

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

IL *DIES A QUO* DELLA PRESCRIZIONE NELLA LEGGE

1.	Il momento iniziale della prescrizione e le esigenze della società contemporanea.	1
2.	Alcune precisazioni preliminari.	10
3.	Prescrizione, impedimenti di fatto e conoscenza nel diritto di famiglia. . .	13
3.1.	In particolare, la prescrizione dell'azione di disconoscimento di paternità.	15
4.	La prescrizione e i diritti successori.	22
4.1.	Il diritto di accettare l'eredità.	23
4.2.	L'impugnazione dell'accettazione e della rinuncia dell'eredità. . .	25
4.3.	L'impugnazione di un testamento o di una disposizione testamentaria.	26
4.4.	L'annullamento e la rescissione della divisione ereditaria.	28
5.	Le azioni esperibili in ambito contrattuale.	29
5.1.	L'annullamento di un contratto a titolo oneroso.	31
5.2.	Le azioni di garanzia esperibili nell'ambito del contratto di compravendita.	38
5.2.1.	La disciplina del codice in caso di vizi della cosa venduta. .	38
5.2.2.	L'azione nella vendita dei beni di consumo.	41
5.2.3.	L'azione di garanzia nella vendita internazionale di beni mobili.	44
5.3.	La garanzia per i vizi nell'appalto.	48
5.4.	L'azione di risoluzione nel contratto di locazione di immobili urbani.	49
6.	L'azione di risarcimento del danno da fatto illecito.	50
6.1.	L'azione di risarcimento del danno da attività nucleari.	50
6.2.	L'azione di risarcimento del danno da prodotto difettoso.	51
6.3.	L'azione di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust.	52
7.	L'art. 2935 c.c. è davvero una norma "regolare"? Alcune conclusioni provvisorie.	55

CAPITOLO SECONDO
GLI IMPEDIMENTI DI FATTO RICONOSCIUTI
DALLA GIURISPRUDENZA

1.	La rilevanza degli ostacoli di fatto nella giurisprudenza..	63
2.	Il <i>dies a quo</i> del diritto al risarcimento del danno.	65
2.1.	Il risarcimento del danno da fatto illecito.	65
2.2.	Il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.	68
2.3.	Il risarcimento del danno da malattie professionali.	73
2.4.	L'azione di responsabilità degli amministratori spettante ai creditori sociali.	75
3.	L'azione revocatoria ordinaria.	79
4.	Altre difficoltà di fatto. I crediti retributivi nascenti da lavoro subordinato..	81
5.	Casi solo apparenti di differimento del <i>dies a quo</i>	86
5.1.	Le prestazioni restitutorie esigibili a richiesta.	87
5.2.	Il diritto di ripetizione dell'indebito nel rapporto di conto corrente bancario assistito da apertura di credito.	90
6.	Il fondamento della rilevanza degli ostacoli meramente fattuali.	92

CAPITOLO TERZO
LE REGOLE SULLA PRESCRIZIONE
NEL CONTESTO EUROPEO: SPUNTI PER UNA
NUOVA VISIONE DELL'ISTITUTO?

1.	L'utilità di un'analisi comparatistica dell'istituto della prescrizione.	95
2.	La riforma della prescrizione nel diritto tedesco.	96
3.	La riforma francese.	104
4.	La disciplina della prescrizione in Inghilterra: un progetto di riforma. . .	108
5.	I Principi europei del diritto dei contratti, quelli UNIDROIT e il <i>Draft of Common frame of Reference</i>	110
6.	La rilevanza del principio di meritevolezza nella giurisprudenza dell'Unione Europea.	115
7.	Le pronunce della CEDU e il bilanciamento di interessi in gioco nel caso concreto.	118

CAPITOLO QUARTO
LA RILEVANZA DEGLI IMPEDIMENTI DI FATTO

1.	Una diversa lettura dell'art. 2935 c.c.	123
2.	L'utilizzo dell'analogia in materia di <i>dies a quo</i> della prescrizione in funzione della garanzia della certezza del diritto.	128
3.	L'esigenza di rendere effettiva la tutela dei diritti inviolabili.	132
4.	Conoscenza, conoscibilità e onere della prova.	137
	<i>Bibliografia</i>	143

CAPITOLO PRIMO
IL *DIES A QUO*
DELLA PRESCRIZIONE NELLA LEGGE

SOMMARIO: 1. Il momento iniziale della prescrizione e le esigenze della società contemporanea. — 2. Alcune precisazioni preliminari. — 3. Prescrizione, impedimenti di fatto e conoscenza nel diritto di famiglia. — 3.1. In particolare, la prescrizione dell'azione di disconoscimento di paternità. — 4. La prescrizione e i diritti successori. — 4.1. Il diritto di accettare l'eredità. — 4.2. L'impugnazione dell'accettazione e della rinuncia dell'eredità. — 4.3 L'impugnazione di un testamento o di una disposizione testamentaria. — 4.4. L'annullamento e la rescissione della divisione ereditaria. — 5. Le azioni esperibili in ambito contrattuale. — 5.1. L'annullamento di un contratto a titolo oneroso.— 5.2. Le azioni di garanzia esperibili nell'ambito del contratto di vendita. — 5.2.1. La disciplina del codice in caso di vizi della cosa venduta. — 5.2.2. L'azione nella vendita dei beni di consumo. — 5.2.3. L'azione di garanzia nella vendita internazionale di beni mobili. — 5.3. La garanzia per i vizi nell'appalto. — 5.4. L'azione di risoluzione nel contratto di locazione di immobili urbani. — 6. L'azione di risarcimento del danno da fatto illecito. — 6.1. L'azione di risarcimento del danno da attività nucleari. — 6.2. L'azione di risarcimento del danno da prodotto difettoso. — 6.3. L'azione di risarcimento del danno da violazione delle norme antitrust. — 7. L'art. 2935 c.c. è davvero una norma "regolare"? Alcune conclusioni provvisorie.

1. *Il momento iniziale della prescrizione e le esigenze della società contemporanea.*

L'interpretazione usuale dell'art. 2935 c.c., laddove afferma che la prescrizione decorre dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, è nel senso che solo gli impedimenti legali all'esercizio del diritto siano in grado di differire l'inizio del termine (1). A questa

(1) G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, in *Comm. Scialoja Branca*, 1972, *sub* art. 2935, Bologna-Roma, 1972, 220 s.; R. FERRUCCI, *Prescrizione estintiva*, in *Noviss. Dig.*, XIII, Torino, 411 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*

lettura si contrappongono tuttavia soluzioni diverse: ciò emerge considerando le frequenti previsioni contenute nella legislazione speciale, sovente di derivazione europea, che mostrano di discostarsi da quel modo di intendere la norma; nella medesima direzione muovono peraltro anche disposizioni contenute all'interno dello stesso codice civile, le quali attribuiscono rilevanza a ostacoli meramente materiali. Il quadro che a prima vista emerge è quello di una disciplina frammentata, a sua volta interpretata dalla giurisprudenza in termini talora di rigorosa applicazione del principio ritenuto come generale, talaltra di deroga a quest'ultimo.

Vista da una prospettiva sovranazionale, questa frammentazione risulta comune a molti ordinamenti, ove è stata ed è tuttora avvertita l'esigenza di riformare e semplificare la disciplina della materia. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ordinamento inglese, ove le norme in tema di prescrizione sono considerate incoerenti, complesse, datate e incerte (2); a quello tedesco, in cui esigenze di semplificazione hanno condotto a riformare interamente la disciplina della prescrizione, anche mediante l'abrogazione di una serie di previsioni speciali (3); a quello francese, ove la *Loi* n. 2008-561 du 17 juin 2008, "*portant réforme de la prescription en matière civile*" si è ispirata largamente a modelli stranieri per rivedere una materia che presentava molteplici difetti strutturali, messi in luce nell'*Avant-project de réforme du droit de la prescription*.

In un simile quadro, sembra opportuno interrogarsi sulla coerenza del nostro sistema e domandarsi quali rapporti vi siano tra la disciplina riguardante il *dies a quo* e le finalità dell'istituto della prescrizione, alla luce di disposizioni, dettate in numerosi campi del diritto civile, che a prima vista appaiono discostarsi dall'idea che nega rilievo ad impedimenti che non attengano ai presupposti

civile, Napoli, 2012, 113 ss.; F. S. GENTILE, *Il nuovo codice civile commentato*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, Napoli, 1958, 547.

(2) Cfr. *Law Commission Consultation paper* (n. 7), 241 ff.

(3) Legge 26 novembre 2001, che ha riformato per intero la sezione quinta del *Bürgerliches Gesetzbuch*.

giuridici necessari per far valere il diritto; si tratta in particolar modo di comprendere se la portata delle eccezioni emergenti dal sistema sia in grado di mettere in discussione il principio considerato generale dall'interpretazione corrente.

In dottrina si è soliti rinvenire il fondamento della prescrizione estintiva (4) nella necessità di assicurare certezza ai rapporti giuridici (5): un'esigenza sociale così avvertita da essere ritenuta in grado

(4) Per lungo tempo il concetto di prescrizione estintiva è stato considerato congiuntamente a quello di prescrizione acquisitiva: nel *Code Napoléon*, all'art. 2219 la prescrizione era definita come "un mezzo di acquistare e di liberarsi mediante un certo lasso di tempo e alle condizioni prescritte dalla legge". Questa impostazione influenzò la legislazione europea dell'Ottocento, tra cui anche il nostro Codice del 1865 ove, all'art. 2105, la prescrizione era il "mezzo con cui, col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da un'obbligazione". Tale concetto unitario fu accolto per lungo tempo anche dalla dottrina, la quale riconosceva un fondamento comune ai due istituti, quello per cui il decorso del tempo cristallizza in maniera definitiva lo stato di fatto (sul punto si veda quanto rilevato da A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 33 ss. L'Autore rileva in particolare come le ragioni di questa interpretazione, oggi superata, non possono essere ravvisate soltanto in un equivoco terminologico, ma risiedono piuttosto nel fatto che in entrambe le fattispecie concorrono gli elementi dell'acquisto e della perdita di un diritto). Il codice vigente, come è noto, ha distinto tra prescrizione estintiva e usucapione, estendendo la prima alla gran parte dei diritti soggettivi (anche se, come è stato rilevato, per i diritti reali limitati l'inerzia viene ancora indicata con il termine "non uso" e la disciplina è, in parte, diversa: sul punto cfr. P. VITUCCI, F. ROSELLI, *La prescrizione*, In *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, 28 s.), optando in questo modo per una soluzione accolta in Francia solo di recente (la l. 17 giugno 2008, n. 2008-561, ha limitato l'art. 2219 alla disciplina della sola *prescription extinctive*, prevedendo quella della *prescription acquisitive* all'art. 2258). La medesima soluzione si trova altresì nel *Draft of Common Reference*, ove la prescrizione estintiva è regolata nel libro III, cap. 7, mentre la disciplina dell'acquisto della proprietà tramite possesso è contenuta nel libro VIII, cap. 4. Nel nostro ordinamento, peraltro, non si può trascurare l'esistenza di una norma che, ad oggi, mantiene vivo un legame tra i due istituti: il riferimento è all'art. 1165 c.c., che, con riferimento alla disciplina dell'usucapione, rinvia, "in quanto applicabili", alle disposizioni generali sulla prescrizione. La soluzione, oltre a dare luogo a numerose incertezze interpretative (sul punto si veda P.G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione*, in P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *La prescrizione*, Trattato di diritto civile, vol. 5, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, 1 ss.) rivela come anche nell'impianto codicistico contemporaneo continui a sussistere una connessione non solo concettuale, ma anche funzionale, tra i due istituti (P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, 30).

(5) Sul punto si vedano G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, *cit.*, 203; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, *cit.*, 37; P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, 232; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, 223; F.

di assorbire molte delle altre funzioni che sono state rinvenute nell'istituto (6) — tra le quali quelle di liberare il soggetto passivo dal vincolo giuridico (7), di conformare la situazione di diritto a quella di fatto (8), o di sanzionare la negligenza del titolare del diritto (9) —.

Sotteso a questa necessità di ordine sociale viene ravvisato un interesse di natura pubblica (10), ovvero quello di evitare che la definizione giudiziale dei rapporti giuridici sia affidata a eventi lontani e, come tali, incerti e difficili da provare, con il rischio che

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, 183, V. TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948, 19; S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. Trim. dir. proc. civile*, 2010, 21 s., il quale mette in luce come le esigenze di certezza e di stabilità, che hanno ispirato le regole codicistiche in materia, fossero proprie del “mondo di ieri”, un mondo connotato da un ordinato svolgersi dei rapporti sociali e dalla regolamentazione dei rischi; B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Camerino, 1980, 134, il quale sottolinea la circostanza paradossale per cui un istituto volto a garantire la certezza del diritto “sia esso stesso fonte di profonde incertezze: ogni suo aspetto più significativo — inerente sia alla natura giuridica, sia alla struttura, sia alla funzione — è controverso”. Sottolinea A. CANDIAN, *Decadenza e prescrizione*, in *Temi*, 1950, 3 come la necessità di certezza giuridica sia alla base non tanto dell'istituto della prescrizione, quanto della decadenza. In altro ordinamento considera la medesima problematica R. WINTGEN, *Reforming the French Law of Prescription: A French Perspective*, in *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (“the Avant-projet Catala”)*, a cura di J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, Oregon, 2009: “In the area of prescription more than in other areas, the policy considerations pursued by the legislature that justify statutory rules are often not in line with the requirements of individual justice”.

(6) In tal senso G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, cit., 203.

(7) A. AURICCHIO, op. cit., 33; B. GRASSO, *Prescrizione*, (*Dir. Priv.*), in *Enc. Dir.*, Milano, 57; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile 1, Norme soggetti rapporti giuridici*, Torino, 1986 56 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 501 ss.

(8) F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, 113 ss.; FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1958, 500.

(9) L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, cit., 385. Per una critica all'idea della sanzione per l'inerzia del titolare cfr. P.G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione*, in P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *La prescrizione*, Trattato di diritto civile, vol. 5, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, 28; R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 729 s.

(10) P. TRIMARCHI, op. cit., 236.

si addivenga a decisioni distorte (11). Tale finalità di interesse pubblico — messa in luce anche nella Relazione del Guardasigilli (12) — sarebbe confermata, secondo la dottrina, dal divieto di patti che modificano la disciplina legale sulla prescrizione (13), oltre che dalla previsione che sancisce l'imprescrittibilità dei c.d. diritti indisponibili (14).

(11) F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1898, V (trad. it.), 313 ss.; F. I. DUNOD, *Trattato della prescrizione*, Napoli, 1828, 17; R.T. TROPLONG, *Della prescrizione*, trad. it., I, Palermo, 1857, 26 ss. Nella dottrina italiana più recente: S. PATTI, *op. cit.*, 24; P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 236; G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, *cit.*, 203; A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1967, 181 ss.

(12) Relazione del Guardasigilli al Codice Civile n. 1199. La finalità pubblica emerge già nel Digesto, 41, 3, 1: “Bono publico usucapio introducta est”. La giustificazione di tipo pubblicistico dell'istituto trova successivamente nel medioevo le sue radici nel fatto che esso fosse concepito in contrasto con la morale sociale, stante l'ingiusta violenza che il titolare del diritto necessariamente subiva da chi approfittava del decorso del tempo (sul punto cfr. G. MAGRI, *La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1166 s.). Per questi motivi la *ratio* era ravvisata non nella tutela degli interessi di una parte, ma di un superiore interesse alla certezza del diritto, ritenendo altresì che la disciplina della prescrizione operasse solo in caso di buona fede del possessore, se si trattava di prescrizione acquisitiva, nonché del debitore, in caso di prescrizione estintiva (sul punto si vedano: F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione*, *Storia della teoria canonistica*, Torino, 1892; P. A. BONNET, voce *Prescrizione (dir. can.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 99 ss.; A. CAMPITELLI, voce *Prescrizione (dir. intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 46 ss.; R. CATERINA, *Impium praesidium, le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001, 3 s.)

(13) G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, in *Comm. Scialoja Branca*, 1972, *sub* art. 2934, 203 parlano di “insopprimibile esigenza sociale di assicurare la certezza nei rapporti giuridici”; si veda altresì, tra i molti, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 39; C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. Sist. Civ. e comm.*, diretta da Bigiavi, Torino, 1985, 7 ss.; A. CANDIAN, *Decadenza e prescrizione*, in *TEMI*, 1950, 8; B. GRASSO, *Prescrizione (Dir. Priv.)*, *cit.*, 57; R. FERRUCCI, *Prescrizione estintiva*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957, 648.

(14) B. TROISI, *op. cit.*, 134-135: si tratta di quei rapporti sottratti alla disponibilità dei privati — diritti della personalità, rapporti di stato, petizione di eredità — i quali, normalmente, non pongono alcun problema in termini di certezza. Qualora però dovesse sorgere una problematica legata alla loro esistenza o titolarità, “è tanto intenso l'interesse pubblico alla loro certezza” che la legge prevede l'imprescrittibilità del diritto al loro accertamento. Prendendo spunto da due recenti pronunce della Suprema Corte (Cass. Civ., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Foro it.*, 2011, 2423 e Cass. Civ., 23 febbraio 2016, n. 3481, in banca dati *DeJure*), ove si rileva come alla base dell'istituto

E le medesime ragioni di ordine pubblico (15) sono alla base di quell'interpretazione che ritiene rilevanti i soli impedimenti legali (16). Ad ostacoli di questa natura già si faceva riferimento sotto la vigenza del codice del 1865, il quale, a dire il vero, non aveva stabilito in materia una regola generale; ciononostante, in dottrina il rilievo dei soli impedimenti giuridici veniva visto come il presupposto di una serie di norme particolari, quali l'art. 2120, ove era stabilito il mancato corso della prescrizione con riferimento ai diritti condizionali, finché la condizione non si fosse verificata; oppure, la

della prescrizione non vi siano ragioni di ordine pubblico, bensì l'esigenza di tutelare interessi disponibili delle parti G. MAGRI, *op. cit.*, 1169 ss., propone l'abrogazione o quantomeno la riformulazione dell'art. 2936 c.c., nel senso di ammettere deroghe al regime legale della prescrizione, sebbene contenute entro limiti temporali minimi e massimi prefissati dal legislatore, senza peraltro che queste modifiche vadano ad incidere sulla tutela del contraente debole.

(15) G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1972, *sub* art. 2934, 203 parlano di “insopprimibile esigenza sociale di assicurare la certezza nei rapporti giuridici”; si veda altresì, tra i molti, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 39; C. RUPERTO, *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. Sist. Civ. e comm.*, diretta da Bigiavi, Torino, 1985, 7 ss.; A. CANDIAN, *op. cit.*, in *TEMI*, 1950, 8; B. GRASSO, *Prescrizione*, (*Dir. Priv.*), *cit.*, 57; R. FERRUCCI, *Prescrizione estintiva*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957, 648.

(16) Tale principio, dedotto *in primis* dai lavori preparatori del codice (§ 1198, *Della Prescrizione — Disposizioni generali*, in *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, in G.U. del 4 aprile 1942: “Mancava nel codice del 1865 una norma generale circa il momento iniziale della prescrizione: nell'art. 2120, promiscuamente con alcune cause sospensive del corso della prescrizione [...] erano enunciate talune cause impeditive dell'inizio di essa [...]. La lacuna è colmata dall'art. 294 — ora art. 2935 —, il quale 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”), tutt'oggi si trova costantemente affermato nei passaggi delle sentenze della Suprema Corte (si vedano, *ex multis*: Cas. Civ., 7 marzo 2012, n. 35864, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 3, 285; Cass. Civ., 27 giugno 2011, n. 14163, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 6, 962; Cass. Civ., 8 luglio 2009, n. 15991, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 7-8, 1061; Cass. Civ., 10 settembre 2007, n. 19012, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 9; Cass. Civ., 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Dir. e giust.*, 2004, 10, 46; Cass. Civ., 27 febbraio 2002, n. 2913, in *Giust. Civ., Mass.*, 2002, 339; Cass. Civ., 19 novembre 1999, 12825, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 2296) e difeso dalla dottrina: P. VITUCCI, F. ROSELLI, *La prescrizione*, In *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012, 18 ss.; 111 ss.

regola che, con riguardo alle azioni in garanzia, negava il decorrere del termine finché non avesse avuto luogo l'evizione; o, ancora, quella che posticipava l'inizio della prescrizione per ogni altra azione, il cui esercizio fosse sospeso da un termine, sino a che esso non fosse scaduto (17).

A ben vedere, tuttavia, il testo dell'art. 2935 c.c. non fa espresso riferimento agli impedimenti giuridici, limitandosi a stabilire che la prescrizione decorre dal momento in cui il diritto *può essere esercitato*, e impiega con ciò un'espressione anodina, che è idonea a evocare tanto una possibilità "giuridica", quanto una possibilità "materiale". Ciononostante, tale norma è da sempre interpretata nel senso di dare rilievo ai soli ostacoli legali, anche sulla base di quanto espresso nella Relazione al Re (18) nonché di esigenze avvertite all'epoca dell'emanazione del codice civile, sulle quali è opportuno soffermarsi al fine di comprendere se esse possano ancora considerarsi attuali o non siano state al contrario sostituite da bisogni legati a un cambiamento della società, di cui è necessario prendere atto.

A questo riguardo è stato rilevato come i codici civili europei siano stati elaborati per disciplinare una realtà diversa da quella esistente oggi (il c.d. "mondo di ieri"), connotata dall'ordine e dalla sicurezza e in cui lo svolgimento dei rapporti giuridici era contraddistinto dalla lentezza (19). Un contesto, dunque, in cui da un lato la lentezza imponeva di prevedere lunghi termini di prescrizione, dall'altro esigenze di certezza richiedevano di reagire a situazioni di inerzia prolungata; queste ultime hanno del resto condotto ad

(17) Sul punto si veda G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *cit.*, 221, i quali mettono in luce come l'art. 2120 si riferisse invero alle cause di sospensione della prescrizione, includendo tra esse l'esistenza della condizione e del termine, confondendo in tal modo i caratteri della sospensione con quelli delle cause ostative all'inizio della prescrizione.

(18) § 1198, *Della Prescrizione — Disposizioni generali*, in *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, in G.U. del 4 aprile 1942, ove si legge che l'art. 2935 c.c. debba essere interpretato nel senso di dare rilievo alla sola "possibilità legale, non influendo sulla decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto".

(19) S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 27.

accogliere nel nostro ordinamento un'interpretazione restrittiva del principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* (20).

Può dirsi ancora attuale la supremazia di queste finalità di certezza su quelle, altrettanto importanti, di tutela del titolare del diritto? Simile quesito si pone alla luce non solo degli interventi legislativi e giurisprudenziali italiani che in questi anni hanno coinvolto la prescrizione, ma anche delle recenti riforme che hanno interessato alcuni codici all'interno dell'Europa, connotate da una revisione delle regole che disciplinano la materia e delle necessità ad esse sottese.

Si tratta di necessità che si legano a quella che in dottrina è stata chiamata "accelerazione della storia" (21), intesa come velocità nei rapporti sociali, favorita anche dai nuovi mezzi di comunicazione, che permette di considerare da un'altra prospettiva l'interesse pubblico coinvolto dalla materia in esame, con un conseguente ripensamento e, talvolta, ribaltamento, delle regole generali della disciplina ad opera degli autori delle riforme o di loro progetti. In particolare, è significativo che in altri ordinamenti sia stato scelto di restringere la durata della prescrizione, proprio in conformità alla maggiore celerità delle relazioni, ma di tenere conto della complessità dei fatti che caratterizzano la realtà odierna, consentendo un differimento del momento iniziale del termine laddove l'esistenza del diritto rimanga incolpevolmente ignota al suo titolare (22).

(20) Brocardo elaborato da Bartolo in un contesto in cui l'istituto della prescrizione era visto come un *impium praesidium* contrario ai principi della morale (cfr. quanto rilevato *supra* alla nota 12) e per lungo tempo applicato in maniera alquanto estensiva, tanto da arrivare a considerare legittimi impedimenti numerosi ostacoli di fatto (sul punto si veda M. TESCO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006, 27 ss.), successivamente criticato e osteggiato dalla dottrina con l'avvento delle prime codificazioni: cfr. G. MIRABELLI, *Della prescrizione secondo le leggi italiane*, in *Tratt. Fiore*, Napoli, 1893, 95; G. SEGRÈ, *Addizione I*, a BAUDRY-LANCANTINERIE e TISSIER, *Della prescrizione*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it., Milano, 1908, II.XI; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Torino, 1927, 394 ss.

(21) S. PATTI, *op. cit.*, 27.

(22) Su questi temi si veda *infra* il capitolo terzo.

Verificare se anche le nostre regole in materia di prescrizione possano dirsi coinvolte da questi cambiamenti sociali significa anzitutto analizzare il quadro formato dalle norme dettate dal legislatore, ovviamente anche al di fuori del codice civile. Ciò implica, tra l'altro, la necessità di esaminare quelle previsioni particolari che stabiliscono, per singole fattispecie, il momento dal quale decorre il termine prescrizionale, talvolta legando il mancato decorso a impedimenti giuridici, talaltra dando rilievo a meri ostacoli fattuali.

In seguito, si tratterà di analizzare gli interventi della giurisprudenza, in particolare quelli che hanno scelto di dare rilievo alla conoscenza o, quanto meno, alla conoscibilità del diritto da esercitare, facendo dunque prevalere esigenze di tutela su quelle di certezza.

Da ultimo, verranno esaminate le modifiche alla disciplina della prescrizione attuate in altri ordinamenti, oltre alle soluzioni elaborate a livello europeo.

Questa analisi avrà lo scopo di verificare se l'art. 2935 c.c., inteso quale principio generale in materia di prescrizione, dia realmente rilievo alle sole cause ostative di tipo giuridico (23) o se, al contrario, dall'esame degli interventi considerati, non prenda forma una disciplina dal respiro più ampio, che permetta di vedere da una diversa prospettiva le modalità di bilanciamento degli interessi in gioco.

Al fine di chiarire anzitutto la portata delle previsioni normative, è opportuno esaminare le disposizioni che prevedono una regola in materia di *dies a quo* della prescrizione: non solo quelle che richiamano impedimenti che difficilmente possono definirsi giuridici, ma anche quelle che danno rilievo ai soli ostacoli legali, esprimendo in questo modo un concetto che — seppur non espresso formalmente

(23) Chi ritiene che valgano ad impedire il decorso della prescrizione le sole impossibilità "legali", attribuisce alle disposizioni legislative che, con riferimento a singoli istituti, danno rilievo ad impedimenti fattuali il ruolo di eccezioni: R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. Dir. civ.*, 1996, 746.

— è ricondotto all'usuale modo di intendere l'art. 2935 c.c. Con riferimento a questo secondo gruppo di ipotesi, la cui previsione sembrerebbe trovare giustificazione nell'esigenza di confermare la regola generale e di evitare, considerate le caratteristiche peculiari di alcune fattispecie, ogni incertezza sul punto (24), sarà interessante rilevare come non sempre il legislatore sia riuscito nell'intento di cristallizzare quel principio, che viene disatteso dalla giurisprudenza, laddove essa mostra di dare rilievo a finalità di più ampia protezione per uno dei soggetti coinvolti nel rapporto giuridico.

2. *Alcune precisazioni preliminari.*

Nell'esaminare nel seguito alcune specifiche disposizioni sul tema saranno considerate sia le ipotesi in cui la titolarità del diritto non comporta un obbligo di prestazione a carico di altri soggetti, sia quelle in cui vi è una correlazione con un obbligo di comportamento altrui. Seguendo la regola considerata come generale, nel primo caso la prescrizione dovrebbe decorrere sin dal giorno in cui il diritto sorge, coincidendo questo momento con quello dal quale il titolare ha la possibilità di farlo valere. Nel secondo, l'applicazione dell'art. 2935 c.c. dovrebbe tenere conto del tipo di prestazione a carico altrui: il *dies a quo* coinciderebbe così con il momento in cui sorge il credito, ove si tratti di prestazioni esigibili a richiesta (25); con l'avveramento della condizione o la scadenza del termine, ove il credito sia sottoposto a condizione o termine (26); o, ancora, con il primo atto commissivo contrario, laddove il rapporto abbia ad oggetto un non fare (27).

Questo schema, con l'accostamento e il confronto di due categorie di situazioni, presuppone l'accoglimento della concezione che

(24) In tal senso G. AZZARITI-G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, cit., 229.

(25) G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *op. cit.*, 223.

(26) Cass. Civ., 13 marzo 1992, n. 3055, in *Giur. it.* 1993, I,1, 418.

(27) G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *op. cit.*, 223.

ritiene prescrivibili, tra i diritti relativi, non solo i diritti di credito, ma anche quelli potestativi, in presenza dei quali esiste pur sempre un soggetto passivo, seppur in una situazione di soggezione e non di obbligo, il cui comportamento risulta irrilevante ai fini della realizzazione del diritto (28).

All'orientamento contrario, che considera i diritti potestativi soggetti ai soli termini di decadenza (29), si è obiettato come sia necessario fare i conti anche con norme che prevedono, per il medesimo diritto, l'operatività sia dell'istituto della prescrizione, sia di quello della decadenza (si pensi a quanto stabilito con riferimento al diritto di garanzia per vizi o mancanza di qualità della cosa venduta, o, ancora, al diritto di garanzia in capo al committente per vizi o difformità dell'opera appaltata) e che dimostrano come anche i diritti potestativi possano essere assoggettati a prescrizione (30). A ciò si deve aggiungere l'espressa qualificazione che la legge riserva agli effetti del decorrere del tempo esercitato su azioni che, se accolte, vedono la parte passiva in una condizione di soggezione e realizzano l'interesse del titolare del diritto a prescindere da qualunque collaborazione dell'altra parte (ad es., artt. 1442, 1449, 2903, 2880 (31) c.c.). Ciò che dunque, con riferimento alla disciplina della prescrizione, differenzia questa categoria dai diritti di credito, con-

(28) P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, 89 ss. La dottrina francese parla di "droits à réalisation objective": A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Parigi, 2010, 117.

(29) Lega la nozione di decadenza a quella del potere giuridico S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Decadenza*, 1953, Milano, 46 ss. Si veda anche A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, 209 ss.

(30) P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, 90 ss.

(31) Si osservi al riguardo che le cause interruttrive della prescrizione rilevanti per l'art. 2880 non sono quelle inerenti al rapporto tra creditore e debitore, rispondenti alla normale dinamica dell'obbligazione, ma quelle tra creditore titolare dell'ipoteca e terzo acquirente del bene ipotecato che non sia direttamente debitore (G. GORLA, *Pegno e Ipoteche*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1992); ciò implica che la prescrizione sia qui collegata, con riferimento alle attività che può porre in essere il creditore, all'inizio dell'azione esecutiva che vede il terzo acquirente in condizione di mera soggezione.

cerne piuttosto il fatto che il titolare di un diritto potestativo non può compiere atti interruttivi, intesi come atti intimativi, nei confronti di un soggetto passivo.

All'interno di tale categoria si distinguono poi due sottocategorie: quella comprensiva di quei diritti per la cui realizzazione è richiesta la sola volontà del titolare (si pensi al diritto di risolvere il contratto dichiarando di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa), e quella riguardante i diritti che vengono esercitati mediante la proposizione di un'azione giudiziale costitutiva, e che dunque implicano necessariamente un intervento del giudice (come ad esempio accade con l'azione di annullamento del contratto o con l'azione revocatoria). Nel corso dell'indagine emergerà come molte delle deroghe al principio assunto come generale introdotte dal nostro legislatore riguardino proprio questa seconda specie.

Il fatto che categorie di diritti tra loro differenti — potestativi, di credito, reali *in re aliena* — siano soggette a prescrizione non implica che possano essere trascurate le diversità esistenti tra loro; in questo quadro, tuttavia, permane un elemento comune a tutte le tipologie dei diritti, che consiste nell'esistenza di un rapporto giuridico. Ciò comporta, in adesione alla c.d. "teoria della realizzazione", che non è sempre necessario indagare se vi è un fatto che viola il diritto e calcolare da questo fatto il termine di prescrizione, ma occorre più in generale vedere quando sorge la pretesa (32), sul presupposto che il fattore comune tra le diverse ipotesi si identifica nel momento in cui il diritto può essere sperimentato dal suo titolare.

Nell'esaminare le fattispecie prese in considerazione dalla legge e, nel capitolo successivo, dalla giurisprudenza, emergerà come, nel dare rilievo a meri ostacoli fattuali, il parametro utilizzato per verificare il momento dal quale si può considerare sorta la pretesa sia frequentemente identificato con la conoscenza, o quantomeno, con la conoscibilità della stessa. I casi che non seguono tale *fil rouge* mo-

(32) P.G. MONATERI, *Il regime giuridico della durata della prescrizione*, in P.G. MONATERI e C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, 112 s.

strano peraltro un tratto comune a questo, rinvenibile nell'esigenza di affrontare il tema del decorso della prescrizione in un'ottica non solo di certezza, ma anche di effettiva tutela del diritto, messa in forse dall'applicazione rigorosa del principio assunto come generale.

Peraltro, il tema della conoscenza ha un riflesso pratico ulteriore con riferimento all'onere della prova. Il convenuto che eccepisca che il diritto fatto valere in giudizio si è prescritto, essendo onerato di provare i fatti su cui si fonda l'eccezione, potrà normalmente dimostrare il *dies a quo* attraverso dati oggettivi, da cui possa derivare l'assolvimento della prova presuntiva; in questa direzione le applicazioni giurisprudenziali che, come vedremo, fanno ricorso alla conoscenza, in realtà richiamano dati di conoscibilità oggettiva, così come fanno le previsioni normative orientate nel medesimo senso; il che mostra una significativa assonanza, come si metterà in luce successivamente, con le previsioni contenute nelle riforme degli ordinamenti stranieri.

3. *Prescrizione, impedimenti di fatto e conoscenza nel diritto di famiglia.*

Procedendo quindi, come anticipato, nell'analisi delle norme che individuano il *dies a quo* della prescrizione, conviene occuparsi dapprima di alcune disposizioni dettate nella disciplina della famiglia, anche perché importanti interventi della Corte Costituzionale hanno indotto un mutamento normativo, poi recepito dal legislatore, che indica in modo eloquente la tendenza a dare rilievo agli ostacoli di fatto, e in particolare alla mancata conoscenza del diritto soggetto a prescrizione.

Per il vero, quello del diritto di famiglia è un ambito in cui, in assenza di una precisa qualificazione ad opera della legge, la dottrina si è divisa sulla natura, prescrizione o di decadenza, dei termini previsti (33). Si è in particolare osservato come le caratteristiche

(33) W. BIGIAVI nella recensione al volume di GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1947, 128, mette in luce come ogni termine

proprie di tale disciplina appaiano poco conciliabili con la normativa in tema di prescrizione: ciò interessa quelle regole riguardanti l'irrilevanza d'ufficio, il regime di interruzione e sospensione, la possibilità di rinuncia alla prescrizione, nonché l'opponibilità di essa da parte dei terzi interessati che, per le peculiarità loro proprie, sembrano dettate per i diritti patrimoniali (34).

Queste perplessità sono superabili se, al di sopra delle regole tecniche che dettagliano in modo diversificato alcune situazioni, si attribuisce valore alla distinzione seguita da chi ritiene che la prescrizione abbia ad oggetto l'azionabilità delle pretese, mentre la decadenza gli atti di esercizio del proprio diritto, questi ultimi da intendersi come quegli atti, diversi dall'azione, mediante i quali il titolare "concretizza lo stato di fatto corrispondente al proprio diritto". Ed è in tale prospettiva che si ritiene ad esempio che la pretesa diretta a contestare giudizialmente la legittimità della filiazione, "in quanto azione", sia soggetta ad un termine di prescrizione e non di decadenza (35).

Peraltro, nella prospettiva del discorso che viene svolto qui, una volta che siano chiarite le specificità della disciplina, la questione classificatoria assume un rilievo in realtà secondario, dal momento che il tema centrale della riflessione riguarda le modalità con cui interessi contrapposti (quello alla stabilità delle situazioni consolidate dal tempo e quello alla realizzazione del diritto) vengono composti dall'ordinamento, facendo prevalere l'uno o l'altro in forza di valutazioni che possono coinvolgere identicamente i casi di prescrizione e quelli di decadenza.

Ciò precisato, la materia del diritto di famiglia prevede, come noto, una serie di diritti indisponibili e imprescrittibili; vi sono poi

di per sé possa essere di prescrizione o decadenza, ciò che dipende in ultima istanza dalla disciplina che il legislatore ha deciso di adottare. Cfr. altresì A. CANDIAN, *Decadenza e prescrizione*, in *Temi*, 1950, 1 ss.

(34) P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, 80.

(35) P.G. MONATERI, *Oggetto e ambito della prescrizione*, in P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *La prescrizione*, *cit.*, 61.

disposizioni che limitano nel tempo l'esercizio di talune azioni. Alcune di esse non pongono particolari problemi, allineandosi al principio ritenuto generale: si pensi così alla previsione secondo cui l'azione per far valere la simulazione di un matrimonio si prescrive in un anno a decorrere dalla celebrazione (art. 123 c.c.). Altre disposizioni, invece, attribuiscono rilievo alla conoscenza o, quantomeno, alla conoscibilità, del diritto. In questa seconda linea si iscrive la regola che, con riferimento all'azione di annullamento degli atti compiuti da un coniuge in regime di comunione legale senza il necessario consenso dell'altro, stabilisce che il diritto si prescrive in ogni caso in un anno dalla data di trascrizione dell'atto (art. 184 c.c.), inteso evidentemente come fatto da cui possa derivare una oggettiva possibilità di conoscere il presupposto dell'azione.

Danno invece valore all'effettiva conoscenza la disposizione che consente di impugnare il matrimonio per violenza ed errore (art. 122 c.c.), o ancora, quella che disciplina l'azione di disconoscimento della paternità (art. 244 c.c.). Nella prima, invero, il rilievo attribuito alla conoscenza è funzionale a stabilire che, nel caso in cui vi sia stata per un anno coabitazione dopo che è cessata la violenza o è stato scoperto l'errore, l'azione non può essere più proposta: e allora qui l'effetto preclusivo non discende tanto dallo scorrere del tempo in sé, ma dal persistere della coabitazione per il periodo di tempo indicato dalla legge (36); la seconda rappresenta invece una deroga significativa al principio assunto come generale e merita una trattazione specifica.

3.1. *In particolare, la prescrizione dell'azione di disconoscimento di paternità.*

Come già indicato in precedenza, l'utilità di esaminare le norme riguardanti i termini per agire per il disconoscimento della paternità deriva, a dispetto della loro controversa qualificazione come termini

(36) P.G. MONATERI, *op. cit.*, 63.

di prescrizione (37) o di decadenza (38), dal fatto che è questo uno dei casi in cui è dato rilievo in modo significativo a circostanze fattuali, ovvero alla conoscenza o conoscibilità della titolarità del diritto.

È bene anzitutto esaminare la formulazione originaria dell'art. 244 c.c. che, recentemente, è stato oggetto di modifiche ad opera del d.lgs n. 154/2013, intervenuto a riformare la disciplina della filiazione.

Prima di questo intervento, la disposizione prevedeva che il termine di sei mesi attribuito alla madre per agire per il disconoscimento della paternità decorresse dal giorno della nascita del figlio. Al marito, invece, era concesso un termine di un anno dal giorno della nascita, se egli al tempo di questa si trovava nel luogo in cui era nato il figlio, o dal giorno del suo ritorno in tale luogo o in quello della residenza familiare, se egli ne era lontano. In ogni caso, se egli provava di non aver avuto notizia della nascita in quei giorni, il termine decorreva dal giorno in cui ne aveva avuto notizia. Il figlio, a sua volta, poteva chiedere il disconoscimento della paternità entro un anno dal compimento della maggiore età o dal momento in cui fosse venuto successivamente a conoscenza dei fatti che rendessero ammissibile il disconoscimento.

Come è noto, ai sensi dell'art. 235 c.c. (ora abrogato), tale azione era consentita solo in ipotesi tassative, ovvero qualora i coniugi non avessero coabitato nel periodo compreso tra il trecentesimo ed il centottantesimo giorno prima della nascita; se durante questo tempo il marito fosse affetto da impotenza, anche solo di generare; oppure, ancora, se in detto periodo la moglie avesse commesso adulterio o avesse tenuta celata la gravidanza e la nascita del figlio.

Di queste ipotesi, ve ne erano alcune di immediata conoscibilità

(37) P.G. MONATERI, *op. cit.*, 60 ss.

(38) P. VITUCCI, *I diritti reali su cosa altrui*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996, 54; A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, 50; G. CHIAPPETTA, *L'azione di disconoscimento di paternità*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C. M. Bianca, Padova, 2015, 288.

(così la mancata coabitazione e la impotenza *coeundi*), laddove altre scontavano il rischio di rimanere ignote per lungo tempo: si pensi all'impotenza di generare e all'adulterio della moglie. In questo secondo caso, sulla base della lettera della norma, una effettiva tutela era offerta soltanto al figlio, per il quale il termine decorreva dal momento in cui avesse effettivamente avuto cognizione dei fatti fondanti l'azione.

Proprio sulla base di simili osservazioni era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 244 c.c. (39), per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., laddove non prevedeva anche per il marito la decorrenza del termine per proporre azione dal momento della conoscenza dei fatti che rendevano ammissibile il disconoscimento, e ciò anche alla luce della *ratio* sottesa alla disciplina di riforma del diritto di famiglia del 1975, ispirata al *favor veritatis* — da intendere come corrispondenza tra realtà giuridica e realtà naturale (40) — piuttosto che al *favor legitimitatis*, presente nella disciplina precedente.

La Corte Costituzionale, nell'esaminare la questione, segnalava anzitutto un'irragionevolezza, frutto della riforma del '75: prima di essa l'adulterio era rilevante solo se accompagnato dall'occultamento della gravidanza e della nascita, mentre nel nuovo testo l'adulterio diventava rilevante in sé. Le ipotesi erano dunque trattate distintamente: nel caso dell'occultamento di gravidanza il termine decorreva dal giorno in cui il marito aveva avuto notizia della nascita; in presenza di adulterio, invece, la data di conoscenza non rilevava.

In tale incongruenza veniva ravvisata una violazione del diritto di agire in giudizio, tutelato dall'art. 24 Cost., ed era rilevato come la garanzia prevista da tale norma dovesse “estendersi alla conoscibilità del momento di decorrenza del termine stesso al fine di

(39) Trib. Torino, 23 maggio 1980, n. 765.

(40) R. PANE, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, in *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, a cura di R. PANE, Napoli, 2014, 17 s.

assicurarne all'interessato l'utilizzazione nella sua interezza" (41). Del resto, proprio la circostanza che la conoscenza di un adulterio potesse essere preclusa per lungo tempo aveva condotto il legislatore a far decorrere il termine per l'azione di disconoscimento da parte del figlio maggiorenne dalla *conoscenza* dei fatti che la rendevano ammissibile.

Sulla base di queste premesse veniva dichiarata la incostituzionalità dell'art. 244, comma 2, c.c. nella parte in cui non prevedeva che per il marito il termine dell'azione di disconoscimento di cui al n. 3 dell'art. 235 c.c. decorresse dalla *conoscenza* dell'adulterio della moglie durante il concepimento (42).

La pronuncia non eliminava tutte le contraddizioni che la disposizione presentava: la conoscenza (del marito, ma anche della moglie) continuava a non rilevare per il caso in cui si volesse fondare l'azione di disconoscimento sull'impotenza di generare, situazione che, al contrario dell'*impotentia coeundi*, può rimanere ignota per lungo tempo. In una successiva ordinanza di rimessione venivano così nuovamente invocati l'art. 3 e l'art. 24 Cost., per il fatto che in questi casi il termine non decorreva dal momento in cui aveva avuto notizia della patologia (43).

Ancora una volta, la previsione veniva dichiarata dalla Corte illegittima e lesiva del diritto di azione, laddove consentiva che il termine per il suo esercizio potesse decorrere *indipendentemente dalla conoscenza* dei presupposti e degli elementi costitutivi da cui sorge il diritto stesso; e ciò in special modo a fronte del dato di comune esperienza per cui l'elemento costitutivo dell'azione potrebbe rimanere a lungo, o addirittura indefinitamente, occulto.

Sulla base di questa premessa, veniva emessa una duplice pronuncia di incostituzionalità relativa alle parti della disposizione in

(41) Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 134, in *Rass. Dir. Civ.*, 1986, 459, *Foro it.* 1985, I,1905; *Cons. Stato* 1985, II,686; *Giust. civ.* 1985, I,2142; *Giur. cost.* 1985, I,963; *Vita not.* 1985, 613.

(42) Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 134, *cit.*

(43) Trib. di Venezia, 15 luglio 1997.

cui non era previsto che il termine per la proposizione dell'azione decorresse per la moglie e per il marito dal giorno in cui avessero acquistato consapevolezza della impotenza di generare (44).

Le innovazioni derivanti dalle pronunce di incostituzionalità appena citate sono ora parte integrante del testo dell'art. 244 c.c., come modificato dal d.lgs. n. 154/2013. La Riforma è intervenuta, peraltro, non solo formalizzando nel testo principi già operanti a seguito degli interventi della Corte, ma anche modificando la disposizione stessa, aggiungendo un nuovo articolo (l'art. 243-*bis*) e abrogando l'art. 235 c.c. (45).

Attualmente, pertanto, l'azione può essere esercitata dalla madre, dal marito e dal figlio senza più alcun limite nel suo fondamento, essendo costoro ammessi a provare in ogni caso che non sussiste rapporto di filiazione tra il figlio e il presunto padre (art. 243-*bis* c.c.).

I termini per agire sono — al pari di quanto era previsto prima

(44) Corte Cost., 14 maggio 1999, n. 170, in *Foro it.* 2001, I,1116; *Famiglia e diritto* 1999, 313; *Giust. civ.* 1999, I,1919; *Corriere giuridico* 1999, 1097; *Giur. cost.* 1999, 1662; *Dir. famiglia* 1999, 1032 Si veda sul punto quanto rilevato da Trib. Nuoro 30 settembre 2005, in *Riv. giur. sarda*, 2006, 1107: l'evento da cui decorre il termine decadenziale per la proposizione dell'azione (cioè la scoperta del marito della propria impotenza a generare) deve essere, in qualche modo, « controllabile » (ad esempio, tramite le testimonianze del medico curante o di familiari o di amici più stretti) altrimenti si finirebbe per vanificare il termine stesso e per rendere possibile l'esperimento dell'azione in qualsiasi momento.

(45) L'art. 235 c.c. prevedeva tre ipotesi tassative in cui era possibile agire per chiedere il disconoscimento della paternità (non coabitazione; impotenza; adulterio). In dottrina è stato osservato come l'abrogazione di tale disposizione non abbia nella pratica modificato di molto i presupposti dell'azione: l'art. 244 c.c., come modificato a seguito della Riforma, continua intanto a riferirsi, per i termini dell'azione, all'adulterio della moglie e all'impotenza di generare del marito: cfr. A. FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014, 48. Si veda anche M. SESTA, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 457. Più in generale, sulla Riforma della filiazione, si vedano, oltre gli Autori ora citati: *La riforma della filiazione*, a cura di C. M. Bianca, Padova 2015; M. DOGLIOTTI, *Le azioni di stato: diritti e procedimenti dopo la riforma della filiazione*, Milano, 2015; M. DOSSETTI, M. MORETTI, C. MORETTI, *La riforma della filiazione: aspetti personali, successori e processuali: L.10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, 2013; *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, in *Nuove frontiere della famiglia*, a cura di R. PANE, Napoli, 2014.

della Riforma — di sei mesi per la madre e di un anno per il marito, che decorrono per la prima dalla nascita del figlio, ovvero dal momento in cui è venuta a conoscenza dell'impotenza di generare del marito al tempo del concepimento; per il secondo dal giorno della nascita — se egli si trovava al tempo di questa nel luogo in cui è nato il figlio —, o da quello in cui ha saputo dell'adulterio della moglie o della propria impotenza di generare.

Con riferimento a queste ipotesi, la novità introdotta dal d.lgs. 154/2013 è la previsione di un termine di sbarramento finale: sulla base di quanto previsto dall'art. 244 c.c., quinto comma, tali azioni non possono comunque essere proposte trascorsi cinque anni dalla nascita del figlio. Alla rilevanza dunque di circostanze di fatto (ovvero la consapevolezza dell'impotenza di generare o dell'adulterio) è accostato un termine, oltre il quale non è più consentito in ogni caso agire (e dunque anche laddove non si sia ancora venuti a conoscenza delle circostanze appena ricordate) (46). Alla base di simile previsione è stata ravvisato l'intento di far prevalere, una volta decorso il termine quinquennale, l'interesse del minore a consolidare lo stato giuridico acquisito, evitando che i termini brevi, che dipendono dalla conoscenza di circostanze che legittimano l'esercizio dell'azione, ne procrastinino all'infinito la stabilità (47).

(46) Osserva R. PANE, *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, in *Nuove frontiere della famiglia*, cit., 18, come una simile previsione appaia mettere in discussione il risultato al quale il legislatore del '75 era pervenuto, ovvero quello di ridimensionare la c.d. presunzione di paternità del marito, mediante l'introduzione di nuove ipotesi di azione ai fini del disconoscimento della paternità, nonché l'estensione della legittimazione attiva anche alla madre e al figlio maggiorenne. La smentita di tale ridimensionamento si ricava altresì dalla nuova formulazione dell'art. 231 c.c., che estende l'operatività della presunzione anche ai figli nati e non concepiti durante il matrimonio.

(47) R. ROSETTI, *Azione di disconoscimento della paternità*, in *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014, 20 s.. Critici nei confronti di questo interesse "alla stabilità del rapporto" G. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 393: l'A. ritiene che un simile interesse non sia in grado di giustificare la preclusione della ricerca della verità "senza alcun temperamento a garanzia e a tutela di tutti gli interessi coinvolti"; M. SESTA, *op. cit.*, 458, il quale ipotizza profili di incostituzionalità con riferimento ai casi in cui l'azione risulti preclusa per mancata conoscenza dei presupposti dell'azione;

Merita per contro di essere segnalato il fatto che il medesimo sbarramento non è previsto per il caso in cui il marito non si fosse trovato nel luogo di nascita del figlio o, in ogni caso, avesse ignorato quest'ultima: in tal caso infatti, secondo il tenore letterale della disposizione, il termine di un anno decorre dal giorno del suo ritorno o da quando egli ha avuto notizia della nascita, mentre il termine finale di cinque anni è riferito solo alle ipotesi previste dal primo e dal secondo comma del medesimo art. 244. La conseguenza è quella di un termine prescizionale diverso, a seconda che si ignorasse da un lato la nascita, dall'altro l'adulterio o l'impotenza di generare.

In dottrina sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale della norma proprio per la disparità di trattamento che essa crea, soprattutto con riferimento a quei casi in cui il soggetto abbia interrotto volontariamente i rapporti con la propria famiglia (48); ciò non di meno, ai fini di questo lavoro, è rilevante notare come, anche in un contesto in cui è dichiarato l'intento di stabilizzare le situazioni consolidate nel tempo ad esclusivo favore della posizione del figlio, la cui iniziativa giudiziale è al contrario sottratta a prescrizione (49) (50), si manifesti un ampliamento della possibilità di agire laddove il tempo sia decorso perché il titolare dell'azione

M. DOSSETTI, *Lo stato di figlio e le azioni di stato: alcune novità, molti interrogativi*, in *Giur. It.*, 2014, 5, 1284 s.

(48) Come nel caso di latitanza: cfr. A. FIGONE, *op. cit.*, 52 s., il quale ipotizza che tale disparità di trattamento sia il frutto di un mancato coordinamento tra le previsioni normative.

(49) Tale previsione, apprezzata da una parte della dottrina (G. BUFFONE, *Le novità del "decreto filiazione"*, in *Il civilista*, 2014, 40; R. ROSETTI, *op. cit.*, 21), è stata da altra criticata per la scelta di tutelare il figlio *tout court*, e non soltanto dinnanzi a condizioni di vulnerabilità, derivanti dall'età o da *deficit* psico-fisici G. CHIAPPETTA, *op. cit.*, 396 ss. La conseguenza di una simile scelta legislativa è quella di riconoscere al figlio la facoltà di porre in dubbio in qualsiasi tempo il proprio *status*, e dunque anche in un momento distante da quello in cui è venuto a conoscenza di non essere figlio in senso genetico. Una facoltà, quest'ultima, che sembra porsi in contrasto con una serie di principi riconosciuti a livello costituzionale ed europeo, quali i doveri di solidarietà nell'ambito della famiglia, il principio di ragionevolezza e quello di tutela dell'affidamento incolpevole, oltre che il diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 CEDU.

non era nelle condizioni di sapere che esistevano i presupposti della sua iniziativa.

4. *La prescrizione e i diritti successori.*

In materia di successione *mortis causa*, al di là delle norme riguardanti diritti che si ritengono imprescrittibili (così l'azione di petizione di eredità; il diritto dei coeredi di domandare la divisione) (51), si rinvengono talune previsioni che fanno applicazione del principio che ignora gli impedimenti di fatto, ed altre che mostrano di derogarvi.

Tra le prime, si pensi all'azione verso i legatari spettante ai creditori dell'eredità beneficiata rimasti insoddisfatti, la cui prescrizione decorre dal giorno dell'ultimo pagamento effettuato dall'erede (art. 495 c.c.); o ancora, all'azione per la restituzione dei frutti contro l'erede o il legatario, che si prescrive computando il termine dal giorno in cui si è verificata la condizione (art. 646 c.c.).

In giurisprudenza, inoltre, si era fatta applicazione del principio dell'irrelevanza degli ostacoli fattuali con riferimento alla prescrizione dell'azione volta a riconoscere l'indegnità a succedere, che si riteneva decorresse dall'apertura della successione (52); una pronuncia più recente, tuttavia, ha disatteso simile orientamento per dare rilievo allo stato soggettivo del titolare del diritto, stabilendo che il termine inizia a decorrere dal giorno in cui il legittimato abbia

Del resto, conforme a questi principi e in contrasto con la soluzione *tranchant* (del legislatore) della Riforma, appare anche l'orientamento della Suprema Corte che, in sede di applicazione delle regole riguardanti la dichiarazione dello stato di abbandono e di adottabilità, non considera l'interesse del minore in sé, ma ritiene necessario effettuare un bilanciamento con quello dei genitori a conservare il legame filiale laddove ciò non comporti danni irreversibili nello sviluppo psico-fisico del minore stesso (Cass. Civ., 10 luglio 2014, n. 15861 in *Diritto & Giustizia*, 2014; Cass. Civ., 22 novembre 2013, n. 26204 in *nForo it.*, 2014, 1, 58).

(50) Critica il riferimento alla prescrizione e non alla decadenza A. FIGONE, *op. cit.*, 53.

(51) Sull'imprescrittibilità di tali diritti si vedano P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, 143-144.

(52) Cass. Civ., 17 luglio 1974, n. 2145, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 148.

acquisito la ragionevole certezza sia del fatto che una parte si qualifichi erede in forza di un testamento che si ritiene essere falso, sia del proprio diritto a conseguire l'eredità o il legato (53).

Si è detto di come peraltro talvolta sia lo stesso legislatore a derogare al principio in esame, dando corpo ad un insieme di soluzioni oscillanti, i cui nessi saranno esaminati in dettaglio qui di seguito.

4.1. *Il diritto di accettare l'eredità.*

L'art. 480 c.c. stabilisce che il termine decennale di prescrizione del diritto di accettare l'eredità decorre dal giorno dell'apertura della successione (o, in caso d'istituzione condizionale, dal giorno in cui si verifica la condizione).

Il termine non corre però per i chiamati ulteriori, nel caso in cui vi sia stata accettazione da parte di precedenti chiamati e successivamente l'acquisto ereditario di questi ultimi sia venuto meno (54). In ciò la previsione si discosta da quanto stabiliva il progetto del codice civile, ove il termine di prescrizione decorreva dal giorno dell'apertura della successione sia per i primi chiamati, sia per i chiamati ulteriori, sul presupposto che costoro abbiano la possibilità di tutelarsi mediante l'azione interrogatoria.

Nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile la scelta di discostarsi dal progetto viene giustificata dalla necessità di far decorrere il termine per eventuali ulteriori chiamati dal giorno in cui essi hanno la possibilità giuridica di accettare l'eredità. Solo in questo modo sono tutelati anche coloro che non possono ricorrere all'azione interrogatoria, avendo il primo chiamato (o colui che appare come tale) accettato l'eredità.

A tale riguardo la Relazione propone l'esempio del testamento nullo o falso, la cui nullità o la falsità siano scoperte decorsi dieci anni dall'apertura della successione: senza la previsione in esame,

(53) Cass. Civ., 29 marzo 2006, n. 7266, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 939.

(54) Così dispone il terzo comma della norma in esame.

l'erede legittimo vedrebbe decorso il termine per l'esercizio del diritto di accettare l'eredità; ecco che allora, coerentemente con la lettura dell'art. 2935 c.c. che dà rilevanza ai soli impedimenti giuridici, si assume che per i chiamati ulteriori il termine decorra soltanto dal giorno in cui essi hanno la possibilità legale di accettare.

In linea con la tradizionale lettura dell'art. 2935 c.c. è anche la regola sancita dal secondo comma dell'art. 480 c.c.: il termine di decorrenza della prescrizione è infatti legato ad una circostanza oggettiva, l'apertura della successione. Un'eccezione è però prevista per il caso di accertamento giudiziale della filiazione, ove il termine decorre dal passaggio in giudicato della relativa sentenza (55); eccettuata questa ipotesi, il termine normalmente decorre, dunque, indipendentemente dalla consapevolezza che dell'apertura della successione possa avere un chiamato all'eredità, così come dei fatti che potrebbero qualificarlo come chiamato; il che, in altri termini, significa che nel caso in cui si dovesse avere notizia di un testamento una volta decorso il termine, il risultato sarebbe comunque l'impossibilità di accettare.

Questa è la soluzione che al problema fornisce la Suprema Corte, che ha escluso più volte che l'ignoranza del testamento possa essere circostanza idonea ad impedire il decorso del termine; tale orientamento viene giustificato dall'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, alla base della scelta del legislatore di cristallizzare, trascorso un certo lasso di tempo, la disciplina dei diritti ereditari tra le diverse categorie di successibili (56).

(55) Sulla base di quanto disposto dall'art. 69, comma 1, d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. La regola era già peraltro applicata dalla giurisprudenza anche prima della Riforma della filiazione, ove si prevedeva che per i figli naturali il termine di prescrizione del diritto di accettare l'eredità decorresse dalla data del passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa del loro *status*. In tal senso Cass. Civ., 29 giugno 1983, n. 1919, in *Giust. Civ.*, 1983, 2226; Cass. Civ., 21 marzo 1990, n. 2326, in *Giust. Civ.*, 1990, 1750.

(56) Cass. Civ., 8 gennaio 2013, n. 264, in *Giust. Civ.*, 2013, 2517, in cui, sulla premessa che l'eredità si acquista con l'accettazione, a prescindere dal titolo della chiamata, si insiste sulla *ratio* sottesa all'art. 2935, in grado di dare rilievo alle sole cause giuridiche che ostacolano l'esercizio del diritto. Al contrario, non rileva generalmente

È evidente come una simile soluzione, seppur coerente con la lettera della legge (57), finisca per garantire i soli chiamati all'eredità per legge (o i chiamati *anche* per legge), lasciando sforniti di una tutela sicura i chiamati per testamento che abbiano avuto notizia di quest'ultimo tardivamente, rigettando nella sostanza quelle soluzioni, legislative e giurisprudenziali, che invece dimostrano di voler attribuire rilievo alla mancata conoscenza del fatto costitutivo del diritto.

4.2. *L'impugnazione dell'accettazione e della rinuncia dell'eredità.*

Il rilievo degli ostacoli di fatto è recuperato per contro in altre previsioni: così, l'art. 482 c.c., nel consentire che l'accettazione dell'eredità possa impugnarsi quando è effetto di violenza o di dolo,

(a parte quanto stabilito in termini di eccezione dall'art. 2941 n. 8 c.c.) l'ignoranza da parte del titolare del fatto generatore del suo diritto, né il dubbio soggettivo sull'esistenza di esso, o il ritardo derivante dalla necessità del suo accertamento. Si vedano anche Cass. Civ., 17 luglio 1972, n. 2048, in *Giust. Civ.*, 1973, I, 1387; Cass. Civ., 7 giugno 1962, n. 1393, in *Giust. Civ.*, 1963, I, 1426.

(57) Non sono mancate invero proposte interpretative dell'art. 480 c.c. volte a superare la lettera della legge. Un primo orientamento suggerisce una lettura estensiva del terzo comma della norma in esame, con la conseguente equiparazione dei soggetti che ignorano il titolo della loro chiamata ai chiamati in via successiva (G. AZZARITI, *Successioni (dir. civ.): successione testamentaria*, in *Nss. D.I.*, XVIII, Torino, 1957, 805; A. CICU, *Successioni per causa di morte*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLII, t. 1, Milano, 1954, 46 ss. Altra proposta è invece quella di dare rilievo alla mancata conoscenza del testamento mediante il combinato disposto degli artt. 480 c.c. e 2935 c.c., sulla base del quale il termine incomincerà a decorrere dal momento in cui il chiamato avrà la possibilità giuridica di accettare, riconoscendo nella conoscenza del titolo una dei presupposti giuridici dell'acquisto ereditario: in tal senso C. GIANATTASIO, *Commentario al codice civile*, II, t. 1, Torino, 1961, 126; S. LANDINI, *Accettazione dell'eredità e prescrizione*, in *Familia*, 2001, 273 ss. Altro Autore, partendo dalla premessa che la *vocatio* sia un presupposto indefettibile del sistema di acquisto dell'eredità, essendo la sola in grado di garantire il sorgere del diritto di accettazione, ritiene che gli effetti della vocazione dipendano dalla sussistenza di due elementi, l'attualità e la determinatezza, a loro volta garantiti dalla conoscenza del titolo. Qualunque fatto in grado di incidere su uno dei due deve dunque essere considerato fatto idoneo a sospendere il decorso della prescrizione: in tal senso M. LUCCI, *Accettazione dell'eredità e ruolo della vocatio*, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 2084.

stabilisce che l'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui è cessata la violenza o è stato scoperto il dolo. La medesima previsione è contenuta all'art. 526 c.c. con riferimento all'impugnazione della rinunzia all'eredità.

La scelta del legislatore in questi casi è quella di far slittare il termine di prescrizione (che, secondo il principio assunto come generale, dovrebbe decorrere rispettivamente dal giorno in cui è stata accettata l'eredità o dal giorno in cui si è rinunciato ad essa) al momento in cui l'interessato è effettivamente in grado di agire, essendo cessata la violenza o essendo stato scoperto il raggio: la *ratio* di questa scelta è stata talora vista nel più generale principio ispiratore della massima *contra non valentem agere non currit praescriptio* (58), ovvero quello di equità, *ratio* che, come sarà dato modo di rilevare in seguito, è stata richiamata anche per la previsione riguardante l'azione di annullamento dei contratti, contenuta nell'art. 1442 c.c., ma che, in modo più lineare e diretto, appare piuttosto da raccordare all'esigenza di garantire effettività alla tutela (59).

4.3. *L'impugnazione di un testamento o di una disposizione testamentaria.*

L'art. 591, terzo comma, c.c. stabilisce che nel caso in cui sia stato redatto un testamento da un incapace (legale o naturale) di testare, questo possa essere impugnato da chiunque vi abbia interesse. Tale azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie (60). Il termine decorre dal medesimo momento anche laddove si agisca per annul-

(58) *Cfr. supra, nota 20.*

(59) G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *op. cit.*, 222.

(60) Si veda a tal riguardo Cass. Civ., 30 gennaio 1987, n. 892, in *Vita Not.*, 1987, 743, secondo cui tale termine di prescrizione decorre dal giorno in cui, oltre all'accettazione dell'eredità, è stata data esecuzione alle disposizioni testamentarie. A tal fine, per esecuzione del testamento, deve intendersi un'attività diretta alla concreta realizzazione della volontà del testatore come la consegna o l'impossessamento dei beni ereditati o la proposizione delle azioni giudiziarie occorrenti a tale scopo.

lare il testamento per quei vizi di forma che non comportino nullità (art. 606, secondo comma, c.c.).

L'art. 624 c.c., a sua volta, stabilisce che il termine per impugnare una disposizione testamentaria che sia effetto di errore, violenza o dolo decorra dal giorno in cui si è avuta notizia dei vizi (61).

Se dovesse applicarsi il principio generale che si è soliti ricavare dall'art. 2935, il termine di prescrizione, in tutti questi casi, dovrebbe iniziare a decorrere dal giorno in cui tali diritti possono oggettivamente essere fatti valere, ovvero dalla data di apertura della successione. Il termine viene invece spostato in avanti, iniziando a decorrere da momenti successivi e tra loro diversi. La *ratio* di simile slittamento sembrerebbe essere in tutte le ipotesi la medesima, ovvero quella di apprestare una tutela rafforzata nei confronti di coloro che, interessati all'annullamento, ignorino l'esistenza del testamento o del vizio che ha inciso sulla volontà di testare del *de cuius*. Questi soggetti in particolare sarebbero irrimediabilmente pregiudicati nel caso in cui gli eredi istituiti con il testamento impugnabile decidessero di dare esecuzione alle disposizioni testamentarie solo una volta decorso il termine di prescrizione (62).

Quello che risulta di più difficile spiegazione è la scelta di fissare *dies a quo* diversi a fronte di quella che appare essere la medesima esigenza, ovvero garantire una tutela effettiva a coloro che sono interessati ad agire per rimuovere il testamento, ma non sono a conoscenza del fatto che la volontà del testatore è stata in realtà viziata.

Eppure, mentre nel caso in cui si tratti di errore, dolo o violenza

(61) Si parla in questi casi di annullabilità assoluta, spettando la legittimazione non a soggetti determinati, ma a chiunque abbia interesse. La *ratio* di questa eccezione viene ravvisata nel fatto che in presenza di un testamento manca una parte nel cui interesse sia posta l'annullabilità. Legittimato sarebbe pertanto chiunque possa dirsi titolare di un diritto successorio per effetto dell'annullamento: G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, tomo I, Milano, 2015, 914. In materia si veda anche M. BIANCA, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2015, 632 ss.

(62) G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *op. cit.*, 230.

il termine viene fatto dipendere dalla conoscenza del vizio, laddove si tratti di incapacità il decorso del termine, seppur differito, non viene collegato alla conoscenza di essa.

Se questa opzione appare giustificata in caso di incapacità legale, essendo un fenomeno sempre conoscibile, è meno agevole comprendere perché il legislatore non abbia uniformato la disciplina stabilita per i cd. vizi della volontà e quella relativa all'incapacità naturale del testatore: nell'uno e nell'altro caso, infatti, sussiste l'eventualità che la parte interessata all'annullamento del testamento venga a conoscenza dell'infermità mentale, non accertata giudizialmente, solo una volta decorso il termine di prescrizione, esattamente come può accadere per un vizio della volontà, al punto da indurre la dottrina a suggerire interventi correttivi da parte del legislatore (63).

4.4. *L'annullamento e la rescissione della divisione ereditaria.*

La divisione ereditaria può essere annullata se è stata la conseguenza di violenza o di dolo. L'azione si prescrive in cinque anni da quando è cessata la violenza o è stato scoperto il raggio (art. 761 c.c.).

È ammessa anche la rescissione quando taluno dei coeredi provi di essere stato leso oltre il quarto e, in caso di divisione effettuata dal testatore, quando il valore dei beni assegnati ad alcuno dei coeredi sia inferiore di oltre un quarto all'entità della quota ad esso spettante. L'azione si prescrive in due anni dalla divisione (art. 763 c.c.).

Il fatto che nel caso di rescissione la prescrizione inizi a decorrere dal momento in cui sorge il diritto — ovvero con la divisione — e che in quello di annullamento, al contrario, impedimenti di mero fatto siano in grado di far slittare il decorso del termine può ancora

(63) In dottrina vi è stato chi ha proposto di intervenire a livello legislativo per uniformare le due disposizioni, stabilendo in entrambe che il termine decorra dalla scoperta del vizio. A supporto di questa proposta è stata fatta valere l'esistenza di un microsistema normativo, composto dagli articoli 1442, 482, 526, 761 c.c., accomunati dal fatto di derogare alla regola generale sancita dall'art. 2935 c.c.: G. GABRIELLI, *Invaldità delle disposizioni testamentarie e prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, I, 1.

una volta essere giustificato soltanto da ragioni legate all'effettività della tutela: nel primo caso i motivi sottesi all'azione si possono conoscere sin dalla divisione, nel secondo possono venire in luce anche trascorso un lasso di tempo ampio, motivo che ha suggerito al legislatore di applicare la massima *contra non valentem agere non currit praescriptio* intendendo la possibilità di agire in senso sostanziale e non meramente formale.

5. *Le azioni esperibili in ambito contrattuale.*

In ambito contrattuale, si rinvencono sia norme che ignorano gli ostacoli di fatto, sia disposizioni che li considerano.

Tra le prime si pensi alle regole che riguardano l'azione di rescissione, che fanno decorrere il diritto di agire dal momento di conclusione del contratto. Parimenti gli interpreti ritengono che la prescrizione del diritto di agire per la risoluzione del contratto decorra dal giorno dell'inadempimento; in caso di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, dal sopravvenuto squilibrio delle prestazioni (64).

La lettera della legge (al di là degli adattamenti apportati dalla giurisprudenza che saranno analizzati nel capitolo successivo (65)) rende omaggio al principio dell'irrilevanza degli ostacoli fattuali anche nella disposizione che fa decorrere la prescrizione dell'azione revocatoria dalla data dell'atto di disposizione suscettibile di revoca (art. 2903 c.c.). Si tratta di un risultato che, a seguito della riforma del diritto fallimentare del 2006, accomuna ora anche l'azione revocatoria fallimentare, dal momento che l'attuale art. 69-*bis* l. fall. (qualificando invero i termini in essa previsti come di decadenza), stabilisce che tale iniziativa non possa essere promossa (decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque) decorsi cinque anni dal compimento dell'atto e fornisce così una risposta addirittura più restrittiva di quella che in precedenza era raggiunta in via

(64) P. VITUCCI, F. ROSELLI, *op. cit.*, 150 s.

(65) Cfr. *infra* il § 3 del secondo capitolo.

interpretativa sulla base dell'art. 2935. Ciò in quanto, essendo la dichiarazione del fallimento il momento in cui al curatore viene attribuita la legittimazione ad agire, e si realizzano così le condizioni giuridiche che consentono l'esercizio del diritto, prima della riforma si era affermata la soluzione per cui il *dies a quo* della prescrizione dell'azione revocatoria fallimentare fosse da ricercare nella data del fallimento, e non in quella dell'atto revocando; soluzione questa che risulta ora superata dall'opzione della nuova legge, che finisce per dare più ampio rilievo all'interesse alla stabilità dell'atto e colloca in secondo piano la circostanza che durante il decorso del termine possano non essersi ancora realizzate le condizioni giuridiche che consentono l'esercizio dell'azione (66).

Ancora, in caso di crediti nascenti da lavoro autonomo, da somministrazione o da vendita, per i quali valgono le prescrizioni presuntive, il termine inizia a decorrere dalla scadenza della retribuzione periodica o dal compimento della prestazione; per le competenze dovute agli avvocati, dalla decisione della lite, dalla conciliazione delle parti o dalla revoca del mandato; per gli affari non terminati, dall'ultima prestazione (art. 2957 c.c.).

Un discorso a parte vale per i crediti da lavoro subordinato ove, a seguito di un intervento della Consulta (67), viene dato rilievo, in presenza di talune circostanze, ad impedimenti fattuali. L'argomento verrà affrontato nei prossimi paragrafi, ove, più in generale, si tratterà di esaminare le principali soluzioni orientate in modo diverso rispetto ai casi appena descritti.

(66) Cass. Civ., 5 novembre 1999, n. 12317, in *Dir. e prat. soc.* 2000, 7, 70. Si veda anche Cass. Civ., 24 aprile 2015, n. 8390, in *Guida al diritto* 2015, 33, 56, e Cass. Civ., 29 luglio 2014, n. 17200 in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, secondo cui nel procedimento concorsuale di amministrazione straordinaria l'azione revocatoria è esperibile solo dalla data del decreto che dispone l'apertura della procedura e la nomina del commissario, essendo quest'ultimo l'unico soggetto legittimato all'esercizio della suddetta azione.

(67) Corte Cost., 18 febbraio 1988, n. 185, in *Giur. cost.*, 1988, I, 709.

5.1. *L'annullamento di un contratto a titolo oneroso.*

Con riferimento all'annullamento di un contratto a titolo oneroso ricorrono due diverse regole a seconda che il contraente agisca a causa di un vizio della volontà, ovvero di un'incapacità. In questo secondo caso la disciplina in tema di prescrizione non è dissimile da quella stabilita in materia di donazione: se si tratta di contratto stipulato da un incapace naturale, il termine quinquennale di prescrizione decorre dal giorno in cui è stato stipulato il contratto (art. 428, terzo comma c.c.); se invece è in gioco un'incapacità legale, il termine decorre dal giorno in cui è cessato lo stato di incapacità, ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età (art. 1442, comma secondo, c.c.).

Da quest'ultima previsione emerge come l'esigenza di tutelare la certezza dei rapporti giuridici ceda di fronte a quella di rafforzare la tutela nei confronti degli incapaci legali, per i quali il *dies a quo* della prescrizione può coincidere con una data molto distante da quella di conclusione del contratto (68); il risultato ultimo è quello di un trattamento differenziato riservato a tale categoria rispetto a quello riguardante gli incapaci naturali, con riferimento ai quali la decorrenza del termine di prescrizione è legata ad una circostanza oggettiva, qual è quella della conclusione del contratto.

Tale scelta appare peraltro dissonante rispetto a quanto stabilito dal legislatore in sede di conclusione del contratto da parte di un soggetto la cui volontà appaia viziata da errore, dolo o violenza: in tal caso l'esigenza di certezza cede di fronte a quella di tutelare il soggetto che abbia il diritto di chiedere l'annullamento del con-

(68) La data fissata per il *dies a quo* potrebbe anche non arrivare mai, potendo un'incapace legale restare tale per tutta la sua vita. Si veda sul punto quanto osservato da E. LA ROSA, *Prescrizione*, in R. TOMMASINI, E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il Codice Civile Commentato*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2009, 132: l'A. rileva come l'astratta possibilità di una revoca della sentenza di interdizione o inabilitazione renda di fatto imprescrittibile l'azione di annullamento fino alla morte dell'incapace.

tratto, cosicché la prescrizione viene fatta decorrere da quando sono stati scoperti l'errore o il dolo, o è cessata la violenza (69).

Dal momento che una mancata consapevolezza del diritto coinvolge anche il caso in cui il negozio sia stato concluso da un incapace, la ragione (70) che si rinviene nelle previsioni concernenti le fattispecie di contratto stipulato per effetto di un vizio della volontà (garantire che l'azione possa essere esercitata quando si è consci della titolarità del diritto correlato, o non si ha più il timore del male ingiusto minacciato, dando rilievo a meri impedimenti soggettivi) dovrebbe valere altresì per i casi in cui il contratto sia stato stipulato da un incapace naturale, al quale si tratterebbe di assicurare la medesima consapevolezza e, di conseguenza, la reale possibilità di agire. Un'astratta soluzione di questo genere, se fosse stata accolta dalla legge, avrebbe consentito di uniformare la tutela dell'incapace naturale e quella prevista per l'incapace legale, ove il termine per l'azione inizia a decorrere da quando viene meno la limitazione della capacità di agire, ovvero da quando è stata superata la causa che ha viziato il contratto, dando con ciò spazio alla constatazione che l'incapace può agire solo da quando è in grado di comprendere di aver concluso un contratto lesivo dei suoi interessi.

Il fatto che per accertare questa consapevolezza sia possibile basarsi su dati oggettivi (il raggiungimento della maggiore età, il passaggio in giudicato della sentenza di revoca dell'interdizione e analoghe situazioni), non impedisce che possa essere in astratto immaginata una tutela corrispondente accordata al semplice inca-

(69) In dottrina vi è chi rinviene in questa regola un'eccezione a quella stabilita dall'art. 2935 c.c. (in tal senso P. VITUCCI, *La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, 160, che sottolinea la rilevanza di impedimenti di fatto) e chi sostiene al contrario che essa sia un'applicazione del principio generale (G. MARINI, *Il contratto annullabile*, in *Trattato del contratto*, IV, *Rimedi*, diretto da V. Roppo, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 369).

(70) Che sarebbe di equità secondo G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *op. cit.*, 222.

pace naturale (71), la cui attuazione comporterebbe un'indagine giudiziale circa la cessazione di tale stato non diversa da quella richiesta dalla legge con riferimento ai vizi della volontà, potendo a tal fine eventualmente rilevare anche presunzioni di conoscenza (72).

E analoghe considerazioni possono essere estese all'annullamento del contratto per conflitto di interessi nella rappresentanza, ove la legge stabilisce che il termine per l'azione di annullamento decorra dalla data della conclusione del contratto, senza che rilevi il momento in cui il rappresentato è venuto a conoscenza di tale conflitto.

Su questi temi, in sintesi, il codice civile ha imboccato strade differenziate, divaricando le tutele nei diversi casi e mostrando una linea che oscilla tra l'idea tradizionale per cui gli ostacoli di fatto non contano e una differente impostazione che amplia la nozione di impedimento all'esercizio del diritto, seguita anche per azioni di annullamento operanti in ambiti particolari, se solo si considera che, in caso di atti stipulati da un coniuge in regime di comunione legale senza il necessario consenso dell'altro, l'azione di annullamento può essere fatta valere entro un anno dalla data di *conoscenza* dell'atto (73) (74). Il quadro che emerge è quello di una disciplina che,

(71) Non sono mancate le proposte di far decorrere la prescrizione dal momento in cui sia cessato lo stato di incapacità naturale: G. MARINI, *op. cit.*, 369; P. VITUCCI, *Tant dure l'action, tant dure l'exception*, in *Giur. It.*, 1986, 244.

(72) Sulle presunzioni di conoscenza utilizzate dalla giurisprudenza con riferimento ai vizi della volontà si veda E. LA ROSA, *op. cit.*, 130 s.

(73) Al fine di garantire una tutela effettiva al coniuge pretermesso: O. CASTAGNARO, *Annulabilità degli atti compiuti senza il necessario consenso del coniuge in regime di comunione legale e disciplina della prescrizione*, in *Familia*, 2004, 249.

(74) Un ulteriore caso problematico si rinviene nella disciplina della donazione stipulata da persona che, "sebbene non interdetta", si provi fosse in quel momento, anche per una causa transitoria, incapace di intendere o di volere, la quale può essere annullata su istanza del donante, dei suoi eredi o aventi causa; l'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui la donazione è stata fatta. È necessario domandarsi quale sia il *dies a quo* del termine prescrizionale nel caso in cui la donazione sia stata fatta da un incapace legale. Il silenzio del legislatore nella disposizione che si esamina dovrebbe far ritenere applicabile l'art. 1442, comma 2 c.c., che, nel caso di contratto stipulato da

dinnanzi al medesimo diritto — quello di domandare l'annullamento del contratto — talvolta dà rilievo alla effettiva conoscenza che il titolare ha del suo diritto, talaltra trascura la necessità di questa consapevolezza, facendo decorrere la prescrizione dal giorno della conclusione del contratto, segnalando così che la formula anodina dell'art. 2935 viene lasciata convivere sia con situazioni in cui il *dies a quo* è determinato dall'astratta possibilità di esercitare il diritto, sia con regole differenti, la cui frequenza e importanza fa dubitare che quell'articolo fissi effettivamente un principio generale di esclusione degli impedimenti di fatto.

Le oscillazioni che caratterizzano il legislatore quando disciplina il *dies a quo* con riferimento a fattispecie simili emergono con evidenza se si raffrontano le regole sull'annullamento per incapacità legale o vizi del consenso con le norme riguardanti la rescissione. Con riferimento a tale azione, la previsione che riguarda il termine prescrizionale e che, come noto, stabilisce che l'azione si prescrive in un anno dalla conclusione del contratto (art. 1449 c.c.), è degna di attenzione sotto più aspetti (75).

un soggetto affetto da tale incapacità, stabilisce che il termine per l'annullamento decorra da quando è cessato lo stato di interdizione o di inabilitazione. Ad una soluzione differente si potrebbe addvenire soltanto interpretando l'espressione "sebbene non interdetta" di cui all'art. 775 c.c. in senso rafforzativo, ovvero ritenendo che la norma abbia indirizzato la regola a qualsiasi incapace, e dunque *anche* a quelli non interdetti: così interpretata la disposizione, il termine decorrerebbe in entrambi i casi dallo stesso momento, ovvero dalla conclusione del contratto di donazione. Non si può peraltro trascurare come la medesima espressione sia invero utilizzata anche nell'art. 428 c.c. che, sulla base del combinato disposto con quanto previsto dall'art. 1442 c.c., detta regole per i soli casi di incapacità naturale. In questa prospettiva, sembrerebbe opportuno interpretare l'espressione in esame come rivolta ai soli incapaci naturali, con la conseguenza che i termini per domandare l'annullamento di una donazione stipulata da un incapace decorrono da momenti diversi a seconda del tipo di incapacità.

(75) La dottrina desume dalla brevità del termine una resistenza dell'ordinamento a un rimedio equitativo che finisce per compromettere la stabilità dei rapporti e la sicurezza dei traffici: M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 1994, 691; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 2011, 893; M. SESTA, *La rescissione del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991, 820; M. SESTA, *La rescissione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 81 ss. Tale interpretazione è stata criticata da M. D. POLI, *La rescissione del contratto*, in *Il Codice Civile Commentato*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2015,

La disciplina del codice sulla rescissione rappresenta il punto di approdo di un dibattito sulle modalità di repressione dell'usura ed è stata ampiamente influenzata sia dalle norme del codice del 1865 in materia di rescissione per lesione del contratto di vendita di immobili — dalle quali ha mutuato la misura dell'*ultra dimidium* della lesione —, sia dai dibattiti sulla repressione dell'usura in campo penale — ai quali si deve la rilevanza attribuita allo stato di approfittamento del contraente libero su chi si trova in stato di bisogno —, sia infine dal Progetto italo-francese sulle obbligazioni, che per primo aveva attribuito generalità al rimedio, collocandolo però nella disciplina riguardante i vizi del consenso (76). L'art. 22 del Progetto ipotizzava infatti il rimedio dell'annullamento nel caso in cui le obbligazioni di uno dei contraenti fossero del tutto sproporzionate ai vantaggi dell'altro, in modo da potersi presumere che il consenso non fosse stato sufficientemente libero (77). Questa soluzione è stata disattesa dal nostro legislatore, che ha scelto di disciplinare la fattispecie in via autonoma, collegando l'operatività del rimedio della rescissione a specifici presupposti.

Non è questa la sede per soffermarsi sull'analisi della disciplina dell'istituto. È sufficiente qui rilevare come il "vizio" derivante dal bisogno o dal pericolo non sia da solo sufficiente a giustificare l'azionabilità del rimedio (78): a tal fine è anche necessario aver subito una lesione, intesa come danno derivante dalla stipulazione

274 s.. Secondo l'A. tale previsione sarebbe il frutto di un bilanciamento di esigenze contrapposte: da un lato, quella di proteggere i soggetti lesi, dall'altro quella di evitare di aprire un varco nella libertà dei privati di determinare in autonomia l'assetto economico dei propri interessi.

(76) Si veda sul punto L. CORSARO, *Rescissione*, in *Digesto delle Discipline priv., Sez. civ.*, Torino, 1997, 629 s.

(77) E. RIEZLER, *Dell'invalidità del consenso secondo il progetto italo-francese di Codice unico delle obbligazioni*, ADCSL, 1930, 203, mette in luce la volontà, in sede di progetto, di elaborare una nuova figura di vizio del consenso.

(78) Secondo L. CORSARO, *op. cit.*, 637 il fatto che il bisogno sia determinante del consenso è testimoniato dalla formula prevista dall'art. 1448 c.c., ove si richiede che la lesione sia dipesa dallo stato di bisogno: in altri termini, ad aver spinto la persona a contrarre deve essere stata la necessità di evitare un danno. Parla di causalità del bisogno anche G. MIRABELLI, *op. cit.*, 98 e 251.

del contratto in sé. A differenza di quanto previsto per i vizi della volontà in senso stretto, la compressione del consenso che qui rileva non è dunque collegata solo a circostanze soggettive, ma si affianca al dato oggettivo della sproporzione o dell'iniquità, la cui sussistenza è imprescindibile per poter agire.

Considerata l'inequivocabile indicazione dell'art. 1449, che fissa la decorrenza della prescrizione dalla conclusione del contratto, non può sfuggire come permanga una difficoltà nel ricondurre a razionalità una scelta che potrebbe giustificarsi solo se lo squilibrio tra le prestazioni fosse l'unico requisito necessario per l'impugnazione del contratto. I dubbi a riguardo derivano dal fatto che sembra possibile individuare, da un punto di vista soggettivo, un filo conduttore tra la violenza e lo stato di bisogno, il quale, come è stato osservato, mette in luce il passaggio, anche attraverso i possibili stadi intermedi del *metus* — ovvero la violenza del terzo e lo stato di pericolo —, della causa viziante dalla sfera interna dei contraenti ad una dimensione esteriore, in veste di necessità economica o di pericolo (79).

Coerenza avrebbe voluto dunque che, al pari di quanto previsto in caso di minaccia, gli impedimenti di fatto all'esercizio dell'azione di rescissione fossero resi rilevanti mediante la fissazione della decorrenza del termine prescrizione dal momento in cui è cessato lo stato di pericolo o di lesione.

Ovviamente le perplessità enunciate cesserebbero se non fosse in concreto ipotizzabile che, al contrario della minaccia, lo stato di bisogno o di pericolo possa persistere anche una volta stipulato il contratto e possa così ostacolare la reazione della parte protetta. In

(79) G. MARINI, *Rescissione (dir. vig.)*, in *Encicl. Dir.*, Milano, 1988, 969. Con riferimento al collegamento tra contratto concluso in stato di necessità e vizi del consenso cfr.: G. MIRABELLI, *op. cit.*, 172; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1946, 453 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto, t. primo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 596. Si veda peraltro quanto osservato da B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000, 10: "Nella lesione la costrizione nasce dalle circostanze, *l'asservissement* esiste non nei confronti di una volontà ma di una necessità parimenti energica".

questa prospettiva è bene domandarsi se tali situazioni cessino definitivamente nel momento in cui si stipula il contratto rescindibile, o se al contrario esse potrebbero rivivere nel caso in cui il contratto venisse travolto proprio tramite lo strumento della rescissione. In taluni casi non vi è dubbio che, stipulato il contratto, lo stato di bisogno o pericolo si estingua senza possibilità di riemersione: si pensi al caso di assunzione di un farmaco salva vita, difficilmente reperibile e che perciò si è accettato di acquistare a un prezzo fuori dagli standard di mercato. Qui è chiaro che la rescissione del contratto non potrebbe far rivivere lo stato di pericolo: la salute del contraente necessitato è posta al sicuro proprio grazie all'assunzione del farmaco.

Si pensi però al caso in cui sia stato stipulato un contratto di fornitura alterato dallo stato di bisogno, ma che sia indispensabile per la sopravvivenza dell'attività imprenditoriale esercitata dalla vittima. È evidente che in un'ipotesi del genere il contraente sarebbe impossibilitato ad agire fintanto che permanesse la situazione che l'ha spinto a contrattare a condizioni inique, dal momento che l'eventuale rescissione del contratto priverebbe il contraente di quanto necessario per ovviare al suo bisogno.

In dottrina il mancato riconoscimento della decorrenza del termine prescrizione dal cessato stato di pericolo o di bisogno è stato giustificato sulla base del fatto che l'ordinamento, per l'azionabilità della rescissione, non dà rilievo alla semplice volizione viziata, ma al pregiudizio economico (80). È, questa, un'affermazione che lascia irrisolte alcune perplessità: se è vero che la lesione patrimoniale è utilizzata quale circostanza oggettiva da cui desumere l'esistenza di un vizio nel procedimento di formazione del consenso, non si comprende perché ciò potrebbe essere sufficiente a giustificare l'irrilevanza di una circostanza (il riemergere della situazione di bisogno) che nei fatti può far desistere il soggetto agente dall'esercitare il diritto di chiedere la rescissione del contratto.

(80) G. MARINI, *op. cit.*, 971.

Ancora una volta si manifesta dunque la convivenza di logiche divergenti nella disciplina della prescrizione, nella quale analoghe esigenze di tutela sono comprese talora da una concezione strettamente oggettiva del *dies a quo* e sono assecondate altre volte tenendo conto di impedimenti specifici riguardanti il titolare del diritto.

5.2. *Le azioni di garanzia esperibili nell'ambito del contratto di compravendita.*

Parlare dei termini di prescrizione relativi alle garanzie previste per il contratto di compravendita significa considerare non solo la disciplina del codice civile, ma anche quella contenuta in una serie di leggi speciali di derivazione europea o sovranazionale: ci si riferisce, in particolare, al Codice del Consumo e alle previsioni della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci.

Emergerà dall'analisi l'esistenza di una comune direttrice che può definirsi per certi versi "ibrida", per la quale, pur con sfumature differenti, a certi fini è dato rilievo alla consapevolezza del vizio del bene e ad altri fini è considerato un fatto diverso dalla stipulazione del contratto — e dunque dal sorgere in sé del diritto alla garanzia —, rappresentato dalla consegna del bene, circostanza che rende possibile al compratore l'ispezione e la verifica della cosa e quindi pone a suo carico e rischio un onere di accertamento che, se non adeguatamente assolto, può condurre all'estinzione del diritto.

5.2.1. *La disciplina del codice in caso di vizi della cosa venduta.*

Con riferimento al diritto potestativo di invocare la garanzia per i vizi della cosa venduta, come noto il legislatore ha stabilito due termini: uno di decadenza, legato alla effettiva conoscenza dei vizi da parte del compratore, e uno annuale di prescrizione (81), che decorre dalla consegna della cosa (art. 1495 c.c.) (82).

(81) Sulla *ratio* sottesa alla scelta di stabilire un termine di prescrizione così breve si veda D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, a cura di A.

Emerge dunque un altro ambito in cui la legge attribuisce rilievo alla consapevolezza, o alla possibilità di conseguirla, del diritto di agire: se ciò appare anzitutto evidente con riferimento alla decadenza, ove il termine di otto giorni decorre dalla scoperta del vizio (83), ad una disamina approfondita della *ratio* della norma sembra che le analoghe considerazioni possano svolgersi anche per il termine di prescrizione.

La decorrenza di esso infatti, in deroga alla regola generale secondo cui il termine iniziale dovrebbe coincidere con il giorno della conclusione del contratto, subisce un differimento sino alla consegna del bene (84); una scelta, quest'ultima, che lega la decorrenza non al momento in cui è sorto il diritto alla garanzia, ma a

Cicu e F. Messineo, Milano, 1971, 842: secondo l'A. la brevità del termine si spiega considerando le difficoltà di prova dopo un certo tempo oltre che l'esigenza di non sospendere per un tempo troppo lungo le sorti del contratto e di garantire la libera circolabilità della cosa.

(82) La scelta di dettare un'unica disciplina valevole sia per la vendita mobiliare, sia per quella immobiliare è ritenuta di dubbia opportunità da A. LUMINOSO, *La vendita*, Milano, 2014, 498.

(83) In giurisprudenza si rileva come la scoperta del vizio ricorre allorché il compratore abbia acquisito la certezza oggettiva della esistenza del vizio, a meno che non si tratti di vizi apparenti, nel qual caso il termine decorre dal momento di ricevimento del bene (sulla base di questo principio, in un caso di vendita di animali affetti da una malattia, il termine per la denuncia dei vizi è stato fatto decorrere non dalla consegna di essi, ma dal momento in cui il morbo ha iniziato a manifestarsi: Cass. Civ., 30 agosto 2000, n. 11452, in *Giur. It.*, 2001, 1133; in una fattispecie riguardante l'acquisto di piante di vite, il termine è stato fatto decorrere da quando si è manifestata l'inidoneità delle stesse all'uso: Cass. Civ., 6 giugno 2002, n. 8183, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 6. Si vedano altresì Cass. Civ., 5 gennaio 1996, n. 49, in *Foro it.*, 1996, I, 528; Cass. Civ., 30 gennaio 1995, n. 1082, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, 224.).

(84) Bisogna peraltro considerare che non sempre la consegna del bene è successiva rispetto al momento in cui si conclude il contratto: essa può essere contestuale (si veda sul punto Cass. Civ., 6 febbraio 2008, n. 2797 in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 2 165), o anche anteriore. In quest'ultimo caso si profilano due scenari: se i vizi sono stati scoperti prima della conclusione del contratto, la garanzia non opera, in base a quanto stabilito dall'art. 1491 c.c. (salvo che si tratti di merci da trasportare, o comunque non visionabili: Cass. Civ., 10 aprile 2000, n. 4496 in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 761); se sono stati scoperti successivamente, il termine decorrerà dal momento in cui è stato concluso il contratto. Sul punto cfr. D. RUBINO, *op. cit.*, 844; M.C. BIANCA, *La vendita, cit.*, 1050 ss.; A. LUMINOSO, *op. cit.*, 501. In giurisprudenza Cass. Civ., 11 settembre 1991, n. 9510 in *Giust. Civ. Mass.*, 1991, fasc. 9.

quello in cui il compratore viene posto nella condizione di potersi rendere conto del vizio, in quanto è con la disponibilità materiale che l'aveute causa ha modo di visionare la *res* e verificarne l'integrità (85). La particolarità della scelta legislativa, che induce a parlare di un suo carattere "ibrido", risiede nel fatto che la conoscibilità del difetto è riferita qui alla circostanza oggettiva della consegna e prescinde quindi da valutazioni in concreto sulla diligenza del compratore nella verifica, cosicché si determina a carico di quest'ultimo l'attribuzione del rischio relativo all'insuccesso dell'accertamento in tempo utile all'esercizio della garanzia, a prescindere dalla cura con cui egli abbia condotto le necessarie ispezioni.

Simili considerazioni possono svolgersi per il caso in cui la cosa venduta non abbia le qualità promesse o quelle essenziali per l'uso a cui è destinata (86), dal momento che per i termini di decadenza e prescrizione la legge rimanda all'art. 1495 c.c.. Bisogna altresì considerare la possibilità, prevista dal codice, che il venditore garantisca il buon funzionamento della cosa venduta; in questo caso, il difetto di funzionamento deve essere denunciato dal compratore entro trenta giorni dalla scoperta, da cui decorre inoltre il termine di prescrizione semestrale dell'azione. È dunque questa un'ulteriore fattispecie in cui rileva la possibilità di agire non solo giuridica, ma anche fattuale, dipendendo la prescrizione dalla conoscenza (art. 1512, co. 1).

(85) A tal fine in dottrina si considera rilevante soltanto la consegna effettiva, materiale, ovvero quella che mette l'acquirente in contatto diretto con la cosa: così D. RUBINO, *op. cit.*, 843; R. LUZZATTO, *La compravendita*, edizione postuma a cura di Persico, Torino, 1961, 333 ss.. Vi è poi chi sostiene che, qualora sia necessario l'impiego del bene per accorgersi dei vizi, il termine decorrerebbe solo da questo ulteriore momento: così G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1937, 180.

(86) Vi è mancanza di qualità quando la cosa è riconducibile "per la sua natura o per gli elementi che la caratterizzano, in un tipo o specie diversi dal pattuito": in tal senso P. GRECO, G. COTTINO, *Della Vendita*, in *Commentario del Codice Civile, Scialoja-Branca*, Bologna Roma, 1981, 230.

5.2.2. *L'azione nella vendita dei beni di consumo.*

L'art. 129 Cod. Consumo, stabilendo che il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita, riconduce ad un'unica nozione qualsiasi ipotesi di difformità del bene venduto rispetto a quanto previsto nell'accordo, superando così le distinzioni derivanti dalla disciplina del codice civile (87) (88); a prescindere dunque dalla tipologia di difetto,

(87) La disciplina sulla vendita dei beni di consumo è contenuta negli artt. 128 ss. d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo). Le previsioni contenute in queste norme si applicano, per espressa previsione dell'art. 128, anche ai contratti di permuta, di somministrazione, di appalto di opera e più in generale a tutti i contratti comunque finalizzati alla fornitura dei beni di consumo da fabbricare o produrre. La disciplina trae le sue origini dalla direttiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999, attuata con il d.lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, la quale è stata oggetto di numerosi commenti e analisi. *Ex plurimis*: G. DE CRISTOFARO, *Vendita (Vendita di beni di consumo)*, in *Enc. Giur.*, XXXII, *Aggiornamento*, Roma, 2003; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000; AA.VV., *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. Patti, Milano, 2004; G. ALPA, G. DE NOVA, G. CAPILLI, L. COLANTUONI, C. LEO, A. MANIACI, P.M. PUTTI, A. SCARPELLO, M. VALCADA, *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002; A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002; AA.VV., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di R. Bin e A. Luminoso, in *Tratt. di dir. comm. e dell'econ.*, diretto da Galgano, XXXI, Padova, 2003; R. CALVO, *I Contratti del consumatore*, in *Tratt. di dir. comm. e dell'econ.*, diretto da Galgano, XXXIV, Padova, 2005, 281 ss.; E. CORSO, *Della vendita di beni di consumo*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna Roma, 2005; S. MAZZAMUTO, *La vendita di beni di consumo*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, 2007, 879 ss.; AA.VV., *La vendita dei beni di consumo*, in *Commentario a cura di C.M. Bianca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 317 ss.; F. MACARIO, *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 143 ss.; R. PARDOLESI, *La direttiva sulle garanzie nella vendita: ovvero, di buone intenzioni e risultati opachi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 437 ss.

(88) Sul difetto di conformità cfr. G. AMADIO, "La conformità al contratto" tra garanzia e responsabilità, in *Altre otto voci (e due progetti) sulla Direttiva comunitaria riguardante le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Contr. Impr. Europa*, 2001, 5.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 863 ss.; M.P. MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2009, 82 ss.; R. MONGILLO, *Il difetto di conformità nella vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2006, 11 ss.; E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna Roma, 2005, 38 ss.; A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *cit.*; A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. Scheslinger, Milano,

l'esigenza è quella di assicurare al consumatore una precisa corrispondenza tra risultato sperato e quello realizzato (89).

Con riferimento ai termini per l'azione di garanzia, il nostro legislatore, dando attuazione alla direttiva, si è avvalso di una facoltà concessa da quest'ultima agli Stati membri (90) (art. 5), prevedendo, in aggiunta al termine biennale della durata della garanzia decorrente dalla consegna del bene, già stabilito dalla norma europea (91), un termine di decadenza e uno di prescrizione (art. 132 Cod. cons.).

Anche in questo caso, al pari di quanto previsto dalla disciplina del codice civile in materia di vizi nella vendita, è data rilevanza, ai fini della decorrenza di tali termini, alla conoscenza o, comunque, alla conoscibilità del difetto, e non al semplice sorgere del diritto. Ciò si evince dal fatto che il termine di decadenza (di due mesi) decorre dalla data in cui il consumatore ha scoperto il difetto; quello (di ventisei mesi (92)) di prescrizione, dalla data di consegna del bene (93).

2014, 525 ss. e 548 ss.; C. TERRANOVA, *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in *I contratti di vendita*, a cura di D. Valentino, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007, 1160 ss.

(89) R. MONGILLO, *op. cit.*, 33 ss., ove si rileva come i rimedi previsti dal legislatore del 1942 siano parsi inadeguati rispetto allo sviluppo economico-sociale attuale.

(90) Si veda sul punto A. LUMINOSO, *cit.*, 603 ss.

(91) La dottrina appare divisa sulla natura da attribuire a tale termine: per taluni, esso sarebbe un termine di decadenza: A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *cit.*, 118; A. MANIACI, *sub* art. 132, in *Codice del Consumo* a cura di V. Cuffaro, Milano, 2012, 672. Critico nei confronti di tale soluzione A. LUMINOSO, *cit.*, 604 s., che lo definisce una combinazione tra un termine di durata del rapporto e una *condicio iuris* estintiva: decorsi due anni dalla consegna il rapporto di garanzia si estingue, a meno che nel frattempo il difetto non si sia manifestato. C. CHESSA, *I termini di decadenza e prescrizione*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M. Bin e A. Luminoso, Padova, 2003, 490 rileva la brevità del termine, soprattutto per quei prodotti che hanno una vita media superiore al biennio, evidenzia il rischio che tale tutela risulti essere soltanto formale per quei beni di lunga durata, per i quali la probabilità che si manifesti un difetto di conformità nel primo biennio di vita è bassa.

(92) In dottrina la scelta di fissare un termine di 26 mesi è stata ricondotta all'esigenza di non far coincidere il termine di prescrizione con quello di durata della responsabilità del venditore. Ove l'acquirente scoprisse il difetto nel corso del biennio

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, pur non essendo espressa la rilevanza attribuita alla possibilità di venire a conoscenza del difetto, valgono le medesime considerazioni poc'anzi svolte con riferimento alla disciplina del codice in caso di vizi del bene: con la consegna, l'acquirente ha la possibilità di visionare il bene e, dunque, di rilevare eventuali difetti, assumendo da quel momento il rischio dell'accertamento (94).

avrebbe la possibilità di agire nei successivi due mesi. Se fosse stato previsto un termine prescrizione di due anni, si sarebbero potuti avere casi in cui in capo all'acquirente sarebbe nato un diritto ormai prescritto, laddove il difetto fosse stato scoperto al termine del biennio: G. CAPILLI, *sub art. 1519-sexies*, in *L'acquisto di beni di consumo*, cit., 61.

(93) Sul punto la disciplina in esame si discosta da quella contenuta nel codice civile: in favore del consumatore sono previsti termini di gran lunga maggiori sia in caso di decadenza (due mesi contro gli otto giorni del codice) sia di prescrizione (26 mesi contro l'anno).

Ciò mette in luce le diverse finalità di tutela sottese alle rispettive discipline: mentre quella che si sta analizzando è senza dubbio volta a proteggere il consumatore (sulle finalità della Direttiva cfr. E. M. LOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita di beni di consumo*, Milano, 2010, 19; P. SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. Giur.*, 2002, 561; A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*; AA.VV., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo.*, a cura di R. Bin e A. Luminoso cit.), quella codicistica mira a tutelare un piano diverso, coincidente secondo taluno con quello generale dei traffici (D. RUBINO, *op. cit.*, 830), secondo altri con quello del venditore, la cui posizione sarebbe privilegiata non solo dalla previsione di un rigoroso limite temporale previsto per la tutela dell'acquirente, bensì anche dalla imposizione a carico di quest'ultimo dell'onere di dimostrare l'inesattezza della prestazione. (C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, tomo II, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, fondato da Vassalli, Torino, 1993, 1020; L. SAVANNA, *La compravendita. La tutela dell'acquirente per vizi e difetti della cosa venduta*, Torino, 2003, 52).

Più in generale sui termini di decadenza e di prescrizione nella disciplina della vendita dei beni di consumo cfr.: G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità*, cit., 224; A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, cit., 134 ss.; A. PINNA, *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/194/CE sulla vendita dei beni di consumo*, in *Contr. Impr./Europa*, 2000, 516 ss., C. CHESSA, *op. cit.*, 491; A. LUMINOSO, cit., 498 ss.

(94) Sul momento in cui il consumatore può verificare la reale conformità al contratto del bene, ovvero quando entra nella materiale disponibilità di quest'ultimo cfr. F. RICCI, in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. Patti, Milano, 2004, 346; P. AGOSTINELLI, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di Garofalo, Mannino, Moscati, Vecchi, Padova, 2003, 538; C. CHESSA, *I termini di decadenza e prescrizione*, cit., 491; A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, 62; vi è peraltro chi fa coincidere il momento della consegna non con quello della materiale apprensione del bene, ma con quello in cui

5.2.3. *L'azione di garanzia nella vendita internazionale di beni mobili.*

La conoscenza della possibilità di azionare la garanzia per vizi rileva anche nel caso in cui si tratti di vendita internazionale di un bene mobile, laddove l'art. 39 Conv. Vienna (95) prevede che l'acquirente perda il diritto di far valere un difetto di conformità se non denuncia quest'ultimo al venditore entro un termine ragionevole, che decorre dal momento in cui *l'ha constatato o avrebbe dovuto constatarlo*. Il secondo comma prevede poi per la denuncia un termine di sbarramento finale di due anni dalla effettiva consegna.

Di fronte alla scelta della Convenzione di astenersi dalla qualificazione del fenomeno e di utilizzare una formula pragmatica come *"the buyer loses the right"*, e considerata la vocazione internazionale e "trasversale" della sua disciplina, sia consentito qui di prescindere dalla questione se sia disciplinato un fenomeno di prescrizione o di

l'obbligazione di consegna a carico del venditore possa considerarsi adempiuta. Rileva E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo*, in *Commentario Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2005, 150 s. come le diverse interpretazioni incidano sul momento dal quale far decorrere il termine previsto per la garanzia, portando l'esempio del bene oggetto di un contratto di vendita o di permuta, che debba essere trasportato: secondo la prima interpretazione, il termine decorrerà dal momento della consegna del bene al vettore o allo spedizioniere; nel secondo dal momento in cui l'acquirente entri nella effettiva disponibilità del bene. Soluzione, quest'ultima, ritenuta preferibile, in quanto maggiormente in linea con lo spirito del legislatore comunitario di fornire la maggior protezione possibile al consumatore.

Sulla scelta di far decorrere la prescrizione dal momento della consegna la dottrina è peraltro divisa: favorevoli A. ZACCARIA, G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 123, che ritengono che la soluzione adottata dal legislatore sia in linea con le esigenze di certezza sottese all'istituto della prescrizione; contrario A. PINNA, *op. cit.*, 132, il quale ritiene che simile soluzione non impedisce che la soluzione decorra contro chi si trovi nell'impossibilità di agire, perché non ha scoperto il difetto.

(95) La Convenzione, adottata a Vienna l'11 aprile 1980, è stata ratificata con l. 11 dicembre 1985, n. 765, ed è entrata in vigore il 1° gennaio 1988. Sull'applicabilità della Convenzione nel nostro paese si vedano: G. DE NOVA, *L'ambito di applicazione ratione materiae della Convenzione di Vienna*, in *Riv. Trim.*, 1990, 749 ss.; G. SACERDOTI, *I criteri di applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contraenti*, in *Riv. Trim.*, 1990, 733 ss.

decadenza, per concentrare l'attenzione sul presupposto che conduce alla perdita del diritto e sulla struttura adottata dalla legge, particolarmente interessante perché prefigura soluzioni utilizzate successivamente da alcuni sistemi giuridici in tema di prescrizione — tra l'altro assorbite (forse sorprendentemente, vista la distanza tra le materie regolate) nel loro schema di base dalla nuova disciplina italiana relativa all'azione di disconoscimento di paternità già illustrata in precedenza (96) —.

Lo schema impiegato è quello cd. a due livelli (*two-tier system*), connessi rispettivamente a un termine breve, legato alla conoscenza o alla conoscibilità del diritto da far valere, e a uno più lungo, con una funzione di sbarramento finale, legato al momento in cui è sorto il diritto, indipendentemente dalla consapevolezza effettiva o solo presunta che di esso si abbia. Come sarà approfondito nel terzo capitolo del presente lavoro, questo schema ha ispirato le recenti riforme in materia in Germania e in Francia, e si ritrova nei principi Unidroit ed Europei (97).

La disposizione in esame pone peraltro alcuni problemi interpretativi.

Il primo riguarda il significato da attribuire all'espressione "*reasonable time*", che evoca un giudizio discrezionale affidato ai giudici in sede di individuazione del periodo entro il quale il compratore deve denunciare il difetto di conformità (98). Nonostante il tentativo di taluna dottrina di stabilire una durata fissa (99), la giurisprudenza che si è pronunciata sul punto ha attribuito a tale termine un'estensione variabile, legata ad esempio all'entità e alla

(96) Cfr. *supra* il § 3.1 di questo capitolo.

(97) Sul punto M. J. BONELL, *Verso un regime uniforme di prescrizione per i contratti commerciali internazionali?*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 783 s.

(98) In giurisprudenza si parla a tal riguardo di "clausola generale": Pret. Torino, 30 gennaio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 985; Trib. Rimini, 26 novembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 904.

(99) Citata da F. FERRARI, *La vendita internazionale, Applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova, 2006, 286 nota 237.

tipologia dei beni venduti (100): si consideri così il caso di merci deperibili, con riferimento alle quali la ragionevolezza è stata individuata in un lasso di tempo più breve rispetto a quello invece stabilito per beni non deperibili (101).

Degna di nota è inoltre la previsione riguardante il momento dal quale decorre il termine ragionevole. Ai sensi dell'art. 39 tale momento è in realtà duplice, potendo esso coincidere sia con quello in cui l'acquirente ha scoperto il vizio, sia con quello in cui egli avrebbe dovuto scoprirlo. È con riferimento a quest'ultimo che sorgono difficoltà ermeneutiche. In giurisprudenza è stato posto in risalto il legame tra l'onere di denuncia e i doveri di ispezione, previsti all'art. 38. Tale norma, in particolare, impone all'acquirente di esaminare le merci "nel termine più breve possibile". Dalla combinazione di queste disposizioni, la decorrenza del termine è stata così individuata al momento della consegna, considerando in tal modo tardiva la denuncia effettuata decorsa una decina di giorni da essa (102).

In ogni caso, e dunque anche al di fuori delle ipotesi in cui il vizio sia individuabile attraverso un'ispezione, non vi è dubbio che il criterio della ragionevolezza coniugato con la presunzione di conoscenza finisca per riservare al giudice un ampio potere discrezionale, che mette in luce le differenze sussistenti in materia di vendita tra la disciplina in esame e quella del codice, retta, come si è avuto modo di osservare, da regole più rigide.

Circa il termine biennale di sbarramento finale, decorrente dalla consegna del bene (art. 39, comma 2), occorre osservare che la scelta

(100) M. CALLEGARI, *La denuncia dei vizi nella Convenzione di Vienna: un difficile incontro con il criterio del reasonable man*, in *Giur. it.*, 1998, 985; G. SAGLIASCHI, *La ragionevolezza nel sistema rimediale della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2003, 141. In giurisprudenza cfr.: Trib. Rimini 26 novembre 2002, *cit.*; Trib. Vigevano, 12 luglio 2000, in *Giur. It.*, 2001, 288; Pret. Torino 30 gennaio 1997, *cit.*

(101) Trib. Rimini 26 novembre 2002, *cit.* In dottrina si veda L. GRAFFI, *Spunti in tema di vendita internazionale e forum shopping*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 284.

(102) Trib. Vigevano, 12 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 280.

di accompagnare un primo termine molto breve, legato alla conoscenza o conoscibilità del diritto da far valere, ad un termine più lungo, rigido (103), che peraltro decorre dalla consegna, ovvero da un momento in cui, come si è rilevato *supra* (104), si è normalmente in grado di verificare le condizioni della cosa, risponde a due esigenze contrapposte: da un lato quella dell'acquirente, al quale viene garantito un lasso di tempo sufficientemente ampio per agire, considerato in via presuntiva idoneo a consentire la conoscenza di eventuali difetti di conformità; dall'altro quella del venditore, che non si vede in tal modo costretto ad affrontare pretese trascorso un periodo di tempo così lungo, da non poter più reperire prove riguardanti sia lo stato della merce al momento della consegna, sia eventuali responsabilità dei fornitori (105). Non bisogna trascurare, peraltro, che la rigidità e assolutezza di questo secondo termine è mitigata dalla possibilità delle parti di derogarvi, come si legge nel secondo comma dell'art. 39, norma che sembra ammettere peraltro la deroga non solo espressa, ma anche tacita, laddove subordina l'operatività del termine biennale alla mancanza di incompatibilità con un diverso termine stabilito dalle parti, o con eventuali garanzie dalle stesse previste (106).

5.3. *La garanzia per i vizi nell'appalto.*

Ai sensi dell'art. 1667 c.c. l'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera. A differenza della disciplina in materia di vendita, con riferimento al contratto di appalto il codice

(103) Sulla rigidità di questo termine si veda T. SACCO, *La disciplina della prescrizione nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, in *Riv. Dir. int. priv. proc.*, 1999, 483.

(104) Cfr. § 5.2.1. di questo capitolo.

(105) Si veda sul punto: F. FRATTINI, *Art. 39*, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C. M. Bianca, Padova., 1992, 180.

(106) F. FRATTINI, *op. cit.*, 18, riporta l'esempio di una clausola con la quale il venditore di un macchinario si impegna a garantire una produzione quotidiana di cento pezzi per almeno tre anni: in tal caso il termine entro il quale agire sarebbe triennale.

non distingue tra vizi redibitori e mancanza di qualità essenziali e promesse; viene piuttosto in rilievo la differenza tra vizi palesi — ovvero conosciuti o riconoscibili dall'altra parte — e vizi occulti — non riconoscibili —, essendo l'appaltatore tenuto alla garanzia solo in presenza di questi ultimi.

Per il resto, lo schema appare simile a quello utilizzato nei rapporti tra venditore e compratore: il termine di decadenza (di sessanta giorni) decorre dalla scoperta dei vizi (107); quello biennale di prescrizione dalla consegna del bene (108).

Sebbene quest'ultimo termine non appaia a prima vista legato alla conoscenza dei vizi, valgono in questa sede le considerazioni già svolte in caso di vendita circa la possibilità (e l'onere) di analizzare lo stato del bene (109).

Merita per contro alcune specifiche considerazioni la previsione, dettata per l'ipotesi dell'appalto di costruzione di immobili destinati per loro natura a lunga durata, relativa alla responsabilità decennale posta a carico dell'appaltatore per gravi difetti dell'opera (art. 1669 c.c.) (110).

(107) Sul punto si veda C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, Milano, 1977, 204: l'A. rileva come il *dies a quo* coincida con il momento in cui il mittente acquisisce la certezza oggettiva dell'esistenza dei vizi, che deve essere posta in relazione con il manifestarsi degli stessi, e non necessariamente con l'accertamento causale, che, normalmente, si colloca in un momento successivo alla scoperta. Cfr. altresì F. MARINELLI, *La responsabilità dell'appaltatore*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. Cuffaro, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2011, 319 ss.

(108) D. RUBINO, G. IUDICA, *L'appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna Roma, 1992, 416 rilevano come l'azione si prescriva in due anni anche nel caso in cui alla consegna, o in altro momento, l'appaltatore abbia riconosciuto i vizi. Questo riconoscimento serve a palesare un vizio che altrimenti sarebbe occulto, e si sostituisce pertanto alla denuncia, ma non ha nulla a che vedere con la prescrizione dell'azione, non comportando una novazione dell'obbligazione.

(109) Una regola analoga è contenuta nella disciplina riguardante il contratto d'opera, ove l'art. 2226 c.c., in caso di vizi dell'opera, fa decorrere il termine di decadenza (di otto giorni) dalla scoperta dei vizi, e quello annuale di prescrizione dalla consegna.

(110) D. RUBINO, *op. cit.*, 842 ss.

In questo caso, l'evoluzione interpretativa della giurisprudenza ha condotto ad attribuire il massimo rilievo alla conoscenza del vizio, rendendo i termini dipendenti da variabili fortemente legate alle scelte e all'organizzazione del committente; in particolare, la successione tra l'onere di denunciare il vizio all'appaltatore entro un anno dalla scoperta e il termine di prescrizione annuale decorrente dalla denuncia è intesa con riferimento non ad una generica conoscenza in capo al committente, ma ad una specifica e precisa presa d'atto della natura e degli aspetti tecnici del difetto, rilevato attraverso l'intervento di esperti del settore e, normalmente, di consulenze commissionate allo scopo (111).

5.4. *L'azione di risoluzione nel contratto di locazione di immobili urbani.*

L'art. 80 l. n. 392/1978 prevedeva, nel caso in cui il conduttore avesse adibito l'immobile ad un uso diverso da quello pattuito, la possibilità del locatore di chiedere la risoluzione del contratto entro tre mesi dal momento in cui ne avesse avuto conoscenza e, in ogni caso, entro un anno dal mutamento di destinazione.

Lo schema utilizzato era dunque quello del doppio binario: termine breve, legato alla effettiva conoscenza della possibilità di agire; termine di sbarramento, legato al momento in cui è sorto il diritto di chiedere la risoluzione, indipendentemente dalla conoscenza o conoscibilità di tale azionabilità.

La Corte Costituzionale è intervenuta dichiarando l'incostituzionalità della seconda previsione, ovvero quella che permette la perdita del diritto anche nell'ignoranza del titolare, cosicché ad oggi esiste un unico termine, breve, che decorre dalla conoscenza del mutamento d'uso da parte del conduttore (112).

(111) Cass. Civ., 23 gennaio 2008, n. 1463, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, I, 78; Cass. Civ., 16 settembre 2014, n. 19483, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014; Cass., civ., 8 maggio 2014, n. 9966, in *Dir. & Giust.*, 2014, 9 maggio; Cass. Civ., 16 febbraio 2015, 3040, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015.

(112) Corte Cost., 18 febbraio 1988, n. 185, in *Giur. cost.*, 1988, I, 709.

6. *L'azione di risarcimento del danno da fatto illecito.*

Con riferimento al diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, l'art. 2947 c.c. stabilisce che esso si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato.

La norma sembra dunque allinearsi con il principio affermato come generale e una sua interpretazione letterale dovrebbe considerare irrilevante la mancata conoscenza del danno; nel capitolo successivo si vedrà tuttavia come ormai la dottrina e la giurisprudenza prevalenti concordino nel subordinare l'avvio della prescrizione alla conoscibilità dell'evento dannoso (113).

In questa sede è peraltro opportuno dare atto di tre interventi del legislatore allineati a simile deroga; si tratta in un caso di una disciplina ormai risalente e negli altri due di disposizioni introdotte in virtù dell'attuazione di due direttive: l'una, in materia di prodotti difettosi; l'altra, più recente, riguardante il risarcimento del danno per violazione di disposizioni antitrust.

6.1. *L'azione di risarcimento del danno da attività nucleari.*

Con la l. 31 dicembre 1962, n. 1860, è stata regolata nel nostro ordinamento la responsabilità per i danni derivanti dall'esercizio di attività nucleari (114). Al di là della mancanza di applicazioni concrete di tale forma di responsabilità, è opportuno segnalare, nell'economia del presente lavoro, che l'art. 23, nella formulazione originaria, individuava il *dies a quo* della prescrizione nel giorno in cui la persona lesa avesse avuto notizia del danno; la norma, a

(113) Per la analisi di questa tematica, si veda il § 2.1. del capitolo secondo.

(114) Sulla quale si veda V. DI MARTINO, *La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari*, Milano, 1979; C. GRASSETTI, *Diritto dell'energia nucleare. Il regime giuridico della responsabilità civile*, in *Foro pad.*, 1960, III, 49; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 351; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010, 150 ss; N. STOLFI, *La legge nucleare italiana*, in *Ass.* 1963, I, 223 ss; G. MUSOLINO, *Aspetti della responsabilità civile per l'esercizio di attività nucleari*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1985, 476; P. PALMIERI, *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo ed i limiti dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 1986, IV, 184.

seguito di un successivo intervento legislativo (115), fa ora decorrere il termine dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno e dell'identità dell'esercente responsabile, o avrebbe dovuto ragionevolmente esserne venuto a conoscenza.

Risulta evidente come non venga qui preso in considerazione il fatto oggettivo del verificarsi del danno, ma quello, concentrato sulla posizione del danneggiato, della conoscenza o della conoscibilità secondo diligenza; pertanto è solo l'ignoranza colpevole a determinare il collegamento tra l'evento che completa la fattispecie risarcitoria e l'inizio della prescrizione.

6.2. *L'azione di risarcimento del danno da prodotto difettoso.*

Come è noto, la disciplina riguardante i prodotti difettosi, prevista originariamente dal d.p.r. n. 224/1988, che recepì la direttiva 85/374/CEE, è ora contenuta nel Codice del Consumo (116).

In particolare, l'art. 125 accorda al consumatore il diritto di ottenere il risarcimento del danno cagionato da un prodotto difettoso; esso si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha conosciuto, o avrebbe dovuto conoscere, il danno, il difetto e l'identità del responsabile.

A questo termine si affianca un termine finale di sbarramento,

(115) La disposizione in esame è stata modificata dall'art. 2 d.p.r. 10 maggio 1975, n. 519.

(116) In generale, sulla responsabilità da prodotto difettoso si vedano: G. ALPA, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1980; G. ALPA, *Responsabilità del produttore e tutela del consumatore*, Milano, 1991; U. CARNEVALI, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974; D. CERINI, *Il danno da prodotto: regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011; U. DRAETTA, C. VACCA, *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, Milano, 1993; A. SARRAVALLE, *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991; A. GORASSINI, *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990; *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del produttore*, a cura di C. COSSU, Padova, 1990; G. ALPA, *Il prodotto difettoso*, in G. ALPA, M. BIN, P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. Dir. Comm.*, vol. XIII, Padova, 1989; S. PIERI, *La direttiva CEE sulla responsabilità per danni provocati da prodotti difettosi*, in *La responsabilità del Produttore*, Parma, 1988; P. TRIMARCHI *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.

decennale, che decorre dal momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

La deroga al principio, secondo il quale sono in grado di impedire il decorso della prescrizione i soli ostacoli giuridici, è anche qui evidente, considerato che, come nel caso visto appena sopra, si dà rilevanza non soltanto alla conoscibilità del danno, ma anche all'identità del responsabile, ponendosi in tal modo in contrasto con l'interpretazione secondo la quale l'impossibilità di fatto di agire, in cui si venisse a trovare il titolare del diritto per incertezza nella individuazione del debitore, non è idonea ad impedire il decorso della prescrizione (117).

Valgono anche in questo caso considerazioni già svolte nelle pagine precedenti, soprattutto con riferimento alle esigenze contrapposte che si ritiene abbiano ispirato i due termini, uno flessibile, legato alla possibilità di accertare i presupposti dell'azione, volto a rafforzare la tutela del danneggiato, e uno rigido, legato alla messa in circolazione del prodotto, volto a proteggere e a garantire la certezza nei rapporti giuridici e l'organizzazione delle imprese (118).

6.3. *L'azione di risarcimento del danno da violazione di norme antitrust.*

Le caratteristiche insite nelle condotte anticoncorrenziali, ed in particolar modo la segretezza che normalmente le connota, hanno da sempre posto rilevanti questioni in materia di prescrizione

(117) Cass. Civ., 23 ottobre 2003, n. 15858, in *Mass.* 2003, 10; Cass. Civ., 7 gennaio 1994, n. 94, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 567. Si veda altresì Cass. Civ., 11 dicembre 2001, n. 15622, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 2127, ove si rileva come non costituisca impedimento nemmeno l'ignoranza dell'evento generatore del diritto da parte del titolare di esso. Si consideri peraltro che in Cass. Civ., 20 aprile 2007, n. 9524, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 4, si è stabilito che, ai fini del decorso della prescrizione, è necessario che il danneggiato conosca o sia comunque in grado di conoscere i soggetti ai quali il danno sia addebitabile.

(118) G. ALPA, M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, a cura di F. Toriello, Milano, 1999, 271.

dell'azione risarcitoria, affrontate sia dagli organi giurisdizionali della UE (119), sia dai nostri giudici (120).

I problemi, in questa materia, derivano dal fatto che il momento della inflizione del danno non coincide normalmente con quello di percezione dello stesso, potendosi verificare tra i due uno stacco temporale che ha indotto a definire il danno in esame come “lungolatente”.

Tale caratteristica ha portato la Corte di Cassazione ad affermare che il danneggiato possa dirsi in stato di inerzia soltanto nel momento in cui egli abbia avuto notorietà del danno subito e sia divenuto consapevole della riconducibilità dello stesso al comportamento anticoncorrenziale. In particolare, ove egli abbia pagato un sovrapprezzo a seguito di un'intesa, il termine decorrerà dal momento in cui, attraverso proprie indagini, o la divulgazione del fatto ad opera della stampa o di altri mezzi di comunicazione, egli sia reso edotto del cartello e della connessione causale dello stesso con il danno subito a causa del pagamento di un prezzo superiore a quello concorrenziale (121). In una pronuncia successiva, invero, la Corte

(119) Corte Giust., 13 luglio 2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, 1855. In tale pronuncia, nota come caso *Manfredi*, la Corte ha rilevato come una norma nazionale che faccia decorrere il termine di prescrizione per risarcimento del danno dal giorno in cui il comportamento anticoncorrenziale è stato posto in essere rischierebbe di ostacolare gravemente l'esercizio del diritto, soprattutto quando il termine sia, ai sensi della disciplina nazionale, breve e non possa essere sospeso. I problemi aumenterebbero in caso di infrazioni reiterate, ove il termine potrebbe addirittura estinguersi prima che il loro compimento da parte del danneggiante sia cessato. In simile prospettiva, la Corte affida al giudice nazionale il compito di verificare che una norma nazionale, che faccia decorrere la prescrizione dal momento in cui l'illecito si è verificato, non renda di fatto impossibile l'esercizio del diritto al risarcimento.

(120) Trib. Milano, 15 ottobre 2014, n. 12043, in *Giur. it.*, 2015, 2603; Cass. Civ., 2 febbraio 2007, n. 2305 in *Foro it.* 2007, 4, I, 1097; App. Napoli, 3 maggio 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 1180.

(121) Cass. Civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, cit. Tale decisione ha suscitato perplessità in dottrina: R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)*, in *Foro it.*, 2007, I, 1102; S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungolatenti*, in *Corr. Giur.*, 2007, 653. Rileva il rischio che si mini la certezza del diritto, pur senza criticare la pronuncia M. LIBERTINI, *L'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudici nazionali*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007, 377.

ha fatto un passo indietro, anticipando il *dies a quo* al momento in cui il Garante della concorrenza emana un provvedimento sanzionatorio per violazione delle norme antitrust, ma è fatta salva la possibilità per il danneggiato di dimostrare che in quella data non era potuto venire a conoscenza dell'illecito a causa di circostanze a lui non imputabili, oggettivamente idonee a giustificare il differimento della decorrenza del termine (122).

In simile contesto si inserisce il Decreto Legislativo n. 3/2017 che, nel dare attuazione alla Direttiva 2014/104/UE (123), ha introdotto nel nostro ordinamento una serie di disposizioni volte ad agevolare ed incentivare le azioni risarcitorie per i danni causati da condotte lesive delle norme a tutela della concorrenza (124). Tra queste, l'art. 8 si occupa della prescrizione del diritto a tale risarcimento, stabilendo che il termine — quinquennale — non inizi a decorrere prima che il comportamento illecito sia cessato e prima che il danneggiato abbia avuto notizia, o possa ragionevolmente presumersi che l'abbia avuta, della condotta, del danno da essa derivante e dell'identità dell'autore della violazione.

(122) Cass. Civ., 6 dicembre 2011, n. 26188, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 799. Favorevole a simile soluzione si mostra A. PALMIERI, *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*, in *Foro it.*, 2012, I, 800.

(123) Per un'analisi della Direttiva, si vedano i contributi di G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. Giur.*, 2015, 301; E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della dir. 2014/107UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. Impr. — Europa*, 2015, 390; G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce delle Direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 98; G. FONDERICO, M. TODINO, E. CAMILLERI, C. OSTI, M. GRANIERI, M. DE CRISTOFARO, J. DREXL, B. GILIMBERTI, M. TRIMARCHI, E. AREZZO, A. GIUSSANI, in *La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*, in *AIDA*, 2015, 1-257. Sulla prescrizione al diritto al risarcimento del danno antitrust prima della emanazione della Direttiva cfr.: B. NASCIMBENE, F. ROSSI DAL POZZO, *L'azione di risarcimento antitrust e la "prescrizione" nel diritto comunitario e nazionale*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene, 2009, 132 s.; L. CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, 173 ss.

(124) Per un commento al Decreto in esame si veda G. VILLA, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. Giur.* 2017, 4, 441; R. CHIEPPA, *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Il diritto industriale*, 2016, 321.

La norma in esame, dunque, conferma un principio già affermato in giurisprudenza e, dando rilevanza alla conoscenza del diritto da parte del suo titolare, si pone come un'ulteriore deroga a quanto è normalmente letto nella formulazione dell'art. 2935 c.c.

7. *L'art. 2935 c.c. è davvero una norma "regolare"? Alcune conclusioni provvisorie.*

L'esame condotto sin qui pone un primo interrogativo: è corretto vedere nell'art. 2935 c.c. l'espressione di un principio generale di irrilevanza degli ostacoli di fatto al quale fanno eccezione le norme fino ad ora analizzate? Il dubbio sorge da una serie di considerazioni, anzitutto quella della numerosità e frequenza delle asserite "eccezioni", che si aggiungono alla constatazione più banale, ovvero quella per cui la formulazione della norma, in realtà, non qualifica in alcun modo la richiamata "possibilità" di far valere il diritto.

Per ipotizzare una dialettica tra regola ed eccezione, l'art. 2935 c.c. dovrebbe avere le caratteristiche della regola generale: solo se avesse i requisiti della *norma regolare*, sarebbero infatti ipotizzabili eccezioni; per essere tale, essa dovrebbe avere (anche) un contenuto negativo, ovvero escludere in via generale le soluzioni che sono adottate dalle disposizioni esaminate nei paragrafi precedenti, che dunque potrebbero essere considerate come vere e proprie deroghe (125). La regola generale può infatti essere definita tale proprio in rapporto a ciò che è *ex-ceptus*, ovvero "tratto fuori da essa" (126).

(125) N. IRTI, *Idola libertatis — tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 91. Sul rapporto regola/eccezione si vedano anche P. PERLINGIERI, *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 56 ss.; G. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadr.* 1986, 313 ss.; R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)* in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 539 ss.; B. GRASSO, *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1986, 49 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 23; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, I, 442.

(126) C. NITSCH, *"Exceptio firmat regulam". Un contributo sul ragionamento giuridico*, in *Fides Humanitas Ius, Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007, 3816 ss.

Intesa in questo senso essa, fuori dalle ipotesi espressamente eccepite, dovrebbe trovare applicazione sempre (127). Sennonché emerge come, nei casi in cui non sia espressamente stabilito il momento da cui decorre la prescrizione, nel diritto applicato talvolta si dia rilievo ai soli impedimenti legali, talaltra anche a quelli di mero fatto (128); ciò impone a maggior ragione di indagare sulla natura della regola in esame, per comprendere se i giudici, nell'ammettere l'incidenza degli impedimenti di fatto fuori dei casi espressamente stabiliti, si limitino a specificare il contenuto la norma o, al contrario, infrangano il principio che vieta di applicare per analogia previsioni eccezionali (129).

Il quadro che si palesa all'interprete sembra essere in realtà articolato: considerato l'art. 2935 in relazione alle norme che si pronunciano sulla decorrenza del termine di prescrizione dando rilevanza a ostacoli fattuali, emerge come queste ultime non pongano tanto un problema di sospensione della prima (130), quanto di applicazione di essa ai singoli casi. E questo perché, a ben vedere, il testo dell'art. 2935 c.c. non vieta l'operatività di ostacoli di fatto, né ammette i soli impedimenti giuridici; nel far decorrere la prescrizione dal momento in cui il diritto *può* essere fatto valere, lascia

(127) Considerato l'insieme R, comprensivo di tutti i casi individuati in relazione alla regola e l'insieme E, formato dai casi eccepiti, ovvero difformi rispetto all'ordine individuato dalla regola generale, l'insieme C, costituito dai casi non eccepiti, andrebbe rappresentato in questo modo $C = \{x: x \in R \wedge x \notin E\}$.

(128) Come sarà dato di dimostrare nel capitolo seguente.

(129) Sulla differenza tra norme eccezionali e norme speciali (sottratte al divieto di analogia di cui all'art. 14 delle preleggi), si veda V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione, Un'introduzione critica*, Pisa, 2013, 81 s.

(130) Sul punto si veda G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2008: "Ma ciò che caratterizza propriamente l'eccezione è che ciò che è escluso non è, per questo, assolutamente senza rapporto con la norma; al contrario, questa si mantiene in relazione con essa nella forma della sospensione. *La norma si applica all'eccezione disapplicandosi, ritirandosi da essa*. Lo stato di eccezione non è, quindi, il caos che precede l'ordine, ma la situazione che risulta dalla sua sospensione". Circa la teoria schmittiana, per cui la norma generale, grazie all'eccezione, viene sospesa senza cessare di rimanere in vigore si veda ancora G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2004, 48 s.

piuttosto aperta la facoltà di specificazioni, che configurino e delimitino tale *possibilità*.

Ciò che manca per delineare un rapporto dialettico regola/ eccezione è allora un termine di raffronto stabilito dalla stessa norma a cui si vorrebbe fare eccezione (131): le disposizioni che all'interno del codice stabiliscono il *dies a quo* della prescrizione con riferimento a diritti determinati si pongono non tanto in un rapporto di conferma o contrapposizione con l'art. 2935 c.c., quanto di specificazione di una norma che si presenta come un contenitore vuoto atto, più che ad essere derogato, ad essere integrato (talvolta richiamando i soli ostacoli giuridici, talaltra dando rilievo anche a quelli di fatto).

Da altro punto di vista, la natura eccezionale di tali norme sembra da escludere anche sulla base della considerazione, messa in luce da autorevole dottrina, secondo cui sarebbero eccezionali quelle norme che derogano a principi fondamentali dell'ordinamento; in altre parole, per stabilire l'eccezionalità di una norma, bisogna indagare il ruolo e il fondamento che la stessa assume nel sistema giuridico (132). E allora, anche in questa prospettiva, tali norme non possono essere configurate come speciali, se si considera che il rilievo degli ostacoli fattuali emerge come elemento comune ad una molteplicità di ipotesi ispirate a ragioni ricorrenti, spesso contraddistinte dal fine di tutelare valori particolarmente meritevoli, connotati sovente da copertura costituzionale. In questa prospettiva, quelle norme sembrerebbero semplicemente dettare criteri utili al fine di determinare il momento dal quale far decorrere la prescrizione, modulati sulla base del rapporto giuridico che viene in rilievo (133).

(131) Sul punto si veda G. FERRI, *op. ult. cit.*, 315; R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 541.

(132) P. PERLINGIERI, *cit.*, 57. Si vedano altresì R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2004, 195; U. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, 185.

(133) Si è detto in precedenza (§ 2 di questo capitolo) di come, nonostante la disomogeneità che caratterizza la categoria dei diritti prescrivibili, vi sia un elemento ad essi comune, che consiste nell'esistenza di un rapporto giuridico, configurabile a

Peraltro, alla medesima conclusione si può giungere anche accogliendo una tesi diversa, secondo la quale è norma eccezionale quella che deroga non a un principio fondamentale dell'ordinamento, ma ad una disposizione “(più generale) della propria fattispecie, di quella norma cioè che, *qualora la norma derogativa mancasse, si applicherebbe in sua vece alla fattispecie medesima*” (134). Il sistema della prescrizione, come risulta dalla rassegna che si è svolta in precedenza e sarà confermato nel prosieguo del lavoro, non si esaurisce nella sola disposizione dettata dall'art. 2935, ma si articola attorno ad una pluralità di regole differenziate, tra le quali emerge una suddivisione evidente laddove la durata varia a seconda che si tratti della prescrizione ordinaria o di prescrizioni brevi; e non potrà sfuggire che la diversità di soluzioni riguardanti la fissazione del *dies a quo* accompagni la rilevanza degli ostacoli di fatto a termini prescrizionali brevi, creando così una sorta di principio settoriale per questa categoria.

Questi rilievi suggeriscono allora di guardare le regole fissate in materia da una prospettiva diversa, che consideri che alla perdita del diritto per prescrizione corrisponde sempre l'acquisto di un vantaggio del soggetto passivo. Ciò può condurre ad abbandonare quell'immagine della prescrizione costruita sulla base di idee elaborate in un contesto — non solo normativo (135) — diverso da quello vigente (136), che attribuiva un ruolo preminente all'interesse pubblico. Del resto, una parte considerevole della dottrina ha sottolineato la necessità di affrontare il tema non tanto (o non solo)

seconda della situazione in cui si trova il soggetto passivo, di mera soggezione o di vero e proprio obbligo nei confronti del titolare del diritto.

(134) F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009 (sec. ed. 2012).

(135) Fa riferimento a un contesto sociale caratterizzato da regolarità e dalla frequente lentezza nello svolgimento dei rapporti giuridici S. PATTI, *op. cit.*, 21.

(136) G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, 1 s.: “e la tenacia di queste convinzioni è tale che la prescrizione sembra quasi sottrarsi a quella profonda revisione degli istituti civilistici a cui, specie nell'ottica del dettato costituzionale, siamo abituati ad assistere”.

privilegiando la stabilità nei rapporti sociali, quanto piuttosto bilanciando gli interessi che fanno capo a soggetti contrapposti (137).

Si consideri peraltro che questi interessi individuali spesso coincidono con interessi più generali. Così, non vi è dubbio che all'esigenza di liberare il soggetto passivo corrisponda quello, più generale, di garantire la certezza dei rapporti giuridici; ma una coincidenza del medesimo tipo è ravvisabile anche laddove risulti preminente la necessità di tutelare il titolare del diritto prescrittibile, laddove esso realizzi interessi costituzionalmente garantiti (così nell'ipotesi, che verrà esaminata nel capitolo successivo, di tutela dei crediti derivanti da un rapporto di lavoro subordinato o di tutela della salute) o, ancora, esigenze generali avvertite nella società attuale: si pensi a quelle di accelerazione dei rapporti tra consociati (138) e a quelle che hanno condotto le Corti europee e le riforme dei Paesi d'oltralpe a dare rilievo ad impedimenti diversi da quelli formali che guardano all'astratta esigibilità della posizione tutelata (139).

Queste indicazioni conducono in sintesi ad interrogarsi sull'opportunità di continuare a guardare l'art. 2935 c.c. in base alla funzione che gli è stata tradizionalmente attribuita e a mantenere la prospettiva che vede la disposizione come norma necessariamente *ad finem*, volta ad operare da baluardo della certezza giuridica.

In dottrina, in altro ambito, ma pur sempre riflettendo sulla possibilità di configurare una serie di norme in un rapporto dialettico di regola-eccezione, si è rilevato come “gli istituti giuridici vadano

(137) G. PANZA, *L'esordio della prescrizione del diritto alla indennizzabilità dei danni da invalidità permanente*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1593; P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 218 ss.; A. AURICCHIO, *op. cit.*, 31; B. GRASSO, *op. cit.*, 866 ss.; B. TROISI, *op. cit.*, 29 SS; R. CAPONI, *op. cit.*, 727.

(138) S. PATTI, *op. cit.*, 27.

(139) Tale questione è affrontata nel capitolo terzo, al quale pertanto si rimanda. In dottrina 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, 1709 ss., R. CAPONI, *op. cit.*, 747.

ricostruiti con il materiale tratto dalla legge” (140) e gli elementi che abbiamo a disposizione in materia di decorrenza della prescrizione, sulla base sia delle regole contenute nel codice civile, sia di quelle previste da altre fonti sia, ancora, di quelle elaborate dalla Corte costituzionale, sembrano suggerire che non esistono regole più o meno generali, ma che tra le disposizioni sussista una relazione di complementarietà e alternanza, volta nel complesso a configurare la disciplina del *dies a quo* della prescrizione. In una simile prospettiva, non stupisce che alcune norme diano rilievo ai soli impedimenti giuridici e altre a ostacoli fattuali: ciò dipende dagli interessi in gioco nel caso regolato, e dal modo in cui il legislatore ha scelto di bilanciarli.

Escludere l’eccezionalità delle norme che negano il decorrere della prescrizione in presenza di meri ostacoli di fatto significa peraltro ammettere la loro applicazione analogica, con conseguenze che, come si cercherà di dimostrare nel corso di questo lavoro, tengono conto anche di esigenze di certezza del diritto. Nel capitolo successivo si riferirà di una serie di interventi della giurisprudenza atti a dare rilievo alla conoscenza del diritto da parte del titolare o, comunque, ad altre circostanze fattuali che ne ostacolano l’esercizio. Come si vedrà nella parte conclusiva del contributo, questo modo di operare può essere giustificato o dal ricorso all’analogia — tutte le volte in cui viene data rilevanza a circostanze fattuali in ipotesi simili ad altre, in cui è la legge a legare il decorso della prescrizione al superamento di ostacoli concreti —; o, ancora, dal rango sovraordinato di certe norme che proteggono alcuni interessi (si pensi al caso del danno lungolatente alla salute, il cui diritto al risarcimento viene fatto decorrere dal momento in cui la malattia è stata — o avrebbe potuto essere — percepita quale danno ingiusto causalmente riconducibile alla condotta dolosa o colposa del terzo (141)).

In questo modo è possibile evitare di seguire un approccio alternativo alla questione, in base al quale si finirebbe per delegare

(140) N. IRTI, *op. cit.*, 81.

(141) Sul punto si veda quanto più ampiamente rilevato *infra* nel secondo capitolo, § 2.1.

al giudice la scelta nel singolo caso concreto, a seconda della maggiore o minore meritevolezza che si ritenga di voler attribuire al diritto prescrivibile, rispetto all'interesse contrapposto in capo al soggetto passivo.

Il richiamo all'applicazione analogica o all'esistenza di norme sovraordinate sembra così poter garantire, diversamente da quest'ultimo differente metodo, maggiore aderenza della decisione alla legge, in modo da dare rilievo a ostacoli di mero fatto solo in presenza di dati fondati su indicazioni provenienti dallo stesso legislatore e da evitare decisioni guidate non dalla logica che sorregge il sistema giuridico, ma dall'arbitrio e dalla ricerca di una giustizia soggettiva del caso singolo (142).

(142) Si veda sul punto F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del dir. civ. e comm.*, 2016, 421.

CAPITOLO SECONDO

GLI IMPEDIMENTI DI FATTO RICONOSCIUTI
DALLA GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. La rilevanza degli ostacoli di fatto nella giurisprudenza. — 2. Il *dies a quo* del diritto al risarcimento del danno. — 2.1. Il risarcimento del danno da fatto illecito. — 2.2. Il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale. — 2.3. Il risarcimento del danno da malattie professionali. — 2.4. L'azione di responsabilità degli amministratori spettante ai creditori sociali. — 3. L'azione revocatoria ordinaria. — 4. Altre difficoltà di fatto. I crediti retributivi nascenti da lavoro subordinato. — 5. Casi solo apparenti di differimento del *dies a quo*. — 5.1. Le prestazioni restitutorie esigibili a richiesta. — 5.2. Il diritto di ripetizione dell'indebitato nel rapporto di conto corrente bancario assistito da apertura di credito. — 6. Il fondamento della rilevanza degli ostacoli meramente fattuali.

1. *La rilevanza degli ostacoli di fatto nella giurisprudenza.*

L'oscillazione tra un'interpretazione rigorosa dell'art. 2935 c.c. ed aperture alla rilevanza degli ostacoli di fatto si riproduce anche nella giurisprudenza, certamente influenzata dalla scarsa forza che caratterizza l'enunciato della norma e dalla presenza di molteplici disposizioni che confliggono con l'idea che il termine decorra già dal momento in cui il diritto diviene esigibile in astratto. In talune fattispecie le esigenze, spesso pratiche ed equitative, sottese alle soluzioni che mostrano maggiore elasticità, sono state avvertite sin dall'emanazione del codice; in altri casi si sono fatte strada con lentezza, venendo in superficie solo negli ultimi anni, in un percorso che segnala un progressivo disagio verso un'applicazione meccanica della prescrizione laddove essa rischi di compromettere l'effettività della tutela.

Si tratta, peraltro, di un'evoluzione che da noi si è realizzata attraverso interventi non coordinati e privi di un disegno organico,

come è proprio dell'operare della giurisprudenza, ma che risponde a bisogni percepiti anche in altri ordinamenti, dove però si è arrivati a fornire risposte anche attraverso riforme legislative. Delle esperienze registrate all'estero verrà dato conto più precisamente nel capitolo successivo; al momento, è opportuno verificare le linee lungo le quali si sono mossi i giudici italiani, così da fornire un quadro di insieme della nostra *law in action* e dei criteri che paiono ispirarla.

Lungo questa direzione, emergerà nelle prossime pagine che nella maggior parte dei casi gli impedimenti di fatto ai quali è data rilevanza sono legati alla conoscibilità oggettiva del diritto, mentre sono di regola ritenuti irrilevanti quelli connessi alla negligenza del titolare; vi sono poi alcune fattispecie in cui viene considerato un diverso ostacolo fattuale, ovvero lo stato di soggezione psicologica o economica in cui si trova il titolare del diritto, che finisce dunque per rimanere inerte per timore di ritorsioni a suo danno: in tal caso il termine viene fatto decorrere dal giorno in cui cessa l'evento che ha generato una simile condizione.

I casi in cui la giurisprudenza si è espressa nel senso indicato sono numerosi. Qui non si vuole tanto fornire un elenco minuzioso di queste fattispecie, quanto piuttosto soffermarsi su quelle in cui la rilevanza (espressa o implicita) degli ostacoli di fatto appare maggiormente significativa per la frequenza delle pronunce, per il percorso logico seguito o per il confronto con fattispecie almeno in apparenza simili, nelle quali però le soluzioni si rivelano difformi (1).

(1) Per ragioni di completezza è comunque opportuno segnalare che, oltre a quelle trattate nel testo, la conoscibilità, come impedimento di fatto rilevante, è riconosciuta nelle seguenti fattispecie: in caso di risarcimento del danno derivante dalla nullità del contratto, ove si è stabilito che se ad agire è una parte diversa da quella che ha fatto valere la nullità il termine decorre dalla data di accertamento giudiziale della nullità stessa (mentre decorre dalla data del contratto, se ad agire è invece la stessa parte che ha invocato la nullità): Cass. Civ., 16 maggio 2013, n. 11933, in *Giust. Civ.*, 2013, 10, I, 1999; con riferimento all'azione di ripetizione di una somma pagata per un titolo nullo, la giurisprudenza è divisa: secondo un primo orientamento, la prescrizione

2. *Il dies a quo del diritto al risarcimento del danno.*

Quella del *dies a quo* del diritto al risarcimento del danno è una delle questioni sulle quali la giurisprudenza è maggiormente intervenuta, discostandosi gradatamente dal principio in base al quale la prescrizione dovrebbe incominciare a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, senza che tale decorrenza possa essere ostacolata da un mero impedimento di fatto, qual è l'ignoranza del titolare circa l'esistenza del diritto stesso.

Le prime deroghe si rinvengono nel campo dell'illecito extracontrattuale, con particolare riferimento al danno alla salute, ogni qualvolta la lungolatenza abbia come naturale conseguenza quella di far trascorrere un considerevole lasso di tempo tra la commissione del fatto illecito e il manifestarsi del pregiudizio. Progressivamente però anche in campo contrattuale i giudici hanno incominciato a discostarsi dal principio assunto come generale, dando rilievo, al fine di stabilire il *dies a quo*, non tanto all'inadempimento, quanto al momento in cui si è venuti a conoscenza del danno.

2.1. *Il risarcimento del danno da fatto illecito.*

Ai sensi dell'art. 2947 c.c. il diritto al risarcimento del danno

decorre dal passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della nullità (Cass. Civ., 12 settembre 2000, n. 12038, in *Vita not.*, 2001, II, 922); secondo un altro dal giorno del pagamento (Cass. Civ., 13 aprile 2005, n. 7651, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 4); in materia di assicurazione, la prescrizione del diritto all'indennizzo viene fatta decorrere dal momento in cui l'assicurato ha avuto conoscenza del fatto storico da cui il diritto deriva, ovvero da quando egli abbia acquisito la consapevolezza di aver subito lesioni di una certa gravità (Cass. Civ., 15 luglio 2016, n. 14420, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass. Civ., 18 settembre 2014, n. 19660, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014); laddove si tratti di risarcimento del danno che un compratore abbia subito a causa di una doppia alienazione immobiliare, il termine di prescrizione decorre dal passaggio in giudicato della sentenza che ha accertato l'inopponibilità della vendita a colui che abbia anteriormente trascritto il suo titolo di acquisto (Cass. Civ., 20 agosto 1998, n. 8234, in *Nuova giur. civ.*, 1999, I, 479; si badi peraltro che sempre con riferimento ad una fattispecie di doppia alienazione immobiliare, il termine di prescrizione della domanda volta ad ottenere la risoluzione del primo contratto è stata fatta decorrere dal secondo trasferimento: Cass. Civ., 17 novembre 1998, n. 11571, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 2368).

derivante da un illecito extracontrattuale si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato.

Sul significato da attribuire al termine “fatto” si è sviluppato un ampio dibattito: da un lato vi è chi lo interpreta riferendolo non solo alla condotta dell'autore dell'illecito, ma anche all'evento dannoso e al nesso causale che li lega (2). La conseguenza di simile interpretazione è che, nelle ipotesi in cui tra condotta illecita e danno dovesse intercorrere del tempo, il termine di prescrizione inizierebbe a decorrere soltanto dal verificarsi di quest'ultimo. Altro orientamento, facendo leva sulla *ratio* della disposizione, volta a limitare temporalmente la possibilità di esercitare l'azione risarcitoria, fa decorrere la prescrizione dal giorno in cui sono state compiute l'azione o l'omissione che hanno provocato l'evento dannoso (3).

La giurisprudenza mostra da tempo di aderire alla prima delle due tesi, ampliandone anzi la portata: già in una pronuncia risalente alla fine degli anni '70 veniva affermato che il termine di prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui il danno non solo si realizza, ma diviene anche oggettivamente percepibile e riconoscibile (4).

(2) P. VITUCCI, *Il termine: prescrizioni brevi e presuntive*, in P. VITUCCI, F. ROSELLI, *Tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 20, t. II, Torino, 1990, 451; U. IZZO, “Danno lungolattente alla persona e decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria: ruolo dell'informazione e oneri probatori”, in “dialoghi sulla danno alla persona”, a cura di U. Izzo, Trento, 2006, 264 ss. Rileva C.M. BIANCA, *Le garanzie reali. La prescrizione*, vol. 7, Milano, 2012, come il diritto al risarcimento del danno meriti di essere tutelato ai fini della prescrizione sia quando l'impossibilità del suo esercizio derivi da un impedimento di diritto, sia quando dipenda da un ostacolo fattuale.

(3) P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 375 s., il quale fa leva non solo sulla *ratio*, ma anche sulla lettera dell'art. 2947 c.c., che fa riferimento al fatto e non al danno. Cfr. anche C. COSTANTINI, *Le prescrizioni brevi*, in P.G. MONATERI, C. COSTANTINI, *La prescrizione, cit.*, 288 s.; G. DEL SIGNORE, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padova, 2004, 56.

(4) Cass. Civ., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, 90: la pronuncia riguardava un caso in cui una donna era stata sottoposta per errore medico a frequenti irradiazioni, che avevano causato un'incapacità a procreare manifestatasi però solo in un secondo tempo.

Questa interpretazione ha assunto nel tempo particolare peso con riferimento al risarcimento dei danni lungolatenti (5) e ha registrato il radicarsi del criterio che differisce il *dies a quo* al momento in cui sia possibile percepire la derivazione causale di un evento dannoso da un determinato fatto illecito: così, in un caso in cui un soggetto lamentava di avere subito un danno per aver contratto una malattia (la poliomielite) da persona che era stata sottoposta a vaccinazione obbligatoria, la prescrizione è stata fatta decorrere dal giorno in cui egli avrebbe potuto comprendere la causa del contagio (6).

L'orientamento è stato poi successivamente consolidato da una pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, ove, sempre con riferimento ad un'ipotesi di contagio di una malattia per fatto di un terzo (emotrasfusioni infette) il *dies a quo* è stato individuato non nel momento in cui la malattia si è esteriorizzata, bensì in quello in cui essa è stata percepita o avrebbe potuto essere percepita quale danno ingiusto causalmente riconducibile alla condotta dolosa o colposa,

(5) Cass. Civ., 24 febbraio 1983, n. 1442 in *Giust. Civ.*, 1983, 2 (ove la prescrizione è stata fatta decorrere dal momento in cui, rimossa l'ingessatura da un braccio, praticata al momento dell'infortunio, era emersa una riduzione permanente della funzionalità dell'arto); Cass. Civ., 5 luglio 1989, n. 3206 in *Giust. Civ. Mass.*, 1989, 7 (nel caso di specie, il termine era stato fatto decorrere da quando, a seguito di scavi effettuati su un terreno in occasione della costruzione di un'autostrada, il danno si era manifestato causando una frana); Cass. Civ., 9 maggio 2000, n. 5913, in *Il civilista*, 2009, 4, 81 (ove, in un caso di danno derivante da cure mediche ortodontiche, il termine è stato fatto decorrere da quando il paziente si è potuto accorgere della lesione, perdendo il primo dente).

(6) Cass. Civ., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Danno e resp.*, 2003, 845. In dottrina simile orientamento ha ricevuto numerosi consensi: M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010; M. BONA, *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 inglesi...idee per una riforma)*, in *Giur. it.*, 2004, 286; M. BONA, 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, 605; U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, 2004, 172 ss.; U. IZZO, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e resp.*, 2003, 853; I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente*, in *Danno e resp.*, 2003, 847.

utilizzando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche (7). È interessante notare come la pronuncia, al fine di accertare la conoscibilità dell'evento dannoso, abbia utilizzato due parametri oggettivi, escludendo di conseguenza la rilevanza di un'indagine circa la mera riconoscibilità soggettiva del danneggiato.

Questa soluzione si allinea peraltro a quelle adottate dal legislatore in materia di risarcimento del danno da incidenti nucleari, da prodotto difettoso e da condotte anticoncorrenziali, delle quali si è detto nel capitolo precedente (8); in materia, dunque, indici normativi e giurisprudenziali conducono ad affermare il rilievo dell'ignoranza incolpevole, che fa decorrere la prescrizione soltanto dal momento in cui il danneggiato, mediante una condotta diligente, è in grado di ricondurre eziologicamente il danno all'azione o omissione illecita.

2.2. *Il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale.*

In ossequio al criterio usualmente ricavato dal testo dell'art. 2935 c.c., nel campo della responsabilità contrattuale si riscontra un orientamento della giurisprudenza che consente di procrastinare il *dies a quo* della prescrizione solo in presenza di impedimenti legali, mentre non attribuisce effetto agli ostacoli fattuali, e tra essi all'i-

(7) Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 4, 827; *Dir. famiglia* 2008, 4, 1739; *Foro it.* 2008, 2, I, 453. In dottrina cfr. M. FLICK, *Danni da contagio per trasfusione: un'occasione per ripensare al problema del dies a quo della prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, 913 ss.; F. GRECO, *Le sezioni Unite e il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 841; C. ROMEO, *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusione di sangue infetto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 994; L. VIOLA, *La nuova responsabilità civile del danno lungolattente: riflessioni dopo la pronuncia delle S.U. n. 581/2008*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 367 ss. L'orientamento è stato poi confermato dalle Corti in pronunce successive: Cass. Civ., 21 giugno 2011, n. 13616, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 7-8, 997; Cass. Civ., 27 gennaio 2012, n. 1263, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 1, 88; Cass. Civ., 18 luglio 2013, n. 17572, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; Cass. Civ., 18 novembre 2015, 23635, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015; Cass. Civ., 14 marzo 2016, n. 4899, in *Dir. & Giust.*, 2016, 14 marzo.

(8) V. *supra* § 6.1,6.2,6.3 del primo capitolo.

gnoranza, anche incolpevole, del titolare circa l'esistenza del diritto (9).

Tuttavia, evidentemente sulla scia delle pronunce riguardanti l'illecito extracontrattuale, anche con riguardo al diritto al risarcimento del danno da inadempimento ha iniziato a farsi strada un diverso orientamento, che fa decorrere la prescrizione dal momento in cui si è manifestato l'evento dannoso (10). Oggi esso può dirsi consolidato (11), grazie anche alle numerose decisioni che hanno accolto simile principio nel campo della responsabilità professionale, ove il *dies a quo* è ancorato al momento in cui la produzione del danno diventi oggettivamente percepibile e riconoscibile dal danneggiato, sulla base di un parametro di diligenza che si basi su *standard* obiettivi in relazione alla specifica attività svolta dal professionista (12).

Questo rappresenta con ogni probabilità un effetto indiretto

(9) *Ex plurimis*: Cass. Civ., 18 settembre 1997, n. 9291, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 1740; Cass. Civ., 19 novembre 1999, n. 12825, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 1296; Cass. Civ., 11 dicembre 2001, n. 15622, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 2127; Cass. Civ., 27 febbraio 2002, n. 2913, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 339; Cass. Civ., 10 settembre 2007, n. 19012, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 9.

(10) Cass. Civ., 12 dicembre 2003, n. 18995, in *Dir. & Giust.*, 2004, 4, 105.

(11) Non mancano peraltro pronunce di segno contrario: Cass. Civ., 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Dir. & Giust.*, 2004, 10, 46, afferma come in caso sia di responsabilità contrattuale, sia di responsabilità civile, il diritto al risarcimento del danno decorre dal giorno in cui si è verificato l'inadempimento o è stata tenuta la condotta illecita, anche nel caso in cui il creditore l'abbia senza colpa scoperto in un momento successivo. In dottrina la sentenza è accolta con favore da P.G. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, 392 ss. Si veda anche App. Lecce, 15 luglio 2015, n. 502, in *Redaz. Giuffrè*, 2016.

(12) Numerose le pronunce che affermano il principio enunciato con riferimento al danno provocato dal notaio nell'esercizio della sua professione: Cass. Civ., 29 agosto 1995, n. 9020, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 776; Cass. Civ., 18 febbraio 2016, n. 3176, in *Foro it.*, 2016, 5, I, 1678; Cass. Civ., 7 aprile 2016, n. 6747, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass. Civ., 3 maggio 2016, n. 8703, in *Riv. notar.*, 2016, 3, 539; Cass. Civ., 22 settembre 2016, n. 18606, in *Giust. Civ. Mass.*, 2017. Cfr. altresì: Cass. Civ., 5 aprile 2012, n. 5504 in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 4, 455; Cass. Civ., 19 luglio 2008, n. 20067, in *Giust. civ.* 2010, 1, I, 156. Il medesimo principio è in genere affermato anche in caso di responsabilità contrattuale del medico o della struttura sanitaria: Cass. Civ., 23 settembre 2013, n. 21715, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; Cass. Civ., 23 ottobre 2014, n. 22507, in *Guida al dir.*, 2015, 3, 39; Trib. Roma, 25 gennaio 2017, in *Red. Giuffrè* 2017.

dello sviluppo che è stato descritto poco sopra trattando della responsabilità extracontrattuale; di fronte a un sistema che, nel campo dell'illecito civile, tende a reagire al danno lungolante, apparirebbe dissonante una maggiore compressione del diritto al risarcimento qualora mutasse il titolo della responsabilità, soprattutto di fronte alla tendenza a dare veste di responsabilità da inadempimento a quelle situazioni in cui viene ravvisato un "contatto" qualificato tra la vittima e il responsabile, sebbene un contratto in senso proprio non sia stato stipulato (13). In altri termini, al di là delle perplessità teoriche che la riguardano (14), l'opzione interpretativa che ha accreditato la tesi del "contatto sociale" ha

Si veda anche Cass. Civ., 13 gennaio 2003, n. 311, sulla responsabilità professionale di un geometra.

(13) Come è noto, la teoria secondo cui il contatto sociale darebbe vita a una responsabilità contrattuale è ormai accolta dalla prevalente giurisprudenza: a partire infatti da una nota pronuncia della Cassazione (Cass. Civ., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.* 1999, I, 3332), la giurisprudenza prevalente si è sempre espressa in tal senso in caso di rapporto tra medico dipendente di una struttura sanitaria e paziente (Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 871 ss.; Cass. Civ., 19 aprile 2006, n. 9085 in *Giust. civ. Mass.* 2006, 4; Cass. Civ. 26 gennaio 2006, n. 1698, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 1; Cass. 29 settembre 2004, n. 19564, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 4; Cass. Civ., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Danno e resp.* 2005, 23; Cass. Civ., 14 luglio 2004, n. 13066, in *Giust. civ.* 2005, 11, I, 2703; Cass. Civ., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.* 2005, 26; Cass. Civ., 19 maggio 2004, n. 9471, in *Giust. civ.*, 2005, 10, 2450; Cass. Civ., 21 luglio 2003, n. 11316, in *Foro it.* 2003, I, 2970). Altre ipotesi di responsabilità contrattuale da contatto sociale sono state rinvenute, tra l'altro, per violazione di obblighi di professione da parte della banca (Cass. Civ., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. Giur.*, 2007, 1706); con riferimento al rapporto intercorrente tra l'insegnante e l'allievo (Cass. Civ., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, 2635); e ancora, a quello tra la pubblica amministrazione e il cittadino (Cass. Civ., sez. un. 22 luglio 1999, n. 500, in *Danno e resp.*, 1999, 981). In questo panorama non si può peraltro trascurare la recente entrata in vigore della Legge 8 marzo 2017, n. 24 che, nel riformare la materia della responsabilità medica, all'art. 7 prevede che il medico risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Dopo le oscillazioni interpretative che la formulazione dell'art. 3, comma primo, della Legge 189/2012 (c.d. Legge Balduzzi) aveva causato, la previsione appena citata è chiara nell'escludere che, in assenza di un contratto tra paziente e medico, possa sussistere la responsabilità contrattuale di quest'ultimo.

(14) Si veda da ultimo, riassuntivamente, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, causalità, danno, cit.*

avuto di mira l'obiettivo di accordare al danneggiato, con l'attribuzione del titolo contrattuale alla responsabilità, i vantaggi, in termini di facilità di prova e di più estesa durata della prescrizione, che sono riconosciuti al creditore che lamenti l'inadempimento. In questo contesto, apparirebbe contraddittorio tornare a comprimere quei vantaggi facendo decorrere la prescrizione sin dal momento in cui il danno si è prodotto all'insaputa della vittima, mentre la manifestazione esteriore del pregiudizio (in particolare alla salute) sopravviene a distanza di tempo.

Peraltro, la soluzione qui descritta rappresenta una sorta di deviazione rispetto al trattamento generale riservato alla prescrizione dei diritti del creditore colpito dall'inadempimento, dal momento che, fuori dall'area che si è descritta, continua a prevalere l'idea dell'irrelevanza di impedimenti meramente fattuali legati alla mancata conoscenza del diritto (15). Ciò vale sia per l'azione di adempimento, sia per quella di risoluzione; con riferimento alla prima, il *dies a quo* della prescrizione viene individuato nel giorno in cui la prestazione doveva essere eseguita, senza che possano rilevare ostacoli di fatto che abbiano impedito al creditore di agire in giudizio (16); in relazione alla seconda, si nega ad esempio che, a fronte di un inadempimento dedotto in una clausola risolutiva espressa, la mancata conoscenza dei fatti possa valere ad impedire la decorrenza della prescrizione a far tempo dall'inadempimento stesso (17).

(15) O alla mancata identificazione, seppur incolpevole, del debitore: Cass. Civ., 10 settembre 2007, 19012, in in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 9.

(16) Cass. Civ., 27 febbraio 2002, n. 2913, in in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 339.

(17) Cass. Civ., 18 settembre 1997, n. 9291, in in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 1740. Si consideri, ancora, le due diverse soluzioni fornite dalla giurisprudenza in due ipotesi di doppia alienazione immobiliare, a seconda che il primo acquirente abbia agito per ottenere il risarcimento del danno per il mancato perfezionamento del contratto o per la risoluzione per inadempimento: nel primo caso, il termine di prescrizione è stato fatto decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza che ha accertato l'inopponibilità della vendita a colui che abbia anteriormente trascritto il suo titolo di acquisto (Cass. Civ., 20 agosto 1998, n. 8234, in *Nuova giur. civ.*, 1999, I, 479); con riferimento alla domanda volta ad ottenere la risoluzione, al contrario, il *dies a quo* è stato fatto

Tale soluzione mostra in realtà un conflitto con quella adottata per il risarcimento, tanto più se si considera che i rimedi contro l'inadempimento sono posti su un piano di sostanziale equivalenza ad opera dell'art. 1453 c.c. e, più in generale, del sistema della responsabilità contrattuale.

L'art. 1453 colloca l'azione di adempimento e quella di risoluzione in una situazione di parità, facendone strumenti alternativi destinati a realizzare l'interesse del creditore, in un caso in forma specifica mediante l'ottenimento di quanto era stato promesso, nell'altro attraverso lo scioglimento del vincolo e un diritto al risarcimento per equivalente che funge da sostituto dell'adempimento. Dunque, l'interesse protetto dalla legge è sempre il medesimo, ma in un caso è realizzato immediatamente, nell'altro in modo mediato e con un rimedio che si surroga all'adempimento promesso; deriva da ciò che, essendo protetto sempre il medesimo interesse del creditore che attendeva la prestazione, la disciplina dovrebbe essere tendenzialmente uniforme anche in materia di prescrizione (18).

In dottrina, la diversità di disciplina generata da queste diffe-

coincidere con il momento in cui è avvenuto il secondo trasferimento (Cass. Civ., 17 novembre 1998, n. 11571, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 2368).

(18) Come sarà approfondito nel capitolo seguente, il *Draft of Common Frame of Reference* prevede il rilievo ostativo dell'ignoranza incolpevole per tutti i diritti di credito. I gruppi di lavoro (Study Group on European Civil Code and Research Group on EC Private Law — Acquis Group —, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, 2009), nel commentare questa previsione, fanno leva sulla necessità anzitutto di tutelare il danneggiato dal fatto illecito. Si mette d'altro canto in luce come anche in campo contrattuale sia riscontrabile una situazione in cui il creditore può rimanere ignaro per lungo tempo del danno subito, ovvero a fronte di un inadempimento. Ecco che allora riconoscere nell'inerzia incolpevole un ostacolo al decorso della prescrizione significa garantire una tutela effettiva al creditore, considerata peraltro la stretta relazione esistente tra i due rimedi risarcitori, che renderebbe ingiusto dare rilievo alla conoscibilità solo in caso di illecito. Questa, in sintesi, la ragione per cui è richiesta la conoscenza, o quanto meno la conoscibilità, dei fatti a fondamento di qualsiasi diritto di credito, considerato che il prezzo da pagare per simile scelta, in termini di incertezza del diritto, sarebbe basso, dato che normalmente le parti conoscono il momento in cui hanno concluso il contratto e quello in cui, ad esempio, è stato annullato, con la conseguente possibilità di agire con l'azione di ingiustificato arricchimento.

renti applicazioni del *dies a quo* è stata giustificata vedendo una maggiore meritevolezza nel diritto al risarcimento del danno (19): se è condivisibile ipotizzare che le scelte effettuate dalla giurisprudenza circa la rilevanza o meno di ostacoli materiali siano condizionate da una valutazione in tal senso, è dubbio se debba essere tracciata una linea che separi il rimedio risarcitorio dalle altre tutele predisposte per reagire al medesimo fenomeno sulla base di una considerazione di questa natura.

Rilevata la struttura dei tre strumenti, il grado di meritevolezza da attribuire loro dovrebbe essere il medesimo e, di conseguenza, il computo del *dies a quo* dovrebbe sottostare alle medesime regole; se una distinzione fosse necessaria, essa dovrebbe riguardare dunque non i rimedi in sé, ma il contenuto del diritto che con quei rimedi si vorrebbe tutelare, tenendo conto del diverso rango in cui si trovano le disposizioni che proteggono l'interesse coinvolto. È questo un tema che sarà ripreso nella parte finale del lavoro e che per il momento ci si permette semplicemente di enunciare, così da proseguire la ricognizione a cui è dedicato il presente capitolo.

2.3. *Il risarcimento del danno da malattie professionali.*

Il parametro della conoscibilità ai fini del decorso della prescrizione è utilizzato dalla Suprema Corte anche in caso di responsabilità del datore di lavoro per l'insorgenza di una malattia professionale (20) derivante dalla mancata adozione delle misure di sicurezza imposte dalla legge (art. 2087 c.c.) (21), oltre che dalla violazione del generale obbligo di *neminem laedere* (22).

(19) C. M. BIANCA, *Le garanzie reali. La prescrizione, cit.*, 573.

(20) Cass. Civ., 18 settembre 2007, n. 19355, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1, 103; Cass. Civ., 8 maggio 2007, n. 10441, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2008, 3, II, 571.

(21) Sugli obblighi imposti dall'art. 2087 c.c. e sulla responsabilità derivante da una loro violazione cfr. AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore, Atti del Convegno Nazionale*, coordinato da G. Ferraro, Napoli, 2007.

(22) La Suprema Corte ha riconosciuto in più pronunce come in capo al datore di lavoro possa essere ravvisata sia una responsabilità contrattuale, per violazione dell'obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore, sancito dall'art. 2087

Merita di essere segnalata la premessa posta alla base di una decisione, ove si ammette che, ai sensi dell'art. 2935 c.c., la prescrizione possa compiere il suo corso "senza che l'interessato *sappia* di essere titolare di un diritto", per poi farla decorrere, in caso di risarcimento del danno, dal momento in cui sussiste la possibilità che l'origine professionale della malattia "sia *ricognoscibile* in base alle conoscenze scientifiche del momento" (23). Appare evidente il contrasto in termini: si attribuisce rilevanza ai soli impedimenti giuridici, negando che la semplice ignoranza circa la titolarità del diritto possa ostacolare il decorso della prescrizione, per poi far decorrere quest'ultima solo da quando è certo che il lavoratore avrebbe potuto conoscere l'eziologia professionale della sua malattia. È, questa, un'ulteriore conferma di come l'ossequio nei confronti del principio accreditato come generale sia spesso solo formale, cedendo nei fatti a soluzioni che lo disattendono, ogni volta che ragioni ritenute prevalenti spingano l'interprete ad attribuire rilevanza all'impossibilità di fatto.

Nel precedente qui in esame, la conoscibilità dell'eziologia professionale è valutata sulla base dei parametri che la stessa Corte di Cassazione utilizza da tempo in un ambito affine, laddove si tratti di stabilire il *dies a quo* della prescrizione prevista dall'art. 112 del d.p.r. n. 1124/1965 in caso di azione del lavoratore per il conseguimento delle prestazioni assicurative da parte dell'Inail (24). In queste pronunce vengono individuati alcuni elementi utili al fine di dedurre la conoscibilità dell'eziologia professionale della malattia: tra questi, l'adempimento degli obblighi di informazione da parte

c.c., sia una responsabilità extracontrattuale: Cass. Civ., 8 maggio 2007, n. 10441, *cit.*; Cass. Civ., 25 luglio 2006, n. 16937, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 7-8; Cass. Civ., 24 febbraio 2006, n. 4184, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 2. In dottrina si veda G. CANNATI, *Questioni in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del datore di lavoro*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2008, 3, II, 575 ss.

(23) Cass. Civ., 18 settembre 2007, n. 19355, *cit.*

(24) *Ex multis*: Cass. Civ., 25 novembre 1999, n. 13145, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 2350; Cass. Civ., 25 marzo 2002, n. 4223, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 515; Cass. Civ., 18 agosto 2004, n. 16178, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7-8; Cass. Civ., 2 febbraio 2005, n. 2002, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 2.

del datore di lavoro in ordine ai rischi connessi all'attività prestata e alle possibili malattie che possono essere contratte a causa del lavoro svolto (25); il rilascio da parte del medico al lavoratore del certificato di malattia professionale; la denuncia, da parte del medico che la riconosca, della malattia professionale all'Ispettorato del lavoro, prevista dall'art. 139 d.p.r. n. 1124/1965; e, ancora, l'inserimento della malattia nel Registro nazionale delle malattie causate dal lavoro (ai sensi dell'art. 10, d.lgs. n. 38/2000).

2.4. *L'azione di responsabilità degli amministratori spettante ai creditori sociali.*

Nei confronti degli amministratori di società per azioni la legge riconosce la possibilità di esercitare l'azione di responsabilità sia ai soci (art. 2393 c.c. e 2393-bis c.c.), sia ai creditori sociali che abbiano subito un danno derivante dall'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (art. 2394 c.c.).

Con riferimento all'azione riservata a quest'ultimi, la giurisprudenza ha inizialmente collegato il decorso della prescrizione al momento in cui si fosse verificata l'insufficienza patrimoniale, specificando che esso non necessariamente dovesse coincidere con quello della dichiarazione di fallimento, potendo essere anteriore o posteriore (26) ad esso (27). La decorrenza, dunque, appariva legata

(25) Sul legame tra obblighi di informazione del datore di lavoro e conoscibilità della malattia professionale si veda D. CHINDEMI, *Malattie professionali e decorrenza della prescrizione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 105.

(26) Osserva F. BONELLI, *Art. 146 l. fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallite*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 797, come l'incapienza potrebbe essere scoperta durante la procedura fallimentare o potrebbe addirittura verificarsi durante le operazioni di realizzo delle poste attive del patrimonio.

(27) Cass. Civ., 25 settembre 1980, n. 5327, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 48; Cass. Civ., Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Dir. fall.*, 1982, I, 95; Cass. Civ., 15 maggio 1991, n. 5445, in *Dir. fall.* 1992, II, 127.

ad una circostanza oggettiva, ovvero quella del sorgere dell'incapienza (28).

Successivamente, però, essa ha mutato orientamento, facendo decorrere il termine soltanto dal momento in cui l'incapienza si sia *manifestata*, attribuendo in tal modo rilevanza esplicita alla possibilità oggettiva di percepire l'insufficienza patrimoniale. Fino a quando i creditori non siano in grado di venire a conoscenza della situazione che potrebbe cagionare loro un danno, infatti, essi non sono nella condizione di esperire l'azione posta a loro tutela (29); questo momento viene fatto coincidere di norma con la dichiarazione di fallimento (30), evento questo da cui numerose pronunce fanno discendere una presunzione relativa di coincidenza con il *dies a quo* della prescrizione, salva la possibilità di fornire la prova di fatti specifici da cui sia possibile dedurre la preesistente manifestazione di questa insufficienza (31).

Tale possibilità è stata così collegata al deposito di un ricorso per concordato preventivo (32); alla vana escussione del patrimonio

(28) Ritiene che il termine di prescrizione debba decorrere dal momento in cui lo stato di incapienza si sia oggettivamente verificato, senza che possa rilevare il momento in cui tale situazione sia emersa A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, IX, Torino, 1993, 376.

(29) Cass. Civ., 28 maggio 1998, n. 5287, in *Foro it.*, 2000, I, 242; Cass. Civ., 18 gennaio 2006, 2, I, 445, in *Giust. Civ.*, 2006, 2, I, 445; Cass. Civ., 25 luglio 2008, n. 20476 in *Guida al dir.*, 2008, 47, 81; Cass. Civ., 22 aprile 2009, n. 9619, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 4, 666; Cass. Civ., 5 aprile 2013, n. 8426, in *Dir. & Giust.*, 2013, 8 aprile; Cass. Civ., 12 giugno 2014, 13378, in *Dir. & Giust.*, 2014, 13 giugno. In precedenza si era già espressa in tal senso la giurisprudenza di merito: Corte App. Milano, 26 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 572; Trib. Milano, 14 novembre 1993, in *Fall.*, 1994, 1051; Corte di App. Milano, 21 gennaio 1994, in *Soc.*, 1994, 923 (queste ultime arrivavano alle medesime conclusioni in un'ipotesi di procedura di liquidazione coatta amministrativa).

(30) Momento in cui peraltro l'azione è esercitata dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 2394-bis c.c.

(31) Cass. Civ., 28 maggio 1998, n. 5287, *cit.*; Cass. Civ., 7 novembre 1997, n. 10937, in *Fall.*, 1998, 697.

(32) Trib. Padova, 19 luglio 1999, in *Fall.*, 2000, 895; Trib. Torino, 28 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 626; Trib. Milano, 25 settembre 1995, in *Giur. it.*, 1996,

sociale da parte dei creditori (33); all'approvazione del bilancio di esercizio che abbia esposto una notevole eccedenza delle passività sulle attività patrimoniali (34), nonché dati obiettivi anche anteriori all'approvazione del bilancio, se sufficienti a manifestare l'insolvenza della società (35).

Ciò che rileva non è pertanto la soggettiva conoscenza dell'incapienza, quanto l'obbiettiva circostanza che essa si sia manifestata, senza che possa valere, quale ostacolo al decorso della prescrizione, il fatto che il titolare del diritto, per sua negligenza, non ne sia venuto a conoscenza (36).

In dottrina simile orientamento ha suscitato perplessità per il fatto che, se non vi è dubbio che vi sono creditori in possesso delle conoscenze necessarie per dedurre da determinati accadimenti l'insufficienza patrimoniale di una società, d'altro canto non si può trascurare l'esistenza della categoria dei c.d. creditori deboli (37), come ad esempio i piccoli fornitori, che fondano normalmente i propri rapporti commerciali sulla fiducia personale e che sovente non sono in possesso delle competenze indispensabili per dedurre da un bilancio lo stato di insufficienza patrimoniale di una società (38).

Nella pratica un problema simile si è posto in un caso di incapacienza di una SIM, ove i clienti investitori, ai quali veniva contestata

I, 2, 348. In dottrina cfr. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.: dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 211.

(33) Cass. Civ., Sez. Un., 6 ottobre 1981, n. 5241, *cit.*; Corte di App. Milano, 21 gennaio 1994, *cit.*

(34) Cass. Civ., 25 luglio 2008, n. 20476, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 9, 1296.

(35) Cass. Civ., 22 ottobre 2004, n. 20637, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 10; Cass. Civ., 5 aprile 2013, n. 8426, in *Dir. & Giust.*, 2013, 8 aprile; Cass. Civ., 4 dicembre 2015, n. 25178, in *Dir. & Giust.*, 2015, 15 dicembre.

(36) Ciò è stato da ultimo ribadito da Cass. Civ., 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Riv. not.*, 2016, 4, II, 708.

(37) F. IOZZO, *Sulla decorrenza del termine di prescrizione dell'azione ex artt. 2394 c.c.-146 l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2004, 151. In senso conforme D. SEMEGHINI, *Del dies a quo della prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali*, in *Giur. comm.*, 2005, 34.

(38) F. IOZZO, *op. cit.*, 151.

l'avvenuta prescrizione del loro diritto di agire, lamentavano la mancanza di conoscenze tecniche specifiche, necessarie per interpretare i dati di un bilancio e disaggregarne le poste contabili in modo da poterne desumere le indicazioni sulle condizioni della società. La Suprema Corte ha invero confermato l'avvenuta prescrizione del diritto, rilevando come, a fronte di talune circostanze obiettive, gli investitori avrebbero ben potuto avvedersi dello stato di insufficienza del patrimonio (39). In questa prospettiva, essa ha considerato, al di là dei bilanci, anche altri fatti sintomatici comprensibili anche da creditori non qualificati (ad esempio, la chiusura della sede e la disgregazione della rete dei promotori) (40), superando così eventuali difficoltà inerenti all'interpretazione dei dati contabili.

A ben vedere, peraltro, il problema del creditore "debole" incapace di leggere i bilanci appare di rilievo marginale, alla luce del fatto che normalmente l'azione è esercitata dal curatore fallimentare, il quale agisce nell'interesse di tutti i creditori sociali rappresentandoli in massa: discende da ciò la sostanziale irrilevanza di una verifica circa la concreta possibilità per ciascun singolo creditore di conoscere la situazione patrimoniale della società, in un contesto in cui le posizioni individuali risultano indistinguibili, così da rendere impossibile dare rilievo a dati soggettivi collegati a specifici interessati (41).

In ogni caso, è opportuno osservare che, in una pronuncia, è stata esclusa la decorrenza della prescrizione dalla pubblicazione del bilancio, non essendo in quel momento possibile percepire l'incapienza,

(39) Cass. Civ., 5 aprile 2013, n. 8426, *cit.*

(40) Così, in Cass. Civ., 5 aprile 2013, n. 8426, *cit.*, sono stati presi in considerazione non solo i dati acquisiti in bilancio, ma una serie di ulteriori circostanze quali la sospensione dell'attività sociale e il venir meno di una parte significativa dei clienti e dei promotori finanziari. Individua come fatti sintomatici la chiusura della sede, la presenza di bilanci fortemente passivi, l'assenza di cespiti suscettibili di espropriazione forzata Cass. Civ., 8 aprile 2009, n. 8516, in *Giur. comm.*, 2011, 3, 471.

(41) Recentemente la Suprema Corte ha avuto modo di affermare come il medesimo principio valga anche nel caso in cui il curatore agisca nell'interesse della società: Cass. Civ., 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Riv. del not.*, 2016, 4, II, 708.

che era stata verosimilmente occultata (42). Ciò segnala che, a ben vedere, il differimento del momento in cui la prescrizione inizia a decorrere prende atto di una circostanza nota alla prassi, ovvero del fatto che frequentemente non vi è coincidenza temporale tra il momento in cui l'insufficienza patrimoniale si realizza ed il momento in cui questo evento è recepito nel bilancio, essendo di esperienza comune che, nella speranza di un recupero per le sorti della società, gli organi sociali siano spesso indotti a ricorrere a rappresentazioni contabili edulcorate al fine di consentire una continuità all'azienda in crisi nell'attesa di una ripresa che con frequenza non si realizza.

In altri termini, l'emersione dell'insufficienza patrimoniale non è sempre assicurata già nel momento in cui essa si verifica, ed anzi, essa spesso rimane celata, e ciò spiega l'atteggiamento della giurisprudenza nell'applicazione dei termini di prescrizione; si tratta in sostanza della reazione a un rischio di occultamento dei presupposti del diritto che non è peraltro inedita, corrispondendo sia a quanto accade quando si tratti di annullare un contratto inficiato dal dolo (art. 1442, co. 2, c.c.), sia quando si debba rendere inerte, mediante la sospensione, il tempo decorso inutilmente a causa della condotta dell'obbligato volta ad occultare il debito (art. 2941, n. 8, c.c.).

3. *L'azione revocatoria ordinaria.*

In tema di azione revocatoria ordinaria lo scenario è simile a quello che è stato delineato con riferimento all'art. 2947 c.c.: la giurisprudenza più recente mostra di intendere l'art. 2903 c.c., dedicato alla prescrizione, attribuendogli un significato diverso da quello che si ricava dal tenore delle parole usate dalla legge. La disposizione stabilisce che l'azione revocatoria si prescrive in cinque anni dalla data dell'atto: a lungo i giudici hanno deciso sulla base di un'interpretazione letterale, facendo coincidere il *dies a quo* con il

(42) Cass. Civ., 4 dicembre 2015, n. 25178, *cit.*; Cass. Civ., 20 settembre 2009, n. 15955, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, 1197.

momento perfezionativo del negozio (43), sebbene tale momento potesse essere ignoto al creditore danneggiato (44).

Nell'ultimo decennio (45) si è però assistito a un'inversione di tendenza e il *dies a quo* è stato fatto coincidere con il momento di conoscibilità dell'atto da parte del terzo creditore, corrispondente a quello in cui esso risulti a lui opponibile: così, in caso di costituzione di un fondo patrimoniale, il termine è stato fatto decorrere dalla data della sua annotazione a margine dell'atto di matrimonio (46); in caso di vendita di un immobile, dalla trascrizione del contratto (47); e ancora, in caso di azione revocatoria volta a far dichiarare l'inefficacia di una compravendita di un bene, dissimulante una donazione, dalla declaratoria di simulazione (48).

È interessante leggere le motivazioni poste alla base di simile mutamento di tendenza, che sarebbe suggerito, a detta della giurisprudenza, proprio da quanto disposto dall'art. 2935 c.c., che pone, come presupposto del decorrere della prescrizione, l'inerzia del titolare nell'esercizio del diritto, inerzia che non è configurabile se non dal momento in cui "il titolare sia *idoneamente edotto* del diritto

(43) Cass. Civ., 16 marzo 1977, n. 1041, in *Foro it.*, 1977, I, 1120; Cass. Civ., 12 giugno 1998, n. 5863, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 1229; Cass. Civ., 15 febbraio 2007, n. 3379, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 2.

(44) R. NICOLÒ, *Della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario al codice Civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1959, 268; L. BIGLIAZZI GERI, *Revocatoria (azione)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991.

(45) Vi è per la verità una pronuncia, seppur isolata, più risalente: (Cass. Civ., 15 maggio 1997, n. 4296), ove si legge che il criterio dell'art. 2903 c.c. ha carattere di specialità, in ordine alla decorrenza del termine, nella sola ipotesi in cui l'atto revocabile è anteriore al sorgere del credito, mentre negli altri casi dell'art. 2901 c.c. detta decorrenza coincide con l'esperibilità dell'azione revocatoria.

(46) Cass. Civ., 24 marzo 2016, n. 5889, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass. Civ., 19 gennaio 2007, n. 1210, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 1. Tale cambio di rotta è stato visto con favore da M. D'AURIA, *Il termine di prescrizione dell'azione revocatoria*, in *Giur. it.*, 2008, 92 e da F. AVANCINI, *Una lettura sistematica dell'art. 2903 c.c.: la conoscibilità dell'atto pregiudizievole*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 1154.

(47) Cass. Civ., 27 maggio 2014, n. 11815, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

(48) Cass. Civ., 16 dicembre 2014, 26460, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014.

che è in suo potere esercitare” (49). È significativo vedere come, mediante la combinazione della norma in tema di azione revocatoria e dell’art. 2935, si arrivi qui a quella soluzione — rilevanza dell’ignoranza incolpevole circa la titolarità del diritto — che in numerose pronunce è stata negata proprio ragionando sulla lettera dell’art. 2935. Questo uso divergente della medesima norma rafforza il dubbio se quanto in essa stabilito sia davvero posto alla base delle soluzioni che la giurisprudenza fornisce di volta in volta al fine di stabilire la decorrenza della prescrizione nei casi che le vengono sottoposti. È questo un tema su cui sarà bene tornare dopo aver esaminato ulteriori fattispecie significative in tal senso; al momento preme anticipare che, come nel caso dell’annullamento per dolo o del rischio che si verifichi un occultamento preordinato dell’insufficienza realizzatasi nel patrimonio sociale, anche qui si è di fronte a situazioni in cui l’atto in frode, se tenuto riservato dal debitore e dal terzo partecipe, potrebbe consolidare i propri effetti, minando lo scopo per cui la tutela è accordata.

4. *Altre difficoltà di fatto. I crediti retributivi nascenti da lavoro subordinato.*

Vi sono ipotesi in cui la giurisprudenza dà rilievo ad altre difficoltà di fatto; sono le fattispecie in cui non sussiste un vero impedimento ad agire, ma il titolare del diritto si trova in una situazione psicologica che lo fa desistere dal farlo valere. Un caso è quello del lavoratore subordinato che, durante il rapporto di lavoro, non agisca per far valere il proprio diritto alla retribuzione nei confronti del datore di lavoro.

È ovvio come in questi casi nessun ostacolo giuridico si frap-

(49) Cass. Civ., 19 gennaio 2007, n. 1210, *cit.*, ove si afferma in particolare che l’art. 2903 c.c. va interpretato “attraverso il coordinamento con la disposizione generale in tema di prescrizione, di cui all’art. 2935 c.c., nel senso che la prescrizione decorre dal giorno in cui dell’atto è stata data pubblicità ai terzi; è solo da questo momento, infatti, che il diritto può essere fatto valere e l’inerzia del titolare protratta nel tempo assume effetto estintivo”.

ponga all'esercizio del diritto e come normalmente il creditore sia consapevole della sua esistenza; l'inerzia nell'agire dipende piuttosto da una valutazione in termini di opportunità in una situazione in cui è presente il rischio della ritorsione dell'altra parte, che potrebbe determinare la perdita dell'impiego o comunque un peggioramento delle condizioni anteriori.

Con riferimento ai crediti retributivi periodici da lavoro subordinato, dunque, la regola oggi applicata è frutto dell'intervento della Corte costituzionale che, con una pronuncia ormai risalente, ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 2948, n. 4, 2955 n. 2 e 2956 n. 1 c.c. nella parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro (50). Secondo la Corte, se in costanza di rapporto la possibilità di far valere giudizialmente il diritto al salario non è di regola impedita da ostacoli giuridici, vi sono ostacoli materiali ai quali l'art. 36 Cost. impone di dare rilevanza: l'impedimento di fatto è in particolare ravvisato nella condizione psicologica in cui, durante il rapporto, si trova il lavoratore, in quanto, per timore di subire il licenziamento, può essere indotto a non far valere i propri diritti, il che si concreta in una sostanziale rinuncia a questi ultimi da parte sua. Appare evidente un parallelismo con la disciplina dell'annullamento del contratto per violenza: sia nell'ipotesi di minaccia, sia ove il lavoratore tema il licenziamento, il *dies a quo* viene fatto slittare al momento in cui sia cessato il motivo che potrebbe spingere il titolare del diritto a non agire.

Le successive evoluzioni normative, con il rafforzamento delle tutele del dipendente contro i licenziamenti illegittimi, hanno in-

(50) Corte Cost., 10 giugno 1966, n. 63, in *Foro it.*, 1966, 1651. La sentenza è stata vista generalmente con favore dalla dottrina: G. BRANCA, *Lavoro, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, 253; B. GRASSO, *Prescrizione*, cit., 73. Critico nei confronti della pronuncia F. SANTORO PASSARELLI, *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977, 382: l'A. rileva come la scelta di dare rilievo a uno stato soggettivo (il timore del licenziamento), mutando di fatto il bilanciamento di interessi sotteso all'istituto della prescrizione, dovrebbe spettare soltanto al legislatore.

dotto la Consulta a derogare in parte al principio in precedenza fissato, stabilendo che la prescrizione decorra in ogni caso in costanza di rapporto di lavoro, qualora esso sia caratterizzato dalla stabilità (51).

Bisogna peraltro considerare che i recenti interventi normativi in materia (52), limitando il diritto alla reintegrazione solo ad alcune ipotesi di illegittimità di licenziamento, hanno condotto la giurisprudenza di merito ad ampliare le soluzioni per cui il termine prescrizione possa decorrere solo al termine del rapporto di lavoro, considerato che il timore del licenziamento potrebbe indurre il dipendente, durante la relazione lavorativa, a non far valere le proprie ragioni (53).

Un sistema articolato secondo una duplicità di soluzioni implica ovviamente una serie di incertezze, che si manifestano anzitutto nel far dipendere la decorrenza del termine dalla valutazione del giudice circa la stabilità del rapporto di lavoro: solo quando quest'ultima fosse esclusa, il creditore godrebbe del differimento del termine di prescrizione, sebbene non sia affatto detto che la stabilità del rapporto sia di per sé in grado di assicurare che, durante il suo svolgimento, il lavoratore agisca, dal momento che, pur non dovendo temere il licenziamento, egli potrebbe essere condizionato dalla prospettiva di ripercussioni negative di altro tipo. Nella prassi, dunque, due lavoratori potrebbero trovarsi nella medesima condizione psicologica — un timore che li porta a rinunciare ad agire per il proprio diritto in costanza di rapporto —, essendo però tutelati in modo differente a seconda che il rapporto venga qualificato dal giudice come instabile o connotato da stabilità.

(51) Corte Cost., 12 dicembre 1972, n. 174 in *Foro it.*, 1973, I, 22. Come è facile comprendere, a una simile pronuncia sono seguite numerose decisioni della Corte di Cassazione volte a stabilire se quanto previsto dall'art. 18 Stat. Lav. fosse in grado di garantire al lavoratore quella stabilità necessaria a far decorrere la prescrizione durante il rapporto di lavoro: Cass. Civ., 1° gennaio 1979, n. 40-45, in *Giur. cost.*, 1979, 338 ss.

(52) Legge 26 giugno 2012, n. 92 (cd. Legge Fornero) e d.lgs., 4 marzo 2015, n. 23/8 (cd. *Jobs Act*).

(53) Trib. Milano, 16/12/2015, n. 3460, in *Riv. It. di Dir. Lav.*, 2016, 2, II, 261.

Al di là delle incertezze applicative a cui questa dicotomia ha condotto (54), essa ha animato anche contrasti nella qualificazione

(54) Si consideri che la giurisprudenza rinviene un rapporto stabile non solo nei casi in cui l'art. 18 Stat. Lav. garantisce la reintegrazione nel posto di lavoro, ma anche in tutti i rapporti di impiego dei dipendenti pubblici, anche da enti economici (Corte cost., 21 maggio 1975, n. 115 in *Mass. giur. lav.*, 1975, 256. Cass. Civ., 20 dicembre 1969, n. 143 in *Foro it.*, 1969, I, 3017); bisogna inoltre considerare che in alcuni casi la stabilità è stata valutata facendo riferimento non alla qualifica formalmente riconosciuta al lavoratore, ma a quella rivendicata in giudizio da quest'ultimo, sulla base della considerazione che il regime di stabilità del rapporto sia da porre in relazione alla disciplina legale che il lavoratore potrebbe far valere piuttosto che a quella illegittimamente imposta dal datore di lavoro (Cass. Civ., 10 marzo 2010, n. 5809, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 3, 350; Cass. Civ., 9 giugno 1990, n. 5604, in *Giust. civ. Mass.* 1990, 6). In contrasto con simili decisioni si pongono peraltro quelle pronunce che collegano la decorrenza della prescrizione alla natura formale del rapporto e non a quella riconosciuta successivamente in sede giudiziale, nonostante tale accertamento abbia effetto retroattivo (Cass. Civ., 23 gennaio 2009, n. 1717 in *Giust. civ. Mass.* 2009, 2, 158, ove si è stabilito che "la prescrizione dei crediti del lavoratore non decorre in costanza di un rapporto di lavoro formalmente autonomo, del quale sia stata successivamente riconosciuta la natura subordinata con garanzia di stabilità reale in relazione alle caratteristiche del datore di lavoro, giacché, in tal caso, il rapporto è, nel suo concreto atteggiarsi, di natura subordinata e, cionondimeno, restando formalmente autonomo, non è immediatamente garantito, non essendo possibile, in caso di recesso datoriale, la diretta applicabilità della disciplina garantista, che potrebbe derivare solo dal futuro (ed eventuale) riconoscimento della natura subordinata del rapporto". Nello stesso senso: Cass. Civ., 23 gennaio 2002, n. 732 in *Mass. Giur. lav.*, 2002, 155; Cass. Civ., 12 gennaio 2002, n. 325, in *Notiz. giur. lav.*, 2002, 246. Emerge un quadro in cui la decorrenza del termine di prescrizione dipende essenzialmente dalla valutazione discrezionale del giudice, dando luogo ad una situazione di incertezza messa in luce a più riprese dalla dottrina (U. NATOLI, *Come ti cambio le carte in tavola (a proposito della decisione 12 dicembre 1972 n. 174 della Corte Costituzionale)*, in *Dem. e dir.*, 1973, II, 173; G. TUCCI, *Prescrizione del diritto al risarcimento per omissione contributiva e accertamento del rapporto di lavoro tra disciplina codicistica e legislazione speciale*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, III, 261; critici nei confronti dell'orientamento che, a fronte di un rapporto di pubblico impiego, riconosce sempre la stabilità: S. CASSESE, M. D'ALBERTI, *Prescrizione del diritto al salario e stabilità nel lavoro pubblico*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 299. Si veda anche A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983, 297). A tal riguardo bisogna inoltre considerare che, nella materia che si esamina, il *dies a quo* dipende anche dalla natura dei crediti spettanti al lavoratore: l'espresso riferimento contenuto nelle pronunce della Consulta ai soli artt. 2948, n. 4, 2955 n. 2 e 2956 n. 1 c.c., ha condotto la giurisprudenza ad escludere che il principio in esse espresso possa valere anche al di fuori dei crediti derivanti da retribuzione, facendo così ad esempio decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno per violazione degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c. dal momento in cui la lesione si è manifestata, seppur in corso di rapporto di lavoro (Cass. Civ., 28 luglio 2010, n. 17629 in *Giur. it.*,

del diritto invocato dal dipendente. Ne è un caso esemplare la questione riguardante la natura dell'indennità sostitutiva delle ferie e dei riposi settimanali non goduti: secondo un orientamento essa avrebbe natura retributiva, come tale soggetta al termine di prescrizione breve (55); per un altro, risarcitoria e, pertanto, soggetta alla prescrizione ordinaria decennale, propria del danno contrattuale, decorrente anche in pendenza del rapporto di lavoro (56). Il disaccordo tra le soluzioni appena richiamate non sembra frutto del caso, quanto piuttosto della necessità di decidere la fattispecie concreta mediante l'interpretazione che risulti maggiormente in grado di tutelare il lavoratore: così, nei rapporti stabili, attribuire natura risarcitoria a tali indennità significa garantire un termine prescrizione più lungo; in quelli non caratterizzati da stabilità, la natura retributiva consente invece la sospensione di fatto della prescrizione fino alla fine del rapporto. Ne risulta quindi un conflitto interpretativo che non sembra risolto neppure da soluzioni di compromesso, come quella proposta da una recente pronuncia, che ha riconosciuto all'indennità sostitutiva delle ferie non godute natura mista, sia risarcitoria, sia retributiva: il carattere risarcitorio è stato in particolare ritenuto prevalente ai fini della prescrizione, dal momento

2011, 1116). Considerazioni simili sono state svolte per i c.d. premi fedeltà (Cass. Civ., 14 marzo 1985, n. 2011 in *Giust. civ. Mass.* 1985, fasc. 3; Cass. civ., 10 gennaio 1984, n. 187, in *Giust. civ. Mass.* 1984, fasc. 1) per i quali, non avendo funzione retributiva, né costituendo parte dell'indennità di anzianità, si ritiene valga l'ordinaria prescrizione decennale, decorrente dal sorgere del diritto.

(55) Cass. Civ., 10 maggio 2010 n. 11262 in *Foro it.* 2011, 7-8, I, 2044; Cass. Civ., 3 aprile 2004, n. 6607, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 4.

(56) Cass. Civ., 11 maggio 2011, n. 1034 in *Giust. civ.* 2013, 1, I, 195; Cass. Civ., 13 marzo 1997, n. 2231, in *Notiziario giur. lav.* 1997, 378. In dottrina si vedano P. LANZILLOTTA, *In attesa delle Sezioni Unite permane il contrasto sulla natura dell'indennità sostitutiva delle ferie*, in *Lav. prev. oggi*, 2011, 1044; M. MORANDI, *Sulla natura dell'indennità sostitutiva delle ferie e sul regime di prescrizione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 673; M. MENSI, *Natura dell'indennità sostitutiva delle ferie e incidenza sul t.f.r.*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 831; S. IMBRIACI, *Indennità per ferie non godute: prescrizione in dieci anni*, in *Guida lav.*, 2011, n. 26, p. 60; M. LANOTTE, *Irrinunciabilità alle ferie e natura dell'indennità sostitutiva*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 1769; E. SIGNORINI, *La giurisprudenza di merito torna sulla natura risarcitoria dell'indennità sostitutiva di ferie non godute*, in *Riv. giur. trib.*, 2001, 257.

che, essendo tale indennità volta a compensare il danno derivante dalla perdita del diritto al riposo, a quest'ultimo va “*assicurata la più ampia tutela*, applicando il termine ordinario decennale”; la natura retributiva, che colloca in primo piano l'attività lavorativa resa in un periodo che avrebbe dovuto essere retribuito ma non lavorato, assumerebbe invece rilievo quando ne vada valutata l'incidenza sul trattamento di fine rapporto, ai fini del calcolo degli accessori o dell'assoggettamento a contribuzione (57).

5. *Casi solo apparenti di differimento del dies a quo.*

Talora l'effetto pratico di alcune ricostruzioni del rapporto giuridico è quello di incidere sulla determinazione del momento iniziale della prescrizione; si tratta tuttavia di ipotesi in cui il differimento della decorrenza, al di là di una prima apparenza, non equivale ad attribuire effetto agli ostacoli di fatto in sé considerati, ma percorre altre vie, che negano che possa riscontrarsi un'inerzia in capo al titolare del diritto in ragione della particolare configurazione del contratto e delle sue prestazioni.

Dunque, nella ricognizione condotta in questa sede, tali casi assumono il ruolo di “falsi positivi”, poiché, sebbene l'effetto prodotto sia analogo a quelli in cui è applicato un differimento del *dies a quo*, la ragione che lo determina è data dal riscontro di un perdurante esercizio del diritto che esclude che possa ravvisarsi il presupposto sostanziale della prescrizione.

(57) Cass. Civ., 29 gennaio 2016, n. 1757, in *Giust. Civ. Mass.* 2016. Degna di nota appare infine la distinzione effettuata dalla giurisprudenza tra il diritto alla qualifica superiore e quello alle differenze retributive per le mansioni effettivamente svolte dal lavoratore: al primo si ritiene applicabile il regime di prescrizione decennale, insuscettibile dunque di sospensione durante il corso del rapporto; al secondo quello delle prescrizioni brevi di cui all'art. 2948 c.c., n. 4, all'art. 2955 c.c., n. 2 e all'art. 2956 c.c., n. 1, i cui termini invece restano sospesi laddove si tratti di rapporti non assistiti dalla stabilità cosiddetta reale Cass. Civ., 8 aprile 2011, n. 8057 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 4, 562; Cass. Civ., 24 maggio 2006, n. 12238, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 5; Cass. Civ., 23 agosto 1997 n. 7911 in *Notiz. giur. lav.* 1997, 490.

5.1. *Le prestazioni restitutorie esigibili a richiesta.*

La giurisprudenza ha affrontato numerose fattispecie riguardanti prestazioni restitutorie esigibili a richiesta del creditore, arrivando a soluzioni discordanti: talvolta la prescrizione viene fatta decorrere dal momento in cui il credito è sorto; talaltra da quello in cui il creditore, mediante la richiesta, ha reso attuale l'obbligo di adempimento.

Una di queste fattispecie riguarda le prestazioni restitutorie nell'ambito del contratto di deposito bancario: nonostante la legge sia intervenuta in materia disciplinando la sorte dei c.d. conti dormienti (58), è ugualmente interessante esaminare le soluzioni fornite in materia dalla giurisprudenza poiché le motivazioni ad esse sottese si rivelano utili per comprendere le decisioni alla base di altri casi riguardanti obbligazioni restitutorie (in particolare, in tema di contratto fiduciario e di mutuo).

In caso di deposito bancario, la giurisprudenza ha fornito nel tempo soluzioni contrastanti: secondo un primo e più risalente orientamento, il mancato esercizio del diritto alla restituzione dava luogo immediatamente a quello stato di inerzia che è il presupposto del decorrere della prescrizione; trattandosi di un diritto di credito che può essere esercitato in qualsiasi momento, infatti, si riteneva che il termine decorresse dal giorno stesso della costituzione del rapporto, o da quello dell'ultima operazione compiuta, ove il rapporto si fosse sviluppato attraverso accreditamenti e prelevamenti (59). La tesi, in particolare, si fondava sulla considerazione che la banca non custodisce il denaro del cliente, ma, ai sensi

(58) Art. 1, comma 345 l. 266/2005 e d.p.r. 116/2007.

(59) Cass. Civ., 3 maggio 1999, n. 4389, in *Banca borsa tit. cred.*, 2000, II, 505; Cass. Civ., 24 gennaio 1979, n. 535, in *Banca borsa tit. cred.*, 1981, II, 11; Cass. Civ., 21 marzo 1963, n. 689, in *Giust. Civ.*, 1963, 701. In dottrina sono favorevoli a questo orientamento: A. FAVARA, *Sulla decorrenza della prescrizione nei depositi bancari in conto corrente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1963, II, 12; A. FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari, sub art. 1834*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969, 50 ss.; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1981, 181.

dell'art. 1834 c.c., ne diventa proprietaria, risultando debitrice della somma a partire dalla costituzione del rapporto. Veniva dunque attuata una distinzione tra il contratto di deposito regolare senza termine, in cui la prescrizione del diritto alla restituzione decorre da quando il depositante chiede effettivamente la restituzione, e il deposito irregolare, ove il termine decorre dal momento in cui quest' ultimo può chiedere la restituzione.

Simile orientamento è stato criticato in dottrina per il fatto che esso confonderebbe l'inerzia con quella che è la causa del rapporto: il depositante, nel lasciare le somme presso la banca, non incorre in alcuna inerzia, ma esercita piuttosto il diritto di cui è titolare grazie al contratto. Si osserva inoltre come il contratto di deposito bancario mantenga in sé anche una funzione di custodia nell'interesse del depositante, che consiste appunto nella conservazione della cosa e nella restituzione a richiesta (60). E proprio simili considerazioni sono alla base di una serie di pronunce di merito (61) e di una recente sentenza della Corte di Cassazione, ove la richiesta alla banca di restituire le somme depositate è stata interpretata quale condizione di esigibilità del credito e, conseguentemente, il termine di prescrizione è stato fatto decorrere da tale momento. L'inerzia del depositante, in altre parole, non viene interpretata come manifestazione di disinteresse a far valere il diritto, ma come mero esercizio di una facoltà (62).

Seguendo queste linee di ragionamento si arriva facilmente a

(60) G. FERRI, *Deposito bancario*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 279; U. SALANITRO, *Problema in tema di depositi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, I, 200.

(61) Trib. Reggio Emilia, 14 ottobre 2008, in *Foro it.*, 2009, 9, I, 2564; Trib. Salerno, 5 maggio 2004, in *Red. Giuffrè 2004*; Trib. Catania, 24 giugno 2004, in *banca borsa tit. cred.*, 2006, 2, II, 253; App. Milano, 12 dicembre 2001, in *Giur. milanese*, 2002, 107.

(62) Cass. Civ., 20 gennaio 2012, n. 788, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 5, II, 605. Finché la richiesta non viene esercitata, permangono il diritto del depositante a mantenere la disponibilità delle somme presso la banca e l'obbligo della depositaria di conservarle a sua disposizione. La giacenza del denaro, in questa prospettiva, è vista come una situazione corrispondente all'interesse delle parti, che integra da entrambi i lati adempimento del contratto di durata.

comprendere le motivazioni alla base della decisione fornita in materia di richiesta di restituzione dei beni intestati al fiduciario. In questo caso si è stabilito che, in difetto di una diversa previsione nel *pactum fiduciae*, il diritto del fiduciante alla restituzione dei beni intestati al fiduciario si prescrive dal giorno in cui il fiduciario, avutane richiesta, abbia rifiutato il trasferimento del bene (63). Il *dies a quo* dunque, anziché essere ancorato a parametri oggettivi, dipende dalla volontà del titolare del diritto, circostanza che ha condotto la dottrina a denunciare, nei fatti, la sua trasformazione in diritto imprescrittibile (64). A ben vedere, però, la soluzione adottata dai giudici ha un fondamento giuridico deducibile dalla struttura stessa del contratto che, per tutto il tempo in cui il fiduciario è proprietario del bene, non priva il fiduciante dell'esercizio del suo diritto: questo esercizio costante rende allora l'inerzia una parte integrante del diritto stesso, e rappresenta uno dei modi in cui tale diritto può essere esercitato, cosicché la prescrizione presuppone, secondo l'impostazione ricavabile dalla risalente "teoria della violazione" (65), uno stato di fatto che contraddice il diritto.

Quanto rilevato sin qui fa comprendere perché non venga adottata la medesima soluzione laddove si tratti di stabilire il *dies a quo* della prescrizione con riferimento alla restituzione delle somme date a mutuo: a differenza delle due fattispecie contrattuali sopra analizzate, il contratto di mutuo non prevede in capo al mutuante la permanente disponibilità delle somme, che entrano a tutti gli effetti nella esclusiva sfera dispositiva del mutuatario. Il quesito, in particolare, si è posto con riferimento al caso in cui le parti abbiano stipulato il contratto senza stabilire un termine per l'adempimento, ove si è rilevato che la prescrizione del diritto del mutuante ad ottenere la restituzione delle somme decorra dalla data della stipulazione del contratto, senza che l'assenza di termine possa configurare un impedimento giuridico all'esercizio del suo diritto, potendo

(63) Cass. Civ., 16 novembre 2001, n. 14375, in *Giur. it.*, 2002, 780.

(64) P. VITUCCI, F. ROSELLI, *La prescrizione*, cit., 149 s.

(65) G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *op. cit.*, 223.

egli sempre rivolgersi al giudice per la sua fissazione ai sensi dell'art. 1183, comma terzo, c.c. (66).

5.2. *Il diritto di ripetizione dell'indebito nel rapporto di conto corrente bancario assistito da apertura di credito.*

Un altro ambito in cui la giurisprudenza ha riscontrato difficoltà ad individuare il *dies a quo* della prescrizione è quello riguardante i contratti di apertura di credito regolati in conto corrente; il problema si è in particolare posto con riferimento al momento dal quale far decorrere la prescrizione del diritto alla restituzione di somme addebitate in conto quali interessi pattuiti in contrasto con il divieto di anatocismo.

Secondo un primo orientamento esso sarebbe coinciso con la chiusura definitiva del conto corrente (67); secondo un altro, con il giorno in cui gli interessi sono stati percepiti dalla banca mediante il loro addebito in conto (68). Sul punto sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite (69), le quali hanno fondato la propria

(66) Cass. Civ., 19 giugno 2009, n. 14345, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 6, 949. Si veda anche Cass. Civ. 3 giugno 1997, n. 4939, in *Il civilista*, 2010, 12, 42. In dottrina si sono rilevate le gravi conseguenze che una simile soluzione comporta per il creditore, dal momento che, non essendo più proprietario della somma da restituire, una volta decorso il termine di prescrizione, egli non potrebbe nemmeno esercitare l'azione revocatoria, che invece gli sarebbe spettata nel caso in cui fosse rimasto proprietario della somma: G. MIRABELLI, *Della prescrizione secondo le leggi italiane*, Napoli, 1901, 70; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, cit., 217.

(67) Trib. Pescara, 23 dicembre 2009, in *PQM* 2010, I, 43; Trib. Bergamo, 29 maggio 2006, in *Corr. Merito*, 2006, 981; Cass. Civ., 9 aprile 1984, n. 2262 in *Giust. civ. Mass.*, 1984, 3-4.

(68) Trib. Genova, 4 gennaio 2008, in *Guida al dir.*, 2008, 18, 83 ove invero si precisa che quando il conto è in attivo tale percezione avviene al momento della liquidazione e imputazione sul conto, dovendo escludersi che il momento iniziale del termine di prescrizione decennale decorra dalla chiusura definitiva del rapporto; quando invece il conto è in passivo, non vi è percezione effettiva di interessi da parte della banca ma un incremento del suo credito, per cui non decorre alcun termine prescrizione; Trib. Torino, 30 ottobre 2003, in *Giur. it.*, 2004, 102.

(69) Cass. Civ., Sez. Un., 2 dicembre 2010, n. 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 428, con nota di A. PALMIERI. La pronuncia è stata peraltro oggetto di numerosi commenti, tra cui: P BONTEMPI, *L'anatocismo bancario torna di attualità*, in *Nuov giur. civ.*, 2011, I, 297; G.M. CELARDI, *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. Civ.*,

decisione, dall'esito sostanzialmente compromissorio, su una distinzione, già sperimentata in materia di revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente, tra atti ripristinatori della provvista ed atti di pagamento compiuti dal correntista per estinguere il proprio debito verso la banca, da cui possa scaturire una pretesa restitutoria ad opera del *solvens*. Si è in particolare rilevato come un versamento eseguito da un cliente su un conto, il cui passivo non abbia superato il limite dell'affidamento concesso dalla banca con l'apertura di credito, non possa dirsi un pagamento: esso infatti non ha lo scopo di soddisfare la pretesa dell'istituto affidante di vedersi restituire le somme date a mutuo, ma quello di ampliare (o ripristinare) la facoltà d'indebitamento del correntista. E la circostanza che, in quel momento, il saldo passivo del conto sia influenzato da interessi illegittimamente fin lì computati si traduce in un'indebita limitazione di tale facoltà di maggior indebitamento, ma non nel pagamento anticipato di interessi. Di pagamento, in tale situazione, potrà parlarsi solo una volta che, conclusosi il rapporto di apertura di credito in conto corrente, il correntista provveda a restituire alla banca il denaro in concreto utilizzato. In tal caso, qualora la restituzione abbia ecceduto il dovuto a causa del computo di interessi in misura non consentita, la prescrizione del diritto ad agire per la ripetizione d'indebitato decorrerà dal momento della chiusura del conto.

Come si può osservare, il risultato è quello di offrire una parziale deroga al normale operare della ripetizione dell'indebitato, il cui esercizio può intervenire già al momento del pagamento, con il conseguente immediato decorso della prescrizione. La deroga è

2011, I, 2355; G. COLANGELO, *Interessi anatocistici: siamo tutti falliti? Limiti di una decisione zoppicante*, in *Danno e resp.*, 2011, 493; M. FLICK, *Dies a quo del termine di prescrizione e anatocismo: un nuovo vestito per un vecchio problema*, in *Danno e resp.*, 2011, 612; F. GRECO, *Anatocismo bancario e prescrizione: le sezioni unite e la difficile applicabilità del decreto mille proroghe — Continua il match tra correntisti e banche*, in *Resp. civ., e prev.*, 2011, 810; U. SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 400.

parziale, dal momento che l'eccezione è riconosciuta solamente per i conti correnti assistiti da un'apertura di credito e solamente per le rimesse che sono affluite entro i limiti dell'apertura di credito concessa. All'interno di quei limiti, i prelevamenti e i versamenti costituiscono atti mediante i quali è data esecuzione al contratto secondo le modalità operative previste e dunque la mancata richiesta di restituzione, iscrivendosi in quelle modalità, non è intesa come inerzia rilevante per la prescrizione.

6. *Il fondamento della rilevanza degli ostacoli meramente fattuali.*

Le ipotesi esaminate sinora confermano quanto si è osservato alla fine del primo capitolo: non esiste, al fine di stabilire il *dies a quo*, un criterio che valga per tutti i diritti prescrivibili. La stessa giurisprudenza, pur ferma nell'ossequio formale all'affermato principio generale stabilito dall'art. 2935 c.c., mostra nella pratica di considerare talvolta i soli ostacoli giuridici (70), talaltra di ammettere anche gli impedimenti di fatto (71).

L'esame di questa seconda tipologia di decisioni mette in luce come i giudici, nel differire il momento iniziale di decorrenza,

(70) Si è accennato nelle pagine precedenti alle ipotesi in cui l'inerzia irrilevante ai fini del decorso della prescrizione sia solo quella dovuta da impossibilità giuridica: ciò, si è visto, vale per l'azione di adempimento (Cass. Civ., 27 febbraio 2002, n. 2913, *cit.*), e per quella di risoluzione (Cass. Civ., 18 settembre 1997, n. 9291, *cit.*). Queste peraltro non sono le uniche ipotesi in cui si è escluso il rilievo di meri impedimenti di fatto: è stato così affermato che il diritto sorto in capo al lavoratore per effetto di un contratto di assicurazione, stipulato a suo favore dal datore di lavoro, si prescrive anche se l'assicurato non sia venuto a conoscenza della stipulazione (Cass. Civ., 11 giugno 2008, n. 15497, in *Giust. civ.* 2009, 9, I, 1976); e ancora che l'impossibilità di fatto in cui venga a trovarsi il titolare del diritto a causa dell'incertezza nell'identificazione del debitore non impedisce il decorso della prescrizione, anche in ragione della tutela della certezza dei rapporti giuridici (Cass. Civ., 10 settembre 2007, 19012, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 9).

(71) Sovviene a tal riguardo il monito di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995, 314: "Bisogna sempre distinguere con cura ciò che i giudici dicono di fare da ciò che i giudici fanno"; più in generale, sulle dissociazioni interne ai formanti tra declamazione e regola operativa si veda R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1990.

adottino nella sostanza soluzioni analoghe a quelle previste espressamente dalla legge per altri casi, in situazioni in cui ricorrono circostanze assimilabili a quelle che il legislatore ha considerato nel dare rilievo agli impedimenti di fatto. Riassumendo quindi le ipotesi in cui ciò avviene e le ragioni che giustificano l'estensione della soluzione prevista da specifiche norme, si può fornire il quadro sintetico che segue:

— in materia di risarcimento del danno, l'interesse del titolare del diritto viene fatto prevalere attribuendo rilevanza alla mancata conoscibilità oggettiva degli elementi dell'illecito; in questo orientamento ha senza dubbio un peso la particolare rilevanza, anche costituzionale (quando si tratti ad esempio del diritto alla salute) degli interessi lesi e la conseguente esigenza di fornire una tutela dotata di effettività;

— con riferimento all'azione revocatoria, la decisione di disattendere la lettera della legge, facendo decorrere la prescrizione del diritto del terzo non dall'atto fraudolento, ma dal momento della sua conoscibilità, rimanda a quanto previsto in caso di annullamento per dolo: il *dies a quo* coincide con il giorno di conoscibilità dell'atto frutto di frode;

— una linea di decisione simile è rinvenibile nella prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori di società, dove la decorrenza dal momento della manifestazione esteriore dell'insufficienza patrimoniale reagisce al rischio dell'occultamento della reale situazione patrimoniale della società, spesso non emergente da subito nei dati contabili divulgati a terzi;

— nell'ipotesi di crediti retributivi da lavoro subordinato, lo schema utilizzato è quello elaborato dal legislatore in caso di annullamento del contratto per violenza: la prescrizione decorre dal momento in cui cessa lo stato di soggezione che spinge il titolare del diritto a rimanere inerte;

— infine, è necessario evitare di assimilare a casi come quelli elencati sopra ipotesi nelle quali il differimento del *dies a quo* opera in base ad altre considerazioni, che non hanno a che fare con logiche

analoghe a quelle elencate nei punti precedenti; si tratta di situazioni (prestazioni restitutorie nell'ambito di deposito bancario e di contratto fiduciario; ripetizione degli interessi anatocistici nel contratto di apertura di credito) nelle quali la particolare configurazione del contratto e delle sue prestazioni impedisce di ravvisare un'inerzia rilevante per tutto il periodo in cui la richiesta di restituzione è omessa, trattandosi di una modalità connaturata all'esercizio del diritto del creditore (72).

(72) P. VITUCCI, in F. ROSELLI, P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di Diritto privato*, diretto da P. Rescigno, T. II, Torino, 1985, 398, con riferimento alle servitù negative rileva come l'utilità non venga raggiunta con un comportamento del titolare del diritto, ma dipende dallo stato delle cose. E questo è il motivo per cui il *dies a quo* della prescrizione non può "collocarsi in un atto d'esercizio della servitù".

CAPITOLO TERZO

LE REGOLE SULLA PRESCRIZIONE
NEL CONTESTO EUROPEO: SPUNTI PER UNA
NUOVA VISIONE DELL'ISTITUTO?

SOMMARIO: 1. L'utilità di un'analisi comparatistica dell'istituto della prescrizione. — 2. La riforma della prescrizione nel diritto tedesco. — 3. La riforma francese. — 4. La disciplina della prescrizione in Inghilterra: un progetto di riforma. — 5. I Principi europei del diritto dei contratti, quelli UNIDROIT e il *Draft of Common Frame of Reference*.— 6. La rilevanza del principio di meritevolezza nella giurisprudenza dell'Unione Europea. — 7. Le pronunce della CEDU e il bilanciamento di interessi in gioco nel caso concreto.

1. *L'utilità di un'analisi comparatistica dell'istituto della prescrizione.*

La presa di distanza da una concezione statica della prescrizione sembra trovare corrispondenza in una serie di riforme realizzate all'estero, in diversi interventi finalizzati all'armonizzazione del diritto europeo, oltre che nelle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e degli organi giurisdizionali dell'Unione Europea, a dimostrazione di come, dopo un periodo di disinteresse per il tema, esso sia tornato alla ribalta mediante diverse proposte di revisione (1). Dall'esame di questo quadro emergerà una visione dell'istituto in una prospettiva rinnovata, in cui non vi è più l'assoluta preminenza della certezza dei rapporti (2), i quali hanno in

(1) Si veda sul tema R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, 2002, 63.

(2) Ciò emerge anche dalla tendenza di attribuire alle parti la possibilità di derogare, fissando termini più lunghi o più brevi, alle disposizioni di legge in tema di prescrizione. Si vedano sul punto: M. J. BONELL, *Verso un regime di prescrizione per i*

questi ultimi decenni acquistato una fluidità e una duttilità che richiede di non assestarsi su regole rigide e indifferenziate. Nel corso di questa analisi sarà necessario valutare se emergano, nell'operare, seppur diverso, dei legislatori e delle Corti, linee di fondo comuni che possano essere utili per proporre anche una lettura delle norme contenute nella nostra legislazione.

2. *La riforma della prescrizione nel diritto tedesco.*

In Germania, sebbene l'esigenza di revisionare la materia fosse già stata avvertita parecchi anni orsono, quando nel 1981 la proposta Peters/Zimmermann fu sottoposta all'attenzione del Ministero della Giustizia (3), la disciplina inerente alla prescrizione è stata oggetto di riforma nel 2001, all'interno della più generale "Modernizzazione del diritto delle obbligazioni" (4). Nonostante l'intitolazione della legge, si deve precisare che, con riferimento alla disciplina della prescrizione, la revisione ha avuto ad oggetto qualsiasi tipo di azione, e non solo quelle derivanti da un rapporto obbligatorio (5), tanto che essa è stata inserita nella parte generale del BGB

contratti commerciali internazionali?, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 785, e S. PATTI, *op. cit.*, 35.

(3) F. PETERS, R. ZIMMERMANN, *Verjährungsfristen: Der Einfluss von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinfachung von Verjährungsfristen*, in *Bundesministern der Justiz* (ed.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, 1981, 77. Sul punto si veda R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspective*, Oxford, 2005, 124: l'A. mette in luce come, fino alla fine degli anni 70, la disciplina sulla prescrizione estintiva non fosse oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. L'interesse è progressivamente cresciuto, man mano che alcuni Stati hanno incominciato a riformare la materia: così il Sud Africa, i Paesi Bassi, il Québec e la Russia.

(4) Il testo è stato approvato dal Parlamento Federale nel 2001, ed è entrato in vigore il primo gennaio 2002.

(5) R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations, cit.*, 127. L'Autore svolge la medesima considerazione con riferimento alla Parte III (in cui è incluso il capitolo 14 dedicato alla prescrizione) dei c.d. PECL (Principles of European Contract Law, il cui testo, in versione italiana, è visionabile in *Commissione per il diritto europeo dei contratti, principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, ed. italiana a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001), volta a disciplinare non soltanto le obbligazioni contrattuali, ma le obbligazioni in generale. Tale scelta si spiega sulla base del fatto che i vari

(§§ 194 ff. BGB). Il risultato è quello di una disciplina volta a semplificare un'intera materia fino a quel momento regolata da molteplici norme che prevedevano termini di prescrizione differenti, causando incongruenze ed evidenti problemi interpretativi (6).

Con riferimento al *dies a quo* della prescrizione, la disciplina previgente si fondava su un sistema oggettivo, che dava dunque rilievo ai soli impedimenti legali: così il § 198, S. I BGB (vecchio testo) legava la decorrenza del termine di prescrizione al sorgere della pretesa; a tal fine era sufficiente la possibilità legale di far valere tale pretesa, senza che l'ignoranza di essa da parte del creditore potesse essere in qualche modo rilevante (7). A questo principio generale derogavano però una serie di previsioni che riconoscevano impedimenti fattuali: così la disciplina sul diritto al risarcimento del danno da fatto illecito (§ 852 BGB), la quale stabiliva che la prescrizione triennale decorresse dal momento in cui il danneggiato fosse a conoscenza del danno e della persona obbligata al risarcimento, prevedendo peraltro un termine finale trentennale decorrente dal momento della commissione dell'atto. Nella medesima direzione si muoveva anche la disposizione contenuta nel § 203 BGB v.t., che stabiliva la sospensione della prescrizione a favore del creditore al quale fosse impedito di agire in giudizio a causa di una forza maggiore intervenuta negli ultimi sei mesi del decorso della

rami del diritto delle obbligazioni sono così correlati tra loro che limitare la disciplina ad uno solo di essi porterebbe ad avere una errata percezione del sistema.

(6) Per un'esemplificazione dei diversi termini di prescrizione previsti nella disciplina previgente cfr. S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del Codice Civile Tedesco in tema di Prescrizione*, in *Riv. Dir., civ.*, 2003, I, 179 s.: l'A. cita esemplificativamente non solo le prescrizioni brevi di cui ai §§ 196 e 197 vecchio testo BGB, ma anche i termini previsti per i diritti del committente in un contratto di appalto in caso di difetto dell'opera — rispettivamente di sei mesi, un anno e cinque anni —, nonché quello ordinario trentennale *ex* § 195 v.t. BGB, per arrivare al termine speciale di sole sei settimane stabilito ai sensi del § 490 v.t. per il compratore di bestiame nel caso in cui volesse esercitare alcuni rimedi fondati sui vizi della cosa.

(7) Sul punto si veda quanto rilevato da R. CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. Giur.*, 2006, 1323 e riferimenti giurisprudenziali e dottrinali riportati alla nota 19.

prescrizione (8). L'impianto era dunque simile a quello che viene descritto nel nostro ordinamento: un principio generale fondato sui c.d. impedimenti oggettivi, al quale facevano eccezione previsioni che attribuivano rilievo ad ostacoli fattuali. Proprio facendo leva sugli impedimenti di fatto, Peters e Zimmermann, nella loro proposta di riforma, avevano ipotizzato un termine di prescrizione biennale che decorresse da quando le pretese fossero esigibili, ma che sarebbe dovuto rimanere sospeso finché il creditore avesse ignorato senza colpa grave la persona del debitore, l'oggetto e il titolo della pretesa. Il termine sarebbe in ogni caso scaduto trascorsi dieci anni dal momento in cui la pretesa fosse divenuta esigibile.

Quello appena descritto non fu l'unico modello a disposizione del Ministro della Giustizia: nel 1984 quest'ultimo istituì una Commissione per la Riforma (9), con il compito di ridefinire la materia, avendo riguardo al modo in cui essa era stata influenzata nel tempo mediante le sue applicazioni pratiche ad opera della giurisprudenza. Tale Commissione presentò la sua relazione finale nel 1992, ove, con riferimento alla prescrizione, veniva proposto un modello che dava rilevanza ai soli impedimenti oggettivi.

Nella riforma definitivamente approvata si è ritenuto di dover accogliere elementi tratti da entrambe le proposte richiamate (10): il risultato finale è rappresentato da un sistema contenente sia regole soggettive, in cui viene dato rilievo alla consapevolezza del diritto da parte del titolare, sia regole oggettive, mediante la previsione di un termine di sbarramento finale, la cui decorrenza è indipendente dalla conoscibilità o conoscenza che il titolare del diritto può avere

(8) Per l'esemplificazione di alcuni casi di forza maggiore individuati dalla giurisprudenza si veda R. CAPONI, *op. ult. cit.*, 1323.

(9) Composta da quattro delegati del dipartimento di giustizia degli Stati federali, cinque giudici, un avvocato, un notaio e quattro docenti universitari. Cfr.: H.A. ENGELHARD, 'Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts', [1984] *Neue Juristische Wochenschrift* 1201 ff.

(10) Non si deve dimenticare peraltro che, come riconosciuto dal Governo tedesco, il testo finale della Riforma appaia largamente ispirato a quanto contenuto nel capitolo 14 dei c.d. PECL, *cit.*, dedicato alla disciplina della prescrizione.

di questo. Oggetto della prescrizione è l'*Anspruch* (11), ovvero quella situazione soggettiva corrispondente al diritto (12) a che altri faccia od ometta qualcosa, e non dunque il rapporto obbligatorio di cui essa è elemento costitutivo, o dalla cui violazione essa scaturisca: la conseguenza è che sono soggette a prescrizione anche le pretese restitutorie e ripristinatorie che derivino dal diritto di proprietà (13).

(11) Sulla natura sostanziale della prescrizione nel sistema tedesco e sull'abbandono dell'impostazione che riteneva soggetta a prescrizione la azionabilità in giudizio del diritto si veda R. CAPONI, *op.ult. cit.*, 1321. Come è noto, la medesima scelta è stata fatta nel nostro codice civile: discostandosi da quanto previsto dal codice del 1865, il codice odierno ha scelto di separare la disciplina della prescrizione acquisitiva (regolata nel libro "Della proprietà") da quella estintiva, e di riferire quest'ultima non più alle azioni (come indicato dall'art. 2135 c.c.1865), ma ai diritti. In dottrina non si è mancato di rilevare come tale distinzione sia invero più di carattere teorico che pratico, considerato che una volta estinto il diritto soggettivo, si estingue automaticamente anche l'azione, sia che essa venga considerata come un atteggiamento del diritto stesso o come un diritto autonomo, sebbene collegato al diritto. Peraltro, nonostante la precisazione dell'art. 2934 c.c. circa il fatto che ad estinguersi sia il diritto, non mancano norme che utilizzano formule che fanno riferimento alla prescrizione delle azioni (così gli artt. 387, 502, 1442 c.c.): in tal senso G. AZZARITI, G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, in *Comm. Scialoja Branca*, 1972, sub art. 2934, 203. Si veda anche R. FERRUCCI, *Prescrizione estintiva*, in *Noviss. Dig.*, XIII, Torino, 644. Sulla medesima tendenza in altri codici europei, si veda S. PATTI, *op. cit.*, 25 s.; sulla negazione dell'approccio processualistico nella Convenzione di New York e nei principi Unidroit si veda M. J. BONELL, *Verso un regime di prescrizione per i contratti commerciali internazionali?*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 779.

(12) In dottrina il termine è tradotto sia come diritto (S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, 180) sia come pretesa (R. CAPONI, *op.ult. cit.*, 1321). Rilevava peraltro F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc.civ.*, 1933, I, 32 come i giuristi italiani siano soliti tradurre il termine *Anspruch* con "pretesa", mentre gli annotatori del Windscheid utilizzavano il termine "ragione".

(13) Cfr. R. CAPONI, *op. ult. cit.*, il quale mette in luce come il legislatore non abbia dato seguito alla proposta, contenuta nei lavori preparatori, di accogliere la soluzione opposta, adottata da molti ordinamenti stranieri, non dando rilievo alla considerazione che la prescrittibilità in queste ipotesi finisce per accordare tutela al possessore in mala fede e al ladro, mentre d'altro canto il possessore di buona fede riceverebbe tutela mediante le norme sulla usucapione (§§937 ss. BGB). Non sono invece oggetto della disciplina che si esamina i c.d. *Absolute Rechte* e i *Gestaltungsrechte*: S. DELLE MONACHE, *op. cit.*, a tal riguardo sottolinea le differenze con il nostro sistema, *in primis* con la previsione di cui all'art. 2934 c.c. che dispone in via generale la prescrittibilità di "ogni diritto"; se dunque per l'ordinamento tedesco la *Verjährung* riguarda una sola tipologia di diritti — che peraltro possono poi riferirsi a posizioni giuridiche soggettive riconducibili a diverse categorie —, nel nostro vige il

Il termine ordinario di prescrizione — un tempo trentennale, ora triennale (14) — decorre dalla fine dell'anno in cui il creditore (15) sia venuto a conoscenza dei fatti costitutivi della pretesa, oltre che della persona del debitore, o tale conoscenza sia mancata per colpa grave (§199 BGB) (16). Se si tratta di una pretesa risarcitoria, il *dies a quo* coincide con il momento in cui si ha la percezione del danno iniziale, anche nel caso di eventuali conseguenze dannose successive (17).

A tale principio fanno eccezione due regole, contenute rispettivamente nei §§ 196 e 197 BGB. La prima norma riguarda i diritti che hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà o altro diritto reale e il credito alla controprestazione pattuita: per essi è previsto un termine di prescrizione decennale. La seconda disposizione fissa un termine trentennale per la prescrizione, tra l'altro, delle pretese restitutorie fondate sul diritto di proprietà o di altro diritto reale; di quelle riguardanti il diritto di famiglia e delle successioni; nonché di quelle già accertate con sentenza passata in giudicato.

In dottrina è stato rilevato come il termine trentennale appaia eccessivo con riferimento alla maggior parte delle pretese riconducibili a tali ambiti, e la medesima considerazione è svolta anche per quelle già accertate in via giudiziale, con riferimento alle quali la sovrabbondanza del termine si ricava anche da un confronto con progetti di disciplina elaborati in ambito europeo: tra questi, l'art.

principio per cui la prescrizione riguarda i diritti di qualsiasi natura, salvo che non sia previsto altrimenti.

(14) § 195 BGB.

(15) Sulla natura relativa del diritto oggetto di prescrizione si vedano K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, 302 ss.

(16) La sostituzione di un termine trentennale con uno di così breve durata ha avuto l'effetto di abrogare quelle disposizioni che un tempo, derogando al termine previsto in via generale, stabilivano prescrizioni brevi: cfr. §§ 196 e 197 vecchio testo BGB.

(17) H. P. MANSEL, M. STÜRNER, in *BGB*, a cura di Dauner-Lieb, 1, Bonn, 2004, 1166 s.

14:202 PECL (18), ove è stabilito un periodo decennale, considerato espressione di una scelta compromissoria ragionevole a fronte di regole contenute in altri sistemi europei, ove è stabilito un termine addirittura inferiore a dieci anni (19).

Il termine generale di tre anni si combina inoltre con un termine finale massimo, che non è influenzato da eventuali impedimenti di fatto, decorso il quale la pretesa si considera prescritta, nonostante non sia iniziato a decorrere il più ristretto termine generale, nel frattempo differito a causa della mancata conoscenza delle circostanze rilevanti. Questo termine di sbarramento è diversificato in relazione alla natura della pretesa. Con riferimento alle pretese risarcitorie basate su una lesione della vita, dell'integrità fisica, della salute o della libertà, la prescrizione matura trascorsi trent'anni dal compimento dell'atto, dalla violazione dell'obbligo o dall'ulteriore evento causativo del danno; per le altre pretese risarcitorie il termine è di dieci anni dal momento del loro sorgere e, in ogni caso, di trent'anni dal compimento dell'atto, dalla violazione dell'obbligo o dall'ulteriore evento causativo del danno (§199 rispettivamente s. II e III BGB).

Con riferimento alle pretese diverse da quelle risarcitorie, il termine è invece di dieci anni dal momento del loro sorgere (§199, s. IV, BGB) (20).

Appare evidente come tale scelta sia frutto dell'esigenza di cercare di tutelare interessi contrapposti: da un lato quello del creditore, la cui protezione viene accordata attribuendo rilevanza giuridica alla conoscenza e dando più ampio spazio al diritto al risarcimento del danno; dall'altro l'interesse del debitore, il quale, seppur penalizzato da una simile regola (il termine in essa previsto potrebbe maturare dopo un considerevole lasso di tempo dai fatti),

(18) O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN, (eds.) *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003.

(19) R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, 132 s.

(20) Ciò che normalmente coincide con la loro esigibilità: cfr. sul punto R. CAPONI, *op. cit.*, 1324.

è protetto mediante la previsione di uno “sbarramento finale”; da altro lato ancora, l’interesse ad una celere definizione delle situazioni pendenti, giacché, una volta divenuta conoscibile la pretesa, il termine è, almeno in via generale, ristretto al triennio.

Se quello appena descritto è il regime generale, non mancano deroghe: in particolare, merita una segnalazione il fatto che, per il contratto di compravendita, sia previsto un termine biennale che inizia a decorrere dal giorno della consegna del bene venduto. La deviazione rispetto al regime che attribuisce rilevanza alla consapevolezza circa l’azionabilità della pretesa viene giustificata (21) sulla base dell’esigenza di limitare i rischi che deve sopportare il venditore.

In dottrina simile soluzione è stata giudicata positivamente per i rimedi della riduzione del prezzo, dell’adempimento e della risoluzione, ma non per le azioni di danno, dove il requisito della colpa provvederebbe già di per sé a distribuire equamente i rischi tra le parti nel caso in cui il bene venduto si riveli difettoso. In quest’ultimo caso, pertanto, la riduzione del termine generale sarebbe, oltre che non necessaria, anche contrastante con una ragionevole allocazione dei rischi (22).

Si tratta per la verità di una valutazione a cui si potrebbe prestare adesione, qualora si volesse esonerare in modo ampio il compratore da oneri di verifica e controllo posti a suo carico; se invece, in conformità del resto a quanto già osservato in precedenza con riferimento alla soluzione adottata dal diritto italiano (23), la ragione centrale della collocazione del *dies a quo* al momento della consegna consistesse, come si è ritenuto di affermare, nella ragionevole possibilità di percepire il proprio diritto da parte del suo titolare e nell’imposizione del conseguente onere di ispezione, si dovrebbe osservare che il decorso dalla ricezione del bene prenderebbe in considerazione proprio l’elemento della conoscibilità, per-

(21) R. ZIMMERMANN, *op. ult. cit.*, 133.

(22) R. ZIMMERMAN, *op. ult. cit.*, 133 ss.

(23) V. *supra*, cap. I, § 5.2.

ché è da quella data che l'acquirente ha la possibilità di verificare lo stato del bene e l'eventuale presenza dei vizi.

In altri termini, la scelta di far decorrere i termini dalla consegna non contraddice al presupposto generale della prescrizione (ovvero alla conoscibilità delle ragioni su cui si fonda la tutela) e una diversa soluzione che facesse slittare il giorno iniziale ad altro momento successivo mirerebbe piuttosto a ripartire oneri e rischi tra le parti secondo una valutazione diversa da quella scelta dalla legge, liberando il compratore da un compito (e da un rischio) di verifica che, nell'assetto ora normativamente previsto, è considerato di sua competenza.

In ogni caso, e al di là di quest'ultimo aspetto specifico, il quadro complessivo offerto dal sistema tedesco, peraltro non estraneo alle influenze provenienti dalle elaborazioni condotte a livello continentale (in particolare dai PECL) che saranno analizzate nei paragrafi successivi, mette in luce alcune linee guida, la cui trattazione sarà ripresa appunto analizzando quelle elaborazioni, ma che vale qui la pena di iniziare a delineare:

— è data rilevanza alla conoscibilità in capo al titolare del diritto, elemento che intende realizzare contemporaneamente l'interesse individuale di quest'ultimo e quello, più generale, all'effettività delle tutele;

— è fissato un termine ordinario breve in sostituzione di termini lunghi, sicuramente volto a tutelare l'interesse del soggetto passivo del rapporto a vedere definita la situazione che lo coinvolge in tempi rapidi (24), e che di pari passo salvaguarda il più generale principio di stabilità nei rapporti;

— è previsto un termine finale di sbarramento, necessario per rendere concreta la protezione della stabilità ricercata dal soggetto passivo e l'aspirazione alla certezza.

(24) Sul punto si veda S. PATTI, *op. cit.*, 27.

3. *La riforma francese.*

Le medesime considerazioni che hanno riguardato l'ordinamento tedesco sono emerse anche in quello francese, ove la giurisprudenza per anni ha cercato di colmare le lacune e di adattarsi ai cambiamenti che la legge vigente non era più in grado di affrontare: le regole sulla prescrizione sono apparse per questi motivi per lungo tempo anacronistiche, confuse e tecnicamente imperfette.

Che però non fosse sufficiente l'intervento della giurisprudenza ad ovviare a questi inconvenienti è parso evidente per molteplici motivi. Anzitutto le regole sulla prescrizione hanno caratteristiche tali, da non prestarsi facilmente a correzioni interpretative (come è evidente, ad esempio, per le norme che fissano il lasso temporale necessario alla prescrizione); in secondo luogo si è osservato come in materia le considerazioni di politica generale abbiano un peso maggiore rispetto ad altri ambiti, e ciò ha condotto all'elaborazione di regole spesso non in linea con esigenze di tutela individuale. D'altro canto, si è anche osservato come in Francia si continui a preferire un sistema fondato su regole scritte rispetto a quelli, adottati in altri paesi, in cui la materia della prescrizione è affidata alla discrezionalità dei giudici (25).

Ciò spiega perché l'*Avant-projet de réforme du droit de la prescription* differisse nello spirito dall'*Avant-projet de réforme du droit des obligations* (26): mentre il secondo era orientato nel senso di consolidare la legge esistente, tenendo peraltro conto delle evoluzioni giurisprudenziali, il primo proponeva una riforma radicale,

(25) Si vedano A. BÉNABENT, *Le chaos du droit de la prescription extinctive*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, 1996, 123; R. WINTGEN, *Reforming the French Law of Prescription: A French Perspective*, in *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ("the Avant-projet Catala")*, a cura di J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, Oregon, 2009, 347; P. COURBE, *Les désordres de la prescription*, Rouen, 2000.

(26) *Avant-projet de réforme du droit des obligations* (Articles 1101 à 1386 du Code civil) *et du droit de la prescription* (Articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal Clément Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 22 Septembre 2005, consultabile in http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

ispirata a modelli europei e stranieri, sempre però prestando attenzione a rispettare i principi fondamentali del diritto francese. Il risultato era, sotto taluni aspetti, la proposta di rilevanti cambiamenti, coniugata peraltro alla volontà di lasciare invariati altri punti, di cui in dottrina si sarebbero invece auspiccate innovazioni (27). Alla stesura del testo definitivo della riforma si è arrivati solo tre anni dopo tale proposta, mediante la l. n. 2008-561 del 17 giugno 2008, che è intervenuta modificando il *code civil* (28). Nonostante tale legge accolga solo in parte le proposte contenute nell'*Avant-projet*, lo spirito informatore dei due testi può dirsi il medesimo: esigenze preminenti sono anzitutto quella di uniformare la materia, eliminando le previsioni di diversi termini prescrizionali riguardanti molteplici ambiti del diritto civile, e quella di ridurre il termine generale trentennale. Si consideri peraltro che tale termine era già stato ridotto a 10 anni per i contratti commerciali (29) e per la responsabilità extracontrattuale (30).

Il principale difetto della disciplina non era peraltro tanto ravvisato nell'eccessiva durata dei termini, quanto nella previsione di una molteplicità di ipotesi differenti, circostanza che rendeva la materia macchinosa e complessa, soprattutto per il fatto che termini molto diversi erano previsti per regolare casi anche simili tra loro: così ad esempio risultava fonte di dubbi la contemporanea previsione di un termine breve previsto per i vizi occulti nei contratti di compravendita e di un termine lungo stabilito in caso di non conformità del prodotto nei medesimi contratti. Nell'intento di uniformare la disciplina, l'*Avant-projet* aveva proposto la previsione

(27) R. WINTGEN, *op. cit.*, 347 s.

(28) Degna di nota appare la decisione di distinguere la disciplina della prescrizione acquisitiva da quella estintiva (contenute rispettivamente nel titolo XX e XXI del libro terzo del codice), le quali, fino a quel momento, erano oggetto di una disciplina unitaria.

(29) Loi no 48-1282 de 18 août 1948 *relative à la prescription des obligations entre commerçants à l'occasion de leur commerce*, ora art. 110-4 Code commercial.

(30) Loi no 85-677 de 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, JO 6 july 1985, 7584, ora art. 2271-1 CC.

di un periodo generale di tre anni che iniziasse a decorrere dal giorno in cui il creditore può agire, ovvero da quando egli è consapevole del suo diritto. Tale termine, nel testo finale della Riforma, è stato fissato in 5 anni, a partire dal giorno in cui il titolare del diritto *ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere* le circostanze che gli permettono di farlo valere (art. 2224) (31).

Simile previsione ha suscitato le perplessità di una parte della dottrina, a causa dell'ampio margine di discrezionalità che un termine *flottant* attribuirebbe al giudice. Peraltro, un'analoga caratteristica ricorre anche in quelle ipotesi, in cui valutazioni di opportunità hanno suggerito la previsione di un termine più lungo, per la decorrenza del quale è stato dato nuovamente rilievo alla *conoscibilità* da parte del titolare del diritto: così per le azioni reali immobiliari (disciplinate all'art. 2227) (32) e per le azioni di risarcimento dei danni alla persona, derivanti sia da un illecito extracontrattuale, sia da un inadempimento contrattuale (art. 2226) (33), in cui il termine è anche in questo caso fatto decorrere dal momento in cui il danno, o il suo aggravamento, viene accertato (34). Peraltro la discreziona-

(31) B. FAUVARQUE COSSON, J FRANÇOIS, *Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*, in *Rec. Dalloz*, 2008, p. 2512 ss., a p. 2517.

(32) Salvo l'imprescrittibilità del diritto di proprietà.

(33) Esteso peraltro a vent'anni nel caso di danni derivanti da torture o barbarie, o da violenze e aggressioni sessuali commesse nei confronti di un minore (art. 2227).

(34) Quelle appena elencate non sono le uniche deroghe al termine quinquennale generale previsto: l'art. 2223, contenuto nelle disposizioni generali, fa salve le diverse previsioni in materia di prescrizione contenute nelle leggi speciali: si pensi, così, a quella contenuta nel *Code de l'environnement* (art. 152) che stabilisce un termine decennale in materia di danni ambientali, in cui peraltro il termine viene fatto decorrere dal *fatto generatore di danno*, con una previsione che molto ricorda la lettera dell'art. 2947 c.c.; nonché alla norma contenuta nel *Code de la consommation* (art. 137-2), che fissa un termine biennale per le azioni dei professionisti per i beni o i servizi forniti ai consumatori.

Bisogna peraltro tenere conto di talune disposizioni contenute nella Ordonnance n° 2016-131 del 10 febbraio 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, ed in particolare di quella in materia di nullità del contratto per errore, dolo e violenza, ove l'azione si prescrive solo a partire da quando è stato scoperto l'errore o il dolo, o è cessata la violenza (art. 1144) e di quella riguardante il contratto stipulato dall'incapace (art. 1152, comma secondo): "A l'égard

lità che il rinvio alla conoscibilità attribuisce ai giudici è, come nella riforma al codice tedesco, anche qui bilanciata dalla previsione di un termine di sbarramento finale, il c.d. *délai butoir*, ventennale, che decorre dal giorno in cui il diritto è venuto ad esistenza (art. 2232).

Sin qui lo schema appare molto simile a quello delineato nel codice civile tedesco. Una particolarità, peraltro, emerge leggendo il secondo comma dell'art. 2232, ove si esclude l'operatività del termine di sbarramento per il diritto al risarcimento dei danni alla persona, per le azioni reali immobiliari, i crediti sottoposti a condizione sospensiva o a termine, e per i diritti esistenti tra coniugi e conviventi. La deroga, come si vede, accomuna fattispecie diverse, in cui l'inerzia è collegata talvolta ad un'impossibilità giuridica (è il caso del diritto condizionato o sottoposto a termine), talaltra alla particolare meritevolezza degli interessi in capo al titolare del diritto (così per i danni alla persona), ovvero alle caratteristiche di assolutezza ed elasticità del diritto stesso (per la proprietà), talaltra ancora, al tipo di rapporto esistente tra il titolare e il soggetto passivo.

A parte il caso dei coniugi o dei conviventi, nel quale il presupposto logico sottostante è del tutto analogo a quello che ispira il caso di sospensione previsto dal codice italiano (35), per altre situazioni, ed in particolare con riferimento al risarcimento del danno alla persona, il legislatore francese decide di non contemperare le esigenze dei due soggetti del rapporto, ma di far prevalere quelle del titolare del diritto sulla base della maggiore meritevolezza della sua posizione. La propensione a condividere o meno questa scelta dipende non solo dalla sufficiente efficacia che si ritenga possa svolgere il criterio della conoscibilità, pur combinato con la previsione di un termine di sbarramento, ma anche da una valutazione di opportunità circa il fatto di trasformare, in assenza di un limite temporale finale, simili diritti in diritti imprescrittibili, analogamente, appunto, alla proprietà o ai diritti della personalità.

des actes faits par un majeur protégé, du jour où il en a eu connaissance alors qu'il était en situation de les refaire valablement".

(35) Per l'art. 2941, n. 1, c.c. la prescrizione rimane sospesa tra i coniugi.

4. *La disciplina della prescrizione in Inghilterra: un progetto di riforma.*

In Inghilterra la prima disciplina della prescrizione si è avuta con il cd. *Statute of limitations* del 1623; successivamente si sono susseguiti numerosi interventi confluiti nel *Limitation Act* del 1939, il quale è rimasto in vigore fino all'approvazione, nel 1980, del *Limitation Act* tutt'ora vigente. A differenza dei sistemi sin qui analizzati, quest'ultimo prevede che a prescriversi non sia il diritto, ma l'azione processuale, sulla base di termini che, a seconda dei casi, sono di due, tre, sei, dodici, trenta e sessant'anni (36). Ai fini della presente indagine è opportuno esaminare le ipotesi in cui viene dato rilievo alla conoscenza (*knowledge*) per il decorso del periodo necessario ad estinguere l'azione. A tale riguardo, rileva anzitutto la *Section 11(4)* del *Limitation Act*, ove si fa decorrere il termine di tre anni per le azioni di danno alla persona — a prescindere dalla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità — o da quando si è verificato l'evento dannoso o, al più tardi, dalla data in cui il danneggiato ne ha avuto consapevolezza (37). Il significato da attribuire a questo secondo termine (*date of knowledge*) è specificato nella *Section 14*, ove esso è fatto coincidere con il momento in cui il danneggiato viene a conoscenza della gravità delle lesioni subite, del legame eziologico sussistente con il fatto illecito, e dell'identità del responsabile. La fissazione del *dies a quo* è dunque subordinata un "*test of reasonable discoverability*" di cui non si è mancato in dottrina di rilevare il grado di soggettività, dal momento che ciò che si valuta è la concreta possibilità per il danneggiato di percepire le circostanze elencate (38). Peraltro, questa soggettività è mitigata da quanto previsto nella *Section 14 (3)*, ove alla conoscenza viene

(36) A. MC GEE, *Limitation period*, London, 1990, 1 ss.

(37) Previsioni analoghe, che collegano il *dies a quo* alla conoscenza sono previste nella *Section 11 A(4)*, inserita dal *Consumer Protection Act 1987* per il danno da prodotti difettosi e nella *Section 14 A*, inserita ad opera del *Latent Damage Act 1986*.

(38) A. MC GEE, *op. cit.*, 119 s.

equiparata la conoscibilità che il danneggiato avrebbe potuto acquisire, eventualmente anche con l'aiuto di un medico o di un altro esperto (39).

Le esigenze di revisionare l'istituto sono emerse anche in questo ordinamento, a causa di una serie di incoerenze messe in luce dalla Commissione legislativa incaricata di elaborare un testo di riforma (40) volto ad armonizzare e semplificare la disciplina. Nell'*Executive summary* del progetto elaborato sono emersi i medesimi rilievi critici posti alla base di altre riforme o di progetti di armonizzazione del diritto europeo, ovvero l'instabilità che nei rapporti giuridici può causare la previsione di diversi e numerosi termini per differenti tipi di azioni e i pericoli per l'effettività della tutela derivanti dal mancato rilievo attribuito alla conoscibilità dei fatti posti a fondamento della pretesa dell'attore. La Commissione legislativa è approdata ad elaborare un testo che, nei suoi punti salienti, conferma una visione dell'istituto condivisa attualmente da altri interventi emersi a livello europeo: è infatti previsto un termine generale breve, triennale, che decorre da quando l'attore ha constatato, o avrebbe ragionevolmente dovuto constatare, i fatti posti a fondamento della sua azione, dell'identità del responsabile e, nel caso in cui abbia subito un danno o una perdita, della gravità di questi ultimi. A bilanciare la tutela del titolare del diritto, compare anche qui un termine di sbarramento finale (*a long-stop limitation*). Una significativa eccezione è prevista per i danni alla persona, con riferimento ai quali il giudice ha la facoltà di disapplicare la previsione del termine generale triennale e, in ogni caso, è escluso il termine di sbarramento finale. Il decorso di quest'ultimo è, inoltre, impedito dall'occultamento doloso dei fatti ad opera del convenuto.

(39) Non si rinviene nel testo una definizione di esperto. In giurisprudenza il termine non ha suscitato particolari problemi interpretativi; è comunque interessante ricordare una pronuncia (*Farrel v. National Coal Board* [1986] *The times*, May 28, C.A.) in cui si è escluso che potesse essere considerato esperto un *solicitor*, al quale ci si era rivolti per conoscere l'identità di un ulteriore convenuto.

(40) The Law Commission (LAW COM No 270), *Limitation of Actions, Item 2 of the Seventh Programme of Law reform: Limitations of Actions*, 2001.

Le esigenze poste alla base di queste proposte di modifica, rilevate dalla Commissione legislativa inglese, appaiono di una certa utilità al fine di fare luce sulla percezione odierna del tema: che sia prevalsa la scelta per il *discoverability test* rispetto al c.d. *accrual test*, pare fuori discussione (41). Essa, peraltro, non dipende dalla volontà di far prevalere la tutela del titolare del diritto rispetto a quella del convenuto (42); al contrario, nel progetto è posta in evidenza la necessità di salvaguardare entrambe le posizioni, seppur nella consapevolezza che non esiste una soluzione in grado di contemperare in via definitiva e assoluta le contrapposte esigenze. In questa prospettiva lo schema seguito è il medesimo utilizzato nelle riforme già analizzate: un termine generale breve — decorrente dalla conoscenza o dalla conoscibilità — e un termine di sbarramento finale, dalla combinazione dei quali dovrebbe risultare un equilibrato contemperamento degli interessi in gioco; esso è peraltro suscettibile di essere derogato quando ciò risulti giustificato dalla particolare meritevolezza di alcuni diritti, dinnanzi ai quali si sceglie di far soccombere l'esigenza di garantire al convenuto una certa celerità nella definizione delle liti e, con essa, la tutela della certezza e della stabilità dei rapporti.

5. *I Principi europei del diritto dei contratti, quelli UNIDROIT e il Draft of Common fram of Reference.*

Si è già accennato al fatto che la riforma tedesca è stata influenzata dai Principi europei del diritto dei contratti (PECL). È bene esaminare più in generale come la materia della prescrizione sia stata affrontata nei diversi tentativi di armonizzazione del diritto europeo, per vedere se possano essere tratteggiate linee comuni anche con le riforme appena analizzate. Le difficoltà che le prero-

(41) Sulla distinzione tra *discoverability test* e *accrual test* cfr. M.J. BONELL, *op. cit.*, 784.

(42) N.H. ANDREWS, *Reform of limitations of actions: the quest for sound policy*, in *Cambridge Law Journal*, 57(3), November 1998, 593.

gative e la disciplina dell'istituto della prescrizione nei diversi ordinamenti interni pongono in sede di concertazione del diritto europeo (43) non hanno impedito di elaborare anche in questa materia una serie di regole generali.

In particolare, i PECL (44) dedicano un capitolo intero alla disciplina della prescrizione, stabilendo un termine generale di tre anni (art. 14:201), che decorre da quando il debitore deve eseguire la prestazione o, in caso di responsabilità extracontrattuale, da quando si verifica il fatto illecito (art. 14:203). Tale previsione, che in sé sembrerebbe seguire l'impianto tradizionale, è in realtà integrata dalla norma che stabilisce la sospensione della prescrizione fino a che il creditore non sia a conoscenza, o non possa ragionevolmente venire a conoscenza, dell'identità del debitore o dei fatti posti a fondamento dell'azione, incluso, in caso di fatto illecito, il tipo di danno di cui si chiede il risarcimento (art. 14:301). La scelta, dunque, è quella di dare rilievo all'ignoranza incolpevole, legando l'effettivo decorso della prescrizione alla possibilità che il titolare del diritto aveva di acquisire consapevolezza dei fatti posti a suo fondamento. Il rilievo dato alla conoscibilità, considerata non direttamente, ma mediante l'istituto della sospensione, è peraltro contro-bilanciato dalla previsione di un termine di sbarramento finale di dieci anni, esteso a trent'anni nel caso di danni alla persona.

Emerge dunque anche qui il motivo ricorrente nelle riforme,

(43) Si veda sul punto M. J. BONELL, *op. cit.*, 774 s., il quale mette in luce la molteplicità di ragioni per cui la materia continui a essere una prerogativa dei singoli stati: anzitutto bisogna considerare che in taluni sistemi la prescrizione continua ad essere considerata un istituto processuale, a dispetto di quelli in cui esso è un istituto sostanziale (si pensi, esemplificativamente, all'*Anspruch* nel diritto tedesco e al diritto menzionato dal nostro art. 2934 c.c., o, ancora al sistema francese); un ulteriore ostacolo all'armonizzazione deriva dal fatto che in molti ordinamenti non sono presenti soltanto differenti termini di prescrizione a seconda del tipo di contratto, ma anche per le diverse azioni nascenti dallo stesso contratto. Sul punto si veda anche R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, cit.*, 162 ss.

(44) O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN, (eds.) *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003.

attuare o proposte, che sono state descritte in precedenza ed anche in questo caso è riservata particolare attenzione ai diritti della personalità, sul fondamento dell'evidente presupposto, oltre che della loro meritevolezza particolare, del fatto che i problemi legati alla perdurante latenza del danno si manifestano con frequenza proprio nel campo della lesione di queste posizioni giuridiche (come esemplifica chiaramente il danno alla salute).

Come è noto, la Commissione per il diritto europeo dei contratti è poi confluita nello *Study Group on European Civil Code*, incaricato, insieme all'*Acquis Group*, di elaborare il c.d. *Common Frame of Reference*. Il risultato del coinvolgimento di due gruppi di lavoro è stato l'elaborazione di un *Draft* (45) frutto non solo di uno studio comparatistico — sulla base dello schema dei PECL (46) —, ma anche del diritto esistente dell'Unione Europea, la cui combinazione ha peraltro condotto, in materia di prescrizione, ad adottare soluzioni analoghe a quelle contenute nei PECL, tra cui, in primo luogo, la previsione di un termine ordinario di tre anni (7:201) (47), che decorre da quando deve essere eseguita la prestazione e, in caso di illecito, da quando esso si è verificato (7:203). Anche in questa sede, l'impostazione "tradizionale" della regola è in realtà mitigata dalla previsione di una regola identica a quella contenuta nei PECL, ovvero mediante il ricorso alla sospensione della prescrizione fino a

(45) Study Group on European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, 2009.

(46) Tale lavoro comparatistico ha condotto alla elaborazione dei c.d. PEL: Study Group on European Civil Code, *Principles of European Law*, Munich, 2010.

(47) Nei commenti che i Gruppi di lavoro hanno predisposto nella *full edition* del DRAFT la scelta di un termine così breve è ispirata all'esigenza di stabilire un regime prescizionale che sia semplice e uniforme. Da qui la scelta di un termine triennale che valga per tutti i diritti di credito. Sono invero previste delle eccezioni: si veda ad esempio l'art. 7:2020 che stabilisce un termine di prescrizione di dieci anni ove il diritto sia stato accertato con sentenza o lodo arbitrale. *La ratio* di questa previsione è da ravvisare nel fatto che è qui meno rilevante l'esigenza di tutelare il debitore: in presenza di una pronuncia, in particolare, il debitore non può lamentare una situazione di incertezza, che potrebbe derivargli dal fatto di non sapere se il creditore agirà o meno in giudizio. Sul punto cfr. S. PATTI, *op. cit.*, 30.

che il creditore non abbia avuto evidenza, o non avrebbe potuto ragionevolmente averne, dell'identità del debitore o dei fatti posti a fondamento dell'azione, incluso, in caso di fatto illecito, il tipo di danno (7:301).

I gruppi di lavoro, nel commentare la previsione in esame (48), hanno sottolineato come l'utilizzo del *discoverability criterion* risulti particolarmente importante ove sia previsto un termine di prescrizione breve. Nella convinzione dei gruppi di lavoro, la necessità di un simile rimedio risulta evidente, in particolare, quando viene coinvolto il diritto al risarcimento del danno alla persona, a causa della sua possibile latenza. Ciò peraltro non toglie che vi sia un'altra situazione in cui il creditore è spesso ignaro dei fatti posti a fondamento del suo diritto, ed è quella in cui si verifica un inadempimento. Viene dunque sottolineata la stretta correlazione esistente tra queste due tipologie di rimedi risarcitori, essendo spesso l'uno alternativo dell'altro, e la disparità di trattamento che sarebbe insita nella soluzione di dare rilevanza alla conoscibilità solo nel primo caso. Da qui la scelta di attribuire sempre rilievo ostativo all'ignoranza incolpevole, con riferimento dunque a *tutti* i diritti di credito, considerato peraltro che il prezzo da pagare per una simile scelta, in termini di incertezza del diritto, nella intenzione dei redattori del progetto, sarebbe basso: nella maggior parte dei casi, infatti, le parti sanno quando il loro contratto può considerarsi concluso e quando possono agire per l'adempimento della loro obbligazione; ciò comporta che un'eventuale inerzia sarebbe in questi casi colpevole e, dunque, inidonea a bloccare il decorso del termine (49).

Ragionando in questi termini il *Draft* propone in definitiva un'impostazione che accomuna le riforme interne che hanno sinora

(48) Study Group on European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, v. 2, Munich, 2009, 1160 ss.

(49) Study Group on European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, v. 2, cit., 1162.

interessato la materia, ma che, rispetto ad altri ordinamenti, assume una funzione propulsiva, giacché altrove il rilievo della conoscibilità riguarda, spesso in maniera poco sistematica, soltanto talune categorie di diritti, di cui è enfatizzata la particolare conformazione (50).

A controbilanciare l'utilizzo del *discoverability test* è peraltro previsto un termine di sbarramento di dieci anni, che decorre da quando può essere fatto valere il diritto o si è verificato l'illecito (7:307). Lo schema utilizzato nei due interventi appena analizzati, è, quanto meno formalmente, diverso da quello seguito nei principi UNIDROIT (51), ove ugualmente opera un sistema a due livelli (c.d. *two-tier system*), che prevede un termine di prescrizione generale breve (tre anni), insieme a un termine finale (dieci anni); tuttavia la tutela del titolare del diritto viene in questa sede perseguita facendo decorrere la prescrizione dalla notorietà, o possibile notorietà, del diritto [art. 10.2 (1)]. La soluzione appare dunque più immediata rispetto al meccanismo che si è visto operare nei due testi analizzati prima, ove la prescrizione decorre dal momento in cui il diritto sorge, ma vi è la possibilità di riconoscere la sospensione, mentre per i principi UNIDROIT è lo stesso *dies a quo* ad essere differito. Indubbiamente l'approccio seguito da questi ultimi appare preferibile per la sua maggiore linearità (52); nei fatti, peraltro, risulta chiaro come tutti gli strumenti internazionali di armonizza-

(50) Tra gli ordinamenti in cui il *discoverability test* è usato non per tutti i diritti, ma soltanto per alcune tipologie, tra le quali in particolari viene in rilievo quella connessa con la responsabilità per i danni alla persona, si ricordano: la Svizzera, ove la conoscibilità rileva peraltro anche per le azioni di ingiustificato arricchimento; l'Irlanda, ove lo *Statute of Limitations (Amendment) Act 1991* prevede un termine di tre anni dal momento in cui dalla violazione di un dovere contrattuale o extracontrattuale siano derivati danni alla persona; il Belgio, ove è prevista la *discovery rule* per la responsabilità extracontrattuale; la Polonia, ove la conoscenza rileva in caso di danni da fatto illecito e da prodotti difettosi; e, ancora, il Portogallo, ove rileva la conoscenza del verificarsi del danno, ma non della sua estensione e dell'autore dello stesso.

(51) Sui quali si veda M. J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti, I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, II ed., aggiornata ai principi Unidroit 2004, Milano.

(52) M. J. BONELL, *Verso un regime di prescrizione per i contratti commerciali internazionali?*, cit., 784.

zione esaminati conducano al medesimo risultato, ovvero quello di preservare la posizione del titolare che ignori incolpevolmente la possibilità di agire (53).

6. *La rilevanza del principio di meritevolezza nella giurisprudenza dell'Unione Europea.*

La crisi che l'istituto della prescrizione sta attraversando emerge anche dalle pronunce della Corte di Giustizia e dei Tribunali di primo grado della UE, dove il principio di ragionevolezza risulta lo strumento per bilanciare contemporaneamente le posizioni sia del titolare del diritto, sia del soggetto passivo del rapporto.

Con riferimento alla protezione del titolare del diritto, questo aspetto emerge anzitutto nell'ambito delle azioni di risarcimento del danno esperibili nei confronti delle istituzioni dell'Unione Europea (*ex art. 340 TFUE*), ove si è profilato uno scenario molto simile a quello che è stato descritto con riferimento al modo in cui sono evolute nel nostro Paese le azioni per il risarcimento del danno: l'art. 46 dello Statuto della Corte di Giustizia stabilisce che le azioni contro l'Unione in materia di responsabilità extracontrattuale si prescrivano in cinque anni a decorrere dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine; la giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sul punto, ha rilevato come il decorso del termine di prescrizione inizi solo nel momento in cui la vittima abbia la percezione del danno e dell'atto che ne è fonte (54), considerata la necessità di garantire un termine ragionevole per far valere i diritti in giudizio.

Principi simili emergono con riferimento a quelle fattispecie in cui vengono in rilievo disposizioni legislative interne che, in sede di

(53) M. J. BONELL, *Verso un regime di prescrizione per i contratti commerciali internazionali?*, cit., 784.

(54) Trib. I grado UE, sez. I, 04 febbraio 1998, T-246/93; Corte Giust. 7 novembre 1985, n. 53 in *Riv. dir. internaz.*, 1987, 854; Corte Giust., 27 gennaio 1982, cause riunite 256/80, 257/80, 265/80, 267/80 e 5/81, *Birra Wührer e a./Consiglio e Commissione*, in *Racc.* 85, e causa 51/81, *De Franceschi/Consiglio e Commissione*, in *Racc.* 117; Corte Giust., 14 luglio 1967, 5, 7 e 13-24/66, in *Racc.*, 288.

recepimento di direttive, stabiliscono termini prescrizionali o di decadenza non previsti nel testo dell'Unione Europea. In materia la Corte di Giustizia ha a più riprese affermato che queste previsioni possono essere considerate legittime solo se non rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento europeo (55). La ragionevolezza del termine viene valutata ancora una volta facendo leva su due aspetti: da un lato si richiede che esso sia "sufficientemente lungo", in modo da garantire all'interessato la possibilità di agire, dall'altro che esso decorra dal momento in cui quest'ultimo è venuto a conoscenza dei fatti alla base del suo diritto (56).

Dal punto di vista del soggetto passivo del rapporto, occorre considerare che in talune pronunce la ragionevolezza viene richiamata anche a baluardo dei principi di certezza del diritto e di stabilità: in particolare, in una pronuncia del Tribunale di I Grado si è affermato che il rispetto di un termine ragionevole è necessario in tutti i casi in cui, pur nel silenzio delle disposizioni normative, l'esigenza di certezza impedisca al titolare del diritto di agire senza limiti di tempo, rischiando di mettere in pericolo la stabilità di situazioni giuridiche consolidate. Nel caso di specie si trattava di un'azione di risarcimento del danno esperita da taluni lavoratori nei confronti dell'allora Comunità Europea, per aver subito discrimi-

(55) Corte Giust., 11 maggio 2006, C-197/2003, in *Foro it.*, 2007, 12, IV, 624; Corte Giust., 17 giugno 2004, n. 30, in *Dir. e giust.*, 2004, 37, 123; Corte Giust., 22 febbraio 2001, procedimenti riuniti C-52/99 e C-53/99, in *Riv. giur. lav.*, II, 724.

(56) Così nella nota sentenza Manfredi (Corte Giust, 13 luglio 2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, 1855), riguardante un'azione di risarcimento danni da intesa illecita, in cui la Corte ha rilevato come una norma nazionale (*ndr: interna al nostro ordinamento*) che faccia decorrere il termine di prescrizione dal giorno in cui il comportamento anticoncorrenziale è stato posto in essere rischierebbe di ostacolare gravemente l'esercizio del diritto, soprattutto quando tale termine sia, ai sensi della disciplina nazionale, breve e non possa essere sospeso. I problemi si acuirebbero, inoltre, in caso di infrazioni reiterate, ove il diritto di agire potrebbe addirittura estinguersi prima che il loro compimento da parte del danneggiante sia cessato. In questa prospettiva, la Corte affida al giudice nazionale il compito di verificare che una norma nazionale, che faccia decorrere la prescrizione dal momento in cui l'illecito si è verificato, non renda di fatto impossibile l'esercizio del diritto al risarcimento.

nazioni al momento dell'assunzione da parte di una società inserita nell'ambito di un programma CEEA. In assenza di norme in materia di prescrizione applicabili alla fattispecie, i lavoratori sostenevano che l'imposizione di un termine ragionevole violasse i principi di irretroattività e di certezza del diritto. Il Tribunale ha invocato al contrario la necessità di un simile termine, considerato che, nelle azioni di responsabilità che possono far sorgere un onere pecuniario per la Comunità, il rispetto di esso assolve anche alla funzione di tutelare le finanze pubbliche (57).

Dall'esame delle pronunce appena richiamate emerge come il medesimo principio di ragionevolezza sia strumentale alla soddisfazione di esigenze contrapposte: da un lato si richiede che il termine sia sufficientemente lungo e che decorra dal momento in cui vi è la possibilità di acquisire consapevolezza dei fatti posti a fondamento del diritto, dall'altro che esso sia in grado di garantire la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti. Simile modo di accostare la materia appare sintomatico della stringente e costante necessità di contemperare esigenze in conflitto: non si può, in altri termini, mirare a tutelare la sicurezza nei rapporti (e, con essa, il soggetto passivo), senza considerare al contempo la necessità di salvaguardare il titolare del diritto (58); questo scenario comporta a sua volta inevitabilmente che la scelta dell'interesse da far prevalere sia in ultima istanza affidato alla discrezionalità del giudice. Ciò è stato peraltro apertamente dichiarato in talune pronunce, ove si legge che

(57) Trib. I grado UE, sez. I, 5 ottobre 2004, causa T-144/2002; Corte Giust. 18 marzo 1997, causa C282/95 P, in *Racc.* I1503, ove il rispetto di un termine ragionevole è visto come un aspetto del più generale principio di buon andamento dell'amministrazione; Corte Giust., 14 luglio 1972, causa 52/69, in *Racc.* 787.

(58) Ciò è messo in luce anche in Corte Giust., 8 novembre 2012, n. 469, in *Foro amm. CDS*, 2012, 11, 2712, ove si rileva come il termine di prescrizione assolva "la funzione, da un lato, di assicurare la tutela dei diritti della persona lesa, dovendo questa disporre di tempo sufficiente per raccogliere informazioni adeguate in vista di un eventuale ricorso e, dall'altro, di evitare che la persona lesa possa ritardare a tempo indefinito l'esercizio del suo diritto al risarcimento dei danni. Tale termine protegge, pertanto, in definitiva, la persona lesa e la persona responsabile del danno".

“il carattere ragionevole (59) di un termine dev’essere valutato in funzione delle circostanze proprie di ciascun caso di specie e, in particolare, della rilevanza della controversia per l’interessato, della complessità del caso e del comportamento delle parti coinvolte” (60).

7. *Le pronunce della CEDU e il bilanciamento di interessi in gioco nel caso concreto.*

La necessità di modulare la disciplina del termine prescrizionale a seconda degli interessi che vengono in gioco nel caso concreto, con la conseguente attribuzione al giudice di un ruolo preminente nella interpretazione evolutiva della disciplina, appare essere una costante anche nelle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU).

È pertanto interessante chiudere il percorso che si è cercato di seguire esaminando il ruolo che la CEDU attribuisce alla prescrizione nella prospettiva del “diritto all’equo processo”, garantito dall’art. 6 Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali (61). Nonostante questa norma, nello stabilire quali siano i requisiti di un equo processo, non faccia alcuna menzione della prescrizione, la necessità di verificare la legittimità

(59) Sull’utilizzo del principio di ragionevolezza in giurisprudenza si veda: L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 899 ss.; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 32 ss.

(60) Trib. I grado UE, sez. I, 5 ottobre 2004, *cit.*

(61) Art. 6, comma primo: “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 della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia”.

della disciplina prevista dagli Stati deriva dal fatto che da essa dipende anzitutto la possibilità per il titolare della pretesa di avere accesso alla giustizia.

La circostanza che la disciplina della prescrizione dettata dai singoli ordinamenti sia presa in considerazione e valutata in funzione di un equo processo evoca in primo luogo un modo di considerare l'istituto più vicino ai sistemi di *common law* che a quelli di *civil law* (62), traducendosi l'effettività dei meccanismi accordati ad un soggetto per far valere le proprie ragioni in un presupposto necessario ad un equo processo. In altri termini, ancor prima di verificare se la Corte che giudicherà abbia i caratteri dell'imparzialità e se sia garantita una ragionevole durata del giudizio, occorre che non sussistano barriere procedurali per accedere alla giustizia: e uno dei maggiori ostacoli a tale *access to court* (63) può derivare proprio dalle previsioni, contenute all'interno degli ordinamenti nazionali, di termini prescrizionali atti a limitare nel tempo l'esercizio del diritto (*civil law*) o dell'azione (*common law*) (64).

Sorge spontaneo domandarsi quale sia l'impatto che questo modo di interpretare l'istituto possa avere sul principio di certezza, ogni volta che quest'ultimo collida con la reale possibilità di garantire al titolare della pretesa una tutela rimediale effettiva (c.d.

(62) Si è avuto modo a più riprese nelle pagine precedenti di osservare come nei sistemi di *common law* l'inerzia del titolare del diritto si ripercuota sul piano processuale, laddove in quelli di *civil law* la prescrizione sia riferita al diritto sostanziale.

(63) Sul fatto che ormai le Corti considerino il cd. *access to court* come un requisito implicito stabilito dall'art 6 Conv. si veda P. LEACH, *Taking a case to the European Court of Human rights*, Oxford, 2005, 248 ss.

(64) Si veda sul punto CEDU, 21 febbraio 1975, n. 18, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* 2006, 01, 184: "d'altra parte, l'art. 6 par. 1, non enuncia esplicitamente un diritto di accesso ad un tribunale. Enuncia diritti distinti ma derivanti dalla medesima idea fondamentale, i quali – insieme – danno vita ad un diritto unico, di cui non viene data una definizione precisa nel senso stretto del termine. Spetta alla Corte valutare, in via interpretativa, se l'accesso al tribunale costituisce un elemento o un aspetto di tale diritto".

effective remedy (65)). Si tratta, in altri termini, di capire come le due esigenze vengano contemplate, alla luce del potere riconosciuto in capo ai giudici CEDU di non considerare l'avvenuta prescrizione del diritto sulla base della disciplina nazionale come un fatto paralizzante: in particolare, laddove il termine fissato dall'ordinamento interno dovesse risultare illegittimo — a causa del mancato rispetto dei requisiti della Convenzione (66) —, essi potrebbero comunque concedere, anche una volta decorso tale termine, una tutela al ricorrente (67).

Nel valutare la "legittimità" della disciplina in materia gioca anche in questo campo un ruolo fondamentale il bisogno di evitare le ingiustizie che sono profilabili ove i giudici fossero chiamati a pronunciarsi su eventi lontani nel tempo, basandosi su elementi di prova che potrebbero essere divenuti inaffidabili e comprimendo, conseguentemente, il diritto di difesa del convenuto (68). Ma queste esigenze non assumono un ruolo necessariamente preminente, essendo ribadita costantemente la necessità di un equo temperamento con l'aspirazione dell'attore a far valere le proprie ragioni.

Peraltro, che la prescrizione debba necessariamente fare i conti con una nuova conformazione dei rapporti giuridici (non più connotati da staticità, quanto piuttosto da fluidità e dinamicità) emerge in maniera costante nelle sentenze CEDU, ove è stato già in epoca risalente sottolineato come la disciplina prescelta sul punto dai singoli ordinamenti possa "variare nel tempo e nello spazio funzionalmente alle necessità e alle risorse della collettività e degli indivi-

(65) Sulla quale si veda M. BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e CEDU in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della ragionevolezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1716.

(66) CEDU, 22 ottobre 1996, n. 22083, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, 02, 489.

(67) CEDU, 28 maggio 1985, n. 93, in *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 2006, 01, 644; CEDU, 4 dicembre 1995, serie A n. 333 B.

(68) CEDU, 22 ottobre 1996, n. 22083, *cit.*

dui” (69). Viene peraltro riconosciuto che, nell’elaborazione delle norme, gli Stati godano di un certo potere discrezionale, con la naturale conseguenza che, laddove la Corte sia chiamata a pronunciarsi sul rispetto della Convenzione, essa non debba soffermarsi sulla valutazione astratta circa la ragionevolezza della disciplina (70), quanto piuttosto vedere se le limitazioni derivanti da essa abbiano nel caso concreto impedito o ristretto l’accesso alla giustizia, così da aver leso il diritto nella sua sostanza. Simili limitazioni vengono considerate legittime, rispetto alla previsioni di cui all’art. 6 par. 1, soltanto se esiste un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito (71). Come è stato osservato in dottrina, dunque, il giudizio della Corte di Strasburgo non si concentra sulla legittimità in assoluto della regola nazionale, ma sul fatto che i limiti da essa previsti risultino o meno conformi alla Convenzione nel caso concreto (72).

L’analisi di questo procedimento ermeneutico mette in luce la duttilità e la non necessaria preminenza del principio della certezza, il quale, in sede di contemperamento con l’esigenza di assicurare le posizioni tutelate dalla Convenzione, deve cedere il passo a quest’ultima ogni qualvolta il suo perseguimento non risulti “ragionevole”, dovendo sempre sussistere un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (73). Il fatto che tale proporzionalità sia valutata non in astratto, ma mediante l’analisi del caso singolo, fa sì che nel bilanciamento attuato per valutare la legittimità di un termine di prescrizione acquistino rilevanza non solo l’interesse dell’attore ad agire sulla base delle garanzie offerte dalla Convenzione,

(69) CEDU, 28 maggio 1985, n. 93 *cit.*; CEDU, 21 febbraio 1975, n. 18, in *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, 2006, 01, 184 .

(70) CEDU, 6 settembre 1978, n. 28, in *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, 2006, 01, 292.

(71) CEDU, 12 gennaio 2006, n. 26111 in *Guida al diritto*, 2006, 16, Suppl. II, 62.

(72) M. BONA, *op. cit.*, 1720.

(73) CEDU, 12 gennaio 2006, n. 26111, *cit.*: “a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought” (in tal senso anche CEDU, 28 maggio 1985, n. 93, *cit.*).

da un lato, e quello generale alla certezza (connesso a sua volta con quello del convenuto a un equo processo) dall'altro, ma anche eventuali diritti di chi sarebbe coinvolto dal processo (74).

Questa evoluzione, dunque, impone di guardare al tema svincolandosi dalla rigidità di un sistema che tende ad accantonare come eccezionali i casi in cui non è rispettato il canone formale e astratto della certezza, racchiuso nella formula della "possibilità giuridica" di agire, per riservare maggiore attenzione agli interessi contrapposti nel conflitto tra chi intende far valere un diritto e chi vuole liberarsi invocando la prescrizione; questa attenzione è accordata nei diversi ordinamenti e nella giurisprudenza, anche europea, con strumenti in parte diversi, ma che paiono ispirarsi ad alcune linee guida comuni, con le quali occorre ora provare a rivedere la struttura della disciplina dell'istituto nel nostro ordinamento ed operare alcune valutazioni sull'opportunità di seguire analoghi percorsi anche al suo interno.

(74) Così, in CEDU 12 gennaio 2006, *cit.*, ove, nel valutare la legittimità del termine di prescrizione previsto per il diritto di un padre di agire per il disconoscimento della paternità è stato considerato anche il diritto del figlio a non rimanere per un tempo eccessivo in una situazione di incertezza riguardo alla sua identità. In sede di bilanciamento degli interessi in gioco, si è deciso di far prevalere quello dell'attore, dal momento che le limitazioni a lui poste dalla disciplina della prescrizione non erano riuscite a trovare il giusto equilibrio tra il diritto, per chi agisce, di ricevere una tutela effettiva dei suoi interessi da un lato, e quelli della certezza del diritto e della protezione degli interessi delle altre persone coinvolte dall'altro.

CAPITOLO QUARTO

LA RILEVANZA DEGLI IMPEDIMENTI DI FATTO

SOMMARIO: 1. Una diversa lettura dell'art. 2935 c.c. — 2. L'utilizzo dell'analogia in materia di *dies a quo* della prescrizione in funzione della garanzia della certezza del diritto. — 3. L'esigenza di rendere effettiva la tutela dei diritti inviolabili. — 4. Conoscenza, conoscibilità e onere della prova.

1. *Una diversa lettura dell'art. 2935 c.c.*

Nelle pagine precedenti è emerso come il tema della prescrizione appaia oggi caratterizzato da una sorta di tensione tra esigenze diverse: se nel nostro ordinamento nominalmente prevale una lettura dell'istituto che nega che ostacoli di fatto possano normalmente differire l'inizio del termine, si manifestano d'altro canto sempre più frequenti casi in cui, al contrario, degli impedimenti di fatto si tiene conto, interpretando la possibilità di far valere il diritto, contenuta nell'art. 2935 c.c., come ancorata alla concreta conoscenza di esso, o al superamento di altri ostacoli gravanti sul titolare ed aventi un effetto dissuasivo sulla decisione di agire.

L'esigenza di rendere rilevante l'impossibilità concreta di conoscere il diritto da far valere assume un ruolo centrale nelle riforme o nelle proposte di riforma intervenute nel panorama europeo, alla luce di un modo di bilanciare gli interessi che associa termini decorrenti dalla conoscenza (o meglio, dalla conoscibilità) delle ragioni del titolare ad un termine finale più lungo (talora notevolmente esteso), destinato a risolvere definitivamente le questioni quando la distanza dai fatti sia percepita come intollerabile.

Queste riforme hanno legittimato formalmente un modo di procedere che, nel nostro ordinamento, la giurisprudenza ha spesso

applicato nei fatti, reagendo al mero computo matematico del termine, particolarmente laddove i bisogni di protezione si sono associati a nuove opportunità offerte dal progresso scientifico, come la possibilità di individuare le connessioni causali nei danni lungolatenti; hanno comprensibilmente fatto percepire un contrasto tra quel modo di intendere la norma e l'effettività della tutela da riservare ad alcuni diritti.

Ovviamente, in assenza di interventi normativi che possano esplicitamente legittimare un diverso modo di regolare i casi, sorge il quesito circa la correttezza dell'operato della giurisprudenza che tende ad ampliare le possibilità di tutela differendo il *dies a quo* della prescrizione; nel rispondere a simile domanda non si può trascurare che, con riferimento alle norme che regolano l'inizio del decorso del termine, la legge dà sovente rilievo ad impedimenti di fatto, facendo decorrere la prescrizione dalla cessazione di quegli ostacoli e non semplicemente dalla possibilità astratta ed oggettiva di esercitare il diritto.

La frequenza di queste ipotesi spinge a chiedersi se, di fronte alla regola che tradizionalmente viene ricavata dall'art. 2935, possa realmente assegnarsi alle prime il rango di norme eccezionali, come tali insuscettibili di applicazione al di fuori dei casi espressamente previsti; è evidente che se si trattasse di regole eccezionali, l'evoluzione della giurisprudenza verso l'ampliamento delle situazioni in cui gli ostacoli di fatto impediscono la prescrizione risulterebbe criticabile. Tuttavia, si è visto come sia la stessa conformazione dell'art. 2935 a rendere difficoltosa la possibilità di ravvisare un rapporto regola/eccezione (1): una regola può definirsi eccezionale solo nel confronto con una norma generale, non con l'assenza di essa (2). L'art. 2935 c.c. non fornisce alcuna indicazione su che cosa si debba intendere per "possibilità di far valere un diritto", e l'interpretazione restrittiva che tradizionalmente viene data alla

(1) Si veda quanto rilevato *supra*, § 7 del primo capitolo.

(2) R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme*, cit., 540 ss.

locuzione dipende da considerazioni di politica del diritto e da ragioni storiche, più che dal dato letterale della disposizione: in particolare, il rilievo dei soli ostacoli giuridici sarebbe connesso all'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici e alle intenzioni palesate dal legislatore nella Relazione al Re ove, come già in precedenza riferito, si richiamano le sole possibilità legali di esercitare il diritto (3).

Si tratta invero di argomentazioni superabili, muovendo peraltro dalle medesime considerazioni (ovvero dallo scopo di bilanciare l'esigenza di certezza con quella di tutela), sottese alle riforme intervenute nel panorama europeo, a recenti interventi legislativi all'interno del nostro ordinamento e a quelli giurisprudenziali della CEDU (4), ove la necessità di un contemperamento tra interessi opposti emerge con riferimento a fattispecie in cui vengono in rilievo disposizioni legislative interne che, in sede di recepimento di recenti direttive, stabiliscono termini prescrizionali o di decadenza non previsti nel testo di queste ultime; a tal riguardo, come è stato in precedenza messo in luce, la Corte di Giustizia ha affermato la legittimità di queste disposizioni a condizione che esse non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento europeo. Sono, questi, interventi che mostrano la prescrizione in una prospettiva diversa, in cui la certezza è uno degli scopi concorrenti della disciplina dell'istituto, interessato alla soddisfazione anche di altre finalità (5).

Quanto osservato permette di andare oltre all'argomento storico, che collega il rilievo dei soli impedimenti legali alle intenzioni del legislatore. Pur non essendo questa la sede per soffermarsi sulla

(3) Si veda quanto osservato nel primo capitolo, § 1.

(4) Per l'analisi dei quali si rimanda al terzo capitolo, § 7.

(5) A. GUARNERI, *L'exordium praescriptionis*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, I, 1139 ss., proprio sulla base delle riforme a livello europeo, e dell'emersione nel nostro ordinamento di orientamenti simili a livello sia legislativo, sia giurisprudenziale, rileva come il principio per il quale esigenze di certezza debbano prevalere su quelle di giustizia non sia più un dogma, "ma una regola in concorrenza con altre, ispirate a criteri opposti di giustizia".

diatriba tra impostazione soggettiva e oggettiva che, in sede di interpretazione di una norma, mirano alla ricerca rispettivamente della volontà del legislatore storico (6) e del significato oggettivo, immanente, della legge (7), non si può trascurare come il contesto in cui si inserisce la regola del codice sia non solo radicalmente mutato, ma anche in costante evoluzione, tanto da far perdere efficacia ad un argomento che per sua natura è tanto più forte, quanto più il momento dell'interpretazione dell'enunciato è prossimo a quello in cui esso è stato emesso (8). L'esigenza di adeguare il testo normativo al contesto attuale, in virtù di un'interpretazione evolutiva che consideri superate le opzioni dei lavori preparatori, è peraltro facilitata dal fatto che esse non sono in alcun modo confluite nell'art. 2935 c.c. (9), ove non vi è alcun rilievo letterale che avalli una lettura restrittiva della disposizione; al contrario, richiamando la distinzione effettuata dalla dottrina (10) tra dichiarazione vincolata — che ricorre quando la norma delimita l'ambito della sua applicazione e stabilisce i modi mediante i quali può essere data attuazione alla dichiarazione — e libera — considerata dalla disposizione a prescindere dalla natura, qualitativa o quantitativa, della dichiarazione stessa —, si può affermare che la norma in esame contenga una dichiarazione di quest'ultimo tipo, presentandosi dunque non tanto

(6) Utilizzando in particolar modo i lavori preparatori: si vedano sul punto R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 92 s.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 364 ss.; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, 1941, 33 ss.; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, 125 ss.

(7) R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1999, 192 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, 57 ss.; G. IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 3, II, 472 ss.

(8) G. TARELLO, *op. cit.*, 366. Con riferimento all'interpretazione dell'art. 2935 sottolinea la debolezza di argomentazioni giuridiche fondate sui lavori preparatori M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità*, Padova, 2006, 73 ss.

(9) A tal riguardo appaiono rilevanti le considerazioni svolte da R. SACCO, *op. ult. cit.*, 192, in merito a quelle osservazioni contenute nei lavori preparatori, ma non confluite nel testo della legge: l'A. rileva come esse non possano considerarsi decisive, proprio per non aver superato il vaglio dell'approvazione degli organi competenti.

(10) M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, 259.

come una norma regolare, di contenuto negativo, quanto piuttosto come un contenitore da riempire (11): nel far decorrere la prescrizione dal momento in cui il diritto *può* essere fatto valere — senza vietare esplicitamente l'operatività di ostacoli di fatto, né ammettere i soli impedimenti giuridici — essa lascia all'interprete aperta la facoltà di specificazioni, che configurino e delimitino tale *possibilità*.

In assenza di una regola generale, cade il corollario che vede nelle norme che danno rilievo agli impedimenti di fatto regole eccezionali (12); queste disposizioni si svelano dunque in una veste differente, svolgendo la funzione di contribuire a dare forma e significato al concetto di possibilità di far valere il diritto che nell'art. 2935 rimane in realtà indeterminato.

Ciò comporta due logiche conseguenze: la prima è che tali disposizioni non debbano più essere viste in contrapposizione a quelle che prevedono la rilevanza dei soli ostacoli giuridici, quanto piuttosto quali concorrenti di queste ultime nella composizione del significato da attribuire al concetto di possibilità di far valere il diritto. La seconda è che, cadendo il connotato di eccezionalità, esse possono essere applicate per analogia.

Il che, visto dalla prospettiva della giurisprudenza, significa legittimare quest'ultima a dare rilevanza agli impedimenti di fatto in presenza di alcune condizioni: in particolare, come sarà dato da dimostrare nei prossimi paragrafi, in tema di prescrizioni brevi, i giudici dovrebbero poter conferire rilievo alla conoscibilità laddove siano in grado di ricorrere all'applicazione analogica ovvero quando ciò risulti necessario per garantire effettiva tutela ai diritti inviolabili della persona.

(11) Sul punto si veda quanto in precedenza rilevato nel primo capitolo, § 7.

(12) R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme*, cit., 541, rileva come essendo l'"eccezionale" un concetto di relazione, non può dirsi eccezionale una norma cui non corrisponda una regola generale. L'Autore articola un simile ragionamento con riferimento all'assenza del principio di libertà delle forme, ma rileva anche come la costruzione di principi generali in realtà assenti non sia uno "sfortunato accidente nella storia della cultura giuridica", ma un modo di ragionare del tutto comune tra i giuristi, nel fare opera di sistemazione del diritto e tra i giudici.

2. *L'utilizzo dell'analogia in materia di dies a quo della prescrizione in funzione della garanzia della certezza del diritto.*

L'impiego del ragionamento analogico nella materia qui in esame al fine di dare contenuto ad un precetto anodino come quello dettato dall'art. 2935 comporta un vantaggio pratico, che è rappresentato dalla possibilità di fornire punti di riferimento a cui ancorare le decisioni, sottraendole all'imprevedibilità che può discendere dall'impiego di altri criteri da parte del giudice. In particolare, l'imprevedibilità risulta certamente più elevata se si procede in quella prospettiva di bilanciamento di interessi rilevanti nel caso concreto, spesso utilizzata dalla dottrina per giustificare il riconoscimento di impedimenti fattuali ad opera della giurisprudenza ed esplicitamente seguita dai giudici delle organizzazioni europee, ricorrendo così a un metodo che è in grado di pregiudicare il principio della certezza. È di tutta evidenza, in particolare, non solo l'alto grado di indeterminatezza insito in un sistema che conceda ai giudici di effettuare una comparazione degli interessi in gioco caso per caso, ma anche il rischio di lasciare in sospeso la definizione del rapporto giuridico potenzialmente all'infinito: rischio che negli ordinamenti europei che sono stati analizzati è scongiurato mediante la previsione di un termine di sbarramento finale. In assenza di una simile previsione nel nostro ordinamento (13), risulta necessario un collegamento tra disposizioni normative e soluzioni giurisprudenziali, attuato mediante il procedimento analogico, con la conseguente garanzia di un'interpretazione del *dies a quo* che sia aderente alla legge.

In dottrina i rischi che in una "società liquida", caratterizzata da incertezza e imprevedibilità, derivano dall'accoglimento di un sistema costruito sul bilanciamento di interessi sono stati messi in luce

(13) Sul presupposto della mancanza di un *delai butoir*, rileva l'esistenza all'interno del nostro ordinamento di una "lacuna impropria" G. GABRIELLI, *Invalidità delle disposizioni testamentarie e prescrizione*, cit., 9; sul punto si veda anche A. GUARNERI, *op. cit.*, 1149 s.

proprio sulla base di un raffronto con un sistema a fattispecie, che ammette il ricorso al ragionamento analogico (14). La prima considerazione che emerge da un esame delle differenze tra i due sistemi è che, sul piano della giustizia in generale, nessuno dei due sistemi dà garanzie in senso assoluto, “ben potendo esistere, da una parte, orribili norme a fattispecie, e, dall’altra, deprecabili bilanciamenti” (15). Questo non esclude però la possibilità di un raffronto in termini di valori che giustifica una scelta a favore di un sistema, come quello a fattispecie, che, grazie anche all’ammissibilità del ricorso all’analogia, si basa su referenti concettuali dotati di una tendenziale (anche se, inevitabilmente, non assoluta) oggettività, laddove il ricorso a clausole generali e a bilanciamenti, permettendo di sfuggire alle rigidità del ragionamento per sussunzione, finisce con l’accretere l’incertezza.

Il punto di partenza di una ricostruzione che tenti di ancorare il rilievo degli ostacoli di fatto alle norme esistenti che vi danno espressamente rilievo è la comprensione delle ragioni per cui in talune situazioni il legislatore collega il *dies a quo* alla possibilità legale di far valere il diritto, ed in altre dà rilevanza a quelli che vengono normalmente indicati come impedimenti di fatto. Per rispondere a simile quesito può essere utile abbandonare la visione unilaterale che limita il fondamento della prescrizione all’esigenza di garantire la certezza nei rapporti giuridici, per porsi in una prospettiva diversa, “di opportunità dell’adeguamento della situazione di diritto alla situazione di fatto” (16), laddove il mancato esercizio del diritto abbia stabilizzato assetti di interessi e programmazioni economiche. Attribuire l’uno o l’altro fondamento alla prescrizione ha importanti risvolti sulle modalità di interpretare il concetto di possibilità di far valere il diritto: mentre in una prospettiva esclusi-

(14) F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del dir. civ. e comm.*, 2016, 431 ss.

(15) F. DENOZZA, *op. ult. cit.*, 443.

(16) F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 114.

vamente fondata sulla certezza ciò che rileva dovrebbe essere l'inerzia in quanto tale, ovvero ciò che si manifesta all'esterno, indipendentemente dai connotati che essa possa avere in termini di colpevolezza o meno, evocare un'opportunità di adeguamento della situazione di diritto a quella di fatto significa ammettere la possibilità che la situazione reale prevalga su quella apparente. In altre parole, vuol dire riconoscere che alla base della scelta del legislatore di considerare in taluni casi i soli impedimenti giuridici e in altri anche quelli di fatto, vi sia una differente considerazione (effettuata però dalla legge, e come tale sottratta a una logica del caso singolo propria della scelta giudiziaria fondata sul bilanciamento in concreto) degli interessi in gioco, all'esito della quale può risultare prevalente la tutela del soggetto passivo (e, con essa, quella della certezza del diritto) o quella del titolare del diritto (17).

Questo modo di operare del legislatore suggerisce di considerare gli interventi della giurisprudenza tesi ad ammettere gli impedimenti di fatto (privilegiando dunque il secondo interesse) in una diversa prospettiva: non più in un'ottica di semplice bilanciamento degli interessi in concreto, ma come volontà di muoversi in un solco già tratteggiato dalla legge seguendo un procedimento, se non caratterizzato da analogia *legis*, quanto meno da analogia *juris*.

A tal proposito si consideri che, in molteplici casi, l'impedimento considerato rilevante dai giudici è in realtà accostabile a quelli previsti dal legislatore in alcune situazioni in cui la condotta del soggetto passivo è connotata da atteggiamenti censurabili a

(17) In questa direzione sembra ormai muoversi anche la giurisprudenza: si veda Cass. Civ., 18 gennaio 2011, n. 1084, *cit.*, ove si rileva come “sembra del tutto inevitabile convenire con quegli autori che — nonostante l'esplicito riferimento contenuto nella Relazione al codice e l'autorevolezza della contrapposta dottrina schierata a difesa della natura pubblicistica dell'istituto — hanno realisticamente colto, nella prescrizione, più pragmatiche finalità di tutela di 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 incomprimibile 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”.

danno dell'altra parte: sono i casi in cui il rischio di ritorsioni in danno del titolare del diritto o condotte dirette ad occultare i presupposti delle azioni spettanti al soggetto protetto protraggono i loro effetti anche successivamente al sorgere del diritto, precludendo il suo esercizio in forza di un comportamento riconducibile alla parte che avrebbe interesse alla prescrizione, circostanza, questa, che induce a far decorrere il termine dal momento in cui la situazione di soggezione psicologica cessa o in cui la realtà occultata emerge (ad esempio, nei rapporti di lavoro, o nell'azione di responsabilità verso gli amministratori, o ancora nell'azione revocatoria), secondo il paradigma dettato dal codice per l'annullamento per violenza o per dolo.

Si tratta inoltre di situazioni in cui l'analogia è rafforzata da un altro aspetto, ovvero che sia nei casi in cui la legge ammette gli ostacoli di fatto, sia nei casi in cui sono i giudici a farlo in via interpretativa, si è al cospetto di prescrizioni brevi, così da poter affermare che il ragionamento analogico risulta fondato, appunto laddove si tratti di differire un termine breve.

Occorre peraltro chiedersi se attraverso le norme del codice, e in particolare quella che differisce il *dies a quo* dell'annullamento per errore al momento della scoperta di quest'ultimo, possa essere generalizzata anche la soluzione che la giurisprudenza accredita allorché individua nella possibilità di conoscere gli elementi dell'illecito il termine iniziale relativo al diritto al risarcimento del danno. La risposta non pare possa essere affermativa in via assoluta e che sia necessaria qualche distinzione.

Al di là dell'esito pratico che deriverebbe da una soluzione positiva, che implicherebbe la necessità di far decorrere in tutti i casi il termine dalla conoscenza e che farebbe dell'ignoranza del diritto lo strumento per prorogare indefinitamente situazioni incerte, occorre osservare che i presupposti dell'annullamento per errore non sono ridotti (o almeno, non lo sono nel caso più importante, qual è la materia contrattuale) alla mancata conoscenza della realtà in sé, ma si estendono anche a condotte imputabili al convenuto, che non

ha prevenuto la stipulazione di un contratto viziato quando l'errore era riconoscibile e procrastina la mancata comunicazione dell'errore anche dopo la stipulazione del contratto. Ciò implica che la mancata conoscenza del diritto in sé considerata (e quindi non affiancata da un atteggiamento imputabile all'altra parte) non può divenire rilevante sempre e necessariamente, ma occorre procedere ad un ragionamento più articolato per legittimare le decisioni che arrivano a far decorrere la prescrizione dalla consapevolezza del diritto.

Una strada in questa direzione può essere rappresentata dall'applicazione analogica delle norme che espressamente fanno decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento dal momento della conoscibilità; si tratta, come indicato nel primo capitolo, dei casi relativi ai danni da incidente nucleare, da prodotti difettosi o da condotte illecite perché contrastanti con le norme *antitrust*. Si è al cospetto, tuttavia, di situazioni la cui particolarità impone di considerare con prudenza la possibilità di trarre da esse un principio che possa essere esteso alla generalità delle fattispecie: in particolare, la vocazione di questi illeciti a produrre danni di massa e, come l'esperienza ha insegnato, di carattere lungolatente, potrebbe consentire una più agevole applicazione ad altre ipotesi con caratteristiche simili, come i danni ambientali, mentre appare più problematico generalizzare un'analogia regola a tutti i casi di illecito.

3. *L'esigenza di rendere effettiva la tutela dei diritti inviolabili.*

Un ambito in cui è possibile giustificare la presa di posizione della giurisprudenza nel dare rilievo all'effettiva conoscenza o conoscibilità del diritto riguarda i casi in cui vengano prese in considerazione esigenze collocate dall'ordinamento ad un livello di protezione più elevato di quello accordato in via generale dal codice civile e, più ampiamente, dalla legge ordinaria, laddove sono tutelati interessi mediante le regole sulla responsabilità civile. Se l'art. 2935, come affermato poco sopra, è una formula che deve essere riempita di contenuti e se non vi sono disposizioni espresse che dettano

particolari soluzioni e che consentano l'analogia, la connessione tra l'astratta possibilità di esercitare il diritto e l'inizio della prescrizione può essere superata laddove la mancanza di effettività nella tutela di determinati interessi, causata da una prescrizione che decorre anche se il danneggiato è ignaro del danno, finisca per compromettere posizioni che l'ordinamento ha collocato ad un rango più elevato rispetto ad una norma ordinaria (l'art. 2935, appunto). Detto altrimenti, l'art. 2935, se letto secondo l'interpretazione usuale, può condurre a rendere vuota l'affermazione di un diritto, ogni qualvolta sussistano impedimenti di fatto, non dipendenti da circostanze imputabili al danneggiato, che rendono impossibile la tutela; il che rende evidente l'incompatibilità di una simile interpretazione della legge ordinaria con la protezione accordata dalla Costituzione a quegli interessi inviolabili che la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione ritengono necessario dotare di effettività, anche superando le restrizioni poste dal codice civile. Il ragionamento si riferisce a quanto stabilito in sede di interpretazione dell'art. 2059 c.c. (18), laddove si è rilevato come il rinvio contenuto in tale norma possa essere riferito anche a previsioni costituzionali che riconoscono e tutelano diritti inviolabili inerenti alla persona, non aventi

(18) Ci si riferisce innanzitutto a Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Giur. it.* 2004, 1129; *Nuova giur. civ. comm.* 2004, I, 231; *Giur. cost.* 2003, 4; *Giust. civ.* 2003, I, 2019; *Danno e resp.* 2003, 939; *Foro it.* 2003, I, 2201 e Cass. Civ., 31 maggio 2003, n. 8827 — Cass. Civ., 31 maggio 2003, n. 8828 in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, I, 233; *Giur. it.* 2004, 29; *Giur. it.* 2004, 1129; *Danno e resp.* 2003, 819; *Danno e resp.* 2003, 819 (ove viene rilevato come il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale “ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, ove si consideri che il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale”); ed anche a Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1, 38, la quale ribadisce come “al di fuori dei casi determinati dalla legge, in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili, la tutela è estesa ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione”.

contenuto economico (19). Del resto, è in questa direzione che già muove la giurisprudenza, laddove fa decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno lungolattente alla salute dal momento in cui la malattia è stata percepita, o avrebbe potuto essere percepita, quale danno ingiusto causalmente riconducibile ad una condotta dolosa o colposa (20).

Una simile soluzione non sarebbe peraltro che l'ulteriore espressione di un fenomeno attuale che, in assenza di un intervento esplicito ad opera del legislatore, affida al giudice il compito di attivarsi per evitare che i principi costituzionali rimangano inattuati (21), disegnando una "circularità fra norma e principi costituzionali, leggi ordinarie e interpretazione" (22) in grado di dare forma ad un diritto vivente volto a rispondere alle nuove esigenze che emergono dalla realtà sociale (23).

Non sembra peraltro che simile proposta si esponga al rischio di riconoscere ai giudici un potere discrezionale troppo ampio in sede di definizione della categoria dei diritti inviolabili. Nonostante l'art. 2 Cost. ponga infatti quesiti ermeneutici tutt'oggi irrisolti (24),

(19) Con ciò aderendo all'orientamento maggioritario della dottrina, che fa coincidere la sfera della inviolabilità con quella degli interessi personali: E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, 51 s.; P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 5; P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 166 ss. *Contra*: A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 24; A. PACE, *Diritti fondamentali al di là della Costituzione?*, in *Pol. Dir.*, 1993, 7-8.

(20) Si veda quanto rilevato *supra*, al §2.1 del capitolo secondo.

(21) G. COMANDÈ, *Il danno alla persona e la Corte Costituzionale: tra diritti fondamentali, quantificazione e (dis)parità di trattamento*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. BUSANI, Napoli, 2006, 154 s.

(22) G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009, 542 s.

(23) G. VETTORI, *op. ult. cit.*, 543. Si vedano anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006; M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.*, 1999, 3.

(24) Riguardo sia il loro fondamento giuridico, sul quale si scontrano teorie giusnaturaliste e teorie positiviste (sul punto si veda E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, 59 s.), sia la loro fonte, interpretata da taluni come clausola aperta (P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 417; G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv.*

sembra essere stato accolto dalla giurisprudenza il monito della dottrina di limitarsi, in sede di interpretazione, ad utilizzare gli ordinari canoni ermeneutici tra i quali, *in primis*, quello testuale, respingendo in tal modo concezioni troppo late, che ravvisano nella disposizione da un lato una clausola aperta, dall'altro una norma tassativa e chiusa (25). Come è stato osservato, infatti, se si fosse voluto attribuire alla norma natura di clausola aperta, essa avrebbe contenuto un rinvio esplicito a fonti eteronome; se d'altro canto essa fosse stata concepita come categoria chiusa, il suo contenuto non sarebbe stato così generale. Per questo motivo si ritiene che la disposizione in esame abbia la funzione di sintetizzare la *ratio* sottesa ai diritti inviolabili dell'uomo, per la cui individuazione è necessario fare riferimento alle disposizioni costituzionali, tenendo presente altresì la loro potenzialità estensiva (26). È ammessa, in altri termini, la possibilità che si affermino nuovi diritti, tutte le volte che ciò sia necessario al fine di fornire all'uomo un'adeguata protezione contro le nuove aggressioni, tenendo al contempo presente che ogni nuovo diritto va necessariamente a scontrarsi con libertà e interessi già consolidati. La necessità di contemperare esigenze contrapposte si pone, in ultima istanza, a salvaguardia della certezza del diritto, evitando il rischio che vengano creati nuovi diritti dal contenuto

dir. comm., 1984, I, 139; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Varese, 1983, 373; F. MASTROPAOLO, *Identità personale e manifestazione del pensiero. Strumenti di tutela*, in *Dir. inf.*, 1985, 584 s.; A. SCALISI, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano, 1990, 52 s.) da altri come categoria chiusa (A. PACE, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 1990, 4 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fonamentali*, Bologna, 1984, 55; F. MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984, 26).

(25) In tal senso E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, 61 ss.

(26) Sulla possibilità di riconoscere nuovi diritti inviolabili della persona sulla base di processi interpretativi estensivi cfr.: F. MODUGNO, *La tutela dei nuovi diritti*, in *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, a cura di F. Riccobono, Roma, 1991, 91; ID., I "nuovi diritti" nella *Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 2; A. BALDASSARE, *op. cit.*, 19; T. A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, 42 s.; E. NAVARRETTA, *op. ult. cit.*, 62 s., la quale sottolinea come, in sede di riconoscimento di nuove esigenze non si possa trascurare il potenziale conflitto che può sorgere tra gli interessi inviolabili, nonostante tale conflitto non debba rappresentare a priori la causa del diniego di un loro riconoscimento.

indeterminato e “intrisi di soggettività” (27), privi di una solida base sul piano dei valori. Il che, in altri termini, significa optare per un’operazione ermeneutica che poggia le basi sulla Costituzione: in tanto è possibile riconoscere nuovi diritti, a fronte di nuove forme di aggressione e di nuove forme di sviluppo della personalità, in quanto essi siano ricavabili attraverso un’interpretazione estensiva di disposizioni costituzionali già esistenti (28).

Il necessario ancoraggio alla Carta Costituzionale, unito alle oggettive difficoltà che il sorgere di nuovi interessi incontra nel conflitto con diritti inviolabili preesistenti, limita in modo significativo il rischio di arbitrio in sede di elaborazione di nuovi diritti che, per essere tali, devono necessariamente avere una solida base sul piano dei valori, che permetta loro di coesistere con quelli già esistenti (29). Laddove peraltro questo fondamento esista, sarebbe inutile il loro riconoscimento, se poi non fosse garantita un’effettiva tutela degli stessi, in presenza ad esempio di una previsione che faccia decorrere il termine di prescrizione nonostante il titolare del diritto incontri ostacoli fattuali che gli impediscano di esercitarlo. In questa logica, dunque, la protezione costituzionale della persona, o comunque degli interessi evocati dall’art. 2 Cost., rende necessario attribuire all’art. 2935 un significato coerente con la tutela di quegli interessi e dunque far decorrere il termine dal momento in cui si ha l’effettiva possibilità di esercitare il diritto.

È, questo, uno dei momenti di concretizzazione dei diritti fondamentali che in dottrina, in virtù della variabilità storica dei loro contenuti, vengono connessi inevitabilmente al ruolo della giurisprudenza chiamata, in sede di applicazione del diritto, a dare attuazione a un paradigma — quello di “trasformare la tensione alla

(27) E. NAVARRETTA, *Le Sezioni Unite e la fine del contrasto “sul danno esistenziale”*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 67, porta ad esempio il “diritto ad essere felici” respinto da Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*

(28) E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, *cit.*, 72.

(29) Sul punto si veda Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*, ove non sono solo elencati alcuni diritti inviolabili, ma viene altresì indicato il metodo attraverso il quale riconoscerli.

giustizia in un risultato di giustizia” (30) — che, sebbene sia tipico di ogni procedimento ermeneutico (31), “trova nel richiamo ai diritti fondamentali la più emblematica delle epifanie” (32). Si tratta, infatti, di principi che esistono al di fuori del diritto positivo e che si affidano, per la definizione dei loro contenuti, le modalità di applicazione e la tutela, al potere del giudice, il quale assume dunque un ruolo centrale in sede della loro determinazione e specificazione (33): ed è proprio nell’esercizio di tale compito che risulta pertanto necessario assicurare anzitutto la possibilità del loro esercizio, dando rilievo a qualsiasi ostacolo che possa impedire al titolare una tutela piena ed effettiva.

4. *Conoscenza, conoscibilità e onere della prova.*

Quanto è stato osservato in queste pagine permette di tirare le fila di un ragionamento che, nel tentativo di tenere conto, pur da diversi angoli visuali, del valore della certezza del diritto, appare diviso in due fasi: la prima, volta al superamento di un asserito rapporto dialettico regola generale-eccezioni, in modo da razionalizzare soluzioni in apparenza divergenti rispetto all’interpretazione che rende irrilevanti gli impedimenti di fatto; una seconda fase, in cui è stata proposta una lettura diversa delle regole vigenti in materia, suggerita anche dai recenti interventi di riforma che hanno coinvolto diversi ordinamenti, e dall’esigenza di garantire il principio di effettività affermato anche a livello europeo. Tale lettura si propone di riempire di contenuto una norma silente (l’art. 2935 c.c.) e di giustificare gli interventi della giurisprudenza non più sulla base di ragioni di bilanciamento nei singoli casi, ma ancorandoli a un procedimento analogico che risulta, in ultima istanza, maggiormente

(30) N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 111.

(31) Cfr. N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 494 ss.

(32) N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 111.

(33) N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 108.

in grado di garantire la certezza del diritto, ovvero riconducendoli alla protezione di interessi dotati di tutela costituzionale.

Peraltro, una volta che sia dato peso alla consapevolezza del diritto che si vorrebbe esercitare, proprio considerazioni di certezza e stabilità dei rapporti giuridici impongono di interrogarsi sul significato da attribuire al termine “conoscenza”, al quale sovente la giurisprudenza mostra di legare il *dies a quo* della prescrizione: una serie di considerazioni che verranno esposte di seguito sembrano far propendere per un’interpretazione del concetto in termini oggettivi, inteso dunque non come conoscenza individuale, ma piuttosto come conoscibilità.

Anzitutto solo il rilievo di un parametro constatabile oggettivamente è in grado di evitare che, in assenza di un termine di sbarramento, il *dies a quo* sia spostato all’infinito, trasformando di fatto in imprescrittibile un diritto in cui venga dato rilievo alla conoscenza soggettiva da parte del suo titolare; inoltre, esaminando i recenti interventi di origine europea, oltre che le scelte effettuate in sede di riforma degli ordinamenti in precedenza analizzate e, ancora, quelle contenute negli strumenti finalizzati all’armonizzazione del diritto europeo, emerge come sia sempre dato rilievo in via alternativa alla conoscenza o alla conoscibilità, e sia sancita in tal modo la necessità di un’inerzia incolpevole per differire il termine iniziale.

Peraltro, l’opportunità che la conoscenza sia dimostrata mediante parametri oggettivi deriva anche dalle regole vigenti nel nostro ordinamento in tema di onere della prova. Il convenuto che eccepisca che il diritto fatto valere in giudizio si è prescritto, dovrà evidentemente provare i fatti a fondamento della propria eccezione (34): su quest’ultimo graverà dunque la necessità di provare un fatto psichico non materiale, con tutte le difficoltà che egli può

(34) Cass. Civ., 29 luglio 2016, n. 15790, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass. Civ., 27 luglio 2016, n. 15624, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass. Civ., 27 luglio 2016, n. 15631, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016; Cass. Civ., 25 luglio 2016, n. 15337, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass. Civ., 15 maggio 2016, n. 9880, in *Dir. & Giust.*, 2016, 16 maggio; Cass. Civ.,

riscontrare nel fornire una dimostrazione di eventi che esistono soltanto nella sfera psicologica dell'altra parte (35). Non essendo possibile fornire prove dirette di questi fatti, appare evidente come, salvo il caso in cui vi siano dichiarazioni provenienti dallo stesso titolare del diritto, l'unico modo per dimostrare la conoscenza appaia l'utilizzo di tecniche di "ricostruzione indiretta" (36). In altri termini, è necessario ricorrere alla dimostrazione dei fatti materiali da cui dedurre che il soggetto abbia conosciuto, o avrebbe potuto conoscere, la titolarità del proprio diritto. È dunque, questo, un contesto che rinvia a quello delle prove per presunzioni, in cui il fatto da provare viene dedotto da altri fatti, secondari, che, mediante un ragionamento inferenziale, conducono a stabilire la verità processuale del fatto principale (37) .

Se si esaminano le sentenze in materia di danno lungolattente, ovvero uno dei campi di elezione in cui la giurisprudenza ha procrastinato il *dies a quo*, emerge come la conoscibilità venga normalmente dedotta da un giudizio di probabilità che si fonda su due parametri oggettivi, l'ordinaria diligenza e la diffusione delle conoscenze scientifiche, escludendo di conseguenza la rilevanza di un'indagine circa la mera riconoscibilità soggettiva da parte del danneggiato (38). Il riferimento a parametri oggettivi è peraltro presente anche nelle pronunce in materia di risarcimento del danno da malattia professionale (ove si fa riferimento alla riconoscibilità dell'origine professionale della malattia in base alle conoscenze

19 aprile 2016, n. 7749, in *Guida al Dir.*, 2016, 34, 71; Cass. Civ., 13 ottobre 2015, n. 20493, in *Dir. & Giust.*, 2015, 14 ottobre.

(35) M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 137.

(36) M. TARUFFO, *op. cit.*, 141.

(37) Sulla distinzione tra fatti principali e fatti secondari cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, 97 ss.

(38) Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.; Cass. Civ., 21 giugno 2011, n. 13616, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 7-8, 997; Cass. Civ., 27 gennaio 2012, n. 1263, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 1, 88; Cass. Civ., 18 luglio 2013, n. 17572, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; Cass. Civ., 18 novembre 2015, 23635, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015; Cass. Civ., 14 marzo 2016, n. 4899, in *Dir. & Giust.*, 2016, 14 marzo. Si veda sul punto quanto osservato nel § 2.1. del secondo capitolo.

scientifiche del momento e si fa ricorso anche ad elementi presuntivi da cui dedurre tale conoscibilità) (39); e, ancora, in caso di responsabilità degli amministratori, ove il parametro per valutare la decorrenza della prescrizione è dato dalla possibilità oggettiva di percepire l'insufficienza patrimoniale (40).

Questo modo di procedere della giurisprudenza è peraltro avallato dalle indicazioni che vengono fornite dal nostro legislatore che, quando considera regole orientate in questo senso, richiama alternativamente la conoscenza del diritto o la sua conoscibilità in base alla ordinaria diligenza. Previsioni di tale sorta si ritrovano così nella già citata disciplina sui danni derivanti dall'esercizio di attività nucleari, in quella sui danni da prodotto difettoso e nel recente intervento in materia di danno antitrust (41).

Non si può peraltro trascurare che, in un intervento recente, il legislatore ha dato invero rilievo alla sola conoscenza del diritto: ci si riferisce a quanto stabilito in materia di azione di disconoscimento della paternità, ove l'art. 243-*bis* c.c., introdotto dalla riforma in tema di filiazione (42), collega il decorso della prescrizione alla conoscenza della moglie circa l'impotenza di generare del marito al tempo del concepimento e di quella del marito circa la propria impotenza di generare o circa l'adulterio della moglie. Al di là del fatto che, anche in assenza di un rilievo esplicito alla conoscibilità, trattandosi di un fatto psichico, è indubbio che esso possa essere provato soltanto per presunzioni, non si può trascurare che in tal caso il mancato riferimento a parametri oggettivi è compensato dalla previsione di un termine di sbarramento finale, il quale evita il

(39) Cass. Civ., 18 settembre 2007, n. 19355, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1, 103; Cass. Civ., 8 maggio 2007, n. 10441, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2008, 3, II, 571. Sul punto si veda quanto più diffusamente rilevato nel § 2.3. del secondo capitolo.

(40) Ciò è stato da ultimo ribadito da Cass. Civ., 4 dicembre 2015, n. 24715, in *Riv. not.*, 2016, 4, II, 708. Peraltro, anche con riferimento a questo ambito, si rimanda a quanto rilevato nel secondo capitolo, §2.4.

(41) Per un'analisi di queste discipline si rinvia al § 6 del primo capitolo.

(42) Per una disamina del quale si rinvia a quanto ampiamente rilevato nel § 3 del primo capitolo.

procrastinarsi all'infinito della situazione di pendenza. Termine di sbarramento che, pur essendo presente anche con riferimento ad altre fattispecie che sono state in precedenza analizzate (si pensi alla disciplina del prodotto difettoso e, ancora, alla garanzia per vizi nella vendita), non è per ora un meccanismo accolto in linea generale nel nostro ordinamento, a differenza di quanto ormai previsto negli ordinamenti europei riformati: in assenza di una previsione in tal senso, la dimostrazione della conoscenza del diritto legata a parametri oggettivi (o, più precisamente, la sufficienza di una conoscibilità oggettiva), diviene una scelta imposta dalla necessità di evitare il rischio di spostare all'infinito il *dies a quo*, minando di fatto quella certezza dei rapporti a cui è funzionale la prescrizione.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996.
- AA.VV., *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di R. Bin e A. Luminoso, in *Tratt. di dir. comm. e dell'econ.*, diretto da Galgano, XXXI, Padova, 2003.
- AA.VV., *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. Patti, Milano, 2004.
- AA.VV., *La vendita dei beni di consumo*, in *Commentario a cura di C.M. Bianca*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006.
- AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007.
- AA.VV., *Il danno alla persona del lavoratore*, *Atti del Convegno Nazionale*, coordinato da G. Ferraro, Napoli, 2007.
- AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Torino, 2004.
- AGAMBEN G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2008
- AGOSTINELLI P., in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. Garofalo, V. Mannino, E. Moscati, P. Vecchi, Padova, 2003.
- ALPA G., *La responsabilità del produttore*, Milano, 1980.
- ALPA G., *Il prodotto difettoso*, in G. ALPA-M. BIN-P. CENDON, *La responsabilità del produttore*, in *Tratt. Dir. Comm.*, vol. XIII, Padova, 1989.
- ALPA G., *Responsabilità del produttore e tutela del consumatore*, Milano, 1991.
- ALPA G., M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, a cura di F. Toriello, Milano, 1999.
- ALPA G., DE NOVA G., CAPILLI G., COLANTUONI L., LEO C., MANIACI A., PUTTI P.M., SCARPELLO A., VALCADA M., *L'acquisto di beni di consumo*, Milano, 2002.
- AMADIO G., "La conformità al contratto" tra garanzia e responsabilità, in *Altre otto voci (e due progetti) sulla Direttiva comunitaria riguardante le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Contr. Impr. Europa*, 2001, 1.
- AMADIO G., *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 863.
- ANDREWS N.H., *Reform of limitations of actions: the quest for sound policy*, in *Cambridge Law Journal*, 57(3), November 1998, 593.
- AVANCINI F., *Una lettura sistematica dell'art. 2903 c.c.: la conoscibilità dell'atto pregiudizievole*, in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, 1154.
- AULETTA T. A., *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978.
- AURICCHIO A., *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971.

- AZZARITI G., *Successioni (dir. civ.): successione testamentaria*, in Nss. D.I., XVIII, Torino, 1957
- AZZARITI G., SCARPELLO G., *Della prescrizione*, in *Comm. Scialoja Branca*, 1972, sub art. 2935, Bologna-Roma, 1972.
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.
- BASTIANON S., *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungolatenti*, in *Corr. Giur.*, 2007, 653.
- BÉNABENT A., *Le chaos du droit de la prescription extinctive*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, 1996.
- BETTI U., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971.
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, tomo II, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, fondato da Vassalli, Torino, 1993.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 1994.
- BIANCA C.M., *Le garanzie reali. La prescrizione*, vol. 7, Milano, 2012.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2015.
- BIGIAVI W., Recensione al volume di GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1947, 128.
- BIGLIAZZI GERI L., *Revocatoria (azione)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile 1, Norme soggettivi rapporti giuridici*, Torino, 1986.
- BONA M., *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 inglesi...idee per una riforma)*, in *Giur. it.*, 2004, 286.
- BONA M., *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della "ragionevolezza"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1709.
- BONA M., OLIVA U., *Prescrizione e danno alla persona*, in P.G. Monateri, M. Bona, U. Oliva, U. F. Peccennini, P. Tullini, *Il danno alla persona*, Torino, 2000.
- BONELL M. J., *Verso un regime uniforme di prescrizione per i contratti commerciali internazionali?*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 773.
- BONELL M. J., *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti, I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali*, II ed., aggiornata ai principi Unidroit Milano, 2004.
- BONELLI F., *Art. 146 l. fall.: l'azione di responsabilità del curatore contro gli amministratori di s.p.a. fallite*, in *Giur. comm.*, 1982, II, 797.
- BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a.: dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.
- BONNET P. A., voce *Prescrizione (dir. can.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986.
- BONTEMPI P., *L'anatocismo bancario torna di attualità*, in *Nuov giur. civ.*, 2011, I, 297.
- BRANCA G., *Lavoro, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, 253.
- BUFFONE G., *Le novità del "decreto filiazione"*, in *Il civilista*, 2014, 40.

- CALLEGARI M., *La denuncia dei vizi nella Convenzione di Vienna: un difficile incontro con il criterio del reasonable man*, in *Giur. it.*, 1998, 985.
- CALVO R., *I Contratti del consumatore*, in *Tratt. di dir. comm. e dell'econ.*, diretto da Galgano, XXXIV, Padova, 2005.
- CAMPITELLI A., voce *Prescrizione (dir. intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986.
- CANDIAN A., *Decadenza e prescrizione*, in *Temi*, 1950, 1.
- CANNATI G., *Questioni in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale del datore di lavoro*, in *Riv. it. Dir. lav.*, 2008, 3, II, 575.
- CAPONI R., *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 728.
- CAPONI R., *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. Giur.*, 2006, 1323.
- CAPOZZI G., *Successioni e donazioni*, tomo I, Milano, 2015.
- CARNELUTTI F., *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 32.
- CARNEVALI U., *La responsabilità del produttore*, Milano, 1974.
- CARPINO B., *La rescissione del contratto*, in *Il Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000.
- CASSESE S., D'ALBERTI M., *Prescrizione del diritto al salario e stabilità nel lavoro pubblico*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 299.
- CASTAGNARO O., *Annulabilità degli atti compiuti senza il necessario consenso del coniuge in regime di comunione legale e disciplina della prescrizione*, in *Familia*, 2004, 249.
- CASTELLI L., *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012.
- CATERINA R., *Impium praesidium, le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001.
- CELARDI G.M., *L'anatocismo bancario nella giurisprudenza di legittimità*, in *Giust. Civ.*, 2011, I, 2355.
- CERINI D., *Il danno da prodotto: regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011.
- CHESSA C., *I termini di decadenza e prescrizione*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, a cura di M. Bin e A. Luminoso, Padova, 2003.
- CHIAPPETTA G., *L'azione di disconoscimento di paternità*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C. M. Bianca, Padova, 2015.
- CHIEPPA R., *Il recepimento in Italia della Dir. 2014/104/UE e la prospettiva dell'AGCM*, in *Il diritto industriale*, 2016, 321.
- CHINDEMI D., *Malattie professionali e decorrenza della prescrizione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 105.
- CICU A., *Successioni per causa di morte*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XLII, t.1, Milano, 1954.
- COLANGELO G., *Interessi anatocistici: siamo tutti falliti? Limiti di una decisione zoppicante*, in *Danno e resp.*, 2011, 493.
- COLLIN A., *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Parigi, 2010.
- COMANDÈ G., *Il danno alla persona e la Corte Costituzionale: tra diritti fondamentali, quantificazione e (dis)parità di trattamento*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Bussani, Napoli, 2006.

- CORSARO L., *Rescissione*, in *Digesto delle Discipline priv., Sez. civ.*, Torino, 1997.
- CORSO E., *Della vendita di beni di consumo*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna Roma, 2005.
- COURBE P., *Les désordres de la prescription*, Rouen, 2000.
- D'AURIA M., *Il termine di prescrizione dell'azione revocatoria*, in *Giur. it.*, 2008, 92.
- DE CRISTOFARO G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000.
- DE CRISTOFARO G., *Vendita (Vendita di beni di consumo)*, in *Enc. Giur.*, XXXII, *Aggiornamento*, Roma, 2003.
- DE NOVA G., *L'ambito di applicazione ratione materiae della Convenzione di Vienna*, in *Riv. Trim.*, 1990, 749.
- DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, I, 442.
- DEL SIGNORE G., *Contributo alla teoria della prescrizione*, Padova, 2004.
- DELLE MONACHE S., *Profili dell'attuale normativa del Codice Civile Tedesco in tema di Prescrizione*, in *Riv. Dir., civ.*, 2003, I, 179.
- DENOZZA F., *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Osservatorio del dir. civ. e comm.*, 2016, 419.
- DI MARTINO V., *La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari*, Milano, 1979.
- DOGLIOTTI M., *Le azioni di stato: diritti e procedimenti dopo la riforma della filiazione*, Milano, 2015.
- DOSSETTI M., *Lo stato di figlio e le azioni di stato: alcune novità, molti interrogativi*, in *Giur. It.*, 2014, 5, 1284.
- DOSSETTI M., MORETTI M., MORETTI C., *La riforma della filiazione: aspetti personali, successori e processuali: l. 10 dicembre 2012, n. 219*, Bologna, 2013.
- DRAETTA U., VACCA C., *Responsabilità del produttore e nuove forme di tutela del consumatore*, Milano, 1993.
- DUNOD F. I., *Trattato della prescrizione*, Napoli, 1828.
- ENGELHARD H. A., *Zu den Aufgaben einer Kommission für die Überarbeitung des Schuldrechts, Neue Juristische Wochenschrift*, 1984.
- FADDA C., BENZA P., *Note al libro II "Dei diritti in generale" di B. WINDSCHEID, Diritto delle pandette*, Torino, 1904.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965.
- FAVARA A., *Sulla decorrenza della prescrizione nei depositi bancari in conto corrente*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1963, II, 12.
- FAUVARQUE COSSON B., FRANÇOIS J., *Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*, in *Rec. Dalloz*, 2008, 2512.
- FERRARI F., *La vendita internazionale, Applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Padova, 2006.
- FERRI G., *Deposito bancario*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 279.

- FERRI G., *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 139.
- FERRI G., *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadr.* 1986, 313.
- FERRUCCI R., *Prescrizione estintiva*, in *Noviss. Dig.*, XIII, Torino, 1966.
- FIGONE A., *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*, Torino, 2014.
- FIORENTINO A., *Del conto corrente. Dei contratti bancari, sub art. 1834*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1969.
- FLICK M., *Danni da contagio per trasfusione: un'occasione per ripensare al problema del dies a quo della prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, 913.
- FLICK M., *Dies a quo del termine di prescrizione e anatocismo: un nuovo vestito per un vecchio problema*, in *Danno e resp.*, 2011, 612.
- FONDERICO G., TODINO M., CAMILLERI E., OSTI C., GRANIERI M., DE CRISTOFARO G., DREXL J., GILIBERTI B., TRIMARCHI M., AREZZO E., GIUSSANI A., in *La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*, in *AIDA*, 2015,
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010.
- FRATTINI F., *Art. 39*, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, Commentario coordinato da C. M. Bianca, Padova, 1992.
- GABRIELLI G., *Invalidità delle disposizioni testamentarie e prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, I, 1.
- GENTILE F. S., *Il nuovo codice civile commentato*, Libro VI, *Della tutela dei diritti*, Napoli, 1958.
- GIANNATTASIO C., *Commentario del codice civile*, II, t.1, Torino, 1961.
- GIANNATTASIO C., *L'appalto*, Milano, 1977.
- GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Torino, 1927.
- GORASSINI A., *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990.
- GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. Di dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1937.
- GORLA G., *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941.
- GORLA G., *Pegno e Ipoteche*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1992.
- GRAFFI L., *Spunti in tema di vendita internazionale e forum shopping*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 284.
- GRASSETTI C., *Diritto dell'energia nucleare. Il regime giuridico della responsabilità civile*, in *Foro pad.*, 1960, III, 49.
- GRASSO B., *Prescrizione*, (*Dir. Priv.*), in *Enc. Dir.*, Milano, 1986.
- GRASSO B., *La forma tra "regola" ed "eccezione" (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1986, 49.
- GRECO P., COTTINO G., *Della Vendita*, in *Commentario del Codice Civile*, Scialoja-Branca, Bologna Roma, 1981.
- GRECO F., *Le sezioni Unite e il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 841.

- GRECO F., *Anatocismo bancario e prescrizione: le sezioni unite e la difficile applicabilità del decreto mille proroghe — Continua il match tra correntisti e banche*, in *Resp. civ., e prev.*, 2011, 810.
- GROSSI P., *Introduzione ad uno studio dei diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972.
- GUASTINI R., *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)* in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 539.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2004.
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.
- GUARNERI A., *L'exordium praescriptionis*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, I, 1129.
- IMBRIACI S., *Indennità per ferie non godute: prescrizione in dieci anni*, in *Guida lav.*, 2011, n. 26, p. 60.
- IRTI N., *Idola libertatis — tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.
- IOZZO F., *Sulla decorrenza del termine di prescrizione dell'azione ex artt. 2394 c.c.-146 l. fall.*, in *Giur. comm.*, 2004, 151.
- IUDICA G., *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 3, II, 467.
- IZZO U., *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e resp.*, 2003, 853.
- IZZO U., *La precauzione nella responsabilità civile*, 2004.
- IZZO U., *Danno lungolatente alla persona e decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria: ruolo dell'informazione ed oneri probatori*, in *Dialoghi sul danno alla persona*, a cura di U. IZZO, Trento, 2006, 258.
- LANDINI S., *Accettazione dell'eredità e prescrizione*, in *Famiglia*, 2001, 273.
- LANDO O., CLIVE E., PRÜM A., ZIMMERMANN R., (eds.) *Principles of European Contract Law*, Part III, 2003.
- LANOTTE M., *Irrinunciabilità alle ferie e natura dell'indennità sostitutiva*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 1769.
- LANZILLOTTA P., *In attesa delle Sezioni Unite permane il contrasto sulla natura dell'indennità sostitutiva delle ferie*, in *Lav. prev. oggi*, 2011, 1044.
- LARENZ K., WOLF M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997.
- LA ROSA E., *Prescrizione*, in R. TOMMASINI, LA ROSA E., *Dell'azione di annullamento*, in *Il Codice Civile Commentato*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2009.
- LEACH P., *Taking a case to the European Court of Human rights*, Oxford, 2005.
- LEPORE A., *Prescrizione e scadenza. Contributo alla teoria del « giusto rimedio »*, Napoli, 2012.
- LIBERTINI M., *L'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudici nazionali*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, III, Milano, 2007.
- LIPARI N., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 479.
- LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.
- LOMBARDI E. M., *Garanzia e responsabilità nella vendita di beni di consumo*, Milano, 2010.

- LUCCHINI GUASTALLA E., *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*, Milano, 1995.
- LUCCI M., *Accettazione dell'eredità e ruolo della vocatio*, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 2084.
- LUMINOSO A., *La vendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2014.
- LUZZATTO R., *La compravendita*, edizione postuma a cura di Persico, Torino, 1961.
- MACARIO F., *Brevi considerazioni sull'attuazione della direttiva in tema di garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 143.
- MACIOCE F., *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984.
- MAGRI G., *La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1160.
- MALAGOLI E., *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della dir. 2014/107UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. Impr. — Europa*, 2015, 390.
- MANSEL H. P., STÜRNER M., in *BGB*, a cura di Dauner-Lieb, 1, Bonn, 2004.
- MANTOVANI M.P., *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2009.
- MARESCA A., *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Milano, 1983.
- MARINELLI F., *La responsabilità dell'appaltatore*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. Cuffaro, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2011.
- MARINI G., *Rescissione (dir. vig.)*, in *Encicl. Dir.*, Milano, 1988.
- MARINI G., *Il contratto annullabile*, in *Trattato del contratto*, IV, *Rimedi*, diretto da V. Roppo, a cura di A. Gentili, Milano, 2006.
- MASTROPAOLO F., *Identità personale e manifestazione del pensiero. Strumenti di tutela*, in *Dir. inf.*, 1985, 584.
- MAZZAMUTO S., *La vendita di beni di consumo*, in AA.VV., *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, 2007.
- MENSI M., *Natura dell'indennità sostitutiva delle ferie e incidenza sul t.f.r.*, in *D & L.*, 2005, 831.
- Mc GEE A., *Limitation period*, London, 1990.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957.
- MESSINETTI D., voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, Varese, 1983.
- MINERVINI E., *La prescrizione ed i terzi*, Napoli, 1994.
- MIRABELLI G., *Della prescrizione secondo le leggi italiane*, in *Trattato Fiore*, Napoli, 1893.
- MODUGNO F., *La tutela dei nuovi diritti*, in *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, a cura di F. Riccobono, Roma, 1991.
- MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995.
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009 (sec. ed. 2012).
- MOLLE G., *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1981.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998.

- MONATERI P.G., *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, 392.
- MONATERI P.G., COSTANTINI C., *La prescrizione, Trattato di diritto civile*, vol. 5, diretto da R. Sacco, Torino, 2009.
- MONGILLO R., *Il difetto di conformità nella vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2006.
- MORANDI M., *Sulla natura dell'indennità sostitutiva delle ferie e sul regime di prescrizione*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 673.
- MORELLI M.R., *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.*, 1999, 1.
- MUSOLINO G., *Aspetti della responsabilità civile per l'esercizio di attività nucleari*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1985, 476.
- NASCIMBENE B., ROSSI DAL POZZO F., *L'azione di risarcimento antitrust e la "prescrizione" nel diritto comunitario e nazionale*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo, B. Nascimbene, 2009.
- NATOLI U., *Come ti cambio le carte in tavola (a proposito della decisione 12 dicembre 1972 n. 174 della Corte Costituzionale)*, in *Dem. e dir.*, 1973, II, 173.
- NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.
- NAVARRETTA E., *Le Sezioni Unite e la fine del contrasto "sul danno esistenziale"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009.
- NICOLÒ R., *Della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Commentario al codice Civile*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna, 1959.
- NIGRO A., *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, IX, Torino, 1993.
- NITSCH C., *"Exceptio firmat regulam". Un contributo sul ragionamento giuridico*, in *Fides Humanitas Ius, Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, 2007.
- ORIANI R., *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977.
- PACE A., *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 1990.
- PACE A., *Diritti fondamentali al di là della Costituzione?*, in *Pol. Dir.*, 1993, 1.
- PANE R., *Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione*, in *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, a cura di R. Pane, Napoli, 2014.
- PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milano, 1997.
- PALMIERI A., *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*, in *Foro it.*, 2012, I, 800.
- PALMIERI P., *Responsabilità da incidente nucleare: sul ruolo ed i limiti dei danni punitivi*, in *Foro it.*, 1986, IV, 184.
- PANZA G., *L'esordio della prescrizione del diritto alla indennizzabilità dei danni da invalidità permanente*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1593.
- PANZA G., *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984.
- PARDOLESI R., *Il danno antitrust in cerca di disciplina (e di identità)*, in *Foro it.*, 2007, I, 1102.
- PARDOLESI R., *La direttiva sulle garanzie nella vendita: ovvero, di buone intenzioni e risultati opachi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 437 ss.

- PATTI S., *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. Trim. dir. proc. civile*, 2010, 21.
- PERLINGIERI G., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.
- PERLINGIERI P., *Forma del negozio e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006.
- PETERS F., ZIMMERMANN R., *Verjährungsfristen: Der Einfluss von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinfachung von Verjährungsfristen*, in *Bundesministern der Justiz (ed.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, 1981.
- PIERI S., *La direttiva CEE sulla responsabilità per danni provocati da prodotti difettosi*, in *La responsabilità del Produttore*, Parma, 1988.
- PINNA A., *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/194/CE sulla vendita dei beni di consumo*, in *Contr. Impr./Europa*, 2000, 516.
- POLI M. D., *La rescissione del contratto*, in *Il Codice Civile Commentato*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2015.
- PUGLIESE G., *La prescrizione nel diritto civile*, II, *La prescrizione estintiva*, Torino, 1924.
- PULEIO G., *Il risarcimento del danno antitrust alla luce delle Direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 98.
- RESCIGNO P., *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990.
- RESCIGNO P., *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991.
- RICCI F., in *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, a cura di S. Patti, Milano, 2004.
- RIEZLER E., *Dell'invalidità del consenso secondo il progetto italo-francese di Codice unico delle obbligazioni*, ADCSL, 1930, 203.
- RIGHETTI I., *Prescrizione e danno lungolatente*, in *Danno e resp.*, 2003, 847.
- ROMANO A., *Note in tema di decadenza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, 209.
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Decadenza*, 1953, Milano.
- ROMEO C., *Nesso di causalità e descrizione dell'evento nella responsabilità per trasfusione di sangue infetto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 983.
- ROPPA V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Milano, 2011.
- ROSETTI R., *Azione di disconoscimento della paternità*, in *Modifiche al codice civile e alle leggi speciali in materia di filiazione*, Napoli, 2014.
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1971.
- RUBINO D., IUDICA G., *L'appalto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna Roma, 1992.
- RUFFINI F., *La buona fede in materia di prescrizione*, *Storia della teoria canonistica*, Torino, 1892.
- RUPERTO C., *Prescrizione e decadenza*, in *Giur. Sist. Civ. e comm.*, diretta da Bigiavi, Torino, 1985.
- SACERDOTI G., *I criteri di applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contraenti*, in *Riv. Trim.*, 1990, 733.
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1990.

- SACCO R., *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1999.
- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto, t. primo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004.
- SACCO T., *La disciplina della prescrizione nelle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, in *Riv. Dir. int. priv. proc.*, 1999, 483.
- SAGLIASCHI G., *La ragionevolezza nel sistema rimediabile della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2003, 141.
- SALANITRO U., *Problema in tema di depositi bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, I, 200.
- SALANITRO U., *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 400.
- SANTORO PASSARELLI U., *Riflessioni sulla prescrizione nel rapporto di lavoro*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova, 1977.
- SANTORO PASSARELLI U., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2012.
- SARRAVALLE A., *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991.
- SAVANNA L., *La compravendita. La tutela dell'acquirente per vizi e difetti della cosa venduta*, Torino, 2003.
- SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1898, V (trad. it.).
- SCALFI G., *Osservazioni sulla prescrizione e sulla decadenza*, in *Temi*, 1952, n. 3.
- SCHLESINGER P., *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. Giur.*, 2002, 561.
- SEGRÈ G., *Addizione I*, a BAUDRY-LANCANTINERIE e TISSIER, *Della prescrizione*, in *Trattato teorico-pratico di diritto civile*, trad. it., Milano, 1908.
- SEMEGHINI D., *Del dies a quo della prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali*, in *Giur. comm.*, 2005, 34.
- SESTA M., *La rescissione del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991.
- SESTA M., *La rescissione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 81.
- SESTA M., *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 457.
- SIGNORINI E., *La giurisprudenza di merito torna sulla natura risarcitoria dell'indennità sostitutiva di ferie non godute*, in *Riv. giur. trib.*, 2001, 257.
- STOLFI N., *La legge nucleare italiana*, in *Ass.* 1963, I, 223.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.
- TEDESCHI V., *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948.
- TERRANOVA C., *La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta*, in *I contratti di vendita*, a cura di D. Valentino, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007.
- TESCARO M., *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006.

- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005.
- TRIMARCHI P., *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, 219.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.
- TROISI B., *La prescrizione come procedimento*, Camerino, 1980.
- TROPLONG R.T., *Della prescrizione, trad it.*, I, Palermo, I, 1857.
- TUCCI G., *Prescrizione del diritto al risarcimento per omissione contributiva e accertamento del rapporto di lavoro tra disciplina codicistica e legislazione speciale*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, III, 261.
- VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002.
- VELLUZZI V., *Le preleggi e l'interpretazione, Un'introduzione critica*, Pisa, 2013.
- VETTORI G., *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2009.
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.
- VILLA G., *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. Giur.*, 2015, 301.
- VILLA G., *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr. Giur.* 2017, 4.
- VIOLA L., *La nuova responsabilità civile del danno lungolatente: riflessioni dopo la pronuncia delle S.U: n. 581/2008*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 367.
- VITUCCI P., *Tant dure l'action, tant dure l'exception*, in *Giur. It.*, 1986, 244.
- VITUCCI P., *La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, 160.
- VITUCCI P., *I diritti reali su cosa altrui*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996.
- VITUCCI P., ROSELLI F., *La prescrizione*, In *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2012.
- WINTGEN R., *Reforming the French Law of Prescription: A French Perspective*, in *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ("the Avant-projet Catala")*, a cura di J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker, Oregon, 2009.
- ZACCARIA A., DE CRISTOFARO G., *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002.
- ZIMMERMANN R., *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, 2002.
- ZIMMERMANN R., *The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspective*, Oxford, 2005.

