolezza che da questo discende: in ordine all'art. 2935 c.c. non era ravvisabile una situazione di incertezza oggettiva, eccezione fatta per un indirizzo minoritario riscontrabile nella sola giurisprudenza di merito.

«La norma censurata, lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato 2935 c.c., ad esso nettamente deroga, innovando rispetto al testo previgente, peraltro senza alcuna ragionevole giustificazione».

Un ulteriore profilo di contrasto riguarda anche l'art. 117, I co., Cost. quale parametro per l'ingresso delle norme CEDU nel nostro ordinamento. Infatti, secondo un orientamento della Corte EDU, l'art. 6 della Convenzione vieterebbe al legislatore l'adozione di norme interpretative, salvo *motivi imperativi di interesse generale*.

Va sottolineato che è la prima volta in cui la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità di una norma interna anche sulla base di un'interpretazione che la

Corte EDU ha fornito della CEDU, la quale entra nel nostro ordinamento grazie all'art. 117, I co., Cost.²⁵¹

5.5.4. Gli scenari attuali.

Dichiarata l'illegittimità del decreto mille-proroghe, torna ad essere rilevante il principio enunciato dalle Sezioni Unite nel 2010, che la giurisprudenza della Corte costituzionale sembra condividere in motivazione.

Trattasi di una decisione che non è andata esente critiche²⁵².

²⁵¹ Si riporta il passaggio: « È noto che, a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della CEDU - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione - integrino, quali "norme interposte", il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (ex plurimis: sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010; sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sentenza n. 80 del 2011).

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall' art. 6 della Convenzione ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (ex plurimis: Corte europea, sentenza sezione seconda, 7 giugno 2011, Agrati ed altri contro Italia; sezione seconda, 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; sezione quinta, 11 febbraio 2010, Javaugue contro Francia; sezione seconda, 10 giugno 2008, Bortesi e altri contro Italia).

Pertanto, sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all'art. 25 Cost.), se giustificato da «motivi imperativi d'interesse generale», che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza della Cedu ai singoli ordinamenti statali (sentenza n. 15 del 2012).

Nel caso in esame, come si evince dalle considerazioni dianzi svolte, non è dato ravvisare quali sarebbero i motivi imperativi d'interesse generale, idonei a giustificare l'effetto retroattivo. Ne segue che risulta violato anche il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all' art. 6 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Pertanto, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, del d.l. n. 225 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 10 del 2011 (comma introdotto dalla legge di conversione). La declaratoria di illegittimità comprende anche il secondo periodo della norma («In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto»), trattandosi di disposizione strettamente connessa al primo periodo, del quale, dunque, segue la sorte».

²⁵² Queste sono riassunte da C.M. DE IULIS, *La giurisprudenza pretoria ed il sovrano oracolo delle leggi*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2074.

La prima riguarda la nozione di ‘pagamento’ concetto intorno al quale è costruita la motivazione della pronuncia.

Infatti, se tratto essenziale di questo è lo spostamento patrimoniale, anche la restituzione di somme versate è comunque produttiva di spostamento patrimoniale.

La seconda riguarda la struttura del rapporto obbligatorio. Questo sorge nel momento in cui la somma messa a disposizione viene prelevata e l’obbligo nascente consiste nella restituzione di questa. Infatti, se è pur vero che la ricostituzione della provvista rientra nel sistema, l’affidamento futuro si basa sull’estinzione del debito precedente²⁵³.

La terza riguarda profili contabili e la circostanza che i versamenti rientrano nelle voci ‘dare’ ed ‘avere’ della banca.

D’altra parte, al di là delle critiche strutturali, la sentenza produce un importante effetto sostanziale in un’ottica di *favor* del cliente²⁵⁴: sposta in avanti il momento della prescrizione, facendo iniziare a decorrere il termine, di regola, dalla chiusura del rapporto, o, in alcuni casi, dai versamenti effettuati in pendenza del rapporto, ma aventi funzione realmente solutoria; in ogni caso, non dalla semplice annotazione a debito degli interessi.

Si può ipotizzare che i motivi di questa scelta possano ricondursi, oltre che al ragionamento giuridico appena esposto, anche a ragioni di giustizia sostanziale.

Infatti, il cliente, contraente strutturalmente debole²⁵⁵, può essere indotto a non esercitare l’azione di ripetizione per timore di una chiusura improvvisa del rapporto da parte della banca; ed essere spinto così ad attendere la chiusura.

Parte della dottrina²⁵⁶ ha ripreso questi spunti, cercandone una base giuridica che li potesse meglio giustificare.

²⁵³ A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell’indebito*, cit.

²⁵⁴ In dottrina già D. SINESIO, *Interessi pecuniari fra autonomia e controlli*, Milano, 1989, secondo il quale (p. 99 e ss.) l’interpretazione dell’art. 1283 c.c. anteriore al 1999 non avrebbe tutelato proprio soggetti più deboli, determinando una frattura tra reali finalità della norma e concreta applicazione di questa.

²⁵⁵ Con l’unica eccezione di grandi multinazionali e importanti colossi dell’imprenditoria.

²⁵⁶ In particolare A.C. VACCARO BELLUSCIO, *Violazione dell’art. 1283 c.c. e nullità parziale del contratto: il problema dell’integrazione tra favor debitoris e tutela dell’equilibrio contrattuale*, cit.

Punto da cui muovere è la *ratio* dell'art. 1283, ispirata ad una finalità di protezione del debitore. Diversi sono gli elementi da cui si ricava.

Il primo ha natura storica. Fin dal diritto romano che puniva severamente l'anatocismo, questo istituto è stato costantemente proibito o molto limitato, onde controllarne gli effetti ritorsivi, che avrebbero potuto renderlo «uno degli espedienti più raffinati ed efficaci dell'usura»²⁵⁷.

Il secondo ha natura strutturale e giustifica le ragioni, anche storiche, del divieto. Muovendo dalla situazione di squilibrio di fatto tra banca e cliente, a svantaggio di quest'ultimo, l'anatocismo produce l'effetto di aumentare lo squilibrio tra i contraenti e, determinando una moltiplicazione del debito, può favorire illegittimi fenomeni usurari²⁵⁸.

Il terzo argomento ha natura sistematica. L'art. 1283 c.c., insieme agli articoli 1341 e 1342 sulle condizioni generali di contratto, all'art. 1370 sull'*interpretatio contra proferentem* e all'art. 1384 sulla riduzione della penale, è estrinsecazione di una regola che «intende porre coattivamente una tutela per certe situazioni di squilibrio, quale espressione di un principio che sovrasta la volontà dei privati e che presuppone la vigenza di un sistema giuridico che pone al suo centro la persona umana (e non il profitto) e la ricerca dell'equilibrio fra le contrapposte posizioni giuridiche»²⁵⁹.

²⁵⁷ Così sostenuto da A.C. VACCARO BELLUSCIO, *Violazione dell'art. 1283 c.c. e nullità parziale del contratto: il problema dell'integrazione tra favor debitoris e tutela dell'equilibrio contrattuale*, cit. il quale riporta il pensiero virgolettato di V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, II, Roma, 1915, p. 660.

²⁵⁸ In particolare F. GALGANO, *Saggio di astro economia, ovvero l'espansione siderale di interessi composti*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 347 secondo il quale l'anatocismo dovrebbe essere fortemente limitato, affinché nei rapporti di debito ad interesse non operi come un incontrollabile moltiplicatore del debito e non determini un eccessivo squilibrio delle prestazioni a discapito del debitore. Dello stesso avviso anche A.A. DOLMETTA – A. PERRONE, *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazioni di interessi e anatocismo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, II, p. 417, «il centro focale della norma sta nel diluire (=rallentare) l'effetto di automatico moltiplicatore dell'entità del debito tipico dell'anatocismo, impedendo che il relativo meccanismo si renda operante con frequenze (dal legislatore stimate) troppo elevate».

Sul rapporto tra anatocismo e fenomeni usurari v. B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 2011, p. 445.

In dottrina v. anche i contributi di V. LENOCI, *Riflessioni in tema di anatocismo nei rapporti di conto corrente bancario*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 907; O. SCOZZAFAVA, *Gli interessi dei capitali*, Milano, 2001, p. 165; P. FERRO LUZZI, *Dell'anatocismo, del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 209.

²⁵⁹ Trib. Padova, 14 novembre 2001, in *Fallimento*, 2002, p. 1237 richiamata da A.C. VACCARO BELLUSCIO, *Violazione dell'art. 1283 c.c. e nullità parziale del contratto: il problema dell'integrazione tra favor debitoris e tutela dell'equilibrio contrattuale*, cit., nota 30.

Infine, prendendo come parametro non solo il Codice civile ma anche l'ordinamento, giurisprudenza e dottrina hanno ammesso che la particolare attenzione riservata dall'art. 1283 c.c. alla tutela del debitore risulta apprezzabile anche per ragioni economico e sociali²⁶⁰.

Insomma, da questi elementi si può trarre che l'opzione legislativa che limita l'anatocismo in nome di un *favor debitoris* dovrebbe riportare ad un equilibrio giuridico²⁶¹.

Nei rapporti di conto corrente bancario si ravvisa un'asimmetria genetica di posizioni tra la banca ed il cliente: le annotazioni sul conto non sono fatte da entrambi i contraenti ma ad opera della sola banca ed il cliente ne viene a conoscenza solo con l'invio dell'estratto conto.

Obiettivo della Cassazione, con tutta probabilità, è realizzare un assetto di rapporti che sia equo, bilanciando i differenti interessi ascrivibili ai contraenti.

Infatti, tra le due opzioni ermeneutiche di partenza, entrambe ugualmente valide e sostenibili stante la giurisprudenza di merito e dottrina a conforto, la Suprema Corte sceglie una terza via che, per gli effetti che produce, non privilegia in assoluto la posizione del cliente rispetto a quella della banca ma è comunque rispettosa di un *favor debitoris* con funzione riequilibrante.

Pertanto, al di là dei dubbi dogmatici che la soluzione offre²⁶², la pronuncia valorizza determinate caratteristiche soggettive del debitore: al correntista che corrisponde somme alla banca allo scopo di ampliare o ripristinare la facoltà di

²⁶⁰ Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, cit. riconosce «l'evidente rilievo economico e sociale delle finalità perseguite nella disciplina limitativa dell'anatocismo». In dottrina v. M. LIBERTINI, voce *Interessi*, cit., p. 136 secondo il quale i limiti *ex lege* operanti in materia di anatocismo, analogamente alle altre restrizioni concernenti le obbligazioni pecuniarie, sarebbero espressione di una valutazione tuttora diffusa nella coscienza sociale. In senso analogo v. anche E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di P. Rescigno, IX, Torino, 1984, p. 567 nonché C. COLOMBO, *L'anatocismo*, cit., p. 27 e ss.; F.A. Magni, *Le regole sull'anatocismo*, in V. Cuffaro (a cura di), *Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2005, p. 137.

²⁶¹ Non è questa la sede ove affrontare il problema del riequilibrio contrattuale. Per approfondimenti sul punto cfr. *ex multis* G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002; A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto (incontro di studio del C.S.M., 22-24 aprile 2002)*, in *www.lexfor.it*; G. OPPO, *Lo "squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533

²⁶² Tra le letture particolarmente critiche alla costruzione della Cassazione è quella di A.A. DOLMETTA, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebitato*, cit.; A.C. VACCARO BELLUSCIO, *Violazione dell'art. 1283 c.c. e nullità parziale del contratto: il problema dell'integrazione tra favor debitoris e tutela dell'equilibrio contrattuale*, cit.

indebitamento (fisiologica di qualunque settore commerciale in cui si operi) è consentito ripetere somme ingiustamente pagate in un termine di dieci anni decorrenti dalla chiusura del conto.

6. La durata e la decorrenza della prescrizione nelle ipotesi di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e nelle ipotesi di altri atti o fatti idonei a produrre un'obbligazione.

Ai sensi dell'art. 1173 c.c., le obbligazioni possono nascere, oltre che da contratto e da fatto illecito, anche da «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico».

Tra queste sono compresi diversi istituti disciplinati dal Codice civile: le promesse unilaterali, la gestione degli affari altrui, il pagamento dell'indebito e l'arricchimento senza causa.

La Cassazione ha, nell'ultimo decennio, ampliato l'elenco aggiungendo ulteriori ipotesi denominate di c.d. *responsabilità da contatto sociale*.

Rinviando a quanto indicato poco sopra in materia di ripetizione, la giurisprudenza sulle promesse unilaterali e la *negotiorum gestio* è pressoché nulla²⁶³.

Con riferimento, invece, all'azione generale di arricchimento, secondo un orientamento ormai costante, il termine decorre «dal giorno in cui si matura il relativo diritto, che coincide con quello in cui si verifica l'arricchimento del beneficiario e la relativa diminuzione patrimoniale dell'altra parte»²⁶⁴.

Particolarmente significative, invece, sono le ipotesi di responsabilità da contatto sociale, ove la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale spesso sbiadisce.

²⁶³ Sul punto non si è rinvenuta giurisprudenza significativa. In linea teorica per la prescrizione si dovrebbe per analogia applicare la medesima disciplina prevista in materia di mandato.

²⁶⁴ Da ultimo, v. Cass., 29 marzo 2005, n. 6570, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 936 con precedenti in Cass., 3 marzo 1997, n. 1863, in *Studium Juris*, 1997, p. 660 e Cass., 19 novembre 1993, n. 11439, in *DeJure*.

Sono noti i principali tratti distintivi tra i due modelli di responsabilità²⁶⁵.

- a. *L'onere della prova.* Nel caso di responsabilità contrattuale è limitato alla prova della fonte dell'obbligazione ed all'allegazione dell'inadempimento (c.c. 1218). Nella responsabilità extracontrattuale, invece, il danneggiato dovrà provare oltre all'elemento soggettivo (dolo o colpa) tutti gli elementi oggettivi dell'illecito: condotta, causalità materiale, evento e causalità giuridica.

²⁶⁵ Alle distinzioni indicate si aggiunga:

Costituzione in mora. Ai sensi dell'art. 1219 c.c. non è necessaria in materia di illecito extracontrattuale. La *ratio* risiede nello sfavore sociale che colpisce il fatto illecito e nell'inaffidabilità della presunzione che il danneggiato tolleri liberamente il ritardo da parte del danneggiante di riparare alle conseguenze della sua condotta (C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna e Roma, 1979, p. 208; A. BALDASSARRI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in P. Cendon (a cura di), *La Responsabilità civile*, I, Utet, Torino, 1998, p. 161).

Imputabilità del fatto dannoso. Ex art. 2046 l'incapacità di intendere e volere esclude la responsabilità del danneggiante in materia extracontrattuale, ma non rileva in ambito contrattuale. Salva l'ipotesi prevista al II comma dell'art. 428 cod. civ.: «l'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente».

Legge applicabile. In ipotesi di responsabilità aquiliana la legge applicabile è quella del *luogo in cui è avvenuto l'evento dannoso* oppure, dietro richiesta del danneggiato, *la legge dello Stato in cui si è verificato il fatto che ha causato il danno* (art. 62 l. 218/1995). Diversamente, in materia contrattuale, il discorso è più complesso. L'art. 57 della l. 218/1995 fa rinvio per le obbligazioni nascenti da contratto alla convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva in Italia con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, qualora risultino applicabili al caso di specie. Tale convenzione individua come criterio fondamentale di collegamento la volontà delle parti (art. 3). In mancanza di scelta opera il criterio del *collegamento più stretto* come disposto dalla convenzione, di norma quella del luogo in cui il contratto è stato concluso (Per le altre convenzioni internazionali cfr. C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contratto e Impresa*, 1996, p. 648). Qualora si versi in ipotesi di responsabilità contrattuale conseguente all'inadempimento di obbligazioni di fonte non contrattuale, si rinvia agli artt. 58 – 61 della l. 218/1995.

Solidarietà. Ai sensi dell'art. 1298 cod. civ. nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o creditori in parti, che si presumono uguali tra loro. Diversamente, in tema extracontrattuale, l'art. 2055 cod. civ. prevede che l'obbligazione solidale è allocata tra le parti in proporzione alla colpa, salvo in caso di dubbio. Solo in quest'ultima ipotesi le parti si presumono uguali.

Ripartizione della giurisdizione. Nei rapporti con la pubblica amministrazione, se trattasi di azione contrattuale, la cognizione della domanda può rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo; invece, se si tratta di azione extracontrattuale, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario.

Clausole di esonero da responsabilità. Sono preventivamente pattuibili in materia contrattuale, seppure nei limiti dell'art. 1229 cod. civ.; diversamente le norme di responsabilità aquiliana sono considerate inderogabili (P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Torino, 1998, p. 290). Altri, sostengono che le clausole dell'art. 1229, rispetto all'art. 2043, siano atipiche e, come tali, soggette all'art. 1322 cioè ad un controllo non scontato di meritevolezza di tutela da parte del giudice. Altri ancora considerano tali clausole normalmente lecite tranne che coinvolgano interessi peculiari della persona.

- b. *Danno risarcibile.* Nel caso della responsabilità contrattuale, salvo il dolo, risulta limitato ai soli danni prevedibili riconducibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione (c.c. 1225), mentre nel caso della responsabilità aquiliana è esteso anche a quelli imprevedibili.
- c. *Prescrizione.* La durata del termine di prescrizione per far valere l'azione contrattuale è decennale mentre in ipotesi di responsabilità extracontrattuale è quinquennale (c.c. 2947).

Nell'ultimo decennio si è registrato un numero crescente di ipotesi ove il modello contrattuale viene adattato, relativamente a fatti che di per sé costituiscono illecito, fondando la responsabilità su un rapporto obbligatorio preesistente tra danneggiante e danneggiato²⁶⁶.

Ad eccezione della regola che limita la responsabilità contrattuale ai soli danni previsti e prevedibili, le regole contrattuali sono più favorevoli nell'ottica della tutela del danneggiato.

Tuttavia, non è mancato chi in dottrina abbia fatto sentire le proprie perplessità²⁶⁷ in ordine alla legittimità metodologica di un procedimento che, allo scopo di ampliare le maglie di tutela, inverte il rapporto tra fattispecie e disciplina, dando prevalenza a quest'ultima a detrimento della prima.

L'istituto affonda le proprie radici nel diritto tedesco.

Ai sensi del comma 2 del §241 BGB, «il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, può obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte».

Trattasi dei c.d. obblighi di protezione²⁶⁸. Concependo il rapporto obbligatorio come una struttura complessa, la prestazione primaria occupa

²⁶⁶ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 567

²⁶⁷ M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione di terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 39

²⁶⁸ *Ex multis* cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ediz., Giuffrè, Milano 2006, p.556; A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 20; A. BALDASSARRI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in P. Cendon, *La responsabilità civile, vol I, Danno e risarcimento in*

senza dubbio una posizione centrale, ma in corrispondenza di questa si innestano una serie di obblighi collaterali ed accessori, non oggetto di contrattazione ma imposti dalla legge.

Essi sono finalizzati a condurre il rapporto ad un risultato che sia utile tanto per il creditore quanto per il debitore, essendo entrambi interessati alla conservazione dell'integrità della propria sfera giuridica personale e patrimoniale²⁶⁹.

Ebbene, in forza di questo legame con la prestazione principale, tali obblighi sono sottoposti alle regole della responsabilità contrattuale.

Evoluzione degli obblighi di protezione è la responsabilità da contatto sociale.

Le origini della regola risalgono alla figura dell'obbligazione senza prestazione, nata in Germania²⁷⁰ ma studiata anche in Italia²⁷¹.

Nella *schuldrechtsmodernisierung* questa ha trovato una precisa collocazione positiva al §311²⁷².

generale, Utet, Torino, 2001, p. 326; P.G. MONATERI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in P. Cendon, *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Vol. VIII aspetti processuali ed applicativi*, Utet, Torino, 2005, p. 302; C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contatto e impresa*, 1996, p. 644 e da ultimo A. THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di G. Visintini, Vol. I. *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 323 e ss.

²⁶⁹ O comunque modificarle nei limiti indicati dal contratto.

²⁷⁰ E' proprio in questo ordinamento che è nata la teoria degli obblighi di protezione, secondo cui il rapporto obbligatorio è articolato in un obbligo di prestazione (*Leistungspflichten*) e in uno di comportamento (*Verhaltenspflichten*) collaterale alla prestazione. Lo svilupparsi di questa impostazione fu favorita dalla natura tipica della responsabilità extracontrattuale. Viene, quindi, individuato un rapporto preparatorio, con carattere di accessorietà rispetto alla vendita, in base al quale ciascuna delle parti è tenuta ad osservare la diligenza necessaria al fine di evitare pregiudizio alla persona o ai beni dell'altra. Da qui, nacque lo spunto di pensare ad una figura di obbligazione costituita soltanto da doveri secondari ed accessori, la c.d. *obbligazione senza prestazione*. Per una bibliografia cfr. S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004, p. 6

²⁷¹ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 e ss.

²⁷² §311, «Per instaurare un rapporto obbligatorio mediante negozio giuridico o per modificare il contenuto di un rapporto obbligatorio, è necessario che coloro che vi prendano parte concludano un contratto a tal fine, se ed in quanto la legge la legge non disponga diversamente.

Un'obbligazione avente ad oggetto i doveri di cui al secondo comma del §241 BGB sorge anche in virtù:

1. dell'avvio di trattative contrattuali;
2. della prefigurazione di un contratto che ricorre quando, in vista di un'eventuale relazione negoziale, una parte accorda all'altra la possibilità di incidere sui propri diritti, beni e interessi, o gliene affida la protezione,
3. di contatti negoziali o similari.

A distanza di qualche anno dai primi studi dottrinali²⁷³, la responsabilità da contatto sociale fa la sua prima apparizione anche nella giurisprudenza della Cassazione, in tema di responsabilità medica²⁷⁴.

In tale sentenza del 1999 si osserva come il medico non possa essere qualificato come un *quisque de populo*, semplicemente sottoposto ad un obbligo generale di *neminem laedere*, gravante su ciascun consociato. Se davvero così fosse, si creerebbe un'eccessiva discrepanza tra realtà giuridica e realtà materiale²⁷⁵. Per colmare tale divario, si afferma la responsabilità contrattuale del medico dipendente di una struttura ospedaliera, individuando come fondamento di essa il contatto sociale.

La casistica si è negli anni estesa, dapprima nei confronti dell'insegnante per danni che il minore cagiona a se stesso²⁷⁶⁻²⁷⁷, per poi ampliarsi alla

Un rapporto obbligatorio con gli obblighi di cui al comma 2 del §241 può sorgere anche nei confronti di persone che non sono destinate a divenire parti del contratto. In particolare, un rapporto obbligatorio siffatto sorge quando il terzo induce le parti a riporre fiducia in misura notevole sulla persona, ed in forza di detto affidamento riesce ad influire sullo svolgimento delle trattative o sulla stipulazione del contratto».

²⁷³ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit.

²⁷⁴ Cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 598 con i commenti di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294; G. GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1003; M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p.679 ss; R. DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur. merito*, 1999, p. 1152; F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, p. 3332; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 446; F. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1194; A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *NGCC*, 2000, p. 334; F.G. PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale"*, in *Giur. it.*, 2000, p. 740.

²⁷⁵ La Cassazione, nel suo *iter* argomentativo, mutui le proprie osservazioni da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 180.

²⁷⁶ Nonostante fino a poco tempo addietro la giurisprudenza preferisse adottare un'interpretazione estensiva dell'art. 2048 c.c., facendo confluire nella norma sia il caso del minore che cagioni un danno a sé stesso sia quella del minore che cagioni un danno a terzi (cfr. Cass., 26 giugno 1998, n. 6331, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1574; Cass. 10 dicembre 1998, n. 12424, in *Foro it. rep.*, 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 180; Cass. 11 agosto 1997, n. 7454, in *Danno e resp.*, 1998, p. 260; Cass. 26 giugno 2001, n. 8740, in *Foro it.*, 2001, I, 3098; Cass. 03 marzo 1995, n. 2463, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2093. Cass., 01 agosto 1995, n. 8390, in *Foro it. rep.*, 1995, voce *istruzione pubblica*, n. 110), la dottrina aveva sottolineato che un'interpretazione così estensiva fosse fuori dalla sistematica codicistica in quanto provocherebbe uno scambio del tutto ingiustificato di ruoli tra norme: col risultato che una norma speciale, quale l'art. 2048 c.c., diventerebbe una norma generale, estendendo indiscriminatamente l'agevolazione probatoria.

²⁷⁷ Cass., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, c. 1287, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048*

responsabilità della banca che paga l'assegno ad un soggetto non legittimato²⁷⁸ ed alla responsabilità del mediatore per violazione del dovere di correttezza ed informazione²⁷⁹ e, da ultimo, alla responsabilità dell'ex datore di lavoro nei confronti del dipendente per erronee informazioni contributive²⁸⁰.

Queste ipotesi sono tutte accomunate dalla mancanza di un contratto tra le parti.

Tuttavia, esiste tra loro una relazione o, mutuando le parole della Cassazione, un contatto.

Si badi, non è sufficiente un contatto qualunque perché questo possa diventare fonte di obbligazione ma è necessario che questo sia 'qualificato': il terzo deve riporre un legittimo affidamento nel corretto adempimento della prestazione, determinato dal fatto che controparte svolge una professione qualificata.

Se il rapporto si articola secondo queste caratteristiche, allora sarà fonte di obbligazione e gli obblighi generati saranno quelli imposti dalla professione svolta e sul cui corretto adempimento il terzo ripone la propria fiducia.

La loro violazione, pertanto, sarà fonte di responsabilità e, vista la vicinanza, per analogia troveranno applicazione le regole in punto di responsabilità contrattuale.

c.c.; in *Corr. giur.*, 2002, p. 1287, con nota di F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni unite sul danno cagionato dal minore a se stesso*; G. FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1022; A. LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 51; R. BARBANERA, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*, in *NGCC*, 2003, I, p. 273 e successivamente confermata anche da Cass. 18 novembre 2005, n. 24456, in *foro it. on-line*.

²⁷⁸ Cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p.1710, con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 160 con nota di A.P. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale*, e di A. FABRIZIO-SALVATORE, *Responsabilità della banca trattaria per l'assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*; in *NGCC*, 2007, I, p. 1442, con nota di C. LEGGIERI, *Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 160, con nota di T. GRECO, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*; in *Giur. it.*, 2008, p. 864, con nota di L. BUFFONI, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*.

²⁷⁹ Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2281, con nota di A. SESTI, *Responsabilità aquiliana del mediatore mandatario del soggetto promissario acquirente del bene*; in *Danno e resp.*, 2010, p. 264, con nota di A. MASTRORILLI, *Mediazione e responsabilità da contatto sociale*; in *Corr. giur.*, 2010, p. 206, con nota di R.P. PUCE, *La mediazione è attività giuridica in senso stretto. Tutto il resto è mandato. Approdo discutibile e controverso*; in *Arch. loc.*, 2010, p. 152, con nota di G. CHIARINI, *La natura della mediazione tra attività giuridica in senso stretto e mandato*.

²⁸⁰ Cass., 21 luglio 2011, n. 15992, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2636

Tanto nella responsabilità da contatto sociale quanto nella violazione di obblighi di protezione, si fanno transitare fattispecie tradizionalmente rientranti nell'area aquiliana sotto la disciplina dell'illecito contrattuale

Una conformazione peculiare, però, assume la prescrizione: pur essendo sottoposta ad un termine decennale, la decorrenza segue la disciplina dell'art. 2947 c.c., come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità.

Le premesse sistematiche poggiano sulla lettura, maggioritaria in giurisprudenza²⁸¹, dell'art. 2947 c.c. non in termini derogatori rispetto all'art. 2935 c.c.

L'art. 2947 c.c. è ispirato al medesimo principio dell'art. 2935 c.c. ma le circostanze fattuali ne impongono una declinazione differente.

Quindi, nelle fattispecie appena indicate, l'azione di responsabilità si prescriverà in dieci anni (2946 c.c.) ed il termine inizierà a decorrere quando, una volta manifestatesi le conseguenze dannose, il danneggiato, in maniera diligente, si sarà adoperato per conoscere a quale condotta illecita i pregiudizi subiti siano rapportabili.

In breve, regole aquiliane entrano nell'area contrattuale e, da qui, una delle sovrapposizioni tra le due aree.

Al termine di questa analisi casistica, sembra utile una breve riflessione conclusiva.

Come ricordato nel primo capitolo, la prescrizione si inserisce in una dimensione relazionale tra le parti ed incide su un determinato rapporto giuridico fonte di obbligazioni.

Tuttavia, l'astratta formulazione dell'art. 2935 c.c. non fornisce indici che determinino, con esattezza, per ogni singola ipotesi, il momento concreto del suo esordio.

²⁸¹ Cass., sez. un., 10 gennaio 2008, n. 581, cit.

Dà, però, un'indicazione di massima, legando la decorrenza alla possibilità, per il titolare di una posizione giuridica, di farla valere.

In altri termini, è già la norma a specificare che il corso del termine di prescrizione non è legato a tratti astratti del rapporto medesimo.

Questo è solo un aspetto, che considera solo l'interesse del debitore a non esporre il proprio patrimonio ad azioni potenzialmente illimitate nel tempo. Da qui l'esigenza di legare il *dies a quo* ad un elemento certo, connesso alla fattispecie normativa.

La giurisprudenza, negli ultimi anni, ha cercato di dare voce anche alle contrapposte esigenze del creditore che spesso volte non riusciva a soddisfare un proprio diritto, o perché non disponeva degli strumenti idonei per esserne a conoscenza, o perché un timore, determinato da una situazione di squilibrio, glielo impediva.

In questa attività, a volte, vi è riuscita, indicando un unico termine che contemperasse le esigenze di entrambi i soggetti del rapporto.

Probabilmente, forse con più frequenza, nella ricerca di un bilanciamento tra le due posizioni, i Giudici sono oggi maggiormente sbilanciati verso il danneggiato.

Ad ogni modo, non si può imputare alla magistratura quello che è un limite della norma.

Quanto emerso è che la decorrenza della prescrizione, come affrontata oggi nelle sentenze italiane e nelle recenti riforme europee, non postula un problema di fattispecie.

Piuttosto, la fattispecie è il dato di fatto e concreto da dove partire e da dove affiora il problema, cui il diritto trova differenti risposte: tutte orientate a dar voce agli interessi delle parti che, in un momento successivo nel tempo, beneficeranno o subiranno gli effetti della prescrizione stessa.

D'altra parte, come vedremo nella sezione successiva, la produzione di questi effetti rientra nella loro disponibilità che, per forza di cose, deve essere sorretta da consapevolezza.

CAPITOLO 2 - SEZIONE II. LA DISPONIBILITÀ DEGLI EFFETTI ESTINTIVI.

1. L'eccezione di prescrizione, il pagamento del debito prescritto, la rinuncia e l'interruzione quali espressioni di un potere, in assenza di accordo con la controparte.

2. Autonomia e decorrenza della prescrizione.

3. Rinuncia alla prescrizione

3.1. La rinuncia alla prescrizione nel processo.

4. L'eccezione di prescrizione

4.1. L'eccezione di interruzione della prescrizione ed il problema della rilevabilità d'ufficio.

5. La prescrizione e i terzi

6. Il pagamento del debito prescritto

7. Prescrizione, *Verwirkung* e buona fede

1. L'eccezione di prescrizione, il pagamento del debito prescritto, la rinuncia e l'interruzione quali espressioni di un potere, in assenza di accordo con la controparte.

Nella sezione precedente è stato esaminato il problema della 'messa in moto' della prescrizione.

In questa sezione si vogliono esaminare le modalità tramite le quali la prescrizione produce i suoi effetti nonché i motivi per cui, di recente, dottrina e giurisprudenza hanno iniziato a parlare di 'disponibilità degli effetti estintivi'¹.

Il tema è emerso percorrendo le riforme comunitarie ove è espressamente prevista la possibilità per le parti di concludere accordi che derogano alla disciplina sulla prescrizione.

In Italia, ovviamente, la questione su questo non si pone in forza del divieto dell'art. 2936 c.c. Ma la condizione di possibilità per parlare di 'disponibilità degli effetti estintivi' è la riconduzione dell'istituto nell'ambito delle finalità privatistiche. Oppure, usando altri termini, nel riferire la titolarità dell'interesse sotteso alla prescrizione alle parti, che degli effetti di questa possono avvantaggiarsene o subire un pregiudizio.

La novità introdotta nel 1942 con l'art. 2936 c.c., norma che non appare nelle tradizioni degli altri paesi, anche *ante* riforma, aveva indotto la dottrina a sostenere la natura esclusivamente pubblicistica dell'istituto.

Solamente negli ultimi anni, probabilmente anche grazie alle aperture verso l'Europa, questo assunto ha iniziato ad essere messo in discussione².

Secondo la dottrina più recente, la tesi della certezza in termini di esigenza sociale e tutela dell'ordine pubblico, stride se misurata con molte norme del Codice civile.

¹ P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione*, in P.G. Monateri – C. Costantini, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 27; G. TRAVAGLINO, *L'elaborazione teorica*, in A. Batà–V. Carbone–M.V. De Gennaro–G. Travaglino, *La prescrizione e la decadenza*, Milano, 2001, p. 6. In giurisprudenza cfr. Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Corr. giur.*, 2011, p. 488

² Come anticipato nel primo capitolo, essendo l'art. 2936 c.c. la norma cui bisogna dare un significato per risolvere la problematica posta, questo non può essere inferito dalla medesima ma dal sistema in cui è inserita.

Stride con gli articoli 2944 c.c. e 2945 c.c. che disciplinano l'interruzione per effetto di riconoscimento del diritto perché il termine finale andrebbe a dilatarsi oltre misura, «a dimostrazione del fatto che se l'ordinamento fosse stato davvero interessato alla certezza, avrebbe dovuto predisporre, invece, un meccanismo simile a quello dettato per la decadenza dall'art. 2964 c.c., che, appunto, dichiara inapplicabili le norme sull'interruzione»³.

Stride anche con l'art. 2943 c.c. a norma del quale è sufficiente qualunque atto che costituisca in mora il debitore, anche una semplice raccomandata con cadenza annuale, per rendere imprescrittibile il diritto. «Non avendo l'ordinamento predisposto meccanismi di salvaguardia contro tale eventualità, non può che dedursene che l'interesse principale in gioco non sia quello della certezza dei rapporti»⁴.

Infine, stride con l'art. 2937 c.c. E' sufficiente la lettura della norma «per rendersi conto che alla base dell'istituto non può trovarsi l'esigenza di certezza»⁵. Infatti, proprio una volta che la prescrizione sembra essersi compiuta e che gli effetti, quindi, si sono stabilizzati, è prevista in capo a chi può farla valere la possibilità di rinunciare, anche tacitamente, tramite la manifestazione di un fatto incompatibile con la volontà di avvalersene.

Da questi dati, il semplice richiamo alla 'certezza del diritto' è troppo generico per giustificare l'esistenza dell'istituto. Questo per due motivi.

In primo luogo, perché è pervasiva di ogni campo del diritto e non si potrebbe pensare al diritto senza prendere in considerazione una diffusa esigenza di certezza.

In secondo luogo, non tiene conto del concreto assetto di interessi che la norma disciplina e risolve assegnando vantaggi e sacrifici. «Le parti nella prescrizione hanno evidentemente interessi assai contrastanti, che nulla hanno a che fare con la certezza intellettualistica ed astratta dei rapporti, e che la legislazione, appunto in quanto scelta di interessi favoriti e interessi sacrificati,

³ P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione*, cit., p. 28.

⁴ P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione*, cit., p. 29.

⁵ P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

disloca nel nostro codice secondo un preciso assetto di poteri e contropoteri pratici»⁶.

La giurisprudenza sembra aver fatto proprie queste riflessioni e in una decisione del 2011 le ripropone.

La sentenza si pronuncia sul rapporto tra azione revocatoria e domanda di risarcimento del danno: a seguito di un grave sinistro stradale, ove la compagnia di assicurazione aveva già provveduto alla liquidazione dell'intero massimale, il responsabile civile, onde evitare di rispondere personalmente dei danni cagionati, aliena la casa di sua proprietà. Il danneggiato, pertanto, agisce in revocatoria e propone separata domanda di risarcimento del danno.

Entrambe le domande vennero respinte in primo grado. Proposto appello, i Giudici aditi ritennero fondata la censura mossa alla sentenza di primo grado nella parte in cui si era riconosciuto alla proposta azione revocatoria soltanto effetto interruttivo ma non anche sospensivo della pretesa risarcitoria.

La Cassazione dà continuità alla tesi dei giudici di secondo grado sostenendo che «affinché si dispieghi l'effetto interruttivo/sospensivo della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, è sufficiente l'instaurazione di un diverso giudizio, purché inscindibilmente connesso a quello volto alla tutela di tale diritto»⁷.

La decisione merita attenzione perché risolve il caso concreto sulla base di un mutato approccio sistematico.

Cercando di semplificare un ragionamento piuttosto articolato, si può dire che la sentenza si articola in due parti: una *pars destruens*, che mira a destituire il fondamento pubblicistico ed una *pars costruens* che, nonostante la natura cogente delle norme, legge l'istituto a protezione di un interesse privato.

⁶ P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.* Sulla base di queste osservazioni Monateri sposa la tesi portata avanti dall'Auricchio (*Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 39 e ss.) e da Vitucci (*La prescrizione*, cit., p. 179) ed alla base dell'istituto legge una funzione di tutela del soggetto passivo del rapporto.

⁷ Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2424, con nota di richiami di A.L. OLIVA ed in *Corr. giur.*, 2011, p. 488, con nota di A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai Giudici*, consultabile anche sulla banca dati *Leggi d'Italia*.

Nella *pars destruens* si sottolineano gli aspetti di criticità, mettendo in evidenza l'annoso dibattito dottrinale su quale sia la natura, il fondamento, l'operatività, l'oggetto e l'effetto della prescrizione⁸:

La critica si fa ancora più aspra quando il relatore sembra, implicitamente, sostenere l'inutilità dell'intero dibattito perché fondato su un duplice errore, comune alla maggioranza degli Autori: la presunzione che la prescrizione abbia la funzione di assicurare la certezza del diritto ed una lettura statica dell'istituto⁹.

Diversamente, per chiarire la finalità e la *ratio* sottesa¹⁰, la pronuncia suggerisce di adottare una logica 'dinamico-procedimentale'¹¹.

⁸ «Incerta, del fenomeno prescrizione, è la natura, sostanziale o processuale, incerto il suo fondamento (trovandosi ancor oggi divisa la dottrina che se ne è occupata ex professo tra il postularne, in alternativa, esigenze di certezza del diritto, caratteri di sanzione per l'inerzia, finalità di adeguamento di una situazione di fatto ad una situazione di diritto, funzioni di tutela della posizione del soggetto passivo del rapporto), discussi ne sono l'operatività (automatica ovvero ope exceptionis), l'oggetto, l'effetto (nè è mancato chi, della prescrizione, ha con forza predicato la contrarietà, oltre che al diritto naturale, alla morale e alla stessa logica giuridica, esclamando "car enfin, un droit existe, ou n'existe pas!!")», Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, cit. Per tutti i richiami dottrinali si rinvia al primo paragrafo del capitolo 1.

⁹ «E' legittimo, allora, interrogarsi su quale esigenza di certezza possa dirsi esaudita da una fattispecie i cui meccanismi - operando, oltretutto, sul piano sia sostanziale che processuale -, postulino, a tacer d'altro, una disponibilità dell'effetto estintivo di un diritto soggettivo potenzialmente destinata a perpetuarsi a tempo pressoché indeterminato, al di là del (solo apparentemente decisivo) decorso "del tempo previsto dalla legge": manca, difatti, in tema di prescrizione, una norma omogenea a quella dettata per la remissione del debito (che prevede un "congruo termine" entro il quale il debitore possa esprimere l'eventuale intento di rinuncia al beneficio)», Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, cit.

¹⁰ «Ne deriva che l'unico possibile punto di partenza dell'indagine deve prendere le mosse da un esame dell'istituto in termini non statici, ma di fattispecie dinamica che, solcando il terreno del diritto sostanziale per poi sfociare (sia pur solo eventualmente) in quello del processo, assume caratteri costantemente mutevoli e apparentemente contraddittori (se un diritto si estingue per il decorso del tempo, è ammissibile che il rapporto obbligatorio sottostante non si estingua anch'esso, ma si modifichi, cagionando, più che un effetto estintivo, un effetto preclusivo, quantomeno sul piano processuale? E' ammissibile che un diritto estinto sia - e non illegittimamente - fatto ancora valere in giudizio? Fatto valere in giudizio un diritto ormai estinto, è concepibile che il giudice non possa rilevare d'ufficio tale estinzione? E ancora, per il solo fatto di non aver sollevato l'eccezione di prescrizione, è legittimo che il soggetto passivo del rapporto sia condannato ad adempiere un obbligo che più non esisterebbe sul terreno del diritto sostanziale? E infine, quanto tempo dopo l'estinzione del diritto per prescrizione ci si potrà ancora attendere, e latere creditoris, l'adempimento di cui all'art. 2940 c.c.)?», Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, cit.

¹¹ Mutuando, in buona sostanza l'approccio che distingue il Giudice CEDU e la CGUE. Di stampo comunque differente rispetto a quella delineata da B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, cit. il cui pensiero è riportato al capitolo 1.

Questa si caratterizzerebbe per due tratti peculiari: lettura della prescrizione come istituto che nasce nel diritto sostanziale e sfocia nel processo; centralità del comportamento delle parti affinché gli effetti tipici si possano produrre.

Intorno a queste due idee si sviluppa la *pars construens*.

Emerge così più chiaramente il significato di quelle norme che, anche a non voler revocare in dubbio l'effetto estintivo per apodittica adesione all'art. 2934 c.c., certamente ne postulano una certa disponibilità, consentendo di: riconoscere il diritto (2944 c.c.); rinunciarvi, solo dopo il compimento del termine (2937 c.c.); pagare spontaneamente il debito prescritto (2940 c.c.), anche successivamente al formarsi del giudicato sull'intervenuta prescrizione.

D'altra parte, ad ulteriore prova della disponibilità dell'effetto estintivo, questo non può essere prodotto in difetto di un impulso di parte tramite la valida proposizione dell'eccezione di prescrizione, estrinsecazione di un potere processuale riconosciuto al convenuto (c.c. 2938) oppure ai terzi (c.c. 2939).

Tutto questo suggerisce una interpretazione del dato normativo che abbia riguardo al comportamento dell'avente diritto più che alla corrispondenza simmetrica tra il giudizio instaurato e il diritto prescrivibile¹², e renderebbe evidente come l'intero funzionamento sia ispirato a più pragmatiche finalità di interesse privato.

Invero, la riconduzione dell'istituto all'ordine pubblico sembra confondere la natura cogente delle norme dettate in tema di prescrizione con la sua *ratio* e con l'interesse tutelato. Piuttosto, l'inderogabilità sancita da talune disposizioni di legge (e non da tutte) si coniuga, con la considerazione che «ammettere una disciplina convenzionale della prescrizione avrebbe comportato la possibilità di porre termini iugulatori all'esercizio di diritti scaturenti dal contratto in favore della parte più debole, sì che, specie nella contrattazione di massa, tale disciplina si sarebbe risolta in una clausola di stile».

Ed allora, «sembra del tutto inevitabile convenire con quegli autori che (...) ha realisticamente colto, nella prescrizione, più pragmatiche finalità di tutela di

¹² A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai giudici*, cit.

un interesse sostanzialmente privato, quello, cioè, da un canto, del soggetto passivo di un rapporto giuridico a ritenersi libero da vincoli in conseguenza del decorso "del tempo stabilito dalla legge", dall'altro, del soggetto attivo portatore di una incompressibile facoltà di impedire il realizzarsi dell'effetto estintivo attraverso una inequivoca dichiarazione/manifestazione di volontà (qual che essa sia) dimostrativa dell'intento di esercitare il proprio diritto.»

Nel leggere la motivazione, significative sono le influenze della dottrina, la quale, già negli anni '90¹³ aveva denunciato «il carattere enfatico e declamatorio del c.d. effetto estintivo (del decorso) della prescrizione, effetto peraltro più contraddetto che confermato dalle norme che la disciplinano»¹⁴.

La Cassazione sembra quindi abbracciare la teoria dell'effetto preclusivo prodotto¹⁵ e questo porterebbe ad inquadrare la prescrizione sul piano rimediabile e non sostanziale¹⁶, senza interesse a come incida sulla fattispecie.

Punto focale non è il realizzarsi di un evento estintivo del diritto ma, più concretamente, il comportamento di entrambi i soggetti del rapporto¹⁷.

Così, la Cassazione si allinea a quelle intuizioni della dottrina di fine anni '50¹⁸ e successivamente portate avanti da altri Autori¹⁹: guardando la questione

¹³ Tra gli Autori più significativi cfr. A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 40 i cui spunti verranno successivamente ripresi, in maniera più approfondita e sistematica da P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 20 e ss., il quale si richiama anche alle posizioni di A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, pp. 498-503.

¹⁴ A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai giudici*, cit.

¹⁵ L'argomento principale usato dal Vitucci (*La prescrizione*, cit., p. 28 e ss.) per dimostrare gli effetti preclusivi e non estintivi della prescrizione è il seguente. Nel processo, la prescrizione può essere opposta dal convenuto, nello stesso modo e producendo i medesimi effetti, in tre ipotesi:

- a. se l'attore esercita un diritto che non è mai sorto;
- b. se l'attore esercita un diritto che è sorto e non si è estinto, ma viene esercitato tardivamente;
- c. se l'attore esercita un diritto che è sorto ma si è estinto, ad esempio, per adempimento.

Nel primo caso, non essendo mai sorto il diritto non si potrebbe nemmeno parlare di estinzione. Nel terzo caso, invece, l'estinzione non è comunque ravvisabile nella prescrizione.

Un'efficacia estintiva potrebbe essere assegnata alla prescrizione soltanto nel caso *sub b)* ove, tramite l'eccezione proposta dal convenuto sono rimossi gli effetti della situazione giuridica fatta valere. Tuttavia il giudice non svolgerà alcuna valutazione in ordine al sorgere del diritto e all'estinzione di questo.

In altri termini, una volta che sia stata eccepita la prescrizione, l'unica valutazione riguarderà solamente il decorso del tempo e non anche se la situazione giuridica dedotta in giudizio sia o non sia sorta: attribuire alla prescrizione efficacia estintiva presuppone l'operatività di una precedente situazione giuridica, mentre è proprio il giudizio sulla prescrizione che esclude la valutazione sull'operatività di un precedente rapporto tra le parti.

¹⁶ A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai giudici*, cit.

¹⁷ A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai giudici*, cit.

nell'ottica non del diritto ma del rapporto e prendendo come punto di riferimento la visuale del debitore, si può inferire un profilo acquisitivo della prescrizione. Vale a dire, a tutela del proprio interesse, il debitore con il compimento del termine acquista un diritto alla liberazione e può essere sollevato dall'obbligo. E ciò è rimesso al volontario esercizio di un potere (eccezione di prescrizione).

Valga questo come suggerimento per l'esame di singoli casi concreti di cui ai prossimi paragrafi, condotto alla luce di quelle norme da cui è possibile dedurre l'esistenza, a seguito del maturare del termine di prescrizione, di un generale effetto preclusivo/estintivo con effetti dispositivo.

Da questi esempi emergerà come la Cassazione, sebbene molto in sordina, anche prima di questa dichiarazione di principio del 2011, avesse già assunto come riferimento la 'disponibilità degli effetti estintivi' e riconoscesse al comportamento delle parti già un ruolo centrale.

Prima di approfondire questi aspetti, è opportuno un richiamo al legame tra autonomia e decorrenza della prescrizione.

2. Autonomia e decorrenza della prescrizione.

Nonostante l'art. 2936 c.c. si ponga in discontinuità con i più recenti modelli europei, non si può prescindere dal contenuto: il patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione è nullo. Il c.d. *pactum de non petendo* sembra però farvi eccezione.

Trattasi di una figura non espressamente disciplinata nel nostro codice e che in giurisprudenza non ha comunque avuto importanti riscontri.

Secondo la dottrina, trattasi del «negozio con cui il creditore si impegna, nei confronti del debitore, a non pagare -per sempre, o per un certo tempo, o fino

¹⁸ F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto di rinunzia alla prescrizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 506 ed in part. p. 515 e R. NICCOLÒ, *Azione surrogatoria ed azione revocatoria*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1953, sub art. 2901, p. 232.

¹⁹ A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 33 e da P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 20 e ss..

alla persistenza (o alla sopravvenienza) di determinate circostanze-
l'adempimento dell'obbligazione, un negozio atipico che non incide
sull'esistenza del rapporto obbligatorio, ma vincola soltanto il creditore a non
pretenderne l'attuazione»²⁰.

A differenza della remissione di cui all'art. 1236 c.c., l'accordo non incide
sul diritto sostanziale. Questo, a livello astratto, è esigibile ma il *pactum de non
petendo* produce effetti 'processuali' che escludono l'esigibilità della pretesa
creditoria.

In questa prospettiva, si è specificato che la richiesta di pagamento non è da
considerarsi né nulla né inefficace. Secondo la dottrina tedesca, se il creditore,
violando l'accordo, pretende di veder adempiuto il proprio credito, delle due
l'una: il debitore o si rifiuta di eseguire la prestazione, eccependo l'intervenuto
accordo, o non se ne avvale, ed esegue la prestazione dovuta²¹.

La dottrina italiana, invece, si divide in due filoni. Da un lato, il *pactum*
produrrebbe l'obbligazione di non chiedere, in grado di sovrapporsi al diritto
di esigere e di rendere contrattualmente illecito l'esercizio²². Dall'altro, si
tratterebbe di una rinuncia all'azione, e, mentre sul piano sostanziale il credito
rimarrebbe intatto, sul piano processuale il creditore resterebbe privo di tutela,
con conseguente inammissibilità della domanda a seguito della proposizione di
un'eccezione²³.

²⁰ La definizione è di G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 368 e in part. p. 394.

In dottrina sul *pactum de non petendo* cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, p. 187; B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XII, Torino, 1961, p. 400; E. TILOCCA, voce *Remissione del debito*, in *Novissimo digesto italiano*, XV, Torino, 1968, p. 412; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 9, Torino, 1984, p. 307; G. GIACOBBE – M.L. GUIDA, voce *Remissione del debito*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 788. Tra gli scritti più recenti cfr. M. ORLANDI, *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000 e ID., *Pactum de non petendo e riduzione del rapporto*, in *Studium Iuris*, 2001, p. 1441

²¹ Così ricostruita da G. DE CRISTOFARO, *Il pactum de non petendo nelle esperienze giuridiche tedesca e italiana*, cit., p. 378. Tra gli autori più significativi richiamati cfr. nota 40 di pag. 377.

²² In questo senso, B. BIONDI, *Le donazioni*, cit., p. 400; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., 187; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, cit., p. 290.

²³ In questo senso, F. CARRESI, *Corso di diritto civile sul contratto. Introduzione. Le parti. La struttura: forma e contenuto*, Bologna, 1961, p. 41; E. GABRIELLI, *Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti*, in *D. e giur.*, 1972, p. 262.

La giurisprudenza sul punto è scarsissima. In una sentenza del 1994²⁴ la Cassazione, distinguendo tra remissione e *pactum de non petendo*, si pronuncia su una questione relativa ad un accordo avente ad oggetto la restituzione del vaglia cambiario.

I Giudici sembrano seguire la seconda linea interpretativa suggerita dalla dottrina²⁵: il creditore rinuncia all'esercizio del suo diritto senza dismetterne la titolarità; in capo al debitore, invece, nasce il diritto di paralizzare, tramite un'eccezione, qualsiasi forma di esercizio della pretesa creditoria, anche stragiudiziale.

Tramite il *pactum de non petendo*, si produce l'effetto di far acquistare al debitore il diritto di rifiutare l'esecuzione della prestazione dovuta, tramite la proposizione di un'eccezione²⁶.

La costruzione presenta molti punti di contatto con quella dottrina che legge negli effetti prodotti dalla prescrizione, la liberazione del debitore.

Secondo questi Autori²⁷, nella prescrizione concorrono gli elementi dell'acquisto e della perdita del diritto²⁸ e, per effetto della prescrizione, il debitore viene liberato dall'obbligo di adempiere alla propria prestazione²⁹.

²⁴ Cass., 19 giugno 1994, n. 5646, in *DeJure*.

²⁵ «La remissione del debito, pur non richiedendo forma solenne e formule particolari, deve peraltro contenere l'inequivoca manifestazione di volontà del creditore volta alla rinuncia della prestazione. Pertanto, in mancanza di una manifestazione espressa, non è possibile ravvisare tale volontà nell'assunzione dell'obbligo di restituzione del titolo, se non accompagnata dall'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», Cass., 19 giugno 1994, n. 5646, cit. In termini simili si è anche pronunciata Cass., 7 giugno 2000, n. 7717.

²⁶ Si distingue tra *pactum in perpetuum* ed *ad tempus*.

Il primo produce effetti analoghi all'istituto della remissione del debito, sebbene operi non sul piano sostanziale ma processuale.

Con riferimento al secondo, Secondo la dottrina²⁶, l'accordo con cui le parti di un rapporto obbligatorio, contestualmente o successivamente all'instaurazione di esso, stabiliscono che l'adempimento non possa pretendersi se non a partire da un dato termine, può avere due diversi tipi di effetto: può determinare un vero e proprio differimento della pretesa creditoria, che fino alla scadenza del termine non può considerarsi esigibile; oppure, può anche accordare al debitore il diritto di rifiutare l'adempimento fino alla scadenza del termine, senza incidere con ciò sull'esigibilità della pretesa «che rimane, di per sé, *fällig* (ndr esigibile), ancorchè solo teoricamente, dal momento che il creditore può paralizzare l'azione del creditore avvalendosi dell'eccezione fondata sull'accordo», G. DE CRISTOFARO, *Pactum de non petendo*, cit., p. 381.

²⁷ A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 33.

²⁸ Il pensiero era già di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette, Note*, cit., p. 1074

²⁹ La tesi è criticata da P.G. MONATERI, *La prescrizione*, cit., p. 4, secondo il quale, a dover seguire questa linea di pensiero ci troveremmo di fronte ad un modo non soddisfacente di estinzione

Analogamente, nel *pactum de non petendo* il debitore può o venir liberato dalla propria obbligazione oppure posticiparne l'esigibilità.

Alcune sentenze si pronunciano sul rapporto tra *prescrizione* e *pactum de non petendo* e sembrano confermare la tesi.

Se l'introduzione del patto produce come effetto l'inesigibilità della pretesa, questo comporta uno spostamento in avanti nel tempo della decorrenza del termine di prescrizione.

Ci si trova, infatti, di fronte ad una pretesa teoricamente fondata che, nel concreto, può essere paralizzata tramite la proposizione di un'eccezione.

Da qui, il problema della compatibilità in rapporto all'art. 2936 c.c. che sancisce l'inderogabilità della disciplina.

Già alla fine degli anni '70, secondo la Cassazione³⁰ il patto con il quale le parti differiscano al momento in cui il diritto all'indennizzo può essere fatto valere, è valido e sposta a quel momento il *dies a quo* del decorso della prescrizione. Pertanto, non integra violazione del divieto di deroga convenzionale del regime legale della prescrizione, fissato dall'art. 2936.

Sentenze successive ne giustificano l'ammissibilità «in quanto incide sostanzialmente sulla stessa azionabilità della pretesa, per cui la prescrizione inizia a decorrere dalla scadenza del termine fissato con il patto stesso»³¹.

Da quanto se ne trae, sebbene le parti non possano espressamente derogare al regime sulla prescrizione, accordi che indirettamente su questa possono

dell'obbligazione. Sennonché, l'art. 2940, prevedendo la possibilità di pagare un debito prescritto, postulerebbe un effetto della prescrizione diverso da quello estintivo. Ammettendo la possibilità di adempiere ad un debito prescritto anche dopo che sia intervenuta una sentenza passata in giudicato, «il debitore avrebbe prima determinato l'estinzione giudizialmente accertata del proprio debito, e poi lo avrebbe rievocato in vita adempiendolo come se avesse continuato a sussistere alla propria estinzione. Il debitore diverrebbe negromante dei propri debiti».

In senso contrario a questa critica fanno eco le teorie che sostengono che, una volta maturata la prescrizione, sorga un'obbligazione naturale, cfr. S. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1953, p. 66; E. NARDI, *Rapporti fra ritenzione, prescrizione ed obbligazione naturale*, in *Studi parmensi*, 1955, p. 78; R. FERRUCCI, *Della prescrizione e della decadenza*, Torino, 1965, p. 415.

³⁰ «Il patto con il quale le parti differiscano al momento in cui il diritto all'indennizzo può essere fatto valere, 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», Cass., 27 marzo 1979, n. 1776, in *DeJure*

³¹ Cass., 12 aprile 2006, n. 8606, in *DeJure* e nello stesso senso v. anche Cass., 19 ottobre 1995, n. 10887, in *DeJure*.

incidere sono considerati validi. Questo perché l'accordo che prevede un *pactum de non petendo* non sembra incidere sulla disciplina sostanziale ma i suoi effetti sono solo processuali.

La tesi, a ben vedere, non convince perché si fonda sul presupposto che l'istituto della prescrizione abbia esclusiva rilevanza sostanziale, senza risvolti processuali.

Abbiamo, invece, visto come la prescrizione sia un istituto che nasce nel diritto sostanziale ma ha i suoi più importanti riflessi nel processo³².

La Cassazione, di recente, sembra aver preso consapevolezza di questo tanto che l'ultima sentenza che si pone lungo questo filone risale al 2006. D'altra parte, va anche precisato che non si riscontrano sentenze che si muovano in segno opposto.

È importante, invece, segnalare una pronuncia del 2008 che, probabilmente traendo linfa da questo orientamento, ammette la possibilità -seppure in un *obiter dictum*- di introdurre accordi che vadano a derogare la disciplina legale della prescrizione, senza porsi il problema della compatibilità con l'art. 2936 c.c.

La sentenza riguarda l'azione proposta contro una Compagnia di assicurazioni da parte di una donna che domandava l'indennizzo dovuto in forza di una polizza infortuni, a seguito della morte del coniuge rimasto ucciso a colpi di arma da fuoco.

La domanda veniva rigettata in primo grado per intervenuta prescrizione e riformata dai Giudici della Corte di Appello.

Dai fatti risultava che le parti, successivamente all'infortunio, avessero "contrattualmente" stabilito di attendere l'esito dell'istruttoria penale al fine di conoscere l'effettivo svolgimento dei fatti e, sulla base di questa, compiere le necessarie valutazioni in ordine alla operatività della garanzia.

³² Oltre a quanto richiamato nelle pagine precedenti in ordine alla lettura dinamica dell'istituto, basti pensare come l'istituto in esame sia collocato nel libro VI dedicato alla tutela dei diritti, settore a cavallo tra il diritto sostanziale ed il diritto processuale. In secondo luogo, l'eccezione di prescrizione è espressione di un potere di parte che si manifesta esclusivamente nell'ambito del processo.

Secondo la Suprema Corte, sebbene il procedimento penale non interrompa la prescrizione civile, «nulla vieta alle parti di procrastinarne, nell'ambito della loro autonomia, l'inizio del decorso alla definizione del medesimo per la concordemente ritenuta necessità di conoscere l'esatta ricostruzione del fatto storico, ancora in dubbio».

L'affermazione si pone in continuità con l'orientamento espresso nelle pagine precedenti in ordine alla rilevanza della conoscenza ai fini della decorrenza³³.

Come già ricordato, nell'ambito dell'illecito extracontrattuale, l'evoluzione giurisprudenziale ha segnato un passaggio, ai fini dell'*exordium praescriptionis*, dal momento in cui fatto si è verificato³⁴, al momento in cui il fatto si è manifestato³⁵, al momento, infine, in cui il fatto è stato percepito come danno ingiusto e interamente conosciuto dal danneggiato³⁶.

³³ La questione è poi risolta in termini differenti, riconoscendo alle trattative intervenute tra le parti la possibilità di interrompere il decorso della prescrizione, secondo un determinato orientamento della Cassazione (cfr. Cass., 1 marzo 2007, n. 4804, in *Dir. economia assicur.*, 2008, p. 162; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1642, in *Corriere giuridico*, 2001, p. 539 ed in *Foro padano*, 2001, I, p. 223). In realtà, nelle sentenze cui la pronuncia fa riferimento, sebbene sia riconosciuta efficacia interruttiva alle trattative, è necessario che dal comportamento di una delle parti risulti il riconoscimento del contrapposto diritto di credito e che la transazione è, quindi, mancata solo per questioni attinenti alla liquidazione, e non anche all'esistenza, di tale diritto. Nel caso in esame, invece, l'accordo presupponeva l'interesse di conoscere l'esatto svolgimento dei fatti, incompatibile quindi con il riconoscimento di un diritto.

Orientamento pressoché stabile in ordine al rapporto tra interruzione della prescrizione e trattative è il seguente, « Le trattative per comporre bonariamente la vertenza, non avendo quale precipuo presupposto l'ammissione totale o parziale della pretesa avversaria, e non rappresentando, quindi, riconoscimento del diritto altrui ai sensi dell'art. 2944 c.c., non hanno efficacia interruttiva, né possono importare rinuncia tacita a far valere la prescrizione medesima, perché non costituiscono fatti incompatibili in maniera assoluta (senza, cioè, possibilità alcuna di diversa interpretazione) con la volontà di avvalersi della causa estintiva dell'altrui diritto, come richiesto dall'art. 2937, comma 3, c.c., a meno che dal comportamento di una delle parti non risulti il riconoscimento del contrapposto diritto di credito, e si accerti che la transazione è mancata solo per questioni attinenti alla liquidazione del credito e non anche all'esistenza di tale diritto», cfr. Cass., 21 dicembre 2011, n. 27930, in *Dir. economia assicur.*, 2012, I, p. 230; Cass., 29 settembre 2011, n. 19872, in *DeJure*, Cass., 27 gennaio 2010, n. 1687, in *DeJure. Contra*, cfr. Cass., 10 novembre 1979 n. 5807, in *DeJure*

³⁴ cfr. Cass., 27 marzo 1942, n. 332; Cass., 24 novembre 1966, n. 2797, Cass., 12 gennaio 1972, n. 74, in *Foro it.*, 1972, I, c. 2958.

³⁵ A titolo di esempio, cfr. Cass., 6 febbraio 1982, n. 685, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2781 e ss. con nota di VENTRELLA, *Danno occulto e illecito permanente: questioni di decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno*; Cass., 24 febbraio 1983, n. 1442, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 627; Cass., 5 luglio 1989, n. 3206, in *Arch. civ.*, 1989, p. 1168; Cass., 4 gennaio 1993, n. 13, in *Giur. it.*, I, 1, p. 1686; Cass., 12 agosto 1995, n. 8845, in *Giust. civ. mass.*, 1995, 1517; Cass., 9 maggio 2000, n. 5913, in *Dir. econ. ass.*, 2000, p. 1226; Cass., 10 giugno 2000, n. 7937, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2771 con nota di S. BRUN, *Danno biologico e dies a quo della prescrizione*.

³⁶ Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2003, p. 285 e confermata da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581 in *Foro it.*, 2008, I, c. 453 con nota di A. PALMIERI; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 827, con nota di F. GRECO, *Le sezioni unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*.

In questa prospettiva, il riferimento alla conoscenza sta ad indicare che il danneggiato deve essere consapevole non solo del danno ma anche essere in grado di individuare il soggetto che ha posto in essere la condotta lesiva³⁷.

La pronuncia del 2008, sebbene unica nel panorama³⁸, sembra sottendere la medesima *ratio*.

L'esigenza di conoscere esattamente come si sono svolti i fatti diventa l'interesse sotteso al contratto e produce l'effetto di spostare in avanti l'*exordium praescriptionis*, che decorrerà dalla pubblicazione della sentenza.

Pertanto, da un lato, sono fondati quei dubbi in ordine ad un divieto sancito dall'art. 2936 c.c. all'ingresso dell'autonomia privata.

Dall'altra parte, è evidente la continuità dell'*obiter dictum* con quell'orientamento generale che dà rilievo agli stati soggettivi, la conoscenza, ed al comportamento delle parti, affermatosi in materia di responsabilità aquiliana.

Non è, infatti, da escludersi che, in mancanza di un accordo, il Giudice non avrebbe comunque fatto coincidere la decorrenza con la chiusura del procedimento penale: questa avrebbe soddisfatto sia l'interesse del debitore ad una data certa; sia le esigenze di conoscenza del creditore³⁹.

Rimarcato così il ruolo centrale che ha la conoscenza, nelle pagine che seguono si approfondirà la tematica del comportamento delle parti, che sulla conoscenza trovano il loro presupposto, e del suo legame con la disponibilità degli effetti della prescrizione.

³⁷ Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

³⁸ Ma non contraddetta da altre.

³⁹ In tal caso, quell'orientamento giurisprudenziale che vede con sfavore legare l'*exordium praescriptionis* al passaggio in giudicato di un'altra sentenza avrebbe un'efficacia meno cogente. Infatti, anche alla luce del principio di obbligatorietà dell'azione penale, il termine di riferimento è un procedimento, azionato d'ufficio dal P.M., concluso di norma in tempi più brevi rispetto a quelli civili, in cui la parte civile ha un ruolo marginale.

In tal caso, non vi sarebbe l'arbitrio del creditore di determinare la durata della prescrizione differendo il *dies a quo* ad un momento incerto nel tempo, a totale pregiudizio del debitore.

Il tema si complicherebbe nell'ipotesi in cui il procedimento penale si concluda senza che sia intervenuto un accertamento. Ciò porterebbe a dover ripensare la regola per cui il processo penale non interrompe la prescrizione civile.

3. Rinuncia alla prescrizione.

Ai sensi dell'art. 2937 c.c., «non può rinunciare alla prescrizione chi non può validamente disporre del diritto. Si può rinunciare alla prescrizione solo quando questa è compiuta».

Ad opinione di alcuni commentatori⁴⁰, la stesura della norma appare inelegante ed equivoca. Inelegante perché nella formulazione ricorre due volte l'espressione 'non può'; equivoca perché il rinunciante è presentato come titolare di un diritto.

Al di là delle questioni di 'eleganza', da qui lo spunto, anche da parte di questo Autore, di leggere nell'oggetto della prescrizione il diritto alla liberazione riferibile al soggetto passivo del rapporto⁴¹.

Nella suggerita lettura dinamica⁴², il problema della rinuncia alla prescrizione deve muovere dalla struttura dell'atto di rinuncia per poi esaminare le sue ricadute sotto il profilo processuale.

Esaminando la norma del Codice, la rinuncia ha un oggetto, si fonda su determinati presupposti e deve essere esercitata solamente quando il termine sia già decorso.

Sotto il profilo dell'oggetto, è richiamato il concetto di *diritto* e, rinviando a quanto espresso in precedenza, basti qui ricordare che, tra le varie interpretazioni, questo riguarda il diritto di sciogliersi dal rapporto preesistente e liberarsi dalla pretesa altrui⁴³.

⁴⁰ Cfr. F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto di 'rinuncia alla prescrizione'*, cit., p. 506.

⁴¹ F. MESSINEO, *Op. loc. ult. cit.*

⁴² V. par. 1.

⁴³ Per approfondimenti sul punto cfr. L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960. Secondo questo Autore, la rinuncia consisterebbe nella dismissione di un diritto, mentre il rifiuto si tradurrebbe nell'atto di esercizio negativo di un potere.

Conforme alla tesi v. P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 189 nonchè nello stesso senso C. COSTANTINI, *La rinuncia alla prescrizione*, in P.G. Monateri – C. Costantini, *La prescrizione*, cit., p. 198. In senso opposto, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 84 secondo il quale oggetto della rinuncia non è solamente un diritto ma anche quando rifiuta un qualsiasi effetto giuridico favorevole, sostenendo che oggetto della rinuncia è la stessa eccezione di prescrizione e la stessa azione di accertamento.

Maggiormente controverso è il problema relativo ai presupposti⁴⁴.

La norma si limita ad indicare la capacità di agire del debitore ed è da ritenersi che la dichiarazione debba provenire solamente o dal soggetto in favore del quale opera la prescrizione o un suo rappresentante legale⁴⁵.

Tuttavia, oltre alla capacità d'agire, si richiede anche la presenza di una volontà consapevole⁴⁶: pur non previsto espressamente, capacità e volontà sono dati ricavabili dall'art. 2937 c.c.

⁴⁴ In tema di crediti di lavoro, aventi causa in un rapporto di pubblico impiego, la possibilità di rinuncia alla prescrizione è preclusa, per l'amministrazione, dall'art. 3 r.d.l. 19 gennaio 1939, n. 739 e prima ancora dai principi di contabilità pubblica che escludono tale potere dispositivo, non derogabili per effetto della privatizzazione del pubblico impiego. Ne consegue che, una volta maturato il termine di prescrizione, l'amministrazione ha l'obbligo di farla valere senza che sussista alcuna discrezionalità di avvalersi o meno della clausola, cfr. Cons. Stato, 18 gennaio 2011, n. 303, in *Comuni d'Italia*, 2011, p. 80.

⁴⁵ Solo in questo modo, infatti, si può valutare se il comportamento sia sorretto dai requisiti soggettivi della capacità di disporre e della volontà consapevole. Secondo la Cassazione, le associazioni sindacali non possono rinunciare ai diritti dei singoli lavoratori (Cass., 30 luglio 1987, n. 6623) né può deferirsi giuramento decisorio al terzo intervenuto volontariamente nel giudizio per sostenere le ragioni di una parte, non avendo la capacità di disporre del diritto dedotto nella controversia (Cass., 24 febbraio 1988, n. 1949).

Con riguardo all'attività del difensore, secondo la giurisprudenza, anche in mancanza di un mandato espresso a rinunciare, è da ravvisarsi il potere di una rinuncia tacita in base alle difese svolte. Cass., 28 gennaio 1987, n. 782, in *DeJure* nonché anche le più recenti Cass., 12 aprile 2002, n. 5226, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1091 e Cass., 12 marzo 2012, n. 3883, in *Foro it.*, 2012, I, c. 2406, secondo cui la rinuncia può desumersi dalle difese svolte in giudizio dal procuratore, che sarebbe così legittimato ad una rinuncia tacita: «la rinuncia a far valere la prescrizione dell'azione proposta *ex adverso* può essere desunta dalle difese svolte dal procuratore della parte, senza che possa rilevare in contrario la mancanza di potere dispositivo nel procuratore alle liti, poiché ciò vale per la rinuncia espressa, ma non per le conseguenze che possono derivare per implicito dalla linea difensiva adottata dal difensore, il quale, nell'adempimento del mandato conferitogli, sceglie in piena autonomia la condotta tecnico-giuridica ritenuta più confacente alla tutela del proprio cliente».

Andando oltre la massima e leggendo la motivazione, l'indirizzo ha una sua coerenza (nonostante non emerga a chiarissime lettere): la tipologia di azione da esercitare in giudizio è un atto di parte e sarà onere dell'Avvocato informare il cliente sulle conseguenze che tale esercizio può avere, anche in ordine ad un'ipotetica rinuncia alla prescrizione, v. Cass., 12 aprile 2002, n. 5226.

⁴⁶ *Contra* Cass., 28 maggio, 1988, n. 3672, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 97, con nota critica di M. ROSELLI. La sentenza tuttavia è isolata nel panorama e si fonda sull'assunto del carattere non negoziale della rinuncia alla prescrizione.

Peraltro, esaminando i fatti, la compagnia di assicurazione aveva formulato l'invito nei confronti del danneggiato quando il diritto di questi a percepire la somma era da considerarsi già prescritto. In questo senso, si capisce l'affermazione per cui, ai fini della rinuncia, occorre fare riferimento all'obiettivo consistenza del comportamento e delle circostanze nelle quali è stato posto in essere, mentre resta irrilevante l'eventuale ignoranza del debitore in ordine alla maturazione del termine prescrizione.

Favorevoli alla conoscenza, invece, Cass., 16 ottobre 1957, n. 3875, in *Foro it.*, 1958, I, c. 1826, confermata da Cass., 9 agosto 1996, n. 7318; Cass., 22 maggio 2007, n. 11882; Cass., 15 giugno 2009, n. 13870, tutte nel senso della natura negoziale dell'atto di rinuncia alla prescrizione. Secondo quest'ultimo orientamento, la rinuncia alla prescrizione è un negozio unilaterale non recettizio. Ne consegue che, seppur sia necessaria una volontà consapevole nell'esercizio della rinuncia, perché questa produca effetti non è necessario che giunga a conoscenza del destinatario, bastando soltanto che la volontà del rinunciante risulti in modo inequivocabile.

Se così non fosse, non si spiegherebbe la distinzione con l'art. 2940 c.c. ove l'errore o l'ignoranza del debitore non rilevano⁴⁷.

Sotto il profilo del momento storico in cui la rinuncia può essere effettuata, ai sensi del secondo comma dell'art. 2937 c.c., «si può rinunciare alla prescrizione solo quando questa è compiuta». È, quindi, necessario che il periodo indicato dalla legge abbia fatto il suo corso. Solamente in questo momento, il debitore potrà scegliere, consapevolmente, se eccepire l'intervenuta prescrizione oppure rinunciarvi.

In dottrina⁴⁸ si è posto il problema degli effetti che possa produrre la rinuncia, intervenuta in un momento in cui il termine non sia ancora concluso, domandandosi se questa possa convertirsi in un'ipotesi di interruzione per effetto di riconoscimento del diritto (c.c. 2944). Muovendo dal fatto che la rinuncia sia sorretta da una volontà consapevole del rinunciante, la risposta è da ritenersi positiva⁴⁹.

3.1. La rinuncia alla prescrizione nel processo.

Passando dal piano sostanziale a quello processuale, è opportuno introdurre la distinzione tra rinuncia espressa e tacita: mentre la prima consiste in una manifestazione di volontà ove si dichiara *expressis verbis* di rinunciare alla prescrizione, la seconda consiste in un «fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione».

In questo senso si è pronunciata anche C. COSTANTINI, *La rinuncia alla prescrizione*, in P.G. Monateri-C. Costantini, *La prescrizione*, cit., p. 200 e ss.

⁴⁷ Su questo aspetto si tornerà in proseguo, v. par 6.

⁴⁸ La giurisprudenza, in realtà, sembra meno sensibile alla questione e tende a tenere distinti e non confondere la rinuncia alla prescrizione (2937 c.c.) e gli effetti prodotti dal riconoscimento del diritto (2944 c.c.), cfr. Cass., 14 luglio 2009, n. 16379, in *DeJure*.

⁴⁹ Cfr. P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 194 e C. COSTANTINI, *La rinuncia alla prescrizione*, in P.G. Monateri-C. Costantini, *La prescrizione*, cit., p. 203. Diversamente, se la rinuncia dovesse intervenire al momento della conclusione del contratto, si tratterebbe di un patto nullo non solo ai sensi dell'art. 2936 c.c. ma anche dell'art. 1418 c.c. perché avrebbe l'effetto di escludere l'applicazione di tutte quelle norme imperative che regolano la prescrizione.

Secondo la Cassazione, perché possa sussistere rinuncia tacita alla prescrizione, è necessaria «una incompatibilità assoluta tra il comportamento del debitore e la volontà dello stesso di avvalersi della causa estintiva del diritto altrui»⁵⁰.

Vale a dire, nel comportamento posto in essere dal debitore deve essere insita, senza la possibilità di una differente interpretazione, l'inequivocabile volontà dello stesso di rinunciare alla prescrizione già maturata⁵¹.

A livello teorico, può avvenire in sede processuale come in sede stragiudiziale.

Con riferimento alla prima ipotesi, i casi sono stati fortemente ridimensionati. Infatti, a seguito della riforma del codice di procedura civile del 2005⁵², all'art. 167 c.p.c., è previsto che il convenuto nella comparsa di risposta «a pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio». Nel 1990 è stato modificato anche l'art. 345 il quale oggi preclude la proposizione in appello di nuove eccezioni che non siano rilevabili d'ufficio⁵³.

Anticipando parzialmente quanto si dirà nel paragrafo successivo, ai sensi dell'art. 2938 c.c., la prescrizione è un'eccezione rilevabile esclusivamente dalla parte. Il problema relativo al rapporto tra questa e la rinuncia in sede processuale era tale quando nell'ambito del processo l'eccezione poteva essere proposta anche in sede di udienza di precisazione delle conclusioni o,

⁵⁰ L'orientamento è ormai costante. Una delle prime sentenze in questo senso è Cass., 11 febbraio 1967, n. 340 da ultimo confermata anche da Cass., 15 maggio 2012, n. 7527, in *DeJure*. Sul punto v. anche Cass., 25 giugno 1988, n. 4292 in *DeJure*; Cass., 28 ottobre 1988, n. 5848, in *Giur. it.*, 1989, I, p. 1034; Cass., 29 marzo 1989, n. 1489, in *DeJure*; Cass., 26 maggio 1995, n. 5826, in *DeJure*; Cass., 27 aprile 1998, n. 4301, in *DeJure*; Cass., 13 novembre 2001, n. 14091, in *DeJure*; Cass., 15 luglio 2002, n. 10235, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1597; Cass., 22 ottobre 2002, n. 14909, in *Dir. econ. ass.*, 2002, p. 813; Cass., 22 ottobre 2010, n. 21798, in *DeJure*; Cass., 4 gennaio 2011, n. 99, in *DeJure*; Cass., 21 marzo 2011, n. 6397, in *DeJure*.

⁵¹ Trattasi di un accertamento di fatto, incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato, Cass., 15 luglio 2002, n. 10235, cit.; Cass., 13 novembre 2001, n. 14091, cit.

⁵² Art. 2, co. 3 lett. b-ter), del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv., con modif., in l. 14 maggio 2005, n. 80

⁵³ Il testo precedente prevedeva invece, «[I]. Nel giudizio d'appello non possono proporsi domande nuove e, se proposte, debbono rigettarsi d'ufficio. Possono però domandarsi gli interessi, i frutti e gli accessori maturati dopo la sentenza impugnata, nonché il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza stessa. [II]. Le parti possono proporre nuove eccezioni, produrre nuovi documenti e chiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova, ma se la deduzione poteva essere fatta in primo grado si applicano per le spese del giudizio d'appello le disposizioni dell'articolo 92, salvo che si tratti del deferimento del giuramento decisorio»

addirittura, in appello. In queste ipotesi, poteva essere interesse del creditore cercare di difendersi sostenendo che, sulla base delle difese di parte convenuta, la prescrizione fosse stata rinunciata.

A seguito delle riforme che obbligano a prendere posizione sulla prescrizione nel primo scritto difensivo, il tema ne è uscito significativamente ridimensionato.

Aperta, invece, è un'altra questione: la rinuncia alla prescrizione può intervenire non solamente nel processo ma in un momento anteriore a questo ma sul quale può riverberare i suoi effetti.

Si pensi al caso più frequente: a seguito di una domanda di risarcimento del danno, intervengono trattative tra le parti le quali però non trovano esito in un accordo transattivo e da qui l'instaurazione di un procedimento giudiziale. Ci si domanda se l'instaurazione di trattative esprima la volontà di rinuncia tacita.

Queste, non avendo come presupposto l'امissione totale o parziale della pretesa avversaria, non comportano rinuncia, a meno che non si siano concluse solo per un mancato accordo in ordine alla quantificazione del danno⁵⁴. Difetterebbe, pertanto, il requisito della volontarietà poco sopra richiamato.

Ulteriore ipotesi di rinuncia riguarda il pagamento parziale del debito prescritto.

Si pensi all'ipotesi di un credito avente ad oggetto una prestazione pecuniaria, su cui maturano interessi ed eventuali altri accessori fino alla data del pagamento e che sia decorso il termine fissato dalla legge per esercitare il

⁵⁴ *Ex multis* cfr. Cass., 21 dicembre 2011, n. 27930, in *DeJure*; Cass., 27 gennaio 2010, n. 1687, in *DeJure*; Cass., 19 dicembre 2006, n. 27169, in *DeJure*; Cass., 6 marzo 2008, n. 6034, in *DeJure*. Secondo una recente sentenza configura un'ipotesi di rinuncia alla prescrizione l'ipotesi in cui, sebbene sia decorso il termine, il Commissario liquidatore di una compagnia di assicurazione manifesti l'invito a riprendere la trattativa, Cass., 30 marzo 2011, n. 7243, in *Foro it.* 2012, I, c. 886: «Qualora, in una situazione nella quale, dopo lo svolgimento di trattative per la definizione bonaria o anche in assenza di esse e della sola manifestazione della pretesa, sia maturata la prescrizione del diritto al risarcimento del danno da circolazione stradale, la società assicuratrice della responsabilità civile o il commissario liquidatore dell'impresa assicuratrice in liquidazione coatta amministrativa manifesti al danneggiato con una lettera l'invito a riprendere la trattativa per la definizione del sinistro, il comportamento dell'assicuratore è apprezzabile come comportamento implicante rinuncia ad avvalersi della prescrizione già maturata agli effetti dell'art. 2937, comma 3, c.c.».

diritto a percepire la somma. Ci si è domandati se nella rinuncia rientri anche il credito relativo agli interessi.

Secondo la Cassazione⁵⁵, alla questione deve essere data risposta affermativa, «salva la facoltà, per il debitore rinunciante, di limitare espressamente gli effetti della propria rinuncia al solo capitale».

La decisione assume importanza se collocata nel contesto della sua evoluzione storica.

In un primo momento si riteneva che l'obbligazione di pagamento di una somma di danaro fosse distinta da quella di pagamento degli interessi su di essa. Da qui ne seguiva la possibilità per il debitore di rinunciare alla prescrizione solo con riferimento ad una delle due componenti del credito⁵⁶.

Successivamente, la tesi è stata ridimensionata: il pagamento di un debito prescritto, riferito solo al capitale senza accessori ed interessi, non costituisce di per sé rinuncia tacita, ma va interpretato nel contesto delle circostanze di fatto in cui il pagamento è avvenuto⁵⁷.

Nel 2007, lungo questa linea, viene rimessa al debitore la scelta di limitare gli effetti della rinuncia al solo capitale ed, a tal fine, si richiede una dichiarazione. Il che lascerebbe supporre che ciò possa avvenire soltanto in virtù di una rinuncia espressa. Diversamente, allorché l'intento di rinunciare venga desunto da comportamenti concludenti⁵⁸, l'ambito della rinuncia –in forza del legame tra prestazione principale ed accessoria- viene automaticamente riferito anche agli interessi, rispetto ai quali non sarà possibile sottrarsi all'adempimento ove il creditore lo richieda⁵⁹.

⁵⁵ Cass., sez. lav., 15 marzo 2007, n. 6047, in *Foro it.*, 2008, I, 238, con nota di richiami di M. CASORIA e nota di commento di A. PALMIERI. In senso conforme v. anche Cass., 4 ottobre 1991, n. 10336, in *DeJure* e Cass., 22 aprile 1991, n. 4338, in *DeJure*.

⁵⁶ Cass., 30 dicembre 1997, n. 13097, in *DeJure*.

⁵⁷ Cass., 16 febbraio 2001, n. 2267, in *DeJure*. La tesi era in realtà già stata espressa da Cass., 7 gennaio 1994, n. 94, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 1160 con nota di M. ROSELLI.

⁵⁸ Ad esempio, quando il debitore si dichiara disponibile ad effettuare il versamento di un ammontare corrispondente alla sorte capitale ovvero paghi l'importo nelle mani del creditore.

⁵⁹ In dottrina cfr. A. BATÀ, in Aa. Vv., *La prescrizione e la decadenza*, Milano, 2001, p. 227; L. DI PAOLA, *Brevi note in tema di pagamento parziale del debito prescritto*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 156 e G. MOLFESE, *Prescrizione e decadenza in materia civile*, Milano, 2005, in part. p. 108; G. DEL SIGNORE, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padova, 2004, in part. p. 159

Rimane da prendere in considerazione un ulteriore aspetto relativo alla prova ed al problema della rilevabilità d'ufficio.

Secondo una sentenza del 2003, colui che intende paralizzare l'eccezione di prescrizione del suo diritto eccependo che vi sia stata rinuncia tacita, deve provare non solo che sia stato posto in essere un fatto esplicitante una volontà incompatibile con quella di avvalersi della prescrizione, ma anche che il fatto sia stato posto in essere dal soggetto a cui favore la prescrizione era maturata e cioè dal soggetto che ha il diritto di farla valere, e quindi, di rinunciarvi⁶⁰.

La giurisprudenza ha anche affrontato il problema se la rinuncia possa essere rilevabile d'ufficio.

Al di là di una tesi minoritaria⁶¹, l'orientamento prevalente è schierato verso la rilevabilità officiosa dell'eccezione *de qua*⁶², senza bisogno di un'apposita iniziativa della parte interessata, purché i fatti sui quali l'eccezione si fonda, anche se non allegati dalle parti, siano stati ritualmente acquisiti al processo.

Le sentenze non indicano il percorso motivazionale per giungere a tale affermazione. Vedremo nel paragrafo successivo⁶³ che le ragioni alla base dell'orientamento maggioritario sono mutuabili da quella giurisprudenza in tema di rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di interruzione della prescrizione.

4. L'eccezione di prescrizione.

L'art. 2938 c.c. prevede che la prescrizione non possa essere rilevata d'ufficio dal Giudice.

⁶⁰ Così Cass., 28 febbraio 2003, n. 11588, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1882, con nota di G. D'AMICO confermata anche da Cass., 19 febbraio 2009, n. 4021, in *DeJure*.

⁶¹ Secondo il quale l'eccezione di rinuncia alla prescrizione «si configura come una contro eccezione in tutto assimilabile alle eccezioni in senso stretto e quindi soggiate al regime processuale di queste ultime», Cass., 11 febbraio 2004, n. 2625, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 108.

⁶² Cass., 14 novembre 1974, n. 3617; Cass., 13 ottobre 1976, n. 3409; Cass., 7 febbraio 1996, n. 963; Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2659, con nota di ORIANI e in *Dir. lav.*, 2005, II, p. 403, con nota di BALESTRIERI, successivamente confermata anche da Cass., 1 marzo 2007, n. 4804, in *Dir. economia assicur.*, 2008, p. 162.

⁶³ Cfr. par. 4.1.

La norma, tuttavia, tace sulle modalità tramite le quali questa debba essere fatta valere.

Come già ricordato poco sopra, l'eccezione deve essere proposta, a pena di decadenza in comparsa di risposta e non richiede particolari formule sacramentali. È solamente richiesto che dalle difese emerga l'inequivoca volontà di avvalersene⁶⁴.

Problematica era una questione che verteva in ordine al potere del giudice di applicare *ex officio* un differente termine riferibile ad un differente tipo legale, oggi risolta.

Secondo un vecchio orientamento maggioritario, al giudice era precluso applicare la durata ordinaria qualora la parte avesse sollevato un'eccezione di prescrizione breve⁶⁵. Questo indirizzo si fondava sul costante richiamo al principio dispositivo dell'oggetto del processo ed alla corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁶⁶.

Di diverso avviso un orientamento minoritario⁶⁷ il quale riteneva che, al di là della qualificazione operata, ove l'interessato avesse errato nella individuazione della norma applicabile o avesse allegato un decorso del tempo uguale o superiore al decennio, il giudice era libero di applicare la prescrizione decennale in forza del principio *iura novit curia*⁶⁸.

⁶⁴ In questo senso cfr. già Cass., 9 aprile 1973, n. 1013, in *Foro it.*, 1974, I, c. 838; Cass., 29 settembre 1999, n. 10764 ed in dottrina R. ORIANI, voce *Eccezione*, in *Dig. civ.*, Torino, 1991, VII, p. 296.

⁶⁵ Cfr. Cass., 8 marzo 1986, n. 1570, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 932, con nota di M.V. FERRONI, *Eccezione di merito e principio dispositivo*; Cass., 24 novembre 1998, n. 11923, in *Giur. it.*, 1999, p. 1366; Cass., 11 dicembre 1998, n. 12146, anche questa in *Giur. it.*, 1999, p. 1366; Cass., 26 aprile 1999, n. 4143, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3297 con nota adesiva di TEDESCO.

⁶⁶ In dottrina cfr. G. FABBRINI, *Eccezioni in senso stretto e preclusioni nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1978, II, p. 448 secondo il quale l'eccezione di prescrizione formulata in termini generali non è rituale perché non raggiunge un sufficiente livello di chiarezza richiesto dalla dialettica processuale; M. CANNELLA, *L'eccezione di prescrizione ed i poteri del giudice*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2375; M.V. FERRONI, *Eccezione di merito e principio dispositivo*, cit. In linea con questo filone anche E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, p. 295 secondo il quale il giudice non può rilevare una durata maggiore rispetto a quella dedotta mentre può accertare una durata minore.

⁶⁷ Cfr. Cass., 17 giugno 1992, n. 7427, in *DeJure*; Cass., 13 maggio 1993, n. 5470, in *Inform. previd.*, 1993, p. 800; Cass., 2 agosto 1999, n. 8369, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 3226, con nota di TEDESCO; Cass., 26 luglio 2000, n. 9825, in *DeJure*.

⁶⁸ In dottrina cfr. R. ORIANI, voce *Eccezione*, cit., p. 296; M. MONTANARI, sub *art. 112*, in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di C. Consolo e P. Luiso, Milano, 2000; P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 217.

A quest'ultimo hanno dato continuità le Sezioni unite nel 2002⁶⁹. La ricostruzione muove dall'art. 2934 c.c. e si osserva che se la parte specifichi il tempo richiesto, si procede ad una qualificazione giuridica dei fatti già appartenenti al *thema decidendum*.

Tuttavia, prosegue la Corte, il termine non ha valore costitutivo di un corrispondente tipo di prescrizione, «non esistono tanti tipi di prescrizione quanti sono i termini. Questo sul rilievo che, passando dall'indicazione di un termine a quella di un altro, non si formula una nuova eccezione, «così la disponibilità dell'eccezione di prescrizione che la legge riserva alla parte non è incompatibile col potere officioso del giudice di ritenere applicabile una prescrizione di durata diversa da quella indicata dalla parte».

Peraltro, ad ulteriore conforto, l'eccezione è correttamente formulata anche quando la parte si è limitata ad invocare l'effetto estintivo dell'inerzia del titolare, senza alcuna indicazione espressa della durata a tal fine sufficiente.

Relativamente al rapporto tra il principio *iura novit curia* ed il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, quest'ultimo non soffre di particolari limitazioni: se, infatti, il giudice rimane nei limiti della domanda e dell'eccezione, l'eventuale differente qualificazione non implica violazioni di sorta; il problema, invece, sorge nel caso in cui il giudice, qualificando *ex novo* il rapporto sottoposto alla sua attenzione, deve far entrare nel procedimento fatti non allegati o provati dalle parti⁷⁰.

In questa prospettiva, onere del debitore, sarà esclusivamente eccepire l'intervenuta prescrizione, senza che sia necessario per lui anche indicare esattamente la durata.

⁶⁹ Cass., sez. un., 25 luglio 2002, n. 10955, in *Foro it.*, 2003, I, c. 879, con nota di J.V. D'AMICO.

⁷⁰ Sul punto cfr. M.G. CIVINNI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 1. Peraltro, merita portare l'attenzione all'art. 183, III co., c.p.c., «nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari ed indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione». In giurisprudenza cfr. Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1611, con nota di P. LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza 'rivoluzionaria'?*, e in *Giur. it.*, 2002, p. 1363, con nota di S. CHIARLONI, *La sentenza della 'terza via' in Cassazione: un altro caso del formalismo delle garanzie?*.

4.1. L'eccezione di interruzione della prescrizione ed il problema della rilevabilità d'ufficio.

Nella dinamica del processo, una volta che il debitore avrà eccepito validamente la prescrizione tramite le modalità sopra indicate, sarà onere dell'attore difendersi da questa, sostenendo o che il termine indicato è erroneo o che il *dies a quo* è da collocarsi in un momento più avanti nel tempo oppure che questo è stato interrotto.

Sotto quest'ultimo profilo, ci si è domandati se il Giudice possa d'ufficio rilevare l'interruzione del termine.

Secondo l'orientamento un tempo maggioritario⁷¹, la contro eccezione di interruzione della prescrizione integra un'eccezione in senso stretto, con la conseguenza che andrà fatta valere esclusivamente dalla parte interessata, entro i prescritti termini decadenziali; il titolare del diritto sarà gravato dall'onere probatorio relativo all'individuazione della causa di interruzione.

La tesi muove dall'espressa qualificazione, operata dall'art. 2938 c.c., dell'eccezione di prescrizione come eccezione in senso stretto per poi concludere che la contro-eccezione di interruzione della prescrizione, in quanto volta a paralizzare un'eccezione in senso stretto, mutua da quest'ultima la sua natura⁷².

Minoritario, invece, era quell'orientamento secondo cui, «non ogni difesa che le parti oppongono alla domanda o all'eccezione altrui ha a sua volta natura di eccezione in senso stretto, ovverossia di eccezione sulla quale il

⁷¹ Cass., 28 luglio 2003, n. 11588, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1882, con nota di J.V. D'AMICO, *L'interruzione della prescrizione dà luogo ad un'eccezione in senso stretto?*; Cass., 25 marzo 2002, n. 4219, in *DeJure*; Cass., 17 maggio 2001, n. 6759, in *DeJure*; Cass., 30 marzo 2001, n. 4704, in *Arch. civ.*, 2001, p. 980; Cass., 12 settembre 2000, n. 12024, in *DeJure*. Peraltro, questo orientamento, prevedeva che la contro eccezione di interruzione, pur non reclamando formule sacramentali, doveva essere diretta a contrastare in maniera precisa l'avversa eccezione, lasciando emergere l'inequivoca volontà della parte di dedurre il fatto ostativo all'operatività della prescrizione.

⁷² In dottrina cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, Milano, 1991, p. 325; G. ARIETA - L. MONTESANO, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001, p. 336; G. PANZA, voce *Prescrizione*, in *Dig. civ.*, Torino, 1996, XIV, p. 239.

giudice secondo l'art. 112 c.p.c., non si può pronunciare se la parte non l'abbia proposta»⁷³.

Le Sezioni unite, intervenute nel 2005, danno continuità e sviluppano quest'ultima tesi⁷⁴, l'eccezione di interruzione della prescrizione è eccezione in senso lato e può essere rilevata d'ufficio dal giudice in qualunque stato e grado del processo sulla base delle prove ritualmente acquisite agli atti.

È evidente come il problema muova dall'art. 112 c.p.c. che vieta al giudice di pronunciarsi d'ufficio su eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti: la norma presuppone la distinzione tra i due tipi di eccezione, ma non la definisce e l'affida così all'interprete⁷⁵.

⁷³ Cass., 28 marzo 2000, n. 3276, in *DeJure* e, nello stesso senso Cass., 14 novembre 2002, n. 16032, in *DeJure*.

⁷⁴ Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2659, con nota di R. ORIANI, *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*; in *Corr. del merito*, 2006, p. 51, con nota di G. TRAVAGLINO, *Eccezione di prescrizione, controeccezione di interruzione, poteri officiosi del giudice*; in *Studium Iuris*, 2006, p. 605, con nota di A. VIANELLO, *Eccezione di interruzione della prescrizione*; in *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 75, con nota di F. FABBRI, *Per le Sezioni unite l'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio*; in *Dir. lav.*, 2005, II, p. 408 con nota di F. BALESTRIERI, *Le sezioni unite pongono fine alla favolosa vita della (c.d.) controeccezione di interruzione della prescrizione*.

⁷⁵ Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, cit. « Al di fuori di questi casi, nei quali l'interprete deve semplicemente uniformarsi alla chiara lettera della legge, la nozione di eccezione in senso stretto è rimasta a lungo controversa anche nella giurisprudenza di questa Corte, la quale tuttavia con la sentenza, pronunciata a Sezioni unite, 3 febbraio 1998 n. 1099, ha provveduto alla sistemazione della materia.

La semplice contestazione dei fatti posti dall'attore a base della propria pretesa viene considerata come "mera difesa" (non è stato accolto il termine "obiezione", proposto dalla dottrina fra le due guerre) mentre l'ammissione di quei fatti, accompagnata dalla deduzione dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi (ad es. il pagamento del debito), è definita come "eccezione in senso lato".

La suddetta sentenza considera come "eccezione in senso stretto" quella consistente nella contrapposizione, da parte del convenuto in giudizio, di fatti che, senza escludere il rapporto affermato dall'attore, attribuiscono per legge un potere ad impugnandum ius, ossia rivolto ad estinguere in tutto o in parte il diritto dell'avversario. In questi casi, aggiungono le Sezioni unite, il legislatore costruisce la fattispecie in modo tale che la presenza di determinati fatti non ha di per sé efficacia modificativa, impeditiva o estintiva, ma la consegue per il tramite di una manifestazione di volontà dell'interessato, da sola ovvero seguita da un accertamento giudiziale.

Le Sezioni unite si riferiscono in tal modo all'esercizio di un diritto potestativo da parte del convenuto (diritto di annullamento, di rescissione, di risoluzione), il cui esercizio in giudizio da parte del titolare è necessario perché si verifichi il mutamento della situazione giuridica. In questi casi la manifestazione della volontà dell'interessato come elemento integrativo della fattispecie difensiva esclude che, pur acquisita al processo la conoscenza di fatti rilevanti, possa il giudice desumerne l'effetto senza l'apposita istanza di parte.

Soltanto a questa è rimessa la scelta del mezzo difensivo, così che l'interesse a valersi dell'eccezione non è necessariamente legato all'interesse a resistere alla pretesa attrice e, ulteriore conseguenza, la volontà di non valersi di quel mezzo rende facilmente tollerabile - per usare espressioni di una ormai risalente dottrina - l'eventuale ingiustizia della sentenza: la parte dovrà imputare la soccombenza solo a se stessa, ossia alla propria assenza di volontà».

Secondo la Cassazione, tra l'eccezione di prescrizione e la contro-eccezione di interruzione, non esiste «una somiglianza tale da consentirne la stessa disciplina processuale».

Questo per due motivi.

In primo luogo, l'eccezione di interruzione, ossia il compimento di un atto di esercizio del diritto, non corrisponde «al contenuto di un diritto potestativo di realizzazione giudiziale ossia ad un'azione costitutiva», da cui inferire la natura di eccezione in senso stretto.

In secondo luogo, l'attore, di fronte all'eccezione di prescrizione, non è titolare di una posizione soggettiva diversa da quella dedotta in giudizio ma semplicemente contrappone all'eccipiente un fatto dotato di efficacia interruttiva. Ne consegue che l'interesse a proporre la contro-eccezione di interruzione è il medesimo che lo ha spinto ad agire in giudizio.

In altri termini, la proposizione dell'eccezione di interruzione non modifica né *petitum* né *causa petendi*, e l'oggetto della controversia non ne esce ampliato.

La sentenza merita attenzione anche per un'affermazione contenuta nell'apparato motivazionale ove si mette in evidenza la differenza tra eccezione di prescrizione e di interruzione.

Il decorso del termine non produce automaticamente la liberazione del debitore, ma «attribuisce al titolare passivo del diritto prescrivendo la potestà di farne valere l'effetto estintivo o, al contrario, di non giovarsene, preferendo servirsi di altri mezzi di difesa: per tali ragioni il legislatore include le eccezioni di prescrizione in senso stretto».

Questo confermerebbe l'idea già emersa nel corso del presente capitolo per cui gli effetti della prescrizione sono rimessi alla disponibilità delle parti⁷⁶.

⁷⁶ Sul modo di concepire l'eccezione in senso stretto, e l'eccezione di prescrizione in particolare, la dottrina ha visioni opposte. Secondo alcuni (E. MERLIN, *Compensazione e processo*, cit., p. 30 e ss.) l'eccezione è soltanto il potere processuale della parte di ottenere il giudizio sul fatto eccepito, senza che l'istanza del convenuto serva in alcun modo a dar vita all'effetto sostanziale dipendente. Secondo altri (I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1999, p. 218) l'iniziativa della parte è necessaria perché il fatto costitutivo, modificativo, impeditivo manifesti la propria efficacia. Vale a dire, la manifestazione di volontà dovrà essere inserita all'interno della fattispecie di produzione dell'effetto sostanziale. Secondo la prima impostazione, la tecnica usata dal

Il compiersi del termine, infatti, non solo non determina l'estinzione del diritto, ma di per sé neppure ne impedisce un esercizio proficuo⁷⁷.

Sarà sempre necessario un atto di volontà che si estrinseca mediante la rinuncia alla prescrizione (2937 c.c.) oppure la proposizione di un'eccezione (2938 c.c.).

Ad un primo esame sembrerebbero tutte favorevoli all'interessato le conseguenze che scaturiscono dall'esercizio del potere: opporre la prescrizione significa esercitare il diritto alla liberazione e paralizzare la pretesa di parte attrice.

Tuttavia, un apprezzamento differente della situazione o un atteggiamento maggiormente lungimirante può indurre il debitore a non esercitare questo diritto: per mantenere un buon rapporto continuativo con un partner commerciale; per non avere discredito nell'ambito di una determinata cerchia di affari; per motivi di elevata ispirazione etica; perché si preferisce seguire una strategia processuale differente.

Insomma, le motivazioni o gli interessi a non opporre l'intervenuta prescrizione possono essere riconducibili a ragioni assai differenti.

Quello che importa rilevare è che il diritto alla liberazione deve essere esercitato attraverso una scelta consapevole.

Da quest'ultima affermazione discendono due questioni che saranno esaminate nei prossimi paragrafi.

La prima riguarda la posizione dei terzi che potrebbero essere danneggiati dalla scelta del debitore di eccepire o meno la prescrizione e sul punto rileva l'art. 2939 c.c.

La seconda riguarda l'ipotesi in cui il debitore paghi, senza averne cognizione, un debito prescritto e sul punto rileva l'art. 2940.

legislatore è norma-fatto-effetto; per la seconda, norma-fatto-potere-effetto. La sentenza qui riportata sembra propendere per questa seconda interpretazione.

⁷⁷ Così P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 208.

5. La prescrizione e i terzi

L'art. 2939 c.c., rubricato opponibilità della prescrizione da parte di terzi, disciplina due differenti casi.

Nel primo, è concesso ai creditori ed a chiunque vi abbia interesse di opporre la prescrizione qualora la parte non la faccia valere; nel secondo, si concede ai medesimi soggetti di opporre la prescrizione, qualora la parte vi abbia rinunciato.

Siccome nella prima ipotesi si è in presenza di una mera inerzia della parte e nella seconda di un comportamento attivo, alcuni autori hanno ricondotto questo potere alle azioni surrogatoria e revocatoria⁷⁸.

La questione non è di interesse solamente dogmatico ma ha anche riflessi pratici.

Se nel potere attribuito dall'art. 2939 si ravvisa una legittimazione surrogatoria, il suo esercizio comporta la paralisi della pretesa del creditore.

Se, viceversa, tale potere si identifica con l'azione revocatoria, l'opposta prescrizione avrà efficacia soltanto nella sfera dell'opponente, senza impedire al creditore la realizzazione della propria pretesa nei confronti del debitore.

A ben vedere, entrambe le tesi lasciano delle perplessità e sono state contraddette da molti in dottrina, in favore di una lettura che propende per la natura autonoma dell'azione⁷⁹.

⁷⁸ L'opinione risale già all'epoca del codice civile del 1865, ove l'art. 2112 ricalcava il vecchio art. 2225 *Code civil* («i creditori o qualunque altra persona interessata a far valere la prescrizione, possono opporla non ostante che il debitore o il proprietario vi rinunzi»), cfr. I. MODICA, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, I, *Parte generale*, Torino, 1906, p. 371; R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936, p. 223. Con l'entrata in vigore del nuovo Codice cfr. C. ZAPPULLI, *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1956, p. 797; A. CATTEDRA, *Opponibilità della prescrizione del credito di imposta comunale di consumo sui materiali da costruzione da parte dell'appaltatore di lavori comunali nel caso di accollo pattizio del tributo*, in *Riv. giur. edil.*, 1964, I, p. 637; A. MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, dir. da P. Rescigno, VIII, Torino, 1982, p. 502; R. SACCO, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, p. 402.

Altri autori, invece, hanno unificato le due ipotesi, alcuni assimilandole all'azione surrogatoria (cfr. A. GIOIA, *L'azione surrogatoria nel diritto vivente*, Napoli, 1955, p. 208 e ss.), altri all'azione revocatoria (A. ARENA, *Rinunzia della società alla prescrizione del debito sociale e obbligo solidale del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, II, p. 57; D. NAPOLETANO, *Influenza della pronunzia di incostituzionalità della normativa relativa alla decorrenza della prescrizione del diritto alla retribuzione sui diritti già prescritti*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, p. 334). Per approfondimenti ed una ricostruzione maggiormente analitica cfr. la monografia di E. MINERVINI, *La prescrizione ed i «terzi»*, Napoli, 1994, in part. p. 26 e ss.

Con riferimento all'azione surrogatoria, indubbiamente ci sono delle somiglianze: in entrambi i casi il rimedio è esperibile in presenza di un'inerzia per supplire la quale si attribuisce ai terzi il potere di agire o di intervenire. Al di là di una critica sistematica a questa impostazione⁸⁰, molte sono le differenze strutturali tra le due figure.

Infatti, mentre l'art. 2900 c.c. limita la tutela ai soli creditori del debitore inerte, l'art. 2939 c.c. estende il rimedio a tutti i terzi interessati.

Inoltre, l'ingresso del terzo è subordinato esclusivamente alla presenza di un interesse, a prescindere dagli altri limiti indicati dall'art. 2900 c.c.

Infine, sotto il profilo processuale, l'art. 2939 c.c. contempla un rimedio 'passivo' esperibile in via di eccezione e non 'attivo', esperibile come azione sostitutiva proponibile in caso di inerzia del titolare⁸¹.

Con riferimento all'azione revocatoria, la differenza strutturale è ancora più evidente: per eccepire l'intervenuta prescrizione od opporsi alla rinuncia, non è necessario il *consilium fraudis*.

Da qui, la lettura delle norme entro una differente prospettiva.

Con riferimento all'eccezione di prescrizione, abbiamo visto che le ragioni che possono spingere la parte a preferire una differente strategia difensiva possono essere molteplici.

Tuttavia, questo non può tradursi in un concreto ed effettivo pregiudizio per i soggetti terzi. Per questo l'ordinamento offre loro la facoltà di evitare che ricadano nel proprio patrimonio gli effetti del gesto altrui: per tutelare un loro interesse⁸².

⁷⁹ Le prime critiche alla ricostruzione vengono da R. NICCOLÒ, *Azione surrogatoria e azione revocatoria*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, p. 704 a cui hanno fatto seguito, tra le voci più autorevoli in materia, P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 223; E. MINERVINI, *La prescrizione e i terzi*, cit., p. 27 e, più di recente, C. COSTANTINI, *La messa in atto della prescrizione*, in P.G. Monateri - C. Costantini, *La prescrizione*, cit., p. 192.

⁸⁰ Che approfondiremo nella seconda parte di questo paragrafo. Per il momento basti ricordare quanto emersi nei paragrafi precedenti: la mancata eccezione della prescrizione o la rinuncia è il risultato di una scelta consapevole del debitore.

⁸¹ Cfr. C. COSTANTINI, *La messa in atto della prescrizione*, in P.G. Monateri - C. Costantini, *La prescrizione*, cit., p. 193.

⁸² In senso opposto argomenta P. MOSCARINI, *La tutela dei diritti*, Bologna, 1998, p. 67 secondo il quale in questa norma si vedrebbe la portata generale delle norme sulla prescrizione, trascendente la sfera soggettiva dei soggetti interessati.

In questo senso si muove anche la giurisprudenza ormai da tempo, «la prescrizione può essere opposta, oltre che dai creditori, da chiunque altro abbia interesse ad opporla in luogo della parte che non la faccia valere o che vi abbia rinunciato, sempre che si tratti di un interesse meritevole di tutela, e cioè di un interesse giuridico inerente a specifici rapporti tra la parte ed il terzo e non di un mero interesse di fatto»⁸³

Oltre all'esistenza di un interesse specifico e concreto, affinché la prescrizione possa essere fatta valere dalla parte, secondo la giurisprudenza è necessario anche che si sia già compiuta⁸⁴.

Integrati i presupposti, si possono esaminare gli effetti.

A differenza dell'azione surrogatoria, ove gli effetti ottenuti dal creditore si riverberano a vantaggio immediato del debitore, la legittimazione alternativa ad opporre la prescrizione non giova invece alla parte inerte ma solamente al terzo, nel cui esclusivo interesse è dettata la disposizione⁸⁵.

L'affermazione può essere meglio compresa se si guarda alla regola come specificata dalla giurisprudenza.

Come già ricordato, l'art. 2939 c.c. configura due differenti ipotesi di legittimazione all'azione di prescrizione da parte di persona diversa dal debitore:

- a. i creditori della parte, i quali possono, surrogandosi alla medesima, opporre al terzo creditore l'eccezione, con l'effetto sostanziale di estinguere il credito di quest'ultimo, e di conservare così la garanzia patrimoniale sul bene;

⁸³ Cass., 14 luglio 1968, n. 1909; Cass., 6 luglio 1971, n. 2099 e Cass., 4 marzo 1977, n. 893, entrambe richiamate da F. ROSELLI, *Della tutela dei diritti*, in C. Ruperto (a cura di), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2011, p. 558.

⁸⁴ «La disposizione dell'art. 2939 c.c. presuppone una prescrizione già compiuta per essere decorso il termine stabilito, onde, ai sensi della sua ultima parte, nei confronti dei creditori e di chiunque abbia interesse è irrilevante solo l'eventuale rinuncia alla prescrizione già maturata ma non l'interruzione della prestazione medesima che è opponibile a loro», Cass., 7 maggio 1980, n. 3004, in F. ROSELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁵ Cfr. P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 225.

- b. quella di chiunque ha interesse ad evitare un qualsivoglia effetto pregiudizievole della prescrizione.

Sulla base di questa distinzione la regola elaborata dalla Cassazione, si articola diversamente:

- a. i creditori non possono, opponendo la prescrizione, estinguere il credito del terzo, nei confronti della parte debitrice, nella porzione eccedente i limiti quantitativi del loro credito;
- b. gli altri interessati ottengono, attraverso l'eccezione di prescrizione, di estinguere la pretesa creditoria del terzo solo nei loro confronti, e non anche nei confronti della parte debitore principale⁸⁶.

In altri termini, se l'eccezione è proposta dal creditore, questa produce l'effetto tipico della prescrizione, nei limiti del credito vantato da chi propone l'eccezione. Se, invece, è proposta da un terzo che vi abbia interesse, gli effetti si determinano esclusivamente nell'ambito del rapporto tra il terzo interessato ed il debitore, senza che incida nell'ambito del rapporto originario creditore-debitore⁸⁷.

La regola configura i differenti interessi in gioco, rispettivamente del prescrivente e del terzo interessato alla proposizione dell'eccezione.

Infatti, sebbene il terzo faccia valere non una propria eccezione di prescrizione ma una altrui, le conseguenze derivanti da questo atto non possono ritenersi tutte e per intero a favore del convenuto che non abbia eccepito la prescrizione o vi abbia rinunciato.

Esaminando il rapporto che lega l'interesse del terzo agli effetti prodotti dalla proposizione dell'eccezione di prescrizione, si ricava che l'eccezione opposta dal terzo produce effetti nei limiti del suo specifico interesse.

⁸⁶ Cass., 20 febbraio 1976, n. 567, in *Foro it.*, 1977, I, c. 190; in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 685; in *Giur. it.*, 1977, I, p. 1198 successivamente confermata anche da Cass., 24 luglio 1981, n. 4779, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2315 e in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 989; Cass., 9 aprile 2001, n. 5262, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 3242.

⁸⁷ Si pensi all'ipotesi in cui il convenuto nell'azione per vizi della cosa venduta chiami in garanzia un terzo, il quale ex art. 2939 c.c. eccepisca la prescrizione non fatta valere dal venditore chiamante in causa. In questo caso tale opposizione è idonea ad estinguere ogni pretesa nei confronti del chiamato in causa, ma non anche nei confronti del convenuto nel rapporto originario.

Argomentare in termini differenti, assegnerebbe al rimedio una portata eccedente lo scopo perseguito da chi lo fa valere ed esorbitante dalla *ratio* della disposizione⁸⁸.

Pertanto il terzo entra in un rapporto per tutelare una propria posizione giuridica tramite il riconoscimento di una legittimazione alternativa, circoscritta alla portata del proprio interesse.

In questa prospettiva, emerge come anche alla base dell'art. 2939 c.c. non ci sia una finalità pubblica che l'ordinamento mira a proteggere in ordine alla certezza e stabilità dei rapporti.

Piuttosto, con l'introduzione di questa regola, pur lasciando al creditore la scelta se rimanere inerte e rimettendo al debitore la decisione se avvalersi o meno della prescrizione, è protetta al contempo la posizione di soggetti estranei al rapporto⁸⁹.

6. Il pagamento del debito prescritto.

Ai sensi dell'art. 2940 c.c., non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto.

Considerato che trattasi di una norma che non era presente nel Codice civile del 1865, ha suscitato una significativa attenzione iniziale da parte della dottrina, soprattutto per alcuni tratti problematici della sua formulazione.

In primo luogo, ci si è interrogati sulla capacità richiesta al *solvens* affinché si produca l'effetto della *soluti retentio*. Il problema si è posto confrontando la disposizione dell'art. 2940 c.c. con quella dell'art. 2937 c.c.: mentre quest'ultima richiede espressamente la capacità di disporre, la prima non offre indicazioni specifiche.

⁸⁸ P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 233 e ripreso anche da C. COSTANTINI, *La messa in atto della prescrizione*, cit., p. 195

⁸⁹ Secondo E. MINERVINI (*La prescrizione e i terzi*, Napoli, 1994, p. 20 e ss. e 237) la norma configura un istituto autonomo da quelli posti a tutela della garanzia patrimoniale; in particolare, la norma conterrebbe un principio di carattere generale applicabile, oltre alla prescrizione (anche presuntiva), alla decadenza e all'usucapione.

Secondo la dottrina, il pagamento del debito prescritto effettuato dall'incapace non sarebbe impugnabile⁹⁰. Se si considera che, una volta decorso il termine di prescrizione, l'effetto estintivo è subordinato all'esercizio del diritto alla liberazione dell'altrui pretesa.

In mancanza, trattasi di adempimento di un'obbligazione civile per la quale non è richiesta la capacità del debitore, trovando invece diretta applicazione la disposizione dell'art. 1191 c.c., «il debitore che ha eseguito la prestazione dovuta non può impugnare il pagamento a causa della propria incapacità».

In questi termini, ne consegue che l'unico requisito di tipo soggettivo richiesto dalla norma è la spontaneità del pagamento. Secondo la maggioranza della dottrina, al di là della violenza, non rileverebbero altri vizi della volontà⁹¹. Pertanto, affinché un pagamento possa dirsi spontaneo è necessario che questo non sia coattivo⁹², senza violenza fisica o morale⁹³ e non in via esecutiva⁹⁴.

La giurisprudenza, invece, ha optato per una nozione maggiormente estesa⁹⁵. Muovendo dalla distinzione semantica tra 'spontaneo' e 'volontario', sostiene che solo il primo aggettivo sia caratterizzato dall'iniziativa autonoma del soggetto agente, senza alcuna influente situazione di necessità⁹⁶. Lo scopo è «evitare che chi abbia pagato, pur non essendovi più tenuto, possa pentirsi

⁹⁰ In termini generali sulla questione cfr. E. MOSCATI, sub art. 2034. *Pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 289. V. anche G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 194; P. VITUCCI, *La prescrizione*, op. cit., p. 244; C. COSTANTINI, *Le vicende della pretesa prescritta*, in P.G. Monateri e C. Costantini, *La prescrizione*, cit., p. 378. In giurisprudenza cfr. Cass., 8 agosto 1978, n. 3856, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 513 e Cass., 7 gennaio 1994, n. 94, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 1160

In senso avverso cfr. W. D'AVANZO, *Commento all'art. 2940*, in *Codice civile. Commentario*, Vol. VI, diretto da M. D'Amelio, p. 962.

⁹¹ Così U. NATOLI – R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. Utet*, Torino, 1962, p. 435 e G. AZZARITI – G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, p. 245.

⁹² F.S. GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza*, Roma, 1964, p. 158.

⁹³ G. AZZARITI – G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, cit.

⁹⁴ B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, p. 112.

⁹⁵ Cass., 17 aprile 1996, n. 3636, in *DeJure*. La pronuncia ha considerato ripetibili i contributi previdenziali pagati a scopo cautelativo, dopo un atto di costituzione in mora contenente l'assegnazione di un termine e la minaccia di applicazione di sanzioni, e con espressa riserva di azione giudiziaria per la restituzione degli stessi, in quanto prescritti. Nella giurisprudenza di merito cfr. T Firenze, 26 gennaio 1972, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, p. 307; Comm. centr. imposte, 10 settembre 1969, n. 9426, in *Comm. centr. Imposte*, 1969, I, p. 593.

⁹⁶ Esempi di spontaneità della prestazione sono quelli indicati dagli articoli 2940 e 2034; esempi di volontarietà della prestazione sono indicati agli articoli 1237 ed il secondo comma dell'art. 1444.

chiedendo in restituzione la prestazione eseguita, e presuppone quindi l'autonoma iniziativa dell'adempiente, senza alcuna influente situazione di necessità, anche solo interna, non essendo sufficiente la mera assenza di violenza fisica o morale».

Ulteriore aspetto problematico indicato da una parte della dottrina riguarda l'ambito di operatività della norma, dalla quale sarebbero esclusi i diritti reali⁹⁷.

Il primo argomento è di carattere letterale e consiste nel richiamo ai concetti di 'pagamento', 'ripetizione', 'adempimento' e 'debito', terminologia tipica del rapporto obbligatorio.

Il secondo argomento, invece, risponde all'obiezione di chi configura un rapporto giuridico anche all'interno dei diritti reali limitati⁹⁸ ed, in termini più convincenti, utilizza argomenti sistematici.

Quando la prescrizione incide su un diritto reale limitato, consegue, per il principio della elasticità del dominio, il riespandersi delle facoltà originarie del proprietario prima comprese. Se al proprietario si consentisse di restaurare spontaneamente la situazione anteriore al compiersi della prescrizione⁹⁹, le conseguenze si riverbererebbero anche nei confronti di altri soggetti del rapporto. Si è sostenuto¹⁰⁰, «se un bene immobile sia libero o gravato da un usufrutto, da una servitù, da un'ipoteca, non è un'alternativa che riguardi soltanto le persone del proprietario e del titolare del diritto reale limitato».

La medesima dottrina circoscrive l'applicazione della norma solo a determinate tipologie di obbligazioni. Al di là delle obbligazioni di dare, su cui non rilevano particolari questioni, si pone un problema per gli obblighi di fare e non fare.

Con riferimento alle prime, nonostante l'art. 2940 c.c. parli di 'pagamento' si può estendere per analogia la regola indicata, trovando giustificazione nell'attività spontaneamente compiuta in adempimento di un debito prescritto.

⁹⁷ Cfr. P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 240 e ss. e C. COSTANTINI, *Le vicende della pretesa prescritta*, cit., p. 374

⁹⁸ L'obiezione muove dalla teoria di E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960, p. 108 e ss.

⁹⁹ Esattamente come al debitore si consente di pagare il debito prescritto.

¹⁰⁰ Cfr. P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 243

Nell'adempimento spontaneo dell'obbligazione di fare ricorre l'*eadem ratio* che caratterizza la disposizione sul pagamento del debito prescritto¹⁰¹: quella di lasciare all'obbligato la responsabilità della scelta, se opporre la prescrizione o adempiere tardivamente, rendendo peraltro irrevocabile l'opzione esercitata in quest'ultimo senso.

In senso differente bisogna concludere con riferimento agli obblighi di non fare. Le ragioni sono strutturali. L'inadempimento di queste obbligazioni dà luogo ad una situazione non più reversibile che non consente, in alcun modo, di adempiere l'obbligazione originariamente assunta attraverso l'esecuzione della medesima prestazione che ne costituiva oggetto, precludendo, così, l'attuazione del rapporto¹⁰².

Terza questione riguarda la *ratio* della norma e su questo punto si evidenzia come, a fronte delle teorizzazioni dottrinali, la giurisprudenza si assesta su soluzioni più pratiche ed immediate¹⁰³.

I sostenitori dell'efficacia *ipso iure* della prescrizione¹⁰⁴ percorrono due differenti itinerari. Alcuni sottolineano che l'irripetibilità si delinea come effetto di un atto che, essendo incompatibile con la volontà di avvalersi della prescrizione, ai sensi dell'art. 2937, co. 3, va qualificato rinuncia e chi paga un debito prescritto estingue un'obbligazione civile¹⁰⁵.

Altri autori accennano alla possibilità di rinunciare di fatto, non tramite l'art. 2937 c.c. ma tramite l'art. 2940 c.c.¹⁰⁶ oppure evidenziano come il pagamento spontaneo del debito configuri gli stessi effetti della rinuncia¹⁰⁷.

La maggior parte della dottrina preferisce, invece, ricorrere alla categoria delle obbligazioni naturali: ciò che si paga in adempimento di un debito

¹⁰¹ A quanto consta l'unico ad essersi interessato della questione, P. VITUCCI, *ibidem*, p. 247

¹⁰² P. VITUCCI, *ibidem*, p. 248

¹⁰³ Su questo aspetto utili le riflessioni di E. MINERVINI, *La prescrizione ed i terzi*, cit., p. 128.

¹⁰⁴ Tesi che, come abbiamo visto non è più attuale, ma di cui è importante darne conto nello svolgimento del dibattito.

¹⁰⁵ W. D'AVANZO, *Della prescrizione*, cit., p. 962.

¹⁰⁶ B. GRASSO, *Prescrizione (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 59

¹⁰⁷ R. ORIANI, *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, cit., p. 33 e ID., *Eccezione*, cit., p. 274

prescritto non può essere ripetuto in conformità all'art. 2034, norma di cui l'art. 2940 costituisce un'applicazione¹⁰⁸.

Altri Autori, rifuggendo dalla teoria che la prescrizione operi *ipso iure*, slegano la norma dall'art. 2937 e dall'art. 2034 c.c. ed ipotizzano una *ratio* autonoma, «il legislatore ha voluto precludere la possibilità che un fatto compiuto come il pagamento (che conclude il ciclo dell'obbligazione) possa essere rimesso in discussione proprio col richiamo a quell'istituto (la prescrizione), che mira invece a porre alle situazioni il sugello della definitività e della certezza»¹⁰⁹.

Le applicazioni giurisprudenziali relative all'art. 2940 c.c. sono scarsissime e le poche pronunce sembrano essere estranee al dibattito. Le motivazioni sono per lo più riconducibili alla somiglianza tra l'art. 2937, III co., e la norma in esame.

Sul piano astratto e strutturale, le differenze sono chiare. La rinuncia alla prescrizione consiste in una manifestazione di volontà, il pagamento spontaneo in un comportamento non dichiarativo.

Ma, al di là delle differenze, vi sono anche analogie che, nel concreto comportano la difficoltà di distinguere le due figure: in entrambe le ipotesi è da ravvisare un atto di esercizio in senso negativo del potere che la legge attribuisce al prescrivente.

La differenza, sotto il profilo del regime, incide sugli effetti del pagamento nei confronti dei terzi.

Infatti, qualora il pagamento sia configurabile nei termini di una rinuncia tacita, questa può essere dai terzi opposta. Diversamente, proprio perché l'art. 2939 c.c. parla espressamente di rinuncia ed è collocato prima dell'art. 2940 c.c., i terzi perderebbero una tutela.

¹⁰⁸ A. BUTERA, *Il Codice italiano commentato secondo l'ordine degli articoli*, Torino, 1947, sub art. 2940; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948, p. 212; C. MANZINI, *Il pagamento del debito prescritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 344 e, più di recente, B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, p. 108.

¹⁰⁹ F.S. GENTILE, *Prescrizione estintiva e decadenza*, cit., p. 159. In termini simili v. anche A. AURICCHIO, *Appunti*, cit., p. 65.

Parte della dottrina ha cercato una soluzione a questo inconveniente¹¹⁰: i terzi, qualora venissero danneggiati dal pagamento, potrebbero esperire l'azione revocatoria.

Tuttavia, oltre naturalmente alla necessità che siano integrati i requisiti, si tratta di un rimedio molto più oneroso, che deve essere fatto valere in via diretta e non opera immediatamente tramite la proposizione di un'eccezione, come invece accade per l'art. 2939 c.c.

Probabilmente, proprio per questi motivi, nella prassi, l'art. 2940 c.c. è utilizzato per dare protezione al lavoratore o al contribuente, facendo ricadere le altre ipotesi nell'art. 2937 c.c.

Di norma il pagamento del debito prescritto viene inquadrato e studiato nell'ambito della rinuncia alla prescrizione¹¹¹, senza porsi particolari problemi in ordine ai rapporti con l'art. 2940 c.c.

Pochissime sono le pronunce che si occupano dell'art. 2940 e tutte sono molto risalenti nel tempo.

La più recente risale al 2007¹¹²: un Comune, che aveva pagato ai dipendenti somme dovute a titolo di retribuzione e di tfr il cui credito era prescritto, aveva annullato successivamente la determinazione trattenendo le somme relative alle successive buste paga. La Suprema Corte, confermando la sentenza di merito che dava ragione ai lavoratori, statuisce che, a seguito a seguito del D.Lgs. 29/1993 il rapporto di lavoro presso un ente pubblico ha assunto carattere privatistico¹¹³ e che, pertanto, trova applicazione l'art. 2940 c.c.¹¹⁴.

In conclusione, guardando la questione nell'ambito dell'esclusivo rapporto tra le parti, gli articoli 2937, III co., c.c. e 2940 c.c., non presentano significative differenze sotto il profilo degli effetti.

¹¹⁰ E. MINERVINI, *La prescrizione e i terzi*, cit., p. 142

¹¹¹ Cass., 7 gennaio 1994, n. 94, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 1160; Cass., 15 marzo 2007, n. 6047, in *Foro it.*, 2008, I, c. 237.

¹¹² Cass., 26 ottobre 2007, n. 22503, in *DeJure*.

¹¹³ Precedentemente, la materia era disciplinata dall'art. 3 del R.D. n. 295 del 1939 che prevedeva la ripetibilità dei pagamenti relativi ai debiti prescritti.

¹¹⁴ Nell'ottica di tutela del contribuente cfr. Cass., 8 agosto 1978, n. 3856 ove viene riconosciuto il diritto alla ripetizione il pagamento effettuato dal contribuente in adempimento di un'obbligazione tributaria prescritta dopo la notificazione dell'avviso di accertamento e la liquidazione dell'imposta, difettando il pagamento del requisito della spontaneità.

Tuttavia, rimanendo sempre sul piano degli effetti ma spostando l'indagine dagli obbligati ai terzi, la norma presenta degli aspetti che non persuadono¹¹⁵: perché privilegia esclusivamente la posizione dell'*accipiens* ed isola le parti del rapporto da tutto il mondo circostante.

La regola dell'irripetibilità risolve con coerenza il conflitto tra debitore e creditore e le giustificazioni possono essere le più svariate, da quelle economiche a quelle, volendo, anche morali.

Ma il sacrificio dei terzi, rispetto ai quali la giustificazione non vale, non riflette l'impostazione che il legislatore non solo ha seguito nel dettare le norme sulla prescrizione ma anche dell'intero Codice civile, con sempre grande attenzione alla tutela e protezione dei soggetti estranei al rapporto obbligatorio e che potrebbero subire un pregiudizio.

Ad ogni modo, si è già sottolineato come le applicazioni riguardino fattispecie ove una delle controparti è un ente pubblico ed il tema del pregiudizio che potrebbe subire il terzo è fortemente ridimensionato.

7. Prescrizione, *Verwirkung* e buona fede.

Al di là del divieto espressamente contenuto nell'art. 2936 c.c. che impedisce l'ingresso dell'autonomia privata, non vi sono altri indici da cui inferire che la prescrizione sia dettata per proteggere un'esigenza di diritto pubblico di certezza del diritto.

Se così fosse, la disciplina non sarebbe troppo differente da quella penale, la quale opera *ipso iure*. Invece, nelle pagine precedenti, si è cercato di dimostrare come, gli effetti dell'istituto si producano tramite un comportamento delle parti, da considerarsi imprescindibile.

In un'ottica dinamica di interpretazione delle norme, nella fase stragiudiziale un ruolo da protagonista è svolto dal creditore il quale, ogni qual volta

¹¹⁵ Così anche P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 252.

manifesti l'intenzione di esercitare il proprio diritto, interrompe il termine e fa decorrere l'inizio di un nuovo periodo.

Nella fase giudiziale, sul presupposto che il tempo abbia fatto il suo corso ed il creditore sia rimasto finora inerte, sarà, invece, il debitore-convenuto, ad esercitare un ruolo cardine: spetta a lui la scelta se eccepire oppure rinunciare alla prescrizione e le motivazioni possono essere le più differenti.

Ancora, sempre nella fase giudiziale, eccepita la prescrizione, spetterà all'attore dimostrare che questa è stata oggetto di rinuncia in un momento precedente.

D'altra parte, una tutela è riconosciuta anche ai terzi che, a seguito delle decisioni del debitore, potrebbero subire un pregiudizio ai loro interessi. A questi è riconosciuta la possibilità di beneficiare di un rapido mezzo di risoluzione della lite, quale la prescrizione non opposta dal debitore.

Da qui la conclusione, condivisa anche dalla giurisprudenza¹¹⁶, per cui neppure l'art. 2936 c.c. è preposto alla tutela di esigenze di certezza e non si pone in discontinuità con il sistema appena riassunto. A ben vedere, la *ratio* della norma è evitare che una parte possa abusare della propria posizione contrattuale per imporre termini che per l'altro contraente possono risultare eccessivamente iugulatori o dilatori.

Così, il legislatore manifesta la sua intenzione a farsi carico di un interesse privato.

D'altra parte, la teoria della certezza del diritto non deve essere del tutto abbandonata ma, piuttosto, può trovare una collocazione nell'ottica della realizzazione di un'esigenza di diritto privato e di efficienza del rimedio.

Ampliando l'orizzonte di indagine al diritto europeo, la possibilità per le parti di concludere accordi in deroga alla disciplina legale della prescrizione, è subordinata a determinati limiti che non portino all'approfittamento di fatto di una posizione contrattuale, a scapito di un soggetto con una minore forza contrattuale.

¹¹⁶ Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, cit.

Anche questo confermerebbe la linea interpretativa esposta.

Si conclude il capitolo con il richiamo alla costruzione tedesca della *Verwirkung*, ove la vocazione privatistica dell'istituto è evidentissima.

Trattasi di un fenomeno che determina «la perdita di un diritto soggettivo a seguito dell'inattività del titolare, durata per un periodo di tempo non determinato a priori, ed alle concrete circostanze idonee a determinare un affidamento meritevole di tutela in base al principio di buona fede»¹¹⁷.

Esaminando l'istituto sotto il profilo dei presupposti, questi sono indicati, da una parte, nell'inerzia del titolare del diritto e, dall'altra, nel ricorrere di determinate circostanze che ingenerano nel debitore l'affidamento che il diritto non verrà esercitato.

Con riferimento alla prima, deve trattarsi di un'inerzia consapevole. Prima della riforma del 2001, pur non includendo la conoscenza nei presupposti della *Verwirkung*, giurisprudenza e dottrina la consideravano un elemento essenziale¹¹⁸. Con la nuova disciplina, che dà ampi spazi al requisito della conoscenza, le indicazioni precedenti sono state recepite.

¹¹⁷ La definizione è di S. PATTI, voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1999, XIX, p. 722. L'Autore, nella prima parte dello scritto, mette anche in luce le origini storiche dell'istituto. Questo nasce a cavallo tra la prima e seconda guerra mondiale, a seguito del grosso crollo che subì il marco tedesco e che spinse all'abbandono del valore nominale dei debiti pecuniari ed all'ammissione della rivalutazione giurisprudenziale dei crediti. Al creditore venne così concessa la possibilità di agire per la rivalutazione del credito ma, tenendo conto dell'esigenza del debitore di conoscere nel più breve tempo possibile l'entità della prestazione da eseguire, la giurisprudenza considerò decaduto dal diritto di rivalutazione chi fosse rimasto troppo a lungo inattivo al punto da creare al debitore la convinzione che il diritto non sarebbe stato più esercitato.

L'istituto ebbe, successivamente, una applicazione più estesa nell'ambito dei diritti immateriali. Esso venne utilizzato per dichiarare inammissibile la pretesa del titolare del marchio che agiva, dopo aver tollerato per anni l'uso di un segno distintivo identico o simile, invocando la priorità del proprio diritto per impedire alla controparte la continuazione dell'uso del segno distintivo. Le domande di norma venivano respinte perché, dietro all'inibitoria richiesta, si celava un'intenzione dolosa che, tramite l'esercizio tardivo del diritto, mirava ad appropriarsi della clientela che la controparte si era creata con l'uso del segno distintivo.

Per la letteratura tedesca sulla *Verwirkung* i richiami più significativi sono contenuti nello scritto di S. Patti, cfr. H. KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr*, Marburg, 1933; W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, Marburg in Hessen, 1934; H. LEHMANN, *Zur Lehre von der Verwirkung*, in *JW*, 1936, p. 2193; EICHLER, *Die Rechtslehre vom Vertrauten*, Tübingen, 1950; G. BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, II, 2, Tübingen, 1952; WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB*, Tübingen, 1956; NABHOLZ, *Verjährung und Verwirkung als Rechtsuntergangsründe infolge Zeitablaufs*, Aarau, 1961; SIEBENHAAR, *Der Begriff der Verwirkung*, in *Jr*, 1962, p. 88.

¹¹⁸ In questo senso S. PATTI, voce *Verwirkung*, cit., p. 724. In giurisprudenza cfr. BGH, 27.6.1957, in *NJW*, 1957, p. 1358. In dottrina cfr. W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft und das Rechtlich relevante Verhalten*, in

Riguardo al secondo requisito, le circostanze da cui inferire un affidamento possono essere di tipo differente, in base all'atteggiarsi della fattispecie.

Parimenti, non è determinabile il periodo di tempo, che può essere diverso di caso in caso, proprio in relazione alle medesime circostanze che generano l'affidamento.

È così evidente che, se esistente uno spazio per la certezza, questo è ridotto al minimo.

Passando al profilo degli effetti, una certa situazione di fatto produce, in capo al debitore, un legittimo affidamento tale per cui l'esercizio del diritto del creditore risulta contrario a buona fede e giustifica un provvedimento di rigetto della domanda. È intorno a questa ed ai concetti di *Treu und Glauben*, di cui al § 242 BGB, che si ravvisa il fondamento della regola.

Secondo la dottrina, il rimedio -così come descritto- svolge nel diritto tedesco una duplice funzione.

In primo luogo, «ha risposto all'esigenza di sopperire alla sopravvenuta inadeguatezza della disciplina legislativa relativa alla incidenza del trascorrere del tempo sui rapporti giuridici»¹¹⁹. Tramite questo espediente, l'ordinamento tedesco cercava di fare fronte ai termini di prescrizione troppo lunghi¹²⁰, inidonei alle esigenze determinate dall'intensità del traffico giuridico.

In secondo luogo, la *Verwirkung* «svolge una funzione equitativa, consentendo la valutazione degli interessi contrapposti e la composizione del conflitto secondo canoni di giustizia che prescindono dallo statico rigore della norma scritta»¹²¹.

A chi obiettava che l'applicazione di questo istituto comportasse risultati giurisprudenziali *contra legem*¹²², altra dottrina ha risposto che è proprio l'applicazione del principio di buona fede che, storicamente, ha sempre

AcP, 1962, p. 65 ss.; H. KRAUSE, *Schweigen im Rechtsverkehr*, cit., p. 40; E. REIMER, *Die Gefahr des «langen Zuwartens» für den Anspruchsberechtigten im Warenzeichen und Wettbewerbsrecht*, in *JW*, 1928, p. 2064. Contra cfr. G.H. ROTH, sub §242, in *Münchener Kommentar*, Berlin, 1985, p. 178.

¹¹⁹ S. PATTI, voce *Verwirkung*, cit., p. 725

¹²⁰ Oggi, come abbiamo visto nel capitolo precedente, significativamente ridotti.

¹²¹ S. PATTI, *op. loc. ult. cit.*, p. 725.

¹²² H.J. WIELING, *Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*, in *AcP*, 1976, p. 339.

garantito la soluzione giusta nell'ipotesi concreta e consente al sistema di soddisfare in ogni momento le esigenze del singolo caso¹²³.

Al di là dell'utilizzo che i tedeschi fanno dei concetti di *Treu und Glauben*, la *Verwirkung* pregiudica la possibilità di esercitare un diritto che, sebbene azionabile a livello normativo, per l'esistenza di un affidamento si pone in contrasto con la clausola generale di buona fede.

Quello su cui bisogna interrogarsi è se in Italia questa figura abbia spazio¹²⁴ e vedremo come, la questione si ponga in termini parzialmente simili¹²⁵.

I casi da portare all'attenzione sono due ed hanno affrontato il problema con soluzioni differenti.

Il primo risale al 2004¹²⁶: in violazione di una convenzione tra una società finanziaria ed un autoconcessionario, quest'ultimo aveva chiesto ed ottenuto un finanziamento per l'acquisto di una vettura che, in realtà, era già di proprietà dell'acquirente. Resasi successivamente conto dell'inadempimento, la società finanziaria chiedeva la restituzione della somma mutuata e la domanda veniva accolta dal Tribunale.

In appello la decisione venne capovolta: dal momento che la società aveva, per oltre due anni, dato esecuzione al contratto senza far valere l'inadempimento relativo all'utilizzo del finanziamento per finalità differenti da quelle pattuite, tramite l'azione proposta l'attrice sarebbe venuta meno al

¹²³ S. PATTI, *Ibidem*, p. 725.

¹²⁴ Sembra opportuno portare all'attenzione l'art. 48 del r.d. 21 giugno 1942, n. 929 in materia di marchi e brevetti di impresa, il quale sembra configurarsi come un'applicazione del principio: «la validità del brevetto, quando il marchio sia stato pubblicamente usato in buona fede per cinque anni senza contestazioni, dopo la pubblicazione di cui all'art. 35, primo comma, di questo decreto, non può essere impugnata per il motivo che la parola, figura o segno che lo costituisce può confondersi con una parola, figura o segno altrui, già conosciuto alla data della domanda, come distintivo di prodotti o merci dello stesso genere, o perché esso contiene un nome o ritratto di persona».

¹²⁵ Sull'importanza della comparazione gli scritti sono molti. Tra i più recenti si segnala AA. VV., *Le nuove frontiere della comparazione. Atti del I convegno nazionale SIRD, Milano 5-6-7 maggio 2011*, a cura di L. Antonioli – G.A. Bencchio – R. Toniatti, Trento, 2012; AA. VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, in *Quaderni della Riv. trim.*, Milano, 2004; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001. Ancora centrale è lo scritto di G. GORLA, *Il ricorso alla legge di un luogo vicino nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Foro it.*, 1977, V, c. 91.

¹²⁶ Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1397, con nota di commento di G. COLANGELO; in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 603, con nota di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*; in *NGCC*, 2005, p. 444, con nota di F. RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*.

principio di esecuzione del contratto secondo buona fede, ponendosi in contrasto con l'affidamento fatto sorgere nella controparte di non aver più interesse a far valere le proprie pretese.

Evidente, quindi, il richiamo all'istituto tedesco della *Verwirkung*.

Di diverso avviso è, invece, la Cassazione. Questa ricostruisce l'istituto come sopra descritto¹²⁷ e lo inquadra nei termini di applicazione concreta del principio di divieto di abuso del diritto¹²⁸. Tuttavia, ne nega la cittadinanza nell'ordinamento italiano.

Prima di esaminare il condivisibile apparato motivazionale della sentenza, è opportuno introdurre l'orientamento di segno opposto, successivo alla sentenza in esame, ed i limiti che questo presenta.

Il caso è il seguente¹²⁹. Alcuni dipendenti di un'azienda di trasporti lamentavano un danno provocato dal mancato trattenimento in servizio, illegittimamente disposto dal datore di lavoro, in forza di una norma successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima¹³⁰.

¹²⁷ Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, cit.: «Va rilevato che in alcuni ordinamenti (ma non in quello italiano) tende ad affermarsi il principio, basato appunto sulla buona fede, secondo cui, anche prima del decorso del termine prescrizionale, il mancato esercizio del diritto, protrattosi per un conveniente lasso di tempo, imputabile al suo titolare e che abbia fatto sorgere nella controparte un ragionevole ed apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del diritto medesimo, porta a far considerare che un successivo atto di esercizio del diritto in questione, rappresenti un caso di abuso del diritto, nella forma del ritardo sleale nell'esercizio del diritto, con conseguente rifiuto della tutela, per il principio della buona fede nell'esecuzione del contratto».

¹²⁸ L'inquadramento della *Verwirkung* nell'ambito dell'abuso del diritto è riferibile ad una impostazione dottrinale per cui il titolare che non esercita il diritto e non reagisce alla sua violazione, commette un abuso facendo valere il diritto dopo aver determinato con il suo comportamento un affidamento degno di tutela nella controparte (KEGEL, *Verwirkung, Vertrag und Vertrauten*, Köll-Berlin-Bonn-München, 1993, p. 10), così richiamato da S. PATTI, voce *Verwirkung*, cit., p. 726.

Secondo altro orientamento, l'istituto costituirebbe applicazione del principio *venire contra factum proprium*, in base al quale il proprietario non può esercitare il diritto quando ciò appare in contrasto con un comportamento tenuto in precedenza (DETTE, *Venire contra factum proprium nulli conceditur*, Berlin, 1985).

Per approfondimenti e per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a S. PATTI, voce *Verwirkung*, cit., p. 726 e ss.

¹²⁹ Cass., sez. lav., 28 aprile 2009, n. 9924, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, p. 593.

¹³⁰ Trattavasi dell'art. 6, d.l. 22 dicembre 1991, n. 791 (conv. L. 6 febbraio 1982, n. 54) che prevedeva per gli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia, i superstiti, la possibilità di optare per la prosecuzione del rapporto di lavoro sino al perfezionamento dell'anzianità contributiva massima, e comunque non oltre il sessantacinquesimo anno di età. La norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva l'estensione del diritto di opzione agli autoferrotranvieri, cfr. Corte cost., 8 maggio 1990, n. 226, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3283 e in *DL*, 1990, II, p. 349.

I lavoratori in questione, che si erano visti respingere l'istanza per il trattenimento in servizio, a tre anni di distanza dalla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale hanno chiesto al datore di lavoro un danno commisurato, per un verso, alle differenze tra la pensione percepita e la retribuzione che avrebbero ricevuto se la loro richiesta fosse stata accolta, per l'altro, al danno previdenziale derivante dal minore importo dei contributi versati.

La domanda veniva respinta in primo grado, mentre la Corte di Appello di Catania dava ragione ai lavoratori.

La Cassazione, a sua volta, riforma integralmente la sentenza d'appello ed incentra la motivazione sul comportamento concludente posto in essere dai lavoratori a seguito del recesso datoriale.

Muovendo dagli articoli 1175 e 1375 c.c., i Giudici danno rilevanza al comportamento del creditore che per lungo tempo trascuri di esercitare il proprio diritto e generi così un affidamento del debitore nell'abbandono della pretesa¹³¹.

La scelta adottata dai giudici non convince per due ordini di motivi.

In primo luogo, perché pone sullo stesso piano l'istituto della *Verwirkung* e la rinuncia tacita, «che poi di questo comportamento rilevi l'atteggiamento soggettivo di rinuncia tacita ovvero la valutazione oggettiva, resa dall'interprete, di non conformità alla correttezza o alla buona fede, tutto ciò non importa ai fini del risultato finale di perdita della situazione di vantaggio».

In secondo luogo, perché dall'applicazione del principio di buona fede fa discendere conseguenze che non sono quelle tipiche derivanti dalla violazione

¹³¹ «Dall'art. 1175, che assoggetta il creditore alle regole della correttezza, e dall'art. 1375 c.c., che impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede, nonché dalla comparazione con ordinamenti prossimi al nostro, la giurisprudenza di questa Corte da tempo valuta il comportamento del contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, che per lungo tempo trascuri di esercitarla e generi così un affidamento della controparte nell'abbandono della relativa pretesa, come idoneo a determinare la perdita della stessa situazione soggettiva. La dottrina tedesca parla in questi casi di *Verwirkung* come di una sorta di decadenza derivante dal divieto, più familiare agli ordinamenti latini, di venire contra factum proprium. Si ha così la preclusione di un'azione, o eccezione, o più generalmente di una situazione soggettiva di vantaggio, non per illiceità o comunque per ragioni di stretto diritto, ma a causa di un comportamento del titolare, prolungato, non conforme ad essa e perciò tale da portare a ritenere l'abbandono», Cass., sez. lav., 28 aprile 2009, n. 9924, cit.

del canone generale e non sembrano coerenti con il sistema delineato dal legislatore e le più recenti applicazioni giurisprudenziali.

Andiamo con ordine.

L'idea di equiparare l'istituto tedesco alla rinuncia tacita muove da un'opzione dottrinale degli anni '70¹³². Secondo i sostenitori, sebbene nel nostro ordinamento non esista un principio che produca gli stessi effetti della *Verwirkung*, ai medesimi risultati si può giungere individuando nel comportamento del titolare del diritto un tacito atto di rinuncia: lo strumento della dichiarazione tacita di volontà costituirebbe il mezzo per paralizzare l'esercizio del diritto contrastante con l'altrui affidamento che questo non sarebbe più stato fatto valere¹³³.

Alla ricostruzione si può muovere l'obiezione per cui, sebbene sia ipotizzabile una assimilazione tra le due figure sotto il profilo degli effetti, i presupposti su cui i due istituti si fondano sono profondamente differenti.

Oggetto di accertamento nella *Verwirkung* non sarà un atto unilaterale (rinuncia) del creditore ma l'affidamento del debitore determinato dal precedente comportamento del titolare del diritto. Vale a dire, trattasi di un giudizio obiettivo, che prescinde dalla volontà dell'avente diritto.

La seconda critica, come anticipato, riguarda un'erronea applicazione del principio di buona fede.

Se la *Verwirkung* fosse ammessa, significherebbe che una condotta delle parti potrebbe incidere sulla durata del termine di prescrizione. Questo effetto trova una prima difficoltà nell'imperatività dell'art. 2936 c.c., norma che sancisce la nullità di ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione.

Pertanto, ammettere questa possibilità, genera una interferenza tra una norma specifica inderogabile (2936 c.c.) e la clausola generale di buona fede¹³⁴. Da una parte, la clausola generale impone di essere declinata in una regola ed,

¹³² Il riferimento è alla monografia di F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971.

¹³³ F. RANIERI, *op. ult. cit.*, p. 2.

¹³⁴ Lo spunto muove dal saggio di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, cit., p. 610 e ss.

in questa attività, la discrezionalità del giudice svolge un ruolo fondamentale. Dall'altra, l'idea che la prescrizione sia collegata ad esigenze di certezza ha ancora un suo fondamento, mirando a proteggere non un generale interesse dell'ordinamento ma lo specifico rapporto tra debitore e creditore.

Da qui, la difficoltà di conciliare la discrezionalità giudiziale con le esigenze di certezza e il serio limite di fruire dell'istituto della *Verwirkung*, anche in considerazione del fatto che le norme in punto di prescrizione sono sottratte alla disponibilità delle parti.

Questo, tuttavia, non comporta che la buona fede nel diritto della prescrizione perda completamente di rilevanza.

Lasciando da parte le posizioni dottrinali¹³⁵, è opportuno ritornare alle motivazioni dei giudici rese nel 2004¹³⁶, che sembrano meglio ricostruire i rapporti tra prescrizione e buona fede¹³⁷.

¹³⁵ La letteratura sul punto è decisamente sterminata. Per un primo approccio, sulla nozione di clausola generale F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 139; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 739; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, p. 21; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, p. 709; P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1; G. ALPA, *Trattato di diritto civile, I, Storia, Fonti, Interpretazione*, Milano, 2000, p. 953; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato, Ars Interpretandi*, in *Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, p. 373.

Anche con riferimento alla buona fede i contributi sono sterminati, cfr. G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163 ss.; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.; S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, I, p. 149 ss.; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.; F. D. BUSNELLI (cur.), *Il principio di buona fede*, Milano, 1987 (in particolare i saggi di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*); M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II, integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 231; F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537 ss.; P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 239 ss.; L. GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, 2003; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 798; N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 865; V. CARBONE, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 153.

¹³⁶ Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, cit.

¹³⁷ Sui rapporti tra prescrizione e buona fede, è opportuno segnalare che nel diritto canonico si tratta di concetti intimamente legati tra loro. Infatti, ai sensi del can. 198, «*Nulla valet praescriptio, nisi bona fide nitatur, non solum initio, sed toto decursu temporis ad praescriptionem requisiti, salvo praescripto can. 1362*» ossia, «*Nessuna prescrizione ha valore, se non è fondata sulla buona fede, non solo all'inizio, ma per tutto il decorso del tempo richiesto per la prescrizione, salvo il disposto del can. 1362*».

Secondo il diritto canonico, la buona fede si precisa come mancanza di peccato e la mala fede come effettuazione di un '*peccato letale*', come peccato cioè concretizzantesi in una consapevole lesione di quanto appartiene ad altri, come ad esempio che si abbia conoscenza del proprio debito nei confronti

In primo luogo, la Suprema Corte si preoccupa di dare un significato alla clausola generale, che opera tanto sul piano dei comportamenti (1175 c.c.) quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti l'esecuzione del contratto (c.c. 1375).

La sua rilevanza arricchisce i doveri nascenti dal rapporto obbligatorio, imponendo di agire in modo da preservare gli interessi di controparte¹³⁸.

Da qui, la ricostruzione del legame tra buona fede e prescrizione: «il semplice ritardo nell'esercizio di un proprio diritto, se non produce un danno per la controparte senza un apprezzabile interesse per il titolare nei limiti e secondo le finalità del contratto, non dà luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non è causa per escludere la tutela dello stesso diritto»¹³⁹, a prescindere dalla convinzione che controparte si sia formata sulle ragioni del ritardo.

I primi commentatori hanno messo in luce gli aspetti di criticità del periodo sopra riportato¹⁴⁰: una cosa è affermare che nel caso di specie, avuto riguardo alle circostanze specifiche, non si configura un danno per la controparte¹⁴¹,

del creditori. Per un approfondimento sul punto si rinvia a P.A. BONNET, voce *Prescrizione. IV) Diritto canonico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991.

¹³⁸ «La clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 c.c.), specificandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto (Cass. 8 febbraio 1999, n. 1078).

Detto principio di correttezza e buona fede, il quale secondo la Relazione ministeriale al Codice Civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", operando, quindi, come un criterio di reciprocità, una volta collocato nel quadro di valori, introdotto dalla Carta Costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 della Costituzione.

La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge (Cass. n. 12310/1999).

Quindi nell'esecuzione del contratto secondo buona fede la parte è tenuta da un lato ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte e, dall'altro, a tollerare anche inadempimenti della controparte, che non pregiudichino sensibilmente il proprio interesse», Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, cit.

¹³⁹ Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, cit.

¹⁴⁰ G. COLANGELO, *Nota di commento*, cit.

¹⁴¹ Par. 2.4. della motivazione

un'altra è sostenere che un determinato principio di diritto non può trovare accoglimento nel nostro ordinamento¹⁴².

L'affermazione poteva essere meglio precisata ma crea, comunque, un legame tra buona fede, danno, interessi sottostanti il rapporto e tardivo esercizio del diritto.

Sotto il profilo dei presupposti, la Cassazione non sembra rigettare a livello teorico la costruzione tedesca della *Verwirkung*. L'inerzia protratta per un periodo sufficientemente lungo potrebbe ingenerare un ragionevole affidamento nella controparte e l'esercizio in giudizio del diritto potrebbe configurarsi come contrario a buona fede.

Tuttavia, passando dal piano dei presupposti a quello degli effetti, che la violazione dell'affidamento possa comportare una pronuncia giudiziale di prescrizione del diritto, questo si configurerebbe come un effetto atipico, difficile da argomentare in punto di diritto.

Una via differente deve quindi essere percorsa. Come è noto, una condotta contraria a buona fede e che vada a violare una situazione giuridica protetta, a livello teorico, può essere fonte di responsabilità¹⁴³.

Ne consegue che, se esiste un affidamento che porti il debitore a ritenere che il creditore non agirà in giudizio nei suoi confronti, la lesione di questo - contrario a buona fede - non determinerà gli effetti tipici della prescrizione ma darà al debitore un titolo per proporre una domanda, contestuale o separata, di risarcimento del danno.

Questo sembra il senso ultimo dell'affermazione della Cassazione. Bisogna, tuttavia, segnalare come il principio, sebbene convincente sul piano astratto, possa comportare numerose difficoltà applicative sul piano concreto, soprattutto in ordine all'onere della prova del pregiudizio, in rapporto ad una situazione non ancora prescritta.

¹⁴² Par. 2.3. della motivazione

¹⁴³ Lo spunto muove dalla sentenza Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725 e 26724, in *Foro it.*, 2008, 3, I, c. 784 e dallo scritto di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità davanti alle Sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104.

CAPITOLO 3. IL SUPERAMENTO DELLA FATTISPECIE. LE SOLUZIONI POSSIBILI.

1. Lettura unitaria delle regole elaborate dalla giurisprudenza italiana

2. Dove la giurisprudenza italiana non è potuta arrivare: confronto con gli orientamenti comunitari

2.1. Decorrenza ed impedimenti di fatto

2.1.1. Impedimenti di fatto sopravvenuti

2.2. La previsione di un doppio termine di prescrizione

2.3. I criteri di diversificazione dei termini

3. Prospettive di riforma.

1. Lettura unitaria delle regole elaborate dalla giurisprudenza italiana.

Anche nella prescrizione sta emergendo quella tendenza che suggerisce di superare la tradizionale logica della fattispecie e mettere al centro la realizzazione degli interessi che le parti hanno dedotto nel rapporto giuridico¹: dal lato del creditore, esercitare un diritto nell'ambito di un determinato periodo di tempo; dal lato del debitore, disporre di una difesa rapida ed efficace che paralizzi la pretesa di controparte.

Se storicamente l'attenzione per l'istituto era relativa all'oggetto ed agli effetti prodotti o, in termini più astratti, a come questa incidesse sulla fattispecie giuridica, ora la questione è mutata: assumendo che anche la prescrizione sia preordinata alla realizzazione di un determinato interesse, si tratta di cogliere le modalità tramite le quali questa avvenga.

Nell'ambito di un istituto tradizionalmente dominato dalla certezza, la peculiarità è data dal fatto che gli effetti non si manifestano riconoscendo alle parti la libertà di porre in essere qualsivoglia comportamento; bensì, è lo stesso legislatore a predeterminare le condotte, secondo una stabilita sequenza.

Questa, quindi, l'idea di fondo: dare una lettura della prescrizione che privilegi, rispetto al realizzarsi della fattispecie estintiva, il comportamento di entrambi i soggetti che in un determinato rapporto hanno specifici interessi i quali, se non realizzati entro un certo periodo, danno titolo all'altra parte di legittimamente rifiutarsi a darvi attuazione².

¹ Questo aspetto è stato anche oggetto di un recente studio di S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033 che muove da «l'appello ad abbandonare la logica della fattispecie», riferendosi, tra le molte voci, a quelle di G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 86; ID., *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le corti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 237; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 601; E. SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 2010, p. 1155 e, proprio con riferimento prescrizione, alla sollecitazione di A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 491.

² Parte della dottrina (A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, cit.) ha parlato di lettura rimediabile della prescrizione.

L'attenzione è rivolta al rimedio ed alla sua esperibilità nel tempo.

Questo non significa mettere da parte la fattispecie. Piuttosto, questa è stata il dato concreto da cui muovere: da cui affiorano le esigenze, che dovranno avere una precisa rilevanza giuridica divenendo interessi e che l'ordinamento è chiamato a tutelare, predisponendo efficienti rimedi.

A tale scopo, due sono le direttrici lungo le quali si è articolata l'indagine: la decorrenza e le modalità di produzione degli effetti.

Trattasi di aspetti tra loro dipendenti: il ruolo centrale svolto dal comportamento delle parti deve essere sorretto dalla volontarietà che presuppone, a sua volta, la conoscenza della situazione giuridica sottostante.

In questa prospettiva, parlare di prescrizione significa anche parlare di conoscenza.

Ma non è sempre stato così.

Secondo quanto indicato nella *Relazione al Re*, l'art. 2935 c.c., subordinando il decorso del termine alla possibilità di esercitare il diritto, «dà formulazione legislativa al principio che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere; e l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influenzando sul decorso della prescrizione,

Il termine rimedio, derivante dal latino *remedium*, nella sua originaria accezione ha un significato legato alla cura e alla medicina. Diversamente, in tempi più vicini a noi, nel sistema di *common law*, fin dai suoi primi utilizzi il concetto entra anche nella realtà tecnico-giuridica come strumento per porre riparo ad una situazione di bisogno o di crisi, determinata da un *tort*. Trattasi di una figura che, nell'ordinamento anglosassone, si caratterizza per la ricerca della soluzione più efficiente per la tutela di un determinato bene giuridico.

Negli ordinamenti di tradizione di civil law, il rimedio non si sostituisce ad un diritto oppure ad un obbligo; ma si distingue per due elementi: la centralità di un interesse protetto individuato da una norma e l'esigenza di offrire a questo la tutela più efficiente.

Esiste, quindi, un legame tra interesse protetto e strumento efficiente per la protezione di questo: con la precisazione che l'interesse protetto può essere ricostruito tramite differenti fonti normative, nazionali e comunitarie, e il ritrovamento del rimedio passa per un esame dei differenti formanti del diritto.

Per approfondimenti cfr. il volume di G. VETTORI (cur.), *Remedies in contract. The common rules for a european law*, Padova, 2008, ed in particolare il saggio di S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, p. 149 (nonché ID., *I rimedi*, in C. Castronovo – S. Mazzamuto (cur.), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 739); A. DI MAJO, *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni*, p. 67 (nonché ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 301). Da ultimo, sul concetto di rimedio nella prospettiva del diritto europeo cfr. Y. ADAR – P. SIRENA, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359.

salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto in cui venga a trovarsi il titolare del diritto»³.

Questa era l'interpretazione dominante negli anni immediatamente successivi al 1942, esclusiva rilevanza agli impedimenti legali tassativamente previsti ed esclusione degli impedimenti di fatto. In questi ultimi vi rientravano anche le ipotesi di ignoranza incolpevole, da parte del titolare del diritto, sia dell'identità della controparte sia di altre circostanze di fatto essenziali all'esercizio dello stesso; nonché gli impedimenti connessi al caso fortuito o alla forza maggiore.

Senonché, ogni norma deve essere interpretata con l'evolversi dei tempi, in considerazione dei mutamenti sociali, storico, economici ed istituzionali nel frattempo sopravvenuti⁴.

D'altra parte, anche la dottrina aveva colto le iniquità dell'interpretazione prevalente, evidenziando che, sebbene dalla norma generale risultasse sacrificato l'interesse individuale del titolare del diritto, questo avveniva «in nome della funzione sociale altissima dell'istituto», la quale può esigere che «spesso si passi sopra l'equità»⁵.

Di diverso avviso la giurisprudenza e, da qui, le aperture.

Con l'obiettivo di rendere effettiva la tutela di un diritto, si sono cercate interpretazioni che garantissero al danneggiato di non sopportare ulteriori conseguenze pregiudizievoli connesse ad una condotta inerte non imputabile.

In un primo momento, incidendo sull'art. 2947 c.c., il *dies a quo* è stato spostato in avanti: dal momento in cui il terzo pone in essere la condotta illecita a quando le conseguenze si sono manifestate all'esterno⁶.

Muovendo dalla funzione compensativa della responsabilità civile e dalla struttura dell'illecito, il risultato è stato ottenuto facendo coincidere

³ Relazione al Re, punto n. 1198

⁴ Sul concetto di interpretazione evolutiva cfr. R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 1999, in part. p. 290 e ss.

⁵ F. ROSELLI-P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XX, 1998, p. 404.

⁶ *Ex multis*, cfr. Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1115

l'espressione «dal giorno in cui il fatto si è verificato» con l'evento di danno e non con la condotta.

In un secondo momento, leggendo l'art. 2935 e l'art. 2947 c.c. in termini di complementarietà e non di specialità, l'*exordium praescriptionis* è stato ulteriormente spostato avanti: inizierà a decorrere solamente quando le conseguenze manifestatesi all'esterno saranno percepite quale danno ingiusto seguente alla condotta illecita del terzo, sulla base di due parametri, l'ordinaria diligenza e la diffusione delle conoscenze scientifiche⁷.

Ne consegue che, qualora non sia conoscibile la causa del danno, la prescrizione non inizierà a fare il suo corso. Inoltre, il parametro della conoscibilità non verrebbe rispettato qualora il danneggiato, usando l'ordinaria diligenza, non sia in grado di apprezzare le conseguenze lesive, anche con riferimento alla rilevanza giuridica.

Affermata la regola nell'area della responsabilità aquiliana e del danno alla persona, la successiva attività svolta dalla Suprema Corte è stata estenderne l'applicazione anche ad ulteriori settori che esulassero dall'ambito originario: al consumatore che abbia subito un danno a seguito di un'intesa anticoncorrenziale⁸, oppure all'indebolimento della posizione contrattuale nella fase stragiudiziale delle trattative, per aver ignorato la consumazione del reato di corruzione⁹. In entrambi questi casi, non vi era evidentemente un danno alla persona.

Con riferimento alla fattispecie, la rilevanza della conoscenza ha trovato diffusione anche nell'area della responsabilità da contatto sociale: trattasi di casi tradizionalmente rientranti nel danno aquiliano che transitano nella disciplina contrattuale, perché sottoposta ad un regime maggiormente favorevole. Però, in questo passaggio da un settore all'altro, le regole maturate

⁷ Cass., 21 marzo 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2003, p. 285 nonché Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453.

⁸ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097.

⁹ C.A. Milano, 4 marzo 2011, *Fininvest/CIR*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1807.

dalla giurisprudenza in punto di decorrenza della prescrizione non sono state escluse.

Diversamente, per quanto riguarda l'azione contrattuale, nella sua area tradizionale, per certi aspetti si registrano ancora posizioni arretrate, probabilmente determinate da meno sentite esigenze.

Distinguendo tra inadempimento ed inesatto adempimento, se la prestazione non viene adempiuta, il danno, oltre ad essere immediatamente percepibile, è anche facilmente riconducibile alla condotta illecita dell'altro contraente. D'altra parte, anche qui si è iniziato a dare rilevanza al momento della manifestazione delle conseguenze e non della condotta inadempiente¹⁰.

Per quanto riguarda l'inesatto adempimento, con riferimento al settore di maggiore incidenza ossia la responsabilità professionale¹¹, a fronte dell'orientamento tradizionale che farebbe decorrere il termine dal momento in cui la prestazione è stata eseguita, alcune pronunce, invece, hanno iniziato ad aprire le porte alla conoscenza¹².

Parimenti, nello svolgimento del rapporto contrattuale, ai fini dell'*exordium praescriptionis* rilevanza è stata attribuita anche ad altri stati soggettivi. È il caso di alcuni rapporti di durata, caratterizzati da uno squilibrio originario tra le parti. In queste ipotesi, il computo del termine inizia dal momento in cui il rapporto è cessato.

Il principio è stato affermato dalla Corte costituzionale nel 1966, nell'ambito delle relazioni di lavoro, e nel 2010 dalle Sezioni Unite della Cassazione, con riferimento ai legami banca-cliente ed il pagamento di interessi anatocistici.

¹⁰ Su questo l'orientamento della Cassazione non è ancora del tutto pacifico. In senso favorevole v. Cass., 5 aprile 2012, n. 5504; Cass., 5 dicembre 2011, n. 26020.

¹¹ Nelle altre aree, invece, il principio stenta ancora ad affermarsi, cfr. Cass., 25 giugno 2008, n. 17334.

¹² Ad esempio, in tema di responsabilità dell'avvocato (Cass., 8 maggio 2006, n. 10493 e Cass., 27 luglio 2007, n. 16658); del notaio (Cass., 15 luglio 2009, n. 16463 e Cass., 5 dicembre 2011, n. 26020) e degli amministratori e dei sindaci nei confronti dei soci (Cass., 25 luglio 2008, n. 20476).

A ben vedere, queste scelte sono in continuità con disposizioni del Codice civile e della legislazione di settore, ove viene data rilevanza agli impedimenti di fatto.

L'art. 2113 c.c., a norma del quale il termine a favore del lavoratore per impugnare transazioni e rinunzie contrastanti con norme imperative e contratti collettivi è di sei mesi dalla cessazione del rapporto, è posto a protezione della situazione di inferiorità contrattuale in cui si trova il dipendente.

Sulla stessa linea si colloca anche la legislazione sulla locazione, ove l'invalidità del contratto può essere opposta fino a sei mesi dalla riconsegna dell'immobile locato.

Nelle azioni di annullabilità del contratto, l'art. 1442 c.c. parametrata la decorrenza ad un evento riferibile al soggetto: cessazione della violenza, scoperta dell'errore o del dolo, cessazione dello stato di interdizione o di inabilitazione.

Il panorama è frastagliato ma il dato che emerge è chiaro: nell'ambito del danno risarcibile -ma non solo- affinché il termine inizi a decorrere, non è necessaria solamente l'inerzia del titolare ma anche che questa sia accompagnata dalla consapevolezza della possibilità di azionare in giudizio una pretesa nei confronti di un determinato soggetto.

Grazie anche all'attività compiuta dalla giurisprudenza, l'esordio della prescrizione non è più parametrato a circostanze estranee alla persona ma è costruito intorno a questa ed alle sue esigenze di dare attuazione ad un interesse che l'ordinamento le riconosce oppure che è stato violato.

In questa prospettiva, è proprio la consapevolezza a reggere il comportamento delle parti nella dinamica di produzione degli effetti della prescrizione.

Una volta che il termine inizia il suo corso, si apre una nuova fase, ove il creditore svolge un ruolo centrale, perché è lui il titolare dell'interesse da proteggere.

A costui l'ordinamento riconosce un potere di interruzione, ponendo in essere una di quelle condotte indicate dall'art. 2943, tra le quali: (a) notificazione dell'atto con il quale si dà inizio ad un giudizio o domanda proposta nel corso di un giudizio; (b) costituzione in mora del debitore. Tutte espressioni di modalità di esercitare il proprio diritto nei confronti dell'obbligato.

L'ordinamento prevede anche che il debitore possa, a favore del creditore, interrompere la prescrizione tramite il riconoscimento del diritto (c.c. 2944).

Una ulteriore fase si apre una volta che il periodo indicato dalla legge si sia concluso.

Ciò non solo non determina l'estinzione *ipso iure* del diritto, ma neppure ne impedisce un valido esercizio. A ben vedere, dal compimento della prescrizione «discende non l'acquisto della libertà, ma soltanto il sorgere del diritto a liberarsi»¹³.

Ebbene, questo diritto può essere esercitato nei limiti del rapporto che lega il prescrivente alla controparte: gli effetti estintivi si produrranno tramite l'eccezione di prescrizione; d'altra parte, il diritto alla liberazione è suscettibile di esercizio anche in senso negativo, tramite la rinuncia. Queste le ragioni per cui di recente si è iniziato a parlare di disponibilità degli effetti della prescrizione.

In questa prospettiva dinamica -che pone al centro le scelte ed il comportamento delle parti- sono stati studiati gli istituti della rinuncia (2937 c.c.) e dell'eccezione di prescrizione (2938 c.c.), salvaguardando la posizione dei terzi (2939 c.c.).

Questi ultimi potranno comunque far valere la prescrizione non opposta qualora la strategia difensiva adottata dal debitore rischi di danneggiarli, naturalmente -anche qui- con effetti limitati all'interesse che avevano in quel rapporto.

¹³ Così P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1990, p. 208.

In questa seconda fase, l'istituto assume una reale valenza rimediale e diventa una delle possibili modalità per la risoluzione veloce di un conflitto, rimessa nelle mani del debitore.

Quindi, se è pur vero che l'art. 2936 c.c. vieta espressamente alle parti la stipulazione di accordi che derogano alla disciplina legale, non significa che questa non sia informata a dinamiche tipiche del diritto privato.

Subordinare il decorso alla conoscenza; l'interruzione del termine tramite determinate manifestazioni volitive; la rimessione degli effetti tipici legata alla dichiarazione del debitore; la possibilità riconosciuta ai terzi di far valere la prescrizione non opposta: questi, tutti, sono comportamenti che le parti pongono in essere per la realizzazione di un loro determinato e specifico interesse (connesso a quello legato alla prescrizione in sé considerata).

L'art. 2936, pertanto, deve essere interpretato come una norma a protezione, probabilmente eccessiva per le chiusure che comporta, di entrambe le parti del rapporto.

Ci sono voluti decenni di studi e di sentenze per svincolare l'istituto da esclusive istanze pubblicistiche ed offrirne una interpretazione nella dimensione del singolo interessato, soprattutto lavorando sul requisito della *conoscenza* e del richiamo alla *disponibilità degli effetti*, contrapponendo ad una visione statica dell'istituto un approccio dinamico.

2. Dove la giurisprudenza italiana non è potuta arrivare: confronto con gli orientamenti comunitari.

La normativa italiana, messa a confronto con quanto sta avvenendo nell'ordinamento comunitario, soffre di un significativo ritardo.

L'attività della giurisprudenza ha parzialmente eroso questa differenza, ma non completamente.

I motivi sono intrinseci al ruolo ricoperto dal Giudice: da un lato, si tratta di interventi settoriali che, proprio perché decidono su un caso concreto, mancano di organicità e sistematicità; dall'altro, le Corti sono chiamate ad applicare la legge e di fronte a determinati limiti, non possono spingersi troppo oltre.

2.1. Decorrenza e impedimenti di fatto.

La distanza dalle esperienze comunitarie è stata accorciata grazie al passaggio, ai fini della decorrenza della prescrizione, dalla manifestazione del pregiudizio alla conoscenza del danno ingiusto.

Al di là del differimento nel tempo dell'*exordium praescriptionis*, alla base c'è un cambiamento di prospettiva: dalla dimensione ontologica (manifestazione) si passa alla dimensione gnoseologica (conoscenza). Vale a dire, dal fatto che accade al fatto che deve essere conoscibile.

A tal fine, perché la prescrizione possa esordire, un ruolo da protagonista avranno le informazioni a disposizione del danneggiato, idonee a consentirgli una completa conoscenza circa tutti i dati per l'instaurazione del giudizio.

Si crea così un legame tra disponibilità dell'informazione e spostamento in avanti nel tempo della decorrenza.

L'originaria indicazione di un termine quinquennale breve era legata ad esigenze di conservazione della prova¹⁴. Infatti, prevedendo l'art. 2043 c.c. un onere probatorio più articolato e molto spesso rimesso a prove testimoniali, un periodo eccessivamente lungo avrebbe rischiato di andare a detrimento della certezza processuale.

Oggi, il differimento, da un lato, favorisce il creditore; dall'altro, ha come contropartita un quadro probatorio meno nitido e, unitamente all'incertezza

¹⁴ *Relazione al Re*, n. 1206

del suo esordire, il rischio di esporre il debitore a domande risarcitorie potenzialmente illimitate nel tempo.

A questo limite, le riforme europee rispondono istituendo un termine finale di sbarramento, decorso il quale nessuna pretesa connessa a quel determinato diritto sarà azionabile.

In Italia, questo manca e l'unica tutela che il debitore possa cercare è rimessa al diligente adempimento dei suoi obblighi.

Se il passaggio da un piano ontologico ad un piano gnoseologico comporta attribuire un valore preponderante alle informazioni disponibili da parte del danneggiato, è proprio da queste che bisogna muovere e, più in particolare, dal 'dovere di informare' del debitore.

Trattasi di un obbligo che si affianca alla prestazione principale e che, se non previsto espressamente dalla legge, può essere comunque ricostruito muovendo dalla clausola generale di buona fede.

Se questo fosse correttamente e compiutamente adempiuto in termini chiari per la controparte, non solo nella fase delle trattative ma anche durante l'esecuzione del contratto, il creditore avrebbe già a disposizione tutte le informazioni per esercitare la pretesa nei tempi indicati dalla legge.

In tal modo, il debitore disporrebbe di una difesa che gli eviterebbe di dover rispondere a richieste risarcitorie riferibili a fatti risalenti troppo indietro nel tempo a causa di un omesso o negligente adempimento di un proprio dovere.

2.1.1. Impedimenti di fatto sopravvenuti

Dando rilevanza alla conoscenza, la Cassazione ne ha spostato la collocazione dagli impedimenti di fatto concomitanti con l'inizio dell'*exordium praescriptionis* ad uno dei presupposti della prescrizione stessa.

Dove, invece, non è intervenuta è sugli impedimenti di fatto che, nelle more temporali, qualora il termine abbia già iniziato il suo corso, potrebbero essere sopraggiunti.

Scelte differenti sono state assunte da Francia e Germania che, nelle loro riforme, hanno inserito tra le cause di sospensione anche il ‘caso fortuito’ e la ‘forza maggiore’.

In Italia la formulazione puntuale degli articoli 2941 e 2942 c.c. limita l'attività dell'interprete e le cause di interruzione e di sospensione predeterminate dalla legge sono da considerarsi tassative.

Tra gli impedimenti di fatto sopravvenuti, la giurisprudenza riconduce anche l'eccessiva lunghezza dei processi.

Secondo la Cassazione, la proposizione di una domanda non può spiegare effetti interruttivi e sospensivi anche nei confronti di altra domanda, sebbene entrambe siano orientate verso la realizzazione del medesimo interesse.

Il caso più tipico è nel rapporto tra azione di nullità ed azione di ripetizione: se quest'ultima non è proposta nei dieci anni dal pagamento, è da ritenersi prescritta, a nulla rilevando che il giudizio per ottenere la pronuncia di nullità si sia protratto troppo a lungo e senza che si possa interrompere o sospendere il termine della domanda di ripetizione, su cui il contraente ha un interesse più immediato.

Ma è anche il caso della domanda di adempimento e della successiva domanda di arricchimento senza causa¹⁵ oppure della domanda di risarcimento del danno differenziale perché l'indennizzo legale non è stato completamente soddisfattorio¹⁶.

In tutte queste ipotesi la Suprema Corte, richiamandosi agli impedimenti di fatto, non ha ancora superato la logica dell'autonomia delle differenti fattispecie.

Ipotizzando una soluzione in via interpretativa, è opportuno muovere dagli elementi in comune.

¹⁵ Cass., 29 marzo 2005, n. 6570, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 936

¹⁶ Cass., 22 giugno 2007, n. 14576, in *Foro it on-line*.

In ciascuno degli esempi riportati, ci troviamo di fronte ad ipotesi di concorso di rimedi: sebbene ciascuno miri ad un risultato concreto differente, sono tutti preordinati alla realizzazione di un unico interesse e trovano la propria origine nella medesima realtà fattuale.

In questa prospettiva, se punto di osservazione non è la fattispecie ma il legame tra rimedio ed interesse¹⁷, bisognerebbe propendere per un'interpretazione della domanda giudiziale, con effetti interruttivi e sospensivi ai sensi degli articoli 2943 e 2945 c.c., che vada in questa direzione.

Legando la domanda non alla fattispecie ma all'interesse, in ipotesi di una pluralità di rimedi diretti alla realizzazione di un unico interesse, la proposizione di uno avrà effetti interruttivi e sospensivi anche nei confronti degli altri che nel medesimo fatto storico trovano origine.

L'interpretazione, sebbene possa sembrare una forzatura del tradizionale quadro, è coerente con un ancora minoritario orientamento della Cassazione avanzato nel 2011, in materia di azione revocatoria e adempimento di un'obbligazione risarcitoria, «affinché si dispieghi l'effetto interruttivo/sospensivo della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, è sufficiente l'instaurazione di un diverso giudizio, purché inscindibilmente connesso a quello volto alla tutela di tale diritto».

Peraltro, l'orientamento maggioritario che nega cittadinanza agli impedimenti di fatto sembra dissonante con quanto elaborato dalla giurisprudenza CEDU, sebbene quest'ultima segua un altro percorso rispetto alla tesi minoritaria della Cassazione: è solo con la decisione giudiziaria definitiva che si supera l'incertezza giuridica e che può iniziare a decorrere il

¹⁷ In termini più generali, non esiste una relazione di univocità tra rimedio ed interesse. Piuttosto, potrà accadere che un interesse possa essere protetto da rimedi differenti; mentre interessi distinti siano accomunati da rimedi identici. Sul legame fra interesse e rimedio cfr. E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in G. Vettori (cur.), *Remedies in contract. The common rules for european law*, cit., p. 161.

termine di prescrizione per domandare il risarcimento del danno che su quella situazione si fonda¹⁸.

Sebbene ci troviamo in ipotesi di espropriazione *sine titulo* per violazione dei limiti imposti dal principio di legalità e, nello specifico, consistenti nella mancanza di un atto formale di espropriazione, il principio è affermato in termini generali e non mancherebbero le analogie con i casi considerati: l'azione di ripetizione si fonda sulla accertata nullità; la domanda di arricchimento senza causa può essere proposta dietro la consapevolezza che l'ordinamento non offre altri rimedi; onde evitare di violare il principio di integralità del risarcimento, il danno differenziale può essere domandato sul presupposto dell'inadeguatezza di un determinato indennizzo.

Al di là delle analogie, la ricostruzione dei Giudici di Strasburgo non sembra possa essere suscettibile di un'estensione generalizzata. Infatti, la soluzione rimette ad un atto unilaterale di parte l'esordio della prescrizione della seconda domanda connessa, che non inizia fino a quando il creditore non promuova e si concluda l'azione per ottenere un accertamento, senza considerare le contrapposte esigenze del debitore.

Nella soluzione qui proposta, invece, ogni rimedio mantiene la propria autonomia relativamente alla decorrenza; tuttavia, l'esperimento dell'uno è idoneo a sospendere ed interrompere l'esordio dell'altro, in forza di una interpretazione estensiva della nozione di domanda giudiziale, appoggiata anche da parte della giurisprudenza.

2.2. La previsione di un doppio termine di prescrizione

Comparando la riforme europee con la normativa italiana, vi sono aree ove la nostra giurisprudenza, neppure in via interpretativa, sarà in grado di potersi spingere.

¹⁸ CEDU, 30 maggio 2000, nella causa 25638/1994, *Carbonara e Ventura c. Governo Italiano* e nella causa 31524/96, *Belvedere Alberghiera Srl c. Italia*.

Prima fra tutte, l'introduzione di un doppio termine di prescrizione, che risponde ad una duplice finalità.

Tutte le riforme, unitamente ad un termine breve che va dai tre anni in Germania ai cinque in Francia e la cui decorrenza è parametrata a circostanze soggettive del debitore, hanno contestualmente previsto anche un termine lungo.

Questo al fine di evitare che il debitore esponga il proprio patrimonio ad azioni del creditore per un periodo di tempo, potenzialmente illimitato.

Anche in Italia, soprattutto a seguito del differimento dell'*exordium praescriptionis*, il problema è sentito ma un rimedio così strutturato non può che avere natura legislativa.

Responsabilizzare la condotta del debitore, come indicato al paragrafo precedente, non lo mette al riparo da condotte abusive provenienti dalla controparte.

Quest'ultimo, infatti, tramite l'invio di una raccomandata di messa in mora può interrompere la prescrizione e rendere il diritto, in buona sostanza, imprescrittibile, senza però dimostrare mai una reale volontà di esercizio di un'azione.

Da qui l'utilità di prevedere uno sbarramento finale, con determinate caratteristiche che possono essere mutate o dal modello tedesco o da quello francese.

Entrambi hanno in comune il fatto che ad esso non trovano applicazione cause di sospensione e di interruzione. Infatti, essendo queste poste a vantaggio del creditore, sono incompatibili con un termine a protezione dell'obbligato.

Inoltre, è significativamente più lungo rispetto a quello breve: da 10 a 30 anni (rispetto ai tre), in base alle materie, in Germania; 20 anni (rispetto ai cinque) in Francia.

In Germania, l'esordio coincide con la nascita del diritto, a prescindere dalla conoscenza.

Però, con riferimento al danno risarcibile, la decorrenza si fonda su altre circostanze oggettive: il compimento dell'azione, la violazione dell'obbligo o l'altro fatto che ha dato luogo al danno.

È significativa la scelta del legislatore tedesco di aver preso in considerazione non il momento in cui il danno si è manifestato ma il momento in cui la condotta è stata posta in essere, a tutto vantaggio del debitore: è chiara l'intenzione di determinare il *dies a quo* dei due periodi in base all'interesse che le parti hanno nel rapporto.

Visto il concorso tra i due termini, uno a vantaggio del danneggiato e l'altro del danneggiante, è previsto che si applichi quello che scade per primo.

Il legislatore francese, invece, non distingue.

Lo sbarramento finale è individuato tramite la previsione che vieta di applicare cause di sospensione o di interruzione per un periodo superiore ai vent'anni dalla 'nascita del diritto'.

Con riguardo al danno risarcibile, la differenza tra le due scelte è misurabile: il momento in cui la condotta è posta in essere si concretizza in uno stadio logicamente, ma spesso anche cronologicamente, arretrato rispetto alla nascita del diritto, nozione che richiede che tutti gli elementi dell'atto illecito siano stati integrati.

È evidente come le opzioni illustrate possono essere oggetto di un dibattito politico ma non dell'attività di un giudice, chiamato ad interpretare la legge per trovare nuovi rimedi ma non per crearli *ex nihilo*.

2.3. I criteri di diversificazione dei termini

Sarebbe impreciso affermare che nelle riforme europee i termini di prescrizione siano stati unificati.

Piuttosto, è cambiato il criterio di diversificazione. A fronte della previsione di un termine unico, per quei rimedi relativi a rapporti di famiglia e diritti reali

nonché per particolari tipologie di pregiudizi, come i danni alla persona, sono previsti periodi più lunghi.

Guardando alle azioni risarcitorie, il criterio adottato deve essere letto in un contesto ove la differenza tra l'area occupata dalla responsabilità contrattuale ed aquiliana, si fa sempre meno nitida.

Come è noto, le principali differenze ruotano intorno a tre aspetti: onere della prova, danno risarcibile e prescrizione.

Tuttavia, visto l'avvicinamento tra rimedi, dovrebbe corrispondere anche un avvicinamento dei regimi giuridici, considerato che mirano alla stessa finalità: il risarcimento.

Su questo punto, la vicenda del danno non patrimoniale da inadempimento è emblematica.

In Italia, almeno fino al 2008, si era sempre negato che, con la domanda di risarcimento contrattuale, si potesse conseguire il ristoro del pregiudizio non patrimoniale. Questo perché si riteneva che l'operatività dell'art. 2059 c.c. fosse esclusivamente circoscritta all'illecito aquiliano. E, da qui, l'espedito della regola del cumulo di responsabilità.

Il *de profundis* della regola del cumulo sembra essere stato recitato nel 2008 dalle Sezioni Unite¹⁹, le quali hanno ammesso la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, nell'ipotesi in cui la mancata o inesatta prestazione avesse leso un diritto inviolabile della persona.

In Francia, invece, manca una disposizione analoga all'art. 2059 c.c.

¹⁹ Cass., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, I, p. 38, n. P.G. MONATERI; *Giust. civ.*, 2009, 4-5, I, 913, n. M. ROSSETTI; *Obbl. e contr.*, 2009, I, p. 2, n. G. VETTORI; *Contr. e impresa*, 2009, 1, n. M. FRANZONI; *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 1, n. F.D. BUSNELLI. Le ragioni si rinvergono in una interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che regolano il contratto e l'inadempimento. In primo luogo, l'art. 1174 prevede che la prestazione -sempre suscettibile di valutazione economica- può corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale del creditore.

È proprio da questa norma che la Cassazione fa discendere la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, senza attribuire pregio alla collocazione dell'art. 2059 c.c.

In secondo luogo, l'art. 1223 c.c., nello stabilire il principio di integralità del risarcimento, impone che siano ristorate tutte le conseguenze derivanti dall'illecito, ivi comprese quelle non patrimoniali ove il contratto sia diretto alla realizzazione di un interesse di questa natura. In questo senso cfr. anche in dottrina. M. COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. critica di dir. priv.*, 1987, p. 128; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, p. 62.

Poiché il legislatore non ha posto la distinzione tra danni patrimoniali e danni non patrimoniali, si ritiene ammesso il risarcimento di entrambe le specie di danno²⁰: nel termine *dommage* di cui all'art. 1382 e nel termine *perte* di cui all'art. 1149 sulla responsabilità contrattuale, sono ricomprese tanto le conseguenze patrimoniali quanto quelle non patrimoniali²¹.

Nel 2003, la Assemblea plenaria della Court de Cassation definisce come danno esistenziale ogni pregiudizio di carattere personale risultante da turbamenti, disturbi o scompigli alle normali condizioni della vita che determinino privazioni e perdite dei piaceri ordinari dell'esistenza²².

Nell'orizzonte francese, ai fini del risarcimento del danno non patrimoniale, il cumulo non avrebbe nemmeno una precisa utilità. L'aveva, invece, per la prescrizione ma gli stessi effetti erano ottenuti tramite la creazione delle *obligation de sécurité* o *de soin*²³: i giudici avevano escogitato responsabilità contrattuali che le parti non avevano previsto, allo scopo di evitare precise disposizioni di legge sulla durata dell'azione risarcitoria²⁴.

Questo, tuttavia, non incideva sulle regole di riparto dell'onere della prova. Infatti, pur rientrando nell'area contrattuale, trattasi di obbligazione di mezzi per cui sarà l'attore a dover fornire la prova della colpa del convenuto²⁵.

²⁰ L'indirizzo è inaugurato da Cass., Ch. Reun., 15 giugno 1833, S, 1, 458 e ribadito da Cass. 13 fév. 1923, in *DC*, I, p. 52. Già negli anni '60, secondo la Cassazione francese la morte di un animale (nella specie il "cavallo Lunus") può costituire per il suo proprietario la scaturigine di un pregiudizio d'ordine soggettivo e affettivo suscettibile di dare luogo a riparazione monetaria (Cass., 1re, 16 gennaio 1962, in *D.*, 1962, p. 199; in termini Cass., 1re, 27 gennaio 1982, in *JCP*, 1983, II, p. 19923).

²¹ Secondo la dottrina, perché mai — si chiede la dottrina — si dovrebbe «traduire le mot 'perte' par 'perte d'argent'», cfr. L. MAZEAUD - A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e ed., I, Paris, 1965, p. 424.

²² «Le préjudice d'agrément est le préjudice subjectif de caractère personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence» Cass., ass. plén., 19 dicembre 2003, in *Bull. civ.*, p. 8; in *D.*, 2004, p. 161 e in *RTD civ.*, 2004, p. 300. Per successive conferme cfr. Cass., 3 giugno 2004, in *Bull. civ.*, II, n. 276; Cass., 19 aprile 2005, in *Bull. civ.*, II, n. 99; Cass., 11 ottobre 2005, in *Bull. civ.*, II, n. 242; Cass., 5 ottobre 2006, in *Bull. civ.*, II, n. 254.

²³ Cfr. P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, Padova 1989, pp. 47 e ss., in part. p. 92 e ss.

²⁴ P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 93 anche per tutti i riferimenti giurisprudenziali.

²⁵ Così P.G. MONATERI, voce *Cumulo di azioni*, in *Dig. disc. priv.*, III, Torino, 1992, p. 43 il quale rimanda anche ad una casistica in materia di obblighi del vettore, degli architetti, appaltatori, notai, gestori di maneggi ed albergatori.

In Germania, il § 253 BGB, rubricato «danni immateriali», inserito nella parte generale sulle obbligazioni e non più nella parte sul fatto illecito, pone una regola analoga al nostro articolo 2059 c.c., «per il danno che non è patrimoniale può essere richiesto un indennizzo in denaro solo nei casi determinati dalla legge».

A questa si aggiunge un secondo comma, «se è dovuto un risarcimento a causa della lesione del corpo, della salute, della libertà o della autodeterminazione sessuale, per il danno che non è patrimoniale può esigersi anche una equa indennità in denaro»²⁶.

In tal modo il danno non patrimoniale è risarcibile quand'anche derivi dall'inadempimento di un contratto ed anche quando l'illecito non dipenda dalla colpa.

Pertanto, si può affermare che sotto il profilo del danno risarcibile, né in Francia né in Germania né in Italia, al di là di quelle che possono essere singole peculiarità²⁷, si riscontrano sostanziali differenze tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Parimenti, ma in questo caso escludendo l'Italia, può dirsi per la prescrizione.

Infatti, come ricordato, il criterio cui entrambe le riforme si sono ispirate nel dettare differenti termini non hanno come *discrimen* la fattispecie²⁸ ma l'interesse giuridico tutelato o le materie.

Si tratta di un aspetto fondamentale, su cui è opportuno soffermarsi perché si colloca perfettamente all'interno di quella logica esposta in apertura al capitolo.

Gli ordinamenti francese e tedesco -nella loro accezione più politica- con riferimento alla determinazione della durata del termine, hanno dato priorità

²⁶ A fronte della novità introdotta è stato abrogato il §847 BGB a norma del quale la vittima che aveva subito un danno all'integrità fisica, salute e libertà sessuale doveva essere risarcita anche del danno non patrimoniale, essendo questa disposizione stata assorbita nel più generale disposto del §253.

²⁷ Ad esempio in punto di prevedibilità delle conseguenze dannose.

²⁸ Nel caso, natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità.

alla volontà delle parti e, solo in via subordinata, hanno introdotto una propria valutazione in ordine a quali interessi possano beneficiare di una tutela più lunga nel tempo rispetto all'ordinaria più breve.

In questa ottica, il problema del concorso di rimedi risarcitori ne esce ridimensionato ed, al contempo, semplificato.

A fronte della lesione di un determinato interesse, la parte²⁹ può avere a disposizione differenti rimedi. A differenza di quanto visto nel paragrafo precedente (2.1), il concorso non avviene tra rimedi che hanno finalità differenti ma tra rimedi che mirano tutti al medesimo scopo, in questo caso il risarcimento del danno.

Tuttavia, le differenze saranno misurabili esclusivamente sotto il profilo dell'onere probatorio.

Infatti, la lesione di un determinato interesse, darà adito tanto al risarcimento del danno patrimoniale quanto non patrimoniale.

Al di fuori di ipotesi speciali³⁰, la durata del rimedio è unica: se l'ordinamento nulla ha previsto, il termine sarà sempre il medesimo.

Di conseguenza, quando l'inadempimento vada ad incidere tanto sulla prestazione principale di natura patrimoniale quanto sull'integrità della persona, il danneggiato se è decorso il periodo per domandare l'esecuzione in forma specifica o un ristoro patrimoniale, conserva comunque un titolo per ottenere un risarcimento del danno derivante dalla lesione dell'integrità, ove la durata è di norma più lunga, beneficiando comunque delle regole contrattuali.

La soluzione, evidentemente, non elimina tutti gli aspetti problematici. L'attività dell'interprete si dovrà spostare dalla qualificazione della fattispecie all'individuazione dell'interesse, ricostruendolo alla luce della complessità delle fonti normative, per successivamente applicare il termine legale.

²⁹ In questa prospettiva perde un po' di senso parlare di contraente.

³⁰ Ove è il legislatore a determinare la durata del rimedio. È, ad esempio, il caso della responsabilità derivante da danno da prodotti difettosi.

In Italia, invece, manca una regola che, unificando i termini di prescrizione, metta fine a determinate inefficienze. Vediamole più da vicino.

L'indicazione di un termine più breve per la responsabilità extracontrattuale al fine di preservare le prove e garantire una coerenza tra realtà materiale e processuale è venuto meno. Infatti, con il differimento al momento in cui il fatto illecito è stato conosciuto, il debitore può trovarsi a dover far fronte a pretese riconducibili a condotte anche molto risalenti nel tempo.

In secondo luogo, il progressivo avvicinamento tra le due aree rende difficile distinguere quale fattispecie concreta ricada nell'illecito contrattuale oppure nell'aquiliano.

Peraltro, la stessa giurisprudenza si muove lungo la strada della sovrapposizione: l'introduzione degli obblighi di protezione, da una parte, e le figure di responsabilità da contatto sociale, dall'altra, ne sono conferma.

Infine, l'unificazione dei termini porterebbe a compimento, a livello legislativo, un percorso di avvicinamento tra le due aree: unificando sotto il profilo del danno risarcibile e della prescrizione, e mantenendo le opportune distinzioni relativamente all'onere della prova.

In tal modo, oltre ad aver creato un ordine, l'ordinamento italiano si avvicinerrebbe a quelli comunitari.

Ciò produrrebbe benefici anche in un'ottica sistematica.

Con la disciplina vigente, nell'ambito di una medesima forma di responsabilità possono convivere differenti termini.

L'azione di responsabilità contrattuale si prescrive in dieci anni. Ma, le norme del Codice civile e della legislazione di settore che vi derogano sono molteplici. Ad esempio, il diritto del mediatore al pagamento della provvigione si prescrive in un anno, come anche i diritti derivanti dal contratto di spedizione e trasporto; in materia di assicurazione, invece, è prevista una prescrizione biennale.

In teoria, la regola che nel concorso tra legge generale e speciale prevalga la seconda, dovrebbe risolvere l'interferenza.

Tuttavia, in settori significativi come la garanzia per vizi nella vendita e nell'appalto, la giurisprudenza si muove in altra direzione. È il caso dell'*aliud pro alio*³¹.

Tra gli elementi naturali del contratto di vendita, c'è l'obbligo per il venditore di garantire che il bene sia immune da vizi, ossia di caratteristiche che rendano la cosa «inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore»³². Visto l'esiguo termine di prescrizione³³ e la sua decorrenza, *ex lege*, dalla consegna della cosa³⁴, la giurisprudenza ha esteso l'applicabilità della figura dell'*aliud pro alio*.

Con riferimento alla vendita, ha elaborato una nozione ampia di vizi, arrivando a ricomprendervi tutti i casi in cui la cosa consegnata al compratore, pur essendo proprio quella specifica che le parti avevano dedotto nel contratto o che, comunque, apparteneva al genere convenuto, si riveli affetta da imperfezioni e difetti così gravi da renderla del tutto inidonea alla funzione che le è propria; o è priva delle qualità richieste per gli impieghi cui è destinata; oppure è sprovvista delle caratteristiche funzionali a soddisfare i bisogni dell'acquirente³⁵.

³¹ Con tale espressione si fa riferimento all'ipotesi in cui venga consegnato un bene differente da quello dedotto nel contratto o quando, nella compravendita di cosa generica, venga consegnato un bene di un *genus* differente. In tali ipotesi, è configurabile l'inadempimento dell'obbligazione di consegna, al quale si può reagire facendo valere i rimedi indicati dal Codice civile, nell'ordinario termine di prescrizione decennale.

In dottrina cfr. G.B. FERRI, *La vendita in generale (le obbligazioni del venditore, le obbligazioni del compratore)*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XI, Torino 2000, p. 559, il quale ritiene che la fattispecie si configuri allorché il venditore consegna al compratore un bene appartenente ad un genere diverso rispetto a quello cui apparteneva il bene oggetto della pattuizione. P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 230.

³² Nella disciplina dell'appalto, invece, manca una definizione di cosa debba intendersi per *vizi*.

³³ Un anno per la vendita e due anni per l'appalto

³⁴ O dall'accettazione, in caso di appalto.

³⁵ Cfr. Cass., 11 novembre 2008, n. 26953, in *Contratti*, 2009, p. 291, con nota di G. PETTI, *Acquisto di autoveicolo con motore rubato e consegna di aliud pro alio*; Cass., 10 luglio 2008, n. 18859, in *DeJure*; Cass., 1 luglio 2008, n. 17795, in *Contratti*, 2008, p. 1146; Cass., 22 febbraio 2008, n. 4604, in *Corr. giur.*, 2009, p. 73, con nota di O. FITTIPALDI, *Vendita di aliud pro alio e cessione, fra privati, di dipinto "certificato", ma poi rivelatosi "inautentico" risoluzione del contratto e fruizione intermedia del bene*; Cass., 7 marzo 2007, n. 5202, in *Contratti*, 2007, p. 674. Cass., 23 febbraio 2001, n. 2659, in *Giur. it.*, 2002, p. 282; ; *Contra*, Cass., 23 marzo 1999, n. 2712, in *Notariato*, 1999, p. 307; Cass., 15 maggio 1998, n. 4899, in *DeJure*.

Allo stesso modo avviene nell'appalto, ove i vizi dell'opera vengono equiparati all'opera incompleta, per sfuggire al breve termine biennale di cui al 1667 c.c., in favore di quello decennale del 2946 c.c.³⁶.

Secondo la Cassazione, le disposizioni speciali (1490 c.c. e 1467 c.c.) non escludono la comune responsabilità dell'appaltatore di cui agli articoli 1453 e 1455 c.c.

In questo modo, ove, a rigore, dovrebbe essere applicata la disciplina speciale, trovano applicazione i rimedi risolutivi generali: allo scopo di consentire ai compratori ed ai committenti di beneficiare di una prescrizione più favorevole³⁷.

Questo orientamento, superando la logica della fattispecie in modo favorevole per l'acquirente o il committente, produce, per converso, riflessi negativi verso il venditore o l'appaltatore. Con non trascurabili implicazioni.

Poiché il danno è fisiologico a qualunque ordinamento³⁸, se il professionista non è in grado di sapere l'esatta durata delle azioni di risarcimento che possono essere esercitate nei suoi confronti, ciò si traduce in un'inefficienza: un conto è garantire per un periodo che va da uno a due anni; un conto è offrire una garanzia decennale.

Infatti, a parità di onere della prova, la previsione di un rimedio più lungo implica: maggiori costi amministrativi rispetto alla gestione di rimedi più brevi; un numero potenzialmente maggiore di cause da decidere; casi più difficili da risolvere perché basati su elementi lontani nel tempo; incertezza delle situazioni soggettive³⁹.

³⁶ Cass., 12 febbraio 2006, n. 3302, in *Contratti*, 2006, p. 1113; Cass., 22 dicembre 2005, n. 28417, in *Resp. civ.*, 2007, p. 56; Cass., 17 maggio 2004, n. 9333, in *NGCC*, 2005, I, p. 856, con nota di E. LANZI, *In tema di difformità e vizi dell'opera nel contratto di appalto*; Cass., 16 ottobre 1995, n. 10772, in *Contratti*, 1996, p. 126 con nota di A. LAMANNUZZI, *La responsabilità dell'appaltatore*; Cass., 13 agosto 1964, in *Foro it.*, 1965, I, c. 422.

³⁷ Prevista per rimedi spettanti nell'ipotesi di consegna di cosa radicalmente differente da quella pattuita

³⁸ È questo l'assunto da cui parte la teoria dell'analisi economica del diritto, cfr. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*, Milano, 1975

³⁹ Per approfondimenti sul legame tra onere probatorio e prescrizione cfr. P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, cit., in part. pp. 285 e ss.

Tutti elementi che il professionista deve considerare e che si riverberano in un aumento dei costi della sua attività. Da qui, la duplice scelta.

Da un lato, può optare per un innalzamento della qualità del prodotto a finalità preventive, con conseguente aumento del prezzo finale.

Dall'altro, il professionista pur mantenendo ferma la qualità del prodotto, deve comunque optare per un aumento del prezzo dei servizi offerti per sostenere i costi di future domande che potranno essere proposte per un periodo di tempo superiore a quello previsto da una specifica previsione normativa.

È, quindi, evidente, come una scelta politica volta all'unificazione dei termini di prescrizione, aggiunge certezza nello svolgimento delle relazioni commerciali: salva la possibilità per le parti di potervi derogare e salvo quanto previsto in leggi speciali, la cui natura esige un'applicazione a casi specifici e determinati.

Così, sia in tema di danno risarcibile sia di prescrizione, la fattispecie non inciderebbe sul regime giuridico applicabile.

3. Prospettive di riforma.

Nelle pagine precedenti è emerso un ritardo dell'Italia rispetto alle esperienze europee.

I Giudici, per certi aspetti, hanno cercato di colmare le differenze ma un intervento del legislatore è senza dubbio opportuno.

Il primo passo da compiere nella direzione di una riforma è iniziare a pensare alla prescrizione non come un istituto preposto alla tutela di indeterminate esigenze di certezza di stampo pubblicistico. Questo è il retaggio di un pensiero di matrice giusnaturalista che deve essere abbandonato.

Naturalmente, non è da escludersi che, nella tutela dell'ordine pubblico, un'esigenza di certezza sia riferibile anche ad un interesse di decidere

rapidamente sulle controversie senza ingenerare iniquità, incertezze ed aumento dei costi. Tuttavia, trattasi di obiettivi che sono trasversali a molti più istituti e la prescrizione è solamente uno di questi. E non è neppure il suo tratto caratteristico.

Invece, se proprio di certezza deve parlarsi, questa deve essere inserita nella dimensione in cui opera: i rapporti tra privati, in due accezioni.

Da un lato, riferibile ai consociati ed avente ad oggetto lo svolgimento delle relazioni commerciali.

In questo senso, appare indispensabile indicare un termine generale, pensato anche in considerazione della velocità delle relazioni e degli scambi commerciali. Questo non dovrebbe essere né eccessivamente breve né troppo lungo: prendendo come riferimento le recenti riforme, tra i tre ed i cinque anni.

Le eccezioni devono essere minime e determinate non sulla base del rimedio ma dell'interesse o della materia ove il rimedio incide. Trattasi di situazioni in cui l'ordinamento può scegliere se garantire un livello più elevato di protezione, offrendo ai privati la possibilità di agire per un periodo di tempo più esteso rispetto alla previsione ordinaria.

Ad esempio, trova un senso la previsione di periodi più lunghi se oggetto della pretesa sono diritti reali, per la loro attitudine a durare a lungo nel tempo e per gli interessi economici che sottendono; rapporti di famiglia, per i vincoli di solidarietà che creano o estinguono; la tutela dell'integrità della persona, per l'alto valore che ha l'individuo in ogni ordinamento.

Dall'altro lato, la certezza è riferibile anche alle singole parti di un determinato rapporto.

Dal punto di vista della vittima del danno, il tempo di durata della sua protezione dovrebbe naturalmente essere congruente alla possibilità di rilevare il danno: se un termine non consentisse ciò, non solo non offrirebbe strumenti per reagire a condotte illecite, dolose, produttive di danni occulti; ma anche, si

porrebbe in contrasto con la funzione compensativa della responsabilità, rendendo determinati pregiudizi non risarcibili.

Pertanto, non potendo prevedere una norma generale sulla durata che contempra tutte le diversità di pregiudizi, è opportuna una scelta che agisca sulla decorrenza del termine legandolo alla conoscenza ed alla conoscibilità, requisito da interpretarsi, in linea con l'orientamento delle sezioni unite, alla luce dei requisiti della diligenza e della miglior scienza ed esperienza del momento storico.

Spetterà, in un secondo momento, alla giurisprudenza, sulla base dei casi più frequenti, introdurre delle presunzioni, *ex art. 2727 c.c.*, che indichino quando il presupposto possa ritenersi integrato.

Parimenti, l'introduzione di clausole generali di sospensione quali il caso fortuito e la forza maggiore, sul modello seguito dalle riforme tedesca e francese, garantirebbe effettività.

Inoltre, sempre nella prospettiva di realizzazione dell'interesse sotteso al rapporto, sarebbe opportuna una previsione che disponga, a fronte dell'esperimento di un rimedio, la sospensione e l'interruzione degli altri 'inscindibilmente connessi'.

Dietro questa proposta c'è la consapevolezza delle questioni interpretative sottese. D'altra parte, trattasi di problematiche che debbono essere affrontate, pena gli esiti insoddisfacenti prima esposti.

Dal punto di vista del debitore, esigenze di certezza debbono essere tutelate anche nei suoi confronti. Costui, infatti, adempiendo esattamente e correttamente al suo dovere di informazione, può certamente anticipare nel tempo l'inizio del decorso, con effetti benefici anche per il danneggiato.

Tuttavia, la sua esigenza non può essere esclusivamente soddisfatta dalla condotta tenuta, ma se ne deve fare carico pure l'ordinamento, per tutto ciò che è estraneo al suo controllo.

Il rischio che questi corre, infatti, è l'esposizione del suo patrimonio a pretese potenzialmente illimitate.

In tal senso, è necessaria la previsione di un termine di sbarramento finale, lungo, la cui decorrenza sia legata a criteri oggettivi.

Con riferimento al danno risarcibile, tra la soluzione francese che parla di *'naissance du droit'* e quella tedesca che fa riferimento a 'compimento dell'azione', 'violazione dell'obbligo', 'altro fatto che ha dato luogo al danno', sembra preferibile la seconda opzione, per due motivi: da una parte, perché si tratta di un termine posto a protezione del debitore ed è, quindi, alla sua condotta che deve essere legato; dall'altra, perché rispetto al concetto di *nascita del diritto*, la soluzione tedesca offre maggiori sicurezze in ordine alla decorrenza.

Per le altre ipotesi, diverse dal risarcimento del danno, analogamente a quanto previsto sia in Francia sia in Germania, il termine lungo può essere legato alla 'nascita del diritto'.

In entrambi i casi, proprio perché è a tutela del debitore, di norma non potranno trovare applicazione cause di sospensione e di interruzione.

Rimarrebbero, invece, confermate, tutte le norme sull'irrilevabilità d'ufficio della prescrizione, sulla rinuncia, sull'opponibilità da parte dei terzi e sull'irripetibilità del pagamento del debito prescritto.

Trattasi di norme essenziali perché disciplinano le modalità di produzione degli effetti dell'istituto in esame.

Si potrebbe anche seguire un'altra via e propendere per la scelta adottata dal legislatore tedesco. Stabilendo che al compimento del periodo legale il debitore è titolare del diritto di rifiutare l'adempimento, da qui si possono ricostruire le figure dell'eccezione e della rinuncia alla prescrizione.

Tuttavia, sembra preferibile mantenere una continuità con la nostra tradizione, in linea anche con le decisioni del legislatore francese: privilegia il comportamento delle parti e risulta più malleabile a fronte delle diversità di situazioni prescrittibili.

Mentre *ex latere creditoris*, la prescrizione riguarda l'esperibilità nel tempo di una tutela per la realizzazione di un interesse insoddisfatto, *ex latere debitoris*, la

prescrizione può essere letta come una tecnica di difesa che gli consente di paralizzare la pretesa di controparte, che non opera automaticamente ma è rimessa ad una decisione: se si sceglie di non eccepirarla, bisognerà o adempiere all'obbligazione o adottare una differente strategia.

Ricondotto l'istituto agli interessi delle parti, rimane da sciogliere il nodo relativo all'ingresso dell'autonomia privata.

In linea di principio, accordi derogatori alla disciplina legale dovrebbero essere ammessi, entro determinati limiti.

Il primo ha natura temporale. È necessario individuare una durata minima ed una massima, l'una preordinata al divieto di ingresso di termini eccessivamente iugulatori, l'altra tesa ad evitare un'eccessiva esposizione del patrimonio del debitore nel tempo nonché a protezione di quell'esigenza diffusa di certezza dei rapporti giuridici.

Al di là dei limiti temporali, non è da escludersi che le parti possano prevedere ulteriori cause di sospensione e di interruzione. Diversamente, è da ritenersi che siano vietati accordi volti ad escludere l'applicazione di cause di sospensione e di interruzione già previste, perché esiste un fondato rischio che la tutela perda di effettività.

Per gli stessi motivi dovrebbero essere limitati gli accordi aventi ad oggetto la decorrenza della prescrizione o aventi ad oggetto rinunce preventive.

Quelli indicati sono solo criteri orientativi.

A quanto consta, al parlamento non sono in discussione progetti di riforma dell'istituto e questo segna, senza dubbio, una mancanza dell'ordinamento italiano.

Non si tratta solo di allinearsi alle decisioni prese dai legislatori di Paesi a noi vicini. Piuttosto, bisogna prendere atto delle inefficienze e delle nuove esigenze che affiorano dalla società, non potendo tutte essere colmate dalla giurisprudenza.

Le esperienze straniere intervengono in un secondo istante.

Nell'elaborare un progetto di riforma non si può prescindere dal valutare se le soluzioni apportate da altri ordinamenti di tradizione vicina alla nostra siano efficienti ed importabili.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, in *Quaderni della Riv. trim.*, Milano, 2004
- AA. VV., *Le nuove frontiere della comparazione. Atti del I convegno nazionale SIRD, Milano 5-6-7 maggio 2011*, a cura di L. Antonioli – G.A. Bencchio – R. Toniatti, Trento, 2012
- AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 19
- AFFERNI G., *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno*, in *Danno e resp.*, 2007, 7, p.764.
- AGNINO F., *Mancata presentazione di querela e termine di prescrizione per l'azione civile*, in *Danno e resp.*, 2002, 831
- ALPA G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Alpa, Milano, 1999, p. 606
- ALPA G., *Trattato di diritto civile, I, Storia, Fonti, Interpretazione*, Milano, 2000, p. 953
- AMALFITANO C. e F. PERSANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2012, p. 192.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003
- ARENA A., *Rinunzia della società alla prescrizione del debito sociale e obbligo solidale del socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, II, p. 57
- ASTONE F., *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 603
- AUER P., *La flexicurity nel tempo della crisi*, in *Dir. rel. Ind.*, 2011, p. 37

- AULETTA T., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 35
- AURICCHIO A., *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 39
- AZZARITI G. – G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1977
- BALESTRIERI F., *Le sezioni unite pongono fine alla favolosa vita della (c.d.) controeccezione di interruzione della prescrizione*, in *Dir. lav.*, 2005, II, p. 408.
- BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, p. 187
- BASTIANON S., *La Corte di giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, p. 1855
- BASTIANON S., *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungolatenti*, in *Corr. giur.*, 2007, 5, p. 648
- BAUDRY LACANTINERIE G. – A. TISSIER, *Prescrizione*, Milano, 1908
- BENACCHIO G.A., *Alcune questioni in tema di risarcimento del danno antitrust nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Studi in onore di Aldo Frignani*, Napoli, 2011, p. 566
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 467
- BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.
- BIANCHI R., *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7-8, p. 1605
- BIONDI B., *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XII, Torino, 1961, p. 400
- BOCCHINI R., *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, p. 207.
- BOLAFFI R., *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Milano, 1936
- BONA M., *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della «ragionevolezza»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1709
- BONA M., *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio alla responsabile (la nuova regola a confronto con i modelli inglese... idee per una riforma)*, in *Giur. it.*, 2004, p. 286

- BONNET P.A., voce *Prescrizione. IV) Diritto canonico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1991
- BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.
- BRUN S., *Danno biologico e dies a quo della prescrizione*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2771
- BUNGE M., *La causalità. Il posto del principio causale nella scienza moderna*, Boringhieri, Torino, 1970.
- BUSNELLI F. D. (cur.), *Il principio di buona fede*, Milano, 1987
- BUSNELLI F. D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537 ss.
- BUSNELLI F.D., *La lesione del credito da parte del terzo*, Giuffrè, 1964, p. 123
- BUSNELLI F.D., *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50.
- BUTERA A., *Il Codice italiano commentato secondo l'ordine degli articoli*, Torino, 1947
- CACACE S., *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione di innocenza nell'accertamento del nesso causale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 195
- CANNELLA M., *L'eccezione di prescrizione ed i poteri del giudice*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2375
- CAPECCHI M., *Il nesso di causalità, da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005.
- CAPECCHI M., *Le sezioni unite penali sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessi per la responsabilità civile del medico?*, in *NGCC*, 2003, I, 257.
- CAPECCHI M., *Nesso di causalità e perdita di chance: dalle Sezioni unite penali alle Sezioni unite civili*, in *NGCC*, 2008, p. 143
- CAPONI R., *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1321
- CARBONE V., *Il rapporto di causalità*, in G. Alpa – M. Bessone (cur.), *La responsabilità civile*, Torino, 1997, p. 51.

- CARBONE V., *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 153
- CARDANO V., *Prescrizione del diritto al risarcimento del danno nascente da reato perseguibile a querela di parte*, in *La resp. civ.*, 2009, 6, p. 513
- CARNELUTTI F., “Perseverare diabolicum” (*A proposito del limite della responsabilità per danni*), in *Foro it.*, 1952, IV, 97
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale*, I, Padova, 1936, p. 415
- CARPAGNANO M., *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 19
- CARPAGNANO M., *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/2007 in tema di private enforcement*, in *Danno e resp.*, 2007, 7, p. 769
- CARRESI F., *Corso di diritto civile sul contratto. Introduzione. Le parti. La struttura: forma e contenuto*, Bologna, 1961, p. 41
- CASSON-PIERRE (cur.), *La réforme de la prescription en matière civile. Le chaos enfin réglé?*, Paris, 2010
- CASTELLANETA, *Per il mancato recepimento di direttive comunitarie restano ancora da sciogliere i nodi della prescrizione*, in *Guida al diritto*, 2 luglio 2011, p. 12
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO C., *Sezioni sempre più unite che antitrust*, in *Europa e Diritto privato*, 2005, p. 444
- CATTEDRA A., *Opponibilità della prescrizione del credito di imposta comunale di consumo sui materiali da costruzione da parte dell'appaltatore di lavori comunali nel caso di accollo pattizio del tributo*, in *Riv. giur. edil.*, 1964, I, p. 637
- CAVATORTA, *Durata e decorrenza della prescrizione nel caso di reato non perseguibile per mancanza di querela*, in *Arch. resp. civ.*, 1967, p. 1071
- CAVONE F., *La proposizione della querela allunga il termine (breve) di prescrizione del diritto al risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 1173.
- CENTOFANTI S., *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987

- CESTER C., *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 984
- CHIARLONI S., *La sentenza della 'terza via' in Cassazione: un altro caso del formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1363.
- CHINDEMI D., *Il danno da perdita di chance*, Milano, 2007.
- CIMMA M.R., *Prescrizione e decadenza (voce)*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, 1996
- CIMMA M.R., *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio(voce)*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, 1996
- CIRAOLO, *Sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno da fatto illecito previsto dalla legge come reato*, in *Resp. civ.*, 1988, p. 318 e ss.
- CIUCCIOVINO S., *La prescrizione dei diritti nel rapporto di lavoro*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. Santoro Passarelli, Milano, 2009, p. 1108
- CIVINNI M.G., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 1.
- CLARCK E. – M. HUGHES – D. WIRTH, *Analysis of economic models for the calculation of damages*, in Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Bruxelles, 2004
- CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970
- COSTANZO P., *La responsabilità della Pubblica Amministrazione per omissione di controlli: danni da trasfusione da emoderivati infetti*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2851.
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 485
- D'AMICO J.V., *L'interruzione della prescrizione dà luogo ad un'eccezione in senso stretto?*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1882.
- D'AVANZO W., *Commento all'art. 2936 c.c.*, in *Codice civile. Commentario*, Vol. VI, diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1943.
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 213 e p. 239
- DE LUCA TAMAJO R., *Flexicurity: un improbabile ossimoro o un'inutile mediazione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 193

- DE NOVA G., *Sul rapporto fra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 333.
- DEL SIGNORE G., *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padova, 2004.
- DELLE MONACHE S., *Profili dell'attuale normativa tedesca in tema di prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 179
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 739
- DI MAJO A., *I diritti dei medici specializzandi e lo stato inadempiente*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1428
- DI MAJO A., *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai Giudici*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 488
- DI MAJO A., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010
- DI PAOLA L., *Brevi note in tema di pagamento parziale del debito prescritto*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, p. 156
- DI PRISCO N., *I modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 9, Torino, 1984, p. 307
- FABBRI F., *Per le Sezioni unite l'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, p. 75
- FABBRINI G., *Eccezioni in senso stretto e preclusioni nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1978, II, p. 448
- FALZEA A., *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 1
- FAVILLI C., *La responsabilità dello Stato per contagio da emoderivati infetti: responsabilità per colpa o responsabilità oggettiva*, in *NGCC*, 2002, I, p. 559.
- FEOLA M.D., *Il termine di prescrizione nell'azione per il risarcimento del danno da reatp perseguibile a querela: il punto d'arrivo delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1363
- FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Milano, 1960
- FERRONI M.V., *Eccezione di merito e principio dispositivo*, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 932

- FERRUCCI R., *Della prescrizione e della decadenza*, Torino, 1965, p. 415.
- FERRUCCI R., *Prescrizione estintiva*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 45
- FIANDACA G. - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009
- FLICK M., *Danni da contagio per trasfusione: un'occasione per ripensare il problema del dies a quo della prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 916
- FONTANA G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino, 2010
- FORCHIELLI P., *Il rapporto di causalità nella responsabilità civile*, Padova, 1960.
- FORCHIELLI P., *Il rapporto di causalità*, Padova, 1960.
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto, II, integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 231
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010
- FRONTINI, *Prescrizioni brevi e necessaria identità tra illecito penale e civile ex art. 2047 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1994, p. 2861
- GABRIELLI E., *Dilazione del termine per l'adempimento di un contratto preliminare e sopravvenuta infermità mentale di una delle parti*, in *D. e giur.*, 1972, p. 262.
- GALANTINO L. M., *La giurisprudenza costituzionale in tema di prescrizione dei crediti del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1976, I
- GALLIONE A. – S. MACCIONI, *Il danno e il reato*, Padova, 2000, p. 247
- GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 239 ss.
- GALLO P., *Prescrizione e decadenza in diritto comparato*(voce), in *Dig. disc. priv.*, XIV, 1996
- GANGI C., *Le obbligazioni*, Milano, 1951, p. 86
- GARCEA D., *Sulla natura dell'illecito di durata della sanzione di lavoro irregolare*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 6
- GAROFALO L. (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, 2003
- GENTILE F., *Prescrizione estintiva e decadenza*, Roma, 1964

- GENTILE F., *Rapporti fra la prescrizione civile e la prescrizione penale nell'azione di risarcimento danni*, in *Resp. civ. e prev.*, 1955, p. 354
- GERI V., *Il rapporto di causalità nel diritto civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 187
- GHERA E., *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2008, p. 7.
- GHERA E., *Sulla prescrizione dei diritti patrimoniali nel pubblico impiego*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1014
- GIACOBBE G. – M.L. GUIDA, voce *Remissione del debito*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 788
- GIOIA A., *L'azione surrogatoria nel diritto vivente*, Napoli, 1955
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1911
- GORGONI M., *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005.
- GORLA G., *Il ricorso alla legge di un luogo vicino nell'ambito del diritto comune europeo*, in *Foro it.*, 1977, V, c. 91.
- GORLA G., *Sulla c.d. causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 405
- GRASSO B., *Prescrizione (Diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986
- GRASSO B., *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 883
- GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, p. 295
- GRECO F., *Le sezioni unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 827.
- HAAS L. - D. MEDICUS – W. ROLLAND – C. SCHÄFER- H. WENDTLAND, *Das neue Schuldrecht*, München, 2002
- IACONO, *Stabilità e prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Argom. dir. lav.*, 2, 1995, p. 63
- ICHINO G., *La parte civile nel processo penale*, Padova, 1989
- INZITARI B., *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 498

- IZZO U., *La prescrizione nella responsabilità civile*, Padova, 2004
- IZZO U., *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolattente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 853
- IZZO U., *la decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolattente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 853
- IZZO U., *Sangue infetto e responsabilità civile: il danno da contagio fra responsabilità del produttore ed esercizio di attività pericolose*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 1012.
- JOURDAI-WÉRY (cur.), *La prescription extinctive*, Bruxelles, 2010
- LENAERTS K.– D. ARTS – I. MASELIS, *Procedural law of the European Union*, London, 2006, in part. p. 83
- LEPRI A., *Concorso di cause umane e naturali nella responsabilità civile extracontrattuale*, in *NGCC*, 1991, I, 797
- LEVENEUR, *La faculté d'aménagement de la prescription en matière civile*, in Casson-Pierre (cur.), *La réforme de la prescription en matière civile. Le chaos enfin réglé?*, Paris, 2010, p. 72
- LIBERTINI M., *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093
- LIPARI N., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 865
- LORENZ-RIHEM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002
- LUISO P., *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza 'rivoluzionaria'?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1611
- LUMINOSO A., *Possibilità o necessità della relazione causale*, in *Riv. giur. sarda*, 1991
- M. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1964, p. 308
- M.R. CIMMA, *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1996
- MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Digesto – IV ediz., disc. priv. – sez. comm.*, V, Torino, 1990, p. 51
- MAIENZA, *In tema di decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di annullamento*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 816

- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011
- MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983
- MARESCA, *Prescrizione: II) Diritto del lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, 1991
- MASI A., *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, dir. da P. Rescigno, VIII, Torino, 1982
- MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006
- MAUGERI M.R., *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, p. 175.
- MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 601.
- MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, IV, Milano, 2011, p. 875
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, p. 21
- MENZELLA R., *Consumatori ed illecito antitrust: i sinistri risvolti di consumerismo e garantismo nel cartello r.c. auto*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 524
- MESSINEO F., *Variazioni sul concetto di rinuncia alla prescrizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 506
- MINERVINI E., *La prescrizione e i terzi*, Napoli, 1994.
- MIRABELLI G., *Della prescrizione*, Napoli-Torino, 1915
- MIRANDA, *Le prescrizioni presuntive nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2001.
- MODICA I., *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, I, *Parte generale*, Torino, 1906
- MOLFESE G., *Prescrizione e decadenza in materia civile*, Milano, 2005, in part. p. 108
- MONATERI P.G. – C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009,
- MONATERI P.G. – M. BONA – U. OLIVA – U.F. PECCENNINI – P. TULLINI, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, II, p. 605.
- MONATERI P.G., *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 389.

- MONTANARI M., sub art. 112, in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di C. Consolo e P. Luiso, Milano, 2000
- MONTANARI VERGALLO G. – P. FRATI, *La tutela risarcitoria dei pazienti danneggiati da emotrasfusioni infette*, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 1, p. 39
- MOSCARINI L., *La tutela dei diritti*, Bologna, 1998
- MOSCATI E., sub art. 2034. *Pagamento dell'indebitito*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja – G. Branca, Bologna-Roma, 1981
- MOSCATI, *Illecito civile e reato perseguibile a querela di parte: decreto di archiviazione per difetto di querela; prescrizione dell'azione civile*, in *Giust. civ.*, 1966, p. 736
- NAPOLETANO D., *Influenza della pronunzia di incostituzionalità della normativa relativa alla decorrenza della prescrizione del diritto alla retribuzione sui diritti già prescritti*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, p. 334.
- NARDI E., *Rapporti fra ritenzione, prescrizione ed obbligazione naturale*, in *Studi parmensi*, 1955, p. 78
- NASCIMBENE B. – F. ROSSI DAL POZZO, *L'azione di risarcimento antitrust e la prescrizione nel diritto comunitario e nel diritto nazionale*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2008, p. 513
- NATOLI U. – R. FERRUCCI, *Della tutela dei diritti*, in *Comm. Utet*, Torino, 1962, p. 435
- NERVI A., *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 495
- NICCOLÒ R., *Azione surrogatoria ed azione revocatoria*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1953, sub art. 2901, p. 232.
- NICCOLÒ R., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 35
- NIVARRA L., *Ragionevolezza e diritto privato*, *Ars Interpretandi*, in *Annuario di ermeneutica giuridica*, 7, 2002, p. 373.
- NOVELLA M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009
- OLZEN-WANK, *Die Schuldrechtsreform*, Köhn-Berlin-Bonn-München, 2002
- ORENGO, *Le prescrizioni presuntive e i crediti del prestatore di lavoro*, Milano, 1966

- ORIANI R., *L'interruzione della prescrizione è rilevabile d'ufficio: le sezioni unite della Corte di cassazione abbandonano un indirizzo risalente al 1923*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2659
- ORIANI R., *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. p. 79 e ss.
- ORIANI R., voce *Eccezione*, in *Dig. civ.*, Torino, 1991, VII, p. 296
- ORLANDI M., *Pactum de non petendo e inesigibilità*, Milano, 2000
- ORLANDI M., *Pactum de non petendo e riduzione del rapporto*, in *Studium Iuris*, 2001, p. 1441
- ORLANDO S., *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033
- PAGNI I., *La tutela civile antitrust dopo la sentenza 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 337
- PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1999
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2011
- PALMIERI A. – R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014
- PALMIERI A., *Cartello tra compagnie assicuratrici, aumento dei premi e prova del pregiudizio: il disagiata cammino dell'azione risarcitoria per danno da illecito antitrust*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097
- PALMIERI A., *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*, in *Foro it.*, 2012, I, c. 802
- PALMIERI A., *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale. Argomentazioni extravagantes per un illecito inconsistente*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1121
- PANZA G., *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984
- PANZA G., voce *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1997, p. 229.

- PARDOLESI R., *Il danno antitrust in cerca di disciplina e di identità?*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097
- PATTI S., voce *Verwirkung*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1999, XIX, p. 722
- PERA G., *Ancora sulla prescrizione per i diritti dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 587
- PERA G., *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Commentario al Codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990
- PERA G., *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *Digesto, IV ediz., disc. priv. – sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 216
- PUGLIESE G.A., *La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1911, p. 509
- RANIERI F., *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971
- REALMONTE F., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Torino, 1967
- REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 84
- REDENTI E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1960, p. 108 e ss
- RESCIGNO P., *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.
- RIGHETTI I., *Prescrizione e danno lungolatente*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 845
- RIGHETTI, *Ancora un revirement della Cassazione sul dies a quo della prescrizione dell'azione risarcitoria nel danno lungo latente: un segnale per le sezioni unite?*, in *Giur. it.*, 2004, p. 1581
- RINALDI F., *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*, in *NGCC*, 2005, p. 444.
- RODOTÀ S., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, I, p. 149
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, p. 709
- ROMANO S., *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1953, p. 66
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001

- ROPPO V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 5.
- ROSELLI F., *Della tutela dei diritti*, in C. Ruperto (a cura di), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2011
- ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 139
- ROSELLI F., *La prescrizione e la decadenza*, in *Diritto civile*, dir. da N. Lipari – P. Rescigno, Vol. IV-II, Milano, 2009
- ROSELLI M. – P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1999
- ROSSELLO M., *Il danno evitabile*, Padova, 1990
- ROSSETTI M., *Prescrizione breve se non c'è querela*, in *Dir. e giust.*, 2002, p. 18.
- ROSSI V., *Appunti sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, in *Dir. e giust.*, 2004, p. 623.
- ROTH H., *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts*, München, 1988
- RUPERTO C., *Prescrizione e decadenza*, Torino, 1985
- RUPERTO S., *Libro VI - (artt. 2643-2739) Della tutela dei diritti*, in C. Ruperto (cur.), *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina*, Milano, 2012.
- RUSSO U., *Trasfusioni infette: quale responsabilità per il Ministero della sanità?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 835.
- SACCO R., *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1988
- SALVI C., voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1988, p. 1084
- SAPONE N., *Illecito permanente* (voce), in *Dig. disc. priv.*, aggiorn., Torino, 2010
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1962, p. 47
- SCODITTI E., *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 718.
- SCODITTI E., *Il consumatore e l'antitrust*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1121
- SCODITTI E., *L'antitrust dalla parte del consumatore*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014

- SCODITTI E., *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, p. 168.
- SCODITTI E., *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 2010, p. 1155
- SCOGNAMIGLIO C., *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 798
- SERMONTI A., *Alla ricerca di un precetto costituzionale e di una disposizione che lo violi (sulla decorrenza di prescrizioni di crediti di lavoro)*, in *Mass. giur. lav.*, 1966, p. 134.
- SIMONE S., *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 907
- SOMMA A., *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001.
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1976, p. 17
- STELLA F., *I saperi del giudice, la causalità e il ragionevole dubbio*, Torino, 2004.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 1975
- STOFFEL-MUNCK, *La prescription extinctive. Le rôle de la volonté*, in Jourdain-Wéry (cur.), *La prescription extinctive*, Bruxelles, 2010
- STOLFI G., *Colpa in contraendo e prescrizione*, nota a Trib. Modena, 25 maggio 1972, in *Giur. it.*, 1974, p. 433
- STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163 ss.
- STOLFI N., *Diritto civile*, II, Torino, 1926, p. 171
- TADDEI ELMI G., *Antitrust, contratti a valle e risarcimento del danno*, in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 40
- TANINI, *Onere della prova nel caso di spostamento del termine iniziale di prescrizione*, in *NGCC*, 1993, p. 487.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992
- TESCARO M., *Danni da perdita di chance e danni non patrimoniali nella controversia Cir-Fininvest*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 258.
- TESCARO M., *Decorrenza della prescrizione ed autoresponsabilità: la rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006.

- TESCARO M., *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento delle direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 2, p. 195.
- TILOCCA E., voce *Remissione del debito*, in *Novissimo digesto italiano*, XV, Torino, 1968, p. 412
- TOMMASINI R. - E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2009.
- TORO, *Prescrizione del diritto al risarcimento del danno e reato non punibile per mancanza di querela*, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 397
- TRAVAGLINO G., *Eccezione di prescrizione, controeccezione di interruzione, poteri officiosi del giudice*, in *Corr. del merito*, 2006, p. 51
- TRICOLI, *Lesioni personali da incidente stradale e prescrizione del diritto al risarcimento del danno in mancanza di querela*, in *Assicurazioni*, 1990, II, p. 35 e ss.
- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Torino, 1967
- TROISI B., *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1978
- TROISI B., *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980
- TROPLONG R.T., *Della prescrizione, o commentario del Tit. 20., Lib. 3. del Codice Civile*, Torino, 1841
- VALCAVI G., *Sulla causalità giuridica nella responsabilità da inadempimento e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 409
- VENTRELLA, *Danno occulto e illecito permanente: questioni di decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2781
- VETTORI G. (cur.), *Remedies in contract. Common rules for european law*, Padova, 2008.
- VETTORI G., *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, pp. 44
- VETTORI G., *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le corti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 237
- VETTORI G., *La responsabilità civile fra funzione compensativa e deterrente*, in www.personaemercato.it
- VETTORI G., *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 86

- VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità davanti alle Sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104
- VIANELLO A., *Eccezione di interruzione della prescrizione*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 605
- VISINTINI G. (cur.), *Il risarcimento del danno contrattuale e extracontrattuale*, Torino, 1984
- VISINTINI G., *La nozione giuridica di danno. Le teorie causali: causalità di fatto e causalità giuridica*, in G. VISINTINI G. (a cura di), *I fatti illeciti, III, Causalità e danno*, Padova, 1999.
- VITUCCI P. – F. ROSELLI, *Le disposizioni generali sulla prescrizione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, vol. 20
- VITUCCI P., *La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 157
- VITUCCI P., *La prescrizione*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999
- VITUCCI P., *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 807
- WENDTLAND H., *Verjährung von Ansprüchen*, in L. Haas - D. Medicus – W. Rolland – C. Schäfer- H. Wendtland, *Das neue Schuldrecht*, München, 2002
- ZAPPULLI C., *Il libro della tutela dei diritti*, Milano, 1956
- ZENO ZENCOVICH Z., *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, p. 132 e ss.
- ZENO ZENCOVICH V., *Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria*, in *NGCC*, 1992, I, 362
- ZOPPOLI L., *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *I Working Papers*, editi dal Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo 'Massimo d'Antona', 141/2012.
- ZWEIGERT K. – H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995.

