

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

CURRICULUM DIRITTO COMPARATO

XXVI° CICLO

Tesi di Dottorato di Ricerca

(IUS/02)

**TUTELA DEI DIRITTI E *TIME LIMITS*: UNO STUDIO ALLA
LUCE DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA**

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa ALBINA CANDIAN

Co-Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa ALESSANDRA DONATI

Coordinatrice:

Chiar.ma Prof.ssa BARBARA POZZO

Dottoranda:

CHIARA BERTARELLI

A.A. 2012-2013

PREMESSA: UN'INTRODUZIONE AL TEMA **4**

L'UTILIZZO DEI PRINCIPI GENERALI DA PARTE DEL GIURISTA NAZIONALE NELL'INTERESSE DELL'OBBLIGATO **13**

§ 1. LA SOLUZIONE OFFERTA DALLE CORTI DI EQUITY NEI SISTEMI DI COMMON LAW: LA DOCTRINE OF LACHES.	13
§ 1.1. DOCTRINE OF LACHES E LEGAL TRANSPLANT	22
§ 1.2. CASI PRATICI DI APPLICAZIONE DELLA DOCTRINE OF LACHES: IL CASO DEI COPYRIGHT CLAIMS	29
§ 2. INERZIA E PERENZIONE NEL DIRITTO TEDESCO: DIE VERWIRKUNG	40
§ 2.1. CASI PRATICI DI APPLICAZIONE DELLA VERWIRKUNG.	45
§ 2.2. VERWIRKUNG E LEGAL TRANSPLANT: L'ESEMPIO SPAGNOLO	48
§ 3. INERZIA E PERENZIONE NEL DIRITTO ITALIANO	50

L'UTILIZZO DEI PRINCIPI GENERALI DA PARTE DELLE CORTI EUROPEE NELL'INTERESSE DEL TITOLARE DEL DIRITTO POSITIVO **63**

2

§ 1. PREMESSA.	63
§ 2. CONCRETEZZA E TIME LIMITS NELLA PRASSI DELLE CORTI SOVRANAZIONALI	66
§ 2.1. LA PRESCRIZIONE NELLE PRONUNCE DELLA CORTE DI STRASBURGO	67
§ 2.2. LA PRESCRIZIONE NELLE PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA	83
§ 2.2.1. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale	85
§ 2.2.2. Il principio di ragionevolezza	88
§ 2.2.3. La disciplina della prescrizione nelle pronunce della giurisprudenza comunitaria tra effettività e ragionevolezza	91

IL DIALOGO TRA LE CORTI IN MATERIA DI DECORRENZA DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE **97**

§ 1. PREMESSA	97
§ 2. IL DIALOGO TRA I GIUDICI ITALIANI E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE IN TEMA DI OCCUPAZIONE ACQUISITIVA	98
§ 3. IL DIALOGO TRA I GIUDICI ITALIANI E LA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA: LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE IN TEMA DI DANNO DA MANCATO RECEPIMENTO DI DIRETTIVE COMUNITARIE	108
§ 3.1. ... NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA	110

§3.2.... NELLE PRONUNCE DEL GIUDICE ITALIANO : IL CASO DEL DIRITTO DEI MEDICI SPECIALIZZANDI AD UN'ADEGUATA REMUNERAZIONE	115
§ 4. LA CIRCOLAZIONE DELLE SOLUZIONI TRA CORTI SOVRANAZIONALI E GIUDICI INTERNI DI DIRITTO COMUNE: CONCLUSIONI	128
<u>LA DISCIPLINA DELLA PRESCRIZIONE TRA SCELTE TECNICHE E DI POLITICA LEGISLATIVA</u>	<u>132</u>
§ 1. LA DECORRENZA DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE NELLE RICOSTRUZIONI DEL LEGISLATORE	132
§1.1. MODALITÀ TECNICHE ADOTTATE NELLA DETERMINAZIONE DEL <i>DIES A QUO</i> DEL TERMINE PRESCRIZIONALE	133
§ 1.1.1. L'assenza di disposizioni tese a formalizzare il criterio di individuazione del <i>dies a quo</i> della prescrizione	134
§ 1.1.2. L'adozione di un criterio unitario di individuazione del <i>dies a quo</i> del termine di prescrizione	135
§ 1.1.3. L'adozione di una pluralità di criteri di individuazione del <i>dies a quo</i> del termine di prescrizione	139
§1.2. SCELTE DI POLITICA LEGISLATIVA CHE CONCORRONO ALLA DETERMINAZIONE DEL <i>DIES A QUO</i> DEL TERMINE PRESCRIZIONALE	140
§ 2. LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE ALL'ESAME DEL DIRITTO COMPARATO	144
§ 2.1. LE POSSIBILI OPZIONI DI TECNICA LEGISLATIVA SOTTESE ALLA DISCIPLINA DELLA DECORRENZA DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE	144
§ 2.2. LE SCELTE DI NATURA POLITICA E SOCIALE SOTTESE ALLA DISCIPLINA DELLA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE.	151
§ 2.2. UNA POSSIBILE COMMISTIONE TRA APPROCCIO OGGETTIVO E APPROCCIO SOGGETTIVO: DÉLAI BUTOIR E DOPPIO TERMINE DI PRESCRIZIONE.	163
§ 3. LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	168
§ 4. UN NUOVO SPAZIO PER L'AUTONOMIA NEGOZIALE DELLE PARTI DEL RAPPORTO GIURIDICO	182
<u>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE</u>	<u>189</u>
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	<u>199</u>

Premessa: un'introduzione al tema

In apertura alle proprie note sulla prescrizione, Carbonnier osservava come «*La matière de la prescription extinctive était de celles qui, dans le Code civil, pouvaient paraître le moins prédisposées à l'interprétation ... reléguée au bout du Code, comme pour défier les grands commentateurs d'y parvenir autrement qu'essoufflés ou morts - il y avait, de sucroit, en elle quelque chose de numérique, de mathématique, d'automatique, sur quoi toute interprétation semblait devoir glisser*»¹.

Le parole del giurista francese bene descrivono l'atteggiamento inoperoso dello studioso di diritto nei confronti del tema in esame, a lungo immune al dibattito giuridico che, nel medesimo tempo, coinvolgeva altri settori del diritto civile, quale, a titolo esemplificativo, il diritto di famiglia².

Tuttavia, lo stesso Autore dava contezza di quello che veniva definito un vero e proprio paradosso, individuato in «*une intense initiative judiciaire dans une matière toute légale par vocation*».

Se da un lato l'istituto della prescrizione si presentava invisibile alla dottrina ed al legislatore, le corti ne ridisegnavano i contenuti al fine di modellare tanto il diritto positivo, quanto la missione stessa della prescrizione, al caso di specie, laddove avessero maturato l'intima convinzione che il credito dell'attore non fosse effettivamente stato soddisfatto³.

¹CARBONNIER, *Notes sur la prescription Extinctive*, in *RTDC*, 1952, 172

² Si pensi alla Riforma del Diritto di Famiglia entrata in vigore pressoché contemporaneamente in Italia con la Legge 19 maggio 1975 n. 152 ed in Francia con la *Loi 11 Juillet 1975* n. 617 in tema di divorzio e le precedenti *Loi 3 Janvier 1972* n. 72 in tema di filiazione e *Loi 4 Juin 1970* n. 459 in materia di potestà genitoriale.

³ CARBONNIER, *Notes sur la prescription Extinctive*, op. cit., 180

Le osservazioni del giurista francese ci invitano a riflettere sul ruolo creativo di cui per lungo tempo la giurisprudenza si è fatta carico, nella sua posizione privilegiata di dialogo con la pratica giuridica, così da assicurare risposte adeguate rispetto alla fattispecie concreta ed agli interessi di volta in volta coinvolti e garantire il prevalere di una soluzione socialmente avvertita come “giusta”.

In altri termini, la disciplina legale della prescrizione - ed in particolare la rigidità dei termini, delle cause di sospensione, nonché l'inderogabilità delle previsioni di diritto positivo sottratte all'autonomia delle parti - ha spesso condotto a risultati sentiti come iniqui, da cui la tendenza dei giudici di plasmare la disciplina vigente ricorrendo a clausole generali ed elastiche, capaci di adattarsi al caso concreto⁴.

Come si darà atto nel corso del lavoro, l'approccio descritto ha conosciuto un'applicazione che potrebbe essere definita universale: tanto le corti dei singoli Stati nazionali, quanto i giudici europei sono ricorsi ai principi di effettività, equità, buona fede, affidamento e ragionevolezza al fine di individuare la soluzione più adatta alle circostanze, sebbene svincolata dalla disciplina positiva e dalla sua rigida interpretazione⁵.

Si pensi, a livello nazionale, alla costante applicazione del principio del “*Contra non valetem agere non currit praescriptio*” da parte del giudice francese, laddove l'articolo 2257 Code Civil, nel testo in vigore prima della riforma approvata con la loi 2008 – 561⁶, limitava le ipotesi in cui il decorso del termine di prescrizione era posticipato, ai

⁴ “La ragionevolezza, come pure l'equità, consente al sistema di godere di quelle aperture che, intervenendo nella fase di applicazione delle norme, sono idonee a smorzarne l'eccessiva rigidità, quando essa non s'imponga per esigenze di natura superiore”, così MURGO, *La prescrizione tra certezza del diritto e tutela dei diritti*, Edizioni ETS, 2012, 103.

⁵ Osserva LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del “giusto rimedio”*, EDS – Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 144, «l'intero sistema rimediabile va ripensato in prospettiva funzionale, alla luce dei principi di proporzionalità ed effettività, dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza, dei valori riconosciuti dalla Costituzione e dalle normative europee ed internazionali, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al fine di realizzare il “giusto processo”. Affinché ciò sia possibile, la scelta del rimedio deve essere tagliata sulle peculiarità del caso concreto».

⁶ Nel corso dell'anno 2008 il parlamento francese ha approvato, dopo un lungo e complesso iter legislativo, la loi 561, del 17 Juin 2008, portante una riforma del diritto della prescrizione. L'obiettivo dichiarato dei redattori era quello di adottare una disciplina della prescrizione dotata di una considerevole forza attrattiva, così da conferire all'ordinamento francese una posizione di primo piano nel panorama europeo. Un primo tentativo di riformare il diritto della prescrizione e, con esso, il *droit des obligations*,

soli casi in cui il diritto fosse condizionato, si trattasse di un'obbligazione di garanzia o, infine, fosse previsto un "jour fixe" per il suo esercizio⁷.

Volgendo lo sguardo ai confini italiani, si rammentino le numerose pronunce rese dalla Corte Costituzionale in tema di *dies a quo* del termine di prescrizione, su tutte la storica sentenza 10 giugno 1966 n. 63, con cui la Corte ha statuito che la prescrizione del diritto del lavoratore dipendente alla retribuzione non possa decorre in pendenza del rapporto di lavoro; o, ancora, la pronuncia 2 maggio 1985 n. 134 con cui la Corte ha chiarito che il *dies a quo* del termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità può essere individuato nel giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie; ed, infine, la recente sentenza n. 78 resa il 2 aprile 2012 con cui la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 2, comma 61, della Legge n. 10/2011, Decreto Milleproroghe, relativo alla capitalizzazione trimestrale dell'interesse, in quanto esso violava l'art. 3 Cost., non rispettando il canone generale di eguaglianza e ragionevolezza delle norme.

fu un'iniziativa privata da parte di un gruppo di giuristi che, nel Settembre del 2005, presentarono l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, conosciuto come "Projet Catala". Se l'*Avant projet* si poneva come obiettivo quello di una riforma "epocale", in grado di incarnare un nuovo inizio per il diritto francese conferendogli caratteri di attualità, speditezza e semplicità tali da rispondere alle esigenze costituzionali *d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*, diversi erano gli intenti del progetto di ordinanza elaborato dal governo di Dominique de Villepin. Presentato nel luglio 2006, il progetto si limitò a trattare della prescrizione estintiva seguendo un approccio pratico e "minimale". La vera svolta in materia, tuttavia, è stata rappresentata dal *Rapport d'Information* n. 338 dedicato al regime della prescrizione civile e penale, redatto ad opera di HYEEST, PORTELLI e YUNG a nome della *Commission des lois du Sénat*, il quale ha ispirato la *proposition de loi*, depositata da HYEEST con il sostegno del governo, adottata in via definitiva dal *Sénat* in seconda lettura il 5 giugno 2008. Fedele al sentimento da cui trae origine, il rapporto informativo citato definiva quella sulla prescrizione una *Réforme attendue* e supportava la propria affermazione accostando all'analisi dei progetti nazionali quella dei tentativi intrapresi a livello internazionale ed europeo in materia di diritto dei contratti. Per approfondimenti sull'*iter* legislativo descritto, si veda, per il Senato: *Proposition* de HYEEST, n. 432(2006-2007); *Rapport BÉTEILLE*, n. 83 (2007-2008); *Discussion et adoption*, séance du 21 novembre 2007. Per l'Assemblea nazionale, invece: *Proposition de loi adoptée par le Sénat*, n. 433; *Rapport BLESSIG*, n. 847; *Discussion et adoption*, séance du 6 mai 2008. Ancora, in seconda lettura, per il Senato: *Proposition de loi modifiée par l'Assemblée nationale*, n. 323(2007-2008); *Rapport BÉTEILLE*, n. 358; *Discussion et adoption*, séance du 5 juin 2008. In generale, per un commento sulla riforma: MALAURIE, *La réforme de la prescription civile. Commentaire de la loi n.2008-561 du 17 juin 2008*, in *Répertoire du notariat, Defrénois* 18, 2008 e, dello stesso autore, *La réforme de la prescription civile*, in *Répertoire du notariat, Defrénois* 23,2007.

⁷ BEHAR – TOUCHAIS, *Foisonnement des délais*, in *Les Désordres de la prescription*, Textes réunis par Patrick Courbe, Publications de L'Université de Rouen avec le concours du Centre de recherché en droit des activités professionnelles, 2000, 19

Contestualmente, il medesimo impulso volto a garantire un'applicazione della prescrizione "ragionevole" e socialmente "giusta" è stato fatto proprio dalle Corti Europee.

Sia la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia la Corte di Giustizia Europea ed il Tribunale di primo grado, hanno in diverse occasioni abbandonato il rigido formalismo normativo per ampliare i poteri riconosciuti ai giudici nazionali affinché questi potessero disapplicare un termine di prescrizione la cui inderogabilità avrebbe, a loro giudizio, reso concretamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, ma anche ritenere soggetta a prescrizione un'azione pur in assenza di specifiche disposizioni di legge laddove tale soluzione risponda al principio di ragionevolezza la cui dimensione deve essere valutata «*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*»⁸.

Sulla scia della ricordata giurisprudenza, ed alla luce dell'esame della normativa interna nel contesto del diritto comunitario e del diritto dei paesi europei in cui di recente la prescrizione è stata fatta oggetto di riforma⁹, anche la dottrina italiana¹⁰ - sebbene il

7

⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado, 5 ottobre 2004, nella causa T-144/02, Richard J. Eagle e a. contro Commissione delle Comunità europee.

⁹ A partire dagli ultimi anni del secolo scorso, numerosi sono stati gli interventi istituzionali in materia di prescrizione, mossi dall'esigenza di razionalizzare, uniformare e modernizzare una disciplina in cui il legislatore aveva a lungo ommesso di intervenire.

La *English Law Commission* ha avuto modo di pubblicare un *Consultation Paper on Limitation of Action* già nel 1998, i cui risultati sono stati raccolti nel *Report* n. 270 del 2001. L'anno successivo è entrata in vigore la cd. *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, contenente un'ampia riforma del diritto della prescrizione capace di assurgersi a modello per accademici e legislatori europei. Infine, si è già visto che quella della prescrizione era considerata una *Réforme attendue* in Francia, sicché, dopo il progetto di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione del 2005 (meglio conosciuto come *Projet Catala*), ed in seguito ad un progetto di ordinanza elaborato dal governo di Dominique de Villepin nel 2006, nel giugno del 2008 è stata adottata in via definitiva dal *Sénat* in seconda lettura la *loi 2008-561*. Per lo studio e approfondite testimonianze in riferimento all'impegno del legislatore nazionale nell'intervenire modernizzando la disciplina dell'istituto prescizionale si cfr. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European law of Set-off and Prescription*, Cambridge University press, 2002; HONDIUS, *Extinctive prescription. On the Limitation of Actions (XIV° congrès internazionale de droit comparé)*, 1994; ENGLISH LAW COMMISSION, *Consultation Paper n. 151, 1998, paras 10.1-10.173*.

¹⁰ BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della ragionevolezza*, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, 1709 ss.; LONGOBUCCO, *Ragionevolezza del termine di prescrizione e danni lungolatenti alla persona*, in Perlingieri – Caparezza figlia, *L'interpretazione secondo costituzione nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, tomo II, Diritti reali, obbligazioni, autonomia negoziale, responsabilità civile, vol. II, Edizioni ETS, 523 ss.

legislatore sia ancora sordo alle sirene di caratura europea in materia – ha iniziato ad offrire il proprio contributo orientato ad una lettura della prescrizione nel rispetto del brocardo “*Ubi remedium ibi ius*”, volto ad abbandonare interpretazioni dogmatiche delle regole codicistiche in favore di «*approcci più equi sul piano della giustizia sostanziale dei rapporti privati*»¹¹, così da privilegiare un approccio che si può definire “funzionale” all’interesse sostanziale che, nel caso di specie ed alla luce delle circostanze di fatto, si vuole tutelare.

L’intento della descritta rinnovata missione della prescrizione (che riconoscerebbe alle corti giudiziarie il potere di intervenire laddove riscontrassero nel caso concreto un’irragionevolezza del termine), lungi dal voler condurre ad affermare l’inutilità dell’istituto¹², è semmai quello di attualizzarne l’esercizio in conformità alla mutata *ratio* che gli viene riconosciuta.

Come noto, in origine la *ratio* della prescrizione fu rintracciata nell’esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici.

In questo senso si pronunciava la dottrina maggioritaria¹³ che a lungo ha descritto l’istituto in esame in termini pubblicistici, in quanto teso a garantire un imperativo di sicurezza giuridica e di migliore amministrazione della giustizia attraverso la pacificazione del contenzioso giuridico.

Il valore della certezza del diritto trovò, del resto, espressa cristallizzazione sin dal Code Civil: nella relazione accompagnatoria i redattori precisarono che «*De toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l’ordre social*»¹⁴.

Analogamente, la relazione del guardasigilli al Codice civile, espressamente esclude la possibilità di individuare la prescrizione quale istituto posto nell’interesse del debitore¹⁵.

¹¹ LONGOBUCCO, *La prescrizione come “rimedio civile”: profili di ragionevolezza dell’istituto*, in *Contratti*, 2012, 954.

¹² La precisazione si rende necessaria atteso che in dottrina non sono mancati commenti in tal senso, si cfr. FAUVARQUE – COSSON, *Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant une réforme de la prescription en matière civile*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 36, 2512 ss.

¹³ COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Società Editrice Libreria, 1924 (ristampa 1992), 451 ss.

¹⁴ FENET, *Recueil Complet des travaux préparatoires du code civil, tome quinzième*, Paris, 1836, 573.

¹⁵ Relazione al Libro della Tutela dei diritti, Roma, 1941, 116, n. 37.

L'apodittico riferimento al principio in esame non è stato esente da critiche, che hanno trovato fondamento nella stessa disciplina di diritto positivo dettata dal legislatore.

Si pensi alla possibilità, per il debitore, di rinunciare alla prescrizione acquisita, tradizionalmente prevista – limitando in questa sede l'esame alla disciplina francese ed a quella italiana - tanto dal testo ante riforma dell'articolo 2220 *Code Civil*, quanto dall'articolo 2937 codice civile, o, ancora, all'eventualità che il decorso del termine di prescrizione venga sospeso per effetto del riconoscimento del debito da parte dell'obbligato di cui all'articolo 2944 codice civile e 2248 *Code Civil*: in entrambe le ipotesi la finalità di garantire la certezza dei rapporti giuridici sarebbe sottomessa alla disponibilità dei soggetti parte del rapporto giuridico, con pregiudizio dell'interesse pubblico perseguito¹⁶.

Come è facile prevedere, la pretesa contraddittorietà a cui si è fatto cenno ha fatto sì che la ricerca della funzione della prescrizione sfociasse in numerose altre teorie che, sebbene inizialmente ancorate alla natura pubblicistica dell'istituto, hanno col tempo assunto matrice privatistica ponendo l'attenzione sui soggetti del rapporto giuridico e gli interessi di cui questi sono portatori.

Così, senza pretese di esaustività e limitando l'esposizione alle teorie di maggior diffusione, la prescrizione ha assunto carattere sanzionatorio dell'inerzia del titolare del diritto disponibile con conseguente consolidamento della posizione dell'obbligato poiché, nel rispetto del fine teso a far coincidere situazione di fatto e situazione di diritto, qualora un creditore non si attivi per ottenere quanto l'ordinamento gli riconosce, «*dans le conflit qui s'élève les droit du créancier doivent être sacrifiés*»¹⁷.

O ancora, sempre in attuazione ai principi di ordine pubblico ed, in particolare, alla necessità di garantire una buona amministrazione della giustizia, la prescrizione è stata interpretata quale strumento necessario alla parte processuale convenuta, non con

¹⁶ MONATERI - COSTANTINI, *La Prescrizione*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da Rodolfo Sacco, Utet Giuridica, 2009, 26 ss.

¹⁷ MAZEAUD, MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de droit civil – Obligations*, IX^e ed., Edition Montchrestien, 1998, 1201.

riferimento al diritto sostanziale sotteso al resistere in giudizio ad una pretesa, bensì in ragione del diritto di difesa e del correlato diritto di prova dei fatti allegati dalla parte.

In altre parole, per i sostenitori di questa tesi, limitare temporalmente un diritto soggettivo – o il suo esercizio¹⁸ - trova legittimazione nella necessità di garantire al debitore un'adeguata capacità di opporsi alle pretese creditorie, capacità destinata a divenire sempre più docile con il passare del tempo in ragione dell'oggettiva difficoltà di provare che il debito fosse effettivamente sorto o, diversamente, non si fosse estinto¹⁹.

Tuttavia, come anticipato, accanto alle tesi tradizionali suesposte²⁰ si è nel tempo venuto ad affermare un argomento in punto di *ratio* dell'istituto della prescrizione di respiro privatistico.

In particolare, si è ritenuto che il fondamento della prescrizione vada ravvisato nell'affermazione dell'interesse privato sia dell'obbligato, consistente nella liberazione dal vincolo di subordinazione²¹, sia del creditore, integrato nell'interesse di scongiurare l'estinzione del diritto laddove questo sia stato di difficile esercizio.

¹⁸ La questione relativa all'oggetto della prescrizione è, invero, una delle più discusse. Il comparatista, infatti, osserva che mentre per i sistemi di *civil law* la prescrizione attiene al diritto o, al massimo, alla pretesa, i sistemi di *common law* considerano il *time limit* esclusivamente processuale, come si evince dalla locuzione *Limitation of actions*, utilizzata quale corrispettivo della nostra prescrizione. Per un approfondimento sul tema di cfr. BANDRAC, *Les tendances récentes de la prescription extinctive en droit français*, in *R.I.D.C.*, 1994, 46, 2, 359 ss.; ANCEL – FAUVARAQUE COSSON, *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive*, in *RDC*, 2004, 3, 793 ss. Per una panoramica sulle soluzioni adottate nel nostro ordinamento si veda AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Jovene, Napoli, 1971 e, a sostegno della teoria procedurale, PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, in Pubblicazioni della facoltà giuridica dell'università di Bari, ed. Novene Napoli, 1984 e TROISI, *La prescrizione come procedimento*, EDS – Edizioni scientifiche italiane, 1980.

¹⁹ THE ENGLISH LAW COMMISSION, *Limitation of Actions, Consultation Paper n. 151*, London, HMSO, 1998; WINDSCHEID, *Diritto Tedesco delle Pandette*, libro secondo (traduzione ad opera di Fadda e Bensa), Unione Tipografica – Editrice, 1904.

²⁰ KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, Economica, Paris, 2013, individua le *fonctions communes* della prescrizione ne: «*l'intérêt de la société à la pacification et à la consolidation des situations, la négligence du créancier et la libération probable du débiteur*», 436. A tale funzioni tradizionali l'autore accosta 3 funzioni "speciali": (i) *fonction de mesurer le temps d'une garantie légale*; (ii) *fonction de limiter dans le temps la responsabilité que certains professionnels pourraient encourir à raison d'une faute commise dans l'exercice de leur mission*; (iii) *fonction d'éviter la ruine du débiteur en empêchant les dettes de s'accumuler*.

²¹ AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, op. cit.; GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1970, 860 ss.; GIUSANA, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, 424 ss.; DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la Prescrizione*, in *Corr. Giur.*, 2011, 4, 491 ss.

In seno alla dottrina italiana, un argomento a favore della tesi da ultimo descritta è stato rintracciato nel disposto dell'articolo 2938 codice civile, con cui il legislatore ha sottomesso alla disponibilità del privato la possibilità di avvalersi dell'istituto della prescrizione, configurando la relativa eccezione quale eccezione in senso stretto ed impedendone la rilevabilità *ex officio*.

Parimenti, concorre a delimitare in ambito privatistico la *ratio* della prescrizione la possibilità di rinunciare alla prescrizione già acquisita prevista dal secondo comma dell'articolo 2937 codice civile.

Da ultimo, un'apparente consacrazione della tesi ricordata si riconosce, in seno all'ordinamento italiano, in quanto osservato dalla Corte di Cassazione con sentenza 18 gennaio 2011, n. 1084: *«sembra del tutto inevitabile convenire con quegli autori che – nonostante l'esplicito riferimento contenuto nella Relazione al codice civile 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 incompressibile facoltà di impedire il realizzarsi dell'effetto estintivo attraverso una inequivoca manifestazione di volontà dimostrativa dell'intento di esercitare il proprio diritto»*.

Svincolare la prescrizione dalla rigidità della disciplina e dalla sua tradizionale inderogabilità²², apre alla possibilità di trattare l'istituto oggetto del presente scritto in termini dinamici, che si collocano a cavallo tra il diritto sostanziale e quello processuale, considerando quest'ultimo come lo strumento per la realizzazione di interessi del singolo considerati meritevoli di tutela dall'ordinamento in conformità a quanto previsto dagli articolo 2 e 24 della Costituzione Italiana.

²² È stato osservato che *«può ammettersi la possibilità di superare l'intangibilità del termine prescrizione e, di conseguenza, lo spauracchio del principio della cd. certezza del diritto, a favore di una effettiva tutela delle situazioni giuridiche coinvolte»*, così LEPORE, *Prescrizione e decadenza*, op. cit., 143.

In altre parole, nella fase di accertamento del diritto, il giudice può valutarne la meritevolezza ed incidere sulla sua applicazione al fine di scongiurare l'adozione di un provvedimento iniquo.

Così, laddove i limiti temporali legislativamente posti all'esercizio di un diritto garantito dall'ordinamento, concretamente ne impedissero oppure ne rendessero eccessivamente difficoltosa l'attuazione, questi potrebbero essere disapplicati, richiamando i principi di effettività della tutela giudiziaria e di ragionevolezza, dal giudice che, riappropriandosi del ruolo di motore creativo del diritto a cui si è accennato, sarebbe chiamato a garantire gli interessi personalistici del singolo nel rispetto del principio di solidarietà ed effettività della tutela.

Parimenti, laddove l'esame della fattispecie concreta suggerisse di assecondare l'interesse del debitore di vedere estinta l'obbligazione pur in assenza di adempimento, tale conclusione potrebbe essere giustificata alla luce del principio di buona fede e tutelando l'affidamento legittimamente risposto dal soggetto passivo del rapporto nella cessazione del vincolo giuridico.

Centrale è, quindi, l'importanza della ricostruzione descritta ai fini dell'intento dichiarato di indagare la disciplina della prescrizione così da individuare gli spazi per una sua applicazione che possa condurre a soluzioni socialmente ritenute giuste e conformi al principio di ragionevolezza.

Capitolo primo:

**L'UTILIZZO DEI PRINCIPI GENERALI DA PARTE DEL GIURISTA
NAZIONALE NELL'INTERESSE DELL'OBBLIGATO**

**§ 1. LA SOLUZIONE OFFERTA DALLE CORTI DI EQUITY NEI SISTEMI DI COMMON
LAW: LA DOCTRINE OF LACHES.**

Sebbene il tema d'indagine suesposto possa apparire audace in relazione all'interpretazione tradizionalmente offerta dell'istituto della prescrizione, l'analisi comparata dei sistemi giuridici dimostra come sono molteplici gli ambiti con cui è stato attribuito alle corti il potere di verificare, nel caso concreto, la meritevolezza dei limiti temporali all'esercizio di un diritto.

Primo tra i sistemi giuridici a riconoscere uno spazio di autonomia alle corti è stato quello inglese in seno alla giurisdizione di *Equity*²³.

La circostanza non stupisce il comparatista, conoscitore delle origini del sistema duale tipico del *Common law* e della fisionomia assunta dalla giurisdizione del Cancelliere.

È noto, invero, che l'*Equity* si è affermata tra il secolo tredicesimo ed il quindicesimo quale risposta alla crisi della giustizia amministrata dalle corti di Westminster dovuta, da un lato, allo stretto formalismo della procedura di *Common law* e, dall'altro,

²³ È stato osservato che «*there is no branch of the law in which the courts have allowed themselves greater latitude of expression than that branch which is occupied with determining the effect of lapse of time upon the rights of plaintiffs who seek for equitable relief*» così WHARTON, *The Effect of Lapse of Time on Suits in Equity*, in *The American Law Register and Review*, vol. 41, 4, (first series), 1893, 319 ss.

all'irrigidimento del *Common law*, incapace di tenere il passo con le trasformazioni economiche e sociali²⁴.

Tali circostanze, determinando l'insoddisfazione della popolazione che non si sentiva tutelata in *Common law*, ha indotto i ricorrenti a rivolgersi al Sovrano stesso quale "*mountain of justice*" affinché giudicasse con *aequitas*, secondo coscienza, con particolare attenzione al caso sottopostogli²⁵.

L'*Equity* nasce dunque come giustizia "morale", elastica e flessibile, contrapposta alla rigidità di quella offerta dalle corti di Westminster e, pertanto, capace di plasmarsi alla necessità del caso concreto.

Esemplificativo è quanto scritto da Lord Ellesmere nell'Earl of Oxford case²⁶: «*La Corte della cancelleria esiste perché le azioni umane sono così numerosi e diverse che è impossibile che esistano norme generali che prevedano e regolino ogni ipotesi particolare senza essere inadeguate o insufficienti in determinate circostanze. Il compito del cancelliere è quello di intervenire, guardando alla coscienza dei responsabili, nei casi di frode, abuso di fiducia nel trust, illecito e approfittamento di ogni genere, nonché di addolcire e mitigare la rigidità del diritto ordinario*».

14

È chiara, pertanto, l'identità di premesse che sottendono l'affermarsi della giurisdizione del cancelliere e la tendenza ad inquadrare la prescrizione all'interno dei confini disegnati dai principi di meritevolezza e ragionevolezza che, con questo lavoro, si intende indagare.

L'indagine delle figure tipiche dell'*Equity*, pertanto, non pare peregrina.

²⁴L'inadeguatezza del diritto rispetto all'evolversi della società si è manifestata, in tempi più recenti, con riferimento alla prescrizione ed, in particolare, alla lunghezza del termine. La volontà di adottare termini più brevi, in modo da snellire ed agevolare il compiersi della prescrizione rappresenta, infatti, uno dei principali orientamenti di portata internazionale. La ragione ultima che ha portato l'universalità degli studiosi a percorrere detta strada si rinviene nella cd. "*acceleration of history*", come evidenziato da ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European law of Set off and Prescription*, op. cit., 186.

²⁵ Sul punto, è stato osservato: «*it's clear that, in the absence of any fixed principles to guide the chancellor [...], the question whether in any given case relief should be granted, depends upon the view which the chancellor took of the facts of the case*», così HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Vol. 5, Methuen & Co., 1937, 336.

²⁶ VARANO - BORSOTTI, *La Tradizione giuridica occidentale, volume I, testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Giappichelli Editore, 2006, 271.

Tra gli strumenti più innovativi di cui la Cancelleria si è servita nel decidere le controversie sottoposte alla sua giurisdizione si deve annoverare l'*Estoppel*.

Nei sistemi di *common law* il termine *Estoppel* indica una regola di diritto che, operando nella forma di eccezione sollevata dal convenuto, paralizza la pretesa dell'attore.

Più nel dettaglio, se un soggetto, con le sue parole o il suo comportamento, induce un altro a confidare su una situazione di apparenza, non gli è consentito successivamente di agire in contraddizione con l'affidamento ingenerato, se ciò condurrebbe ad un risultato contrario a giustizia ed equità²⁷.

La regola, pertanto, trova la propria origine nel divieto di *venire contra factum proprium*, e si traduce nell'autonoma affermazione in seno ai sistemi di *common law* del principio di affidamento²⁸.

È, invero, possibile individuare una pluralità di "*Estoppel*" a seconda dell'elemento comportamentale che determina nella controparte il sorgere del precitato affidamento²⁹. Dall'incontro tra *estoppel by acquiescence* (o *by conduct*) e la massima "*Equity aids the vigilant, [not the indolent]*"³⁰, sorge la *Doctrine of Laches* che, in breve, trova applicazione in tutti quei casi in cui il titolare di un diritto rimane consapevolmente inerte nell'esercitarlo ovvero di fronte ad una violazione altrui dello stesso.

²⁷ Quella offerta è la definizione data nel caso *Moorgate Mercantile Co. Ltd. Vs. Twitchings* del 1976 e riproposta da COOKE, *The Modern law of Estoppel*, Oxford, 2000, 2.

²⁸ VAGNI, *La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 2, 2013, 573.

²⁹ Si devono distinguere: *Estoppel by record* (ha come presupposto una sentenza giudiziaria e costituisce analogo concettuale al giudicato continentale); *Estoppel by deed* (in ragione del quale viene preclusa la possibilità di negare la verità delle dichiarazioni espresse nel *deed* stipulato dalla parte che subisce l'*estoppel*); *Estoppel by conduct*; *Promissory Estoppel* (formalizzato da lord Denning nel 1947, deriva da un principio di equità e permette di ritenere vincolante una promessa fatta in assenza di valida *consideration* quando una parte, dopo aver ricevuto da un'altra parte una promessa chiara e inequivocabile, espressa verbalmente o con un comportamento di fatto, agisce di conseguenza facendo affidamento su tale promessa). Si cfr. CARTWRIGHT, *Protecting Legitimate expectations and Estoppel: english Law in La confiance légitime et l'estoppel*, 17° Congrès international de droit comparé de l'Académie internationale de droit comparé, Utrecht (Pays-Bas, 16-22 juillet 2006); PICKERING, *Estoppel by Conduct*, in *Law Quarterly Review*, vol. 55, 1939; WILSON, *Recent Developments in Estoppel*, in *Law Quarterly Review*, vol. 67, 1951.

³⁰ MC CLINTOCK, *Handbook of the Principles of Equity*, II^a ed., Hornbooks series, 1948, 71.

Il termine “*Laches*” deriva dall’aggettivo francese “*lâche*”, ossia “lento”, che, a sua volta, origina dal latino “*laxus, laxă, laxum*” traducibile come “lento, prolungato” riferito al tempo.

L’etimologia della parola, pertanto, bene descrive il cuore della dottrina in esame, indicandone, senza orpelli, il principale presupposto di operatività.

La prima formulazione della *Doctrine of Laches* è fatta risalire al 1311³¹, anno in cui se ne ritrova traccia nei cd. *Years Books* risalenti al regno di Edoardo II e, più in particolare, in relazione ad un caso in materia di proprietà ereditaria in cui la moglie, dopo la morte del primo marito, ed unitamente al consorte di secondo letto, agì al fine di rientrare nel possesso di un fondo dotale alienato dal marito senza il suo consenso³².

Sebbene, negli anni immediatamente successivi, non si rinvennero pronunce che utilizzino espressamente il termine “*Laches*”, il cuore della dottrina in esame ha comunque trovato larga applicazione attraverso la massima latina “*interest republicae ut sit finis litium*”³³.

Nel corso del diciottesimo secolo, una accorata esposizione dell’essenza della *Doctrine* in esame si rinviene nelle parole di Lord Camden:

«*Court of Equity which is never active in relief against conscience or public convenience, has always refused its aid to stale demands, where the party has slept upon his right and acquiesced for a great length of time. Nothing can call forth this Court into activity, but conscience, good faith and reasonable diligence; where these are wanting, the Court is passive, and does nothing. Laches and neglect are always discountenanced, and therefore from the beginning of this jurisdiction, there was always a limitation to suits in this Court*»³⁴.

³¹ VAQUER, *Verwirkung Versus Laches: A tale of two Legal Transplants*, 21, Tul. Euro, Civ. LF, 2006, 55.

³² *Gascelyn v. Rivere*, 4 Edward II (1311), Year Books Series v. 9 (1925), 50. La corte osserva che «*in this case it is absolutely necessary that the wife await the death of her husband. Therefore a great hardship would ensue if she were barred*».

³³ L’interesse dello Stato affinché le liti abbiano una fine è, invero, centrale anche nell’elaborazione della prescrizione.

³⁴ *Smith v. Clay* (1767), Brown’s Chancery Reports 638.

Poste le premesse, col tempo la nozione di *Laches* si è viepiù sviluppata ed arricchita in seno alle *opinions* dei *Lords*, fino ad essere così compiutamente definita: «*Now the doctrine of Laches ... is not an arbitrary or a technical doctrine. Where it would be practically unjust to give a remedy either because the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver of it, or where by his conduct and neglect he has, though perhaps not waiving that remedy, yet put the other in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy were afterwards to be not be reasonable to place him if the remedy, were afterwards to be asserted ... lapse of time and delay are most material*»³⁵.

Volendo sintetizzare gli elementi caratterizzanti la *Doctrine* in esame, questi devono essere individuati nell'esistenza di un ritardo nell'esercizio del diritto alla luce delle circostanze concrete che, sebbene non predeterminato nel *quantum* come accade per la prescrizione, sia considerato irragionevole; nonché nell'esistenza di un pregiudizio derivante dal predetto ritardo in capo alla controparte.

In primo luogo si deduce che, ferma la diffidenza un ingiustificato ritardo nell'esercitare un diritto o nel tutelare lo stesso di fronte ad una sua violazione è giudicato dalle corti di *Equity*, affinché si abbia un rigetto della pretesa azionata è altresì necessario che tale condotta abbia cagionato un pregiudizio ingiusto all'altra parte del rapporto obbligatorio, controparte in sede giudiziale: laddove l'effetto negativo venga meno, il ritardo, allorché irragionevole, non può essere sanzionato attraverso l'applicazione di *Laches*³⁶.

Così, ad esempio, un periodo di tempo molto lungo può non significare la preclusione dell'azione di diritto in sede giudiziale, laddove l'inerzia non abbia avuto conseguenze negative nei confronti della controparte e, viceversa, il trascorrere di un periodo di

³⁵ Lindsay Petroleum Co. V. Hurd, (1874) LR 5 PC 221, 239

³⁶ Penny v. Allen, (1857) 44 E.R. 160, 166, la corte ha chiarito che «*mere lapse of time does not bar a claim in equity any more than at law...with other circumstances, however, may lead a Court to draw inferences unfavorable to the claim of a party who has let twenty or nearly twenty years elapse without asserting his right*» la regola è così riportata in VAQUER, *Verwirkung Versus Laches: A tale of two Legal Transplants*, op. cit., 56.

tempo relativamente breve può condurre ad un rigetto della pretesa azionata laddove, nelle more dell'esercizio del diritto, un pregiudizio sia occorso all'obbligato³⁷.

Svariate sono le fattispecie in cui il giudice inglese ha riconosciuto l'esistenza del richiesto "prejudice": dall'impossibilità per l'obbligato di contrastare la pretesa creditoria sul piano probatorio in ragione del tempo trascorso poiché, ad esempio, una prova documentale può essere andata perduta; al legittimo affidamento generato nell'obbligato sulla rinuncia all'esercizio di un diritto; passando per la possibile svalutazione dell'oggetto della pretesa, specialmente laddove l'attore possa trarne vantaggio da tale modifica di valore del bene³⁸. Ma non solo, anche laddove l'inerzia del titolare del diritto si sia protratta per un tempo ritenuto irragionevole e, durante questo lasso temporale, un terzo – diverso dall'obbligato - abbia mutato la propria posizione giuridica in affidamento allo stato di fatto determinato dal titolare, le corti hanno ritenuto applicabile la *Doctrine of Laches*.

Secondariamente, quanto alla possibilità di definire o meno irragionevole il ritardo, deve porsi attenzione tanto alla condotta del titolare della posizione giuridica positiva, tanto a quella dell'obbligato.

Laddove, infatti, quest'ultimo abbia prestato la propria acquiescenza al comportamento del creditore³⁹ ovvero tra le parti vi sia un rapporto tale da lasciare presumere che la pretesa non sarà fatta oggetto di contestazioni⁴⁰, il lasso temporale trascorso non è stato ritenuto irragionevole.

L'essenza prettamente casistica della dottrina in esame, strettamente connessa all'interpretazione discrezionale che il giudicante fa della fattispecie concreta sottoposta sue esame, rende impossibile una compiuta classificazione delle ipotesi in cui si è esclusa l'applicabilità della *Doctrine of Laches* in ragione della "scusabilità" dell'inattività attorea.

³⁷ MC. CLINTOCK, *Handbook of the Principles of Equity*, op. cit., 71.

³⁸ De Huy v. Osborne, 96 Fla. 435, 118 So. 161.

³⁹ Bakus v. Bakus, 207 Mich. 690, 175, N.W. 400.

⁴⁰ Hardwick v. Vernon (1808), 14 Ves., 511, 333, Eng. Reprint 614.

Tuttavia, l'analisi delle *decisions* in materia permette di individuare alcune ipotesi più significative, che vanno ad affiancarsi a quelle già ricordate relative al riconoscimento da parte del debitore della pretesa creditoria ed all'esistenza di una relazione personale tra le parti.

A titolo esemplificativo, è stato ritenuto che il possessore di un fondo in forza di un titolo in equità non potesse vedere preclusa la propria azione tesa ad ottenere un “*legal title*” per essere rimasto inerte per tutto il periodo in cui ne abbia mantenuto il possesso.

Ugualmente, è stato ritenuto non equo privare il titolare di un diritto soggettivo dello stesso, allorquando ne abbia ritardato l'esercizio in ragione di una provata ignoranza scusabile dei fatti che ne hanno determinato l'acquisto, in particolare modo quando l'obbligato abbia concorso con il suo comportamento ad ingenerare l'errore⁴¹.

La *defense* in esame, infine, non ha trovato applicazione nei confronti di un minore o, più in generale, di coloro ritenuti incapaci di intendere o di volere.

Senonché – come si avrà modo di esporre più compiutamente nel corso del presente lavoro – le tendenze da ultimo descritte sono le stesse che hanno di recente caratterizzato contribuito alla creazione di un “*core regime*”, a livello internazionale, del diritto della prescrizione.

Si rende dunque necessario indagare i rapporti tra *Laches* e *Limitation of Actions* – terminologia inglese che indica l'istituto della prescrizione mettendone in rilievo la natura prettamente processuale – ed il modo in cui tali strumenti sono stati utilizzati dalle corti.

Come noto, in origine le corti di Westminster non fecero alcuna applicazione della dottrina in esame, che si andava sviluppando esclusivamente in seno alle corti di *Equity*.

Controversa è stata la possibilità di riconoscere operatività all'eccezione nell'ipotesi in cui uno *statute* avesse espressamente previsto l'esperibilità di una *equitable defenses*

⁴¹ «*the doctrine of Laches is more flexible than statutory limitations in that it is not controlled solely by the passage of time. Traditionally there is no Laches unless the plaintiff knew, or reasonably should have known, of the existence of the cause of action, and unless the delay was prejudicial to the defendant*», così in *Developments in the Law, Statute of Limitations*, 63 Harv. L. Rev. 1177 (1950).

nell'ambito di un *action at law*; tuttavia, la maggior parte delle corti che hanno considerato la questione hanno finito per escluderne l'applicabilità⁴².

La *Section 36(2)* del *Limitation Act* del 1980, sancisce espressamente che «*nothing in this Act shall affect the court's equitable jurisdiction to refuse relief on the ground of acquiescence or otherwise*»⁴³. Tale disposizione non deve essere interpretata come un'apertura dello strumento in esame ed una sua indiscriminata applicazione anche con riferimento alle azioni *at law*, come altresì espressamente sancito nella sentenza *Re Pauling's Settlement Trusts* in cui il giudice Wilberforce ha chiarito, senza lasciare spazio ad eccezione alcuna, che «*Laches cannot be invoked where there is a statutory limitation period*»⁴⁴.

Un approfondito esame del *Limitation Act* del 1980, tutt'oggi in vigore, suggerisce una tripartizione delle ipotesi di operatività della *Doctrine of Laches*, in grado di fare chiarezza sulla sua applicabilità *at law*.

Una prima categoria ricomprende i cd. *equitable claims* che possono essere preclusi solo in forza della *defence of Laches*, atteso che nessun termine di prescrizione è previsto *at law*.

A questa categoria appartengono in primo luogo le domande volte ad ottenere un rimedio di *Equity* quali la *specific performance* di un contratto o un'*injunction* di fare o non fare, indipendentemente dal fatto che il titolo della pretesa sia sorto in *Equity* o in *common law*⁴⁵.

⁴² «*the small number of cases in which such an injunction was sought indicates the general opinion that such relief would not be granted*», così MC. CLINTOCK, *Handbook of the Principles of Equity*, op. cit., 75.

⁴³ La disposizione ricomprende anche la dottrina in esame, come espressamente chiarito dalla ENGLISH LAW COMMISSION, *Consultation paper* n. 181. Si consulti, *ex multis*, *Halsbury's Laws of England*, ed. The Right Honourable Lord MacKay of Clashfern, 16(2), 4th ed. (reissue), 2003, 400-404.

⁴⁴ Allo stesso modo, Lord Camden nella già citata *Smith v. Clay* ha precisato che «*when the Legislature has fixed the time at law, it would have been preposterous for equity to countenance Laches beyond the period*».

⁴⁵ Le principali pretese per cui non è legislativamente previsto un termine di prescrizione sono le seguenti: *claims for specific performance of a contract; claims for rescission or rectification of a contract, trust or other instrument on grounds of fraud, undue influence, misrepresentation or mistake; claims for a final injunction; claims for fraudulent breach of trust against a trustee (S.21(1)(a)); and claims to recover trust property or the proceeds of trust property from a trustee (S.21(1)(b))*.

La seconda classe è poi caratterizzata da un gruppo di pretese per cui, sebbene relative ad istituti elaborati dalla *Chancery Court*, lo *Statute* espressamente prevede l'applicazione di un *limitation period* atto ad escludere qualsivoglia operatività della *Doctrine of Laches*⁴⁶.

Infine, un terzo gruppo si compone di tutti quegli *equitable claims* per i quali, in assenza di un termine di prescrizione legislativamente previsto, le corti applicano ugualmente un *period* di *common law* utilizzando lo strumento dell'analogia: anche in questo caso la *Doctrine of Laches* non trova applicazione⁴⁷.

La classificazione appena operata dà atto della graduale convergenza tra l'istituto dei *Laches* e quello del "*Limitation*".

Se, da un lato, a partire dal diciannovesimo secolo le corti, nelle fattispecie in cui erano richieste di applicare la dottrina dei *Laches* e fatte salve circostanze eccezionali e straordinarie, facevano riferimento ad un analogo *Limitation period* quale parametro di ragionevolezza; dall'altro, progressivamente, il *dies a quo* della prescrizione è stato individuato non più con riferimento al sorgere della pretesa creditoria, bensì in base alla cd. "*Discovery rule*" che si traduce nell'individuazione dell'*exordium praescriptionis* in chiave soggettiva⁴⁸, così da dare rilievo ad eventuali impedimenti di fatto che ritardano l'esercizio dell'azione⁴⁹.

Ma non solo. Si può ragionevolmente presumere che, in seguito all'emanazione dei *Judicature Acts* del XIX^o secolo ed all'affermarsi dell'amministrazione congiunta di *common law* ed *Equity* (per effetto della quale le corti sono state chiamate ad applicare le regole ed i principi del diritto inglese nel suo complesso, indipendentemente dalla

⁴⁶ Rientrano, in questa categoria i *claims for non-fraudulent breach of trust* (6 years) (S.21(3)); così come i *claims by a beneficiary to recover trust property from a third party* (6 years) (S.21(3)) ed i *claims to the personal estate of a deceased person* (12 years) (S.22(a)).

⁴⁷ A titolo esemplificativo si riferisce ai *claims against an agent or partner for failure to account* (6 years by analogy with breach of contract) (*Knox v. Gye* (1872) LR 5 HL 656); *claims for dishonest breach of fiduciary duty equivalent to fraudulent misrepresentation or conspiracy to defraud* (6 years by analogy with fraud) (*Coulthard v. Disco Mix Club Ltd* [2000] 1 WLR); *Claims for breach of fiduciary duty equivalent to breach of contract* (6 years by analogy with breach of contract) (*Cia De Seguros Imperio v. Heath (REBX) Ltd* [2001] 1 WLR 112).

⁴⁸ La questione sarà approfonditamente trattata nella parte seconda del presente lavoro.

⁴⁹ HERIOT, *A study in the Choice of Form: Statutes of Limitation and the Doctrine of Laches*, in *BYU L. Rev.* 917,1992.

loro origine *at law* e in equità) si assisterà ad una sempre maggiore assimilazione dei due istituti, proseguendo nella contaminazione dei *Limitation period* con gli elementi tesi a garantire quella ragionevolezza che è stata faro della giurisprudenza dei cancellieri e che oggi si riafferma in seno alle corti europee.

§ 1.1. DOCTRINE OF LACHES E LEGAL TRANSPLANT

La *Doctrine of Laches* non è rimasta confinata all'interno del *common law* inglese, affermandosi in quegli ordinamenti in cui il modello inglese, alla luce dell'espansione coloniale del Regno Unito, ha trovato un terreno fertile.

In primo luogo, come facile immaginare, il modello inglese è circolato negli Stati Uniti d'America, condizionandone l'ordinamento sin dalle origini.

In particolare, la giurisdizione di *Equity*, imposta in America all'epoca del colonialismo inglese, è sopravvissuta in seguito alla guerra d'indipendenza tanto che l'articolo III, sec. 2, della Costituzione degli Stati Uniti d'America conferisce alla giurisdizione federale il potere di decidere «*all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States*».

22

Le parole del giudice Story confermano la forte influenza che i principi di *Equity* inglesi hanno esercitato nel nuovo continente «*[equity jurisdiction of the federal courts] does not depend on what is exercised by courts of equity, or courts of law, in the several states; but depends upon what is a proper subject of equitable relief in the courts of equity in England, the great reservoir from which we have extracted our principles of jurisprudence*»⁵⁰.

L'ascendente inglese si ritrova altresì nell'esame delle interazione tra *Equity* e *common law*.

Proprio con riferimento al binomio *Laches – Limitation of Actions*, invero, così come il sistema inglese ha limitato l'utilizzo dell'istituto di *Equity* ai soli casi in cui mancasse un *Limitation period* legale, anche la Supreme Court ha precisato che «*courts of equity*

⁵⁰ FORT, *The New Laches: Creating Title Where None Existed* (August 8, 2008). MSU Legal Studies Research Paper No. 06-15; 16 *Geo. Mason L. Rev.* 357 (Winter, 2009).

*can no more disregard statutory and constitutional requirements and provisions than can courts of law. They are bound by positive provisions of a statute equally with courts of law»*⁵¹, confermando così una lettura dell'*Equity* al servizio della legge.

Malgrado il ruolo ancillare riconosciuto alla giurisdizione di *Equity* ed ai principi da questa elaborate, la *Doctrine of Laches* è stata espressamente classificata all'interno delle *federal rules of civil procedure* quale “*affirmative defense*”, vale a dire un tipo di difesa, o eccezione, con cui il convenuto, al fine di sottrarsi da una condanna, introduce nel procedimento elementi che non sono stati affrontati dall'attore al fine di pregiudicare l'accoglimento delle domande svolte.

Una delle decisioni maggiormente citate dalla dottrina in tema di *Laches* è un caso della *Supreme Court* del 1961, che ha visto contrapposti gli Stati Uniti d'America al signor Costello⁵² in relazione alla revoca della cittadinanza da quest'ultimo acquisita negli anni venti, per essere stato condannato per reati fiscali.

In questa pronuncia, la Corte Suprema ha dapprima chiarito la *ratio* della *doctrine* in esame, descrivendola in termini di preservazione dell'evidenza e dei mezzi di prova ed equiparandola, così, a quella della prescrizione⁵³.

Senonché, mentre da un lato è stata evidenziata l'analoga origine dei due istituti, dall'altro si citano numerosi precedenti con lo scopo di chiarire le differenze tra *Laches* e prescrizione: «*Laches is not, like limitation, a mere matter of time but principally a question of the inequity of permitting the claim to be enforced*»⁵⁴.

⁵¹ *Hedges v. Dixon County*, 150 U.S. 182 (1893).

⁵² *Costello v. United States*, 365 U.S. 265 (1961).

⁵³ «*The law of Laches, like the principle of the limitation of actions, was dictated by experience, and is founded in a salutary policy. The lapse of time carries with it the memory and life of witnesses, the muniments of evidence, and other means of proof*», *Costello v. United States*, cit., in motivazione.

⁵⁴ Allo stesso modo, si è osservato che «*Laches is premised on prejudice, not only delay. Statute of limitations are premised on delay, not prejudice. Moreover, a party may be unduly prejudiced by delay even though a statute of limitations does not bar a claim*», così DIDWANIA, *The defence of Laches in copyright infringements claims*, in *The University of Chicago law review*, 75, 3, 2008, 1231.

La valutazione di tale “*inequity*” è lasciata all’esame delle corti di merito⁵⁵, le quali dovranno considerare la presenza di presupposti di applicabilità che si aggiungono al mero decorso temporale.

Tali ulteriori requisiti sono stati riassunti nella sentenza *Davis v. Mangan*⁵⁶: «*Laches is an equitable remedy that prevents a plaintiff from asserting a claim due to a lapse of time. In order to prevail on a claim of Laches, a party must show (i) an unreasonable delay by the other party in asserting a legal or equitable right; (ii) a good faith change in position to his detriment by the party asserting Laches due to the delay. Extraordinary circumstances which would work a grave injustice must exist before Laches bars a suit filed within the limitation period*».

In primo luogo, le corti si sono quindi interrogate su quando si possa effettivamente parlare di ritardo nell’esercizio del diritto, così come su quando tale ritardo possa essere considerato irragionevole.

Il calcolo della lunghezza del ritardo ha inizio quando l’attore ha conosciuto, o avrebbe potuto ragionevolmente conoscere, l’esistenza della propria pretesa, e termina con l’esercizio dell’azione.

Così, nell’ipotesi in cui il titolare del diritto venisse a conoscenza dello stesso solo dopo lo spirare del *limitation period*, la pretesa sarebbe prescritta ma, al contrario, accolta sulla base dei principi di equità.

Diversamente, la pretesa attorea potrebbe essere preclusa in applicazione della *Doctrine of Laches*, ma non alla luce dello *Statute of Limitation*, nell’ipotesi in cui il titolare della posizione giuridica fosse stato consapevole, o avrebbe potuto esserlo, di un imminente violazione del proprio diritto. Questo perché «*while the statute of limitations is*

⁵⁵ In *O’Brien v. Wheelock*, 184 U.S. 450 (1902) «*The doctrine of equity to withhold relief from those who have delayed the assertion of their claims for an unreasonable length of time is thoroughly settled. Its application depends on the circumstances of the particular case. It is not mere matter of lapse of time, but of change of situation during neglectful response, rendering it inequitable to find relief*». La particolare libertà di cui godono le corti nell’applicazione della *doctrine of Laches* è stata altresì evidenziata da ROBINSON: «*the application of Laches depends upon factual issues whose resolution are within the discretion of a trial court. Consequently, courts often defer a Laches decision until after an evidentiary hearing, conducted either in conjunction with the trial on the merits or separately*», così in *Laches in federal substantive law: relation to statutes of limitation*, in 56, *B.U. L. Rev.*1976, 973.

⁵⁶ *Davis v. Mangan*, Tex. App – Huston [14° Dist.], 2005.

triggered only by violations – i.e. actual infringements – the Laches period may be triggered when a plaintiff knows or has reason to know about impending infringement»⁵⁷.

Con riferimento alla valutazione della ragionevolezza o meno del lasso di tempo decorso, le corti d'oltreoceano hanno dedicato particolare attenzione all'eventuale comportamento fraudolento di colui che eccipisce la difesa in esame; alla conservazione della “*necessary evidence*”⁵⁸ che può essere altresì pregiudicata dalla morte o dalla sopravvenuta incapacità (anche di un terzo)⁵⁹ ed, infine, all'esistenza di un analogo *limitation period*⁶⁰.

In seconda battuta, in punto di individuazione di un “*prejudice*” in danno all'obbligato, questo è stato ritenuto essere integrato tanto in ipotesi di “*evidentiary harm*” (morte fisica, incapacità sopravvenuta, perdita di memoria) quanto in quella di “*economic harm*”, inteso come perdita di investimenti monetare effettuati facendo affidamento sulla circostanza che il diritto si dava per rinunciato o, comunque, non sarebbe stato azionato⁶¹.

Tuttavia, la circolazione del modello inglese in seno al diritto americano, non stupisce, anche alla luce delle numerose similitudini che i due ordinamenti condividono.

⁵⁷ *Kling v. hallmark cards, inc*, 225, 1038 (9th Cir 2000).

⁵⁸ FORT, GROW, MCCORKLE, NEWLAND, *Indian Claims and the Real Origins of Certain Equitable Defense*, Indigenous La & Policy Center Working Paper 2006 – 01, Michigan State University College of Law.

⁵⁹ Pomeroy's Equity Jurisprudence, §1443 «*Where important evidence in behalf of the defendant has been lost during the delay of the complainant, he will generally be barred from relief. The loss may result from death or incapacity of some the witnesses. Again, the delay may be so long that under the circumstances many of the important facts have become obscured*».

⁶⁰ Sebbene, sia stato altresì osservato che «*The running of the statute merely indicates that the delay may have been unreasonable. However, the evaluation of the reason for the delay and of the resulting prejudice to the defendant should be left to the discretion of the trial court, a discretion to be exercised by employing traditional equitable principles and process*», così ROBINSON, *Laches in federal substantive law: relation to statutes of limitation*, op. cit., 988.

⁶¹ KIM, *To bar or not to bar? The application of an equitable doctrine against a statutory mandated filing period*, in *University of California, Davis*, 43, 1715, 2010.

Al fine di testare la persuasività della dottrina in esame, è interessante verificare se questa abbia avuto uguale successo anche fuori dal *common law*: l'indagine deve quindi rivolgersi ai sistemi cd. "misti"⁶².

Tra questi, il sistema giuridico in cui il *transplant* considerato ha avuto maggior successo è quello Filippine, il cui ordinamento é disciplinato secondo i principi di *common law*, a seguito della colonizzazione ad opera degli Stati Uniti d'America tra fine ottocento e inizio novecento, mentre le leggi fondamentali sono risalenti al precedente dominio spagnolo.

Tuttavia la colonizzazione successiva ha reso le leggi spagnole da tempo superate nella sostanza, sebbene il paese sia ancora dotato di un codice civile riformato, da ultimo, nel 1949.

Nel rappresentare la posizione del proprio paese con riferimento al tema in esame, il Professor Pacifico Agabin ha scritto «*we follow the rule that equity will not aid a plaintiff whose unexcused delay if the suit were allowed, would be prejudicial to the defendant*»⁶³, individuando nel ritardo inescusabile nell'esercizio del diritto e nel pregiudizio patito dal convenuto a motive di tale postergazione dell'azione, gli elementi costitutivi dell'eccezione.

Sebbene solo con riferimento ad una specifica fattispecie quale la rivendica della proprietà da parte dello Stato, la *Doctrine of Laches* ha persino trovato espressa menzione all'interno della Costituzione della repubblica delle Filippine che all'articolo XI, sec. 15, reciti «*the right of the State to recover properties unlawfully acquired by public officials and employees, from them or from their nominees or transferees, shall not be barred by prescription, Laches or estoppel*».

⁶² Rientrano tradizionalmente tra le cd. *mixed jurisdiction* Sud Africa, Quabec, Scozia. Filippine e Louisiana. Tuttavia, per onere di completezza, i recenti sviluppi della sistemologia giuridica sottolineano la natura mista di tutti i sistemi giuridici esistenti «*dal momento che nessuno di questi appare attualmente costruito con materiali esclusivamente indigeni*», si veda AJANI – PASA, *Diritto comparato, casi e materiali*, Giappicchelli editore, 2013.

⁶³ VAQUER, *Verwirkung Versus Laches: A tale of two Legal Transplants*, op. cit., 57.

Nonostante ciò, in conformità alle origini dell'istituto, per una definizione dei *Laches* occorre guardare alla giurisprudenza ed alla ricostruzione operata in seno alla *Supreme Court*.

In *Domenica Cutanda & al. v. Heirs of Roberto Cutanda & al.*⁶⁴, il giudice Mendoza ha ricordato la distinzione esistente tra prescrizione e *Laches* in questi termini: «*While prescription is concerned with the fact of delay, Laches is concerned with the effect of delay. Prescription is a matter of time; Laches is principally a question of inequity of permitting a claim to be enforced, this inequity being founded on some change in the condition of the property or the relation of the parties. Prescription is statutory; Laches is not. Laches applies in equity, whereas prescription applies at law. Prescription is based on fixed time, Laches is not*».

Parimenti, in *Esalyn Chavez et. al. v. Edna Bonto Perez et al.*⁶⁵, il giudice Puno ha statuito: «*The Doctrine of Laches or stale demands cannot be applied to petitioner. Laches has been defined as the failure or neglect for an unreasonable and unexplained length time to do that which, by exercising due diligence, could or should have been done earlier, thus giving rise to a presumption that the party entitled to assert it either has abandoned or declined to assert it. It is not concerned with mere lapse of time; the fact of delay, standing alone, is insufficient to constitute Laches. The doctrine of Laches is based upon grounds of public policy which requires, for the peace of society, the discouragement of stale claims, and is principally a question of the inequity or unfairness of permitting a right or claim to be enforced or asserted. There is no absolute rule as to what constitutes Laches; each case is to be determined according to its particular circumstances. The question of Laches is addressed to the sound discretion of the court, and since it is an equitable doctrine, its application is controlled by equitable considerations. It cannot be worked to defeat justice or to perpetrate fraud and injustice*».

⁶⁴ G.R. No. 109215. July 11, 2000.

⁶⁵ G.R. No. 109808 March 1, 1995.

Infine, in *Imperial Victory Shipping Agency v. NLRC*⁶⁶, il giudice Medialdea ha precisato: «*Laches is a doctrine in equity while prescription is based on law. Our courts are basically courts of law not courts of equity. Thus, Laches cannot be invoked to resist the enforcement of an existing legal right [...] Courts exercising equity jurisdiction are bound by rules of law and have no arbitrary discretion to disregard them [...] As for equity, which has been aptly described as a "justice outside legality," this applied only in the absence of, and never against, statutory law or, as in this case, judicial rules of procedure [...] Thus, where the claim was filed within the three-year statutory period, recovery therefore cannot be barred by Laches. Courts should never apply the Doctrine of Laches earlier than the expiration of time limited for the commencement of actions at law*».

Riassumendo, la giurisprudenza ricordata sottolinea che, a differenza dei cd. *limitation period*, la *Doctrine of Laches* non si fonda sul mero fatto del ritardo e la sua misura, bensì sugli effetti che la protratta inerzia può riverberare sulla controparte, la quale potrebbe ben ritenere la rinuncia del diritto da parte del suo titolare.

Tuttavia, in considerazione della portata relativamente limitata riconosciuta alla giurisdizione di *Equity* all'interno di un sistema caratterizzato da importanti elementi propri della tradizione di *civil law*, si limita l'operatività dell'eccezione fondata sull'affidamento ai soli casi in cui non è previsto un termine di prescrizione legislativamente posto, ciò in quanto occorre rifuggire dal riconoscere al formante giudiziario un potere discrezionale assoluto, inteso come sciolto da qualsiasi ancoraggio con il diritto positivo.

Pur con queste significative distanze, emerge l'identità di presupposti alla base della *Doctrine of Laches* inglese ed il suo recepimento in seno al sistema filippino: entrambe mirano a soddisfare un'esigenza di giustizia sostanziale indipendentemente dall'esistenza di un termine per l'esercizio di un diritto; entrambe richiedono un mutamento nelle circostanze concrete in ragione del ritardo ed entrambe, per l'effetto, sottolineano l'insufficienza del mero ritardo al fine di precludere l'attuazione di un

⁶⁶ 200 SCRA 178 (1991).

diritto ed entrambe, infine, non possono essere applicate prima dello scadere del termine di prescrizione legislativamente previsto, laddove questo vi sia.

§ 1.2. CASI PRATICI DI APPLICAZIONE DELLA DOCTRINE OF LACHES: IL CASO DEI COPYRIGHT CLAIMS

Da ultimo, è interessante indagare in quali campi la *Doctrine of Laches* ha conosciuto maggiore applicazione e quali problematiche sono emerse dall'attuazione dei principi finora esposti.

L'esame delle *authorities* rivela che i *Laches* sono stati principalmente applicati in fattispecie in materia di diritto di proprietà con ad oggetto l'obbligazione di corrispondere un canone per l'utilizzo di un fondo, l'occupazione di un terreno oppure la titolarità del diritto di proprietà in ambito successorio.

Ugualmente, largo uso della *doctrine* in esame è stata fatta nell'ambito del diritto marittimo, attesa la mancanza di un *limitation period* legislativamente previsto per diverse fattispecie connesse a detto ramo giuridico⁶⁷.

Particolarmente interessante è l'applicazione dell'istituto in esame ai cd. *Copyright claims*, tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti d'America.

Nel caso *Fisher v. Brooker & others*⁶⁸ - l'ultimo deciso dalla *House of Lords* prima della sua metamorfosi in Supreme Court nel 2009 – è stata affrontata una controversia relativa ai diritti d'autore della canzone “*A Whiter Shade of Pale*”, una delle più celebri canzoni degli anni sessanta, registrata dai Procol Harum nel 1967 e poco dopo pubblicata come singolo dalla Essex Music Ltd., casa di produzione del gruppo.

La musica, nella sua versione originale, era stata composta da Brooker, *leader* della band, mentre il testo era stato scritto da Reid, il *manager* del gruppo, i quali si

⁶⁷ È stato osservato che «*the trend in admiralty courts is to look on Laches with increasing disfavour. This century's evolution of the disjunctive rule has served to assist plaintiffs by easing their maritime personal injury and death actions, it is possible that there will be less successful Laches defenses. Perhaps the admiralty doctrine of Laches, that wand of equity, as Justice Brown of the Fifth Circuit has termed it, has grown “gentler and kinder”*», Così VASS – CHEN, *The Admiralty Doctrine of Laches*, in 53 La. L. Rev. 495, 1992.

⁶⁸ [2009] UKHL 41.

accordarono affinché i diritti di *Copyright* fossero riconosciuti alla Essex, in cambio di *royalties* sugli incassi.

Senonché, alcuni anni dopo, Fisher entrò a fare parte del gruppo quale organista e compose un nuovo arrangiamento del brano che ebbe molto successo. Così, nel corso del 2005, Fisher notificò a Brooker ed alla Essex atto di citazione al fine di far valere la propria pretesa di partecipare alla ripartizione delle *royalties*.

Malgrado fossero trascorsi quasi quarant'anni, il giudice di primo grado statuì in favore di Fisher. Diversamente, la *Court of Appeal* rigettò la pretesa in ragione del considerevole ritardo nell'esercizio dell'azione da parte di Fisher che, consapevole dei propri diritti sulle *royalties*, aveva ugualmente atteso quasi quarant'anni prima di esigere la propria percentuale.

Tuttavia, Fisher, condividendo la decisione della corte per quanto atteneva al passato, insistette davanti alla *House of Lord* per vedere riconosciuta la propria quota in partecipazione per il futuro, ed i guadagni che, successivamente al 2005, sarebbero maturati in ragione del diritto d'autore.

30

Nella propria *opinion* Lord Neuberger ha ripercorso minuziosamente i fatti di causa, evidenziando come non vi fosse un *limitation period* legislativamente stabilito applicabile al caso in esame, ed ha altresì esaminato le questioni giuridiche affrontate dalla *Court of appeal*, compresa l'applicabilità della *Doctrine of Laches*.

In primo luogo, Lord Neuderger dà atto di come, nel corso del giudizio di appello, il giudice avesse erroneamente ritenuto che «*no requirement of detrimental reliance for the application of acquiescence or Laches*», quando, invero – come sottolineato nelle pagine che precedono - «*some sort of detrimental reliance is usually an essential ingredient of Laches*».

Fatta questa precisazione, il giudice ha esposto le ragioni per cui, a suo avviso, una difesa basata sulla *Doctrine of Laches* non potesse essere efficacemente esperita: «*The argument based on Laches faces two problems. The first is that ... Laches only can bar equitable relief, and a declaration as to the existence of a long term property right,*

recognised as such by statute, is not equitable relief. It is arguable that a declaration should be refused on the ground of Laches if it was sought solely for the purpose of seeking an injunction or other purely equitable relief. However, as already mentioned, that argument does not apply in this case. Secondly, in order to defeat Mr Fisher's claims on the ground of Laches, the respondents must demonstrate some "acts" during the course of the delay period which result in "a balance of justice" justifying the refusal of the relief to which Mr Fisher would otherwise be entitled. For reasons already discussed, the respondents are unable to do that. They cannot show any prejudice resulting from the delay, and, even if they could have done so, they have no answer to the judge's finding at [2006] EWHC 3239 Ch, para 81, that the benefit they obtained from the delay would outweigh any such prejudice».

Riassumendo, pur in assenza di un termine di prescrizione previsto dagli *statutes* in materia di *copyright*, la *House of Lord* ha ritenuto la disciplina dei *Laches* non applicabile riaffermando, tanto la natura di *equitable defence* dell'istituto, non applicabile *at law*, quanto l'insufficienza di un mero ritardo nell'esercizio del diritto, essendo invece necessaria l'esistenza di un pregiudizio in capo al convenuto e, per tali ragioni, ha accolto la pretesa di mister Fisher statuendo il diritto di quest'ultimo di partecipare alla distribuzione delle *royalties* nella misura del quaranta per cento.

Come anticipato, il binomio *Doctrine of Laches* e *copyright claims* è stato largamente esplorato anche dagli studiosi d'oltreoceano che, in seguito a numerose pronunce di segno contrastante da parte delle corti americane, si sono interrogati circa la possibilità che la *doctrine* in esame violi il principio costituzionale della separazione dei poteri.

In primo luogo, occorre precisare che, a differenza di quanto visto nella sentenza *Fisher v. Brooker & others* per l'ordinamento inglese, la legislazione federale statunitense stabilisce per i *copyright claims* uno specifico *limitation period* di tre anni.

Sebbene la Costituzione degli Stati Uniti d'America all'articolo I garantisca al Congresso il potere di "*promote the progress of Science and useful Arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective Writings and Discoveries*", il *Copyright Act* del 1909 prevedeva un *limitation period* applicabile

alle sole violazioni di carattere penale e non a quelle sorte in ambito civilistico, che si differenziavano dalle prime per l'assenza dell'elemento soggettivo dell'intenzionalità della violazione.

Senonché, in assenza di un'espressa statuizione di diritto positivo, le corti volsero lo sguardo alla giurisdizione statale, applicando per analogia i termini di prescrizione previsti per altri *tort claims*. A titolo esemplificativo, si pensi che nel 1948 la *Court of Appeal* del *fifth circuit* riteneva una pretesa prescritta decorso un anno dal sorgere della stessa in applicazione di una legge dell'Alabama ai sensi della quale tutti i *tort claims* avrebbero dovuto essere esercitati in tale brevissimo lasso temporale. Al contrario, nel 1950 una *District Court* dello Stato di New York riteneva applicabile alla fattispecie in esame un termine di prescrizione sessennale⁶⁹.

Nel 1957, al fine di garantire “*uniformity*” e “*certanty*” nell'applicazione della legge, così come di combattere sempre più frequenti episodi di *forum shopping*, il Congresso emendò il *Copyright Act* del 1909 nel senso di prevedere un termine di prescrizione triennale applicabile al *civil copyright infringement claims*.

32

Successivamente, quando nel 1976 il ramo del diritto d'autore venne riformato, il Congresso mantenne il termine triennale precedentemente adottato sicché, ad oggi, la *section 507 (b)* del *Copyright Act* recita: “*No civil action shall be maintained under the provisions of this title unless it is commende within three years after the claim accrued*”.

Alla luce della natura residuale dei rimedi di *Equity*, così come della soluzione offerta in seno al sistema inglese con riferimento alla applicabilità della *Doctrine of Laches* in presenza di un *limitation period* legislativamente stabilito, era prevedibile che l'emanazione del *Copyright Act* del 1976 pregiudicasse significativamente l'emissione di *decisions* motivate alla luce del principio in esame.

Tuttavia, così non è stato. Malgrado il triennale *limitation period* e - si aggiunga - la fusione tra le *court of equity* e le *court of law* ad opera delle *federal rules of civil procedure*, la giurisprudenza statunitense ha continuato a sostenere la vitalità della

⁶⁹ KIM, *To bar or not to bar? The application of an equitable doctrine against a statutory mandated filing period*, op. cit., 1715.

Doctrine of Laches per tutte le ipotesi in cui l'accoglimento di una pretesa sia ritenuto "unfair" ed "inequitable"⁷⁰.

La situazione apparentemente contraddittoria appena descritta si riflette perfettamente sulle posizioni adottate in seno alle *federal circuit courts* in materia di applicabilità della *Doctrine of Laches* ai *copyright claims*⁷¹.

La giurisprudenza del *Fourth Circuit* fonda sulla teoria della separazione dei poteri il proprio rifiuto, senza eccezione alcuna, di applicazione della *Doctrine of Laches* in materia di diritto d'autore⁷².

Celebre è il caso *Lyons Partnership v. Morris Costumes Inc.*, deciso nel 2001 e riguardante la titolarità del diritto di proprietà intellettuale di "Barney", un personaggio animato a forma di dinosauro, identificabile per il suo colore viola e reso celebre agli inizi degli anni novanta da un programma televisivo statunitense, di cui Lyons possedeva i diritti di proprietà intellettuale sin dal 1992, anno della sua prima apparizione.

Nel 1997 Lyons promosse un'azione nei confronti della Morris Costume per avere commercializzato tre diversi costumi rappresentanti un dinosauro viola, sul presupposto che i bambini avessero acquistato il prodotto nella convenzione di travestirsi da Barney.

⁷⁰ KIM, *To bar or not to bar? The application of an equitable doctrine against a statutory mandated filing period* op. cit., 1717.

⁷¹ Si precisa che la material del diritto d'autore non è l'unica a presentare un contrasto giurisprudenziale con riferimento alla possibilità di applicare o meno la *Doctrine of Laches* in presenza di un *limitation period* legislativamente previsto. Con riferimento alle controversie disciplinate dal *Civil Rights Act* del 1964, ad esempio, tanto la corte dell'ottavo quanto quella del secondo circuito hanno chiarito doversi considerarsi regola predominante l'impossibilità di precludere l'accoglimento di un diritto quando questo sia stato esercitato nel termine di prescrizione legislativamente stabilito. La stessa posizione è stata quindi adottata in seno al nono circuito con riferimento alle controversie inerenti l'*age discrimination* in *employment act*. Tuttavia, sempre in materia di diritto del lavoro e, in particolare, nel giudicare un caso disciplinato dall'*employee retirement income security act*, il settimo circuito ha definito la tesi per cui la *Doctrine of Laches* contrasterebbe con il principio di separazione dei poteri, e pertanto non potrebbe essere applicata in presenza di un *legal limitation period*, semplicemente "odd", ossia "bizzarro".

⁷² È stato osservato che «*while the fourth circuit stands alone with its complete ban on Laches, it is not alone on the separation of power issue. The sixth, tenth, and eleventh circuits allow Laches to restrict copyright Act's statute of limitations in rare cases, but each circuit agrees with the Fourth circuit that doing so raises separation of powers concerns*» così CALWELL, *Can the Application of Laches Violate the Separation of power?: A surprising answer from a Copyright Circuit split*, 44 *Val. U. L. Rev.* 469, 2010, 490.

In primo grado, sebbene fossero passati quattro anni tra il momento in cui Lyons aveva avuto contezza della violazione del proprio diritto e quello in cui aveva promosso un'azione giudiziale, la pretesa non venne ritenuta prescritta né preclusa ai sensi della *Doctrine of Laches* sul presupposto che ogni vendita o affitto del costume costituisse una nuova violazione.

La decisione fu confermata dalla corte d'appello del *fourth circuit* che motivò il proprio rifiuto di applicare una *equitable defence* in presenza di un termine di prescrizione di diritto positivo sulla base, appunto, del principio della separazione dei poteri: «*when considering the timeliness of a cause of action brought pursuant to a statute for which Congress has provided a limitations period, a court should not apply Laches to overrule the legislature's judgment as to the appropriate time limit to apply for actions brought under the statute. Separation of power principles thus preclude us from applying the judicially created doctrine of Laches to bar a federal statutory claim that has been timely filed under an express statute of limitations*». ⁷³

Sul versante opposto si colloca, invece, la giurisprudenza delle corti del *ninth circuit* che, solo cinque mesi dopo la sentenza relativa *Lyons Partnership v. Morris Costumes Inc.*, si è pronunciata nel senso di ammettere l'utilizzo dei *Laches* quale *affirmative defense* nei *copyright claims*, anche prima del decorso dei tre anni legislativamente previsti.

La pronuncia a cui si è fatto cenno è stata resa nell'agosto del 2001 nel celebre caso *Danjac LLC & others V. Sony Corp. & others*⁷⁴, riguardante il diritto d'autore per il personaggio cinematografico di James Bond ed il celebre film “*Thunderball: operazione tuono*” del 1975.

Tralasciando di dilungarsi nell'esposizione dei fatti di causa attesa la loro complessità e la molteplicità di parti coinvolte, ai fini del presente lavoro si deve evidenziare quanto statuito dalla *court of appeal*, che ha fondato il rigetto della pretesa attore sulla *Doctrine of Laches*, precisando altresì come questa precludesse non solo il provvedimento al suo

⁷³ *Lyons P'ship v. Morris Costumes, Inc.*, 243 F3d 789 (4th Cir, 2001).

⁷⁴ *Danjaq LLC v. Sony Corp.*, 263 F.3d 942 (9th Cir. 2001).

esame, bensì anche mere potenziali e *future injunctions* che sarebbero state richieste in seguito ad eventuali e future violazioni del diritto considerato.

La *section 502 (a)* del *Copyright Act*, invero, legittima parte attrice a richiedere un *injunction* nei confronti del convenuto resosi colpevole di una violazione in materia di diritto d'autore.

Ci si è, pertanto, chiesti se la *Doctrine of Laches* - sorta al fine di garantire una tutela alla parte che subisce pregiudizio in ragione di una condotta dilatoria della propria controparte - possa condurre alla preclusione anche del cd. *Prospective Injunctions*, rimedio teso a sanzionare eventuali violazioni future al diritto tutelato. Una risposta positiva è stata, per l'appunto offerta dal *ninth circuit*.

Nondimeno, meritano di essere riprodotte le motivazioni addotte dalla *court of appeal* nel caso in esame, in quanto offrono una dettagliata ricostruzione dell'istituto e dei presupposti per la sua applicabilità, senza tuttavia fare alcun riferimento al tema della separazione dei poteri, che invece si era dimostrato determinante per la soluzione offerta dal *fourth circuit*.

35

La corte, infatti, in primo luogo evidenzia con chiarezza la ratio su cui si fonda la *Doctrine of Laches*: «*It must be obvious to every one familiar with equitable principles that it is inequitable for the owner of a copyright, with full notice of an intended infringement, to stand inactive while the proposed infringer spends large sums of money in its exploitation, and to intervene only when his speculation has proved a success. Delay under such circumstances allows the owner to speculate without risk with the other's money; he cannot possibly lose, and he may win*».

Al fine di dimostrare che ricorre un'ipotesi di *Laches* – spiega la corte - il convenuto «*must prove both an unreasonable delay by the plaintiff and prejudice to itself*».

Pertanto, i due presupposti sono presi in esame separatamente.

Quanto al ritardo, la corte lo individua con il periodo compreso tra il giorno in cui l'attore conosceva, o avrebbe dovuto conoscere, della condotta illecita, sino a quello in

cui ha inizio il processo nell'ambito del quale il convenuto si eccepisce l'operatività della *Laches defense*.

La ragionevolezza del ritardo, invece, si determina esaminando le cause dell'inerzia, sicché l'eccezione potrebbe non essere accolta laddove il ritardo fosse dovuto alla necessità di attendere la definizione di un procedimento amministrativo o, ancora, per l'ipotesi in cui l'azione presenta particolari complessità ed, infine, quando il ritardo è dovuto alla particolare gravosità economica del processo. Tuttavia, l'aver intentato un'azione con irragionevole ritardo non è sufficiente per il rigetto della pretesa, essendo necessario che il convenuto abbia patito un pregiudizio a motivo della condotta del legittimato attivo.

L'elemento del danno in capo al convenuto rappresenta una delle più significative distinzioni tra la difesa in *Equity (laches)* e quella in *common law (limitation of action)*, tanto che le corti hanno individuato due categorie di pregiudizi che devono essere presi in considerazione e che, rispettivamente, attendono al principio di apparenza (*evidentiary*) e di affidamento (*expectation*)⁷⁵.

Unica eccezione alla *doctrine* così delineata è l'ipotesi di *criminal copyright infringement*: «*Over the past eighty-five years, various courts have held that Laches does not bar a suit against a deliberate infringer. This principle appears to be based on the equitable maxim that he, who comes into equity, must come with clean hands*»⁷⁶.

A conclusione del ragionamento svolto – come anticipato - la corte ritiene non essere stata offerta prova dell'intenzionalità della violazione, con conseguente accoglimento della *defence of Laches* e rigetto per l'intero delle domande attoree.

In tempi più recenti, nel dialogo tra le *federal circuit courts*, si è inserita la posizione del *sixth circuit*, resa nella decisione *Chirico v. Crosswinds Communities, Inc.* del 2007.

⁷⁵ «*Evidentiary prejudice includes such things as lost, stale, or degraded evidence, or witnesses whose memories have faded or who have died [...] A defendant may also demonstrate prejudice by showing that it took actions or suffered consequences that it would not have, had the plaintiff brought suit promptly*», *Danjaq LLC v. Sony Corp.*, cit., in motivazione.

⁷⁶ Sulla *willfulness* exception si cfr., *ex multis*, *DIDWANIA, The defence of Laches in copyright infringements claims*, op. cit., 1232.

Il caso attiene al diritto d'autore registrato nel mese di novembre 1997 da Michael Chirico su un progetto architettonico di edilizia residenziale. Nel mese di dicembre 2000 il concorrente Bernard Gliebberman iniziò la progettazione di un diverso complesso immobiliare sulla base dei disegni di Chirico.

Nel mese di aprile 2001 Chirico promosse dunque azione nei confronti di Gliebberman ai sensi del *Copyright Act*. Tuttavia, nel corso dell'istruttoria, Chirico scoprì altresì che Gliebberman, in accordo con la Crosswinds Communities Inc., aveva progettato la costruzione di un secondo complesso ispirato al progetto coperto da diritto d'autore sin dal 1997. Più nel dettaglio, nel mese di maggio 2002 il convenuto avvertì Chirico dell'imminente inizio dei lavori di detto secondo complesso.

Così, nel mese di Novembre 2003, Chirico promosse un secondo giudizio nei confronti, questa volta, della Crosswinds. Tuttavia, la pretesa fu rigettata poiché la corte ritenne che, sebbene non fosse spirato il termine triennale di prescrizione, Chirico avrebbe dovuto adottare le misure per la tutela del proprio diritto d'autore già nel mese di maggio 2002. Il silenzio serbato malgrado l'esplicito avvertimento da parte delle parti convenute, avrebbe, nella ricostruzione della corte, da un lato creato un legittimo affidamento nella controparte e, dall'altro, determinato un pregiudizio economico in capo al convenuto che aveva effettuato numerosi investimenti in vista dei lavori edilizi.

In appello, confermando il ragionamento esposto, il *sixth circuit* ha considerato integrata un'ipotesi di *Laches* e, pertanto, ha rigettato a richiesta di *Injunctions* fatta da Chirico e tesa alla demolizione dell'edificio. Tuttavia – e qui si manifesta la soluzione intermedia adottata dalla giurisprudenza in esame – la corte ha accolto la richiesta di carattere risarcitorio formulata dall'attore, condannando così la Crosswinds al pagamento di una somma di denaro.

La corte stessa ha così osservato: «*we have carved out a middle ground between the Fourth Circuit's strict prohibition [...] in cases involving a statute with explicit limitations provision and somewhat more expansive application of the doctrine by the Ninth Circuit [...] a flat proscription such as that invoked by the fourth Circuit against the defense of Laches in cases involving a federal statutory claim is both unnecessary*

and unwise [...] the equitable doctrine of Laches can, therefore, be applied in copyright cases in this circuit in what can best be described as unusual circumstances».

Nel caso di specie, le richieste “*unusual circumstances*” sono state rinvenute nel silenzio mantenuto di fronte alla notizia della costruzione dell’immobile da parte della società convenuta e nel legittimo affidamento in quest’ultima generato; nell’eccessivo disagio arrecato con tale silenzio alla Crosswinds; ed, infine, nel pregiudizio che l’ordine di distruzione dell’immobile avrebbe arrecato ai terzi suoi occupanti.

Allo stesso tempo, gli effetti pregiudizievoli non sarebbero, ad avviso della corte, legati ad una condanna pecuniaria di natura risarcitoria in capo all’impresa costruttrice, tanto più che la circostanza che il *limitation period* non fosse totalmente trascorso costituirebbe «*a strong presumption that plaintiff’s delay in bringing the suit for monetary relief is reasonable*».

La decisione nel caso Chirico è stata aspramente criticata da parte della dottrina⁷⁷.

I detrattori, in particolare, hanno individuato tre diversi punti deboli della soluzione accolta dal *sixth circuit*.

In primo luogo, la sentenza non è stata ritenuta conforme al principio di separazione dei poteri e rispettosa del criterio interpretativo dell’*intentio legis*⁷⁸, avendo il congresso ritenuto equo garantire al titolare di un diritto d’autore il potere di esercitarlo per almeno tre anni.

Tale soluzione, nelle parole di coloro che la sostengono, sarebbe altresì promossa dalla *Supreme Court*, avendo la stessa osservato che «*if Congress explicitly puts a limit upon the time for enforcing a right which it created, there is an end of the matter. The Congressional statute of limitation is definitive*»⁷⁹.

⁷⁷ KIM, *To bar or not to bar? The application of an equitable doctrine against a statutory mandated filing period*, op. cit., 1725.

⁷⁸ «*Congress’s intent in passing 17 U.S.C. § 507 (b) is clear: all copyright infringement claims run on the same clock*» così LOCKE, *Resetting the doomsday clock: is it constitutional for Laches to bar copyright infringement claims within the statute of limitations?*, in *Buffalo intellectual property law journal*, 6:2, 2009, 134 – 157.

⁷⁹ LOCKE, *Resetting the doomsday clock: is it constitutional for Laches to bar copyright infringement claims within the statute of limitations?*, op. cit., 141.

Secondariamente, la soluzione offerta dal *ninth* (così come dal *sixth circuit*), violerebbe il cd. *due process of law*, rendendo impossibile per la parte conoscere preventivamente se la propria pretesa sarà soddisfatta e, del pari, limitando il diritto di difesa costituzionalmente garantito⁸⁰.

In terzo luogo, è stato osservato come nella decisione Chirico la stessa *Doctrine of Laches* non sia stata correttamente applicata, atteso che la seconda violazione intervenuta nel mese maggio 2002 avrebbe dovuto ritenersi intenzionale e, perciò, in violazione della *clean hands doctrine*.

Infine, la sentenza Chirico è stata ritenuta contraria all'ordine pubblico che richiederebbe invece di favorire l'espressione creativa ed il rispetto delle arti. In particolare, si è osservato che la decisione presa destabilizzasse la fiducia riposta dai titolari di un diritto d'autore nella tutela offerta dalla legge ed i rimedi a ciò strumentali⁸¹.

Senonché, il conflitto in seno alle corti si è trasferito nelle pagine della dottrina.

Alcuni autori hanno infatti ritenuto l'argomento fondato sulla separazione dei poteri un falso problema poiché lo *Statute of Limitations* individuerebbe solo il tempo massimo entro cui agire in giudizio, nulla statuendo sul minimo che invece dovrebbe essere ricercato dalle corti nel tentativo di raggiungere l'esatto equilibrio tra l'interesse dell'attore e l'eventuale danno patito dal convenuto⁸². In questa prospettiva, potrebbe quindi darsi l'ipotesi che, talvolta, il termine di prescrizione triennale risulti eccessivamente lungo mentre, tal'altra, eccessivamente restrittivo.

Ancora una volta, la ricerca di una soluzione "giusta" nel caso concreto si opporrebbe ad una acritica applicazione del termine di prescrizione di diritto positivo.

⁸⁰ LOCKE, *Resetting the doomsday clock: is it constitutional for Laches to bar copyright infringement claims within the statute of limitations?*, op. cit., 141.

⁸¹ «allowing even a single equitable exception to a general statute undercuts its purpose and integrity [...] failing to uphold congressional enactments leads directly to consequences legislators sought to avoid: forum shopping and inconsistent judgments», così LOCKE, *Resetting the doomsday clock: is it constitutional for Laches to bar copyright infringement claims within the statute of limitations?*, op. cit., 1733.

⁸² «Statutes of limitations, like the equitable doctrine of Laches ... are designed to promote justice by preventing surprises through the revival of claims that have been allowed to slumber», *Railroad Telegraphers v. Railway Express Agency*, 321 US 342, 348 – 49 (1944), in motivazione.

A detta esigenza si aggiungerebbero poi specifiche osservazioni di analisi economica del diritto, fondate sul fine ultimo della normativa in materia di copyright individuato nell'incentivare la produzione, valorizzazione e utilizzo dell'opera creativa.

Secondo tale tesi, escludere *tout court* l'applicabilità della *Doctrine of Laches* finirebbe col compromettere importanti investimenti su di un progetto da parte del cd. *second user*. Ciò poiché, nel caso in cui il secondo utilizzatore non avesse la possibilità di conoscere con esattezza l'eventuale esistenza di un diritto di *copyright* sull'opera e la titolarità dello stesso, sarebbe indotto a desistere dall'impiegare energie e risorse dalla possibilità di incorrere in responsabilità.

Ad oggi, non è possibile individuare una soluzione largamente condivisa del problema esposto.

§ 2. INERZIA E PERENZIONE NEL DIRITTO TEDESCO: DIE VERWIRKUNG

Nel corso del ventesimo secolo, la capacità del potere giudiziario di influenzare l'esercitabilità dei diritti nel tempo si è affermata anche in seno all'ordinamento tedesco.

Ci si riferisce, in particolare, all'istituto di origine pretoria della *Verwirkung*.

Dagli inizi del ventesimo secolo, si è affermata in Germania una corrente di pensiero in forza della quale l'inerzia nel fare valere un diritto, prolungatasi in una misura tale da far sorgere nel debitore la ragionevole convinzione che il diritto stesso non sarebbe stato esercitato, avrebbe portato alla sua preclusione.

Tradizionalmente⁸³, la nascita della *Verwirkung* è fatta risalire al caso del ritardo nel pretendere la svalutazione monetaria da superinflazione⁸⁴. Negli anni immediatamente successivi alla prima guerra mondiale, infatti, l'istituto in parola è stato utilizzato nell'ambito di controversie in materia contrattuale influenzati in diversa maniera dal conflitto armato.

⁸³ Un'approfondita rassegna dei primitivi casi di applicazione dell'istituto in parola è offerta da RANIERI, *Rinuncia Tacita e Verwirkung, Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Cedam, 1971, 14 ss.

⁸⁴ PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in Garofalo, *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Cedam, 2006, 106.

In particolare, in seguito alla contingente situazione internazionale, all'inizio degli anni venti il marco aveva subito una forte svalutazione con conseguente aumento dei prezzi all'ingrosso del 335% nel giro di pochi mesi⁸⁵. Così, al fine di fronteggiare una così importante svalutazione, i giudici furono portati a riconoscere in via equitativa⁸⁶ al creditore, il quale la richiedesse, la rivalutazione del credito.

Tuttavia, sul presupposto che una tale prassi potesse favorire comportamenti abusivi da parte del creditore⁸⁷, il *Reichsgericht* precisò che il creditore avrebbe dovuto considerarsi decaduto dal diritto di ottenere la rivalutazione qualora tale diritto fosse stato esercitato dopo un periodo di tempo così lungo da far sorgere nel debitore l'affidamento sul suo non esercizio.

Al di là della fattispecie concreta con riferimento alla quale l'istituto della *Verwirkung* si è sviluppato, la *ratio* che ha indotto la giurisprudenza ad un simile operato creativo è da ricercarsi nella volontà di sanzionare una condotta sleale da parte del titolare della situazione giuridica di vantaggio, specialmente laddove il termine di prescrizione mancasse o fosse ritenuto eccessivamente lungo in relazione allo svilupparsi degli affari commerciali ed all'atteggiamento soggettivo che le parti assumono nello svolgimento del rapporto.

A fronte di una relativamente rapida affermazione in seno alle corti tedesche, in dottrina si è a lungo dibattuto circa il fondamento giuridico dell'istituto in esame, trovandosi sul

⁸⁵ FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Giuffrè, 2007, 134.

⁸⁶ «La funzione che la *Verwirkung* svolge in Germania è essenzialmente equitativa: attraverso tale strumento la giurisprudenza individua infatti soluzioni che sarebbero ostacolate dalla lettera della legge ma che sembrano più rispondenti alle esigenze di giustizia del caso concreto» così BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Giuffrè, 2008, 199. Nello stesso senso FALCO, *La Buona fede e l'Abuso del diritto – principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, 2010, 214, che ha osservato «sviluppatosi in risposta all'esigenza di conciliare la crescente intensità degli scambi con i lunghi termini di prescrizione, l'istituto svolge essenzialmente una funzione equitativa, configurandosi come un'applicazione del principio dell'abuso del diritto o, più precisamente, secondo alcuni, del generale dovere di coerenza che si esprime nel divieto di venire contra factum proprium».

⁸⁷ «L'orientamento diretto ad attribuire la rivalutazione ai creditori di somme di denaro poteva indurre questi ad attendere intenzionalmente a pretendere il proprio diritto nei confronti di debitori dei quali fosse certa la solvibilità ... anche perché, a causa della fortissima svalutazione, il creditore avrebbe dovuto, subito dopo l'incasso, provvedere a spendere o a impiegare il denaro in investimenti al riparo dall'inflazione. Diveniva quindi conveniente – se il debitore era solvibile – attendere a pretendere il pagamento, sul presupposto della rivalutazione del credito stesso» così FALCO, *La Buona fede e l'Abuso del diritto – principi, fattispecie e casistica*, op. cit., 134.

confine di principi e teorie differenti quali la il dovere di buona fede, l'abuso di diritto e la prescrizione⁸⁸.

In particolare, in un primo momento prevalse la tesi di coloro che sostenevano la natura negoziale dell'istituto, appoggiando l'equazione tesa ad accostare *Verwirkung* e rinuncia tacita.

Senonché, tale *fiction* si dimostrò presto inadeguata⁸⁹ alla luce dell'impossibilità, in seno al BGB, che un rapporto obbligatorio potesse essere estinto per il mero intervento di un atto unilaterale, quale quello di rinuncia.

La ricerca di un fondamento dogmatico della *Verwirkung* si è perciò sviluppata su due binari paralleli rappresentati da un lato, dal richiamo al principio del "dovere di coerenza" o, più precisamente, del divieto di *venire contra factum proprium*, e, dall'altro, dal rinvio al più generale canone della Buona Fede accolto dal §242 BGB⁹⁰.

Tesi a lungo dominante è stata quella costruita sul divieto di tenere comportamenti contraddittori⁹¹.

Malgrado né il BGB né il codice commerciale tedesco contenessero una specifica disposizione volta a imporre ad un soggetto l'obbligo di comportarsi secondo coerenza, si è osservato che "il comportamento di chi esercita il proprio diritto dopo aver a lungo tenuto un atteggiamento passivo poteva essere facilmente considerato come

⁸⁸ Inizialmente, il dibattito tra gli studiosi riguardò, ad onor del vero, non solo il fondamento giuridico della *Verwirkung*, bensì anche l'effettiva utilità dello strumento in esame (che bene avrebbe potuto essere sostituito dalla tradizionale *exceptio doli generalis*) e l'impatto che questo avrebbe sortito in relazione al principio della certezza del diritto. Sul punto *cfr.* GAROFALO, *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, op. cit., 108.

⁸⁹ PATTI, *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino, 1999, 63, osserva che «Una assoluta concordanza di opinioni esiste [...] per quanto riguarda la natura non negoziale della *Verwirkung*, che viene definita quale effetto legale di un comportamento. Gli effetti sfavorevoli al titolare del diritto non si producono in forza di una sua dichiarazione negoziale, ma semplicemente come conseguenza dell'applicazione del principio di *Treu und glauben*».

⁹⁰ L'oscillazione tra le due soluzioni proposte quale fondamento dello strumento della *Verwirkung*, invero, non ha caratterizzato esclusivamente il dibattito dottrinale, ritrovandosi nelle motivazioni stese dalle stesse corti tedesche che ne hanno determinato il successo. Sul punto *cfr.* RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, op. cit., 21.

⁹¹ Testo classico sul tema è la monografia di RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, Leipzig, 1912. Tra gli italiani si veda RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, 279.

*contrastante il divieto di venire contra factum proprium*⁹², ciò in quanto l'esercizio del diritto potrebbe apparire antitetico rispetto al comportamento precedentemente adottato⁹³.

Senonché, siffatta ricostruzione è stata fortemente criticata da altra parte della dottrina che, individuando le differenze tra la *Verwirkung* e “*non venire contra factum proprium*”, ha ricondotto il fondamento dell'istituto in esame al principio di Buona fede codificato in sono al §242 BGB.

Più nel dettaglio, una prima critica mossa all'equazione svolta dalla tesi maggioritaria attiene il lasso temporale presupposto all'operatività della *Verwirkung*. Quest'ultima - come visto - si collega al fatto dell'astensione dal perseguire i propri diritti per un tempo che, sebbene non preventivamente individuato, determina la decadenza dall'esercizio del diritto alla luce dell'affidamento ingenerato nell'obbligato. Diversamente, il decorso di un significativo lasso di tempo non è richiesto per l'operatività del divieto di *venire contra factum proprium*, essendo sufficiente che il titolare della posizione vantaggiosa adotti due condotte tra le stesse incompatibili.

43

Un secondo punto debole della tesi volta a giustificare la *Verwirkung* alla luce del principio di non contraddizione consiste nel fatto che la *Verwirkung* opera in presenza di un iniziale comportamento omissivo del titolare del diritto, laddove, invece, nelle ipotesi di applicazione del principio di *non venire contra factum proprium* si hanno due comportamenti, entrambi di natura commissiva, uno successivo all'altro.

Da ultimo, si è altresì dubitato dell'utilità del rinvio al brocardo latino alla luce di definire l'istituto della *Verwirkung* quale violazione del principio generale della buona fede oggettiva:

“La circostanza che il comportamento del titolare del diritto possa essere definito contraddittorio rileva soltanto perché in tal modo si determina la violazione del principio di buona fede [...] non è corretto richiamare un principio che non ha propria

⁹² RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, op. cit., 24.

⁹³ «*se il comportamento arbitrario di un soggetto si pone in aperto contrasto con la sussistenza di un diritto di cui il soggetto può liberamente disporre, tale contrasto ha come conseguenza la estinzione del diritto*» Così si è espresso WALSMANN, *Der Verzicht*, Leipzig, 1912.

autonomia normativa, quando può farsi riferimento direttamente ad una norma che in ogni caso costituisce il fondamento del principio [...] il titolare che non esercita il diritto e non reagisce alla sua violazione, commette un abuso facendo valere il diritto dopo aver determinato con il suo comportamento un affidamento degno di tutela nella controparte”⁹⁴.

Al di là delle diverse teorie intorno al fondamento giuridico della *Verwirkung*, le argomentazioni di cui si è dato atto implicitamente chiariscono i presupposti dell’istituto in parola: il decorso del tempo; l’inattività del titolare del diritto e l’affidamento scusabile in capo all’obbligato.

Quanto al lasso di tempo durante il quale deve permanere l’inattività del creditore questo, diversamente da quanto attiene alla prescrizione, non è positivamente predeterminato ma è viene individuato dalle corti con specifico riferimento alle circostanze concrete. Si tratta, ovviamente, di un periodo più breve rispetto a quello di prescrizione⁹⁵, la cui determinazione è strettamente dipendente dalla sanzionabilità del comportamento tenuto dal titolare del diritto: “*the more the plaintiff’s behaviour offends good faith, the less the time needed for successful invocation of Verwirkung, and conversely*”⁹⁶.

44

L’inattività del titolare del diritto, invece, viene integrata – indipendentemente dalla possibilità di configurare un atteggiamento colposo del creditore - tanto dal non esercizio del diritto in senso stretto quanto alla non reazione davanti ad una violazione del diritto stesso.

Infine, è richiesto l’affidamento non dell’obbligato nel fatto che il titolare del diritto si sia determinato nel senso di non esercitarlo. Si tratta, in sintesi, di un affidamento che viene ritenuto meritevole di tutela alla luce del principio di buona fede oggettiva e, pertanto, non ricorre laddove il debitore abbia concorso a determinare l’inattività.

⁹⁴ PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, E. Jovene, 1978, 115 ss.

⁹⁵ Tuttavia, si evidenzia che in seguito alla *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002 i termini di prescrizione del diritto tedesco sono stati notevolmente ridotti, con conseguente limitazione dei casi di operatività della *Verwirkung*.

⁹⁶ VAQUER, *Verwirkung Versus Laches: A tale of two Legal Transplants*, op. cit., 62.

I presupposti di operatività della *Verwirkung* non comprendono, pertanto, l'esistenza di un pregiudizio - economico e processuale - in danno all'obbligato, che, invece, costituiva requisito essenziale nell'elaborazione della *Doctrine of Laches*. Questa osservazione, tornerà utile a breve laddove si esaminerà l'atteggiamento della giurisprudenza italiana di fronte alla possibilità di utilizzare il fattore temporale quale strumento per garantire un rimedio equo alla fattispecie in esame.

§ 2.1. CASI PRATICI DI APPLICAZIONE DELLA VERWIRKUNG.

L'Esame della casistica giurisprudenziale in cui la *Verwirkung* ha conosciuto applicazione e si è venuta sviluppando non è semplice.

In origine, la *Verwirkung* è stata applicata in relazione a controversie aventi ad oggetto l'esecuzione dei contratti.

Già nel corso del diciannovesimo secolo, ad esempio, l'istituto fu utilizzato nell'ambito di giudizi aventi ad oggetto la possibilità del venditore di procedere alla vendita d'ufficio di cose facilmente deperibili in ipotesi di *mora accipiendi*, laddove - in seguito alla vendita e dopo un lungo ed immotivato silenzio - il compratore moroso avanzasse le proprie pretese sul bene. In questi casi, il *Reich* ravvisò un esercizio sleale del diritto contrario a buona fede.

Negli anni successivi alla prima guerra mondiale, la *Verwirkung* conobbe definitiva affermazione tanto con riferimento al già accennato diritto alla rivalutazione monetaria quanto proprio nelle controversie di natura contrattuale la cui esecuzione era disturbata dal conflitto .

Negli anni successivi la *Verwirkung* si è rapidamente estesa ad altri campi del diritto privato⁹⁷.

⁹⁷ «per fare solo alcuni fra i moltissimi esempi, sono stati risolti con la *Verwirkung* i seguenti casi: il venditore che trasgredisce in modo grave i suoi doveri contrattuali perde il diritto alla eventuale garanzia del pagamento del prezzo; il creditore perde il diritto di credito se la violazione, da parte sua, di un dovere accessorio sia così rilevante da fare venire meno l'interesse del creditore medesimo ad ottenere la prestazione principale; il creditore che consenta l'inadempimento del debitore, causi l'impotenza finanziaria del debitore stesso oppure pregiudichi il diritto di regresso del garante ovvero ancora incrementi, in modo sproporzionato, il rischio di insolvenza che il creditore, perde il diritto nei confronti del garante; nei rapporti di durata è consentito il recesso senza preavviso qualora la

Un primo campo in cui l'idea di *Verwirkung* si è fatta strada è quello dei diritti sui beni immateriali.

La prima applicazione della *Verwirkung* nei segni distintivi è costituito dal caso Godina del 1925.

Nel 1906 l'attore aveva depositato il marchio Godina per numerosi prodotti (margarina, burro, latte condensato), ma non tutti venivano commercializzati. La parte convenuta, titolare dello stesso marchio fin dal 1896, ma usato per prodotti diversi (cacao e cioccolato), nel 1918 aveva cominciato a produrre il burro e, dopo un ampio successo, nel 1921 aveva depositato il marchio per questo prodotto. Nello stesso anno la parte attrice promuoveva azione di contraffazione poiché il burro era uno dei prodotti per i quali aveva registrato nel 1906 il marchio, senza usarlo.

L'azione fu respinta dal *Reichsgericht* che motivò la propria decisione facendo leva su due diversi argomenti.

In primo luogo, fu decisiva la circostanza che l'attore non aveva mai prodotto burro e che, pertanto, il marchio in questione era rimasto marchio "di riserva", acquistato con il solo fine di farne un eventuale uso in futuro.

Secondariamente, l'azione veniva respinta facendo uso della *Verwirkung*, rilevando la corte un illecito ritardo nell'esercizio del diritto da parte dell'attore che, invece di reagire alla violazione del proprio diritto sin da quando la società convenuta aveva iniziato la produzione, aveva atteso tre anni prima di proporre un'azione inibitoria che, pertanto, aveva la finalità di sfruttare a proprio vantaggio il valore promozionale acquistato dal marchio concorrente.

La sentenza Godina rappresentò il *leading case* per un sostanzioso numero di casi successivi che, dapprima, avevano ad oggetto un marchio di riserva ed, in un secondo momento, anche diritti sulla ditta e l'insegna e nelle ipotesi di pretese risarcitorie ed inibitorie per la violazione di norme sulla concorrenza sleale⁹⁸.

controparte abbia provocato l'inesigibilità della prestazione [...]» così FESTI, Il divieto di venire contro il fatto proprio, op. cit., 139.

⁹⁸ RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, op. cit., 19 – 20.

L'arricchirsi dell'ambito di applicazione della *Verwirkung*⁹⁹ si deve al fatto che le corti tedesche hanno optato per l'irrelevanza della consapevolezza della violazione del diritto nel senso che non è necessario che “egli ignorasse, sin dalla adozione del segno confondibile, l'esistenza del segno anteriore. Dal fatto che l'attore, pur conoscendo il suo uso, sia rimasto inerte, il convenuto può infatti maturare la convinzione che egli non abbia nulla da obiettare alla sua utilizzazione del segno. Sotto quest'aspetto quindi l'eventuale ignoranza o conoscenza, da parte del convenuto, della esistenza del marchio anteriore perde rilievo. Si ritiene che, in questa ipotesi, affinché tale convinzione maturi e possa aversi la *bona fides superveniens*, il ritardo necessario ai fini della *Verwirkung* debba essere maggiore rispetto a quello necessario nelle ipotesi in cui il convenuto non sia a conoscenza, sin dall'inizio, dell'esistenza del marchio dell'attore”¹⁰⁰.

Si coglie, pertanto, una seconda importante differenza¹⁰¹ tra la *Doctrine of Laches* e la *Verwirkung*, atteso che quest'ultima non incontra alcun limite nelle cd. “*Clean hands doctrine*”.

Unico ostacolo all'operatività della *Verwirkung* in materia di segni distintivi si rinviene nel cd. *Allgemeininteresse*, ovverosia quando l'utilizzazione del segno sia lesivo di rilevanti interessi della collettività, i quali prevalgono sull'interesse del singolo fruitore¹⁰².

⁹⁹ «in una giurisprudenza sempre più imponente si è consolidato il principio che costituisca un abuso del diritto il comportamento del titolare del segno distintivo che, dopo aver mostrato di non voler difendere il suo diritto, pretenda di farlo valere in contrasto con interessi consolidatisi per effetto della sua inerzia. In tal caso si realizza un *Besitzstand* meritevole di tutela a favore di chi ha usato un segno distintivo anche se confondibile con quello depositato che non fu difeso [...] La sussistenza di un *Besitzstand* degno di protezione è stata ammessa in maniera sempre più larga: mentre all'inizio la tutela dell'appropriante era ammessa solo se il segno usato da quest'ultimo avesse raggiunto una *Verkehrsgeltung*, si fosse cioè imposto nel mercato dei consumatori e dei concorrenti come indice di provenienza della sua merce, oggi invece la giurisprudenza richiede per ammettere la *Verwirkung* unicamente che la posizione concorrenziale e commerciale che l'appropriante si è creata durante l'uso indisturbato del segno, gli sia costata rilevante attività e investimenti» così osserva RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, op. cit., 32.

¹⁰⁰ PENNISI, *La Convalida del Marchio*, Giuffrè, 1991, 186–187.

¹⁰¹ La prima differenza si rammenta consistere nell'esistenza di un pregiudizio di qualsivoglia natura in capo al convenuto, richiesta come presupposto necessario di operatività dalle corti inglesi.

¹⁰² Si veda DALLE VEDOVE, *L'art. 48 della legge marchi e il principio di non inganno del pubblico*, in *Riv. dir. ind.* 2001, 3, 192.

Come accennato, la giurisprudenza tedesca fece largo uso della *Verwirkung* in diversi campi del diritto. Tra questi, particolare interesse riveste per il giurista italiano – alla luce degli sviluppi dell’istituto in seno al nostro ordinamento – il diritto del lavoro.

La più comune ipotesi di applicazione della *Verwirkung* è il caso dell’esercizio del diritto di recesso senza preavviso da parte del datore di lavoro: quando quest’ultimo, a conoscenza di una giusta causa di licenziamento, ha a lungo ritardato nel farla valere - facendo credere al dipendente che il licenziamento non avrebbe avuto luogo - l’esercizio del diritto di recesso deve considerarsi contrario al principio di buona fede oggettiva e, pertanto, deve ritenersi precluso¹⁰³.

Al di là delle ipotesi considerate, le fattispecie con riferimento alle quali la *Verwirkung* ha conosciuto applicazione sono così varie e numerose da non poter essere in questa sede riassunte¹⁰⁴.

Ciò che, al contrario, interessa l’analisi in esame è come, applicando un principio di equità, le corti tedesche siano largamente intervenute sul possibile esercizio di un diritto potestativo fino a creare uno strumento di applicazione generale teso a garantire l’affermarsi di una soluzione sentita come “giusta”, slegato dal decorso del termine di prescrizione indicato dal legislatore¹⁰⁵.

§ 2.2. VERWIRKUNG E LEGAL TRANSPLANT: L’ESEMPIO SPAGNOLO

Attraverso il dialogo tra i formanti ed, in particolare, tra il formante dottrinale, la *Verwirkung* ha conosciuto un’importante applicazione in Spagna.

¹⁰³ A tale argomentazione si è accostata quella fondata sulla circostanza che il passaggio di un certo periodo di tempo può togliere ad un fatto il carattere di giusta causa di licenziamento in quanto palesa la possibilità per il rapporto di continuare a svolgersi. Cfr. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, op. cit., 36.

¹⁰⁴ Per ampi riferimenti alla casistica in tema di *Verwirkung* di cfr. PATTI, Voce *Verwirkung*, in *Dig. Disc. Priv.* – sez. civ., XIX, Torino, 1999, 728; RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, op. cit., 31-42.

¹⁰⁵ L’intervento operato dalle corti tedesche è presumibilmente ancor più significativo rispetto a quello delle corti inglesi. L’unitarietà della giurisdizione tedesca, che non ha conosciuto la distinzione tra corti di *common law* e corti di equità, ha reso la soluzione pretoria applicabile non solo alle pretese e difese nate in *Equity*, ma anche a quelle disciplinate secondo diritto.

Malgrado, infatti, il Codice Civil sia ancora fortemente influenzato dal modello francese, la dottrina si è sviluppata intorno all'esempio degli studiosi tedeschi ed alla teorizzazione del negozio giuridico.

Con qualche anno di ritardo rispetto alla dottrina spagnola¹⁰⁶, il *Tribunal Supremo* applicò per la prima volta l'istituto in esame in una sentenza del 1996, ove si legge «*Lo que aquí intenta la parte recurrente con este motivo, lo cual es inadmisibile, es el retraso disleale, denominado por la doctrina germanica Verwirkung*»¹⁰⁷.

Il successo della dottrina in esame si deve principalmente alla riforma del titolo preliminare del *Código Civil*, intervenuta nel 1974, con cui è stato introdotto l'articolo 7.1. che conferisce base giuridica al principio generale di esercizio dei diritti conforme ai dettami della buona fede oggettiva. Detta nuova disposizione, ispirata al 242 BGB, ha permesso alla dottrina ed alla giurisprudenza la creazione di spazi in cui l'esercizio di diritti individuale veniva meno se esercitati in maniera abusiva.

Il campo in cui la *Verwirkung* ha conosciuto maggior fortuna in seno all'ordinamento spagnolo è quello del ritardo nel recuperare i crediti originati da contratti di mutuo e prestiti, le cui rate di ammortamento sono scadute ed impagate¹⁰⁸.

Nel corso della crisi economica degli anni novanta, in particolare, numerosi mutuatari omisero di versare le rate scadute e rimaste insolute, tuttavia il ceto bancario nella maggior parte dei casi si astenne dall'intraprendere azioni giudiziarie nei confronti dei debitori insolventi.

Senonché, a partire dagli inizi degli anni 2000, gli istituti di credito, ricominciarono a rivolgersi al potere giudiziario per il recupero del proprio credito. In questa fase, la giurisprudenza spagnola ritenne necessario distinguere tra le somme pretese per capitale

¹⁰⁶ La dottrina spagnola tradusse, nel corso degli anni settanta, numerosa saggistica avente ad oggetto il principio generale di buona fede e le applicazioni che il *Treu und Glauben* ebbe in Germania, si veda, a titolo esemplificativo, DIEZ-PICAZO, *Prologo*, in WIEACKER, *El Principio General de la buena fe*, 1977.

¹⁰⁷ VAQUER – CUCURULL SERRA, *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*, in www.indret.com, 2005; di VAQUER si cfr. *Pure Importing Foreign Doctrines: yet another approach to the unification of European private Law? Incorporation of the Verwirkung doctrine into Spanish case law*, in *Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht*, 8, 2001, 301.

¹⁰⁸ VAQUER, *Verwirkung versus Laches*, op. cit., 65.

ed interessi convenzionali (integranti la natura “onerosa” del contratto di mutuo) e le somme reclamate a titolo di interessi moratori per il ritardo nell’adempimento.

Mentre la prima categoria fu ritenuta pienamente recuperabile sulla base dell’impossibilità di ritenere che un istituto di credito professionale potesse ritenere di non esercitare un proprio legittimo diritto soggettivo, il diritto ad ottenere il rimborso degli interessi moratori fu considerato precluso sul piano della *Verwirkung*¹⁰⁹.

Ciò, anche in conformità all’indiscussa ratio della *Verwirkung* di garantire il concretizzarsi di una soluzione di equità con riferimento alla fattispecie concreta: non di rado, infatti, alla luce del tempo trascorso le somme dovute a titolo di interessi di mora risultavano significativamente maggiori del residuo del capitale dovuto.

Anche in Spagna¹¹⁰, pertanto, seppur nell’assenza di un’idonea iniziativa legislativa, il formante dottrinale prime e quello giurisprudenziale poi, si sono avvalsi del fenomeno del *legal transplant* e delle elaborazioni nate in seno all’ordinamento tedesco al fine di offrire alla generalità dei consociati un rimedio teso a garantire una soluzione socialmente avvertita come “giusta”.

50

Non resta che indagare quanto la stessa soluzione sia oggi accolta dai giuristi italiani, tradizionalmente legati al formalismo della prescrizione quale istituto di diritto pubblico teso a garantire la certezza del diritto.

§ 3. INERZIA E PERENZIONE NEL DIRITTO ITALIANO

¹⁰⁹ Tuttavia, VAQUER sottolinea che «*Exceptionally, in compelling circumstances, a Spanish court may be ready to go a step further and extend Verwirkung also to capital and conventional interest. For example, where a public bank loaned funds – notwithstanding the fact that afterward the bank has been privatized – on the occasion of a devastating flood under especially favorable conditions, the court considered that the circumstances – very low rates and long term loans – under which the loan was granted and the period elapsed without being sued – more than ten years – prompted in the borrowers a reasonable hope that restitution of the loan was forgiven*», in *Verwirkung versus Laches*, op. cit., 65-66.

¹¹⁰ Si assiste ad importanti manifestazioni della *Verwirkung* anche in Portogallo, Grecia, Estonia, così come in alcuni ordinamenti del Sud America, quali quello brasiliano e argentino. Cfr, VAQUER, *Verwirkung versus Laches*, op. cit., 66-69. Con particolare riferimento al sistema brasiliano, si segnalano alcune *lectures* organizzate dal Max Planck Institute for comparative and International private law: SCHMIDT, *Princípio da boa-fé no Direito alemão: um modelo para o Brasil?*, Pontifícia Universidade Católica (PUCRS), Porto Alegre (Brasilien), 2011; SCHMIDT, *Prescrição e Verwirkung*, *Bundesuniversität Minas Gerais*, 2009

A differenza dei sistemi finora considerati, la giurisprudenza italiana è stata – ed invero è ancora - piuttosto restia ad ammettere l'ingresso nel nostro ordinamento istitutivi soluzioni assimilabili o affini sul piano funzionale alla *Verwirkung* ed alla *Doctrine of Laches*, quest'ultima pressoché sconosciuta al giurista italiano e, tra questi, dallo stesso comparatista che si è tutt'oggi astenuto da un compiuto studio della teoria giuridica in esame.

Si è visto come, negli ordinamenti sinora considerati, si è venuto ad affermare il principio per cui il mancato esercizio del diritto, laddove protrattosi per un significativo lasso di tempo imputabile al suo titolare e tale da fare sorgere nella controparte un ragionevole e apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del diritto medesimo, possa rendere inammissibile un successivo atto finalizzato alla soddisfazione del diritto in questione¹¹¹.

Differentemente, il tema del ritardo sleale nell'esercizio del diritto è stato affrontato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nazionale adottando un approccio casistico che, senza ammettere una soluzione di carattere generale, ne ha delimitato l'operatività a singole fattispecie¹¹² sicché, pur persistendo una sensibile differenza con riferimento alla "*law in books*", le distanze si assottigliano volgendosi alla "*law in actions*"¹¹³.

¹¹¹ Per lo studio dell'attuazione del divieto di *venire contra factum proprium* come attuazione del principio di buona fede oggettiva da parte della civilistica italiana si veda RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in AA.VV., *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, I, 1, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 247; RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971; RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. Disc. Giur. Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 311; PATTI, voce *Verwirkung*, op. cit.; GALLI, *Le nuove frontiere della prescrizione: Verwirkung, abuso del diritto e buona fede*, in *Corr. Giur.* 1998, 928; TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e auto responsabilità. La rilevanza del principio contra non valetem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006, 220 ss.; ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006.

¹¹² GAROFALO sottolinea che «manca, infatti, una monografia interamente dedicata ad uno studio complessivo del problema e solo recentemente il principio pare riscuotere un certo successo per giustificare soluzioni di casi concreti, nei più disparati ambiti del diritto privato. La giurisprudenza, infatti, ricorre talvolta esplicitamente al brocardo ma, ancor più spesso, ne fa un uso indiretto utilizzandolo alla stregua della ratio decidendi implicita», in *L'eccezione di dolo generale*, op. cit., 114.

¹¹³ «in una non più recentissima monografia è stato infatti sostenuto che anche se nel diritto italiano non viene mai formalmente messo in discussione il principio secondo il quale la perdita del diritto può avvenire solo in forza di un atto normativo o di un atto di volontà del suo titolare, tuttavia, sul piano applicativo, diritto italiano e tedesco divergerebbero ben poco, sicché potrebbe parlarsi di parallelismo e coincidenza di risultati» così BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, op. cit., 206.

L'indagine sui motivi che hanno condotto all'affermarsi della tesi dell'inammissibilità della *Verwirkung* nel nostro ordinamento, tutt'oggi maggioritaria¹¹⁴, evidenza che quest'ultima si fonda, oltre che sulla tassatività delle ipotesi di estinzione dei diritti, sulla imperatività della disciplina positiva della prescrizione¹¹⁵.

Emblematica è la sentenza della Suprema Corte del 15 marzo 2004, n. 5240, resa in relazione ad una fattispecie concreta in cui una delle parti, in violazione di una pattuizione convenzionale, aveva chiesto e ottenuto un finanziamento per l'acquisto di una macchina che era in realtà già di sua proprietà¹¹⁶.

La mutuante, venuta a conoscenza dell'inadempimento, aveva chiesto la ripetizione della somma mutuata e tale domanda era stata accolta in primo grado. In sede di appello, la Corte riformava la sentenza resa dal giudice di prime cure poiché la società appellata aveva, per oltre due anni, dato esecuzione al contratto senza fare valere l'inadempimento relativo all'utilizzo del finanziamento per finalità diverse da quelle pattuite, generando nella mutuataria un affidamento con ad oggetto il mancato interesse a fare valere le proprie pretese.

Adita la Corte di Cassazione, gli ermellini hanno cassato la sentenza di secondo grado sul presupposto che nel nostro ordinamento non può avere ingresso il principio della *Verwirkung*¹¹⁷.

In motivazione, la Cassazione ha osservato che *«il semplice ritardo nell'esercizio di un proprio diritto, se non produce un danno per la controparte senza un apprezzabile interesse per il titolare nei limiti e secondo le finalità del contratto, non dà luogo ad*

¹¹⁴ PALADINI, *L'estinzione dell'obbligazione negli incerti confini tra doverosità dell'adempimento e inesigibilità della prestazione*, in *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, a cura di Paladini, Breccia, Utet giuridica, 2010; ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, verwirkung e buona fede*, in *Riv. Dir. Civ.* 2005, 603 ss.

¹¹⁵ Come noto, l'articolo 2936 cod. civ., rubricato, inderogabilità delle norme sulla prescrizione, dispone: *«È nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione»*.

¹¹⁶ Per un commento alla sentenza si veda RACHEL, *Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione*, in *Giust. Civ.*, 9, 2005, 2182.

¹¹⁷ Già Cass. 9 agosto 1997, n. 7450 ha pronunciato che *«a Verwirkung non costituisce un principio recepito dal nostro ordinamento, sicché non può essere utilizzato per derogare lo ius scriptum»*. Si noti che, come anticipato nel testo, la giurisprudenza italiana, attingendo dall'esperienza che le è più prossima, ossia quella di *civil law*, ha sempre fatto riferimento alla *Verwirkung*, soffermandosi sul principio del legittimo affidamento insorto nella controparte e tralasciando un elemento che, diversamente, si è visto essere centrale e determinante per il *common lawyer*, ossia il danno arrecato dalla condotta omissiva.

una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non è causa per escludere la tutela dello stesso diritto, qualunque convinzione possa essersi fatta per effetto del ritardo della controparte».

Per l'effetto, *«Il semplice ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e tale da generare nel debitore un ragionevole affidamento che il diritto non verrà più esercitato, non comporta una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria del diritto, salvo che tale ritardo sia la conseguenza di un'inequivoca rinuncia».*

La sentenza, pertanto, si sofferma altresì sul tema della rinuncia tacita, *fictio* di cui la dottrina ha frequentemente fatto uso al fine di permettere l'affermarsi nel nostro ordinamento di risultati analoghi a quelli raggiunti in altri ordinamenti con gli strumenti approfonditi nelle precedenti pagine.

Senonché, la Cassazione ha statuito che *«la volontà tacita di rinunciare ad un diritto si può desumere soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli la sua univoca volontà di non avvalersi del diritto stesso, laddove l'inerzia o il ritardo nell'esercizio del diritto non costituiscono elementi sufficienti, di per sé, a dedurre la volontà di rinunciare del titolare, potendo essere frutto di ignoranza, di temporaneo impedimento o di altra causa, e spiegano rilevanza soltanto ai fini della prescrizione estintiva. Ne consegue che il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di una inequivoca rinuncia tacita o di una modifica della disciplina contrattuale»*¹¹⁸.

D'altro canto, l'opportunità di ricondurre l'operatività della *Verwirkung* all'esistenza di una rinuncia tacita è messa in discussione, oltre che all'interno dei confini tedeschi come si è già avuto modo di evidenziare, anche dalla dottrina comparatista che ha

¹¹⁸ Nello stesso senso, teso ad escludere la volontà abdicativa della mera inerzia o del ritardo nell'esercizio di un diritto, si *cfr.* altresì Cass. Civ. 20 gennaio 1994, n. 466; Cass. Civ. 27 giugno 1991, n. 7215.

evidenziato la difficile convivenza tra la funzione equitativa dell'intervento delle corti che con gli istituti in esame si è inteso perseguite e la riconducibilità della stessa alla volontà del titolare della posizione giuridica di vantaggio¹¹⁹.

In definitiva, la giurisprudenza italiana tende a negare che il semplice fatto di ritardare l'esercizio di un proprio diritto, se non specificamente preordinato a produrre un danno alla controparte senza un apprezzabile interesse del titolare, possa dare luogo alla violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, qualunque convinzione possa essersi fatto del ritardo il debitore, e non è causa per escludere la tutela giudiziaria, salvo che sia inequivocabilmente intervenuta una rinuncia tacita, essendo stato posto in essere un comportamento incompatibile con il mantenimento del vincolo contrattuale.

Quanto sopra, non ha reso il sistema italiano totalmente impermeabile alle esigenze di tutelare, nel caso concreto, l'interesse dell'obbligato qualora meritevole; si è, a titolo esemplificativo, osservato che in attuazione dei principi generali di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, la tolleranza del creditore di fronte a una prestazione inesatta può ingenerare nel debitore la convinzione che quella prestazione sia ugualmente idonea a realizzare la pretesa creditoria ovvero che il creditore non abbia interesse all'esatta attuazione del rapporto obbligatorio, precludendo così la possibilità per quest'ultimo di agire al fine di ottenere il risarcimento danno da inesatto adempimento¹²⁰.

Ma non solo. In ossequio a quanto accennato in punto di approccio casistico adottato dalla giurisprudenza italiana¹²¹ con riferimento al tema di cui si tratta, si possono

¹¹⁹ Si veda MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni. Corso di diritto civile*, Giappicchelli Editore, 2012, ed in particolare, 181 ss. ove l'autore osserva che «*la tesi della giurisprudenza tedesca che alla base della Verwirkung vi sarebbe una rinuncia tacita da parte del titolare del diritto, non convince pienamente in quanto comporta una sovrapposizione del principio del dogma della volontà, che è il fondamento dell'atto di rinuncia sia pure tacita, sulle esigenze equitative che caratterizzano la figura della Verwirkung almeno per come è costruita nell'esperienza tedesca*».

¹²⁰ Si veda, MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, op. cit., 182.

¹²¹ Un esempio dell'approccio fattuale adottato dalla giurisprudenza italiana si rinviene altresì per l'ipotesi di estinzione della fideiussione ai sensi dell'articolo 1955 codice civile. Con sentenza pronunciata dal Tribunale di Milano il 30 gennaio 2000, il giudice di merito ha pronunciato che «*Si ha estinzione della fideiussione ex art. 1955 c.c. per comportamento del creditore contrario a buona fede (art. n. 1175 - 1375 c.c.) allorché lo stesso - pur non essendo obbligato ad agire contestualmente contro il*

individuare alcune aree del diritto privato in cui il modello tedesco è circolato, registrandosi un significativo uso della comparazione da parte delle corti italiane.

Pur senza menzionare espressamente l'istituto della *Verwirkung*, il medesimo principio è stato *in primis* fatto proprio dalle corti di diritto tributario che, con riferimento al tema della ripetibilità delle somme indebitamente corrisposte dall'amministrazione ai propri dipendenti, ha fatto largo uso della cd. buona fede correttiva per cui, il decorso di un certo lasso di tempo, unitamente alla presenza di circostanze dalle quali sia possibile desumere in capo al precettore un legittimo affidamento circa la disponibilità degli importi, costituirebbe un limite alla recuperabilità delle somme pur indebitamente corrisposti¹²².

Ancora più espliciti sono state, invero, le recenti pronunce rese dalla Corte di Cassazione nel disciplinare i rapporti tra privati.

debitore e il fideiussore - non abbia informato i fideiussori degli inadempimenti e abbia loro notificato la sentenza contro il debitore dopo quattro anni». In particolare, il Tribunale ha ritenuto integrati i presupposti di cui all'art. 1955 c.c., e pertanto è estinta la fideiussione e liberato il fideiussore, allorché il "fatto del creditore", pur non contravvenendo ad obblighi posti da norme giuridiche particolari si concreti in un comportamento contrario al principio della buona fede. È stato osservato che, *prima facie*, l'ipotesi affrontata dal tribunale di Milano appare infatti del tutto congrua a quelle che consentirebbero il ricorso alla *Verwirkung* nell'ordinamento tedesco. Tuttavia, si è detto, per potersi considerare introdotto in Italia un principio equivalente, occorrerebbe che la soluzione adottata dalla Corte milanese fosse suscettibile di estensione generale. Si veda, DE LUCA, *Estinzione della fideiussione ex art. 1955 c.c. e ritardo sleale nell'esercizio del diritto*, in *Banca borsa tit. cred.* 2001, 5, 608.

¹²² Si veda TRIVELLIN, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Giuffrè editore, 2009, secondo cui «la possibile irripetibilità degli importi illegittimamente erogati sarebbe il frutto di una comparazione di interessi, segnatamente tra l'interesse al ripristino della legalità e l'esigenza di salvaguardare l'affidamento del percipiente nella stabilità dell'acquisizione, particolarmente nel caso in cui le somme siano già state destinate ai bisogni della vita. [...] per quanto acquisire le somme versate senza titolo valga a ripristinare la legalità infranta, la correttezza (che esige la tutela dell'affidamento generato da provvedimenti assistiti da presunzione di legittimità) costituisce limite alla risposta di *strictum ius*», 111. L'autore fa quindi particolare riferimento a Cass. SS.UU. 10 dicembre 2002, n. 17576 con cui «i giudici ritennero che l'amministrazione non potesse procedere al recupero a posteriori dell'imposta dovuta, atteso che l'avviso di accertamento notificato al contribuente si poneva in contrasto con una precedente indicazione amministrativa contenuta nel processo verbale, dalla quale poteva desumersi la sanabilità della violazione commessa. In particolare il Supremo Collegio rilevò che il contribuente aveva effettivamente sanato la contestazione secondo univoche informazioni contenute negli atti dell'istruttoria; che tali informazioni, in quanto provenienti dal soggetto pubblico titolare della funzione, erano idonee a generare una situazione di affidamento circa la loro legittimità, tanto più che lo stesso capo dell'ufficio aveva emesso un ordine interno di archiviazione (*Umstandmoment* – elemento circostanziale); che il provvedimento impositivo che deduceva l'illegittimità dell'intervenuta sanatoria e la non spettanza dei relativi benefici, in contrasto con il precedente assunto, interveniva dopo un notevole lasso di tempo, che aveva contribuito al consolidarsi della situazione di fiducia (*Zeitmoment* – elemento temporale). Questo complesso di circostanze permetteva di qualificare il ripensamento amministrativo come in conflitto con il dovere, derivante dal principio di buona fede, di non venire *contra factum proprium*», 123-124.

In primo luogo, la *Verwirkung* quale strumento teso a garantire l'affidamento della controparte è stata espressamente richiamata dalla Corte di Cassazione in materia di proprietà industriale e, più specificatamente, di convalidazione del marchio.

La fattispecie, si noti, rientra tra quelle classiche in cui la *Verwirkung* ha conosciuto un'importante applicazione anche in seno all'ordinamento tedesco, traducendosi nella decadenza che viene opposta a colui che, titolare di un marchio registrato, ne ha tollerato l'uso da parte di un concorrente per un determinato lasso temporale.

Tale istituto è stato normativamente previsto dall'articolo 48 del r.d. n. 929 del 1942¹²³ prima e, successivamente alla sua abrogazione, dall'articolo 28 del d.lgs. n. 30 del 2005 che statuisce: *«Il titolare di un marchio d'impresa anteriore ai sensi dell'articolo 12 e il titolare di un diritto di preuso che importi notorietà non puramente locale, i quali abbiano, durante cinque anni consecutivi, tollerato, essendone a conoscenza, l'uso di un marchio posteriore registrato uguale o simile, non possono domandare la dichiarazione di nullità del marchio posteriore né opporsi all'uso dello stesso per i prodotti o servizi in relazione ai quali il detto marchio è stato usato sulla base del proprio marchio anteriore o del proprio preuso, salvo il caso in cui il marchio posteriore sia stato domandato in mala fede. Il titolare del marchio posteriore non può opporsi all'uso di quello anteriore o alla continuazione del preuso»*.

Nell'affrontare il tema dell'applicabilità del vecchio testo dell'articolo 48 al conflitto fra marchi entrambi registrati, con sentenza delle Sezioni Unite n. 17927 del 1 luglio 2008, i giudici di legittimità hanno statuito che la norma in esame si traduceva in una preclusione all'esercizio tardivo dell'azione di nullità (o di contraffazione) con

¹²³ Art. 48. 1. Il titolare di un marchio d'impresa anteriore ai sensi dell'art. 17, comma 1, lettere d), e), g) e h), e il titolare di un diritto di preuso che importi notorietà non puramente locale, i quali abbiano, durante cinque anni consecutivi, tollerato, essendone a conoscenza, l'uso di un marchio posteriore registrato uguale o simile, non possono domandare la dichiarazione di nullità del marchio posteriore né opporsi all'uso dello stesso per i prodotti o servizi in relazione ai quali il detto marchio è stato usato sulla base del proprio marchio anteriore o del proprio preuso, salvo il caso in cui il marchio posteriore sia stato domandato in mala fede. Il titolare del marchio posteriore non può opporsi all'uso di quello anteriore o alla continuazione del preuso. La preclusione all'azione di nullità di cui al comma 1 si estende anche ai terzi. La disciplina del comma 1 si applica anche al caso di marchio registrato in violazione dell'art. 18, comma 1, lettera f), e dell'art. 21.

conseguente decadenza dal diritto di difendere l'uso monopolistico del marchio nei confronti di colui del quale ha tollerato l'abuso.

Tale soluzione, è stata espressamente esplicitata dalla Corte di Cassazione attraverso la comparazione con l'ordinamento tedesco, in motivazione si legge, infatti: *«in analogia a quanto disposto dall'istituto della Verwirkung del diritto tedesco, di carattere più generale, per il quale la negligenza nell'esercizio di un diritto, creando l'affidamento che il diritto non sarà esercitato, preclude l'azione a difesa del diritto stesso»*.

Attraverso il richiamo al diritto tedesco, la Corte ha quindi esplicitato e supportato la soluzione adottata, ritenendo in tal modo di porre in essere una *«operazione logica diretta ad individuarne [ndr. della norma in commento] il reale significato e la sua portata effettiva»*.

La Corte, in particolare, sottolinea la crescente necessità di evitare possibili fenomeni di abuso di diritto, anche alla luce di quanto espressamente previsto in materia di tutela del marchio in ambito comunitario dal preambolo della Direttiva CEE 104 del 1989, che viene espressamente richiamato nella parte in cui stabilisce che *«occorre per ragioni di sicurezza giuridica, e senza ledere ingiustamente gli interessi del titolare di un marchio di impresa anteriore, prevedere che questi non possa più richiedere la nullità ovvero opporsi all'uso del marchio di impresa posteriore al proprio, qualora ne abbia coscientemente tollerato l'uso per un lungo periodo, tranne il caso in cui il marchio di impresa posteriore sia stato domandato in mala fede»*.

Si tratta di una soluzione che, come osservato dalla dottrina, non permetterebbe di affermare l'ingresso del principio in esame nel nostro sistema, essendo la tesi della Cassazione giustificata da specifiche motivazioni, quale la circostanza che, differentemente da quanto avviene per un diritto di credito in cui l'impossibilità di chiedere l'adempimento al debitore comporta l'assoluta insoddisfazione del diritto del soggetto attivo, nell'ipotesi della tutela del marchio, la tutela riconosciuta al titolare del

marchio posteriore il cui uso sia stato tollerato non determina la perdita integrale del diritto in capo al titolare del marchio anteriore o del diritto di preuso¹²⁴.

Malgrado ciò, deve osservarsi che di recente la Corte di Cassazione¹²⁵ ha aperto al riconoscimento anche in seno all'ordinamento italiano del principio in esame, ritenendo sanzionabile attraverso la perdita della situazione di vantaggio il mancato esercizio per un protratto lasso temporale di una situazione creditoria o potestativa da parte del suo titolare.

Sebbene il caso affrontato riguardasse la materia del diritto del lavoro¹²⁶, la Suprema Corte nel richiamare espressamente la teoria della *Verwirkung*¹²⁷ si è espressa in termini generale, definendola come «*la preclusione di un'azione o eccezione [...] non per illiceità o comunque per ragioni di stretto diritto, ma a causa di un comportamento del titolare, prolungato, non conforme ad esse e perciò tale da portare a ritenere l'abbandono*».

¹²⁴FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, op. cit., 137.

¹²⁵Cass. Civ. 28 aprile 2009, n. 9924 in *Giust. Civ. mass.* 2009, 4, 683. Nel caso affrontato nella sentenza in esame i lavoratori dipendenti di un'azienda di trasporti lamentavano un danno provocato dal mancato trattamento in servizio, illegittimamente disposto dal datore di lavoro in forza di una legge successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima. In particolare, i dipendenti avevano richiesto il precitato risarcimento solo tre anni dopo la sentenza della Corte Costituzionale. La loro pretesa era stata respinta in primo grado, per essere invece accolta in sede di appello. La Cassazione, infine, ha riformato integralmente la sentenza d'appello incentrando la motivazione sul comportamento concludente posto in essere dai lavoratori.

¹²⁶La Corte di Cassazione, invero, non è nuova a fare riferimento, seppur in modo fugace, alla *Verwirkung* in materia di lavoro. Si consideri, ad esempio, Cass. Civ. 1 luglio 2008, n. 17927 di cui si riporta un estratto della motivazione: «*la contestazione formulata a notevole distanza di tempo del fatto addebitato può fondare la presunzione di mancanza di concreto interesse del datore di lavoro all'esercizio del potere di o, e in altre parole, di pretestuosità del motivo addotto. Questa ragione giustificativa della regola di immediatezza della contestazione è pressoché coincidente con quella che connette l'onere di tempestività al principio di buona fede oggettiva e più specificamente al dovere di non vanificare la consolidata aspettativa, generata nel lavoratore, di rinuncia all'esercizio del potere disciplinare. Si tratta di una sorta di decadenza dal potere (nel sistema tedesco: *Verwirkung*), derivante dalla violazione del più generale divieto di venire contra factum proprium (vedi Cass. 10 novembre 1997 n. 11095)*». Anche più di recente il principio è stato confermato da Cass. Civ., 24 gennaio 2013, n. 1693. Nello stesso senso è stato altresì ritenuto illegittimo il licenziamento in tronco del lavoratore quando l'intimazione manifestata dopo molto tempo dalla causa induca ad escludere la necessità di risolvere il rapporto (Cass. civ. 10 novembre 1997, n. 11095 in *Foro it.*, 2013, I, 838).

¹²⁷Si legge nella sentenza in esame: «*La dottrina tedesca parla in questi casi di *Verwirkung* come di una sorta di decadenza derivante dal divieto, più familiare agli ordinamenti latini, di venire contra factum proprium*»

Pur astenendosi dall'inquadrare la *Verwirkung* nell'ambito della rinuncia tacita ovvero dalla violazione del principio di buona fede (atteso che, ciò che rileverebbe, è l'obbiettiva contraddittorietà con la successiva richiesta di risarcimento del danno¹²⁸) le motivazioni offerte dai giudici di legittimità fanno largo uso dei principi cardine di diritto civile, rinviando a quanto disposto dagli articoli 1175 e 1375 del codice civile in tema di obbligazioni e contratti.

Nel dettaglio, la Corte chiarisce che: «dall'art. 1175, che assoggetta il creditore alle regole della correttezza, e dall'art. 1375 c.c., che impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede, nonché dalla comparazione con ordinamenti prossimi al nostro, la giurisprudenza di questa Corte da tempo valuta il comportamento del contraente titolare di una situazione creditoria o potestativa, che per lungo tempo trascuri di esercitarla e generi così un affidamento della controparte nell'abbandono della relativa pretesa, come idoneo a determinare la perdita della stessa situazione soggettiva».

Si osserva che la citata pronuncia della Cassazione, sebbene si sia inserita in un dibattito dominato dalla posizione avversa all'ingresso nel nostro ordinamento di un istituto analogo a quello della *Verwirkung*, non abbia fatto alcun riferimento alla possibile rilevanza del danno patito dalla controparte contrattuale in ragione dell'affidamento posto nella condotta dell'attore, adottando così una soluzione più prossima a quella fatta propria dai sistemi di *common law* con la *Doctrine of Laches*, con un maggiore contemperamento del diritto soggettivo con l'interesse della controparte a non vedersi danneggiato dalla condotta del proprio creditore.

Ciò malgrado, la tesi di cui alla precitata Cassazione 28 aprile 2009, n. 9924 è stata recepita dalla Corte dei Conti che, con sentenza n. 3256 resa in data 11 ottobre 2011 dalla sezione giurisdizionale per la regione siciliana, ha ritenuto che «in linea con l'orientamento di Cassazione (da ultimo espresso con la sentenza n. 9924/2009), deve essere affermata la sussistenza del principio *nemo venire contra factum proprium*

¹²⁸ Si legge nella sentenza in esame: «che poi di questo comportamento rilevi l'atteggiamento soggettivo di rinuncia tacita ovvero la valutazione oggettiva, resa dall'interprete, di non conformità alla correttezza e buona fede, tutto ciò non importa ai fini del risultato finale di perdita della situazione di vantaggio».

determinante il legittimo affidamento, anche nell'ambito del nostro ordinamento, quale espressione delle clausole generali di correttezza e buona fede, arrivando a considerare assorbita in esso anche la Verwirkung, intesa come inerzia nell'esercizio del proprio diritto, tale da ingenerare un legittimo affidamento nella controparte».

La sentenza da ultimo citata è di sicuro interesse per il comparatista anche in virtù del fatto che la Corte ha altresì fatto uso degli strumenti di Soft Law ed, in particolare, dei principi Unidroit richiamando l'articolo 1.8. dedicato al Nemo venire contra factum proprium, ai sensi del quale *«Una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto ad un intendimento che ha ingenerato nell'altra parte, e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento a proprio svantaggio».*

La Corte dei Conti ha, infatti, rilevato che una corretta interpretazione del principio generale di buona fede dovrebbe condurre ad una rilettura degli articoli 1175 cod. civ. e 1375 cod. civ. alla luce di quanto stabilito dai principi Unidroit e, di conseguenza, alla trasposizione nel nostro ordinamento di uno strumento equitativo analogo a quello della Verwirkung tedesca.

60

Così come la Corte dei Conti nella pronuncia appena ricordata, anche la Corte di Appello di Genova ha recentemente fatto registrare un'influenza del principio di cui si discorre nel disciplinare i rapporti giuridici sottoposti al suo sindacato.

Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza resa dal giudice di merito di secondo grado in data 10 ottobre 2012¹²⁹, ai sensi della quale *«non è socialmente tollerabile e dunque contraria a buona fede la tardiva richiesta di pagamento delle spese generali, in aggiunta alle spese legali liquidate in sentenza e prontamente rimborsate, pretendendosi, in tal modo, di protrarre nel tempo un rapporto obbligatorio che è già*

¹²⁹ La pronuncia in questione affronta un caso in cui, diversi anni dopo la condanna dell'INPS a rifondere alla controparte le spese di lite, l'avvocato della parte vittoriosa ha richiesto all'istituto previdenziale il pagamento di un'ulteriore somma, a titolo di spese generali.

stato adempiuto, in conformità all'impostazione impressa al diritto dallo stesso creditore»¹³⁰.

Sebbene la Corte d'Appello abbia richiamato l'istituto della *Verwirkung* solo quale *obiter dicta* ed altresì solo *per relationem* rispetto alla citata Cassazione n. 9924 del 2009, la stessa *ratio decidendi* e le espressioni adottate dal Collegio in motivazione suggeriscono un'analogia con le soluzioni equitative adottate in Europa.

Il Giudice di merito, invero, chiarisce espressamente che «*la valorizzazione dei comportamenti della parte coglie nel giusto laddove riapre il tema della rilevanza di essi rispetto al concreto assetto che, in relazione ad essi, possono assumere tra le parti i diritti ed obblighi [...]*».

In altre parole, la Corte ha ritenuto socialmente corretto indagare la condotta tenuta dalle parte nell'esecuzione del rapporto giuridico che, in conformità a quanto previsto dall'articolo 1175 cod. civ., deve essere improntata al principio di buona fede. In questa prospettiva, ha ritenuto legittimo – in quanto ragionevole - che il debitore nutrisse affidamento rispetto all'estinzione della propria obbligazione di pagamento in attuazione ad un fenomeno giuridico atipico, sebbene socialmente non inusuale, e , pertanto, necessitante di un costante aggiornamento in considerazione della fattispecie che di volta in volta si presenta all'interprete.

Da ultimo, il principio *nemo venire contra factum proprium* è stato applicato in tema di impugnazione del riconoscimento per difetto di legittimità ai sensi dell'articolo 263 cod. civ.

Secondo una decisione del Tribunale di Civitavecchia¹³¹ l'esercizio dell'azione volta a rimuovere lo *status* di figlio naturale a motivo della non corrispondenza tra dato giuridico e dato biologico, non può essere esercitata dal genitore che ha proceduto al riconoscimento, seppur consapevole della non veridicità dello stesso.

¹³⁰ App. Genova, Sez. lavoro, 10.10.2012, in riforma di Trib. Genova, 19.12.2011, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 05, 451 con nota di MIRRONE, *Il comportamento delle parti esecutivo del giudicato e la clausola generale di buona fede.*

¹³¹ Tribunale di Civitavecchia, 19 dicembre 2008, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 05, 1250.

Le motivazioni della sentenza dimostrano che la Corte di merito è addivenuta ad una simile conclusione in applicazione dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti giuridici vigenti nel nostro ordinamento. Ma non solo. Il Tribunale ha espressamente richiamato il concetto di auto responsabilità, attraverso cui è possibile «*commisurare la tutela degli interessi in gioco al vigore di criteri normativi che sfuggono da una previsione formale del dato positivo*».

In questo modo viene riconosciuto che, al di là del dato normativo, una efficace tutela dei diritti possa realizzarsi solo attraverso la valutazione della complessiva condotta delle parti alla luce dei principi generali dell'ordinamento. Valutazione che, evidentemente, è rimessa alla giurisprudenza¹³².

Alla luce di quanto appena evidenziato, deve allora trarsi la tendenza da parte del formante giurisprudenziale a creare un diritto vivente di stampo solidaristico, fondato su un bilanciamento degli interessi del titolare del diritto e dell'obbligato, laddove la condotta del primo si presti a censure in attuazione del divieto di contraddizione.

Si tratta, allora, di verificare se una simile tendenza si sia manifestata solo al di fuori del diritto della prescrizione, ovvero se si sia fatta strada nel ragionamento giuridico in modo da condizionare la disciplina di un istituto a vocazione prettamente legislativa.

¹³² Il Tribunale, invero, fa altresì espresso rinvio alla dottrina della *Verwirkung* (definita semplicisticamente come «*una sorta di prescrizione non legata al tempo*») per spiegare il concetto di consumazione del diritto in ragione del comportamento del titolare.

Capitolo secondo

**L'UTILIZZO DEI PRINCIPI GENERALI DA PARTE DELLE CORTI
EUROPEE NELL'INTERESSE DEL TITOLARE DEL DIRITTO POSITIVO**

§ 1. PREMESSA.

La ricerca di concretezza nell'applicazione del diritto, tesa ad offrire una soluzione adeguata e congrua alla fattispecie concreta, non ha interessato il solo giudice nazionale, essendo frequente (se non addirittura preponderante) il ricorso a detta tecnica anche in seno alle corti internazionali ed, in particolare, alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo nonché alla Corte di Giustizia della Comunità Europea.

L'esame delle pronunce del giudice comunitario è di sicuro interesse atteso che, più efficacemente rispetto al dialogo tra formanti omologhi di ordinamenti nazionali diversi a cui si è dedicato il capitolo precedente, queste hanno l'effetto di influenzare la prassi della giurisprudenza nazionale. Ciò, in particolare, alla luce del ruolo "costituzionale"¹³³ assunto dal giudice europeo, imposto dallo stesso contenuto della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (CEDU), oltre che dall'esigenza di verificare il puntuale rispetto degli obblighi e dei divieti sottoscritti dagli Stati membri dell'Unione Europea¹³⁴.

La soluzione accolta è il risultato di un percorso di progressiva consapevolezza da parte dello studioso nazionale della portata del diritto sovranazionale ed, in particolare, dell'interpretazione che ne viene data dalle Corti a ciò predisposte.

Il diverso approccio da parte dell'ordinamento italiano alla Convenzione ed alle disposizioni in essa contenute mostra la rilevanza dell'evoluzione accennata.

¹³³ TESAURO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, editoriale scientifica, 2012. È stata sottolineata l'importanza di prendere quale parametro di ricerca la giurisprudenza comunitaria anche da CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, Riv. Trim. dir. proc. civ., 2011, laddove osserva che «la giurisprudenza delle corti europee lambisce in modo sempre più esteso istituti e concetti tradizionali del diritto privato dei vari ordinamenti. La prescrizione non sfugge a questo fenomeno e forma oggetto di una serie di pronunce di grande interesse», 1087.

¹³⁴ Non a caso, tra le fattispecie concrete che verranno prese in considerazione alla luce della particolare importanza pratica che assumono, si tratterà del problema della mancata trasposizione o, comunque, del ritardo da parte di un Stato membro nell'attuazione di una direttiva comunitaria.

Tradizionalmente¹³⁵, infatti, si era affermata la regola per cui anche la CEDU, del pari degli altri trattati di diritto internazionale, acquistasse all'interno del sistema delle fonti nazionali il rango di quella attraverso cui aveva ricevuto esecuzione.

Senonché, una simile teoria, in considerazione del fatto che la Convenzione ha trovato ingresso nel nostro ordinamento per il tramite della legge ordinaria, ne inficiava in maniera significativa l'efficacia in quanto, se da un lato comportava l'abrogazione delle leggi antecedenti, o dei provvedimenti comunque di rango inferiore, contrastanti con i principi sanciti dalla Convenzione, dall'altro si mostrava debole rispetto a leggi ordinarie successive con contenuto eventualmente non compatibile con quello della CEDU.

Una simile debolezza riferita alla capacità di resistere all'abrogazione, male si concilia con il contenuto della Convenzione, attraverso cui vengono riconosciuti diritti di carattere fondamentale, largamente corrispondenti a quelli consacrati all'interno della Carta Costituzionale italiana e, del pari, degli stati.

Non solo. In tempi recenti l'emanazione del trattato sull'Unione Europea ha sostanzialmente riconosciuto la "comunitarizzazione" della CEDU, assicurandone il rispetto da parte dell'Unione.

In questo modo, la Convenzione è stata nei fatti equiparata al diritto di matrice comunitaria, di cui si afferma l'efficacia diretta nel nostro ordinamento al fine di garantirne un'applicazione immediata ed uniforme nell'intera area comunitaria.

¹³⁵ Il rapporto tra fonti sovranazionali e fonti interna è stato largamente discusso in dottrina. Per un approfondimento, soprattutto con riferimento al confronto tra corti interne e sovranazionali, si rinvia a MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in www.rivistaaic.it, 2002; PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Milano, 2004; CARTABIA, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 5; CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo, Torino, 2007; TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte sub-costituzionale del diritto*, in www.forumcostituzionale.it; DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenza della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2008. Ulteriori contributi dottrinali possono trovarsi sul sito istituzionale della Corte Costituzionale all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it>.

Conseguentemente, la norma interna contrastante con la disciplina comunitaria (e con i principi della Convenzione) deve essere semplicemente disapplicata dal giudice di merito, al quale viene richiesto di porre in essere una verifica di compatibilità¹³⁶.

Parametro dell'esame a cui è chiamato il giudice comune non è solo la normativa comunitaria, ma altresì le decisioni della Corte di Giustizia che, pertanto, acquistano operatività immediata nell'ordinamento interno¹³⁷ tanto da far sorgere in capo al Giudice di merito un «*dovere funzionale*»¹³⁸ a conoscere la giurisprudenza comunitaria ed uniformarsi alla stessa, assimilando i principi da questa enucleati in un meccanismo di continuo dialogo e scambio¹³⁹.

Si deve, a ragione, convenire con l'opinione secondo cui, al fine di individuare la maggior parte dei principi fondamentali dell'Unione Europea, occorre volgere lo sguardo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

L'esistenza di uno stretto legame tra le statuizioni di diritto nazionale e quelle degli organi di giustizia europea, così come la progressiva sovranalizzazione delle fonti dell'ordinamento è, oggi, un fatto assodato.

¹³⁶ La Corte Costituzionale, infatti, con sentenza 170 del 1984 ha assicurato la prevalenza dell'ordinamento comunitario su quello interno, riconoscendo al giudice nazionale il potere di disapplicare la norma interna, ancorché sopravvenuta, in base ad un criterio di ripartizione della competenze e non a una pretesa gerarchia tra le fonti, fatta salva l'esistenza di contro limiti individuati nei principi fondamentali dell'ordinamento.

¹³⁷ È stato osservato come «*anche altre giurisdizioni riconoscono comunemente che le sentenze della Corte hanno la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*» sicché «*si può agevolmente affermare che nella nostra esperienza i giudici si ritengono vincolati al rispetto del precedente comunitario*» così CALZOLAIO, *Il valore del precedente della Corte di Giustizia*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1, 41 ss.

¹³⁸ L'espressione è utilizzata dallo stesso CALZOLAIO ne *Il valore del precedente della Corte di Giustizia*, op. cit., 65. L'autore si spinge oltre ed osservare altresì che «*la Corte chiede ai giudici nazionali anche di conoscere e considerare la giurisprudenza degli altri Stati [...] fin dal caso Cilfit la Corte invita il giudice nazionale di ultima istanza che intende evitare il rinvio pregiudiziale, perché ritiene che la questione sollevata è in realtà chiara, a chiedersi se una simile conclusione si imporrebbe con la stessa evidenza anche ai giudici degli altri Stati membri. Un autentico esercizio di comparazione, che però sembra rimasto lettera morta, soprattutto per i giudici continentali*».

¹³⁹ Parla di una vera e propria «*sinergia tra giudice nazionale giudice comunitario*» TESAURO in *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, op. cit. L'autore, in particolare, evidenzia che tale sinergia è stata concretamente formalizzata nel meccanismo del rinvio pregiudiziale sicché «*I giudici nazionali ... non solo sono i giudici comuni del diritto comunitario, ma contribuiscono in modo decisivo a garantire vuoi la coerenza tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti interni, vuoi l'effettività del sistema complessivamente considerato*».

L'interprete comunitario ed europeo, pertanto, è venuto ad assumere un ruolo centrale nella ricostruzione, in particolar modo, dei diritti fondamentali e della loro tutela secondo un principio teso a valorizzare l'operato del giudice chiamato ad offrire la migliore tutela possibile dei diritti fondamentali riconosciuti¹⁴⁰.

Il tema della prescrizione, ed in particolare modo del suo decorso – come si avrà modo di evidenziare - non è rimasto estraneo al dialogo tra Corte di Giustizia dell'Unione Europea e Giudice interno.

L'analisi delle riflessioni delle Corti europee diventa allora imprescindibile, sia alla luce del ruolo riconosciuto alla giurisprudenza sovranazionale, sia al fine di comprendere appieno i suoi riflessi sulla disciplina dei limiti temporali all'esercizio del diritto.

§ 2. CONCRETEZZA E TIME LIMITS NELLA PRASSI DELLE CORTI SOVRANAZIONALI

Su scala europea il dibattito sulla prescrizione e, più in generale, sui limiti temporali alla tutela dei diritti si è costruito intorno alla garanzia di effettività di detta tutela.

La prescrizione, infatti, se da un lato consente di arginare pretese ingiustificate o irragionevoli, per altro verso può determinare un aggravio della posizione del titolare di un legittimo interesse.

La garanzia di un effettivo accesso ai mezzi predisposti dal sistema della giustizia e l'esigenza di dare attuazione ad un processo equo sono alla base di una situazione soggettiva di diritto affermata dalla Carta costituzionale europea (art. 47 Carta dei diritti

¹⁴⁰ L'osservazione è fatta propria anche da CONTI, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, a cura di Roberto Cosio e Raffaele Foglia, Giuffrè editore, 2013, pp. 166 ss. Secondo l'autore il principio è ben espresso dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia. In detta decisione, infatti, la Grande Camera della Corte Edu osserva « [...] anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche tipo di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi si servono anche, per forza di cose, di formula più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica [...]. Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge [...] esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri ed adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione»

fondamentali dell'Unione Europea¹⁴¹) e dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6 CEDU¹⁴²), il cui contenuto è pressoché identico.

Per tale ragione, appare opportuna un'indagine che interessi tanto della giurisprudenza della Corte di Giustizia quanto di quella della Corte di Strasburgo, in ottemperanza alla dichiarazione congiunta resa nel gennaio 2011 dai rispettivi presidenti e volta ad incentivare e sottolineare la necessaria coerenza tra le rispettive pronunce alla luce della corrispondenza dei diritti tutelati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

§ 2.1. LA PRESCRIZIONE NELLE PRONUNCE DELLA CORTE DI STRASBURGO

L'intento di rileggere l'istituto della prescrizione e – più in generale – dei cd. *time limits* alla luce del diritto vivente, così da proporre una connotazione più elastica e capace di concorrere al raggiungimento di una soluzione socialmente avvertita come “giusta”, non può prescindere dall'esame delle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

Ciò, non solo e non tanto perché l'accertamento della violazione pone a carico dello Stato contraente condannato un preciso obbligo di risarcimento e ripristino dello status

¹⁴¹ Art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

¹⁴² Art. 6, comma 1, Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali «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».

quo ante, ma soprattutto per lo stile della decisione resa dalla Corte ed il metodo dalla stessa utilizzato¹⁴³.

Le sentenze della Corte EDU, infatti, tutelano in primo luogo l'interesse del singolo ricorrente che lamenta la violazione, da parte dello Stato, di un proprio diritto fondamentale e non dispone di altri mezzi, oltre quello sovranazionale, per ottenere una efficace tutela.

L'esame della fattispecie concreta, che si traduce nella valutazione della disciplina nazionale alla luce dei fatti del caso sottoposto all'attenzione della Corte, rappresenta pertanto il metodo di lavoro naturale del Giudice di Strasburgo.

La Corte ha a più riprese ribadito la validità di un approccio "pratico", esorbitando dalle proprie competenze l'elaborazione di una dottrina in punto di ammissibilità dei cd. *time limits* all'esercizio dell'azione: «*It is not the function of the Court to elaborate a general Theory of the limitation admissible*»¹⁴⁴.

Sicché, la ricerca della concretezza sembra essere confermata anche a livello sovranazionale – così come si è precedentemente visto con riferimento alle corti statali – quale la strada per garantire un'efficace indagine della giustizia sostanziale.

Le numerose pronunce della Corte di Strasburgo in materia di prescrizione hanno avuto ad oggetto l'esame di compatibilità tra le decisioni delle Corti nazionali facenti stato tra le parti, e l'articolo 6 della Convenzione, che riporta le condizioni e i requisiti da integrare affinché si assicuri il rispetto del principio di giusto processo, quale diritto fondamentale dell'uomo.

La *ratio* è piuttosto elementare: non può parlarsi di equo processo laddove al titolare del diritto azionabile si frappongano barriere procedurali che impediscono o limitano le possibilità di far valere la pretesa in sede giudiziaria.

¹⁴³ Sentenza Corte Edu 16 ottobre 2007, De Trana c. Italia, in <http://www.echr.coe.int>, che chiarisce in motivazione che «*la constatazione di violazione [ad opera della Corte] comporta l'obbligo giuridico per lo Stato convenuto non solo di versare le somme accordate in sede di equa soddisfazione, ma anche di scegliere [...] le misure generali e/o individuali da adottare nell'ordine giuridico interno per porre fine alla violazione constatata dalla Corte ed eliminarne il più possibile le conseguenze in modo da ripristinare la situazione anteriore alla violazione*».

¹⁴⁴ Sentenza Corte Edu 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito, in <http://www.echr.coe.int>

Primo tra tutti, infatti, la Convenzione si preoccupa di garantire il diritto che “*la causa sia esaminata*”, in assenza di un tale presupposto pubblicità, ragionevole durata del processo, indipendenza ed imparzialità del giudice per dono di significato.

In questo senso, già la prima giurisprudenza della Corte osservava che «*the principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally recognised fundamental principles of law; the same is true of the principle of International law which forbids the denial of justice*»¹⁴⁵.

Se, dunque, l’equità del processo si manifesta in prima battuta nel garantire l’accesso alle corti e, conseguentemente, l’esame della causa, allora i limiti posti dal legislatore nazionale alla proposizione della domanda giudiziale integrano una barriera che può concretamente atteggiarsi come un diniego di tutela. Tra questi limiti si annovera anche la prescrizione.

Tuttavia, la Corte non arriva ad affermare l’illegittimità della prescrizione in sé per sé. Se così fosse, infatti, non sarebbe neppure necessario addentrarsi nell’esame della fattispecie concreta, in quanto qualsivoglia limite all’accesso alla tutela giurisdizionale andrebbe comunque respinto.

Al contrario, l’istituto della prescrizione – e dei *time limits* in generale – è ritenuto necessario al fine di garantire la certezza del diritto.

In questo senso si è più volte espressa la Corte di Strasburgo, che ha dapprima chiarito che il diritto di accedere ad un organo giudiziario per l’esame delle proprie domande non deve considerarsi assoluto, essendo possibile sottoporre lo stesso a restrizioni (quali le regole prescrizionali) atteso che simili impedimenti hanno la funzione di garantire una corretta ed efficiente amministrazione della giustizia, in sincronia con il principio di certezza del diritto¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Sentenza Corte Edu 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito, in <http://www.echr.coe.int>

¹⁴⁶ «*The right of access to court is not, however, absolute. It may be subject to legitimate restrictions, for example, statutory time limits or prescription periods [...] the Court reiterates that the rules on time – limits for bringing judicial claims are undoubtedly designed to ensure the proper administration of justice and compliance with, in particular, the principle of legal certainty*» così si legge nella Sentenza Corte Edu 12 gennaio 2006, Mizzi c. Malta, in <http://www.cortedicassazione.it>.

La Corte, pertanto, riconosce l'importanza dei cd. *Time-limits* nell'interesse tanto delle parti coinvolte, quanto della comunità sociale.

Contemporaneamente, però, afferma la necessità che il principio della certezza del diritto non sia assoluto, dovendo essere raffrontato con altri diritti fondamentali, quali proprio il diritto garantito dall'Art. 6 della Convenzione affinché la Causa sia esaminata, e, laddove nel caso portato all'attenzione della Corte dal ricorrente il limite temporale sia particolarmente pregiudizievole del predetto diritto fondamentale, la certezza del diritto dovrà cedere il passo a quest'ultimo.

Occorre quindi valutare il giusto bilanciamento tra interesse della collettività e diritti individuali affinché sia assicurato il diritto sostanziale di accesso ad un Tribunale.

Una delle prime pronunce in cui la Corte di Strasburgo ha affrontato il tema in esame è la ormai celebre sentenza resa nel caso *Stubbings e altri c. Regno Unito*¹⁴⁷.

In questa sede la Corte ha stabilito che, sebbene debba essere riconosciuto agli Stati contraenti un potere discrezionale nel fissare determinati limiti al diritto di accesso alla giustizia – e quindi anche di fissare un termine di prescrizione del diritto azionato – tale potere non spingersi fino ad azzerare le possibilità di vedere la pretese del legittimato considerata da un Tribunale, oppure rendere eccessivamente difficile la tutela di un diritto soggettivo, così compromettendolo in nuce.

Quanto appena esposto si ritrova nella lettera della decisione, laddove la Corte dapprima conferma la rilevanza in base alla Convenzione del diritto di accesso alla giustizia «*Article 6 para 1 embodies the “right to a court” of which the right of access, that is, the right to institute proceedings before a court in civil matters, constitutes one aspect*», per poi ribadire che «*this right it's not absolute, but may be subject to limitations [...] in this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation*».

Tra le ragioni giustificatrici dell'apposizione di limiti temporali all'esercizio di un diritto in sede giudiziaria, la Corte annovera la necessità di garantire la certezza del diritto («*to ensure legal certainty*»), così come quella di garantire un processo equo al

¹⁴⁷ Sentenza Corte Edu, 22 ottobre 1996, *Stubbings e al. c. Regno Unito*, in <http://www.echr.coe.int>

convenuto. In particolare, quest'ultimo diritto potrebbe essere compromesso in virtù del decorso di un significativo lasso temporale tra il verificarsi dei fatti e la proposizione dell'azione, attese le difficoltà di fornire evidenza di quanto accaduto in epoca già molto risalente¹⁴⁸.

Si tratta, pertanto, di porre in atto un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i termini di prescrizione e gli scopi perseguiti dal diritto positivo attraverso un bilanciamento dell'interesse dell'attore ad avere una sentenza nel merito accedendo alla protezione del proprio diritto soggettivo, e quello del convenuto ad un processo equo, così come altri interessi socialmente apprezzabili.

L'esame del caso sottoposto alla Corte, così come quello delle motivazioni della decisione resa dai giudici di Strasburgo, chiarisce quanto anticipato.

La fattispecie attiene al diritto al risarcimento in sede civile dei danni patiti da tre signore, vittime violenza sessuale in famiglia quando erano molto piccole nel corso degli anni sessanta. Successivamente, tutte e tre le ricorrenti hanno presentato disturbi psichici tanto che, nel corso degli anni ottanta, si sono sottoposte ad alcuni trattamenti psicologici che hanno evidenziato un rapporto di causalità tra gli abusi infantili ed i disturbi psichici presentati dalle ricorrenti, tra cui la signora Stubbings.

Quest'ultima - dopo avere preso consapevolezza della possibile imputabilità dei problemi psichici sofferti nel 1984 - nel 1987 (e, cioè, circa trent'anni dopo gli abusi) proponeva domanda di risarcimento danni per le violenze subite, citando i genitori adottivi i quali si costituivano in giudizio invocando la prescrizione dell'azione ai sensi della sec. 11 del Limitation Act del 1980, che prevede per le azioni risarcitorie dovute a una condotta non dolosa, un *limitation period* di tre anni dal tempo in cui si è verificata la condotta lesiva oppure dalla data in cui il ricorrente ha avuto consapevolezza dell'imputabilità della lesione alla condotta del convenuto. Mentre il giudice di prime cure respingeva la pretesa attorea ritenendola prescritta, in secondo grado la pretesa

¹⁴⁸ «To protect potential defendants from stale claims which might be difficult to counter and prevent the injustice which might arise if courts were required to decide upon events which took place in the distant past on the basis of evidence which might have become unreliable and incomplete because of the passage of time»

della signora Stubbings veniva accolta sul presupposto della difficoltà per una vittima di violenza di riconoscere di aver subito un grave danno.

La *House of Lords* – investita del caso in seguito al ricorso della famiglia – in primo luogo contestava l'applicabilità del periodo di prescrizione triennale in quanto un atto di violenza non poteva essere qualificato come condotta non dolosa. Conseguentemente, l'azione della signora Stubbings avrebbe dovuto essere sottoposta ad un *limitation period* di sei anni, decorrente dal diciottesimo anno di età della vittima e, pertanto, prescritta.

Esauriti i gradi di giudizio previsti dall'ordinamento nazionale, la signora Stubbings si rivolgeva alla Corte EDU lamentando una lesione di un proprio diritto fondamentale di accesso al Tribunale innanzi al quale proporre domanda risarcitoria del pregiudizio arrecato dalla violenza domestica subita in età infantile.

Secondo la tesi della signora Stubbings e delle altre ricorrenti, in violazione di quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione, il Limitation Act faceva decorrere il *limitation period* dal diciottesimo anno di età della vittima, senza possibilità di posticipare tale termine alla luce di particolari circostanze di fatto tali da impedire, in concreto, l'esercizio del diritto.

Le ricorrenti sottolineavano che la consapevolezza dell'esistenza di un nesso di causalità tra le violenze subite ed i disturbi psichici potesse essere acquisita solo in seguito ad un esame medico specialistico. Inoltre, si sottolineava altresì come, per le ipotesi di risarcimento del danno cagionato da condotte non dolose, la legge inglese dell'epoca facoltizzasse il giudice ad ammettere l'azione, anche se decorso il termine di prescrizione, nel caso in cui fosse ritenuto equo permetterlo.

Nel caso di specie la Corte – seppure con una *dissenting opinion* – ha ritenuto che, nell'esercizio del potere riconosciuto ad ogni Stato contraente di fissare dei limiti di natura procedurale all'azionabilità del diritto, il Regno Unito non avesse violato l'articolo 6 della Convenzione, non essendo l'esercizio del diritto di accesso alla tutela giudiziaria eccessivamente gravoso o pregiudicato.

La Corte, infatti, ha osservato che i termini di prescrizione nel caso di oltraggio all'integrità fisica della persona sono una caratteristica comune ai sistemi giuridici degli Stati contraenti. Tali termini – riconosce la Corte – hanno molteplici e importanti finalità tra cui garantire la certezza del diritto; porre i potenziali convenuti al riparo da denunce tardive alle quali potrebbe essere difficile opporsi; impedire che eventuali sentenze fossero decise in base a elementi di prova inaffidabili a causa del tempo intercorso.

Facendo propri gli argomenti esposti dal governo inglese, i Giudici di Strasburgo hanno ritenuto in primo luogo che il periodo di prescrizione di sei anni perseguisse uno scopo legittimo, vale a dire quello di porre un termine alle azioni e garantire la certezza del diritto nonché impedire di adire tribunali con querele tardive.

Secondariamente un termine sessennale non è stato considerato, nel caso di specie, particolarmente breve in quanto se le ricorrenti avessero intentato un'azione prima dello scadere dei termini, i tribunali avrebbero dovuto comunque pronunciarsi su fatti accaduti oltre due decenni prima.

Ma non solo, nel caso di lesioni all'integrità fisica tale termine sarebbe proporzionato e sufficiente in quanto comparativamente persino più lungo di quello previsto da numerose convenzioni internazionali relative a danni fisici, quale la Convenzione di Varsavia del 1929 per l'unificazione di talune norme relative al trasporto aereo internazionale e la Convenzione di Atene relativa al trasporto per mare dei passeggeri e dei loro bagagli, che concedono due anni dalla data di sbarco per intentare un'azione per danni fisici subiti durante un trasporto internazionale.

Da ultimo, quanto al *dies a quo* del termine di prescrizione, i giudici di Strasburgo osservano che esiste una disomogeneità tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa: in molti la prescrizione decorre dal giorno in cui si realizza il motivo legittimante l'azione; in altri comincia solo quando il titolare ha o avrebbe dovuto avere conoscenza dei fatti di cui alla pretesa. Sicché, è impossibile ritenere uno dei due modelli comunemente

accettato dagli ordinamenti nazionali, cassando l'altro alla luce dell'art. 6 della Convenzione¹⁴⁹.

La soluzione, tuttavia, lascia qualche perplessità, come testimonia altresì la *dissenting opinion* del giudice Foighel, il quale reputa, nel caso sottoposto al suo esame, l'effettiva lesione del diritto di cui all'articolo 6 della Convenzione.

Pur considerando il termine sessennale ragionevole in astratto, così come l'imposizione di un limite temporale all'esercizio del diritto, il giudice dissenziente si concentra sul *dies a quo* della prescrizione potendo effettivamente il *time limit* compiersi prima che la vittima possa avere avuto contezza dei fatti all'origine del proprio diritto, nonché del soggetto responsabile della lesione.

La riflessione del giudice Foighel si sofferma sul fatto che spesso nei casi di abuso, la consapevolezza in capo alle vittime del nesso causale tra gli abusi subiti e i turbamenti psicologici si ha soltanto molti anni dopo la violenza, e generalmente in seguito ad un consulto con un esperto. Conseguente, nel caso di specie, alla signora Stubbings e alle altre ricorrenti era stato concretamente pregiudicato il diritto di accesso alla giustizia, non essendo possibile ritenere che questo potesse essere esercitato prima del sorgere di tale consapevolezza¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Tuttavia, in conclusione dei propri argomenti, la Corte osserva che «*there has been a developing awareness in recent years of the range of problems caused by child abuse and its psychological effects on victims, and it is possible that the rules on limitation of actions applying in member States of the Council of Europe may have to be amended to make special provision for this group of claimants in the near future*». In altre parole, per il futuro, la Corte auspica una riforma del diritto della prescrizione che tenga maggiore considerazione gli effetti che le violenze hanno sulla vittima di abusi.

¹⁵⁰ Alla medesima conclusione, ossia alla ritenuta violazione dell'articolo 6 della Convenzione, è altresì pervenuto il giudice dissenziente Macdonald, il quale, concentrandosi sugli obiettivi perseguiti dal diritto della prescrizione e bilanciando gli stessi con la necessità di esprimere il disvalore sociale della condotta violenta, reputa che il secondo interesse debba prevalere: «*Having regard to the nature of the injury involved and the fact that victims of childhood sexual abuse are frequently and for various periods of time unaware of the causal link between the damage suffered and the acts responsible, the imposition of a fixed statutory time-limit which expires six years after the date of the act or after the date on which the victim attains his or her majority (eighteen), regardless of the circumstances of an individual case and without the availability of a procedure to mitigate against the consequences of the applicable period, is, in my view, disproportionate in that it unreasonably deprives the applicants of a right of access to court and thus lies beyond the margin of appreciation enjoyed by States in establishing time-limits for the introduction of proceedings [...] Among the interests to be considered in reaching a conclusion on the question of proportionality, one can readily identify the need for legal certainty, the need to extinguish stale claims, and the need to avoid or reduce the risk that the alleged wrongdoer might be unfairly treated*

La sentenza analizzata costituisce un efficace esempio dell'atteggiamento del giudice sovranazionale rispetto alla disciplina della prescrizione. L'esistenza stessa di due diverse *dissenting opinions* da parte dei giudici Foighel e MacDonald, dimostra il peso dell'esame dei fatti di causa, così come il possibile atteggiarsi della discrezionalità riconosciuta alle corti che, condizionate dal proprio bagaglio culturale e di esperienza, possono decidere in maniera talvolta contrastante.

È, invero, proprio questa l'anomalia che la prescrizione (ed, in definitiva, il principio di certezza del diritto) tende ad evitare. Spetta al legislatore nazionale il compito di bilanciare tra il formalismo tipico dell'istituto in esame – veicolo di prevedibilità e certezza – e l'elasticità tipica della discrezionalità giudiziaria, impegnata alla ricerca di una soluzione concreta.

Tale esigenza si manifesta tanto sul piano della tutela dell'affidamento del legittimato passivo dell'azione, il cui interesse è quello di vedersi liberato dalla propria obbligazione o, comunque, di non vedersi pregiudicato laddove egli abbia riposto un ragionevole affidamento su una condotta tenuta dalla propria controparte nel rapporto giuridico, quanto su quello del diritto del titolare di un interesse giuridico riconosciuto dall'ordinamento ad accedere al Tribunale per vedere tutelata la propria posizione.

Proprio la sentenza *Stubbing* sembra suggerire al legislatore la strada da percorrere: la determinazione del *dies a quo*, elemento su cui si costruisce l'intero diritto della prescrizione e da cui dipende la congruità dei *time limits* nel caso di specie.

Tuttavia, non sempre la Corte ha fatto riferimento al momento iniziale di decorrenza del periodo di prescrizione - e, più in generale, alla disciplina di diritto positivo dettata dal

as a result of making findings of fact that go back many years. There are also, however, important interests represented by the need to recognize and make possible the vindication of the rights of child victims who were not even aware of the existence of their rights before those rights became statute-barred, and the overall security, health, and well-being of society at large. While the legislation clearly serves the traditional aims of statutes of limitation relating to the control and prevention of injustice, it does not (unfortunately) reflect a satisfactory recognition and accommodation of other outstanding interests involved in the increasing effort to meet the challenges which the problem of child sexual abuse presents to legislators, draughtsman, and judges. The traditional aims of the statute are sought to be realized specifically at the expense of the applicants' rights under the Convention and, more generally speaking, the struggle to recognize that sexual abuse of children is a gross violation of children's and human rights and to promote fundamental change in the nature of social reactions and attitudes to the depressingly prevalent phenomenon of child sexual abuse».

legislatore - al fine di dedurne l'operatività o meno rispetto al caso di specie sottopostole.

La soluzione giusta, perché rispettosa dei diritti fondamentali, della particolare fattispecie, infatti, potrebbe essere raggiunta attraverso una disapplicazione *tout court* delle limitazioni temporali ritenute eccessivamente ostative del diritto azionato.

Al fine di comprendere meglio l'operato della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di prescrizione, è senz'altro utile l'esame della sentenza resa il 12 gennaio 2006 nel caso Mizzi contro Malta¹⁵¹, con cui è stata riconosciuta – e sanzionata - la sproporzionata limitazione del diritto di accesso al giudice nei procedimenti per il disconoscimento della paternità di figli nati in costanza di matrimonio.

Nel giungere a ritenere eccessiva, rispetto al diritto di accesso al giudice, l'interferenza posta in essere dal legislatore maltese nell'interesse di garantire la certezza dell'identità della persona del figlio, la Corte compie un attento esame dei fatti di causa e della normativa in materia di disconoscimento di paternità, arrivando così a statuire che, nel caso di specie, era stato oggettivamente precluso al sig. Mizzi l'esercizio del proprio diritto.

Con ricorso presentato alla Corte Europea ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione¹⁵² il cittadino maltese Maurice Mizzi ha dedotto la violazione – tra gli altri – del diritto fondamentale previsto dall'articolo 6, comma primo, della Convenzione in relazione alla propria volontà di disconoscere il figlio dalla moglie, in costanza di matrimonio.

Il ricorrente ha spiegato che, sposatosi con la compagna nel mese di dicembre 1963, i due cessavano di coabitare nel mese di marzo 1967 e, successivamente, il 4 luglio 1967, nasceva una bambina di cui il signor Mizzi era legalmente riconosciuto come padre naturale.

¹⁵¹ Sentenza Corte Edu, 12 gennaio 2006, Mizzi c. Malta, in www.cortedicassazione.it

¹⁵² Art. 34 CEDU «*La Corte può essere investita di un ricorso fatto pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti Contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'effettivo esercizio efficace di tale diritto*».

Sin dal principio il ricorrente dava atto di avere nutrito dubbi sulla effettiva paternità della figlia, tanto da domandare il test del dna a cui la madre non acconsentì. L'anno successivo il signor Mizzi e la moglie si separano legalmente e divorziarono nel 1972, trascorsi gli anni previsti dalla legge.

Agli inizi degli anni novanta¹⁵³, quando la figlia del ricorrente si sottopose volontariamente ai test genetici, i risultati confermarono i sospetti del signor Mizzi e, cioè, che lo stesso non era padre biologico della ragazza.

Tuttavia, ai sensi di quanto previsto dal codice civile maltese, l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità risultava preclusa al ricorrente in quanto avrebbe dovuto essere introdotta nel termine di tre mesi (prima della riforma del 1993) oppure sei mesi dalla nascita del bambino.

Tale limitazione temporale – secondo quanto statuito dalla Corte Costituzionale maltese investita della vicenda – troverebbe fondata giustificazione nella protezione del bambino, della sua identità personale, nonché del diritto di beneficiare della propria famiglia di origine¹⁵⁴.

Vistosì negato l'esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità, ritenendo per ciò violato il diritto fondamentale di accesso agli organi giurisdizionali, il sig. Mizzi ha dunque presentato il predetto ricorso da cui origina la sentenza in esame.

¹⁵³ Secondo quanto riportato al pt. 13 della sentenza Mizzi c. Malta, il test del dna fu eseguito in Svizzera nel 1993 a dire del ricorrente, mentre nel 1990 secondo la ricostruzione effettuata dal governo maltese in base alle dichiarazioni rese dalla figlia del signor Mizzi.

¹⁵⁴ Si vedano i punti 22 e 24 della sentenza Mizzi c. Malta, in cui si dà atto che *«the ratio of this limitation on the husband's right to proceed with an action of repudiation had been the stand in favour of the status of legitimacy, resumed by the presumption "pater id est quem iuxte nuptiae demonstrant" [...] according to today's social orientation, the aim of the interferenze complained of was the protection of the status of legitimacy»*. Tuttavia, la Corte Edu riporta altresì che *«the constitutional court finally observed that the ideal situation was the one in which legal certainty corresponded with factual reality. It therefore suggested that the domestic provisions be constantly kept under the legislator's scrutiny to be refined and updated according to the necessity, taking into account the developments in science and the changes in family and social orientations»* (cfr. pt. 27). Il governo maltese, invero, rileva una seconda giustificazione per apposizione di un *time limit* alle azioni in esame: *«in fact, the law took into account that bothh in fidelity and reconciliation after adultery are not un common facts. It was therefore wise to rule out the possibility of an action for disavowal being brought at any time the spouses might have had a fight»* (cfr. pt. 59)

In prima battuta, i giudici di Strasburgo hanno esaminato con attenzione la legge maltese relativa alla materia in oggetto, anche alla luce della riforma intervenuta nell'anno 1993.

In particolare, la Corte ha osservato che, antecedentemente le predette modifiche, il codice civile precludeva la possibilità di esercitare il disconoscimento di paternità in virtù dell'adulterio della consorte, salva la prova tanto dell'adulterio quanto del fatto che il concepimento gli fosse stato celato.

In presenza di questi due presupposti, l'azione poteva comunque essere esercitata nel termine di tre mesi dalla nascita¹⁵⁵ oppure, nel caso in cui il concepimento e la nascita gli fosse stata occultata, nel termine di tre mesi a decorrere dalla sua scoperta.

Si noti, pertanto, che la disciplina maltese, sebbene prevedesse un termine relativamente breve per l'esercizio dell'azione, teneva in debita considerazione l'impossibilità fattuale del padre naturale di esercitare l'azione, prevedendo così un *dies a quo* che può essere definito "glissant" in quanto mutevole stante l'impossibilità di prevedere quando il legittimato attivo all'azione sarebbe venuto a conoscenza della nascita del figlio illegittimo, occultatagli dalla moglie¹⁵⁶.

Come anticipato, la disciplina così delineata è stata riformata agli inizi degli anni novanta.

Di tali modifiche dà atto la Corte che precisa come - in estrema sintesi - il *limitation period* sia stato innalzato a 6 mesi e che, a differenza della disciplina precedente, al fine di vedere accolte le proprie domande l'attore avrebbe dovuto offrire prova o dell'adulterio della moglie o, alternativamente, del fatto che il concepimento o la gravidanza gli fossero state celate.

Premessa la disciplina di diritto positivo, così come gli argomenti esposti dal ricorrente e dal governo resistente a sostegno delle proprie conclusioni, la Corte si concentra

¹⁵⁵ L'articolo 73 del codice civile maltese distingue tra l'ipotesi in cui l'attore di fosse trovato su suolo maltese al momento della nascita, e quella in cui questo si fosse trovato all'estero. Per questa seconda ipotesi era espressamente prevista la decorrenza del termine di prescrizione dal suo ritorno a Malta.

¹⁵⁶ Ugualmente, il *dies a quo* non è neppure determinabile per l'ipotesi in cui il padre naturale non fosse a Malta al momento della nascita del figlio illegittimo

minuziosamente sulla pretesa violazione, ad opera della legislazione maltese, del diritto fondamentale di accesso alla giustizia sancito dalla Convenzione.

In particolare, nel motivare la propria decisione, la Corte segue un *iter* logico che prende le mosse proprio dall'applicabilità al caso di specie dell'articolo 6 della Convenzione, per poi considerare se si è in presenza di interferenza rispetto al suo esercizio e, di conseguenza, lo scopo di tali interferenze così come se queste possano essere considerate proporzionali e ragionevoli.

Quanto all'applicabilità della disposizione convenzionale, i giudici di Strasburgo ricordano come il diritto ivi previsto si estenda a tutte le contestazioni in materia di “*civil rights and obligations*” tutelato dal diritto interno dello Stato contraente.

In questa prospettiva la Corte chiarisce che per il solo fatto del decorso il termine di prescrizione mensile previsto dal codice civile, non possa dirsi che il diritto del padre di disconoscere il figlio adulterino non sia riconosciuto dall'ordinamento in quanto il limite temporale rappresenta esclusivamente una condizione di carattere processuale affinché sia possibile rivolgersi ad un tribunale per l'accoglimento delle proprie domande.

Il passaggio della motivazione con cui la Corte esclude che il decorso del termine di prescrizione possa influire sull'esistenza del diritto oggetto di rivendica da parte del titolare ricorrente, assume particolare significato e merita di essere riproposto letteralmente: «*the Court considers that not only did the domestic legal system allow a husband to deny paternity of the offspring of his wife, but also that after the 1993 amendments a person in the situation of the applicant was, in principle, capable of introducing such an action with reasonable prospects of success. In the Court's view, the fact that a time limit precluded the applicant from benefiting from 1993 amendments did not impair the existence itself of the right in the domestic legal system. Such time limit was only a procedural precondition for having access to the domestic tribunals*».

Dalle parole della Corte si possono trarre alcuni interessanti spunti: da un lato, infatti, i Giudici di Lussemburgo fanno specifico riferimento al cd. “*reasonable prospects of success*”, la cui valutazione assume una rilevante importanza nell'ambito di un giudizio

di proporzionalità delle limitazioni poste dall'ordinamento interno all'esercizio dell'azione; dall'altro – e ciò può forse sorprendere alla luce della natura di carattere sostanziale della prescrizione familiare al giurista nazionale – chiarisce espressamente che il limite temporale all'esercizio del diritto ha natura squisitamente procedurale.

Alla luce delle osservazioni svolte, la Corte afferma quindi l'applicabilità al caso sottoposto dell'articolo 6 della Convenzione e, per l'effetto, indaga i possibili ostacoli e le possibili interferenze che possono frapporsi, in virtù della disciplina codicistica maltese, all'esercizio del diritto di accesso alle corti convenzionalmente riconosciute.

La Corte, in particolare, osserva che nel vigore della normativa ante riforma, attesa la necessità di provare tanto l'adulterio quanto l'occultamento della gravidanza, le azioni proposte per il disconoscimento del figlio nato in costanza di matrimonio avevano necessariamente scarse possibilità di essere accolte. Nondimeno, intervenuta la riforma del codice civile agli inizi degli anni novanta, il diritto del signor Mizzi - e di coloro che si trovavano in una situazione analoga – doveva ritenersi prescritto con conseguente impossibilità di usufruire della regolamentazione maggiormente favorevole per il legittimato attivo prevista dal legislatore.

80

Accertata l'esistenza di un ostacolo o, comunque, di un'interferenza all'esercizio del diritto, la Corte si preoccupa di individuare la *ratio* di tali ingerenze e valutare la loro ragionevolezza e proporzionalità rispetto al caso concreto.

In questa prospettiva, i Giudici di Lussemburgo ribadiscono il principio per cui il diritto fondamentali di cui al primo comma dell'articolo 6 della Convenzione non ha carattere assoluto, potendo essere soggetto a limitazioni (anche temporali) laddove ciò risponda ad esigenze di carattere generale che, nel caso in esame, si identificano con quelli del minore a vedere rimuovere l'incertezza in merito alla propria identità personale¹⁵⁷.

Tuttavia, la Corte osserva che «*in the present case the applicant never had the possibility of introducing, with reasonable prospects of success, an action for disavowal*», concludendo per l'accoglimento del ricorso individuale presentato dal

¹⁵⁷ Differentemente, la Corte riconosce altresì che “*the aim pursued by the concealment requirement is less apparent*” (cfr. pt. 84).

signor Mizzi, non avendo egli mai concretamente avuto ragionevoli prospettive di successo nella proposizione delle proprie domande.

In altre parole la Corte, riconoscendo alla prescrizione natura esclusivamente procedurale quale requisito per l'esercizio dell'azione, arriva ad accertare una violazione del diritto di cui all'articolo 6 della Convenzione per non avere il ricorrente, stante la *probatio diabolica* richiesta dal codice civile prima della riforma del 1993, potuto efficacemente esercitare il proprio diritto.

Non solo, quindi, rileva la concreta possibilità di esercitare il diritto, bensì anche le possibilità di successo dell'azione promossa dal legittimato, che può dipendere, come nel caso di specie, da fattori esterni tanto alla condizione soggettiva dell'attore (che, nel caso di specie, era consapevole del proprio diritto o, comunque, ne aveva il ragionevole dubbio sin dalla nascita della figlia) quanto alla disciplina della prescrizione in senso stretto (a differenza delle disposizioni richiamate dal *Limitation Act* del 1980 - come si è già evidenziato - il codice maltese prevedeva espressamente la possibilità di modulare il *dies a quo* alla luce della concreta possibilità per il ricorrente di conoscere il proprio diritto e la possibilità della sua tutela).

81

Un ulteriore passo in avanti rispetto alla sentenza Mizzi, è stato compiuto dai giudici di Strasburgo con la sentenza *Zouboulidis contro Grecia*, del 25 giugno 2009¹⁵⁸.

Il caso¹⁵⁹ era stato sottoposto alla corte dal ricorrente, un dipendente pubblico che lamentava la mancata corresponsione di parte della propria retribuzione da parte dello Stato ellenico, il quale di contro eccepiva la preclusione dell'azione atteso che i crediti contro lo Stato, secondo la legge greca, si prescrivevano in due anni.

La Corte, nel valutare la ragionevolezza del termine di prescrizione biennale ed il bilanciamento tra la tutela del diritto del ricorrente ed interessi di ordina generale,

¹⁵⁸ Sentenza Corte Edu, 25 giugno 2009, *Zouboulidis c. Grecia*, in <http://www.echr.coe.int>

¹⁵⁹ Il caso si inserisce nel delicato tema di raccordo tra l'istituto della prescrizione e la salvaguardia del diritto di proprietà in capo ai cittadini degli stati firmatari. Numerose, infatti, sono le pronunce che vedono esaminate congiuntamente le possibili violazioni dell'articolo 6 della Cedu, ed in particolare del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale, e del Protocollo n. 1, art. 1, della Convenzione. Con specifico riferimento allo Stato Italiano, si pensi al contenzioso che origina dal diritto al risarcimento dei danni susseguenti all'occupazione acquisitiva da parte dello Stato.

indaga la *ratio* del *time limit* e l'interesse pubblico a protezione del quale sarebbe stato previsto.

Nel rispetto della consolidata giurisprudenza della Corte, i Giudici di Strasburgo ribadiscono che il solo fatto che le pretese del richiedente siano sottoposte ad un termine di prescrizione non contrasta con i diritti garantiti della Convenzione, essendo l'istituzione di termini di prescrizione un tratto comune ai sistemi giuridici degli Stati contraenti, che mira a garantire la sicurezza giuridica fissando un termine alle azioni ed ad impedire l'ingiustizia che si potrebbe produrre se i tribunali fossero chiamati a pronunciarsi su degli avvenimenti sopraggiunti lontano nel passato.

Allo stesso tempo, la Corte ritiene che lo scopo di preservare le casse dello Stato attraverso il meccanismo della prescrizione breve, che elimina i debiti e non sovraccarica il bilancio nazionale, non costituisce una giustificazione idonea per pregiudicare il diritto di proprietà degli individui, non essere assimilato ad un interesse pubblico o generale che giustificherebbe l'attentato ai diritti dell'individuo. Tanto più che lo Stato greco non adduce concreti elementi di valutazione sull'impatto che avrebbe sull'equilibrio finanziario dello Stato una decisione favorevole alle pretese di persone che si trovano nella stessa situazione di quella del richiedente.

82

In definitiva la Corte, sebbene la pronuncia abbia ad oggetto lo specifico caso sottoposto dal ricorrente, offre una statuizione che travalica i limiti della fattispecie al suo vaglio, pronunciandosi in merito alla meritevolezza degli interessi che sottostanno alla fissazione di un termine di prescrizione (biennale ma, il ragionamento, potrebbe valere anche per un termine più lungo) per il recupero di un credito contributivo verso lo Stato, compiendo un equo bilanciamento degli interessi in gioco in virtù del principio per cui le limitazioni temporali all'esercizio del diritto, sebbene compatibili con la Convenzione, devono comunque trovare una seria e condivisibile ragione giustificatrice¹⁶⁰.

¹⁶⁰In una recente sentenza la Corte Edu ha infatti ulteriormente chiarito la contrarietà dei termini di prescrizione all'art. 6, par. 1, della Convenzione, laddove «*non perseguono uno scopo legittimo e se non vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo che si intende raggiungere*» così in Sentenza Corte Edu, 11 aprile 2011, Seal c. Regno Unito, in www.echr.coe.int

Dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo emerge un importante intervento da parte dei giudizi sovranazionali in materia di prescrizione, mossi dall’obiettivo di garantire, in via immediata, il diritto fondamentale di accesso alla tutela giurisdizionale e, in via mediata, il diritto soggettivo di cui si lamenta la lesione¹⁶¹.

Tale tutela, secondo la prospettiva adottata dalla Corte, si realizza attraverso la valorizzazione del lavoro del giudice dei fatti che, nel caso concreto, è chiamato ad offrire la migliore tutela possibile dei diritti fondamentali. Sembra quindi invocare in capo al legislatore il compito di predisporre una disciplina della prescrizione flessibile, capace di essere plasmata dall’interprete preposto alla ricerca di una soluzione giusta. Tale funzione, secondo quanto individuato dai Giudici di Strasburgo, si realizza tanto attraverso la modulazione del *dies a quo* prescizionale rispetto all’elemento soggettivo del legittimato attivo, quanto attraverso un esame più ampio che comprende un giudizio prognostico circa l’effettività della tutela e le possibilità di accoglimento delle domande proposte.

Senonché, sembra che una simile operazione possa essere efficacemente compresa e condotta solo pensando alla prescrizione come un *unicum* insieme ai diversi termini di decadenza e preclusione, collettivamente considerati come *time limit* sotto l’egida della tutela dei diritti soggettivi.

La Corte di Strasburgo – ma in questo filone si colloca altresì la giurisprudenza comunitaria – pur ammettendo ed anzi auspicando in linea di principio l’interposizione di barriere temporali all’esercizio dei diritti, ne promuovo un’applicazione maggiormente elastica compatibile con una visione processuale che, svincolata dalla tradizionale classificazione quale modo di estinzione del diritto soggettivo, ne influisce sull’azionabilità.

§ 2.2. LA PRESCRIZIONE NELLE PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

¹⁶¹ I *prescription period*, infatti, non riguardano solo il diritto di accesso alla giustizia stabilito dall’articolo 6 della Convenzione, ma attengono altresì alla tutela degli altri diritti previsti dalla Convenzione stessa.

Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza comunitaria, si coglie il principio generale in virtù del quale la disciplina delle regole del processo rientra nella competenza degli Stati membri i quali sono liberi da vincoli e imposizioni nello stabilire il termine entro cui il diritto – anche quello di fonte europea – può essere esercitato¹⁶².

Ciò, in quanto la Corte di giustizia colloca la prescrizione nell'alveo del principio di effettività della tutela di cui all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, sicché gli Stati Membri, come si è visto con riferimento alla Convenzione Europea, godono di discrezionalità nel determinarne la disciplina.

Tuttavia, in diverse occasioni e con riferimento ai molteplici campi del diritto, il Giudice comunitario ha dovuto affrontare il problema della prescrittibilità dei diritti, ovvero della loro esercitabilità in giudizio.

Partendo da premesse analoghe a quelle suesposte, anche i Giudici di Lussemburgo, pur ammettendo e riconoscendo l'importanza della prescrizione a tutela del valore della certezza del diritto e dell'interesse pubblicistico di deflazione del contenzioso per una più corretta amministrazione della giustizia, stabiliscono come primaria la necessità che l'esistenza ed, eventualmente, la durata del termine prescizionale non sia tale da precludere all'interessato di beneficiare nella sostanza della tutela riconosciutagli dalla legge.

Cardine di una disciplina della prescrizione compatibile con il diritto comunitario diventa quindi la necessità che i limiti temporali perseguano uno scopo legittimo nel rispetto di un rapporto di proporzionalità tra lo strumento utilizzato e l'obiettivo che si intende garantire, con la precisazione che tale rapporto di proporzionalità non può trascendere da una sua valutazione in termini di ragionevolezza e di effettività della tutela garantita al titolare del diritto soggettivo, entrambi principi generali del diritto comunitario.

¹⁶² È stato sul punto osservato che «L'adesione all'ordinamento comunitario non determina necessariamente una condizione di omogeneità nella protezione delle singole situazioni soggettive in ciascuno degli Stati aderenti, poiché non deve escludersi il potere degli ordinamenti di valutare l'opportunità di attuare forme e modalità diverse nel riconoscimento e nella protezione dei diritti [...]», si cfr. MURGO, *La prescrizione tra certezza del diritto e tutela dei diritti*, op. cit., 92.

§ 2.2.1. IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

Come appena anticipato, i giudici del Lussemburgo hanno statuito che l'effettività della tutela costituisce un principio generale di diritto "comunitario" derivante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, sancito dall'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e ribadito anche nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Principio di carattere squisitamente processuale, orienta l'operato della Corte di Giustizia nella ricerca di un equo bilanciamento tra principi di diritto sostanziale – tra cui si annovera il principio di certezza del diritto, il diritto costituzionale di difesa e di imparzialità ed indipendenza del giudice – e le disposizioni procedurali proprie degli Stati membri, possibile solo attraverso una visione dinamica delle normative, propria del diritto vivente¹⁶³.

L'atteggiamento della giurisprudenza europea con riferimento al principio in esame è stato anch'esso oggetto della progressiva emancipazione dell'interprete dal rigido formalismo legislativo, nonché, in parallelo, del ruolo di creatore del diritto assunto dal formante in esame.

In un primo momento, infatti, la Corte si limitava ad interpretare il principio in esame nel senso di garantire una tutela possibile, considerando le norme processuali come astratte ed immutabili indipendentemente dalle circostanze del caso concreto.

In questa prospettiva si colloca la numerosa giurisprudenza comunitaria che, in sede di rinvio pregiudiziale, ha pronunciato la contrarietà al diritto europeo delle normative processuali nazionali in cui non venivano previsti, avverso determinati provvedimenti, idonei mezzi di impugnazione, con conseguente preclusione all'accesso ad un organo giurisdizionale imparziale¹⁶⁴.

¹⁶³ SICCHIERO, *Il principio di effettività ed il diritto vivente*, in *Giur. It.*, 1995, 8 – 9.

¹⁶⁴ In questo senso di vedano, tra le altre: sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Marguerite Johnston contro Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, in *Racc.* 1986, pag. 01651; sentenza 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Oleificio Borrelli S.p.A. contro Commissione della Comunità Europea*, in *Racc.* 1992, pag. I-4979; sentenza 15 ottobre 1987, causa C-222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) contro Georges Heylens e altri*, in *Racc.* 1987, pag.

Con il progressivo riconoscimento del ruolo della Corte di giustizia europea, e, conseguentemente, la sempre maggiore considerazione e riconoscimento delle decisioni adottate dai giudici comunitari, il requisito della possibilità della tutela viene affiancato dalla richiesta che la norma processuale non debba rendere eccessivamente difficile la tutela invocata, con l'elaborazione della cd. *procedural rule of reason*¹⁶⁵.

Esemplificativo è quanto osservato dalla Corte di Giustizia nei contestuali casi Peterbroeck¹⁶⁶ e Van Schijndel¹⁶⁷ concernenti il potere del giudice nazionale di esaminare *ex officio* mezzi trovanti la propria legittimazione nel diritto comunitario seppure non invocati dalla parte interessata.

In questa occasione i Giudici di Lussemburgo hanno sdoganato il principio secondo cui la normativa apparentemente ostativa della tutela del cittadino comunitario deve essere esaminata tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, operando un ragionevole bilanciamento che prenda in considerazione le disposizioni a tutela del diritto di difesa, del principio di certezza del diritto e del regolare ed imparziale svolgimento del processo¹⁶⁸.

86

In altre parole, nell'applicazione della normativa di riferimento, si chiede al giudice nazionale di effettuare un esame di compatibilità in astratto con i principi riconosciuti dall'ordinamento europeo, oltre che comuni agli Stati membri, così da bilanciare il diritto alla tutela effettiva della propria posizione giuridica con altri principi di natura interna e caratterizzanti il processo.

Nelle pronunce più recenti della Corte di Giustizia, infine, si fa strada l'analisi del principio di effettività basato sull'esame del fatto concreto che ha originato la questione.

04097; sentenza 19 settembre 2006, causa C- 506/04, *Graham J. Wilson contro Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, in Racc. 2006, p. I-08613.

¹⁶⁵ LAUWAARS, *The application of community law by national courts ex officio*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 13, Issue V, 2007, 1167 ss.

¹⁶⁶ Sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga*, in Racc. 1995, p. I-04599.

¹⁶⁷ Sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C- 430/93 e 431/93, *Jeroen van Schijndel contro Stichting Pensioenfondsvoor Fysiotherapeuten*, e *Johannes Nicolaas Cornells van Veen*, in Racc. 1995, p. I-04705.

¹⁶⁸ Per una più approfondita analisi di *cfr.* AMADEO, *L'effettività del diritto comunitario sostanziale nel processo interno: verso un approccio di sistema?*, in (a cura di F. Spitaleri) *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Giuffrè, 2009, 123 – 159.

La Corte, dopo aver analizzato la compatibilità della norma in astratto, ne testa i risultati sulla fattispecie concreta sottoposta al suo esame, così da verificare se la predetta compatibilità persista.

Esemplificativa di simile approccio è la decisione resa in sede di rinvio pregiudiziale dalla terza sezione della Corte nell'autunno del 2009¹⁶⁹ in un caso avente ad oggetto la tutela dei diritti della lavoratrici gestanti in caso di licenziamento.

A rivolgersi alla Corte era stato il Tribunale del lavoro del Lussemburgo che si trovava a dover giudicare sulla causa introdotta dalla signora Pontin che, licenziata dal proprio datore di lavoro per colpa grave nel periodo di gravidanza, si interrogava sulla conformità con il diritto dell'Unione di una disciplina nazionale che, da un lato, prevedeva in caso di licenziamento illegittimo della donna gestante che il ricorso giurisdizionale fosse proposta nel termine perentorio di quindici giorni dal ricevimento della comunicazione di licenziamento, dall'altro limitava l'azione alla sola richiesta di reintegrazione nel rapporto, escludendo la possibilità di agire per il risarcimento dei danni.

87

Nel pronunciarsi sulla questione sottopostagli dal giudice nazionale, la Corte richiama i principi di equivalenza e, soprattutto, di effettività della tutela giurisdizionale in applicazione del quale il giudice deve assicurarsi che il rimedio in esame sia effettivamente – con riferimento alla fattispecie concreta – idoneo alla dichiarata finalità di protezione del diritto leso.

In particolare, la Corte affermò che il termine previsto dalla legge del Lussemburgo non fosse irragionevole o eccessivamente corto, tuttavia in considerazione al particolare stato della ricorrente all'inizio del periodo di gravidanza, esso risultava nei fatti eccessivamente breve, potendo risultare difficile, per una lavoratrice licenziata durante la sua gravidanza di farsi consigliare utilmente nonché, eventualmente, di redigere e proporre un ricorso¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Sentenza 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Virginie Pontin contro T-Comalux SA*, in Racc. 2009, p. I – 10467.

¹⁷⁰ Sentenza 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Virginie Pontin contro T-Comalux SA*, pt. 65 – 66.

Alla luce dell'*excursus* svolto, emerge l'origine pretoria del principio di effettività ha quindi origine pretoria, che è stato in diverse occasioni utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria come parametro di legittimità per affermare l'inadeguatezza del diritto nazionale rispetto alla concreta realizzazione delle posizioni di fonte europea.

§ 2.2.2. IL PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA

Accanto al principio di effettività, la Corte di Giustizia nel valutare la compatibilità con il diritto comunitario delle disposizioni nazionali portate alla sua attenzione per il tramite dello strumento del rinvio pregiudiziale, ricorre al parametro della ragionevolezza.

Tema estremamente attuale negli studi civilistici¹⁷¹, è stato di recente osservato che il criterio della ragionevolezza «*sta ormai diventando la bussola interpretativa di orientamento per qualsiasi operazione applicativa, posto che vengono dichiarate costituzionalmente illegittime norme che appaiono intrinsecamente irragionevoli, e cioè incongrue, contraddittorie, ingiuste*»¹⁷².

Ciò, vale tanto con riferimento alla Corte Costituzionale italiana¹⁷³, in cui il principio di ragionevolezza è utilizzato come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte¹⁷⁴, quanto per la giurisprudenza comunitaria, fino ad un sempre maggiore uso del termine “*reasonable*” nei testi normativi di matrice europea¹⁷⁵.

¹⁷¹ DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. Dir. civ.*, 2010, I, 23 ss.; GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010; PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012.

¹⁷² LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *Contratti*, 2010, 706.

¹⁷³ Per un'indagine sul tema si cfr. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè, 1994.

¹⁷⁴ In questo senso, e per un'attuale analisi dell'utilizzo del principio di ragionevolezza da parte del giudice delle leggi nel senso di equiparare il principio in esame ad una sorta di razionalità pratica che tiene conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti si veda CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, consultabile al sito http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

¹⁷⁵ Il riferimento è, in particolare, al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) ed alla recente proposta di regolamento per un diritto comune della vendita (CELS) come sottolinea PATTI in *Ragionevolezza e Clausole Generali*, Giuffrè editore, 2013, 2-3, il quale osserva « [...] il tema della discrezionalità del

Ragione giustificativa di tale massiccio ricorso al criterio di ragionevolezza, e con esso al potere para legislativo riconosciuto alle corti, è presumibilmente quella di garantire una maggiore convergenza dei giuristi nazionali, atteso che l'utilizzo di formule generali consente di superare le differenze esistenti tra i diversi ordinamenti e, per l'effetto, garantire un più efficace processo di armonizzazione¹⁷⁶.

Nello stesso tempo, la ragionevolezza rappresenta un criterio del giudice comunitario nella valutazione della legittimità o illegittimità di misure nazionali, sia nel perseguimento di un diritto moderno e coerente con gli obiettivi dei Trattati istitutivi, sia al fine di permettere l'adozione di una soluzione al passo con i tempi, con le diverse realtà socio economiche e, non da ultimo, con le peculiari circostanze del caso concreto.

In altri termini, è stato osservato che la ragionevolezza – così come le clausole generali in senso lato – impone all'interprete una “*opera di concretizzazione*”¹⁷⁷, attraverso la quale garantire il corretto funzionamento del diritto comunitario.

Il primo campo in cui il principio di ragionevolezza è parso affermarsi dotato di una certa autonomia nel ragionamento dei giudizi comunitari è stato quello della libera circolazione delle merci¹⁷⁸.

In un risalente caso della prima metà degli anni settanta¹⁷⁹, un giudice belga domandò alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sulle norme del Trattato che stabilivano il divieto di opporre restrizioni quantitative (o misure ad effetto equivalente) alle importazioni, in relazione alla fattispecie in cui i signori Dassonville avevano importato

giudice spinge ad estendere l'oggetto della riflessione al diritto privato europeo. Come è stato segnalato, il massiccio uso del termine reasonable nel Draft Common Frame of Reference comporta un evidente sbilanciamento, ma potrebbe parlarsi di un travaso di potere, a favore del giudice, il quale è chiamato a formulare con ampia discrezionalità la regola del caso concreto», 4–5.

¹⁷⁶ NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.4, 2012, 953 ss.

¹⁷⁷ La terminologia è utilizzata da Patti in *Ragionevolezza e clausole generali*, op. cit., 18 in cui l'autore osserva come «l'esigenza di concretizzazione [...] ha accompagnato soprattutto l'evoluzione giurisprudenziale del §242 BGB in tema di buona fede, con la creazione del cd. Fallgruppen, e addirittura l'individuazione di figure dotate di autonomia concettuale, come ad esempio la Verwirkung [...]»

¹⁷⁸ Una ragionata ed approfondita analisi della principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea è svolta da TESAURO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Editoriale Scientifica – lezioni magistrali, 2012.

¹⁷⁹ Sentenza 11 luglio 1974, causa n. 8/74, *Benoit et Gustave Dassonville* (domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal tribunal de Première instance Bruxelles), in *Racc.* 1974, 837 ss.

in Belgio del liquore scozzese acquistato in Francia, dove era in libera pratica, senza farsi rilasciare dall' autorità doganale del Regno Unito il certificato di origine della merce richiesto dalla normativa belga.

Nel rispondere al quesito sottoposto, la Corte ha interpretato in termini restrittivi la normativa comunitaria, affermando che ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura ad effetto equivalente a restrizioni quantitative. Pertanto, i giudici di Lussemburgo espressamente precisano che «*gli Stati membri che intendono adottare provvedimenti contro comportamenti sleali in tale settore possono farlo soltanto a condizione che tali provvedimenti siano ragionevoli e che i mezzi di prova richiesti non abbiano l'effetto di ostacolare il commercio tra gli Stati membri*».

Ne emerge che la ragionevolezza «è costruita espressamente [...] come vero e proprio parametro di legittimità della misura statale adottata in deroga al divieto di porre ostacoli agli scambi»¹⁸⁰.

Tuttavia, non può sottacersi che, in altri casi, il principio di ragionevolezza non ha assunto valore autonomo, restando invece assorbito e dovendosi considerare un tutt'uno con il principio di proporzionalità¹⁸¹, da annoverarsi tra i principi generali del diritto comunitario.

Tale ancoraggio, è stato osservato in dottrina, sarebbe mosso dalla volontà di evitare il rischio di valutazioni eccessivamente soggettive e pretestuose, trascendenti dal contenuto della norma e dalla coerenza con gli obiettivi perseguiti¹⁸².

Si tratta, allora, di esaminare come effettività e ragionevolezza, in conformità con le accezioni descritte, si sviluppano e modellano con riferimento al tema della prescrizione

¹⁸⁰ Le parole sono delle stesso TESAURO, *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, intervento tenuto nel corso dell'incontro delle Corti Costituzionali di Portogallo, Spagna, Italia, tenutosi a Roma il 24 ottobre 2013 e consultabile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it

¹⁸¹ Talora, anche quando le parti abbiano espressamente invocato la ragionevolezza come parametro di valutazione della normativa nazionale, la Corte si è espressa in termini di proporzionalità. Si veda il caso *Azienda Disarò contro Milka*, causa C- 34/08, sentenza 14 maggio 2009, in Racc. 2009, p. I – 4023 ss. in cui la Corte ha osservato che alla luce del principio di proporzionalità non si rivelavano elementi atti ad inficiare la validità del regolamento di cui era causa, senza neppure accennare al principio di ragionevolezza dedotto dalle parti.

¹⁸² TESAURO, *Proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, op. cit., 21.

o, più in generale, al tema delle limitazioni temporali all'esercizio del diritto soggettivo, atteso che, come si avrà modo di osservare, anche la Corte di Giustizia, analogamente ai Giudici di Strasburgo, non compie una netta e definitiva distinzione tra l'istituto della prescrizione e quello della decadenza o, comunque, i diversi termini preclusivi dell'azione previsti dalle normative nazionali: l'attenzione si concentra sugli aspetti sostanziali, lasciando in secondo piano quelli più squisitamente formali, interpretati solo quale strumento e mezzo attraverso cui raggiungere il fine ultimo di garantire un agevole ed effettivo accesso alla tutela giurisdizionale senza pregiudicare un'efficiente amministrazione della giustizia.

§ 2.2.3. LA DISCIPLINA DELLA PRESCRIZIONE NELLE PRONUNCE DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA TRA EFFETTIVITÀ E RAGIONEVOLEZZA

Si è visto come la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di prescrizione, del pari con quella della Corte di Strasburgo, prende le mosse dalla presunta legittimità della normativa nazionale laddove il termine prefissato non sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento¹⁸³.

91

In tale locuzione, possiamo ora affermare, si concretizza il principio di effettività che si traduce nell'impossibilità di ritenere la legittima qualsivoglia disposizione interna alla luce del principio di certezza del diritto, atteso che questo non può consistere in un sacrificio irragionevole dei diritti riconosciuti in sede comunitaria.

In questa prospettiva, anche laddove la disciplina nazionale in materia di prescrizione ed il termine applicato dall'ordinamento siano ritenuti tali da permettere un'efficace tutela del diritto coinvolto, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto, ad esempio, che

¹⁸³ Una delle prime espressioni del principio di effettività con riferimento ai cd. *time limits* si è avuta nella Sentenza della Corte di Giustizia, 10 luglio 1997, C – 261/1995, *Palmisani*, in tema di risarcimento del danno subito dal cittadino comunitario a seguito della tardiva attuazione di una direttiva da parte dello Stato membro. In questa sede la Corte ha precisato che «*Le condizioni, in particolare relative ai termini, stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività) [...] la fissazione di termini ragionevoli costituisce l'applicazione del fondamentale principio di certezza del diritto*». Sul punto la giurisprudenza della Corte di Giustizia è costante.

un'autorità nazionale non possa eccepire il decorso del termine di prescrizione «*se, con il suo comportamento, essa è stata all'origine della tardività del ricorso, privando così il ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti che gli spettano*»¹⁸⁴ in forza del diritto comunitario.

La motivazione da ultimo citata evidenzia la stretta correlazione tra l'affermazione del principio di effettività della tutela del diritto riconosciuto al cittadino dell'Unione e l'opera di concretizzazione svolta dall'interprete comunitario: non solo il termine – e la disciplina della prescrizione in generale non essendo possibile trascendere da un sua considerazione nel complesso come meglio sarà chiarito in seguito – deve essere “ragionevole” e “proporzionato” agli interessi in gioco, ma nella fattispecie non devono altresì ricorrere elementi ostativi all'esercizio del diritto che abbiano potuto sostanzialmente e nei fatti limitarne l'attuazione.

L'analisi della fattispecie concreta ha quindi indotto la Corte ad esaminare le *cd.* discipline procedurali dei ricorsi tesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario anche nel combinato con diversi istituti giuridici e situazioni in cui la disciplina nazionale si è trovata ad operare.

In questa prospettiva, un'accurata indagine del rispetto del suddetto principio di effettività è stata svolta dalla Corte in un caso in cui la normativa nazionale prevedeva un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione di procedibilità dei ricorsi giurisdizionali¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Sentenza Corte di Giustizia, 19 maggio 2011, C- 452/2009, Iaia e al. contro Ministero dell'Università, dell'Istruzione e della ricerca, in www.curia.europa.eu/jurisp

¹⁸⁵ Si veda Sentenza della Corte di Giustizia, 18 marzo 2010, nelle cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Alassini e al. contro Telecom Italia S.p.A. et. al.*, in www.curia.europa.eu/jurisp. Nel caso di specie si trattava di una domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte del giudice italiano nell'ambito di quattro controversie che vedevano opposte, da un lato, le sig.re Alassini e Iacono nonché la Multiservice Srl alla Telecom Italia SpA e, dall'altro, la sig.ra Califano alla Wind SpA, in merito ad asseriti inadempimenti dei contratti stipulati tra le parti nelle cause principali ed aventi ad oggetto la fornitura di servizi telefonici alle ricorrenti dall'una o dall'altra convenuta nelle cause principali, imprese fornitrici di detti servizi. Nell'ambito delle cause principali, infatti, le convenute hanno sollevato l'improcedibilità dei ricorsi, ai sensi degli artt. 3 e 13 del regolamento di risoluzione, in quanto le ricorrenti non avevano previamente esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Co.re.com. Il giudice del rinvio, reputando che l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, come prevista dalla normativa nazionale, può costituire un ostacolo all'esercizio dei diritti degli utenti finali, soprattutto per il fatto che tale tentativo dovrebbe necessariamente essere effettuato per via elettronica.

I giudici di Lussemburgo, prendendo in considerazione sia l'articolo 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, sia l'articolo 47 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per quanto riguarda il principio di effettività osservano che, sebbene il fatto di imporre il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità di un ricorso giurisdizionale incida sull'esercizio dei diritti conferiti ai singoli; tuttavia i diversi elementi della procedura di conciliazione escludono la lesione del principio di effettività.

Ciò per una molteplicità di ragioni tra cui la circostanza che il risultato della procedura non sarebbe vincolante nei confronti delle parti interessate e, pertanto, non inciderebbe sull'effettivo accesso ad un ricorso giurisdizionale.

Inoltre, l'imposizione da parte della normativa nazionale di un termine massimo di trenta giorni per la definizione della procedura di mediazione, non causando così un ritardo eccessivo alla possibilità di rivolgersi agli organi giurisdizionali.

Da ultimo, non meno importante, la previsione che il decorso del termine di prescrizione dei diritti risulterebbe sospeso per tutto il periodo di pendenza della procedura di conciliazione.

Emerge, pertanto, un ulteriore aspetto del *modus operandi* dei giudici europei nel valutare la legittimità o meno della disciplina della prescrizione nazionale, che sfocia nell'affermare la necessaria parzialità di un giudizio che si limiti a considerare l'elemento temporale dell'istituto, dovendosi invece valutare la disciplina nel suo complesso, ivi compresi non solo gli elementi relativi al decorso del termine di prescrizione, bensì anche le relative ipotesi di sospensione ed interruzione.

Il tema della compatibilità tra la disciplina della prescrizione ed il principio di effettività si è altresì posto con riferimento al caso in cui una legge successiva fosse intervenuta

Inoltre, detto giudice rileva che un tentativo di conciliazione viene già svolto durante la prima udienza nell'ambito del procedimento giurisdizionale ordinario.

con l'effetto di abbreviare retroattivamente il termine di prescrizione previsto per l'esercizio dell'azione¹⁸⁶.

La Corte, in primo luogo richiama il principio fondamentale per cui, in mancanza di una disciplina uniforme dell'Unione, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato membro, in virtù del principio di autonomia procedurale, designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, fermo restando l'obbligo di garantire la tutela effettiva di tale diritti, il cui esercizio non deve essere praticamente impossibile o eccessivamente difficile.

Requisito necessario affinché il principio di effettività sia garantito, e con esso il principio di certezza del diritto, è che il termine di prescrizione sia fissato anticipatamente.

Tuttavia, per espressa giurisprudenza comunitaria, il principio di effettività non vieta in assoluto un'applicazione retroattiva di un nuovo termine di ricorso più breve ed, eventualmente, più restrittivo, a patto che il nuovo termine fissato appaia ragionevole e che la nuova normativa preveda un regime transitorio che consenta agli interessati di disporre di un termine sufficiente dopo la sua adozione per esercitare i diritti legittimi e proponibili in base alla normativa precedente¹⁸⁷.

Nell'interpretazione data dalla Corte, il principio di effettività della tutela giurisdizionale è quindi necessariamente connesso con il principio di ragionevolezza del

¹⁸⁶ Si cfr., da ultimo, Sentenza della Corte di Giustizia, 12 dicembre 2013, nella causa C – 362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue e Commissioners for her Majesty's Revenue and Customs*, in www.curia.europa.eu/juris, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dalla *Supreme Court of the United Kingdom* (Regno Unito) e concernente l'interpretazione dei principi di effettività, di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento nell'ambito di una controversia in cui le parti sono contrapposte in merito ai mezzi di ricorso in materia di ripetizione dell'indebito a disposizione dei contribuenti con riferimento ad imposte dichiarate incompatibili con la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali.

¹⁸⁷ Con riferimento alla fattispecie esaminata dalla Corte nel caso *Test Claimants* cit., ne consegue che «il principio di effettività osta a una normativa nazionale che riduca, con effetto retroattivo e senza regime transitorio, il termine nel quale poteva essere richiesto il rimborso di spese versate in violazione del diritto dell'Unione», cfr. ptt. 30 – 38.

termine di prescrizione e della sua intera disciplina, dalla cui valutazione non è possibile trascendere.

Se, infatti, il diritto della prescrizione non si presentasse come ragionevole ed, essenzialmente, “*giusto*”, agli occhi dell’interprete, non si vede come l’esercizio del diritto potrebbe non essere considerato eccessivamente difficoltoso, se non addirittura impossibile.

Occorre, pertanto, esplicitare cosa si intenda con il riferimento alla ragionevolezza e come questa debba essere valutata.

Un chiarimento sul significato di ragionevolezza che determina la limitazione dell’azione, viene fornito dal Tribunale di primo grado della Comunità Europea con la sentenza *Richard J. Eagle e altri c. Commissione delle Comunità Europee*¹⁸⁸ in cui si riconosce che l'apposizione di termini di prescrizione ragionevoli entro cui proporre azioni a carattere rimediabile costituisce un'esigenza imprescindibile in nome dell'interesse generale e del principio della certezza del diritto, che rappresenta uno dei principi generali del diritto comunitario¹⁸⁹. Inoltre si precisa espressamente che «*il carattere ragionevole di un termine deve 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*».

Le parole della Corte suggeriscono come i principi di effettività, affidamento, ragionevolezza della disciplina dei cd. *time limits* e della sua applicazione, in uno con la ponderazione concreta della fattispecie, siano elementi strettamente connessi e

¹⁸⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado 5 ottobre 2004, Causa T 144/02, *Richard J Eagle e altri c. Commissione delle Comunità Europee*, in Racc. 2004, p. II – 0338. Al punto 34 della motivazione il Tribunale ha precisato che «*spetta al giudice nazionale, tenuto conto del complesso degli elementi che caratterizzano la situazione di fatto e di diritto all'epoca dei fatti di cui alla causa principale, verificare alla luce del principio di effettività, se l'applicazione per analogia del termine ex art. 852, n. 1, BGB alle domande di risarcimento dei danni provocati a seguito della violazione de diritto comunitario da parte dello Stato membro interessato fosse sufficientemente prevedibile dai soggetti*»

¹⁸⁹ Il Tribunale precisa addirittura che «*il diritto dei singoli ad un processo imparziale, riconosciuto dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, non osta a che il giudice adito tragga le conseguenze, anche in mancanza di norme espresse di decadenza, dal fatto che l'azione sia stata avviata entro un termine manifestamente eccessivo*»

parimenti importanti nell'ottica dell'interprete sovranazionale, al quale spetta il compito di ricercare e garantire un equo bilanciamento tra gli interessi coinvolti.

Tanto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quanto quella del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia europea, attraverso la adozione del parametro della ragionevolezza, si propongono di smussare la rigidità ed il formalismo che tradizionalmente hanno caratterizzato i diversi regimi della prescrizione, così da garantire un'interpretazione dinamica dell'istituto e, allo stesso tempo, un più ampio accesso ad un'effettiva tutela in sede giurisdizionale degli interessi dei soggetti coinvolti.

In altre parole, le decisioni adottate dalle corti sovranazionali si collocano in una prospettiva rimediabile dell'istituto della prescrizione, secondo cui privare il diritto di una tutela efficace e reale equivale a non riconoscerlo.

Coerentemente, statuiscano che le limitazioni temporali poste all'esercizio di diritti ed azioni non possono costituire delle barriere assolute, e, cioè, non possono prescindere dalla necessaria considerazione delle situazioni di fatto che sono peculiari di ciascuna vicenda portata all'attenzione di una corte.

Ove così non fosse, significherebbe eliminare in nuce l'esistenza stessa dei diritti riconosciuti all'individuo su scala europea.

Si tratta di un modello almeno nella forma distante dalla disciplina della prescrizione delineata dal legislatore italiano, tanto da indurre a domandarsi come la giurisprudenza nazionale abbia risolto un simile apparente contrasto, muovendosi tra quanto previsto dal codice civile e le direttive delineate dalla giurisprudenza europea anche alla luce delle considerazioni che, mosse dal rispetto e dalla tutela dei diritti fondamentali universalmente riconosciuti, dovranno trovare ingresso nel nostro ordinamento¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Quanto all'efficacia *erga omnes* delle pronunce della Corte Edu si richiama la risoluzione n. 122 del 28 settembre 2000 con cui l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha chiarito che «secondo il principio di solidarietà, la giurisprudenza della Corte fa parte integrante della Convenzione, sì che il carattere giuridicamente obbligatorio della Convenzione è allargato *erga omnes* (a tutte le altre parti). Da ciò consegue che gli Stati contraenti devono non solo eseguire le sentenze pronunciate dalla Corte nella Cause in cui sono parte, ma devono egualmente tenere conto delle eventuali incidenze che le sentenze pronunciate in altri casi possono avere sui loro sistemi e sulle loro prassi giuridiche».

Capitolo terzo

**IL DIALOGO TRA LE CORTI IN MATERIA DI DECORRENZA DEL
TERMINE DI PRESCRIZIONE**

§ 1. PREMESSA

La complessità dell'ordinamento europeo ha fatto sì che negli ultimi anni si sviluppasse, nell'ambito di un ordinamento a struttura non più piramidale bensì “*a rete*”¹⁹¹, un dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali teso a garantire l'affermazione di diritti non più solo generati e riconosciuti dai sistemi interni bensì originati da fonti diversificate. Ciò, è evidente, anche in considerazione della necessità, nell'applicare le norme di origine comunitaria o convenzionale, di tenere fede all'interpretazione datane dalle Corti di riferimento.

Tuttavia il dialogo tra le Corti imposto dalla tutela multilivello, attraverso cui si realizza la protezione dei diritto fondamentali, non è sempre lineare e semplice.

La disciplina della prescrizione ed, in particolare, della sua decorrenza non sfugge a questo delicato confronto¹⁹².

Tanto nel rapportarsi con le decisioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo, quanto con riferimento alle pronunce del giudice comunitario, i giudici italiani hanno riscontrato non poche difficoltà che si sono venute appianando solo in seguito a numerosi tentativi di omogeneizzazione delle diverse interpretazioni¹⁹³.

¹⁹¹ La terminologia è quella utilizzata dalla Corte Suprema di Cassazione, relazione tematica n. 65, 7 luglio 2011 in tema di rapporti tra la giurisprudenza della Corte di Cassazione e la giurisprudenza della Corte Cedu, consultabile all'indirizzo <http://www.cortedicassazione.it/>

¹⁹² Rileva l'esistenza di una tendenza del giudice interno a plasmare gli istituti di diritto civile alla luce delle pronunce giurisprudenziali europee LONGOBUCCO, *Istituti civilistici e nomofilachia della Corte di Cassazione nella complessità del vigente ordinamento*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 4-5, 839.

¹⁹³ In generale, sul dialogo tra il giudice europeo e quello nazionale si cfr. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordina mentale*, quaderni della rass. Dir. pubbl. eur., Napoli, 2008; FONTANELLI – MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del dialogo nascosto fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in *Riv. Trim. drit. Pubbl.*, 2/2008, 351 ss; BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella morsa delle Corti sovranazionali*, in *Giur. Cost.*, I/2008, 595 ss; SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008; RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in www.giurcost.org

§ 2. IL DIALOGO TRA I GIUDICI ITALIANI E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE IN TEMA DI OCCUPAZIONE ACQUISITIVA

La decorrenza del termine di prescrizione con riferimento alle ipotesi di risarcimento in caso di occupazione acquisitiva rappresenta, senza dubbio, uno dei nodi principali che ha visto la giurisprudenza nazionale dapprima contrapporsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, fino a giungere ad un auspicabile mutamento di tendenza da parte dell'interprete italiano nell'intento di garantire una effettiva salvaguardia dei diritti fondamentali attraverso la progressiva integrazione tra ordinamento interno e sovranazionale.

Sovente, infatti, occupandosi delle vicende dell'espropriazione in Italia, i giudici della Corte di Strasburgo hanno evidenziato un *vulnus* nei meccanismi di tutela del proprietario.

È stato osservato come, proprio quello dell'occupazione acquisitiva rappresenterebbe il «*terreno di confronto (e di scontro) fra i due sistemi di protezione del diritto di proprietà, l'uno – quello sovranazionale – apparentemente più solerte nel favorire il proprietario, l'altro – quello nazionale – smaccatamente indirizzato a considerare la prevalenza sul diritto di proprietà della funzione sociale*»¹⁹⁴.

È evidente che il dibattito tra gli interpreti, incentrato com'è attorno alla funzione sociale della proprietà o alla sua inerenza alla persona, non ha riguardato esclusivamente il tema della prescrizione delle azioni (in particolare risarcitorie) che trovano fondamento nell'occupazione da parte della Pubblica Autorità, investendo invece l'istituto acquisitivo della sua interezza e definizione.

¹⁹⁴ CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU – itinerari giurisprudenziali europei – viaggio fra Corte e Corti alla ricerca in un nuovo statuto proprietario*, Aracne editrice, 2012, 51. Dello stesso autore, sul tema, si cfr. *Occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e diritti umani*, Milano, 2006; *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Il ruolo del giudice*, Aracne editrice, 2011; *Ancora dissidi fra cassazione, consiglio di Stato e cortei dei diritti umani sull'occupazione illegittima*, in *Corriere Giur.*, 2006, 2, 225 ss; *L'occupazione appropriativa scompare dall'empireo dell'ordinamento nazionale*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2003; *Sugli espropri la prescrizione si avvicina a Strasburgo*, in *Corriere Giur.*, 2008, 11, 1535 ss.

Giova, pertanto, un inquadramento generale della materia¹⁹⁵.

L'istituto dell'occupazione acquisitiva (o appropriativa, in contrapposizione con quello dell'occupazione usurpativa realizzata in assenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità), è caratterizzato dalla sussistenza di due diverse condizioni: l'esistenza originaria di una dichiarazione di pubblica utilità e l'irreversibile trasformazione del bene occupato a prescindere dall'emanazione o meno del decreto di espropriazione.

Trattasi di un istituto pretorio, la cui definitiva formalizzazione si deve alla sentenza 26 febbraio 1983, n. 1464/83, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione statuirono che nei casi in cui l'edificazione sul fondo di un'opera pubblica importi una trasformazione radicale ed irreversibile dei caratteri e della destinazione propria del fondo, si determina l'acquisto a titolo originario della proprietà del suolo occupato da parte della Pubblica Amministrazione, secondo i principi tipici dell'accessione.

Su questo impianto si è concentrata l'attenzione della Corte di Strasburgo in seguito ai ricorsi presentati da due diversi cittadini italiani¹⁹⁶.

Con due diverse pronunce, entrambe del 2000, la Corte europea dei diritti dell'Uomo ha fortemente criticato l'istituto in esame, sul presupposto che in tali casi la compressione del diritto di proprietà fosse fondata su regole non sufficientemente chiare, precise e prevedibili, né conformi al diritto internazionale come, invece, imposto dall'art. 1 del Protocollo¹⁹⁷.

¹⁹⁵ «L'istituto, assai controverso in dottrina, a lungo incerto anche nelle soluzioni giurisprudenziali e censurato dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo ... nasce da una situazione di inefficienza delle pubbliche amministrazioni nell'espletamento dei procedimenti espropriativi per pubblica utilità e, d'altra parte, dal garantismo della giurisprudenza costituzionale ed europea, che antepone la tutela della proprietà privata alle difficoltà politiche ed economiche nelle quali viene costituito un patrimonio di strutture pubbliche o di pubblica utilità», ROSELLI, *La prescrizione*, op. cit., 179.

¹⁹⁶ *Carbonara e Ventura c. Italia*, n. 24638/94, CEDU 2000-VI; *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, n° 31524/96, CEDU 2000-VI

¹⁹⁷ L'atteggiamento dei giudici di Strasburgo nei confronti dell'Istituto della prescrizione acquisitiva ha condotto a numerose condanne dell'Italia in sede europea. Tra tutte sia concesso fare riferimento alla sentenza Corte Edu, 22 dicembre 2009, *Guiso Gallisay c. Italia* che rappresenta, probabilmente, il punto di non ritorno in materia. Con tale pronuncia, invero, la Corte ha osservato che il meccanismo dell'espropriazione indiretta non sarebbe stato idoneo ad assicurare un sufficiente grado di certezza giuridica. Ciò in quanto il proprietario non verrebbe messo in condizione di disporre di alcun indennizzo prima della trasformazione del bene al quale viene attribuita la forza di estinguere l'originario diritto dominicale ed, anzi, subirebbe il rischio di un termine di prescrizione –quinquennale- estremamente

Malgrado le pronunce della Corte di Strasburgo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con le successive sentenze gemelle nn. 5902 del 14 aprile 2003¹⁹⁸ e 6853 del 26 febbraio 2003¹⁹⁹, ha continuato a riconoscere l'occupazione acquisitiva, ritenendo la disciplina dell'occupazione appropriativa basata su regole sufficientemente chiare, precise e prevedibili.

In questo clima di disorientamento e confronto si inserisce il dibattito in tema di prescrizione delle azioni tese al risarcimento del danno patito dal proprietario ed, in particolare, della sua decorrenza.

Le stesse Sezioni Unite, nella citata sentenza n. 6853 del 2003 avevano affrontato espressamente il tema della prescrizione ritenendo corretto l'operato del giudice di merito che aveva considerata prescritta la pretesa risarcitoria dell'attore in quanto doveva considerarsi applicabile il termine quinquennale previsto dal codice civile per l'illecito acquiliano, la cui decorrenza era connessa all'irreversibile trasformazione del bene.

In altri termini, secondo i giudici di legittimità la prescrizione quinquennale prevista dall'articolo 2947 codice civile era applicabile in quanto istituto di carattere generale, fondato su un'esigenza di certezza nell'ipotesi di inerzia del titolare della posizione soggettiva.

Quanto al *dies a quo* della prescrizione, le Sezioni Unite ribadivano che lo stesso cominciava a decorrere dalla data di scadenza dell'occupazione legittima, se l'opera pubblica fosse stata realizzata nel corso di tale occupazione, oppure dal momento dell'irreversibile trasformazione del fondo e dalla modifica dello stato anteriore del bene, nel caso in cui fosse avvenuta dopo la suddetta scadenza oppure in assenza di un decreto di occupazione di urgenza, seppur in presenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità del bene.

rigoroso decorrente dall'irreversibile trasformazione che sarà solo e soltanto il giudice a determinare attraverso la decisione sollecitata, ancora una volta, non dall'autore dell'illecito, ma dallo stesso proprietario.

¹⁹⁸ Cass. Civ., SS.UU., 14 aprile 2003, n. 5902, *Stea e altro c. Com. Modugno*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, I, 884 con nota di AVOLIO,.

¹⁹⁹ Cass. Civ., SS.UU., 6 maggio 2003, n. 6583, *Soc. immob. Cerro c. Com. Certo Maggiore*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2004, I, 554 con nota di MUSELLI.

Secondo l'opinione del giudice nazionale, infatti, le censure mosse dalla Corte di Strasburgo, non potevano ritenersi applicabili anche nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione in quanto mentre nella fattispecie da cui origina la sentenza Carbonara e Ventura, l'occupazione si era realizzata nel 1972, quando ancora la giurisprudenza italiana era discordante in merito alla configurabilità ed ai caratteri dell'istituto, così non poteva dirsi per la fattispecie riguardante l'immobiliare Cerro, atteso che l'irreversibile trasformazione del bene si era realizzata nel 1979 sicché alla data di pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite che aveva sancito il termine di prescrizione di cinque anni per le azioni *de quibus*²⁰⁰ il diritto non risultava ancora prescritto ed, anzi, sarebbe venuto a scadere circa un anno dopo, con conseguente possibilità per il proprietario di prevedere l'applicabilità della nuova disciplina e, conseguentemente, attivarsi per il tempestivo esercizio del diritto risarcitorio oppure per interrompere il decorso del termine di prescrizione²⁰¹.

Lo scenario di conflittualità descritto, e le relative incertezze allo stesso connesse, era addirittura acuito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che si poneva in posizione divergente rispetto alla giurisprudenza di legittimità.

In particolare, due anni dopo la ricordata sentenza dei giudici di legittimità, l'Adunanza Plenaria del consiglio di Stato ha sottolineato la necessità di riconsiderare la posizione della giurisprudenza nazionale in virtù di una «*spinta evolutiva che innesta le sue radici nel diritto comune europeo, enucleabile dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo chiamata a garantire tali diritti, nel contesto della progressiva integrazione tra ordinamento interno, comunitario e della convenzione*»²⁰².

²⁰⁰ Cass. Civ., SS.UU., 26 febbraio 1983, n. 1464, *acp Catanzaro c. Sassi*, in *Foro it.* 1983, I,626

²⁰¹ Come si vedrà a breve, la tesi della Corte di Cassazione è stata recentemente sconfessata proprio dalla Corte di Strasburgo che, pronunciandosi proprio su ricorso dell'Immobiliare Cerro vistasi pregiudicata dalle Sezioni Unite, ha riconosciuto che nel caso concreto l'applicazione del termine quinquennale di prescrizione aveva avuto come effetto quello di privare il proprietario di una tutela risarcitoria rispetto al pregiudizio subito, *cfr.* Sentenza Corte Edu, 5 giugno 2012, *Immobiliare Cerro c. Italia*.

²⁰² Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, consultabile al sito http://www.giustizia-amministrativa.it/adunanza_plenaria/librocds/2005.htm

In altre parole - malgrado la diversa posizione assunta dalle Sezioni Unite della Cassazione – il Consiglio di Stato ritenne che l'unica possibilità per evitare nuovi rimproveri da parte della Corte dei diritti umani fosse quella di operare un mutamento di rotta in ordine alle coordinate dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, garantendo al proprietario defraudato un risarcimento del danno sempre agganciato al valore integrale del bene e slegato dalla rigidità dei termini di prescrizione.

Su questo presupposto, con decisione del 21 maggio 2007, n. 2582²⁰³ il Consiglio di Stato si è pronunciato per il superamento del termine quinquennale di prescrizione in materia di occupazione acquisitiva, annullando così la decisione del giudice di prima cure che aveva visto rigettare le domande e delle aspettative del proprietario spogliato del proprio dominio.

Il *revirement* della giurisprudenza amministrativa, attenta a garantire un equo bilanciamento tra le esigenze del proprietario e quelle di respiro pubblicistico, si è rafforzato con le successive pronunce del Consiglio di Stato che, con decisione del 31 maggio 2011 n. 3294²⁰⁴ e dell'11 settembre 2012 n. 4808²⁰⁵ ha consolidato il principio per cui, stante la configurazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'occupazione acquisitiva come illecito permanente, il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria proposta dal proprietario impone di ancorare il termine iniziale di prescrizione della pretesa alla data di cessazione dell'occupazione stessa, coincidente o con la data della restituzione dell'immobile o con quella della cessione della proprietà al soggetto occupante.

In altre parole, la giurisprudenza amministrativa fa propria la classificazione dell'occupazione appropriativa come illecito permanente perpetrato nei confronti del diritto fondamentale ed imprescrittibile di proprietà adottata dai giudici di Strasburgo.

²⁰³ Consiglio di Stato, sez. IV, 21 maggio 2007, n. 2582.

²⁰⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 31 maggio 2011, n. 3294, *Foro Amministrativo* - C.d.S. (II) 2011, 5, 1526. Con sentenza di poco successiva (3 settembre 2011, n. 4970) il Consiglio di Stato ha espressamente riconosciuto che l'esame della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo impone il superamento dell'impostazione tradizionalmente offerta dai giudici italiani in quanto il quadro normativo e giurisprudenziale nazionale non potesse essere ritenuto aderente e rispettoso dei diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

²⁰⁵ Consiglio di Stato, sez. IV, 11 settembre 2012, n. 4808, in *Urbanistica e appalti* n. 4/2013, 453 ss.

Ciò, secondo il Consiglio di Stato, rappresenterebbe un atto dovuto alla luce della particolare forza riconosciuta alle norme della Convenzione ed all'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰⁶ in quanto tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione della convenzione vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme del trattato nel significato attribuito dalla Corte a cui spetta il compito di interpretarne il significato e darne applicazione.

Tuttavia, malgrado la posizione del Consiglio di Stato, il tema non cessa di essere attuale.

Anche in seguito alla ricordata adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in cui veniva a chiare lettere sottolineata la necessità di un ravvicinamento tra le posizioni assunte dalla giurisprudenza italiana e quelle adottate su scala europea, la Corte di Cassazione ha mostrato di non essere intenzionata a modificare i termini dell'istituto dell'occupazione appropriativa²⁰⁷.

A titolo esemplificativo si ricordi la sentenza 15 febbraio 2005 n. 3033²⁰⁸, resa dalla Corte in seguito al ricorso di due proprietari che, privati del proprio diritto dominicale ed altresì della possibilità di ottenere una tutela di carattere risarcitorio in virtù del decorso del termine di prescrizione, censuravano l'operato dei giudici di merito in quanto non avevano fatto decorrere la prescrizione dall'entrata in vigore della legge 27 ottobre 1988 n. 458 con cui per la prima volta il legislatore aveva cristallizzato l'istituto dell'occupazione appropriativa²⁰⁹, anche in considerazione delle pronunce della Corte di Strasburgo.

Con la citata sentenza, la Corte rigettava il ricorso promosso dai proprietari ribadendo il principio per cui la legge n. 458/1988 avrebbe operato una sola ricognizione dell'istituto

²⁰⁶ Il Consiglio di Stato chiarisce, infatti, che *«le disposizioni normativa vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto»*, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 11 settembre 2012, n. 4808.

²⁰⁷ Per approfondimenti si veda CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Il ruolo del giudice*, op. cit., 311 – 316.

²⁰⁸ Cass. Civ., sez. I, 15 febbraio 2005, n. 3033, *Messana c. Iacp Agrigento e altri*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2005, 4, I, 1196.

²⁰⁹ Alternativamente, i ricorrenti chiedevano che il *dies a quo* della prescrizione della pretesa risarcitoria fosse fatto decorrere dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 486 del 27 dicembre 1991 con cui era stato esteso l'ambito di applicazione della disciplina dell'occupazione appropriativa.

dell'occupazione acquisitiva, già diffusamente applicato nella prassi giurisprudenziale tanto da non poter ritenere «con riferimento alla metà degli anni ottanta, in cui è maturata la prescrizione del diritto risarcitorio dei ricorrenti, che il proprietario non potesse avere sentore della perdita del proprio diritto per effetto del comportamento illecito dell'amministrazione».

Il contrasto tra la giurisprudenza di legittimità e i *dicta* di Strasburgo viene risolto dalla Cassazione la quale ritiene che pur riconoscendo che il *decisum* della Corte europea funge da insostituibile contributo interpretativo delle norme della Convenzione, e che per quanto è rimesso al potere giurisdizionale, l'applicazione della stessa può comportare la disapplicazione delle norme interne ritenute incompatibili, una lettura approfondita delle sentenze del giudice sovranazionale non comporta una revisione dei principi che grazie all'elaborazione giurisprudenziale e agli interventi del legislatore, disciplinavano il fenomeno dell'occupazione appropriativa.

In questo clima di scontro, il frutto del dialogo tra la giurisprudenza europea e quella di legittimità si è espresso nella sentenza della Corte di Cassazione, 28 luglio 2008, n. 20543²¹⁰ con cui i giudizi nazionali hanno mostrato di attenersi, seppure solo parzialmente, ai precetti provenienti da Strasburgo, nel tentativo di recuperare, sebbene solo per il passato, «i dettami della giurisprudenza europea, alla ricerca di uno spartiacque temporale dopo il quale la disciplina dell'occupazione appropriativa può dirsi connotata da regole chiare, precise ed accessibili».

²¹⁰ La decisione dei giudici di legittimità è altresì esaminata da BILE, *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. civ.*, 3/2011, 115 ss. L'autore, infatti, osserva che quello relativo al termine di prescrizione quinquennale «è stato forse il punto su cui si sono appuntate le critiche più vivaci». Secondo l'autore poi «Al Collegio delle sezioni unite [del 1983] non erano sfuggiti gli inconvenienti pratici che avrebbero potuto conseguire; e però sembrava che affidare ai giudici di merito l'accertamento di un fatto come il momento dell'irreversibile trasformazione del fondo, dal quale i cinque anni iniziavano a decorrere, avrebbe potuto consentire soluzioni adeguate alla realtà dei singoli casi [...] negli ultimi decenni è avvenuto un sostanziale ribaltamento giurisprudenziale degli schemi del codice, a tal punto che oggi la decorrenza della prescrizione presenta una vistosa differenza tra le regole operazionali e il formante legislativo, rimasto del tutto invariato. In particolare la giurisprudenza ha interpretato la citata norma del codice civile, spostando in avanti tale decorrenza, dalla verifica del fatto alla manifestazione del danno, e chiarendo che il danno si manifesta all'esterno quando diviene oggettivamente percepibile e riconoscibile anche in relazione alla sua rilevanza giuridica [...]». In altre parole, il tentativo dell'autore sembra essere quello di interpretare il tema della prescrizione nelle ipotesi di occupazione acquisitiva alla luce delle più generali tendenze che si riscontrano più in generale in materia di decorrenza e sospensione del termine di prescrizione.

In altre parole, pur restando ferma con riferimento al presente sulle proprie posizioni e rifiutandosi, come invece aveva già fatto il Consiglio di Stato l'anno precedente, di superare il termine quinquennale di prescrizione in virtù della natura di illecito permanente del fenomeno acquisitivo, la Cassazione riconosce i limiti dell'istituto, sebbene creato dalla giurisprudenza per esigenze di certezza.

Al fine di verificare il rispetto dei requisiti di legalità richiesti dalla Corte di Strasburgo, i giudici offrono un breve *excursus* della disciplina dell'occupazione acquisitiva, ricordando come lo stesso fu in prima battuta razionalizzato da una sentenza della stessa Corte risalente al 1983²¹¹, per poi essere recepito e riconosciuto dal legislatore con la già ricordata legge 458/1988.

Tale ricostruzione appare particolarmente significativa nel ragionamento della corte che individua il momento da cui fare decorrere il termine di prescrizione non più nella, seppur consolidata, tendenza giurisprudenziale, bensì nella data dell'entrata in vigore del provvedimento legislativo venendo a rappresentare «*il tassello mancante alla laboriosa costruzione giurisprudenziale dell'istituto, rispondendo ad un auspicio vivamente formulato in nome dei principi di certezza e legalità*».

Ecco dunque che, l'intervento del 1988 rappresenta per la Corte lo "spartiacque"²¹² temporale dopo il quale la disciplina dell'occupazione acquisitiva può dirsi rispondente alla domanda di certezza e legalità proveniente da Strasburgo: per le occupazioni verificatesi prima della sua entrata in vigore, al fine di rigettare le domande risarcitorie avanzate dai proprietari, non sarà più consentito fare semplicemente riferimento alla mera ed irreversibile trasformazione del fondo, non essendo stato garantito all'espropriato il potere di reagire consapevolmente all'illecito della pubblica amministrazione.

Il risultato è stato quello di sganciare il decorso della prescrizione dal momento della consumazione dell'illecito quanto alle fattispecie di occupazione acquisitiva prodottesi

²¹¹ Cass. Civ., 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.* 1983, I,626

²¹² L'espressione è utilizzata da CONTI, *Diritto di proprietà e Cedu*, op. cit., 104 - 105

anteriormente alla legge n. 458 del 1988, salvando peraltro il carattere istantaneo dell'illecito della pubblica amministrazione.

Tale ultima precisazione si rende necessaria al fine di sottolineare la portata comunque limitata dell'intervento pretorio che, seppure teso ad un maggiore bilanciamento delle posizioni del singolo e della pubblica amministrazione in senso favorevole al primo, non arriva a sposare la tesi dell'occupazione quale illecito permanente degli organi dello Stato, facendo salva la costruzione offerta fino a quel momento dalla giurisprudenza di legittimità.

Tale tentativo, ancorché parziale, rappresenterebbe «*un messaggio autorevolmente rivolto agli operatori ed ai giudici, indiscutibilmente proteso a fissare i paletti dell'opera ermeneutica del giudice, ormai dinamicamente indirizzata all'individuazione, nella congerie di strumenti interni e sopranazionali, delle soglie di tutela che meglio garantiscono i diritti fondamentali attraverso delicate e complesse operazioni di bilanciamento*»²¹³.

Tuttavia, malgrado lo sforzo compiuto dalla Corte di Cassazione nella sentenza appena esaminata di dialogare con i giudici di Strasburgo, il nodo prescrizione con riferimento al tema dell'occupazione acquisitiva rimane aperto in particolare con riferimento all'incertezza che ancora investe l'individuazione del momento in cui si realizza l'irreversibile trasformazione del bene²¹⁴.

La Cassazione, in particolare, recentemente²¹⁵ ha nuovamente escluso il contrasto tra le disposizioni di diritto europeo e la prescrivibilità quinquennale del diritto risarcitorio

²¹³ Così si esprime CONTI, *Diritto di proprietà e Cedu*, op. cit., 107.

²¹⁴ Sarà sufficiente, ai fini del presente lavoro, ricordare che l'irreversibile trasformazione del bene non coinciderebbe né con l'inizio dei lavori sul fondo da parte della pubblica amministrazione, né con la loro ultimazione, essendo invece necessario individuare un momento intermedio in cui l'opera è individuata nei suoi connotati definitivi tanto che sia impossibile ripristinare lo *status quo ante* se non attraverso interventi ugualmente ingenti e incompatibili con la nuova conformazione del bene. Si cfr., a titolo esemplificativo, Cass. Civ., sez. I, 28 maggio 2008 n. 14050, *Prov. Firenze c. Pancani Del Vita e altri*, in *Giust. civ.*, 2009, 10, I, 2212 con nota di FIMIANI.

²¹⁵ Cass. Civ., sez. I, 4 luglio 2012, n. 11148, *V.G. e altro c. Com. Marsala e altro*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2013, 1, I, 70. In *Diritto di proprietà e Cedu*, op. cit., 108, Conti dà altresì atto di come con sentenza n. 14134 del 2011 la Corte di Cassazione abbia dichiarato prescritto il diritto del proprietario malgrado il Sostituto procuratore generale avesse chiesto l'annullamento della sentenza resa dalla Corte

del proprietario del fondo asservito ad una finalità pubblica, in quanto la prescrizione risponde ad esigenze di certezza delle situazioni giuridiche ed è prevista, nel nostro sistema, per qualsiasi illecito lesivo di diritti soggettivi.

Ciò proprio alla luce del rifiuto di qualificare l'illecito perpetrato in danno del titolare del diritto di proprietà che ha subito l'espropriazione quale illecito permanente, ignorando le lacune in termini di chiarezza, accessibilità e prevedibilità evidenziate dai giudici di Strasburgo.

La situazione creatasi appare, pertanto paradossale.

Non solo, infatti, la Corte di Cassazione si pone in contrasto con la giurisprudenza formatasi sulla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e con l'interpretazione della stessa offerta dalla Corte di Strasburgo, ma altresì con la posizione ormai consolidatasi all'interno del Consiglio di Stato.

Quanto al primo conflitto, è bene ricordare che con sentenza pressoché contestuale alle ultime pronunce del giudice di legittimità appena ricordate²¹⁶ - decidendo proprio sul ricorso presentato da Immobiliare Cerro che si era vista respingere le proprie domande dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2003 – la Corte dei diritti ha ribaltato la posizione del giudice nazionale, ritenendo che nel caso concreto il proprietario non avesse avuto l'effettiva possibilità di ottenere ristoro del pregiudizio subito.

Gli ultimi sviluppi, pertanto, suggeriscono che, laddove anche la Corte di Cassazione non dovesse cedere il passo alla giurisprudenza dei diritti dell'Uomo, le condanne dello Stato Italiano in sede europea sono destinate a moltiplicarsi²¹⁷ proprio alla luce del ruolo sempre più permeante che l'ordinamento sovranazionale viene ad assumere anche con riferimento all'ordinamento interno.

d'Appello di legge sostenendola superata in virtù dello *jus superveniens* costituito dalle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di espropriazione indiretta.

²¹⁶ Sentenza Corte Edu, 5 giugno 2012, Immobiliare Cerro c. Italia.

²¹⁷ Si pensi che qualche anno addietro il contenzioso pendente davanti alla Corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia per le tematiche in esame veniva stimato in circa 200 cause. Per approfondimenti si cfr. CRISAFULLI, *Interventi per eseguire le sentenze della Cedu senza annullare il lavoro di giudici e inquirenti*, in *Guida al diritto – Dir.intern.*, n.2/2007.

Ma ancora più grave pare essere lo scollamento tra le giurisdizioni nazionali manifestatosi con riferimento al tema in esame.

Si è già dato atto di come - a differenza che la Corte di Cassazione - con la citata sentenza n. 4808/2012 il Consiglio di Stato abbia sposato la natura permanente dell'illecito riconducibile al fenomeno acquisitivo, portando a compimento gli auspici già agli inizi del ventunesimo secolo manifestati dalla Corte dei diritti umani che seppure ha pienamente manifestato il proprio potere persuasivo conducendo alla messa in discussione prima, ed alla critica infine, dell'istituto dell'occupazione appropriativa.

Detta divaricazione contrasta tanto con il principio di certezza del diritto, quanto con quello di legalità, in quanto è evidente che l'esistenza di precedente giurisprudenziali contraddittori in ordine ai limiti posti alla tutela ed al riconoscimento dei diritti soggettivi aumentano esponenzialmente il rischio di risultati arbitrati escludendo in radice qualsivoglia forma di tutela effettiva.

Ancora più biasimevole è la circostanza laddove si consideri che la Corte di Cassazione, che pure rifugge il confronto in sede sovranazionale, è giudice di legittimità a cui viene attribuita una funzione nomofilattica, ossia di garantire il rispetto delle leggi e l'uniformità nella loro interpretazione.

Sembra, pertanto, che l'unica soluzione sia un mutamento di posizione della Corte di Cassazione sul tema affrontato, anche alla luce del principio che, tra diverse possibili interpretazioni il giudice è tenuto a privilegiare quella conforme ai precetti della CEDU²¹⁸.

§3. IL DIALOGO TRA I GIUDICI ITALIANI E LA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA: LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE IN TEMA DI DANNO DA MANCATO RECEPIMENTO DI DIRETTIVE COMUNITARIE

Il dialogo tra giudice nazionale e giudice comunitario rappresenta uno degli strumenti principe attraverso cui realizzare l'integrazione europea e, come è stato osservato,

²¹⁸ In questo senso si è più volte espressa la Corte Costituzionale. Si veda, su tutte, Corte. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348 in *Riv. Dir. Int.*, 2008, I, 197, ed il relativo commento di SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte Costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 2008, 747.

proprio in tema di prescrizione si manifesta in tutta la sua complessità in quanto «interessato da elementi di resistenza dovuti non solo alla multiformità delle discipline nazionali, ma anche a giudici nazionali spesso restii a rivedere i propri assestati orientamenti alla luce delle sollecitazioni di fonte sopranazionale»²¹⁹.

La materia della prescrizione delle azioni risarcitorie in ipotesi di mancata o ritardata attuazione di direttive comunitarie rappresenta probabilmente il caso più rappresentativo di tale complessa operazione di confronto²²⁰, stante l'esigenza di garantire un equo bilanciamento tra il principio di autonomia degli Stati membri e la necessità di tutelare posizioni giuridiche soggettive che trovano la loro fonte proprio nel diritto dell'Unione.

Come è noto, infatti, l'Unione Europea si è sempre più andata ad affermando non solo come unione di Stati, bensì anche come unione di individui, di cittadini, che progressivamente hanno assunto un ruolo di sempre maggiore centralità, ed a cui sono sempre più frequentemente stati riconosciuti diritti soggettivi aggiuntivi rispetto a quelli riconosciuti dall'ordinamento interno.

Nel quadro così delineato, il rischio è quello che tali diritti possano essere concretamente pregiudicati dall'inerzia del legislatore interno ovvero dalla non corretta

²¹⁹ Così BAIKATI, *A proposito del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria per violazione del diritto comunitario: la sentenza della Corte di giustizia CE Danske Slagterier c. Repubblica federale di Germania*, in *Contratto e impresa Europa*, 2009, 1030. Dello stesso autore, sul tema del confronto tra giudizi nazionali e corti europee si cfr. *L'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia e l'applicazione delle discipline nazionali relative ai termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti fondati sul diritto UE*, in *Giur. It.*, 2011, 3; *La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria. Questioni teoriche e implicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*, in *Giur. It.*, 2010, 3.

²²⁰ La letteratura sul tema della responsabilità dello Stato per mancata o ritardata attuazione di direttive comunitarie, e conseguente obbligo risarcitorio, è molto vasta. In generale, si cfr. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2001, 228; CALZOLAIO, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttive comunitarie*, in *Giur. It.*, 2004, I, 47; ROMITO, *Il difficile dialogo tra Corte di giustizia dell'Unione europea e giudice interno in tema di decorrenza del termine di prescrizione*, in *Studi sull'integrazione europea*, VII (2012), 59 – 83; LA MALFA RIBOLLA, *Ritardata attuazione delle direttive comunitarie e adeguata remunerazione dei medici specializzandi: tra prescrizione del diritto ed effettività della tutela*, in *Resp. Civ.*, 2012, 8 – 9, 590; TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2/2012, 195; SATULLO, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in *La resp. civ.*, 2011, 4, 253; DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1429; CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 2004;

trasposizione di una direttiva sovranazionale, con conseguente sorgere, in capo ai soggetti danneggiati, di una pretesa risarcitoria nei confronti dello Stato inadempiente nel recepimento di una direttiva non *self executing*²²¹.

Il tema della prescrizione dei diritti di matrice europea diventa così di particolare importanza, come dimostra le numerose pronunce che si sono susseguite tanto in seno alla giurisprudenza comunitaria quanto in quella nazionale, sia in punto di individuazione del termine applicabile che in relazione alla sua decorrenza.

§3.1. ... NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

La predisposizione di adeguati meccanismi di protezione delle posizioni giuridico soggettive di matrice europea, e con esse anche l'individuazione del termine di prescrizione consistendo questa in una modalità di esercizio del diritto, spetta all'ordinamento nazionale²²².

Tuttavia, al fine di garantire il rispetto dei principi di uniformità, equivalenza ed effettività nella tutela dei diritti riconosciuti ai cittadini europei, la Corte di giustizia si è sovente pronunciata sull'adeguatezza delle misure interne tanto da riuscire, seppur indirettamente, a condizionare l'esperienza domestica.

Il tema della prescrizione, come si accennava, non si è sottratto a tale intervento.

Una prima pronuncia in tema di *time limits* alla proposizione di un ricorso su scala nazionale è rappresentata dalla ormai storica sentenza Emmot risalente ormai al 1991²²³.

²²¹ Per una approfondita analisi della responsabilità dello Stato in caso di mancato recepimento di una direttiva comunitaria si cfr. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008.

²²² Trattasi di un corollario del cd. principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, di origine pretoria in base al quale, in assenza di provvedimenti di armonizzazione in materia processuale, spetta agli ordinamenti giuridici interni l'individuazione sia degli organi sia delle forme di atti idonei a garantire ai singoli il pieno godimento dei diritti attribuiti dalle norme dell'Unione. Tra l'ampissima letteratura, si cfr. GALLETTA, *L'autonomia procedurale degli stati membri dell'Unione Europea: «Paradise Lost?»*. *Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Giappicchelli, 2009.

²²³ Sentenza Corte di giustizia, 25 luglio 1991, C-208/90, *Raccolta*, I – 4269. La sentenza è stata copiosamente commentata dalla dottrina. Per tutti si rinvia a BARBIERI, *Norme comunitarie self executing e decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 1995, 73.

Attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, la High Court irlandese domandava alla Corte di Lussemburgo se lo Stato membro che non avesse correttamente trasposto nel proprio ordinamento una direttiva comunitaria [nel caso di specie in materia di parità di trattamento tra lavoratori di sesso differente] potesse opporsi, per intervenuta prescrizione dell'azione, a che un singolo avviasse un procedimento ad hoc teso a beneficiare degli effetti della direttiva, laddove queste risultassero chiare e idonee a conoscere applicazione davanti al giudice nazionale.

In tale sede, i giudici di Lussemburgo - propendendo per una decisa presa di posizione a favore del privato cittadino - avevano statuito che i termini per la prescrizione di un diritto di origine comunitaria, non decorrono sino alla corretta attuazione della direttiva nell'ordinamento nazionale, in quanto solo in quel momento può ritenersi esistere in capo ai singoli la piena conoscenza dei propri diritti.

Secondo la Corte, la situazione di incertezza circa l'esatto contenuto, nonché l'esistenza, del diritto stesso verrebbe meno solo con la corretta trasposizione della normativa europea e, pertanto, sino a quel momento lo Stato membro inadempiente non potrebbe eccepire la tardività della domanda del cittadino tesa alla tutela dei diritti attribuiti su scala europea.

Senonché, nel corso degli anni la posizione estremamente garantista della Corte di giustizia europea è venuta smussandosi, sia con riferimento a pretese risarcitorie conseguenti al mancato recepimento di una direttiva comunitaria, sia in relazione a domande aventi ad oggetto la ripetizione di vantaggi conseguiti dallo Stato indebitamente non essendosi conformato al diritto europeo.

Tale ridimensionamento è stato operato dai giudici di Lussemburgo attraverso un *distinguishing* tra le fattispecie sotto poste al loro esame e quella oggetto di giudizio nel caso Emmot, oltre che evidenziando come la regola espressa nella sentenza del 1991 non dovesse essere ritenuta principio generale essendo stata condizionata dalla peculiarità delle circostanze del caso concreto²²⁴.

²²⁴ In particolare, l'accento era posto sull'oggettiva difficoltà della signora Emmot di conoscere il diritto riconosciuto dalla legislazione europea, non sussistendo all'epoca dei fatti l'obbligo di pubblicazione

Allo stesso tempo, la Corte ha giustificato il proprio allontanarsi dal proprio precedente alla luce della necessità di bilanciare la tutela dei diritti dei cittadini con l'equilibrio finanziario statale e, pertanto, indirettamente l'interesse pubblico²²⁵.

Punto di arrivo di simile percorso evolutivo sono le sentenze *Fantask*²²⁶ in tema di restituzione di somme versate in eccedenza rispetto a quanto effettivamente dovuto se fosse stata correttamente recepita la legislazione comunitaria²²⁷, e *Danske Slagterier*²²⁸ in relazione ad un'azione di risarcimento dei danni da mancata trasposizione di una direttiva.

Consolidando il superamento del principio *Emmot*, con la prima delle statuizioni ricordate la Corte ha precisato che il diritto comunitario non vieta ad uno Stato che non

delle direttive comunitarie. Cfr. ROMITO, *Il difficile dialogo tra Corte di giustizia dell'Unione europea e giudice interno in tema di decorrenza del termine di prescrizione*, op. cit., 65.

²²⁵ Cfr., tra le altre, Sentenza della Corte di giustizia, 27 ottobre 1993, C – 338/91, *Steenhorst – Neerings*, *Raccolta*, I – 5475; Sentenza della Corte di giustizia, 6 dicembre 1994, C – 410/92, *Elisie Rita Johnson c. Chief Adjudication Officer*, *Raccolta*, I – 5483. In entrambe le sentenze, emesse in materia di politica sociale analoga a quella sottesa al caso *Emmot*, la Corte statuisce il principio per cui il diritto comunitario non osta all'applicazione ad una domanda relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, di una norma di diritto nazionale che si limita a circoscrivere il periodo anteriore alla presentazione della domanda per il quale possono essere ottenuti arretrati di prestazioni, indipendentemente dalla corretta trasposizione della direttiva europea.

²²⁶ Sentenza della Corte di giustizia, 2 dicembre 1997, C – 188/95, *Fantask A/S e al. c. Industriministeriet (Erhvervministeriet)*, *Raccolta*, I – 6783, per un commento della vicenda si veda BARBUTO, *Tributi per iscrizione e registrazione entro il limite delle spese davvero sostenute*, in *Guida al diritto*, 1998, 1, 116.

²²⁷ In materia di prescrizione dell'azione tesa ad ottenere la restituzione di quanto indebitamente pagato in ragione della tardiva attuazione di una direttiva europea da parte dello Stato membro si veda altresì Sentenza 8 settembre 2011, cause riunite C – 89/10 e C 96/10, *Q – Beef NV c. Stato Belga et al.*, testo reperibile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu. In sede di rinvio pregiudiziale, la Corte viene interrogata in primo luogo sulla compatibilità con l'ordinamento comunitario di un termine di prescrizione quinquennale per la restituzione dei crediti vantati nei confronti dello Stato. Inoltre, viene domandato alla corte se una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte stessa, che pronunci l'incompatibilità del carattere retroattivo della norma nazionale, condizioni o meno il decorso del termine iniziale di prescrizione. La Corte di Giustizia, dopo avere richiamato il principio dell'autonomia procedurale in tema di prescrizione, afferma che non collide con il diritto dell'Unione la fissazione di termini ragionevoli nell'interesse della certezza del diritto e a tutela dia del contribuente che dell'amministrazione interessata, a meno che l'esercizio del diritto non si riveli concretamente impossibile. Quanto, invece, ai provvedimenti che incidono sul decorso del termine di prescrizione, i giudici di Lussemburgo chiariscono che la decorrenza del termine viene anch'essa rilasciata alla competenza degli Stati membri e, pertanto, l'eventuale accertamento di una violazione del diritto dell'Unione è n linea di massimo ininfluenza sul dies a quo del termine di prescrizione in quanto lo stato inadempiente può opporre la decadenza ad un'azione giudiziaria anche qualora, alla data di proposizione della domanda, la direttiva non sia stata ancora correttamente trasposta.

²²⁸ Sentenza della Corte di Giustizia, 14 marzo 2009, C – 445/06, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik deutschland*, in *Raccolta*, I – 2119.

ha correttamente attuato una direttiva di opporre un termine di prescrizione alle azioni di rimborso di tributi illegittimamente riscossi, potendo la prescrizione decorrere dalla data di esigibilità dei suddetti tributi, indipendentemente dalla piena trasposizione della normativa comunitaria e sempre che siano rispettati i principi di ragionevolezza, equivalenza ed effettività.

Quanto alla sentenza *Danske Slagterier*, la stessa appare interessante non solo perché in essa la Grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia in favore della tendenza meno garantista nei confronti del singolo cittadino e più attenta agli interessi pubblici, ma anche perché si sofferma sul regime giuridico della prescrizione, chiarendo alcuni aspetti relativi alle caratteristiche del termine ed alla sua decorrenza.

Si tratta di una pronuncia pregiudiziale sollecitata dalla Corte federale di giustizia tedesca in un caso riguardante la pretesa risarcitoria fatta valere dalla ricorrente contro lo Stato tedesco, in quanto costretta ad acquistare un prodotto di maggiore costo per non avere il legislatore correttamente attuato una direttiva comunitaria che prevedeva l'obbligo di consentire l'importazione di carni con determinate caratteristiche.

113

La Corte ribadisce che, in assenza di norme comunitarie, spetta al legislatore nazionale predisporre e regolamentare i meccanismi per il soddisfacimento e la tutela dei diritti che l'ordinamento comunitario riconosce ai singoli cittadini, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività. In particolare, il principio di effettività sarebbe soddisfatto dalla previsione di termini di ricorso ragionevoli, la cui predeterminazione garantisce la certezza del diritto²²⁹.

²²⁹ La lettura della sentenza in esame è interessante non solo con riferimento al tema della prescrizione della pretesa risarcitoria sorta in seguito ad una non corretta trasposizione da parte dello Stato del diritto comunitario, ma anche con riferimento alla generale disciplina della prescrizione attraverso gli occhi della Corte di Giustizia. La Corte, infatti, (i) ribadisce il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri: « *In mancanza di una normativa comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico nazionale di ogni Stato membro garantire la piena tutela dei diritti conferiti alle persone dal diritto comunitario [...]fermo restando che le condizioni, segnatamente quanto ai termini, stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni devono rispettare i principi di equivalenza e di effettività*»; (ii) ricorda la funzione dell'istituto della prescrizione di assicurare la certezza del diritto, ferma la ragionevolezza e la prede terminabilità della sua durata «*termini di ricorso ragionevoli [fissati] a pena di decadenza, [garantiscono] la certezza del diritto [...]Per adempiere [a tale] funzione un termine di prescrizione deve essere stabilito previamente [...]Il risarcimento dei danni causati alle persone da violazioni del diritto comunitario imputabili ad uno Stato membro potrebbe essere reso eccessivamente*

Fatte queste premesse, i Giudici di Lussemburgo chiariscono che, in caso di carente trasposizione di una direttiva, non è contrario al diritto dell'Unione fare decorrere il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria dalla data in cui i primi effetti lesivi della non corretta attuazione si verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente all'esatta trasposizione²³⁰.

Secondo la Corte, inoltre, neppure la pendenza di una procedura di infrazione ai sensi dell'articolo 226 TCE²³¹ condizionerebbe il decorso del termine di prescrizione, non integrando un'ipotesi di sospensione ovvero di interruzione del termine. Un soggetto deve quindi presentare una domanda risarcitoria secondo le modalità stabilite dal diritto nazionale, senza dovere attendere la decisione della procedura di infrazione pendente nei confronti di uno Stato membro per violazione degli obblighi assunti con il trattato tra cui si annovera anche il dovere di trasposizione del diritto dell'Unione europea²³², ciò anche in virtù dell'impossibilità di fare dipendere i diritti conferiti al singolo dalle

gravoso nella pratica se detti soggetti non potessero determinare il termine di prescrizione applicabile con un ragionevole grado di certezza».

²³⁰ Queste le parole della Corte nel dispositivo: « Il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e alla quale ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola. La circostanza, infatti, che il termine di prescrizione previsto dal diritto nazionale inizi a decorrere da detta data non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario (v. punti 49, 56)»

²³¹ Oggi art. 258 TFUE: « La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea»

²³² Queste le parole della Corte nel dispositivo: « Il diritto comunitario non richiede che, quando la Commissione delle Comunità europee avvia un procedimento per inadempimento ex art. 226 CE [ora 258 TFUE], il termine di prescrizione del diritto al risarcimento nei confronti dello Stato che si sia reso responsabile di una violazione del diritto comunitario, previsto dalla normativa nazionale, sia interrotto o sospeso durante tale procedimento. Infatti, la circostanza che la proposizione di un ricorso per inadempimento non abbia l'effetto di interrompere o sospendere il termine di prescrizione non rende impossibile o eccessivamente difficile, per il soggetto, esercitare i diritti conferitigli dal diritto comunitario, dal momento che un soggetto può presentare una domanda di risarcimento osservando le modalità previste a tal fine dal diritto nazionale senza dover attendere la pronuncia di una sentenza che dichiari la violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro. Inoltre, tenuto conto delle particolarità della procedura ex art. 226 CE in relazione a norme procedurali nazionali, il principio di equivalenza è rispettato da una normativa nazionale che non preveda l'interruzione o la sospensione del termine di prescrizione quando la Commissione abbia avviato il procedimento di cui trattasi» (v. punti 39, 42,45-46).

valutazioni discrezionali della Commissione in ordine alla possibilità di avviare un procedimento per infrazione nei confronti dello Stato membro.

In conclusione, partendo da una posizione estremamente garantista per il singolo quale quella sposata nel caso Emmot, la Corte è giunta ad adottare una soluzione capace di offrire un più equo bilanciamento tra i diritti del privato ed l'interesse pubblico alla cui realizzazione la prescrizione è volta.

In questa prospettiva, i principali aspetti della disciplina della prescrizione in materia di danno da mancato recepimento di una direttiva comunitaria possono essere così riassunti: (a) ai fini della fissazione delle modalità di tutela dei diritti e di fissazione dei termini di prescrizione opera il principio di autonomia processuale degli Stati membri; (b) la predetta disciplina deve in ogni caso essere conforme ai principi di equivalenza ed effettività, con la conseguenza che l'esercizio del diritto non deve essere precluso o reso eccessivamente gravoso alla luce del caso concreto; (c) il termine di prescrizione deve essere predeterminato e, comunque, sufficientemente prevedibile da parte dei soggetti interessati; (d) il decorso del termine di prescrizione può essere fissato anche prima che il provvedimento di origine europea sia stato correttamente trasposto e, in ogni caso, non subisce interferenze quali la sospensione o la sua interruzione in virtù della pendenza di un procedimento di infrazione a carico dello Stato ai sensi dell'odierno articolo 258 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea²³³.

§3.2.... NELLE PRONUNCE DEL GIUDICE ITALIANO : IL CASO DEL DIRITTO DEI MEDICI SPECIALIZZANDI AD UN' ADEGUATA REMUNERAZIONE

Il tema della prescrizione dell'azione nei confronti dello Stato membro per mancata o non corretta trasposizione di un atto normativo dell'Unione europea privo di efficacia diretta nell'ordinamento degli Stati membri è stato al centro di un complesso dibattito anche da parte degli interpreti nazionali tanto da mostrarsi quale terreno fertile per un nutrito contrasto giurisprudenziale.

²³³ ROMITO, *Il difficile dialogo tra Corte di giustizia dell'Unione europea e giudice interno in tema di decorrenza del termine di prescrizione*, op. cit., 70

La vicenda prende le mosse dall’emanazione, da parte dell’allora Comunità europea, della direttiva del Consiglio del 26 gennaio 1982 n. 82/76/CEE²³⁴ con cui è stato previsto in favore dei medici specializzandi per la partecipazione alle scuole di specializzazione il diritto ad ottenere una remunerazione adeguata in tutti gli Stati membri.

Il mancato recepimento della predetta direttiva – che avrebbe dovuto essere trasposta negli ordinamenti nazionali entro l’anno 1983 – fu accertato dalla Corte di Giustizia della Comunità europea con sentenza del 7 luglio 1987²³⁵, ma solo con il d.lgs. n. 257 dell’8 agosto 1991 il legislatore sancì, con efficacia esclusivamente *ex nunc*²³⁶, il diritto

²³⁴ G.U.C.E. 15 febbraio 1982 n. L 43

²³⁵ Corte di Giustizia europea, sentenza del 7 luglio 1987 Causa C-49/86, *Commissione CEE contro Repubblica Italiana*, ha disposto la condanna alle spese della Repubblica italiana per non avere adottato nel termine prescritto le disposizioni “necessarie per conformarsi alla Direttiva 82/76 CEE del Consiglio (omissis)”.

²³⁶ La corretta trasposizione della direttiva in esame è intervenuta nel nostro ordinamento solo con l’art. 11 della l. 19 ottobre 1999 n. 370, teso specificatamente a realizzare la corresponsione di borse di studio agli specializzandi medici ammessi alle scuole negli anni 1983-1991: «*Ai medici ammessi presso le università alle scuole di specializzazione in medicina dall'anno accademico 1983-1984 all'anno accademico 1990-1991, destinatari delle sentenze passate in giudicato del tribunale amministrativo regionale del Lazio (sezione I-bis), numeri 601 del 1993, 279 del 1994, 280 del 1994, 281 del 1994, 282 del 1994, 283 del 1994, tenendo conto dell'impegno orario complessivo richiesto agli specializzandi dalla normativa vigente nel periodo considerato, nonché del tempo trascorso, il Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica corrisponde per tutta la durata del corso una borsa di studio annua onnicomprensiva di lire 13.000.000. Non si dà luogo al pagamento di interessi legali e di importi per rivalutazione monetaria. Il diritto alla corresponsione della borsa di studio è subordinato all'accertamento da parte del Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica delle seguenti condizioni: a) frequenza di un corso di specializzazione in base alla normativa prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1982, n. 162, per l'intera durata legale del corso di formazione; b) impegno di servizio a tempo pieno, attestato dal direttore della scuola di specializzazione; c) mancato svolgimento per tutta la durata del corso di specializzazione di qualsiasi attività libero-professionale esterna, nonché di attività lavorativa anche in regime di convenzione o di precarietà con il Servizio sanitario nazionale. Non può essere corrisposta la borsa di studio per gli anni in cui ne è stata percepita un'altra, a qualsiasi titolo e per qualsiasi importo, quale che sia il soggetto erogatore. E' escluso dalla borsa di studio di cui al comma 1:a) chi non abbia concluso il corso di specializzazione, ovvero non abbia recuperato i periodi di sospensione di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257; b) chi abbia sospeso la frequenza dei corsi per motivi diversi da quelli previsti dalla lettera a). Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, sono determinati il termine entro il quale, a pena di decadenza, deve essere trasmessa l'istanza di corresponsione delle borse di studio previste dal presente articolo, lo scaglionamento dei pagamenti, le modalità di inoltro, di sottoscrizione e di autocertificazione secondo la normativa vigente in materia, nonché l'effettuazione di controlli a campione non inferiori al 10 per cento delle istanze presentate. A tale fine è autorizzata la spesa di lire 83 miliardi per l'anno 1999, di lire 48 miliardi per l'anno 2000 e di lire 25 miliardi per l'anno 2001».*

del medico specializzando ad essere adeguatamente retribuito, fissando altresì il *quantum* della retribuzione.

La circostanza generò un considerevole contenzioso tra lo Stato italiano e coloro che si erano specializzati prima dell'anno accademico in essere all'entrata in vigore della legge, i quali lamentavano che, se la normativa europea fosse stata trasposta nell'ordinamento entro il termine indicato dal legislatore comunitario, avrebbero beneficiato di un apprezzabile corrispettivo per l'opera prestata nel corso del periodo di specialità.

La Corte di giustizia dell'allora Comunità europea, pronunciandosi sulla questione sottoposta dai giudici italiani attraverso lo strumento del rinvio procedurale²³⁷, riconobbe in capo al giudice remittente il potere di interpretare la legge del 1992 (attuativa del d.lgs. 257/1991) alla luce dello scopo e della lettera della direttiva, così da agevolare il perseguimento dei risultati voluti. In questo clima, o si riconosceva un'applicazione retroattiva della disciplina di attuazione, malgrado fosse esclusa dalla legge, oppure avrebbe dovuto essere riconosciuto un risarcimento a titolo di danno allo studente pregiudicato dall'inadempimento statale, compensativo anche di danni ulteriori eventualmente subiti per non avere potuto fruire dei vantaggi monetari stabiliti dalla direttiva.

A prescindere dalle mancanze del legislatore italiano di fronte agli obblighi comunitari, il tema della prescrizione delle azioni per inadempimento statale ad una direttiva europea è stato protagonista di un acceso dibattito anche in seno alla giurisprudenza nazionale.

Più dettagliatamente, è stato a lungo controverso se il diritto del privato pregiudicato dalla non corretta attuazione di una direttiva non *self executing* da parte di uno Stato membro dovesse essere sottoposto a prescrizione ordinaria decennale, trovando la propria fonte in un rapporto di tipo contrattuale, oppure al termine quinquennale applicabile in caso di illecito.

²³⁷ Corte di giustizia UE, sentenza 25 febbraio 1999, C – 131/97, *Carbonari et. a.*, in Racc, 1999, I-1103; Corte di giustizia UE, sentenza 3 ottobre 2000, C – 371/97, *Gozza et. a.*, in Racc., 2000, I – 7881.

Ugualmente, fortemente dibattuta è stata l'individuazione del *dies a quo* del suddetto termine di prescrizione, dovendosi distinguere tra le decisioni per cui l'inizio della decorrenza del termine sarebbe riconducibile all'insorgenza del presupposto di fatto cui la direttiva rimasta inattuata collega il diritto in favore del singolo, purché successivo alla scadenza del termine in cui lo Stato avrebbe dovuto adeguare il proprio ordinamento alle prescrizioni comunitarie²³⁸, ed altre che si riferiscono all'entrata in vigore della norma interna di attuazione²³⁹.

Quanto alla durata del termine, si è anticipato come un primo orientamento sostenesse l'applicabilità dell'articolo 2947 cod. civ., che individua il termine di prescrizione applicabile in ipotesi di responsabilità aquiliana. Tale ricostruzione era fondata sulla possibilità di configurare il comportamento dello Stato membro come illecito extracontrattuale e incontrava i favori di parte della dottrina che osservava che, trattandosi di direttive non direttamente applicabili e, pertanto, non erano destinate a “*creare un rapporto diretto tra lo Stato, che ne è destinatario, ed il singolo che di esse dovrebbe essere il beneficiario*”²⁴⁰.

Sebbene la giurisprudenza di merito avesse costantemente accolto la natura extracontrattuale della responsabilità in parola, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute con un “*inatteso revirement*”²⁴¹ rintracciando il

²³⁸ In questo senso, tra le altre, si vedano Cass. civ., sezione lavoro, 9 aprile 2001, n. 5249, in *Foro it.*, 2002, I, 2663; Cass. civ., sezione lavoro, 22 luglio 1999, n. 7922 Rep. 1999, voce Lavoro (rapporto), n. 1367

²³⁹ In questo senso, tra le altre, si vedano Cass. civ., sez. lav., 03 giugno 2009, n. 12814, in *Corriere giur.*, 2009, 1348, con nota di DI MAJO; Cass. civ.; sezione lavoro; sentenza, 04 giugno 2002, n. 8110, in *Foro it.*, 2002, I, 2662

²⁴⁰ DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, op. cit., 1414. L'autore espone che «*avendo la direttiva bisogno di un ulteriore passaggio normativo, costituito dalla trasposizione nel diritto interno (specie ai fini della sua attuazione), è necessario concludere che l'unico dato normativo, cui far riferimento, è il diritto riconosciuto dalla direttiva al singolo beneficiario, diritto della cui violazione è responsabile lo Stato a motivo della sua condotta omissiva*». Dello stesso autore si veda *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1348. Per ulteriori approfondimenti PIZZORNI, *La recente evoluzione della giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 149 ss.; PASQUINELLI, *Illecito comunitario del legislatore ex art. 2043 cod. civ.: la Cassazione interviene ancora*, in *Resp. Civ. prev.*, 2008, 1559; GORGONI, *La difficile costruzione delle regole risarcitorie per violazione statale di obblighi comunitari*, in *Corr. Giur.*, 2010, 182.

²⁴¹ La terminologia è utilizzata da PASQUINELLI, *Le Sezioni unite e la responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto comunitario – un atteso revirement*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, 1018. La sentenza è stata largamente commentata in dottrina, si cfr BAIKATI,

fondamento dell'azione riconosciuta al cittadino nella violazione di un'obbligazione *ex lege* avente natura indennitaria e non risarcitoria²⁴².

Secondo le parole delle Sezioni Unite, «*la responsabilità dello Stato per tardiva trasposizione della direttiva concernente l'adeguata remunerazione dei medici specializzandi è di carattere contrattuale perché ha riguardo all'adempimento di un'obbligazione ex lege di natura indennitaria, obbligazione che il giudice, ove la violazione sia manifesta e grave, deve determinare in base ai presupposti del nesso causale tra la violazione e il danno subito dai singoli, dell'adeguatezza del danno subito ed essendo invece irrilevante la sussistenza del dolo o della colpa*».

In altre parole, l'effetto della mancata osservazione della norma comunitaria sarebbe il sorgere di una obbligazione indennitaria *ex lege*, la cui violazione rende lo stato *lato sensu* contrattualmente responsabile.

La tesi proposta dalle Sezioni Unite, sebbene oggetto di critiche in dottrina in quanto non rappresenterebbe una reale alternativa alla teoria della diretta applicabilità del provvedimento di carattere europeo facendo contrastando proprio con il carattere non *self executing* delle direttive rispetto alla normativa regolamentare²⁴³, è stata costantemente accolta dalla giurisprudenza successiva²⁴⁴.

Come anticipato, la concezione *lato sensu* contrattualistica dell'inadempimento statale influisce direttamente sul termine di prescrizione della pretesa del privato in quanto, avente natura indennitaria e non risarcitoria, è soggetta a prescrizione decennale ai sensi dell'articolo 2935 del nostro codice civile.

La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria – Questioni teoriche e implicazioni pratiche della sua corretta qualificazione, in Giurisprudenza italiana, 2010, 693; MARI, Le Sezioni unite si pronunciano sulla natura della responsabilità dello Stato per mancata o tardiva trasposizione di una direttiva comunitaria non self executing, in Studi sull'integrazione europea, 2010, 225; SCODITTI, La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in Foro it., 2010, I, 168; GUFFANTI PESENTI, Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie, in Europa e diritto privato, 2010, 311.

²⁴² Cass. civ., SS. UU., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Corr. Giur.* 2009, 1345 ss.

²⁴³ DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, op. cit., 1412; CHIEPPA – GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè 2011.

²⁴⁴ Cass. Civ., sez. I, 10 marzo 2010, n. 5842, in *Giustizia Civile* 2011, 6, 1583, con nota di ANDRONIO, *La mancata attuazione del diritto dell'Unione Europea da parte dello Stato: responsabilità contrattuale di natura indennitaria per attività anti-giuridica*.

Tuttavia, la misura del termine si svuota di qualsivoglia importanza in ordine alla tutela delle posizioni giuridiche laddove non vengano correttamente individuate le regole che ne disciplinano la decorrenza ed, in primis, non venga fissato il momento in cui il diritto può essere fatto valere²⁴⁵.

Proprio su questo fondamentale aspetto si confrontano dottrina e giurisprudenza nel secondo dei temi critici summenzionati.

Premesso il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, sicché la predisposizione della disciplina a cui sottostare i cd. *time limits* è rimessa al legislatore nazionale, deve ricordarsi come la questione sull'individuazione del dies a quo si è dimostrata combattuta anche a livello europeo.

Giova ricordare come, sebbene in un primo momento con la citata sentenza Emmot la Corte di Giustizia avesse adottato una visione maggiormente tutelante la posizione del singolo collocando l'effettività della conoscenza in capo al cittadino del proprio diritto solo in seguito alla corretta trasposizione della direttiva nazionale, a partire dalla sentenza Danske Slagterier si è affermato il principio per cui in linea di principio il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione dell'azione nei confronti dello Stato inadempiente inizi a decorrere dalla data in cui gli effetti lesivi si sono verificati, anche se precedenti al ravvedimento dello Stato membro.

Ugualmente, la giurisprudenza nazionale ha fatto variamente decorrere il termine di prescrizione delle pretese in argomento, specialmente per quanto attiene i diritti dei medici specializzandi per gli anni accademici precedenti al 1991.

Una tesi ha fatto coincidere il *dies a quo* con la data di emanazione della direttiva comunitaria in quanto già da quel momento il danno si sarebbe esteriorizzato, indipendentemente dalla mancata attuazione da parte dello Stato della direttiva stessa. In altre parole, il termine di prescrizione decorrerebbe dal momento in cui si sono concretizzati nel diritto comunitario gli elementi costitutivi del diritto all'indennizzo²⁴⁶.

²⁴⁵ L'articolo 2935 cod. civ. dispone che «la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere»

²⁴⁶ Tribunale di Bari, terza sezione civile, 30 novembre 2007, n. 76

Una diversa soluzione, invece, ha fatto decorrere il termine di prescrizione dalla scadenza del termine previsto per l'attuazione della direttiva europea poiché, sono in tale momento, si realizzerebbe la violazione del diritto tutelato.

Da ultimo, una terza via è stata percorso dalle pronunce che richiamano l'entrata in vigore del d.lgs. 257/1991 che, sebbene in ritardo e non correttamente in quanto con efficacia esclusivamente *ex nunc*, ha dato seguito al precetto europeo teso a riconoscere ai medici specializzandi un'adeguata retribuzione. Secondo questa interpretazione prima dell'entrata in vigore del decreto, i danneggiati non avrebbero potuto essere consapevoli né del soggetto tenuto al pagamento della remunerazione né del *quantum* dello stesso²⁴⁷.

Un'ulteriore posizione, infine, è quella delle sentenze che hanno ritenuto la prescrizione decorrere solo dal momento in cui è stata data una corretta trasposizione della direttiva e, cioè, dalla fine degli anni novanta²⁴⁸. Ciò anche in quanto il provvedimento legislativo sarebbe equiparabile ad un riconoscimento da parte dello Stato del proprio inadempimento, integrando così un'ipotesi di interruzione del decorso del termine di prescrizione ai sensi dell'articolo 2944 cod. civ

121

Quest'ultima sembra, invero, la soluzione consolidatasi nella giurisprudenza della Corte Suprema, anche a seguito di due sentenze di poco succedutesi nell'arco del 2011.

In particolare, con sentenza del maggio 2011²⁴⁹, la Corte ha escluso che la prescrizione potesse essere ritenuta decorrere dalla data prevista per la trasposizione degli atti normativi comunitari ed ha collocato il *dies a quo* alla data di entrata in vigore dell'intervento del 1999 con il quale il legislatore ha attribuito il diritto a borse di studio ad alcune specializzazioni del periodo fino a quel momento escluso.

Ciò, in quanto quello dello Stato italiano, con riferimento agli anni accademici precedenti al 1991, integrava un inadempimento soltanto parziale, garantendo un'adeguata remunerazione per gli anni successivi.

²⁴⁷ Tribunale di Catanzaro, prima sezione civile, 20 aprile 2009, in *Guida al diritto*, 2009, n. 24, 53; Tribunale di Genova, seconda sezione civile, 14 maggio 2004, n. 2188 e 10 luglio 2006, n. 2697

²⁴⁸ App. Milano, prima sezione civile, 20 giugno 2008, in *Il Foro padano*, 2008, 1, 55.

²⁴⁹ Corte di Cassazione, sezione terza, 17 maggio 2011, n. 10813, in *Guida al diritto*, 2011, 27, 13.

Diversamente, laddove vi fosse un mancato recepimento *tout court* della direttiva europea, la condotta omissiva dello Stato si traduce in un illecito permanente ai sensi del quale si produce la rinnovazione *die in die* del danno subito²⁵⁰ sicché la prescrizione non corre fino al giorno in cui tale inadempimento viene meno.

Con tale pronuncia, consolidatasi con una successiva sentenza del mese di agosto 2011 che ne ha sostanzialmente riproposto i contenuti²⁵¹, sembrava essere stata messa la parola fine al dibattito sulla decorrenza del termine di prescrizione. Tuttavia, solo pochi giorni dopo la pronuncia della Corte di Cassazione, la Corte di Giustizia si è espressa in senso difforme rispetto al giudice interno.

L'occasione per il giudice europeo di pronunciarsi sul tema in esame successivamente all'entrata in vigore della legge attuativa del 1999, si è presentata con il caso *Iaia*, sollevato dalla Corte di Appello di Firenze²⁵².

Nel corso dell'anno 2001 gli attori *Iaia*, *Moggio* e *Vassalle* si rivolgevano al Tribunale di Firenze per ottenere il pagamento della retribuzione dovuta dallo Stato ai sensi della direttiva europea. La domanda, tuttavia, veniva rigettata in virtù della prescrizione quinquennale decorrente dall'entrata in vigore della legge del 1991 in quanto da tale data gli attori avrebbero potuto sapere chi fosse tenuto al pagamento dell'adeguata remunerazione, conoscerne il relativo importo e fare valere l'incompatibilità della legge con il diritto comunitario.

Gli attori proponevano appello invocando l'applicazione della giurisprudenza formatasi sulla sentenza *Emmot* e, nell'ambito del giudizio di secondo grado, la Corte di Appello sottoponeva ai giudici di Lussemburgo la questione se il diritto dell'Unione consentisse ad uno Stato membro di eccepire la prescrizione a fronte dell'esercizio di un diritto

²⁵⁰ Motiva la Corte «*la situazione del danno non era qualificabile come un effetto ormai prodotto ma come un effetto continuativamente determinato dalla condotta statale. In definitiva, il danno sorto, a fare tempo dalla sentenza Francovich ed il relativo diritto risarcitorio, sono configurabili come determinati dalla permanenza della condotta di inadempimento del diritto comunitario*».

²⁵¹ Cass. Civ., sezione terza, 18 agosto 2011, n. 17350, in *Ragiusan*, 2011, 331-332, 16.

²⁵² Sentenza Corte di Giustizia dell'Unione europea, 19 maggio 2011, C – 452/2009, *Iaia e al. c. MIUR MEF e Università di Pisa*, in *Raccolta* 2011, I - 4043. Per un commento alla sentenza si veda PIRAINO, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 707, 3.

conferito da una direttiva oppure del diritto al risarcimento del danno risultante dalla mancata corretta trasposizione della stessa nel termine assegnato e se, eventualmente, siffatta possibilità fosse riconosciuta soltanto a partire dalla constatazione da parte della Corte di giustizia della violazione del diritto dell'Unione.

La Corte, analogamente a quanto fatto nelle sentenze citata nel paragrafo precedente, dopo avere richiamato il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri ha chiarito come il caso Emmot non costituisca un principio generale in quanto fortemente influenzato dalle circostanze del caso concreto in quanto il comportamento della autorità nazionali aveva impedito alla ricorrente della causa principale di agire in giudizio per ottenere il beneficio dei diritti conferiti dalla direttiva di cui si trattava.

Conseguentemente, i giudici di Lussemburgo hanno ribadito il principio per cui l'autorità nazionale non può eccepire la scadenza di un termine di prescrizione ragionevole quando, con il suo comportamento, si pone all'origine della tardività del ricorso.

In questo contesto, la Corte ha ribadito che l'accertamento di una violazione del diritto dell'Unione è ininfluenza sul *dies a quo* della prescrizione, specialmente nei casi – come quello di specie – in cui non vi sono dubbi sull'esistenza di tale violazione sicché i beneficiari possono avere conoscenza dei caratteri del proprio diritto e del pregiudizio subito.

La soluzione adottata dalla Corte di giustizia, di poche ore successiva rispetto a quella resa dalla Corte di Cassazione²⁵³, appare meno rigorosa nei confronti dell'autorità

²⁵³ È interessante osservare come la Corte di Legittimità fosse consapevole che, di lì a poco, anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea si sarebbe pronunciata su un caso pressoché identico a quello sottoposto alla Sua attenzione e si preoccupa di offrire una soluzione compatibile con il diritto europeo. Si legge, infatti: «*la ricostruzione appena ipotizzata si giustificerebbe anche per evitare che la Corte di giustizia – attesa la travagliatissima vicenda di cui si è discusso nell'ordinamento interno, sia sotto il profilo delle incertezze sulla giurisdizione (terminate solo nel 2005 ed in situazione ante l'introduzione del noto principio della translatio), sia sotto il profilo dell'individuazione dell'azione esperibile e del suo termine di prescrizione (terminate solo con la sentenza delle SS.UU. n. 9147/2009) – ove investita di un'esegesi dell'ordinamento interno che non riconoscesse o la soluzione qui sostenuta o quella subordinata appena indicata, possa dirla non conforme al diritto comunitario adducendo giustificatamente l'oggettiva incertezza della situazione interna al nostro ordinamento*». Le parole citate mostrano altresì il circolare dialogo tra le Corti, evidenziando come la Cassazione si preoccupi di individuare una soluzione che non sarebbe stata oggetto di censura in sede sovranazionale.

pubblica rispetto a quest'ultima, mostrandosi favorevole ad una possibile anticipazione del *dies a quo*, purché coincidente con una data successiva alla scadenza del termine ultimo prescritto dalla direttiva comunitaria per il suo recepimento.

Malgrado la pronuncia in sede europea, la giurisprudenza italiana ha perseguito nell'adottare un approccio in cui centrale è l'aspetto della tutela del singolo: si pensi già citata sentenza della Cassazione del mese di agosto 2011, secondo cui l'inadempienza statale persiste anche in seguito ai provvedimenti del 1991 in quanto l'obbligo avrebbe potuto essere adempiuto integralmente soltanto se lo Stato Italiano, nell'introdurre una disciplina attuativa della direttiva e conforme ad essa, avesse disposto non solo per l'avvenire, cioè in relazione alle situazioni dei singoli riconducibili ad essa dopo la sua entrata in vigore, ma anche prevedendo la retroattività di tale disciplina. Di conseguenza, la Suprema Corte fa decorrere il termine di prescrizione decennale del diritto del risarcimento del danno a beneficio dei medici che avevano seguito corsi di specializzazione antecedentemente al 1991, dal 27 ottobre 2009, giorno di entrata in vigore della l. 370/2009 con cui lo Stato ha esattamente adempiuto ai precetti di fonte europea²⁵⁴.

Le differenze evidenziate tra la giurisprudenza interna e quella sovranazionale, in virtù del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, non sembrano oggi recare particolare problemi: se è vero che, la suddetta diversità di vedute rappresenti una prova del persistere di una concezione dualistica del rapporto tra i due ordinamenti, d'altra parte si deve altresì evidenziare come la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione, proprio perché avente l'effetto di garantire una più ampia tutela del diritto di fonte europea, non incorre nelle censure di irragionevolezza né ha l'effetto di compromettere

²⁵⁴ Diverso è il caso dei medici che hanno frequentato le scuole di specializzazione successivamente al provvedimento di inizio anni novanta poiché, nei loro confronti, non è possibile ritenere precluso o gravemente pregiudicato l'esercizio del diritto di origine europea e, pertanto, «*il termine di decorrenza della prescrizione deve essere individuato nella data di conseguimento del diploma di specializzazione (successivamente alla scadenza del termine ultimo per il recepimento della direttiva comunitaria nel diritto interno), atteso che è in tale momento che si verifica concretamente il danno conseguente al tardivo e parziale recepimento. La prescrizione dell'azione di responsabilità, quindi, inizia a decorrere nel momento in cui si verifica il danno di cui si chiede il risarcimento*», come riconosciuto da Tribunale di Roma, seconda sezione civile, n. 15753 del 17 luglio 2013

l'effettività della possibilità di esercitare, da parte del privato cittadino, il proprio diritto al fine di ottenerne tutela in sede giurisdizionale²⁵⁵.

Si deve, caso mai, sottolineare la scarsa coerenza delle posizioni assunte dal giudice di legittimità nazionale laddove nell'affrontare il tema dell'occupazione appropriativa tutt'oggi rigetta la qualificazione della condotta della Pubblica Amministrazione come illecito di carattere permanente, mentre nella casistica ora in esame ritiene la condotta omissiva dello Stato integrare un danno continuo, che si rinnova giornalmente, così da postergare l'*exordium praescriptions* alla sua cessazione.

Tuttavia, la questione non sembra avere raggiunto un punto di arrivo.

Con l'articolo 4, comma 43, della legge 12 novembre 2011, n. 183 (cd. legge di stabilità), entrata in vigore il 1 gennaio 2012, il legislatore è intervenuto proprio in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da mancato o tardivo recepimento di una normativa europea non *self executing*.

Con tale provvedimento, invece di formalizzare la soluzione ormai pacificamente offerta in giurisprudenza, la citata disposizione ne stravolge il contenuto tanto con riferimento alla natura della responsabilità dello Stato, al termine di prescrizione ed al suo decorso.

Il comma in esame, invero, recita: *«la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 cod. civ. e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato»* ed è dichiaratamente volto alla riduzione delle spese non rimodulabili dei ministeri, come recita la rubrica dell'articolo.

²⁵⁵ SATULLO, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, op. cit., in cui l'autore evidenzia come la posizione da ultimo adottata dalla giurisprudenza comunitaria sia rispettosa dei principi di diritto comunitario e ne permetta una più estesa applicazione in un'ottica di garantirne l'applicazione e l'operatività con riferimento al più ampio numero di posizioni possibile.

Al fine di escludere qualsivoglia incertezza sull'ambito di applicazione della nuova norma, la Cassazione e, in seguito, la giurisprudenza di merito che ha avuto occasione di pronunciarsi sul punto, ha affermato che la stessa, secondo il criterio generale fissato dall'articolo 12 delle preleggi, opera solo per l'avvenire disciplinando solo la prescrizione di diritti sorti successivamente alla sua entrata in vigore e, quindi, derivanti da fattispecie di mancato recepimento verificatesi dopo di essa e non da fattispecie di mancato recepimento verificatesi anteriormente²⁵⁶. In questo modo, tra l'altro, la nuova disciplina non si pone in termini di incompatibilità con il diritto comunitario, essendo il nuovo termine di prescrizione predeterminato con sufficiente anticipo rispetto ai diritti che andrà a disciplinare.

Cionondimeno, la disposizione introdotta con la legge di stabilità suscita comunque alcune perplessità significando un deciso cambiamento di rotta sia con riferimento alla durata del termine di prescrizione, sia con riferimento alla sua decorrenza.

Quanto alla durata, l'esplicito riferimento all'articolo 2947 cod. civ. in tema di prescrizione del danno da fatto illecito comporta un'applicazione di un termine quinquennale di prescrizione, facendo proprio il pensiero della giurisprudenza precedente alle Sezioni Unite del 2009.

La soluzione, sebbene rispondente alle critiche della dottrina alla tesi della natura contrattuale dell'inadempimento dello Stato che avrebbe comportato necessariamente il riconoscimento di diretta applicabilità alla normativa europea, sembra collocare la responsabilità dello Stato nell'alveo di quella extracontrattuale, con tutto ciò che ne consegue in relazione ai requisiti di dolo o, comunque, colpa grave dell'autore dell'illecito e di onere probatorio in capo al soggetto che ha patito il danno al quale spetta di provare l'esistenza di un pregiudizio, la condotta illecita ed il nesso causale tra i due elementi.

²⁵⁶ Cass. Civ., sezione lavoro, 8 febbraio 2012, n. 1850, in *Diritto & Giustizia* 2012, 15 febbraio; Cass. Civ., sezione lavoro, 22 febbraio 2012, n. 2632, in *Giustizia Civile Massimario* 2012, 2, 197; Tribunale di Bari, sentenza del 5 novembre 2012, n. 3439

Quanto alla decorrenza della prescrizione, la nuova disposizione ne fissa l'inizio alla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato.

Sebbene alcuni autori si siano mostrati critici rispetto alla nuova previsione, sostenendo una possibile contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia per cui lo Stato non può validamente opporre al cittadino ricorrente la prescrizione laddove abbia contribuito con la propria condotta a ritardare l'esercizio del diritto²⁵⁷, il riferimento ai diritti riconosciuti «*se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita*» sembra escludere che l'*exordium praescriptionis* possa collocarsi prima del termine ultimo per la trasposizione della normativa europea.

Piuttosto, alcune perplessità interpretative sorgono in riferimento all'utilizzo da parte del legislatore dell'avverbio "effettivamente" atteso che l'articolo 2947 cod. civ. – a cui la disposizione in esame espressamente rinvia – si riferisce semplicemente al giorno in cui il fatto si è verificato, senza ulteriori precisazioni.

È stato osservato²⁵⁸ come la scelta del legislatore possa essere stata influenzata dall'acceso dibattito che si registra in seno alla dottrina ed alla giurisprudenza nazionale intorno alla individuazione del momento in cui collocare il *dies a quo* della prescrizione quinquennale per diritti derivanti da fatto illecito²⁵⁹.

Sul tema, come si avrà modo di meglio evidenziare nel prossimo capitolo, si rintracciano tre diverse teorie che si richiamano talvolta ad un'interpretazione letterale della normativa codicistica, tal'altra alle esigenze di ragionevolezza e giustizia sostanziale di matrice europea a cui si è dedicato ampio spazio nel presente lavoro.

²⁵⁷ In questo senso si veda ROMITO, *Il difficile dialogo tra Corte di giustizia dell'Unione europea e il giudice interno in tema di decorrenza del termine di prescrizione*, op. cit., 82.

²⁵⁸ TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, op. cit., 200.

²⁵⁹ In dottrina, invero, si registra anche l'opinione di chi si dimostra scettico sull'opportunità di mantenere una distinzione in tema di decorrenza del termine di prescrizione tra l'articolo 2935 cod. civ. e l'articolo 2947 cod. civ. Per approfondimenti si cfr ANZANI, *Riflessioni su prescrizione e responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, XXVIII, 199 – 213.

Una prima tesi, di stampo tradizionale, identifica il giorno in cui il fatto si è verificato nella data in cui ha avuto luogo la condotta illecita, a prescindere dal fatto che il danno si sia eventualmente manifestato all'esterno solo successivamente.

Una seconda posizione individua l'*exordium praescriptionis* nel giorno in cui il danno si è effettivamente realizzato ed esteriorizzato.

L'ultima teoria, infine, identifica il dies a quo della prescrizione nella data della conoscenza o conoscibilità da parte del danneggiato, del danno e della sua imputabilità ad un determinato autore.

La soluzione accolta dal legislatore del 2011 sembra essere la seconda, capace di offrire un idoneo bilanciamento tra la lettera del codice civile e le richieste di giustizia provenienti dalla società e dalla giurisprudenza di respiro sovranazionale. Tuttavia, si tratta di una spiegazione interpretativa che, pertanto, potrà essere sconfessata nell'applicazione che ne farà la giurisprudenza, con conseguente incertezza circa l'esame che la normativa italiana andrà eventualmente a sostenere davanti al giudice europeo.

§ 4. LA CIRCOLAZIONE DELLE SOLUZIONI TRA CORTI SOVRANAZIONALI E GIUDICI INTERNI DI DIRITTO COMUNE: CONCLUSIONI

Le prove di dialogo tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo, da un lato, e giudici nazionali e Corte di Giustizia, dall'altro, dimostrano come, malgrado la costante affermazione della sovranità nazionale attraverso il principio dell'autonomia procedurale degli Stati, questi non sono totalmente sottratti dai vincoli e dal controllo sovranazionale nella determinazione della disciplina della prescrizione e, dunque, nell'individuazione dei limiti temporali a cui soggiace la pretesa del privato.

L'esempio più rappresentativo dell'importanza del confronto tra Corti statali e sovranazionali è certamente quello che si è instaurato intorno alla prescrizione dell'azione risarcitoria in tema di occupazione appropriativa ad opera della pubblica autorità. Si è visto, infatti, come in seguito alle condanne dell'Italia a Strasburgo per violazione dei diritti fondamentali dell'Uomo, il Consiglio di Stato ha fatto propri i

principi espressi dalla Corte Europea, dimostrando di conoscerne il contenuto e la forza precettiva nell'ambito del diritto nazionale.

La spinta evolutiva che il giudice amministrativo ha dimostrato di sapere cogliere è espressione di quel fenomeno di *cross fertilisation* riconosciuto in dottrina come unico strumento atto a garantire l'interazione tra ordinamento interno ed internazionale in senso lato²⁶⁰.

La stessa attenzione alla giurisprudenza europea è stata dimostrata dalla Corte di Cassazione²⁶¹ pronunciandosi in materia diritto al risarcimento per danno antitrust. Allontanandosi dalla lettera del dettato codicistico, la Corte ha infatti chiarito che, qualora la percezione del danno non fosse evidente, il termine di prescrizione avrebbe dovuto decorrere dal momento in cui il pregiudizio fosse oggettivamente conoscibile e percepibile.

Nell'individuare detto momento, la Corte prende in considerazione le caratteristiche del danneggiato il quale, in quanto consumatore, non può assumersi che abbia una conoscenza approfondita delle dinamiche concorrenziali e delle eventuali distorsioni delle stesse. Nel fare ciò, quindi, la Corte di legittimità rimette alla competenza del giudice di merito l'individuazione caso per caso del momento in cui il danneggiato abbia avuto adeguata e ragionevole conoscenza del danno subito, privilegiando – sulla scia delle pronunce sovranazionali esaminate nel capitolo precedente – l'effettività della tutela offerta al singolo, piuttosto che la rigidità della disciplina del diritto italiano della prescrizione, interpretata come inderogabile e formale al fine di garantire la certezza del diritto.

²⁶⁰ LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005; ALLISON, *Transplantation and cross-fertilisation in public law*, in Beatson e Tridimas (eds) *New directions in European public law*, Hart publishing, Oxford, 1998, 169.

²⁶¹ Cass. Civ., terza sezione, 2 febbraio 2007, n. 2305 in *Corr. Giur.*, 2007, 5, 648 ss. A commento della sentenza si veda BIANCHI RANIERI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sistema della responsabilità civile?* In *Resp. Civ. e Prev.* 2007, 7-8, 1605 ss.; in *Corr. Giur.*, 5, 2007, 648 ss. con nota di BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungolatenti*. Da ultimo si veda Cass. Civ., terza sezione, 28 novembre 2013, n. 26685, con nota di FERRETTI, *Si al decorso della prescrizione dal momento della pubblicazione della decisione AGCM*, in *Diritto e Giustizia*, 2013, 1335 ss., in cui viene chiarito che in materia concorrenziale la prescrizione comincia a decorrere non dalla data dell'accadimento naturale, ma dal momento in cui l'accadimento è stato percepito come comportamento illecito.

L'antecedente logico, nonché forza propulsiva del provvedimento reso dalla Cassazione, deve ricercarsi nella giurisprudenza comunitaria ed, in particolare, nella celebre sentenza *Manfredi*²⁶² con cui la Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale ha per la prima volta affrontato il tema delle prescrizione nelle azioni antitrust.

In tale occasione il giudice comunitario ha precisato che In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività, vale a dire che l'esercizio del diritto non deve essere precluso o reso eccessivamente difficile.

In questo senso la Corte aveva dichiarato non compatibile con il diritto comunitario la regola che stabiliva la decorrenza del termine di prescrizione dal giorno in cui l'intesa anticoncorrenziale sia stata posta in essere in quanto nel caso di infrazioni continuate o ripetute, non è escluso che il termine di prescrizione si estingua prima che l'infrazione sia cessata così che, chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione, si trova nella concreta impossibilità di adire l'organo giurisdizionale.

130

Spetta al giudice nazionale, secondo la tesi accolta dalla Corte, verificare che l'esercizio del diritto sia effettivamente riconosciuto nel caso di specie sottoposto al suo esame.

È, pertanto, chiaro il parallelismo tra la giurisprudenza europea e la pronuncia della Cassazione che affida al giudice di merito la verifica della percepibilità del pregiudizio da parte del danneggiato alla luce dell'ordinaria diligenza, entrambe tese a garantire una tutela effettiva del mercato.

In altri termini, anche attraverso l'esempio da ultimo affrontato, si è dimostrato che solo attraverso un dialogo consapevole tra l'interprete nazionale e quello europeo è possibile comporre diversi livelli di protezione dei diritti riconosciuti in seno agli ordinamenti al

²⁶² Corte giust. UE, 13 luglio 2006, cause C-295-298/2004, *Manfredi*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2006, 1855, con commento di BASTIANON, *La Corte di Giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo*; in *Danno e resp.*, 2007, 19, con ulteriori note di AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*, in *Danno e resp.*, I, 26 ss. ; e CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno e resp.*, 2007, 1, 34 ss.

fine di assicurarne una corretta trasposizione in seno ai diritti nazionali e, per l'effetto, una tutela effettiva.

Capitolo quarto

**LA DISCIPLINA DELLA PRESCRIZIONE TRA SCELTE TECNICHE E DI
POLITICA LEGISLATIVA**

La riflessione svolta fino a questo momento ha lasciato emergere come la disciplina della prescrizione, tradizionalmente tesa a realizzare la certezza dei rapporti giuridici attraverso la fissazione di un termine generale e predeterminato rispetto al momento della sua applicazione, sia stata da ultimo modellata ad opera dell'interprete in modo da assicurare il realizzarsi della tutela dell'affidamento (nel caso della giurisprudenza nazionale che ha dato origine alla *doctrine of laches* ed all'istituto della *Verwirkung*) o, alternativamente, dell'effettivo esercizio del diritto soggettivo laddove questo sia di fatto precluso (se si considerano le pronunce del giudice europeo).

Poste queste premesse, si é indagato il fenomeno della circolazione dei principi individuati in sede europea e della permeabilità del giudice nazionale ad accogliere le soluzioni prospettate dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, appurando che attraverso il fenomeno della *cross fertilisation* è possibile raggiungere una reale integrazione tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale, a beneficio della tutela dei privati.

Si tratta, ora, di verificare se anche il legislatore si sia mostrato ugualmente sensibile alla spinta evolutiva auspicata dalla giurisprudenza, confermando il successo del fenomeno dei *legal transplants* nell'ottica di perseguire l'armonizzazione del diritto della prescrizione in Europa, che sia valutato ragionevole ed allo stesso tempo efficace nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi dell'istituto.

Gli aspetti che vengono maggiormente coinvolti sono, da un lato, quello della decorrenza della prescrizione e, dall'altro, quello dello spazio concesso nell'individuazione della disciplina dell'istituto all'autonomia privata.

**§ 1. LA DECORRENZA DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE NELLE RICOSTRUZIONI DEL
LEGISLATORE**

Più della natura del termine di prescrizione, più dello stesso fattore tempo e della durata dello stesso, il momento in cui inizia a decorrere il termine di prescrizione influenza la disciplina dell'istituto in esame e, soprattutto, la sua incidenza sulle posizioni giuridiche soggettive.

In un recente studio sul tema²⁶³, l'*exordium praescriptionis* è stato infatti definito come «*l'éminence grise de la prescription*», arrivando ad affermare che lo stesso termine di prescrizione «*n'est rien sans son point de départ*».

Centrale diventa, allora, l'individuazione del momento da cui la prescrizione inizia a decorrere, così come l'analisi delle logiche che sottostanno alla sua determinazione. Solo attraverso la comprensione delle ragioni che orientano l'interprete e, nello specifico, il legislatore nell'identificazione del *dies a quo* della prescrizione è possibile garantire il bilanciamento tra esigenze di certezza dei rapporti giuridici, a cui la prescrizione si è visto essere tradizionalmente votata, e la richieste di giustizia sostanziale che a gran voce abbiamo visto essersi elevate su scala europea.

In definitiva, il cd. *point de départ* costituisce il punto di incontro tra diversi fattori di natura tecnica (che saranno esaminati al §1.1.) e politica (di cui al successivo 1.2.) che, al medesimo tempo, ne influenzano ma del pari ne subiscono la fissazione.

133

§1.1. MODALITÀ TECNICHE ADOTTATE NELLA DETERMINAZIONE DEL *DIES A QUO* DEL TERMINE PRESCRIZIONALE

Lo studio delle differenti discipline che regolano l'istituto della prescrizione, sia da un punto di vista temporale che geografico, permette di individuare tre possibili modalità di individuazione del momento in cui il termine si mette in moto.

Più precisamente, legislatore si prospettano tre modalità per la fissazione del momento iniziale del decorso del termine di prescrizione: può senz'altro compiere una “non scelta”, preferendo non adottare alcun criterio per la determinazione del *dies a quo* del

²⁶³ KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, op. cit., 7.

termine di prescrizione²⁶⁴; può – di contro – optare per l’individuazione di una regola uniforme, applicabile alla pluralità delle situazioni giuridiche che dovessero presentarsi può, infine, adottare una prospettiva intermedia, guidando l’interprete nell’identificazione dell’*exordium praescriptionis* attraverso la fissazione di una pluralità di criteri, ciascuno con una diversa incidenza sull’operatività dell’istituto.

§ 1.1.1. L’ASSENZA DI DISPOSIZIONI TESE A FORMALIZZARE IL CRITERIO DI INDIVIDUAZIONE DEL DIES A QUO DELLA PRESCRIZIONE

La prima delle tecniche esposte, ossia la mancata consacrazione di una regola di carattere generale per la fissazione del momento iniziale della prescrizione, applicabile alla generalità delle situazioni di diritto, si traduce nell’affermazione di un amplissimo margine di discrezionalità riconosciuto al potere giudiziario e, *prima facie*, sembra essere la soluzione auspicata dalle corti europee che, come si è visto, richiedono una valutazione di tipo casistico nel rispetto dei principi di ragionevolezza dei limiti ed effettività della tutela.

Tale approccio è mosso dalla considerazione della necessità di garantire la corrispondenza tra la disciplina della prescrizione ed il rapporto di diritto sostanziale sottoposto alla sua falciatura: così come la legge detta termini differenti con riferimento ai diversi diritti soggettivi rispetto ai quali la prescrizione opera, allo stesso modo l’individuazione del decorso di tale termine è pensato per essere mobile, capace cioè di adattarsi al diritto sostanziale a cui viene applicata.

Detta tecnica era quella, a titolo esemplificativo, adottata dai redattori del *code civil* nel 1804, i quali non avevano previsto alcuna norma generale per la determinazione del *point de départ de la prescription*.

Lungi dall’essere considerata una scelta obsoleta, anche i relatori del progetto di riforma del diritto della prescrizione civile, che ha condotto all’adozione della *loi* n. 562 del 17 giugno 2008, si sono interrogati sulla sussistenza o meno di un interesse pratico sotteso

²⁶⁴ È questa la strada inizialmente intrapresa dai redattori del codice civile italiano del 1865, come sul modello della scelta inizialmente adottata dai redattori del codice napoleonico e sopravvissuta sino al 2008, anno in cui la *loi* n. 561 del 17 giugno è intervenuta riformando la materia prescrittiva.

all'abbandono di un simile approccio, in virtù della considerazione per cui, fissato un termine generale di prescrizione, si apre la strada per la fissazione di numerose altre regole speciali di carattere derogatorio²⁶⁵.

Tuttavia, sebbene a tale teoria debba essere riconosciuto il merito di rispettare le peculiarità della posizione di diritto sostanziale rispetto alla quale la prescrizione opera, non possono sottacersene i punti di debolezza individuati, in primo luogo, nel necessario sacrificio della certezza del diritto e della sua conoscibilità, rinunciando all'adozione di una visione uniforme, coerente e globale della disciplina prescrizionale.

§ 1.1.2. L'ADOZIONE DI UN CRITERIO UNITARIO DI INDIVIDUAZIONE DEL *DIES A QUO* DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE

In reazione alla critica da ultimo sottolineata, una seconda tecnica di determinazione della decorrenza del termine di prescrizione è venuta all'attenzione del legislatore: ci si riferisce alla possibilità di specificare un criterio unico, di applicazione generale, attraverso cui individuare il momento iniziale del decorso del termine di prescrizione.

Una simile soluzione, evidentemente capace di garantire l'accessibilità del diritto e la prevedibilità dei risultati applicativi, sembra la più efficace in termini di definizione di una disciplina ispirata ai caratteri di coerenza, certezza e semplicità.

In questa prospettiva, si potrebbe ugualmente riconoscere la centralità, ai fini della determinazione del *dies a quo* della prescrizione, del momento in cui il diritto viene ad esistere, oppure, al contrario, di quello in cui la pretesa diventa esercitabile o, ancora, del momento in cui il titolare della posizione giuridica di vantaggio viene a conoscenza del proprio *status*.

²⁶⁵ La questione è riportata da KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, op. cit., 379. Per un approfondimento degli interrogativi sollevati dalla commissione parlamentare incaricata dell'individuazione di una riforma per disciplina della prescrizione estintiva si veda HYEST, PORTELLI, YUNG, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent, Les rapports du Sénat*, n. 333, 2006 – 2007, 92. Sul tema, contrario all'individuazione di una regola uniforme per la determinazione del point de départ, si era espresso anche il MOUVEMENT DES ENTREPRISES DE FRANCE, che affermò che «*l'uniformisation du point de départ s'accommode mal de la diversité des actions qui peuvent être intentées*», si veda *Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile, position du Medef*, février 2008.

Tuttavia, si deve alla dottrina francese²⁶⁶ l'osservazione che non sempre l'unicità del criterio previsto in seno al diritto positivo si traduce nell'auspicata uniformità delle soluzioni adottate.

Un esempio concreto può aiutare a chiarire il significato dell'affermazione svolta.

Si pensi al campo del diritto contrattuale ed alle azioni esperibili successivamente al perfezionamento dell'accordo, quali l'azione dichiarativa di nullità, costitutiva di adempimento o, infine, risarcitoria per inadempimento contrattuale.

Nell'ipotesi in cui il momento iniziale del decorso del termine prescrizione venga fatto coincidere con quello della nascita del diritto, questo coinciderà con il giorno della conclusione del contratto per le azioni di nullità, mentre per le azioni tese ad ottenere l'adempimento coattivo, così come l'azione di inadempimento, occorrerà valutare il giorno in cui la prestazione avrebbe dovuto essere posta in essere o, alternativamente, il giorno in cui la controprestazione è stata eseguita.

Non v'è dubbio che le soluzioni rappresentate, sebbene differiscano tra loro nell'individuazione del *dies a quo* del termine prescrizione, si presentino come coerenti tra di loro, traducendosi nell'applicazione di un unico criterio legislativamente individuato e, pertanto, agevolmente individuabile da parte della generalità dei consociati.

Tuttavia, il grado di prevedibilità garantito dalla tecnica in esame è altresì legato alla adozione, da parte del legislatore, di un approccio oggettivo (applicazione del brocardo *Actioni non natae non praescribitur*), oppure, al contrario, di approccio soggettivo (che si ritrova nell'adagio *Contra non valetem agere non currit praescriptio*).

²⁶⁶ BALLOT-LÉNA, *Les multiples points de départ de la prescription extinctive*, in *Les petites affiches*, 7.12.2007, 5. Sul punto si veda ancora KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, op. cit., 381 ss, il quale osserva che «*La détermination du point de départ de la prescription dans une espèce donnée est en effet le résultat d'une chaîne d'opérations qui se succèdent: il faut d'abord choisir un critère à partir duquel sera déterminé le point de départ de la prescription; il faut ensuite appliquer ce critère à l'action en cause pour découvrir l'événement constituer le point de départ. Enfin, la recherche de la date à laquelle l'événement en question d'est réalisé dans la situation donnée permettra de déterminer la date précise à partir de laquelle la prescription devra courir*».

Si parla di criterio oggettivo laddove l'*exordium praescriptionis* venga individuato indipendentemente dall'effettiva possibilità di agire del titolare del diritto.

In altre parole, viene adottata una prospettiva svincolata dalle caratteristiche della situazione concreta o dell'azione esercitata, in attuazione della quale il termine di prescrizione decorre indipendentemente dalle particolari condizioni in cui può venire a trovarsi il legittimato attivo all'azione.

Teso all'affermazione della sicurezza dei rapporti giuridici, la decorrenza della prescrizione si caratterizza in termini di astrattezza e staticità. Quale concreto recepimento della soluzione in esame, si pensi alla disciplina delle azioni in materia di appalto, in cui la pretesa risarcitoria in capo al committente si prescrive decorso un determinato lasso temporale dalla consegna del bene²⁶⁷, indipendentemente dalla scoperta o meno del vizio dell'opera.

Senonché, ad un simile approccio – condannato altresì dalla giurisprudenza sovranazionale – è possibile opporre alcune obiezioni: la prima, sul piano dell'unicità ed uniformità della disciplina della decorrenza dell'istituto, attiene alla necessità di individuare tanti *dies a quo* quante sono le materie in cui la prescrizione opera; la seconda porta con sé alcune perplessità legate ad esigenze di equità e giustizia sostanziale in quanto potrebbe in ipotesi manifestarsi il paradosso per cui il termine di prescrizione decorre ed, eventualmente, si compie prima che il titolare del diritto abbia effettivamente patito un pregiudizio o un danno si sia concretamente manifestato.

Per tali motivi, si è proposto di temperare l'approccio appena descritto dando rilievo, a titolo esemplificativo, all'elemento della conoscenza in capo al titolare del diritto della propria posizione giuridica di vantaggio

²⁶⁷ Detta regola si rinviene sia all'interno dell'ordinamento francese che, all'articolo 1742 – 4 – 1 code civil, esclude la responsabilità dell'appaltatore decorsi dieci anni dalla consegna dell'opera, sia nel codice civile italiano dall'articolo 1667, terzo comma, codice civile («L'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera»). Per un'elencazione della giurisprudenza italiana in materia di appalto si cfr. DIBARI, CALLIN TAMBOSI, RE, SALA, TAGLIOLINI, *Denuncia dei vizi, Termine di decadenza, azione di responsabilità e termine di prescrizione in Immobili e proprietà*, 2006, 6, 383.

Affinché la soluzione adottata sia fedele all'ispirazione oggettiva della tecnica in parola, è necessario che gli interventi di stampo derogatorio costituiscano delle eccezioni, riconosciute esclusivamente in casi particolare ed, eventualmente, assoggettati ad una rigida applicazione del principio dell'onere della prova.

Diversamente, l'approccio adottato avrà natura eminentemente soggettiva e conferirà centralità, in particolare e nella maggior parte delle soluzioni offerte dalla prassi, alla conoscenza – reale o presunta – in capo al creditore degli elementi su cui si fonda la pretesa e la sua esercitabilità.

È chiara la maggiore attenzione che il criterio soggettivo dedica alla posizione del titolare dell'interesse giuridicamente riconosciuto come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento tanto che, portando alle estreme conseguenze la tesi in esame, si potrebbe addirittura riconoscere efficacia dirimente in relazione alla decorrenza o meno del termine di prescrizione, all'interesse concreto ad esercitare il diritto, se del caso anche davanti ad un organo giurisdizionale.

È stato osservato²⁶⁸ come non di rado all'azione non possa essere riconosciuta un'utilità pratica per il beneficiario, come nel caso in cui, sebbene sia possibile agire per la declaratoria di nullità di un contratto, non venga richiesto al legittimato l'adempimento di una controprestazione poiché sino a tale momento non viene ad esistere un reale interesse all'azione.

Emerge allora con chiarezza la reale portata dell'approccio soggettivo di individuazione dell'*exordium praescriptionis* nel concorrere ad alimentare il rischio di insicurezza giuridica ed arbitrarietà nella disciplina dei limiti temporali all'esercizio di un diritto, specie nella prospettiva in cui, facendo riferimento alle fattispecie concrete, queste sarebbero necessariamente regolate diversamente da caso a caso, con conseguente pregiudizio di quei principi di coerenza, uniformità e prevedibilità che l'utilizzo della tecnica di individuazione di un unico criterio per la determinazione della decorrenza della prescrizione mira a perseguire.

²⁶⁸ KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, op. cit., 385.

§ 1.1.3. L'ADOZIONE DI UNA PLURALITÀ DI CRITERI DI INDIVIDUAZIONE DEL *DIES A QUO*
DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE

Al fine di ovviare alle problematiche descritte, è dunque possibile per il legislatore scegliere di adottare una soluzione intermedia rispetto a quelle già rappresentate e, cioè, formalizzare una pluralità di criteri di determinazione del *dies a quo* della prescrizione.

Questa tecnica legislativa si giustifica in considerazione della molteplicità e vastità delle materie - che spaziano, senza pretesa di esaustività, dal diritto contrattuale al diritto di famiglia, così come dal diritto societario a quello risarcitorio - rispetto a cui la prescrizione opera.

In altri termini, sebbene sia certamente auspicabile l'adozione di soluzioni coerenti ed uniformi (il cui fine si è visto essere quello di evitare un'eccessiva frammentarietà della disciplina della prescrizione), è ugualmente forte l'esigenza di non omologare la normativa, laddove una qualche diversità presenti un'effettiva ragion d'essere²⁶⁹.

Fermo l'indiscutibile pregio di avvicinare il diritto della prescrizione al diritto sostanziale, garantendo una maggiore attenzione ed un più efficace bilanciamento degli interessi concretamente coinvolti, anche quest'ultimo meccanismo non può considerarsi esente da rischi, non solo e non tanto per quanto attiene la prevedibilità del diritto una volta classificato in una delle macrocategorie individuate dal legislatore, quanto piuttosto con riferimento alla fase immediatamente precedente e, cioè, con riferimento alla stessa qualificazione e categorizzazione della fattispecie.

Diversi sono gli scenari possibili²⁷⁰: dal prevedere una classificazione delle azioni ispirata, come in materia di diritto internazionale privato, a quelle tradizionali di diritto romano (che distingue tra diritto dei contratti, dei delitti, dei beni, delle successioni e delle persone), sino a dettare una categorizzazione fondata sulla distinzione tra atto e fatto giuridico o, ancora, costruita sulla natura dell'azione esercitata.

²⁶⁹ MIGNOT, *Aperçu critique de l'avant projet de loi sur la prescription*, in *Revue de recherche juridique*, 2007/4, 1639 ss.

²⁷⁰ KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, op. cit., 389.

Tuttavia, non è mancato chi ha proposto di fondare le diversità della disciplina in materia di decorrenza del termine di prescrizione sulla possibilità di individuare molteplici accezioni dell'istituto, della sua natura giuridica e, conseguentemente, delle scelte politiche che la sorreggono²⁷¹.

Si tratta, allora, di indagare gli argomenti di politica del diritto che concorrono alla determinazione della disciplina della prescrizione ed, in particolare, del suo momento iniziale, atteso che questo sarà individuato dal legislatore in modo da garantire quanto più possibile il raggiungimento dello scopo perseguito.

§1.2. SCELTE DI POLITICA LEGISLATIVA CHE CONCORRONO ALLA DETERMINAZIONE DEL
DIES A QUO DEL TERMINE PRESCRIZIONALE

Nello stabilire le regole tese a disciplinare la decorrenza del termine di prescrizione, il legislatore deve altresì prendere in considerazione elementi esterni all'istituto, essendo necessario che questa si rapporti con il sistema giuridico considerato nella sua complessità.

La connessione tra il regime della decorrenza e il diritto sostanziale appare essere una costante nel lavoro non solo del legislatore, come si andrà a breve ad esporre in chiave comparatistica, bensì anche dell'interprete ed, in particolare, delle corti sia sovranazionali che interne.

L'analisi della giurisprudenza considerata nei capitoli che precedono, invero, ha lasciato emergere la duttilità del diritto della prescrizione, attraverso le cui possibili sfaccettature si garantisce il raggiungimento del risultato perseguito.

Si pensi a quanto osservato in tema di decorrenza della prescrizione delle azioni risarcitorie per occupazione appropriativa di un bene da parte della pubblica amministrazione: il *dies a quo* della prescrizione è stato diversamente collocato dall'interprete a seconda che l'interesse ritenuto meritevole di tutela fosse quello

²⁷¹ BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive*, Economica, 1986; COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Defrénois, 2010.

pubblico dell'acquisizione del bene, ovvero quello del privato proprietario a vedersi adeguatamente indennizzato per la perdita subita²⁷².

Ne discende che immaginare un diritto della prescrizione totalmente avulso dalle scelte politiche compiute in un dato ordinamento sarebbe certamente artificioso.

Del pari, gli esempi portati evidenziano come la decorrenza della prescrizione costituisca un tavolo di confronto tra interessi spesso diametralmente opposti, in relazione ai quali la ricerca di un perfetto equilibrio appare irrealistica, essendo – richiamato ancora una volta l'esempio oggetto di confronto tra la giurisprudenza nazionale e quella della Corte europea dei diritti dell'Uomo – l'interesse dell'amministrazione (ad acquistare un bene per la realizzazione di un'opera di pubblica utilità con la minor spesa possibile), e quello del proprietario (a conservare il proprio diritto dominicale), destinati reciprocamente a soccombere davanti all'affermazione dell'altro.

In termini generali, si può affermare che sul campo della prescrizione si fronteggiano tre diverse posizioni, ciascuna portatrice di un interesse opposto: quello del titolare del diritto soggettivo, quello del debitore ed, infine, l'interesse della generalità dei consociati²⁷³.

L'interesse del creditore attore è quello di beneficiare di un periodo più lungo nel corso del quale poter efficacemente esercitare la propria pretesa, e si raggiunge attraverso l'adozione di un *dies a quo* "mobile", di natura soggettiva e, pertanto, attento alle circostanze del caso concreto che potrebbero impedire l'effettività del diritto riconosciuto alla parte.

Di contro, l'interesse del debitore è duplice. Da un lato si vuole scongiurare che all'obbligato venga domandato l'adempimento di una prestazione in realtà già eseguita tempo addietro, dall'altro si riconosce al legittimato passivo l'interesse a vedersi

²⁷² Per una approfondita analisi delle problematiche sottese alla prescrizione nel caso di occupazione appropriativa da parte della pubblica amministrazione si veda, oltre alla dottrina citata nel terzo capitolo di questo lavoro, quanto osservato da ROSELLI, *La prescrizione*, op. cit., 179 ss.

²⁷³ Che la prescrizione possa essere concepita a tutela di un interesse pubblico è escluso da AURICCHIO, *Appunti sulla Prescrizione*, op. cit.

liberato dalla propria obbligazione decorso un lasso di tempo nelle more del quale il credito è rimasto inerte.

Nella prima ipotesi, la *ratio* della tutela riconosciuta dall'ordinamento è da ricercarsi sul piano probatorio. Si vuole, infatti, evitare che una pretesa stantia possa essere accolta solo poiché il convenuto si trova nell'impossibilità, dovuto al decorso del tempo, di provare il proprio adempimento o, più in generale, l'intervenuta estinzione dell'obbligazione: attraverso la regola della prescrizione, l'obiettivo viene raggiunto attraverso una presunzione di inesistenza della prerogativa oggetto della domanda attorea²⁷⁴.

Sotto altra prospettiva, il riconoscimento dell'interesse del debitore a vedersi liberato dalla propria obbligazione con il decorso di un determinato lasso temporale, si giustifica in termini di sanzione dell'inerzia del creditore e, allo stesso tempo, tutela dell'affidamento ingenerato nel legittimato passivo all'azione dalla condotta tenuta dal titolare della posizione giuridica di vantaggio.

Ancorato alle ipotesi di tolleranza del creditore all'inadempimento e di rinuncia tacita al diritto, nel corso del primo capitolo di questo lavoro, si è dato atto del *favor* intorno alla tutela dell'affidamento incolpevole, tanto che la giurisprudenza nazionale, in presenza di determinati requisiti, ha ritenuto che il debitore avesse potuto legittimamente sopporre l'estinzione del vincolo obbligatorio.

Restando nei confini della prescrizione, senza spingersi sino a ritenere preclusa la pretesa antecedentemente al decorso del *time limit* stabilito *ex lege*, l'interesse dell'obbligato nelle accezioni appena descritte risulta tanto più garantito quanto più viene adottato un approccio oggettivo, che ancora la decorrenza del termine ad un giorno fisso, immutabile e predeterminato.

²⁷⁴ MAZEAUD; MAZEAUD; CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, IX^e ed., Théorie générale, Montchrestien 1998 ; TERRE, SIMLER; LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, VI^e ed., Dalloz – Sirey, 1996

Da ultimo, rimane da chiarire il contenuto dell'interesse in capo alla collettività che, come accennato, si affianca a quelli contrapposti riconducibili alle parti del rapporto giuridico.

Tradizionalmente considerato rappresentare la *ratio* stessa dell'istituto della prescrizione, sin dall'entrata in vigore del *code civil* Bigot de Préameneu riconosceva come «*de toutes les institution du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social*»²⁷⁵.

Al di là del coinvolgimento personale in un dato rapporto giuridico, la generalità dei consociati ha interesse che il regime della prescrizione garantista l'accessibilità e prevedibilità del diritto, tanto con riferimento all'affidamento del titolare nell'esistenza del proprio diritto soggettivo, quanto a quello dell'obbligato avente ad oggetto la rinuncia da parte del proprio creditore a richiedere l'adempimento.

Ugualmente, la prescrizione può altresì offrire gli strumenti per garantire una corretta ed efficace amministrazione della giustizia²⁷⁶, sia con riferimento alla prova dei fatti portati a conoscenza degli organi giudiziari, sia da un punto di vista prettamente economico, in considerazione dei costi del processo che, per opera della prescrizione, potrebbero essere sensibilmente ridotti, nonché di prontezza della risposta del sistema giudiziario in un'ottica di deflazione del contenzioso.

Il termine di prescrizione può quindi collocarsi all'interno dei due estremi costituiti, da un lato, dal giorno in cui il diritto viene in esistenza a garanzia del principio di certezza del diritto, dall'altro, ed al più tardi, dal giorno in cui il creditore ha la conoscenza giuridica e di fatto degli elementi che compongono la pretesa, a tutela dei principi di equità e giustizia sostanziale.

²⁷⁵ BIGOT DE PREAMENEU, *Exposé des motifs*, in Fenet, *Recueil complet des travaux du Code civil*, Paris, 1827.

²⁷⁶ La tesi che rinviene nella prescrizione uno strumento per garantire un'agevole ed efficiente amministrazione della giustizia è stata in più occasioni sottolineata tanto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea quanto dai giudici di Strasburgo, come si è avuto modo di approfondire *sub. capitolo* secondo.

L'interesse generale si inserisce in questa forbice, propendendo maggiormente verso l'uno o l'altro degli estremi per effetto delle scelte di politica legislativa effettuate arbitrariamente dal legislatore.

Diventa quindi interessante esplorare le scelte compiute in campo nazionale ed europeo, sia da un punto di vista di tecnica legislativa che di politica del diritto, così da verificare la possibilità di individuare una soluzione uniforme o, comunque, applicata su larga scala.

§ 2. LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE ALL'ESAME DEL DIRITTO COMPARATO

L'analisi comparata del diritto della prescrizione sembra, *prima facie*, suggerire una progressiva convergenza delle discipline nazionali della prescrizione, sul modello del quale sono stati pensati gli strumenti di diritto uniforme europeo.

Si è, a tale proposito, parlato di un *core regime*²⁷⁷ della disciplina della prescrizione, inteso come riconoscimento di alcuni *trends* internazionali il cui fine è quello di snellire e semplificare l'istituto attraverso l'adozione di un termine uniforme e breve, il cui esordio è individuato grazie ad un approccio soggettivo, al quale viene affiancato un termine lungo di stampo oggettivo in modo da garantire certezza e prevedibilità.

Tuttavia, se le linee direttive convergono nel senso appena descritto, un attento studio delle discipline vigenti su scala nazionale alla luce delle tecniche legislative esposte e delle scelte di politica del diritto in precedenza individuate, dimostra la diversità delle modalità di attuazione.

§ 2.1. LE POSSIBILI OPZIONI DI TECNICA LEGISLATIVA SOTTESE ALLA DISCIPLINA DELLA DECORRENZA DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE

L'eterogeneità delle soluzioni in tema di decorrenza del termine di prescrizione investe sia alla forma, intesa con riferimento alle modalità tecniche di disciplinare la materia, sia al contenuto sostanziale delle scelte adottate.

Quanto al primo aspetto, che attiene principalmente alle modalità di tecnica legislativa precedentemente evidenziate (*cfr.* §1.1.), occorre in primo luogo distinguere tra sistemi

²⁷⁷ ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European law of Set-off and Prescription*, op. cit.

cd. “monocratici”, che prevedono una regola generale in cui viene formalizzato un parametro unico per la determinazione dell'*exordium praescriptionis*, e sistemi pluralisti, in cui non è possibile isolare un criterio universalmente applicabile.

È possibile ricondurre al primo degli insiemi individuati il diritto tedesco antecedente alla ben nota riforma del diritto delle obbligazioni che, nell'anno 2002, ha interessato il *Bürgerliches Gesetzbuch*²⁷⁸.

Il §198 BGB, infatti, nella sua formulazione originaria, faceva coincidere con la “*Entstehung des Anspruchs*” il momento di inizio del termine prescrizione, ove per *Entstehung* si assumeva dovesse intendersi non tanto il momento in cui il diritto viene

²⁷⁸ Sulla riforma dell'istituto della prescrizione nell'ordinamento tedesco, si veda, in lingua italiana: DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 179 ss.; TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità – La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Cedam, 2006; KINDLER, *La nuova disciplina della prescrizione*, in *Il codice tedesco “modernizzato”*, Torino, 2004; in generale sulla riforma del diritto delle obbligazioni nell'ordinamento tedesco, in lingua italiana: CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004; DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 2, 353 e ss.; –DIURNI - KINDLER, *Il codice tedesco modernizzato*, Torino, 2004. La *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* è entrata in vigore il 1° Gennaio 2002, ed ha introdotto importanti innovazioni al diritto delle obbligazioni e della prescrizione. La nuova disciplina, come dimostra l'itinerario storico di formazione della legge, è frutto di uno percorso durato diversi anni. La necessità di riformare il diritto delle obbligazioni, infatti, è stata per la prima volta sentita dal ministro Vogel, nel 1978, al cui fece seguito la raccolta di pareri, pubblicati tra il 1981-83, il cui più importante, innovativo ed influente era quello presentato da Peters e Zimmermann con ad oggetto la riforma della *Verjährung*. Successivamente alla pubblicazione dei pareri venne nominata presso il ministero federale di giustizia una “commissione *Schuldrecht*” che in breve tempo elaborò una proposta di legge motivata, chiaramente ispirata dal citato parere di Peters e Zimmermann a cui verrà fatto più volte riferimento nelle riflessioni che seguiranno. Nonostante la volontà di procedere in termini ragionevoli alla modernizzazione del *Bürgerliches Gesetzbuch*, la proposta di legge formulata dalla commissione subì una battuta d'arresto dovuta alla necessità di coordinare la nuova disciplina con la normativa europea nella medesima materia. Quando nel 1999 la Comunità Europea elaborò la direttiva 99/44/CE “su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo” il progetto per la *Modernisierung des Schuldrechts* si rimise in moto. In particolare, per quanto riguarda l'oggetto del nostro studio, vale a dire l'istituto della prescrizione, venne nominato un “gruppo di lavoro di Federazione e Länder” composto da rappresentanti del Ministero Federale della Giustizia, esperti di altri Ministeri interessati, Giudici e esponenti della dottrina. Il 6 marzo 2001 fu presentata la versione definitiva del *Diskussionsentwurf* della legge sulla modernizzazione dello *Schuldrecht* che, dopo essere stata approvata dal parlamento Federale Tedesco nell'ottobre dello stesso anno, entrò in vigore il primo gennaio 2002 e, da quel momento, si impose come modello di riferimento per i lavori che, nell'ultimo decennio, hanno impegnato i legislatori nazionali. Una simile leadership deve essergli riconosciuta non solo per la precocità con cui si è mosso il *Parlament* federale, ma anche per la costante attenzione che i giuristi incaricati di elaborare il progetto di legge hanno dedicato ai lavori della commissione per il diritto europeo dei contratti, anche alla luce del dichiarato intento da parte del ministro di giustizia dell'epoca di giocare un ruolo di primo piano nell'elaborazione di un Codice civile europeo.

ad esistenza, quanto quello a partire dal quale la pretesa può essere fatta valere in giudizio dal creditore (*Anspruchsfälligkeit*)²⁷⁹.

Tuttavia, sebbene nelle intenzioni dei redattori del codice ci fosse quella di offrire una regola generale per disciplinare il decorso del termine di prescrizione, la disposizione *ex* §198 non poteva considerarsi di applicazione universale poiché il libro secondo del Codice conteneva disposizioni speciali che facevano risalire il debutto del termine prescrizione alla consegna ovvero al trasferimento del bene nelle ipotesi *ex* §477 BGB; alla conclusione del contratto di locazione ovvero al momento in cui il proprietario ritornava in possesso dell'oggetto del contratto di cui al §558 BGB; al momento *dell'adprobatio operis* nelle ipotesi di *locatio conductio operis* regolate dal vecchio §638 BGB, solo per citare i casi più importanti²⁸⁰.

Allo stesso modo, anche il legislatore francese, con l'entrata in vigore della loi 561 – 2008²⁸¹, si proponeva la costruzione di un complesso di regole in tema di decorrenza del termine di prescrizione caratterizzato da un approccio unitario.

Ciò in quanto attraverso la previsione di un'unica disposizione in materia di individuazione del *dies a quo* della prescrizione²⁸², sarebbe stata efficacemente garantita l'uniformità e la coerenza della disciplina, in luogo del *chaos* che, sino a quel momento, aveva caratterizzato il diritto della prescrizione²⁸³.

²⁷⁹ ZIMMERMANN, *Germany*, in Ewoud H. Hondius, *Extinctive prescription on the Limitation of Actions (XIV° congrès international de droit compare)*, op. cit.; MARKESINIS, LORENZ, DANNEMANN, *The german law of obligations. Volume I°, the law of contracts and restitution: a comparative introduction.*, Clarendon press Oxford, 1998; DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale disciplina del Codice civile Tedesco in tema di prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2, 2003; CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, Cedam, 2003.

²⁸⁰ ZIMMERMANN, *Germany*, in Ewoud H. Hondius, *Extinctive prescription on the Limitation of Actions*, op. cit.

²⁸¹ Per alcune riflessioni sulla portata della legge di riforma si veda BENABENT, *Réflexion finales*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 42, oct. 2009, 117.

²⁸² Si noti che, l'unica disposizione avente ad oggetto la decorrenza del termine di prescrizione e, quindi, che poteva essere utilizzata dall'interprete per fissare il *point de départ* della prescrizione era l'articolo 2257 code civile il cui contenuto ha ispirato la disciplina generale prevista dal codice italiano all'articolo 2935.

²⁸³ Per un'approfondimento in relazione alle diverse problematiche che affliggevano il diritto della prescrizione ante riforma si veda BENABENT, *Le chaos du droit de la prescription extinctive*, Et. L. Boyer, Presses universitaires Toulouse, 1996

Più dettagliatamente (lasciando ancora per qualche istante *a latere* il contenuto precettivo della disposizione e, cioè, come il *dies a quo* della prescrizione venga effettivamente individuato in chiave oggettiva oppure soggettiva), attraverso l'introduzione dell'articolo 2224 *code civil* il legislatore ha inteso dettare una disciplina comune in materia di decorrenza del termine di prescrizione, applicabile sia alle azioni reale che a quelle personali²⁸⁴.

Senonché, la stessa commissione parlamentare incaricata della redazione di un rapporto informativo avente ad oggetto una possibile riforma del diritto della prescrizione, ha concluso per la necessaria previsione di disposizioni derogatorie rispetto ad un *point de départ* di diritto comune in quanto, ad esempio, "*le point de départ d'une action en responsabilité consécutive à un dommage ne peut-être identique à celui d'une action en nullité d'une convention qui ne peut être lui-même identique, par exemple, à celui d'une action relative à la filiation*"²⁸⁵.

E così, malgrado l'adozione di un *point de départ* "*glissant*"²⁸⁶ di applicazione generale, individuato nel giorno in cui il titolare del diritto ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere i fatti che gli permettono di esercitare detto diritto²⁸⁷, un *point de départ fixe* è stato stabilito, a titolo esemplificativo e non esaustivo, per le azioni di nullità del matrimonio a ragione di violenza o errore che si prescrivono in cinque anni dal giorno in cui cessa il matrimonio, ove prima della novella legislativa si faceva riferimento al giorno in cui la vittima avesse riacquisito la propria piena libertà o avesse scoperto l'errore²⁸⁸; o ancora l'articolo 2233 *code civil* riproduce, con riferimento ai crediti soggetti a termine o condizione, la regola contenuta nel vecchio articolo 2257, confermando la necessità che la prescrizione cominci a decorrere dal giorno in cui il termine si compie ovvero si realizza la condizione sospensiva; infine, l'articolo 2225 *code civil* fa decorrere la prescrizione quinquennale dell'azione in

²⁸⁴ Article 2224 Cod. civil « *les actions peronelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* »

²⁸⁵ HYEST, PORTELLI, YUNG, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent*, op. cit.

²⁸⁶ FAUVARQUE COSSON – FRANÇOIS, *Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*, op.cit.; MALAURIE, *La Réforme de la prescription civile*, op. cit.

²⁸⁷ Art. 2224 Code civil e 2227 code civil

²⁸⁸ Article 181 Code civil

responsabilità contro il professionista che ha rappresentato o assistito le parti in giudizio, dal giorno in cui cessa l'incarico.

Si deve prendere atto, pertanto, delle difficoltà connesse alla costruzione di un sistema monocriterio puro, anche alla luce della molteplicità di fattispecie nel cui alveo la prescrizione opera.

Ciò premesso, sembra che uno dei più classici esempi di approccio monocratico alla problematica in esame sia quello adottato dai Principi Unidroit²⁸⁹, che fissano la decorrenza del termine di prescrizione generale in materia contrattuale decorre al giorno in cui il creditore conosce o avrebbe dovuto conoscere i fatti per effetto dei quali il suo diritto poteva essere esercitato²⁹⁰.

²⁸⁹ L'istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT) intraprese un programma di lavoro originariamente indicato come "*essai d'unification portant sur la partie générale des contrats (en vue d'une Codification progressive du droit des obligations ex contractu)*". Il gruppo di lavoro incaricato della redazione si componeva di accademici, magistrati e altri funzionari governativi, tutti, però, partecipavano al progetto a titolo personale, indipendentemente dal governo di provenienza, autonomia che, come si evince dalle osservazioni degli stessi membri del gruppo, ha permesso una maggiore speditezza e qualità del lavoro, escludendo sul nascere una possibile riottosità nella ricerca della soluzione auspicabile dovuta alla volontà di imporre la propria disciplina nazionale. I Principi Unidroit in materia di contratti commerciali internazionali fecero la loro prima comparsa nel 1994, ma lo stesso Consiglio di Direzione dell'istituto non escludeva un loro possibile riesame in futuro, eventualità che si concretizzò già nel 1997, quando un nuovo gruppo di lavoro si riunì allo scopo di elaborare una seconda edizione ampliata dei principi, pubblicata nel 2004 che, ad oggi, costituisce ancora la versione di riferimento. Questi si dividono in dieci capitoli, l'ultimo dei quali dedicato alla disciplina della prescrizione, considerata di notevole importanza data la notevole estensione del suo ambito di applicazione che copre ogni tipo di contratto. Le scelte adottate dal gruppo di lavoro rivestono una considerevole importanza pratica. Le disposizioni ivi contenute sono, da un lato, dotate di una notevole capacità di influenzare il legislatore nazionale nelle scelte che si prepara a compiere nelle materie trattate dagli strumenti di *soft law*, dall'altro possono trovare concreta ed effettiva applicazione nel caso in cui le parti, autonomamente, decideranno di adottare il diritto uniforme quale legge regolatrice del contratto. Per un approfondimento si veda BONELL, *Un "Codice" Internazionale del Diritto dei Contratti. I principi UNIDROIT dei contratti Commerciali Internazionali*, Seconda ed. aggiornata ai Principi Unidroit 2004, Giuffrè; e, dello stesso autore, *Il diritto Europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Europa e Diritto privato*, 3, 2007.

²⁹⁰ Art. 10.2 Unidroit Principles "(1) *The general limitation period is three years beginning on the day after the day the obligee knows or ought to know the facts as a result of which the obligee's right can be exercised.*" La comprensione dell'articolo è facilitata dalle stesse *notes* di commento ai principi. In particolare, il commento all'articolo 10.2 in esame chiarisce: "*fatti, ai sensi della presente disposizione sono i fatti su cui si fonda il diritto, come la formazione del contratto, la consegna di beni, la fornitura di servizi, e l'inadempimento. I fatti che indicano che un diritto o un'azione sono maturati devono essere conosciuti o almeno conoscibili, dal creditore prima che il termine di prescrizione inizi a decorrere. Può esservi dubbio anche in merito all'identità del debitore, ad esempio nell'ipotesi di rappresentanza, cessione di crediti o contratti, fallimento della società o contratti a favore di terzo in cui non risulti chiaramente la persona del beneficiario. In tali casi, prima che possa essere rimproverato al creditore di*

Diversamente, sebbene la specificità della materia affrontata potrebbe suggerire il contrario, l'esempio maggiormente richiamato²⁹¹ di concezioni pluralista del momento iniziale del decorso del termine prescrizione è la Convenzione delle Nazioni Unite sulla prescrizione nella vendita internazionale di merci di New York nel 1974²⁹², in cui si rinvencono almeno quattro disposizioni consacrate all'individuazione del *dies a quo* della prescrizione applicabili alla azioni di inadempimento contrattuale, in materia di responsabilità precontrattuale o, infine, alle garanzie rilasciate dal venditore²⁹³.

Prima facie, anche in considerazione delle direttive guida che si sono affermate su scala internazionale e che mirano a perseguire la certezza delle situazioni giuridiche attraverso una maggiore semplicità ed uniformazione del diritto della prescrizione, si è portati a prendere posizione in favore di un sistema monocratico, che permetta di individuare in modo certo e prevedibile il momento in cui il termine inizia a decorrere.

Tuttavia, l'esempio dell'ordinamento tedesco antecedente alla riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, così come di quello francese successivo agli interventi del 2008, suggeriscono come l'assoluta uniformità sia possibile solo in linea di principio, non mai potendo essere, data l'eterogeneità delle materie coperte dalla prescrizione, perfetta.

Non solo, come si è poc'anzi osservato, il legislatore ha dovuto riconoscere i limiti dell'approccio monocratico (prevedendo, accanto ad una regola generale di diritto comune, numerose disposizioni speciali); ma anche la giurisprudenza, tanto a livello nazionale quanto europeo, ha denunciato come un sistema rigido ed astratto, slegato, cioè, non solo dalle singole categorie giuridiche in cui la prescrizione opera, ma altresì

non aver esercitato il diritto o l'azione, questi deve conoscere o deve essere nella posizione di poter conoscere il soggetto da citare in giudizio"

²⁹¹ KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, op. cit., 358, il quale osserva che «*bien que son champ d'application soit très limité, elle opère tout de même une distinction entre plusieurs situations*».

²⁹² La convenzione è stata firmata il 14 giugno 1974 ed è complementare alla convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci del 1980. Il testo della convenzione di New York, emendato con un protocollo nel 1980, è stato ratificato da un numero esiguo di stati. Nel 1999 soltanto diciannove stati, tra i quali non vi sono, ad esempio, né la Francia, né la Germania. Inoltre la convenzione si applica, ai sensi del suo art. 3, solo se, al momento della conclusione del contratto, le parti hanno il loro stabilimento in uno stato contraente, ovvero se le regole di diritto internazionale privato designano come applicabile alla vendita la legge di uno stato contraente.

²⁹³ BONELL, *Verso un regime uniforme di prescrizione per i contratti commerciali internazionali?*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 784

alla fattispecie concreta sottoposta al sindacato giurisdizionale, non sia in grado di perseguire il fine ultimo della giustizia sostanziale.

Ugualmente, anche la più recente dottrina²⁹⁴ si è espressa contro una fittizia omogeneità nel campo della decorrenza del termine di prescrizione: anche dove il legislatore ha optato per l'adozione di una regola di diritto comune, questa soccombe alla prova dei fatti.

In ultima analisi, sembra doversi prendere atto che le sole ipotesi in cui sia possibile parlare di un'effettiva uniformità nella determinazione della decorrenza della prescrizione sia quella in cui la regola non abbia avuto ancora occasione di confrontarsi con la realtà, in quanto principalmente affermatasi in campo dottrinale ed, anche in questo caso, il raggiungimento dell'obbiettivo appare essere illusorio.

Non sembra che quanto osservato debba considerarsi un fallimento dello spirito riformatore che ha ispirato la disciplina e l'interpretazione dello strumento della prescrizione.

A prescindere dal dibattito sviluppatosi intorno al tema oggetto di studio, occorre prendere atto che le direttive in materia di determinazione del *dies a quo* della prescrizione devono rispettare alcuni principi generali, di diritto internazionale e comuni alla tradizione di ogni ordinamento quali il principio di effettività del diritto e, per l'effetto, il diritto di difesa sancito dall'articolo 24 della nostra Carta costituzionale, ed il principio di uguaglianza.

Quanto al diritto di accesso ad un Tribunale, nelle pagine che precedono si è svolta un'approfondita analisi delle problematiche sollevate, in particolar modo dalla Corte di Strasburgo, in relazione all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

²⁹⁴ Si considerino, in questo senso, i numerosi commenti critici che hanno investito la riforma del diritto francese, in cui l'adozione di soluzioni coerenti ed uniformi rappresentava, senza dubbio, uno degli intenti che maggiormente interessavano il legislatore. Si è parlato, tra l'altro, di una «*hypocrisie législative*» (così di è espresso BRENNER, *De quelques aspects procédurax de la réforme de la prescription extinctive*, in RDC, 2008, 1431), così come di un «*droit hétérogène, guère plus lisible que les précédents*» (così HOCQUET-BERG, *La réparation des dommages dans le nouveau droit de la prescription*, in *La réforme du droit de la prescription extinctive: perspectives nationales et transfrontalières*, actes de colloque, Metz, 7 mai 2009)

È possibile, infatti, osservare come in linea teorica la prescrizione estintiva sia suscettibile di pregiudicare due dei principali diritti riconosciuti dalla Convenzione: da un lato il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale al fine di vedere riconosciuta la propria pretesa, dall'altro il diritto al rispetto dei beni di un individuo, sancito dall'articolo 1 del protocollo addizionale, come si è visto in occasione della giurisprudenza in materia di occupazione appropriativa.

Considerato che il fine della Convenzione è quello di garantire la piena attuazione dei diritti ivi riconosciuti, non in maniera astratta ed illusoria, bensì concreta ed effettiva, l'adozione di un modello di prescrizione universalmente applicabile alle fattispecie giuridiche solleva problemi di compatibilità con la tenuta stessa della garanzia.

L'introduzione di una deroga, vuoi per via legislativa, vuoi attraverso una maggiore discrezionalità attribuita alla giurisprudenza, appare inevitabile.

Ugualmente, il principio di uguaglianza non ostacola ed, al contrario, incoraggia l'adozione di trattamenti diversi con riferimento a situazioni, appunto, diverse.

In altri termini, non si rinvencono ostacoli a che il legislatore detti regole particolari in materia di prescrizione in considerazione della specificità della situazione che si intende regolare, fermo il principio di proporzionalità rispetto al fine perseguito dalla legge²⁹⁵.

§ 2.2. LE SCELTE DI NATURA POLITICA E SOCIALE SOTTESE ALLA DISCIPLINA DELLA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE.

Proprio il tema affrontato in sede costituzionale, e la successiva affermazione della necessità che situazioni sostanzialmente differenti siano assoggettate ad un diverso regime in tema di decorrenza della prescrizione, si collega alla constatazione

²⁹⁵295 KLEIN ha osservato che «*la fixation de points de départ distincts, en présence de situations distinctes tenant à la qualité du défendeur ou aux caractéristiques du fait à l'origine de l'action, n'est pas en soi contraire au principe d'égalité. Mais la Conformité de la différence de traitement établie à ce principe suppose que deux conditions soient réunies: d'une part, il doit exister un rapport direct entre la différence de points de départ imposée et la finalité de la loi qui l'établit, d'autre part, il doit exister un rapport de proportionnalité entre la différence de points de départ établie et le but recherché*», in *Le point de départ de la prescription*, op. cit., 405. Nel proprio lavoro, l'autore affronta altresì in modo approfondito le pronunce, in realtà non molto numerose, in cui il *Conseil Constitutionnel* ha affrontato negli anni il tema della legittimità costituzionale del diritto della prescrizione con riferimento al principio di uguaglianza, suggerendo anche una comparazione con le soluzioni offerte dall'ordinamento belga.

dell'eterogeneità che caratterizza la materia anche con riferimento alla soluzione concretamente adottata e, cioè, al contenuto della disposizione giuridica scritta dal legislatore.

Sotto questo profilo, si è visto in termini generali, che si fronteggiano un regime di stampo oggettivo ed un modello che propone un approccio di carattere soggettivo nell'individuazione del *dies a quo* del termine prescizionale.

I primi, come si è accennato, riposano su criterio privato di qualsivoglia legame con l'effettiva possibilità di esercizio del diritto e della rispettiva azione da parte del titolare dello stesso, mentre il secondo approccio riconosce un ruolo centrale al principio della conoscibilità, da parte del titolare, del proprio diritto e delle altre condizioni necessarie affinché questo possa essere tempestivamente esercitato.

Si tratta, allora, di individuare, laddove possibile, il metodo maggiormente seguito da parte del legislatore nazionale, così come dai redattori degli strumenti di diritto uniforme.

Quanto all'ordinamento tedesco, si è già avuto modo di osservare che, precedentemente alla riforma del diritto delle obbligazioni intervenuta nel 2002, era stato adottato un sistema in apparenza monocriterio, costruito intorno ad una definizione di stampo oggettivo della decorrenza del *Verjharungfrist*.

Ai sensi del §198 BGB, infatti, l'*exordium praescriptionis* veniva fatto coincidere con il sorgere della pretesa, indipendentemente da eventuali impedimenti di fatto che potevano ostacolarne l'esercizio da parte del titolare.

Allo stesso modo, la disciplina accolta dai Principi di diritto europeo dei contratti (PECL)²⁹⁶ che prevedono, quale regola generale, che il termine di prescrizione dei diritti

²⁹⁶ I Principi rappresentano uno dei primi passi verso l'uniformazione e l'armonizzazione del diritto contrattuale in Europa. Ispirati nel corso degli anni settanta da Ole Lando nel corso di un simposio dedicato alle "Nuove proposte per un diritto comune dell'Europa", l'obiettivo era quello di costruire un *Uniform Commercial Code* europeo. L'idea sfociò, negli anni '80, nell'istituzione di una commissione composta da esperti di ciascuno Stato dell'allora Comunità Europea con il compito di elaborare i "Principi di diritto europeo dei contratti". Conclusi nel 2003, il lavoro della commissione si è articolato in tre parti, pubblicate in tre volumi di cui l'uno rappresenta l'integrazione dell'altro. La parte I, apparsa nel 1995, tratta, oltre che delle disposizioni generali, dell'adempimento, dell'inadempimento e dei relativi rimedi; la seconda parte, contenente una versione rivista dei capitoli precedenti insieme ai nuovi capitoli

di credito decorra dal momento in cui il debitore deve eseguire la prescrizione oppure, per le azioni di carattere risarcitorio, dal giorno in cui si è verificato il fatto illecito che, in definitiva, equivale ad ancorare la pretesa risarcitoria al giorno in cui ha avuto luogo il fatto da cui origina la pretesa²⁹⁷.

La soluzione è stata anzi altresì ripresa dai redattori del *Draft Common Frame of reference* (DCFR)²⁹⁸ che, all'articolo III. – 7:203 del DCFR individua il *dies a quo* della prescrizione nel giorno in cui “*the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of the act which gives rise to the right*”, per specificare nei commi successivi che “*where the debtor is under a continuing obligation to do or refrain from doing something, the general period of prescription begins to run with each breach of the obligation. The period of prescription set out in III. – 7:203 begins to run from the time when the judgement or arbitral award obtains the effect of res judicata or the other instrument becomes enforceable, though not before the debtor has to effect performance*”.

sulla rappresentanza, validità, interpretazione, il contenuto e gli effetti, è stata pubblicata nel 2000; mentre il terzo e conclusivo volume, diffuso dal 2003, si compone di otto capitoli di cui il quattordicesimo interamente dedicato alla disciplina della prescrizione. Il capitolo, di cui si studieranno le disposizioni principali, disciplina gli effetti del decorso del tempo sui diritti di credito e, dal quadro generale che ne emerge, si palesa all'osservatore la comunione di intenti che unisce le soluzioni adottate dai legislatori nazionali e quelle auspiccate dalla commissione, entrambi ispirati agli ideali di semplicità, uniformità, accessibilità, modernizzazione del diritto. Per un'analisi dei Principi e delle note di commento alle disposizioni si veda ROUHETTE, DE LEMBERTERIE, TALLON, WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, coll. *Droit privé comparé et européen*, Société de législation comparée, 2004.

²⁹⁷ Art. 14:203 PECL (*Commencement*): *The general period of prescription begins to run from the time when the debtor has to effect performance or, in the case of a right to damages, from the time of act which gives rise to the claim. Where the debtor is under a continuing obligation to do or refrain from doing something, the general period of prescription begins to run with each breach of the obligation. The period of prescription set out in Article 14:202 begins to run from the time when the judgment or arbitral award obtains the effect of res judicata, or the other instrument becomes enforceable, though not before the debtor has to effect performance.*

²⁹⁸ Pubblicato nel febbraio del 2009 dal Gruppo di studio per il Codice civile europeo come conclusione di un lavoro titanico condotto in parallelo al “*political Common Frame of Reference*”, il DCFR si presenta come “*a possibile model for a political CFR*” e come possibile “*source of inspiration*” per il legislatore nazionale e comunitario, auspicando che, attraverso il dialogo tra formante dottrinale e formante legislativo, “*It will help to show how much national private laws resemble one another and have provided mutual stimulus for development – and indeed how much those laws may be regarded as regional manifestation of an overall common European legacy*”. *Principles, definitions and model rules of european private law: DCFR common frame of reference (DCFR)*, prepared by the Study group on a european civil code and the Research group on EC private law (Acquis group), edited by C. von Bar and E. Clive, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2009.

All'interno del DCFR, l'intero capitolo settimo del libro terzo dedicato alle Obbligazioni ed ai rispettivi diritti è dedicato alla disciplina della prescrizione estintiva.

La *ratio* posta a fondamento della regola generale, come si legge nel commento al testo, viene individuata nell'opportunità che la prescrizione, sanzionando l'inerzia del creditore, decorra solo nei confronti di un soggetto a cui viene riconosciuta la possibilità di agire in giudizio ovvero di instaurare un procedimento arbitrale in quanto il diritto è divenuto esigibile, ossia quando è possibile richiedere l'adempimento dell'obbligazione²⁹⁹.

In contrapposizione con le soluzioni esposte, si collocano quei sistemi, che potremmo definire di stampo soggettivo, in cui viene riconosciuto un ruolo centrale al principio della conoscibilità.

L'idea di fondo sembra essere quella per cui il termine prescrizione non debba essere calcolato se non dal giorno in cui il creditore era a conoscenza, o avrebbe ragionevolmente dovuto conoscere, del suo diritto.

In questo senso si sono espressi i redattori dei principi Unidroit che, all'articolo 10.2 (1) hanno stabilito che la prescrizione iniziasse a decorrere dal giorno in cui il creditore conosce o avrebbe dovuto conoscere i fatti per effetto dei quali il suo diritto poteva essere esercitato.

Non bisogna, tuttavia, credere trattarsi di una soluzione affermata solo attraverso gli strumenti di diritto uniforme, assistendosi ad una convergenza nel senso descritto anche degli ordinamenti nazionali.

Ai sensi del riformato §199 BGB, il termine ordinario di prescrizione inizia a decorrere a partire dalla fine dell'anno nel corso del quale la pretesa è sorta e il creditore viene effettivamente a conoscenza delle circostanze sulle quali la pretesa si fonda e dell'identità della persona del debitore o comunque dovrebbe venirne a conoscenza senza colpa grave³⁰⁰.

²⁹⁹ Art. III. – 7:203 DCFR, in *Principles, definitions and model rules of european private law: DCFR common frame of reference (DCFR)*, op. cit.

³⁰⁰ §199 BGB (*Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist und Verjährungshöchstfristen*) «Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. Der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Schadensersatzansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit beruhen, verjähren ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Sonstige

Detta consapevolezza non occorre che sia estesa a tutti i dettagli della situazione da cui trae origine il diritto, essendo sufficiente che l'attore sia edotto degli elementi sufficienti a fondare una domanda che, presumibilmente, verrà accolta in un giudizio.

In aggiunta, il riferimento alla conoscenza della persona dell'obbligato va interpretato quale possibilità di intentare azione volta al riconoscimento della propria pretesa poiché si conosce il suo nome ed il suo indirizzo ³⁰¹ e la colpa grave va valutata in concreto tenendo conto delle facoltà e capacità personali del creditore ³⁰².

Una simile impostazione è presumibilmente dovuta alla significativa riduzione del termine ordinario di prescrizione (da trenta a tre anni), per effetto della quale ha assunto una importanza fondamentale la corretta e bilanciata individuazione del momento di decorrenza del termine di prescrizione, per non pregiudicare il titolare del diritto che, per causa allo stesso non imputabile, non sia in grado di esercitare il proprio diritto nel più breve termine di prescrizione.

Senonché, se la regola enunciata, nell'ottica del creditore permette di garantire adeguata tutela, ad esempio, a tutte quelle situazioni in cui il titolare del diritto viene a conoscenza solo dopo molti anni dall'evento lesivo dei danni subiti, dal lato del debitore, tale meccanismo permette un differimento, teoricamente all'infinito, del momento di decorrenza della prescrizione, pregiudicando in tal modo l'obiettivo dichiarato dal legislatore con la riduzione del termine di prescrizione e pregiudicando altresì la stessa esigenza di certezza dei rapporti giuridici, ragione sottesa all'istituto stesso della prescrizione

Schadensersatzansprüche verjähren 1. Ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und 2. ohne Rücksicht auf ihre Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Maßgeblich ist die früher endende Frist. Ansprüche, die auf einem Erbfall beruhen oder deren Geltendmachung die Kenntnis einer Verfügung von Todes wegen voraussetzt, verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Entstehung des Anspruchs an. Andere Ansprüche als die nach den Absätzen 2 bis 3a verjähren ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so tritt an die Stelle der Entstehung die Zuwiderhandlung»

³⁰¹ DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del Codice civile tedesco in tema di prescrizione*, op. cit., nota (35), 186.

³⁰² LEVANO, *La Prescription extinctive en droit allemand après la réforme de droit des obligations*, in *R.I.D.C.* 4, 2004, 950.

La medesima problematica si è altresì presentata al legislatore francese che, come in precedenza accennato, ha individuato il cd. *point de départ* della prescrizione di diritto comune nella data in cui il creditore aveva o avrebbe dovuto ragionevolmente avere conoscenza dei fatti che gli permettono di esercitare il suo diritto³⁰³, la cui interpretazione ed apprezzamento è affidata al giudice di merito, atteso che né le disposizioni interne al Codice, né i lavori preparatori alla legge di riforma contengono precisazioni in questo senso.

Con la disposizione citata, in combinato con quanto previsto dall'articolo 2234 *code civil* per cui la prescrizione non decorre o è sospesa nei confronti di colui che si trova nell'impossibilità di agire a causa di un impedimento risultante dalla legge, da una convenzione o da cause di forza maggiore, si è consacrato in seno all'ordinamento francese il brocardo *contra non valetem agere non currit praescriptio*³⁰⁴, fatto rivivere dalla giurisprudenza³⁰⁵ sebbene il diritto positivo ante riforma ne vietasse espressamente l'applicazione³⁰⁶.

La progressiva introduzione del principio *contra non valetem* nel sistema francese rappresenta un interessante esempio di dialogo tra i formanti giurisprudenziali all'interno di un unico ordinamento, oltre che dare atto del contributo da parte della giurisprudenza francese alla creazione di un nuovo diritto della prescrizione, anche a discapito della tradizionale concezione che la voleva mera "*bouche de la loi*".

È, invero, possibile distinguere tre distinte fasi nel processo che ha portato all'affermarsi di un approccio di carattere soggettivo dell'individuazione del *point de départ* della prescrizione in seno all'ordinamento francese.

³⁰³ Article 2224 code civil « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ».

³⁰⁴ CARBONNIER, *La règle Contra non valetem agree non currit praescriptio*, in *Rev. crit.*, 1937, 155.

³⁰⁵ AMRANI MEKKI, *Les causes de suspension et d'interruption de la prescription en droit français*, in *La prescription extinctive. Etude de droit compare, a cura di Jourdain – Very, coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain*, Emile Bruylant, 2011.

³⁰⁶ Ai sensi dell'articolo 2251 code civil, infatti, *La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi*. La ragione storica di tale posizione di chiusura nei confronti degli impedimenti di fatto appare doversi ricondurre agli effetti della rivoluzione francese, la quale ha cercato il più possibile di limitare il potere discrezionale dei giudici (cfr. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità – La rilevanza civilistica del principio contra non valetem non currit praescriptio*, cit., p. 37)

In un primo momento, infatti, coincidente con il periodo subito successivo all'emanazione del codice napoleonico, il principio *contra non valetem* era visto con diffidenza da parte degli studiosi del diritto.

Pur nell'assenza di una norma espressamente dedicata alla decorrenza del termine di prescrizione, detta ostilità trovava espressione nel combinato disposto degli articoli 2251 e 2252 del code civil.

La prima disposizione, infatti, prevedeva che la prescrizione decorresse nei confronti di “*toutes les personnes*” a meno che non rientrassero espressamente in una delle categorie derogatorie previste dal legislatore, tra cui venivano ricompresi - ai sensi del successivo articolo 2252 code civil, gli incapaci ed i minori emancipati.

In questo modo, ingabbiando nelle sole ipotesi previste dallo stesso codice le ipotesi in cui il decorso della prescrizione avrebbe potuto subire una battuta d'arresto, i redattori del code civil di fatto escludevano l'operatività dell'adagio nel diritto francese.

Senonché, fin dagli albori della disposizione, diversa ne fu l'interpretazione data dalla *Cour de Cassation*³⁰⁷, secondo cui il precisare che la prescrizione decorre nei confronti di “*toutes les personnes*” equivale semplicemente ad interdire alla giurisprudenza di creare nuove cause di sospensione di carattere personale, senza tuttavia impedire l'introduzione di cause di sospensione fondate su diverse circostanze³⁰⁸.

Su queste premesse, si è quindi sviluppata un'intensa casistica giurisprudenziale avente ad oggetto, principalmente, l'impossibilità materiale di agire, l'impossibilità morale di agire ed, infine, l'impossibilità di agire a motivo dell'ignoranza con riferimento al diritto stesso.

Quanto all'impossibilità materiale di agire, sebbene sia stata quella di prima e più immediata formulazione, oggi ha perduto la sua influenza, tanto che vale a sospendere il decorso del termine di prescrizione solo laddove insormontabile.

³⁰⁷ Klein, *Le point de départ de la prescription*, op. cit., 281.

³⁰⁸ Cfr. Agen, 23 fevrier 1858, secondo cui, «*code Napoléon dans l'art. 2251 et suiv. , s'occupe particulièrement des impossibilités d'agir provenant de l'état ou de la qualité des individus et se contente de définir quelques cas d'impossibilités dérivant de causes étrangères à la personne, comme, par exemple, dans l'art. 2257, mais qu'il n'a pu essayer d'en donner une émunération complete, car le nombre en est considerable*».

In questo senso, a titolo esemplificativo e non esaustivo, oggi si esclude che l'incarcerazione all'estero del creditore³⁰⁹; la difficoltà da parte di una cassa previdenziale di effettuare controlli periodici³¹⁰ o, infine, la non conoscenza della lingua francese³¹¹, possano giustificare l'applicazione dell'adagio in esame.

Del pari, si escludeva che la decorrenza del termine di prescrizione potesse essere impedita dall'esistenza di un'impedimento psicologica all'azione, anche in considerazione del fatto che, un tale impedimento, rientrerebbe in quelli attinenti alla persona ed espressamente esclusi dalla disciplina codicistica.

Da ultimo, non resta che considerare l'impossibilità di agire dovuta all'ignoranza intorno all'esistenza del proprio diritto.

Si tratta, invero, del campo in cui il principio *contra non valetem* ha conosciuto maggiore fortuna, conducendo ad individuare il *point de départ* della prescrizione nel giorno in cui tale ignoranza viene a cessare.

Ciò, tuttavia, non significa che la sua applicazione sia stata sempre pacifica. Occorre, ad esempio, chiarire se l'ignoranza rilevante dovesse avere i caratteri dell'assolutezza, in quanto dovuta a circostanze eccezionali ed ostacoli insormontabili oppure potesse essere giudicata in termini di legittimità e ragionevolezza³¹².

Inoltre, l'origine pretoriale dell'orientamento in esame, in assenza di un dato legislativo certo e coerente, determinava l'imprevedibilità della soluzione che, nel caso specifico, avrebbe potuto essere adottata³¹³.

L'attualità del suddetto rischi, invero, si è manifestata laddove la *Cour de Cassation* ha ritenuto di escludere la prescrizione dell'azione di nullità di un contratto per dolo

³⁰⁹ Aix en Provence, 26 mars 2003, in *Juris* data 2003 – 218438.

³¹⁰ Cour de cassation, 29 avril 1966, Bull. Civ. II, 515.

³¹¹ Cour de cassation, 17 avri 1985, Bull. Civ. V, 239.

³¹² Cour de Cassation, 13 avril 1999, in *Semaine juridique*, ed. Enterprises et affaires, 1999, II, 10222.

³¹³ L'analisi della prassi giurisprudenziale francese, ad esempio, suggerisce un'intensa applicazione dell'adagio in esame in materia assicurativa per cui l'ignoranza riferita all'esistenza della polizza, così come all'identità dell'assicuratore, giustificerebbero il rinvio del termine di prescrizione. Si veda, in questa accezione, LEVENEUR, *Ignorance par la victime des travaux de l'existence du contrat d'assurance et plus précisément de l'identité de l'assureur*, in *Contrats, concurrence et consommation*, 1993, 2.

scoperto dopo il decorso del termine trentennale dalla conclusione del contratto³¹⁴ ma, al contrario, non ha ritenuto di ricorrere alla regola *contra non valetem* in materia di vizi occulti³¹⁵.

Anche al fine di porre fine alle disparità di trattamento che, relegando l'applicabilità del brocardo in esame alla giurisprudenza, si sarebbe potuta manifestare, nel corso dei lavori preparatori alla legge 561 del 17 giugno 2008 ci si è riferiti all'adagio *contra non valetem agere non currit praescriptio* come strumento in grado di introdurre l'equità nella messa in opera delle disposizioni legislative, ponendo le basi per la formulazione del già ricordato articolo 2224 code civil.

È possibile dedurre che, nei sistemi in cui la prescrizione è stata recentemente oggetto di riforma, si sia affermato, quale reazione all'eccessiva rigidità della disciplina e per effetto della riduzione del termine di prescrizione, nonché della sua uniformità in punto di durata, un approccio soggettivo, attento alla condizione propria delle parti del rapporto giuridico.

Tuttavia, l'esame della prassi e della disciplina della prescrizione nel suo complesso, indipendentemente dalla singola regola adottata dal legislatore, induce a considerare come, prevalente, un modello ibrido.

In altri termini, in un modello di stampo oggettivo si inseriscono soluzioni tese a riconoscere importanza alla condizione delle parti del rapporto giuridico interessato dalla prescrizione, mentre elementi il cui effetto è ancorare il decorso della prescrizione ad una data certa, così da poter ragionevolmente prevedere quando interverrà la preclusione dell'azione o, comunque, verrà riconosciuto in capo al legittimato passivo il diritto di legittimamente sottrarsi all'adempimento, intervengono laddove il termine di prescrizione viene generalmente concepito come mobile.

Appartiene alla prima delle ipotesi immaginate la disciplina dettata dal *Draft Common frame of reference*. In particolare, l'art. III. – 7:301 DCFR dispone “*The running of the period of prescription is suspended as long as the creditor does not know of, and could*

³¹⁴ Cour de Cassation, 24 janvier 2006, in RDC, 2006, 708.

³¹⁵ Cour de Cassation, 27 novembre 2001, in *Semaine juridique*, édition générale, 2002, II, 10021.

not reasonably be expected to know of: (a) The identity of the debtor; (b) The facts giving rise to the right including, in the case of a right to damages, the type of damage.”

La regola, introdotta al fine di garantire che il creditore abbia un’effettiva possibilità di perseguire il proprio diritto e quale contemperamento alla brevità del termine generale, apre le porte alla possibilità di affermarsi anche in ambito europeo del cd. *discoverability test*³¹⁶, i.e. l’individuazione dell’*exordium praescriptionis* in chiave soggettiva già adottato dalla giurisprudenza americana al fine di rimediare alle condizioni eccessivamente inique che un’applicazione rigorosa della regola che ancora la prescrizione alla nozione di “*accrual of the cause of action*”, e successivamente cristallizzato nel diritto inglese dal *Latent Damage Act* del 1986, nonché dal diritto tedesco in materia di illecito civile, prima delle novità introdotte nel 2002³¹⁷.

Pur nelle diverse modalità di attuazione che il *discoverability test* conosce, il principio è stato fatto oggetto di un importante *transplant*, di sicuro interesse per il comparatista.

In un primo momento, infatti, gli strumenti di diritto uniforme sovranazionale hanno fatto propria la soluzione vigente, come si è accennato, all’interno dei singoli ordinamenti nazionali, generalizzandone la sfera di applicazione.

In una seconda fase di questa circolazione, invece, le proposte avanzate su scala sovranazionale hanno largamente influenzato l’evolversi della normativa interna.

Quanto alle forme in cui detto approccio soggettivo possa trovare compimento non vi è uniformità di vedute.

Si è visto che i principi Unidroit dispongono che il termine di prescrizione generale decorra “*dal giorno in cui il creditore conosce o avrebbe dovuto conoscere i fatti per effetto dei quali il suo diritto poteva essere esercitato*”³¹⁸.

³¹⁶ GERSTENBLITH, *Recent developments in the law of Extinctive prescription in the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, 61 ss.

³¹⁷ Il vecchio §852 Abs. 1 BGB introduceva, in un sistema di stampo oggettivo, elementi caratteristici di un’impostazione di tipo soggettivo. In particolare, la citata disposizione prevedeva, nel caso di azioni di risarcimento del danno da illecito civile, una prescrizione triennale decorrente dal momento in cui la parte danneggiata avesse avuto conoscenza del danno e dell’identità del danneggiante.

³¹⁸ Art. 10.2 Unidroit *Principles* “(1) *The general limitation period is three years beginning on the day after the day the obligee knows or ought to know the facts as a result of which the obligee’s right can be exercised.*” La comprensione dell’articolo è facilitata dalle stesse *notes* di commento ai principi. In particolare, il commento all’articolo 10.2 in esame chiarisce: “*fatti, ai sensi della presente disposizione sono i fatti su cui si fonda il diritto, come la formazione del contratto, la consegna di beni, la fornitura di*

Al contrario, sia i PECL che il DCFR, adottano una soluzione più articolata che introduce l'elemento soggettivo non con riferimento al *dies a quo* della prescrizione, bensì attraverso la previsione di una causa di sospensione del decorso del termine di prescrizione, eventualmente già cominciato.

Sebbene in termini di efficacia pratica i due meccanismi potrebbero ad un primo sguardo essere accostati (come, d'altra parte, sembra suggerire il legislatore francese che, con l'articolo 2234 code civil si riferisce sia alla "*non decorrenza*" che alla "*sospensione*" senza distinguere tra le due ipotesi), è comunque necessario distinguere fra le cause di sospensione della prescrizione, operanti unicamente quando il termine ha già cominciato il suo decorso, e gli impedimenti alla decorrenza del termine stesso, che intervengono congelando il decorso sul nascere.

Il meccanismo adottato dai Principi e dal DCFR sembra essere preferibile per una triplice ragione³¹⁹.

In primo luogo, nella generalità dei casi il creditore è consapevole del diritto di sua titolarità e, dunque, sembra ragionevole prevedere un *dies a quo* oggettivo e dare rilievo all'ignoranza non colpevole quale causa di sospensione invece di eleggere a regola generale una situazione, di fatto eccezionale.

Secondariamente, l'ignoranza del diritto può essere iniziale ovvero sopravvenuta. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di una società debitrice fatta oggetto di un'operazione straordinaria di fusione in seguito alla quale il creditore potrebbe essere momentaneamente ignaro dell'identità del debitore, oppure, più comunemente, all'ipotesi di morte del debitore.

In questi casi, la soluzione adottata dal DCFR permette la trattazione di entrambe le ipotesi in un'unica disposizione evitando la formazione di vuoti legislativi.

servizi, e l'inadempimento. I fatti che indicano che un diritto o un'azione sono maturati devono essere conosciuti o almeno conoscibili, dal creditore prima che il termine di prescrizione inizi a decorrere. Può esservi dubbio anche in merito all'identità del debitore, ad esempio nell'ipotesi di rappresentanza, cessione di crediti o contratti, fallimento della società o contratti a favore di terzo in cui non risulti chiaramente la persona del beneficiario. In tali casi, prima che possa essere rimproverato al creditore di non aver esercitato il diritto o l'azione, questi deve conoscere o deve essere nella posizione di poter conoscere il soggetto da citare in giudizio".

³¹⁹ PATTI, *Certezza e Giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, 01, 21 ss.

Infine, la soluzione accolta dal DCFR, *i.e.* la sospensione del termine di prescrizione nel caso in cui il creditore non abbia conoscenza degli elementi che gli permettono di esercitare il proprio diritto, sembra preferibile alla luce di argomentazioni di carattere probatorio. L'onere della prova della causa ostativa del decorso del termine, infatti, è in capo al creditore, che, pertanto, dovrà provare nonché giustificare il proprio stato di non consapevolezza.

La conoscenza in capo al creditore degli elementi costitutivi della pretesa deve necessariamente sussistere tanto in relazione ai fatti a fondamento del proprio diritto, quanto all'identità del legittimato passivo all'azione.

Ma non solo. Il commento al DCFR espressamente rinvia alla consapevolezza che "*the right is significant*".

Non rinvenendosi nel commento stesso contributi significativi in relazione ai suddetti requisiti, è opportuno volgere lo sguardo ai contributi offerti su scala nazionale ed, in particolare, dalla *English Law Commission* nel proprio *Report* del 2001.

Il primo degli elementi esaminati è la conoscenza dei fatti che danno origine al diritto stesso³²⁰.

Quanto al requisito dell'identità del debitore, questo non pone particolari questioni se non con riferimento alle ipotesi di *cd. vicarious liability*, nelle quali la prescrizione dovrebbe decorrere dal giorno in cui il creditore conosce l'identità del convenuto così come quella della persona responsabile.

³²⁰ L'espressione, di origine rimediata, deve ritenersi più ampia rispetto alla semplice imputabilità del danno subito ad un atto od omissione frutto di negligenza o violazione di un dovere. Per comprenderne meglio la portata, si consideri il caso *Dobbie* [v. *Medway Health Authority*] [1994] 1 WLR 1234, 1238.) La fattispecie esaminata è quella di un paziente che si era recato in ospedale per compiere alcuni accertamenti su un nodulo al seno il quale, avendo le sembianze di un tumore, fu rimosso senza che venissero svolti ulteriori controlli. Successivamente, la signora *Dobbie* venne informata dell'erroneità della prima diagnosi, tuttavia fu indotta a credere che l'iter operatorio affrontato rappresentasse la normale prassi. Sennonché, quindici anni dopo, l'attrice venne a conoscenza della possibilità che una semplice biopsia avrebbe evitato l'intervento e le successive cure. Si è posto, pertanto, il problema di determinare il *dies a quo* del limitation period: la *Court of Appeal*, confermando la sentenza di primo grado, individuò *l'exordium praescriptionis* all'epoca della consapevolezza, da parte della paziente, dell'erroneità prima diagnosi con conseguente prescrizione dell'azione risarcitoria. Al contrario, la soluzione di cui si è fatta portatrice la Commissione Inglese, e ora adottata dal DCFR, avrebbe permesso alla signora *Dobbie* di esercitare azione di risarcimento dei danni patiti.

La conoscenza dei requisiti suddetti, infine, non è necessario che sia reale, essendo fatto rinvio al principio di ragionevolezza, così da non pregiudicare la liberazione del debitore per l'effetto di un comportamento colpevole del legittimato attivo all'azione.

L'intento ispiratore della soluzione appena descritta, e cioè quello di costruire una disciplina della prescrizione improntata al principio equitativo in cui assumono rilievo le circostanze che concretamente ostacolano il titolare dall'esercitare il proprio diritto, si manifesta altresì nell'art. III. – 7:303 del *DCFR* ai sensi del quale: “(i) *the running of the period of prescription is suspended as long as the creditor is prevented from pursuing proceedings to assert the right by an impediment which is beyond the creditor's control and which the creditor could not reasonably have been expected to avoid or overcome.*(ii) *paragraph (i) applies only if the impediment arises, or subsists, within the last six months of the prescription period.*(iii) *Where the duration or nature of the impediment is such that it would be unreasonable to expect the creditor to take proceedings to assert the right within the part of the period of prescription which has still to run after the suspension comes to an end, the period of prescription does not expire before six months have passed after the time when the impediment was removed.*(iv) *in this article an impediment includes a psychological impediment”*.

Il *DCFR*, dunque, espressamente riconosce efficacia sospensiva alla forza maggiore, di carattere inevitabile e imprevedibile per il titolare del diritto, e, sebbene da un lato detta efficacia sia limitata agli impedimento sorti durante gli ultimi sei mesi di decorrenza del termine, dall'altro assume rilievo anche il semplice impedimento psicologico³²¹, di cui, tuttavia, non viene offerta una definizione.

§ 2.2. UNA POSSIBILE COMMISTIONE TRA APPROCCIO OGGETTIVO E APPROCCIO SOGGETTIVO: DÉLAI BUTOIR E DOPPIO TERMINE DI PRESCRIZIONE.

³²¹ L'intento di tale precisazione, come si legge nel commento alla norma, è stato quello di tutelare anche i casi in cui le vittime di abusi siano psicologicamente incapaci di agire contro l'abuso subito se non dopo un notevole lasso di tempo. Nel commento all'art. III.-7:303 si fa in particolare riferimento alle vittime di abusi sessuali, rispetto alle quali, secondo gli esperti, l'impedimento psicologico che blocca la vittima dell'abuso dall'agire contro l'abuso subito, è fuori dalla sfera del controllo della vittima stessa. La soluzione è particolarmente interessante alla luce dello studio sino a questo momento svolto, soprattutto in considerazione a quanto osservato sulla giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo in occasione della sentenza *Stubbings*.

Allo stesso modo, anche in un sistema *prima facie* soggettivo il legislatore è intervenuto al fine di inserire elementi tesi a conferire certezza alla decorrenza della prescrizione³²². Sia il diritto tedesco, che quello francese (ma anche lo stesso DCFR), prevedono l'adozione di un termine più lungo, di applicazione generale, destinato a impedire l'esercizio dei cd. *stale claims* indipendentemente dallo *status* del titolare del diritto soggettivo.

Il §199 del BGB prevede, infatti, un ulteriore termine di prescrizione da considerarsi quale termine massimo di prescrizione il cui *dies a quo* viene determinato sulla base di presupposti oggettivi, a differenza del concorrente termine ordinario triennale la cui decorrenza viene determinata sulla base di un presupposto soggettivo.

Si tratta, pertanto, di una soluzione che si allontana da quella di diritto comune sia con riferimento alla durata del termine di prescrizione, che in relazione alla sua decorrenza.

Accanto ad un termine di prescrizione triennale, il cui decorso viene soggettivamente individuato, il legislatore tedesco ha previsto una la durata massima del termine di prescrizione³²³, che sarà di trent'anni dal fatto illecito o dall'evento che ha causato il danno, per il diritto al risarcimento (sia per responsabilità contrattuale che per

³²² A parte il meccanismo del *délai butoir* che si viene ad analizzare, e malgrado l'adozione di un approccio soggettivo con riferimento al regola generale in materia di decorrenza della prescrizione, la riforma ha mantenuto in vigore all'interno della legislazione francese alcune disposizioni speciali, che restano fedeli all'approccio oggettivo e, pertanto, manifestazione del brocardo *actioni non natae non praescribitur*. Tra queste si ricorda: l'articolo 114-1 Code des assurances, ai sensi del quale «*toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par 2 ans à compter de l'événement qui y donne naissance*» o, ancora, l'articolo 235-9 Code de commerce, che fissa il *dies a quo* della prescrizione nelle azioni di nullità in materia societaria nel giorno in cui «*la nullité est encourue*».

³²³ La stessa struttura si ritrova sancita con l'art. 39 della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, dopo aver disposto che il vizio di conformità deve essere sollevato entro un termine ragionevole a partire dal momento in cui l'acquirente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto conoscere il vizio, precisa che, in tutti i casi, l'acquirente decade dal proprio diritto se non denuncia il difetto del bene al più tardi entro due anni a partire dal giorno in cui l'oggetto del contratto gli è stato effettivamente consegnato. Ugualmente il sistema del doppio termine di prescrizione è stato successivamente utilizzato anche dal legislatore europeo, nella Direttiva (CE) del 25 luglio 1985 in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi e nella Direttiva (CE) del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. In materia di responsabilità per danno da prodotto difettoso, infatti, l'art. 10 della Direttiva prevede, per l'azione di risarcimento, un primo termine di prescrizione di tre anni che decorre dalla data in cui il danneggiato ha o avrebbe dovuto conoscere il danno, il difetto e l'identità del produttore. Accanto a tale termine di prescrizione "mobile", il legislatore europeo ha affiancato all'art. 11 della Direttiva un secondo termine di prescrizione concorrente con il primo, la cui decorrenza viene valutata in maniera oggettiva, prevedendo che il diritto al risarcimento del danno per prodotto difettoso si prescrive in dieci anni dalla data di messa in circolazione del prodotto che ha causato il danno.

responsabilità extracontrattuale), derivante da lesione del diritto alla vita, all'integrità del corpo, alla salute o alla libertà; di dieci anni dal sorgere della pretesa risarcitoria per il diritto al risarcimento derivante da lesioni diverse da quelle sopra indicate, indipendentemente dalla conoscenza del creditore ovvero dalla mancata conoscenza dello stesso dovuta a colpa grave e, in ogni caso, in trent'anni dall'evento lesivo ovvero dall'ulteriore evento causativo del danno; di dieci anni dal sorgere dei diritti che non riguardano un risarcimento del danno, indipendentemente dalla conoscenza del titolare del diritto ovvero dalla mancata conoscenza dello stesso dovuta a colpa grave.

Un doppio termine di prescrizione è stato altresì introdotto³²⁴ dal legislatore francese attraverso il meccanismo del *délai butoir* in quanto equivalente «*d'une date butoir limitant le délai de prescription*»³²⁵.

L'art. 2232 del *Code civil* vigente prevede, infatti, che il momento di decorrenza della prescrizione, le cause di sospensione e di interruzione della prescrizione non possano prolungare il termine della prescrizione oltre i vent'anni dalla nascita del diritto.

Si tratta di una tecnica anch'essa collocabile all'interno del menzionato *core regime*³²⁶ del diritto della prescrizione, che, tuttavia, non ha conosciuto un'unica applicazione nei diversi sistemi nazionali. Tuttavia, l'analisi comparata, in particolare, mostra come le divergenze attengano alla concezione stessa del *délai butoir*, al suo campo di applicazione ed, infine, al loro regime.

Quanto al primo aspetto, le normative che interpretano il *délai butoir* come un secondo termine di prescrizione, diverso ed autonomo rispetto a quello di diritto comune, si

³²⁴ Ad onor del vero, prima che la *loi* 2008-561 ne ampliasse la portata, all'interno del *Code* si potevano rinvenire solo alcune ipotesi, di carattere eccezionale, in cui la tecnica del *Délai-butoir* aveva trovato accoglimento. Si trattava, per lo più, di disposizioni in materia di azioni volte a far dichiarare la nullità di operazioni che incidono su di una comunione legale (Art. 215 al.3 Code Civil) ovvero di azioni inerenti alla responsabilità da prodotto (Art. 1386-16 Code Civil). Le ragioni di una simile limitatezza sono da rintracciare nella mancata adozione, da parte del legislatore francese, del criterio della conoscibilità.

³²⁵ LASSERRE-KIESOW, *La prescription, les lois et la faux du temps*, in *La Semaine Juridique Notarile et Immobiliare*, n.19, 2004.

³²⁶ Anche I PECL hanno previsto all'art. 14:307 che il termine di prescrizione non possa essere prolungato, mediante sospensione o proroga, oltre i dieci anni, e, in caso di diritto al risarcimento per danni alla persona oltre i trent'anni oltre i trent'anni.

contrappongono ai sistemi per cui indicherebbe semplicemente la durata massima che il termine può assumere, alla luce delle circostanze che ne condizionano il decorso.

Il discrimine sembra essere, invero, la tipologia di *dies a quo* generalmente accettato.

Negli ordinamenti in cui la decorrenza della prescrizione è legata a elementi soggettivi, la certezza del diritto potrebbe essere garantita solo prevedendo un diverso termine di prescrizione, la cui decorrenza è oggettivamente stabilita poiché, diversamente, le incertezze relative all'*exordium praescriptionis* si trasferirebbero, necessariamente, sul termine più lungo.

Al contrario, la disciplina che individua la decorrenza della prescrizione in maniera oggettiva, si presta a prevedere non un doppio termine di prescrizione, bensì una durata massima del termine generalmente riconosciuto.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alla previsione del *Draft Common Frame of reference* per cui il termine di prescrizione non possa superare i dieci anni, anche a seguito di sospensione e proroga, ovvero i trent'anni, nel caso di risarcimento del danno alla persona.

166

Allo stesso modo, il meccanismo del *délai butoir* non conosce un campo di applicazione generalizzato, essendo possibile che sia escluso in situazioni particolare, come quelle di risarcimento di un pregiudizio fisico patito dal danneggiato.

Infine, le già ricordate discipline adottate dal legislatore tedesco, dai redattori del DCFR e dai principi Unidroit, evidenziano che diversi possono essere i regimi a cui il cd. doppio termine di prescrizione può sottostare.

La differenza più evidente, ancora una volta, attiene all'unicità ovvero alla molteplicità del secondo termine di prescrizione: mentre il BGB prevede un termine finale trentennale delle pretese risarcitorie che attengono a beni fondamentali dell'Uomo, mentre decennale per gli altri casi, i principi Unidroit si limitano a dettare un termine decennale, senza ulteriormente specificarne il campo di applicazione.

Nuovamente, lo studio comparato, in uno con l'esame della prassi vigente nei singoli ordinamenti, sembra suggerire come, malgrado le affermazioni di principio che a più

voci hanno caratterizzato il tema della prescrizione, nel senso di una disciplina ispirata ai principi di semplicità, uniformità e coerenza, l'adozione di un modello che possa essere realmente definito come unitario rappresenti un auspicio difficilmente realizzabile, anche in considerazione della vastità dei campi in cui la prescrizione opera nella realtà fattuale³²⁷.

Inoltre, il meccanismo del *délai butoir* non è immune rispetto alle critiche che, a livello interpretativo, hanno afflitto la prescrizione ed il suo decorso.

A titolo meramente esemplificativo, si è approfonditamente affrontato il tema della decorrenza della prescrizione ed alla sua compatibilità con riferimento al diritto di accesso alle corti e, pertanto, con l'articolo 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo.

Ci si è chiesti³²⁸, invero, se un termine di prescrizione non sottoposto alle cause di sospensione ovvero di interruzione (come previsto dalla disciplina francese riformata) possa essere considerata legittimo alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, attraverso un esame della giurisprudenza di Strasburgo, si osserva che in tema di prescrizione, il controllo della Corte è diretto a verificare se la limitazione ad agire, dovuta al termine di prescrizione, tenda ad un obiettivo legittimo e se esista un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obiettivo, sicché non si possa considerare sostanzialmente preclusa la tutela della pretesa.

³²⁷ La più attenta dottrina, invero, sembra sottolineare l'opportunità di trattazioni specifiche, relative ad i singoli rapporti ed ai singoli diritti. Per un approfondimento sul tema di veda MONATERI – COSTANTINI, *La prescrizione*, op. cit., 2009, 112 e, per uno sguardo alle posizioni della giurisprudenza francese, SARGOS, *Les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, in AA.VV. *Les desordres de la prescription*, a cura di Courbe, Rouen, 2000, 24.

³²⁸ AMRANI-MEKKI, *Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription? À propos de la loi 17 juin 2008*, in *Semaine juridique*, édition generale, 2008, I, 160; BEHAR-TOUCHAIS, *Délais pour la prescription?*, in *La prescription extinctive. Etude de droit comparé a cura di Jourdain – Very*, coll. Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Emile Bruylant, 2011, 86 ss. In relazione al caso *Stubbing*, l'autrice ha ritenuto che un ipotetico secondo termine dovrebbe essere più lungo, in quanto un termine trentennale non sarebbe sufficiente nel caso in cui la violenza avesse riguardato dei minori. Ancora una volta, pertanto, la compatibilità o meno del termine di prescrizione, e della sua decorrenza, viene giustificata o esclusa alla luce delle particolari circostanze del caso concreto, certamente non riscontrabili nella generalità delle ipotesi. Si crea, pertanto, un paradosso per cui il meccanismo che a sua volta avrebbe dovuto concorrere alla realizzazione dei principi di giustizia e certezza del diritto, può atteggiarsi come ulteriore elemento di disarmonia e confusione o, quanto meno, di frammentarietà della disciplina non essendo possibile individuare una regola di applicazione generale.

Senonché, il rapporto di proporzionalità richiesto ai fini della valutazione della compatibilità del diritto della prescrizione estintiva con i diritti riconosciuti su scala sovranazionale, così come la scelta tra un regime monista o pluralista, oggettivo o soggettivo e, di conseguenza, attento all'interesse del titolare del diritto ovvero a quello dell'obbligato, è influenzato da precise scelte di natura tanto politica, quanto sociale.

Quanto al primo aspetto, si è già avuto modo di osservare come costruire la decorrenza della prescrizione su regole di stampo soggettivo, quali il principio della conoscibilità, significa schierarsi con il titolare del diritto, legittimato attivo all'azione.

Al contrario, il primato del principio della sicurezza giuridica e dell'ordine pubblico si afferma in quegli ordinamenti in cui la disciplina della prescrizione è oggettivamente determinata.

Si tratta, in altre parole, di ricercare un equilibrio tra i configgenti principi di equità e certezza, che propenderà verso uno o l'altro in considerazione delle scelte politiche proprie di ciascun ordinamento, nel cui ambito può essere riconosciuto il carattere sanzionatorio della prescrizione, che interviene altresì a ristabilire la corrispondenza tra situazione di fatto e di diritto in favore di una maggiore prevedibilità ed affidabilità del diritto, così come la funzione rimediale dell'istituto, teso a garantire che ad ogni diritto corrisponda un'azione per la sua tutela.

§ 3. LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Pur nell'assenza di un recente intervento legislativo, il dibattito intorno alla decorrenza della prescrizione ha interessato anche il diritto nazionale attraverso le pronunce della giurisprudenza e gli interventi unanimi da parte della dottrina.

Rimasta immutata sin dalla sua introduzione con l'emanazione civile del codice del 1942³²⁹, la regola sancita dall'articolo 2935 cod. civ. individua il *dies a quo* della

³²⁹ Il codice civile del 1865 non regolamentava la decorrenza del termine di prescrizione, per tale motivo si fecero strada in dottrina diverse teorie (della lesione, della violazione e della realizzazione) circa l'individuazione del *dies a quo* della prescrizione. Per un approfondimento si veda PUGLIESE, *La prescrizione nel diritto civile, I, la prescrizione estintiva*, Torino, 1924; GANGI, *Il momento iniziale della prescrizione estintiva*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1902, 221 ss.

prescrizione nel giorno in cui il diritto può essere fatto valere³³⁰, da intendersi, secondo la relazione offerta dal Guardasigilli³³¹, 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.

La prima impressione che si ha della disciplina italiana, pertanto, è quella di un sistema costruito sul solo fatto oggettivo dell'inattività del titolare del diritto³³².

Coerentemente, secondo la soluzione tradizionalmente accolta, la decorrenza del termine di prescrizione potrebbe essere impedita solo per effetto di cause giuridiche che ostacolano l'esercizio del diritto, non rilevando gli impedimenti soggettivi, né gli ostacoli di mero fatto quali l'ignoranza, da parte del titolare, dei fatti da cui trae origine il proprio diritto³³³.

Il rifiuto dell'applicabilità in seno all'ordinamento italiano del noto brocardo *contra non valetem agere non currit praescriptio*, contrariamente a quanto si è potuto osservare con riferimento alla disciplina delineata dai Principi di diritto Europeo e dal *Draft common frame of reference*, è confermata dalla disposizione del codice civile in materia di sospensione del decorso del termine, che tassativamente elencano le ipotesi – che possono attenersi tanto ai rapporti tra le parti quanto al fatto del titolare del diritto – in cui la prescrizione è sospesa, escludendo la possibilità di un'applicazione analogica delle stesse.

³³⁰ È stato osservato che il riferimento alla possibilità di esercizio del diritto evocerebbe la categoria degli atti di disposizione, la cui classificazione è discussa, così come la possibilità che possano influenzare l'applicabilità dell'istituto della prescrizione. Per una riflessione si veda ORIANI, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 18.

³³¹ Cfr. Relazione del Guardasigilli al Re Imperatore, n. 1198: “*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 (primo e quarto capoverso), erano enunciate talune cause impeditive dell'inizio di essa (secondo, terzo e quinto capoverso). La lacuna è colmata dall'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*”.

³³² La regola subisce alcune limitate eccezioni, comunque poste nel codice civile, che sono evidenziate da ROSELLI, *La prescrizione*, Tomo primo, artt. 2934 – 2940, Giuffrè editore, 2012, 111.

³³³ DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Giuffrè, 1979, 277 ss.

La posizione è stata, d'altra parte, consolidata anche dalla Corte Costituzionale che, pronunciandosi sulla domandata illegittimità costituzionale dell'articolo 2941 cod. civ. nella parte in cui non estende ai conviventi *more uxorio* la sospensione della prescrizione prevista tra i coniugi, ha chiarito che *“l’istituto della prescrizione è finalizzato – come noto – ad un obiettivo di primaria importanza, che è quello di garantire certezza dei rapporti giuridici, facendo venire meno il diritto non esercitato per un determinato periodo di tempo. In tale prospettiva la sospensione della prescrizione si caratterizza per la peculiarità, rilevata anche dal giudice a quo costituita dalla tassatività dei casi previsti dalla legge. Se infatti ogni diritto, salvo specifiche eccezioni, «si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge», ne deriva coerentemente che non è possibile riconoscere ipotesi di sospensione che non siano espressamente regolate dal codice civile o da altre norme speciali in materia. È per questo che l’art. 2941 cod. civ. contiene un elenco ben determinato di casi, enucleabili in base a rigorosi criteri formali e giustificati dalla particolarità delle situazioni ivi previste”*³³⁴

Si ha, quindi, riguardo alla sola possibilità legale dell'esercizio e non anche l'eventuale impossibilità di fatto di agire in cui la parte attiva del rapporto dovesse venirsi a trovare³³⁵, come la giurisprudenza più attinente alla lettera codicistica ha costantemente chiarito³³⁶.

³³⁴ Corte Cost., 29.1.1998, n. 2 in *Foro it.*, 1998, I, 313.

³³⁵ In dottrina si è dunque precisato che *“quando esistono obiettivamente dal punto di vista giuridico le condizioni necessarie e sufficienti perché un diritto possa essere fatto valere, non hanno rilevanza, al fine di impedire il corso della prescrizione, eventuali ostacoli all’esercizio del diritto, anche se tali ostacoli siano costituiti dallo stato di ignoranza in cui il titolare del diritto versi sull’esistenza e sulla pertinenza del medesimo”* così AZZARITI - SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja - Branca, libro VI°, *Tutela dei diritti*, art. 2910 – 2969, II° ed, 1977, Bologna – Roma, 221.

³³⁶ Si veda, a titolo esemplificativo e non esaustivo, Cass. civ., sez. III, 3.6.1997, n.4939, in *il civilista*, 2010, 12, 42 con nota di SCARPA (*“Condizione necessaria e sufficiente perché la prescrizione decorra è che il titolare del diritto pur potendo esercitarlo si astenga da tale esercizio, rilevando peraltro a tal fine solo la possibilità legale non influendo per contro, salvo le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui il detto titolare venga a trovarsi”*); Cass. civ., sez. II, 18.02.1985, n. 1445, in *Giust. civ.* 1985, I,1327 (*“il principio secondo il quale la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere si riferisce alla sola possibilità legale, e non a quella materiale, di esercitare il diritto, e così trova limite nelle sole cause giuridiche impeditive dell’esercizio del diritto e non anche nelle semplici difficoltà materiali e di fatto o nelle mere circostanze occasionali che ne ostacolano la tutela”*)

Atteso l'omesso riferimento alla "forza maggiore" ed agli impedimenti di fatto, l'unica ipotesi individuata nel codice italiano relativa all'impossibilità materiale di conoscere alcuni elementi del diritto e della sua esercitabilità, sembra essere quella di cui al numero 8 dell'art. 2941 ai sensi del quale la prescrizione rimane sospesa "*tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore finché il dolo non sia stato scoperto*". Come è stato osservato detta fattispecie "*vale a mitigare gli effetti del noto principio secondo cui l'ignoranza del diritto non osta la sua prescrizione*"³³⁷, ed il medesimo intento sembra ispirare il disposto di cui all'art. 1442 codice civile, ai sensi del quale per l'azione di annullamento del contratto inficiato da un vizio del consenso o incapacità legale, la prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore o il dolo, è cessato lo stato di interdizione o inabilitazione, ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età.

Tale interpretazione restrittiva ha tuttavia portato ben presto a casi di decorrenza del termine di prescrizione senza che l'avente diritto avesse potuto, non per sua colpa, esercitare il proprio diritto ovvero, ad esempio, nemmeno conoscere il soggetto nei confronti del quale poter interrompere la prescrizione; ciò ha pertanto comportato la mancata tutela di situazioni meritevoli di protezione.

Nell'intento di porre rimedio agli aspetti patologici appena descritti, nelle opinioni della dottrina e, principalmente, nelle pronunce della giurisprudenza il ricorso al principio del *contra non valetem agere non currit praescriptio* non si è mai totalmente sopito, fino a suggerire, oggi, un intervento riformatore della disciplina della decorrenza della prescrizione.

Riconoscendo nella disciplina della decorrenza del termine il punto focale della prescrizione quanto a capacità di realizzare gli obiettivi di tutela, tanto dell'interesse generale quanto di quello dei soggetti individualmente coinvolti, giurisprudenza e dottrina italiana già da tempo hanno offerto una interpretazione delle disposizioni in materia di *dies a quo* e di sospensione della prescrizione che, per la sua introduzione di elementi estranei alla lettera del codice e, per converso, coerenti con le scelte del legislatore europeo, si potrebbe definire addirittura creativa.

³³⁷ MONATERI - COSTANTINI, *La Prescrizione*, op. cit., 138.

La regola della non idoneità degli impedimenti di fatto a influire sul decorso del termine di prescrizione è stata in primo luogo discussa dalla Corte Costituzionale pronunciandosi in materia di prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore subordinato.

L'applicazione delle regole generali in tale fattispecie, infatti, dovrebbe portare ad individuare il *dies a quo* della prescrizione nel giorno in cui matura il diritto alla retribuzione in costanza di rapporto.

Nondimeno, con sentenza del 10 giugno 1966, n. 63, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli articoli 2948, 2955 e 2959 nella parte in cui si consente che la prescrizione decorra durante il rapporto di lavoro. Le Corte, così pronunciandosi, ha voluto scongiurare che il lavoratore, temendo il licenziamento ovvero altre conseguenze sfavorevoli, sia indotto a rinunciare all'azione nei confronti del proprio datore di lavoro e, in questo modo, ha mostrato di dare rilievo al profilo psicologico del creditore, indipendentemente dalla possibilità giuridica di far valere il proprio diritto³³⁸.

Tuttavia, la materia in cui maggiormente si è espressa la capacità della giurisprudenza di formare il diritto vivente è quella del diritto al risarcimento del danno derivato da illecito.

Malgrado il combinato disposto degli articoli 2935 e 2947 cod. civ. sembrerebbero ancorare l'inizio della prescrizione al momento della produzione del danno, a prescindere dalla consapevolezza che ne abbia il danneggiato, in esito ad un costante percorso giurisprudenziale la soluzione oggi maggiormente accolta assume una diversa prospettiva³³⁹.

Secondo un'interpretazione delle norme in materia di risarcimento del danno extracontrattuale fedele alla lettera codicistica, non vi sarebbe differenza, quanto al

³³⁸ CASSANO – BRANDOLINI, *Prescrizione e decadenza nel danno alla persona*, Maggioli editore, 2009, 340.

³³⁹ DEL SIGNORE, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Cedam, 2004. L'autore, sposando la tesi maggioritaria, ritiene che la nozione di fatto di cui all'articolo 2947 codice civile, sia comprensiva dell'elemento del danno.

decorso del termine di prescrizione, tra la conoscibilità, la conoscenza o, al contrario, l'ignoranza anche incolpevole del danno subito³⁴⁰.

Tuttavia, in questo modo si pregiudica sensibilmente l'interesse del danneggiato che, al contrario, alla luce della richiesta di affermazione del principio di giustizia sostanziale che si è visto farsi spazio su scala europea, meriterebbe una tutela più intensa.

La necessità di stabilire un bilanciamento tra le contrapposte esigenze dei titolari, attivo e passivo, del rapporto giuridico ha costituito un terreno fertile per un'evoluzione giurisprudenziale coerente e propositiva che ha iniziato a svilupparsi intorno agli anni settanta³⁴¹.

Il percorso evolutivo affrontato dalla giurisprudenza di legittimità prende le mosse dal *leading case* Cirelli c. Bisaro³⁴², caso tipico di responsabilità medica³⁴³ in quanto, per un errore diagnostico, alla paziente erano state praticate irradiazioni che ne avevano causato l'incapacità a procreare. Nell'affrontare la fattispecie, la Cassazione osservò per la prima volta che, stante la natura di fattispecie complessa dell'art. 2043 codice civile, per individuare il momento in cui il diritto risarcitorio diventa esercitabile è necessario avere riguardo alla concreta manifestazione del danno e non, come parrebbe alla luce di un'interpretazione in linea con la fattispecie generale di cui all'articolo 2935 codice civile, del momento in cui è stata posta in essere la condotta lesiva.

³⁴⁰ Fatta salva l'ipotesi in cui il debitore abbia dolosamente occultato l'esistenza del debito, nel qual caso la prescrizione, come sopra ricordato, rimane sospesa.

³⁴¹ Tra le prime pronunce che hanno considerato il *dies a quo* del termine di prescrizione non il giorno dell'evento lesivo, ma il giorno dell'esteriorizzazione del danno, si segnalano Cass. civ., 6 marzo 1970 in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 674; Cass. civ., 6 ottobre 1975, n. 3161 in *GIM*, 1975. In questa sede sarà possibile volgere solo alcuni brevi cenni all'esperienza delle corti in materia. Per ogni approfondimento si rinvia, pertanto, a OTTOLENGHI, *Prescrizione dell'azione per danni*, Milano, Giuffrè 1975; BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della Cassazione sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile*, nota a Cass. civ. sez III, 21 febbraio 2003, 2645, in *Giur. It.*, 2004, 286; VIOLA, *La prescrizione nei danni lungo latenti*, in www.altalex.it; CASSANO – BRANDOLINI, *Prescrizione e decadenza nel danno alla persona*, cit., 235 ss.; ROSELLI, *La prescrizione*, tomo primo, op. cit., 162; PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 2012.

³⁴² Cass. civ., sez. III, 24.03.1979, n. 1716, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1980, 90.

³⁴³ BUFFONE, *Prescrizione del diritto al risarcimento dei Danni lungolatenti*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2008, 1269.

La tesi elaborata dalla giurisprudenza Cirelli, è tutt'oggi accolta ed ha esteso il suo ambito di applicazione³⁴⁴.

Si pensi alla tematica della responsabilità del notaio, tradizionalmente caratterizzata dall'irrelevanza degli ostacoli di fatto all'esercizio dell'azione³⁴⁵, con riferimento al quale la Cassazione ha recentemente chiarito che “*il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità professionale inizia a decorrere non già dal momento in cui la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno è oggettivamente percepibile e conoscibile da parte del danneggiato*”³⁴⁶.

In altri termini, la giurisprudenza maggioritaria si esprime oggi nel senso della coincidenza tra *l'exordium praescriptionis* ed il momento dell'esteriorizzazione e, dunque, della conoscibilità, dell'evento dannoso.

La soluzione, sebbene di grande portata innovativa, non parrebbe in insanabile contrasto con la regola generale dell'esercitabilità dell'azione poiché l'ordinamento giuridico legittima la reazione ad una condotta illecita solo quando questa si manifesta producendo una modificazione della realtà di fatto: “*in ogni caso, è la manifestazione del danno che assume rilievo, iniziandosi solo con essa la lesione della sfera giuridica altrui*”³⁴⁷.

Quella appena descritta, tuttavia, rappresenta solo la prima tappa del percorso che qui si sta descrivendo.

³⁴⁴ Persino le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pronunciandosi in tema di responsabilità per danno lungolatenti, hanno statuito che nessuna prescrizione può decorrere nei confronti di colui che ignori incolpevolmente di essere titolare di un diritto. Si cfr. Cass. Civ. SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Resp. Civ. e prev.*, 2008, 827, con nota di Greco. Con specifico riferimento al risarcimento per contagio da emotrasfusione, viene precisato che il termine prescrizione deve iniziare a decorrere dal momento in cui la malattia non solo si manifesta all'esterno, ma è percepita o può essere percepita usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto delle conoscenze scientifiche, quale conseguenza del comportamento colpevole di un terzo. In dottrina si veda TESCARO, *Osservazioni in tema di decorrenza della prescrizione e auto responsabilità*, in *Studium Juris*, 2007, 255.

³⁴⁵ Cass. civ., sez. III, 10.10.1992, n. 11094, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 1922 ss.

³⁴⁶ Cassazione n. 16462 del 15 luglio 2009.

³⁴⁷ Cass. civ., sez. III, 5.07.1989, n. 3206, in *Arch. civ.*, 1989, 1168.

In un primo momento, infatti, la giurisprudenza ha precisato che si ha manifestazione del danno allorquando questo diventa “oggettivamente percepibile e riconoscibile anche in relazione alla sua rilevanza giuridica”³⁴⁸.

Non è sufficiente, quindi, l’esteriorizzazione del pregiudizio, dovendo concorrere in capo al danneggiato la consapevolezza della portata giuridica dello stesso.

Recentemente, poi, i giudici della Corte Suprema hanno ulteriormente precisato l’insufficienza, ai fini della decorrenza della prescrizione, della concreta manifestazione del danno, dovendo altresì sussistere in capo al danneggiato la conoscenza della causa e dell’imputabilità del danno ad un terzo determinato, o, quanto meno, della loro conoscibilità secondo l’ordinaria diligenza e tenuto conto di quanto scientificamente percepibile³⁴⁹.

Come è stato, infatti, correttamente osservato “l’applicazione del principio della conoscibilità del danno mostra di poter dare adito all’assurda ed ingiusta soluzione per cui la vittima, che, senza sua colpa, ignori la causa della sua malattia («ignoranza colpevole»), si troverebbe comunque con la sua azione risarcitoria prescritta” e, ancora, “è del tutto ovvio come la vittima necessiti di essere oggettivamente e ragionevolmente in grado di sapere a quale evento lesivo ed a chi attribuire il suo danno”³⁵⁰.

Il processo evolutivo della giurisprudenza ha pertanto reso necessario per il decorrere del termine della prescrizione, non solo l’esteriorizzazione del danno e della sua rilevanza giuridica, ma altresì la conoscenza, o quanto meno la conoscibilità,

³⁴⁸ Cass. civ., sez. III, 9.05.2000, n. 5913, in *Corriere trib.*, 2000, 1980, con nota di MASTRAPASQUA.

³⁴⁹ Per tutte, si veda Cass. civ. Sez. III, 21-02-2003, n. 2645, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 845 ss., con nota di RIGHETTI, con postilla di Izzo. Nello stesso senso, più di recente, si è già accennato a Cass. civ., Sezione Unite, 11.01.2008, n. 583, in *Foro it.*, 2008, I, 451 in cui viene ulteriormente precisato che il nuovo orientamento della corte in tema di *exordium praescriptionis* “non apre la strada ad una rilevanza della mera conoscibilità soggettiva del danneggiato. Esso deve essere saldamente ancorato a due parametri obiettivi, l’uno interno e l’altro esterno al soggetto, e cioè da un lato al parametro dell’ordinaria diligenza, dall’altro al livello di conoscenze scientifiche dell’epoca, comunque verificabili dal giudice senza scivolare in un’analisi di tipo psicologico”. In definitiva, unitamente al principio della conoscibilità del danno, deve altresì sussistere quello della conoscibilità del nesso causale.

³⁵⁰ BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della Cassazione sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all’addebitabilità del pregiudizio al responsabile (la nuova regola a confronto con il modello inglese... idee per una riforma)*, op. cit.

dell'identità del responsabile e del nesso causale tra un fatto illecito determinato ed il pregiudizio patito.

Tuttavia, un'analisi del sistema italiano nel suo complesso mostra che il requisito della "conoscenza del responsabile" per la decorrenza del termine di prescrizione, è richiesto dallo stesso legislatore in alcune leggi speciali, le quali possono pertanto essere utilizzate nell'interpretazione dell'art. 2947 del Codice civile.

Tale considerazione mostra in primo luogo che anche l'ordinamento italiano, così come gli altri ordinamenti in precedenza considerati, non si sottrae alla necessaria dualità del regime della prescrizione e, così, accanto alla regola di carattere generale, affianca numerose ipotesi speciali, elaborate in relazione alla particolarità della situazione che intervengono a disciplinare.

Detta specialità, nel primo caso, attiene alla particolarità della fattispecie causativa del danno. Si tratta, invero, del risarcimento dei danni alle cose ed alle persone dipendenti da incidenti nucleari.

Ai sensi dell'articolo 23 della legge 31 dicembre 1962, n. 1860, la prescrizione sarebbe decorsa dal giorno in cui la persona lesa avesse avuto notizia del danno. Tale previsione, che denota sensibilità verso lo stato soggettivo del danneggiato, è stata successivamente implementata, individuando il *dies a quo* nel giorno in cui la persona lesa avrebbe dovuto ragionevolmente avere conoscenza dell'identità dell'esercente responsabile.

A questo punto, però, ancora una volta dimostrando la non estraneità al sistema italiano dei *trends* affermati in sede europea, il legislatore ha avvertito l'esigenza di impedire che la soluzione adottata potesse procrastinare ad un tempo indeterminato il compiersi della prescrizione attraverso l'introduzione di un termine di sbarramento decennale simile al *delai butoir* previsto dal legislatore francese.

Quanto al secondo esempio di contaminazione del sistema italiano di elementi di stampo soggettivo, si tratta delle azioni in materia di responsabilità del produttore e la specialità in questo caso, è da ricercarsi nella matrice comunitaria della disciplina introdotta nel nostro ordinamento alla fine degli anni ottanta.

Il diritto al risarcimento, infatti, si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del

responsabile. Anche in questo caso, però, si prevede altresì che si estingue, comunque, dopo dieci anni dalla messa in circolazione del prodotto che ha cagionato il danno.

Capovolgendo quanto *prima facie* affermato in precedenza, si deve dedurre che il principio del *contra non valetem agere non currit praescriptio* ha trovato accoglimento anche in seno alla disciplina della prescrizione italiana e, con esso, hanno assunto rilevanza, ai fini del decorso del termine, gli impedimenti di fatto all'esercizio del diritto.

Tuttavia, anche recentemente non sono mancate affermazioni di senso contrario a quanto appena descritto.

La legittimazione prettamente giurisprudenziale del principio suesposto, infatti, non lo rende esente da critiche specialmente con riferimento al campo della responsabilità contrattuale. Si rinviene, in tale senso, giurisprudenza per la quale *“una corretta applicazione del combinato disposto degli artt. 2935 e 2947 c.c. non consente nel caso del danno da responsabilità contrattuale di procrastinare il dies a quo di decorrenza della prescrizione decennale, rispetto al momento in cui il diritto può essere fatto valere, se non nell'ipotesi d'impedimento legale al detto esercizio e non anche, salve le eccezioni espressamente stabilite dalla legge o regolate con gli istituti della sospensione e dell'interruzione, nell'ipotesi d'impedimento di fatto al qual genere va ricondotta l'ignoranza del titolare, colpevole o meno che sia, salvo che derivi da un comportamento doloso della controparte”*³⁵¹.

Nondimeno, parte della dottrina civilistica italiana³⁵² si è mostrata critica rispetto alla soluzione elaborata dalla Corte di legittimità.

Rivendicando un'interpretazione coerente con il dettato del codice civile, si argomenta l'insostenibilità delle motivazioni addotte a livello giurisprudenziale, significando in questo modo una frattura nel dialogo tra i formanti.

In particolare, sono stati individuati tre elementi di criticità nell'interpretazione consolidatasi in giurisprudenza³⁵³.

³⁵¹ Cass. civ., sez. II, 28.01.2004, n. 1547, in *Giur. it.*, 2004, pp. 1581 ss., con nota di RIGHETTI.

³⁵² MONATERI - COSTANTINI, *La prescrizione*, op. cit., 125 ss.; in argomento si cfr. *ex multis*, CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 721 ss.

In primis, si deve guardare alla *ratio* della legge. Tradizionalmente, fondamento dell'istituto della prescrizione è garantire la certezza dei rapporti giuridici, valore tutelabile solo individuando *l'exordium praescriptionis* con il momento della condotta eventualmente lesiva poiché solo questa è certa mentre, al contrario, la manifestazione del danno è soggetta ad innumerevoli variabili.

Inoltre, più nel dettaglio, è necessario individuare la particolare *ratio* della norma di cui all'art. 2947 codice civile. Prevedendo per le azioni di risarcimento del danno un termine quinquennale, inferiore della metà a quello ordinario, il legislatore ha voluto limitare temporalmente la possibilità di esperimento dell'azione per ragioni di attendibilità ed efficacia probatoria nel corso del procedimento. Assumere un *dies a quo*, per così dire, “*glissant*” all'interno della disciplina italiana della prescrizione nel suo complesso, significherebbe pregiudicare seriamente la ricostruzione dei fatti oggetto dell'eventuale giudizio.

Secondariamente, è necessario guardare alla lettera della disposizione. L'articolo 2947 codice civile non fa alcun riferimento al danno, limitandosi ad individuare nel “*giorno in cui il fatto si è verificato*” l'inizio della decorrenza del termine di prescrizione e, in questo modo, rinviando per l'interpretazione del fatto illecito all'articolo 2043 codice civile il quale dispone: “*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”.

Le nozioni di fatto, che sia doloso ovvero colposo, e danno cagionato sono, ai sensi della disposizione da ultimo citata, elementi distinti e autonomi, sicché non è possibile ritenere che il legislatore abbia voluto attribuirvi un significato diverso negli articoli successivi.

Infine, argomenti a favore di una interpretazione tradizionale della disposizione in esame si traggono dalle regole interpretative di portata generale e, in particolare, dall'articolo 12 disp. prel. c.c. ai sensi del quale “*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia*

³⁵³MONATERI - COSTANTINI, *La prescrizione*, op. cit., 288 ss. Ma anche, dello stesso autore, *La responsabilità civile*, Torino, 1998 e *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, 389.

non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”.

È stato osservato³⁵⁴ come la dizione testuale degli articolo 2048 e 2049 codice civile utilizzi l'espressione “*fatto illecito*”, facendo riferimento alla data di compimento dei fatti, mentre, contrariamente, la formulazione degli articolo 2050, 2051, 2052, 2053 codice civile faccia esclusivo riferimento al danno, senza alcuna menzione del fatto commesso, sicché in queste fattispecie, e solo in queste, la prescrizione, ad esempio dell'azione per danni alla cosa cagionati dal custode, decorre dal giorno del manifestarsi del danno stesso, indipendentemente da quello della condotta dannosa.

Le riserve avanzate dalla dottrina hanno trovato conferma in una recente sentenza della Cassazione in cui vengono richiamati i principi che regolano la materia. In particolare, la Cassazione ha obiettato che la tesi della conoscibilità del danno e della sua attribuibilità all'autore non sia meritevole di adesione in quanto “*la pretesa di far decorrere la prescrizione de qua non dalla data, certa, in cui il fatto dannoso si è verificato, ma dal momento, diverso ed assolutamente incerto, in cui il danneggiato possa aver avuto conoscenza del danno e del suo diritto di farlo valere*” si pone in insanabile contrasto con l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici³⁵⁵.

La messa in evidenza delle voci contrarie all'attuazione, nell'ordinamento interno, di un approccio soggettivo alla decorrenza della prescrizione per opera delle corti, permette di prendere consapevolezza che, senza un intervento risolutivo del legislatore, ricettivo della giurisprudenza formatasi in seno alla corte di legittimità, così come del *core regime* della prescrizione cristallizzatosi su scala europea, non è possibile costruire una disciplina coerente e prevedibile e, con essa, garantire la certezza del diritto e la sicurezza dei rapporti giuridici³⁵⁶.

³⁵⁴ MONATERI – COSTANTINI, *La Prescrizione*, op. cit., 289.

³⁵⁵ Cass. Civ., sez. II, 28.01.2004, n. 1547 in *Giur. It.*, 2004, 1581 ss. Nella motivazione della sentenza si legge anche: “*non sembra consentito all'interprete di sostituire a proprio arbitrio l'inequivoca volontà come manifestata dal legislatore con altra*”.

³⁵⁶ TESCARO ha osservato che «*i contrasti giurisprudenziali si spiegano fundamentalmente perché, a sentenze che, tradizionalmente e ancora oggi in maggioranza, rimangono fedeli alla impostazione del rigoroso formalismo della legge e sono conseguentemente disposte a sacrificare la posizione del titolare del diritto sull'altare della certezza del diritto ... se ne oppongono altre, minoritarie ma sempre più*

L'esempio della prescrizione dell'azione di riduzione in campo testamentario può fornire un efficace esempio di quanto appena osservato³⁵⁷.

La decorrenza dell'azione di riduzione, in assenza di disposizioni *ad hoc* all'interno del codice civile, è sottoposta ad un termine decennale che decorre, in virtù di quanto disposto dall'articolo 1935 cod. civ., dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

Senonché, la concretizzazione della regola, ha condotto ad applicazioni tra loro molto distanti.

Un primo orientamento tradizionale³⁵⁸ individua il giorno a partire dal quale il diritto a chiedere la riduzione potrebbe essere esercitato con quello dell'apertura della successione³⁵⁹, classificando alla stregua di impedimenti di mero fatto l'ignoranza, anche incolpevole, del legittimario circa l'esistenza di un testamento lesivo della propria quota di legittima.

Senonché, sebbene certamente conforme al dettato codicistico in punto di decorrenza della prescrizione, tale orientamento rischia di rivelarsi eccessivamente pregiudizievole

diffuse, e in certi specifici ambiti addirittura già divenute maggioritarie che, senza motivare oppure con deboli motivazioni elaborate a posteriori, sostengono tesi dirette in ultima analisi, solo a rendere più equa la disciplina, meglio tutelando proprio la posizione del titolare del diritto minacciato da prescrizione», così in La prescrizione dell'azione di riduzione, nel più generale contesto dell'inadeguato e incerto diritto della prescrizione italiano, in Fam. Pers. Succ., 2012, 11, 78. Per completezza, pur non potendosi esaustivamente affrontare il tema in questa sede, si consideri che la disciplina della prescrizione nel diritto successorio è fortemente dibattuta. Per un approfondimento si veda VIDIRI, La decorrenza del termine di prescrizione del diritto di accettazione dell'eredità: una problematica da sempre discussa, in Giust. civ. 11 – 12, 2013, 2518. Sullo stesso tema di cfr. altresì LUCCI, Accettazione dell'eredità e ruolo della vocatio, in Giust. civ., 10, 2013, 2081, secondo cui si deve riconoscere tutela al soggetto che tardivamente viene a conoscenza della chiamata in suo favore perché ignaro dell'esistenza del testamento. Secondo la tesi dell'autore, la conoscenza del titolo non costituisce mero impedimento di fatto, versando l'ignaro chiamato in una vera e propria impossibilità giuridica di accettare.

³⁵⁷ TESCARO, *La prescrizione dell'azione di riduzione, nel più generale contesto dell'inadeguato e incerto diritto della prescrizione italiano*, op. cit.

³⁵⁸ Si veda, tra le altre, Cass. Civ. 25 novembre 1997, n. 11809, in Mass. Foro it., 1997, 1162 ss. secondo cui «il termine di prescrizione dell'azione di riduzione del legittimario decorre dalla data di apertura della successione, non rilevando né l'eventuale ignoranza dell'esistenza di un testamento, né la circostanza che eventualmente il testamento olografo non sia in possesso del legittimario, dal momento che ai sensi dell'articolo 2935 cod. civ. costituiscono cause ostative al diritto della prescrizione soltanto gli impedimenti legali e non anche quelli di fatto o di natura esclusivamente soggettiva»

³⁵⁹ E, quindi, ai sensi dell'articolo 456 cod. civ., con il giorno della morte del *de cuius*.

nei confronti del legittimario che, per circostanza estranee alla propria sfera personale, non ha avuto materialmente la possibilità di esercitare l'azione³⁶⁰.

Per ovviare a tale iniquità, parte della giurisprudenza³⁶¹, facendo riferimento ad una presunzione di conoscenza o, quanto meno, di conoscibilità da parte dell'attore delle disposizioni lesive della propria quota di legittima contenute nel testamento, ha pronunciato che la prescrizione del diritto di agire in riduzione decorre dalla data di pubblicazione del testamento lesivo del diritto di legittima.

Tale soluzione, maggiormente attenta alla posizione del legittimario pretermesso, sebbene accolta con favore da parte della dottrina³⁶², ha suscitato perplessità in giurisprudenza dovute ad un'interpretazione eccessivamente estensiva della locuzione dettata in materia di decorrenza del termine di prescrizione.

All'interno del contrasto appena delineato si sono quindi inserite le Sezioni Unite che, in luogo di pronunciarsi in favore dell'una o dell'altra tesi, hanno tracciato una terza via fondata sulla distinzione tra le ipotesi in cui la lesione di legittima derivi da donazione o da un legato, ed in tal caso la prescrizione decorre dalla data di apertura della successione, e quelle in cui la quota legale è pregiudicata da una diversa istituzione di erede, per le quali il dies a quo viene ravvisato nella data di accettazione dell'eredità da

³⁶⁰ Tescaro si domanda se «non siano proprio queste comuni convinzioni a dovere essere radicalmente ripensate essendo, tra l'altro, ormai numerosi i settori del diritto privato in relazione ai quali esse, pur ferme a livello di generali enunciazioni di principio, vengono, in sostanza, disattese» così in *La prescrizione dell'azione di riduzione, nel più generale contesto dell'inadeguato e incerto diritto della prescrizione italiano*, op. cit., 13.

³⁶¹ Cass. Civ., 15 giugno 1999, n. 5920, in *Giur. It.* 2000, 923, dove si afferma che «il termine decennale di prescrizione delle azioni di riduzione delle disposizioni testamentarie non può che decorrere dalla data di pubblicazione del testamento e non dall'apertura della successione. Tanto si desume dal combinato disposto degli articoli 620 e 623 cod. civ. in relazione all'articolo 2935 stesso codice. Non v'è dubbio, infatti, che poiché a norma dell'articolo 2935 la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, non può che conseguire che la riduzione delle disposizioni contenute in un testamento non possa essere chiesta se le stesse non siano ancora a conoscenza di colore che da quelle disposizioni hanno visto lesa il proprio diritto».

³⁶² CARBONE, voce *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, in *Digesto delle disc. Priv. – sez. civ. – XVII*, Torino, 1998.; TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. BONILINI, III, *La successione legittima*, Milano, 2009.

parte del chiamato, essendo in questo ultimo caso la lesione solo potenziale laddove il chiamato all'eredità non accettasse³⁶³.

L'interesse delle Sezioni Unite, evidentemente nel senso di ampliare quanto più possibile la tutela del legittimario pregiudicato dalle disposizioni testamentarie lesive del proprio diritto, appare in ogni caso perseguito a discapito della regolamentazione della decorrenza del termine di prescrizione offerta dal codice civile, facendo leva su un ampio potere discrezionale che, negli anni, la Cassazione è andata ad arrogarsi nella materia oggetto di questo studio.

§ 4. UN NUOVO SPAZIO PER L'AUTONOMIA NEGOZIALE DELLE PARTI DEL RAPPORTO GIURIDICO

Tra i *general trends* accolti su scala internazionale, vi è la previsione che le parti possano intervenire al fine di modificare convenzionalmente la disciplina della prescrizione nei rapporti tra le stesse.

La soluzione non è sconosciuta alla prassi. L'accordo volto ad abbreviare il termine di prescrizione è stato generalmente ammesso in quanto non contrastante né con l'interesse generale affinché le situazioni giuridiche trovino definizione alla base dell'istituto della prescrizione, né con l'interesse del debitore a essere liberato dall'adempiere alla propria obbligazione.

Al contrario, la possibilità di allungare i termini di prescrizione è stata tradizionalmente negata, tanto dai legislatori quanto in giurisprudenza, in quanto equiparabile ad una rinuncia parziale alla prescrizione antecedente al suo compimento³⁶⁴.

È immaginabile che la progressiva espansione dello spazio concesso all'autonomia privata nel delineare il concreto assetto dei limiti temporali applicabili al rapporto giuridico, sia frutto, da un lato, dell'abbreviazione dei termini³⁶⁵ e della loro asserita

³⁶³ Cass. Civ. SS. UU., 25 ottobre 2004, n. 20644 in *Vita not.*, 2005, 855, con nota di FOLLIERI, *Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione*.

³⁶⁴ Osservava MERLIN che «se fosse possibile rinunciare a queste specie di prescrizioni si vedrebbero ben presto le leggi che le hanno introdotte rendute inutili o infruttuose per l'ascendente che hanno sempre i creditori sopra i debitori», così in voce *Prescrizione*, in *repertorio di giurisprudenza*, trad. it. CARRILLO, col X, Venezia 1840, 649, come riprodotta da ROSELLI, *La prescrizione*, tomo primo, op. cit., 211.

³⁶⁵ In questo senso di veda si veda, tra gli altri, MAZEAUD, *Liberté contractuelle et pouvoirs du juge dans le nouveau droit de la prescription extinctive*, in *La réforme du droit de la prescription extinctive*:

uniformazione e, dall'altro, della ritrovata concezione personalistica dell'istituto che, lungi dal perseguire una finalità strettamente pubblica, è fortemente influenzato dalla sfera soggettiva del titolare del diritto.

In altri termini, laddove – almeno in linea di principio – il legislatore ha ritenuto di intervenire dettando una disciplina il più possibile unica e coerente della prescrizione, egli ha altresì ammesso che la perduta specialità rivivesse nelle pattuizioni convenzionali definite dalle parti per la singola fattispecie, garantendo, così, la certezza e la vincolatività del regime giuridico privatamente delineato³⁶⁶.

A titolo esemplificativo, la parti possono ritenere di incidere sulla disciplina legale della prescrizione attraverso la previsione di cause di sospensione o di interruzione atipiche, modificandone la decorrenza, o, infine, incidendo direttamente sulla misura del termine applicabile alle rispettive pretese.

In favore dell'introduzione del principio di autonomia delle parti in materia di prescrizione si sono espressi tanto gli strumenti di diritto uniforme pensati in ambito internazionale ed europeo, quanto il legislatore nazionale fronteggiando una riforma del termine di prescrizione.

L'autonomia contrattuale delle parti, pertanto, può spingersi fino a limitare nel tempo la possibilità di esercizio del diritto, fatto salvo il limite del principio di effettività.

Quanto alle soluzioni accolte su scala sovranazionale, pur in presenza di una direttiva comune, le discipline adottate non sono identiche con riferimento ai limiti che, comunque, vengono opposti all'autonomia delle parti.

Sebbene, infatti, sia pacifico che la facoltà di abbreviare o allungare il termine di prescrizione debba essere circoscritta nell'interesse della parte debole, diversa è la misura del limite concretamente individuata.

perspectives nationales et transfrontalières, actes de colloque, Metz, 7 maggio 2009, RDLA, octobre 2009, 92.

³⁶⁶ La modifica della disciplina della prescrizione per effetto della volontà delle parti, invero, non necessariamente interviene in modo diretto, in attuazione di una facoltà, seppur limitata, riconosciuta dal legislatore ai privati. L'individuazione di un unico *dies a quo* della prescrizione, invero, può altresì essere compromessa in via accidentale, risultando dalla determinazione convenzionale di elementi a cui il criterio legale in tema di decorrenza della prescrizione rinvia.

Se i Principi Unidroit³⁶⁷ legittimano l'autonoma fissazione del termine di prescrizione in un intervallo che va, nel minimo, da un anno (o quattro laddove la modifica incida sul termine massimo di prescrizione) e, come massimo, a quindici anni; i PECL³⁶⁸ ed il DCFR³⁶⁹ individuano il termine più breve, sotto il quale l'esercizio non potrebbe che essere effettivamente precluso, nel termine annuale, mentre quello più lungo in trent'anni³⁷⁰, di molto superiore anche al secondo termine decennale che, secondo la disciplina immaginata dai sistemi di *soft law*, non potrebbe essere sospeso né interrotto. Quanto, invece, alle discipline adottate dal legislatore nazionale, ancora una volta metro di paragone sono l'ordinamento tedesco, riformato nel corso dell'anno 2002, e quello francese, riformato nel 2008.

Rispetto al primo, nonostante la rubrica del §202 BGB si richiami alla *Unzulässigkeit* (inammissibilità) delle pattuizioni relative alla *Verjährung*, la disciplina ivi contenuta concede ampi spazi all'autonomia privata, assoggettandola anch'essa a due limiti specifici, in luogo del generale divieto di escludere o rendere più gravosa la prescrizione previsto dal vecchio §225 BGB.

Il primo limite imposto all'autonomia delle parti riguarda l'ipotesi particolare di responsabilità per dolo, e si sostanzia nel divieto di agevolare in via preventiva la prescrizione il cui effetto sarebbe quello di non sanzionare il comportamento.

La seconda restrizione, invece, prevede che la prescrizione non possa essere aggravata attraverso la fissazione di un termine prescrizionale di trent'anni, decorrente dal *dies a quo* della prescrizione previsto dalla legge.

³⁶⁷ Art. 10.3 principi Unidroit «(1) Le parti possono modificare i termini di prescrizione.(2) In ogni caso le parti non possono (a) ridurre il termine di prescrizione generale a meno di un anno; (b) ridurre il termine massimo di prescrizione a meno di quattro anni; (c) allungare il termine massimo di prescrizione oltre i quindici anni»

³⁶⁸ Art. 14:601 Pecl «(1) i requisiti della prescrizione possono essere modificati per accordo tra le parti. L'accordo può riguardare l'abbreviazione o l'allungamento del termine. (2) il termine di prescrizione, tuttavia, non può essere ridotto a meno di un anno o allungato oltre i trent'anni dalla sua decorrenza prevista all'art. 14:203»

³⁶⁹ Art. III. – 7:601 DCFR « (1) i requisiti della prescrizione possono essere modificati mediante accordo tra le parti, nello specifico abbreviando o estendendo il termine di prescrizione. (2) Tuttavia il termine di prescrizione non può essere ridotto a meno di un anno o esteso più di trent'anni oltre la decorrenza prevista dall'articolo III – 7:203»

³⁷⁰ Si osservi come il termine trentennale sia di molto superiore anche al secondo termine decennale che, secondo la disciplina immaginata dai sistemi di *soft law*, non potrebbe essere sospeso né interrotto

Con riferimento a quest'ultima previsione, è controversa l'interpretazione dell'espressione "*ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn*", ossia, letteralmente, "dal legale inizio della prescrizione"³⁷¹. Un'applicazione acritica della disposizione *de qua* porterebbe, infatti, a prevedere che il termine di prescrizione, nel caso di *Regelfrist* ex §199 BGB, possa essere prolungato, per effetto dell'accordo delle parti fino, ad un massimo di trent'anni a decorrere dalla data in cui si sono verificati i presupposti di stampo soggettivo previsti. L'imprevedibilità che inevitabilmente comporta una simile possibilità ha orientato ad individuare il momento a cui il §202 fa riferimento nell'esigibilità della pretesa, ossia nella "*Entstehung des Anspruch*".

Volgendo lo sguardo al sistema francese³⁷², sebbene l'allungamento del termine ordinario di prescrizione fosse vietato, con la riforma del 2008 anche il legislatore d'oltralpe ha recepito la prassi giurisprudenziale in materia di modifiche convenzionali della disciplina della prescrizione, formalizzando la possibilità di intervenire sia attraverso l'introduzione di ulteriori cause di sospensione e di interruzione del decorso del termine, sia influenzando direttamente sulla durata dello stesso, fermo il limite decennale necessario per impedire che le parti sostanzialmente si sottraggano dalla sfera di applicazione della prescrizione³⁷³.

³⁷¹ DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa tedesca in tema di prescrizione*, op. cit.

³⁷² LEROYER, *Chronique de législation française, Prescription, Loi n. 2008 – 561 portant une réforme de la prescription en matière civile*, in *RTD civ.*, 2008, 563 osserva come «*la loi sur la prescription poursuit le déclin de l'ordre public et le développement corrélatif de la volonté individuelle*»

³⁷³ Art. 2254 code civil «(1) *La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans. (2)Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi. (3)Les dispositions des deux alinéas précédents ne sont pas applicables aux actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts* » Si noti come con il terzo comma il legislatore abbia voluto armonizzare l'elenco di eccezioni previste dalla norma *de qua* e dall'articolo 2235 in materia di sospensione del termine nei confronti dei minori o incapaci. Per un commento alle disposizioni legislative in punto di derogabilità della disciplina della prescrizione per volontà delle parti si veda HOONAKKER, *La disposition de la prescription*, in *La réforme du droit de la prescription*, actes du colloque de Strasbourg, 7 novembre 2008, LPA, 2009, 19 oppure, *ex multis*, LAITHIER, *Le nouveau droit français de la prescription extinctive et le rapport Limitation of Action de la Law Commission anglaise*, in *Réforme de la prescription*, 2008, 2438 ss. ; PELLETTIER, *L'aménagement conventionnel de la prescription extinctive*, in *RDC*, 2008, 430 ; MAZEAUD, *Ordre public et aménagements de la prescription*, in *Les désordres de la prescription*, textes réunis par Coubre, Publication de l'Université de Rouen, 2000, 85.

Da ultimo, quanto all'ordinamento italiano, si deve sottolineare come sia rimasto estraneo all'affermarsi del trend appena descritto.

Tale staticità, invero, ha interessato sia il formante legale che quello giurisprudenziale, non rinvenendosi nel diritto vivente alcuna apertura nel senso sopra descritto.

L'articolo 2936 codice civile, invero, sancisce senza eccezioni la nullità dei patti modificativi della disciplina legale della prescrizione³⁷⁴.

Tale preclusione è stata giustificata tanto in relazione all'interesse del debitore, affinché non fosse costretto al pagamento di un debito in realtà prescritto per legge, quanto in relazione all'interesse generale *“che risulterebbe lesa dalla validità di clausole che giustificano l'inerzia del creditore oltre il periodo di tempo ritenuto adeguato dalla legge”*³⁷⁵.

Non manca, infine, chi osserva che l'inderogabilità sancita dal codice civile rappresenti un retaggio della concezione processuale della prescrizione, avvicinandone la disciplina a quella dei termini processuali, perentori tra le parti³⁷⁶.

Senonché, il rigore della disposizione in esame sembra incontrare dei limiti nella possibilità, riconosciuta alle parti ai sensi dell'art. 2965 codice civile³⁷⁷, di stabilire convenzionalmente un termine di decadenza all'esercizio di un diritto anche in presenza di un termine di prescrizione³⁷⁸.

³⁷⁴ Articolo 2936 codice civile *«E' nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione»*

³⁷⁵ PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, op. cit. In senso critico rispetto alla tradizionalmente riconosciuta funzione pubblicistica dell'istituto delle prescrizione in giurisprudenza si veda da ultimo Cass. Civ., sez. III, 18.01.2011, n. 1084 in *Corriere Giuridico*, Ipsa, 4, 2011 *“invero, la ricerca del fondamento della fattispecie in termini di ordine pubblico sembra confondere la natura cogente delle norme dettate in tema di prescrizione con la ratio dell'istituto e con l'interesse tutelato”*. Il dettato dell'articolo 2936 cod. civ. è inteso a garantire che *“un eventuale accordo sulla prescrizione si trasformi in uno strumento di sopraffazione della parte contrattualmente più forte nei confronti dell'altra”*, così DI PIRRO, *La prescrizione e La decadenza, profili sostanziali e processuali*, CELT, 2011, 80.

³⁷⁶ CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. Giur.* 2006, 1321.

³⁷⁷ Articolo 2965 codice civile italiano *“è nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto”*.

³⁷⁸ CIMMA, voce *Prescrizione e Decadenza*, in *Digesto/civ.*, XIV, Torino, 1996, 247 ss.

L'istituto della decadenza, infatti, ha acquistato la propria autonomia rispetto a quella della prescrizione solo con il codice civile del 1942, in cui viene disciplinato dagli articoli 2964 – 2969.

Nonostante in dottrina sia discusso il fondamento della decadenza³⁷⁹, questo è stato individuato nella necessità del compimento di determinati atti entro un termine perentorio stabilito *ex lege*: l'inutile decorso del termine fissato comporta la perdita del diritto.

A differenza di quanto disposto per la prescrizione, il termine di decadenza può avere la propria fonte in un provvedimento legislativo, giudiziario, amministrativo o, ed è quanto interessa in questa sede, nella volontà delle parti.

Si tratta, pertanto, di un'eccezione la cui operatività è limitata alla possibile abbreviazione del termine di prescrizione, non potendosi per il tramite dell'istituto della decadenza raggiungere il risultato di allungare il termine di prescrizione, oppure incidere sulla sua decorrenza, sebbene lo studio comparato abbia dimostrato essere stato invece accolto in seno all'ordinamento tedesco e francese.

A ciò, quale conferma dell'impermeabilità del sistema nazionale alle direttive sviluppatesi in ambito sovranazionale, si aggiunga che la possibilità di stabilire termine di decadenza in forza di un accordo tra le parti non è assoluta, dovendosi ritenere esclusa per le materie sottratte alla disponibilità delle parti³⁸⁰; così come viene considerato nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto³⁸¹.

La posizione del legislatore italiano, invero, rientra nella discrezionalità che gli è propria e non stupisce se si considera che, a differenza degli ordinamenti analizzati, il diritto italiano della prescrizione non è stato oggetto di un intervento riformatore sin dall'entrata in vigore del codice civile, nel 1942.

³⁷⁹ Per tutti si veda ROSELLI – VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1985, 482 ss.

³⁸⁰ Art. 2968 codice civile “*Le parti non possono modificare la disciplina legale della decadenza né possono rinunciare alla decadenza medesima, se questa è stabilita dalla legge in materia sottratta alla disponibilità delle parti*”.

³⁸¹ Art. 2965 codice civile “*È nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto.*”

Si è più volte sottolineato come la disciplina della prescrizione, lungi dal dover essere interpretata per compartimenti distinti, si influenza nei suoi rispettivi elementi, sicché l'adozione di un termine relativamente "lungo" come quello previsto dal codice italiano, non necessita di interventi nel senso di consentire un'ulteriore estensione dello stesso.

D'altro canto, l'adozione di un approccio di stampo oggettivo, attento a garantire l'attuazione del principio di certezza del diritto e la tutela di un interesse generale piuttosto che quello delle parti del rapporto, difficilmente si confà con la previsione di assicurare alle parti la possibilità di incidere sul decorso del termine di prescrizione, modificando lo stesso in virtù delle proprie esigenze che, invero, possono essere diverse se non addirittura contrastanti con quelle comuni.

La questione, si comprenderà, non è di poco conto proprio per la possibilità che l'intervento delle parti possa effettivamente e concretamente incidere sulle scelte di politica legislativa e sociale adottate nell'ordinamento, sino a pregiudicarle nella loro concreta attuazione.

Considerazioni Conclusive

L'indagine svolta ha portato all'attenzione problematiche di non poco interesse attraverso le quali si è dimostrato che la prescrizione, lungi dall'essere uno strumento meccanico di natura prettamente algebrica, si palesa come un efficace mezzo attraverso cui garantire la realizzazione degli interessi considerati meritevoli di tutela.

Più che ogni altro istituto previsto dal diritto privato, infatti, la prescrizione si presta ad essere modificata dal legislatore, dall'interprete e, da ultimo in seguito ai recenti interventi normativi, dalle parti del rapporto giuridico sostanziale.

Gli esempi affrontati nel primo capitolo con riferimento alla *doctrine of laches* ed all'elaborazione della *Verwirkung*, così come l'introduzione del brocardo *contra non valetem agere* all'interno del codice francese, sono la prova che, attraverso il progressivo consolidarsi del diritto vivente di formazione giurisprudenziale, la disciplina tradizionalmente inderogabile prevista dal legislatore si inchina ad un diritto a tratti mutevole, rimesso in larga misura al prudente apprezzamento delle corti.

Investita di un potere discrezionale solo apparentemente estraneo ai sistemi di *civil law*, le soluzioni adottate dalla giurisprudenza si prestano, essenzialmente, a quattro diverse osservazioni che attengono (1) alla natura dei *time limits* ed all'oggetto della prescrizione; (2) alla centralità che assumono le esigenze di giustizia; (3) all'adozione di un modello di prescrizione corrispondente alle direttive che si sono fatte strada su scala internazionale ed, infine, (4) all'inadeguatezza della disciplina italiana.

§1. Considerazioni sulla natura dei time limits: indifferenza pratica della soluzione adottata.

Quanto al primo aspetto, si è osservata la tendenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, e della Corte di giustizia dell'Unione europea, ad equiparare la prescrizione agli altri strumenti legislativamente posti, il cui effetto si manifesta nel frapporre barriere di carattere temporali tra il diritto e la sua realizzazione, ove necessario anche attraverso l'intervento di un provvedimento autoritativo del potere giudiziario.

Un simile approccio conduce a ritenere la prescrizione il punto di incontro tra diritto sostanziale e processuale³⁸², relegando in secondo piano la tradizionale distinzione tra *substance* e *procedure* su cui a lungo si è concentrata la dottrina nell'intento di individuare l'oggetto dell'effetto estintivo.

In altre parole, ciò che emerge dalla giurisprudenza sovranazionale analizzata, è la sostanziale indifferenza degli interpreti rispetto alla questione se i termini prescrizionali incidano sull'esistenza del diritto ovvero sulla proponibilità dell'azione, dovendosi piuttosto costruire una disciplina dei limiti temporali all'esercizio dell'azione rispondente al principio *ubi remedium ibi ius*, per il quale il diritto è realmente riconosciuto solo quando vi è un rimedio effettivo concesso al titolare per l'ipotesi della sua violazione o mancata attuazione.

D'altra parte, come è stato di recente osservato³⁸³, la prescrizione (così come la decadenza) può operare sia in sede stragiudiziale, quale esercizio di un diritto potestativo di avvalersi della prescrizione, che incide sul rapporto giuridico sino a modificarlo o portarlo ad estinzione, sia all'interno del processo, come eccezione in senso stretto tesa a paralizzare la domanda avversa a prescindere dal merito della controversia.

In questa prospettiva, la disapplicazione da parte dei giudici sovranazionali della disciplina interna, laddove questa ostacoli l'accesso ad una tutela effettiva, non si discosta molto dallo strumento della rimessione in termini, che opera in presenza di due requisiti: l'esistenza di un impedimento oggettivo della parte che si traduce nell'omissione di atti dovuti o, comunque, in una condotta inerte, e la non imputabilità alla parte di detto impedimento.

Così come il giudice è chiamato a valutare, sulla base delle circostanze fattuali risultanti dagli elementi di prova allegati dalle parti, la verosimiglianza dell'impedimento ai fini di pronunciare la rimessione in termini della parte decaduta, allo stesso modo, secondo la ricostruzione affermatasi in sede europea, nella fase di accertamento egli dovrà

³⁸² Si riferisce alla prescrizione come «*croisée du droit processuel et du droit substantiel*» LAGARDE, *Indemnisation des maladies professionnelles et prescription*, in *Semaine juridique*, 2003, I, 159.

³⁸³ LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del giusto rimedio*, op.cit., 202.

apprezzare la fattispecie concreta così da valutare l'effettività del rimedio previsto dall'ordinamento alla luce dell'operatività della prescrizione.

Parrebbe, pertanto, delinearci una disciplina della prescrizione in divenire, dotata di quei caratteri di flessibilità che consentono al giudice di interagire con la fattispecie sottoposta al suo vaglio, così da procedere caso per caso ad un'applicazione dei termini prescrizionali e di decadenza rispettosi del parametro della ragionevolezza, oggi largamente penetrato nel nostro sistema privatistico anche quale conseguenza della legislazione comunitaria, come si andrà a breve a evidenziare.

§ 2. *La tendenza ad adottare una soluzione socialmente percepita come equa.*

Quanto osservato lascia emergere una crescente responsabilizzazione del ruolo dei giudici, in quanto solo attraverso il loro intervento si permette di ricercare un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito, è possibile garantire l'adozione di una soluzione realmente giusta, pur nell'applicazione di un istituto generalmente mal tollerato quale quello in esame³⁸⁴.

Tale approccio, come è prevedibile, si presta a critiche specialmente con riferimento alla necessaria prevedibilità della disciplina applicabile e del principio di certezza del diritto che, *prima facie*, sembrerebbe vacillare a favore di opzioni di tutela tese alla valorizzazione dei diritti fondamentali.

Tuttavia, l'analisi dei possibili approcci di tecnica legislativa ha dimostrato come anche nell'adozione di una disciplina univoca della prescrizione si nascondono elementi di incertezza ed specialità, dovuti principalmente all'eterogeneità delle materie e delle situazioni con riferimento a cui la prescrizione spiega i suoi effetti.

Si deve pertanto dedurre l'impossibilità di affidare le certezze sul funzionamento della prescrizione alle formule legislative, giacché è sempre la varietà dei fatti, delle circostanze e delle condizioni personali a imporre la decisione adeguata al caso singolo³⁸⁵.

³⁸⁴ L'espressione è quella adottata da DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la Prescrizione*, in *Corr. Giur.*, 2011, 4, 491 ss.

³⁸⁵ È dello stesso avviso CALZOLAIO, il quale osserva che «dietro alle tendenze in atto intorno alla prescrizione, presentate sovente in modo enfatico, è agevole rilevare che continua ad agitarsi quella antica e mai sopita tensione tra equità e certezza, che da sempre ne innerva la disciplina. Una tensione che, come si è visto, difficilmente si scioglie sul piano teorico-sistematico, ma che può trovare risposta,

Tali considerazioni, invero, si confanno tanto al filone giurisprudenziale attento a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, quanto a quello menzionato in apertura al presente lavoro che, attraverso strumenti elaborati in seno al diritto pretorio, mirano a tutelare l'apparenza ed il principio dell'affidamento incolpevole in capo all'obbligato.

Ragionevolezza, equità, affidamento e certezza del diritto³⁸⁶, devono essere tutti parimenti considerati dall'interprete, tanto che la prescrizione – o, comunque, i limiti all'azione – possono agevolmente essere interpretati crocevia di apparenza ed inerzia protratta nel tempo.

Si può pertanto affermare che l'applicazione del principio di effettività alla disciplina della prescrizione, così come il ricorso al principio di buona fede oggettiva nelle ipotesi di incolpevole affidamento del legittimato passivo all'azione, fanno leva sull'aspetto dinamico del diritto soggettivo al fine di conformarsi alla sensibilità collettiva, dimostrando l'evolversi in senso solidarista della disciplina dei limiti temporali all'esercizio dei diritti soggettivi.

Né, d'altronde, potrebbe essere altrimenti attesa la possibilità di evidenziare una stretta correlazione tra disciplina della prescrizione e le dottrine evidenziate nel primo capitolo: é, infatti, evidente che condotte abusive del titolare del diritto soggettivo³⁸⁷ sono tali laddove egli possa in qualche modo trarre lucro dall'eccessiva lunghezza del termine di prescrizione.

In tal caso, al debitore è concesso il ricorso al principio di buona fede oggettiva, al fine di reagire alla pretesa attorea, ma è ugualmente evidente che, in attuazione del *core*

piuttosto, sul piano concreto-applicativo», così in *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 04, 1087.

³⁸⁶ Diversi autori si sono espressi nel senso di ritenere che, alla luce della tendenza ad ampliare la discrezionalità del potere giudiziario nella valutazione del compiersi o meno dei termini di prescrizione, è possibile ripensare il rapporto tra certezza del diritto e esigenze di giustizia sostanziale. In questo senso, si spingeva a considerare la certezza del diritto un "mito" BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della ragionevolezza*, op. cit., 1709; registra, invece, sul fronte comunitario la tendenza volta a contemperare il principio di certezza del diritto con quello di effettività della tutela dei diritti dei singoli, CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione estintiva in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, op. cit.; osserva, infine, che il «principio di certezza del diritto vacilla sempre più a favore di opzioni volte alla tutela di valori fondamentali» LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del giusto rimedio*, op. cit., 206.

³⁸⁷ Si esprime in termini di "abuso della prescrizione" ROSELLI, *La prescrizione*, op. cit., 12.

regime della disciplina della prescrizione, l'adozione di un termine breve sembra condurre ad una progressiva restrizione dei casi in cui strumenti quali la *Verwirkung* e la *doctrine of laches* potrebbero essere eccepiti all'attore.

§ 3. *Un nuovo modello di prescrizione caratterizzato da una concezione funzionale dello stesso.*

La presa di consapevolezza dell'eterogeneità delle situazioni che costituiscono il campo di applicazione della prescrizione e, per l'effetto, l'opportunità di ricorrere alla capacità valutativa del giudice di merito al fine di individuare un equo bilanciamento tra gli interessi generali e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali del singolo, comporta l'abbandono di un approccio concettuale della prescrizione, in favore di un'interpretazione funzionale della sua disciplina.

Come già osservato, il modello di prescrizione messo in risalto dall'analisi comparata del diritto nazionale ed europeo, non si impone ai consociati come immutabile, così ingabbiando la realtà fattuale, bensì, a sua volta, si presta ad essere modellato sull'ipotesi applicativa di riferimento, fermo il rispetto di due principi fondamentali, entrambi di rango costituzionale nel nostro ordinamento: il diritto di difesa (e, con esso, di accesso ad un tribunale) sancito dall'articolo 24 della Costituzione; ed il principio di uguaglianza, non solo formale ma, anzi, sostanziale previsto dall'articolo 3 della carta costituzionale.

Il raggiungimento del risultato auspicato, invero, può essere realizzato attraverso una gerarchizzazione degli interessi coinvolti, piuttosto che una loro selezione con reciproca esclusione, così che l'interprete possa valutarne la prevalenza nel caso concreto.

In questo senso si è sviluppato il modello di prescrizione descritto nel corso del quarto capitolo.

Sulla base delle tendenze emerse a livello internazionale ed europeo, come visto, si è quindi venuta a creare una nuova e moderna disciplina della prescrizione, attraverso la quale vengono contemperate le sempre maggiori esigenze solidaristiche sviluppatesi negli ordinamenti moderni con l'esigenza di una sicurezza dei rapporti giuridici, imposta altresì da esigenze di carattere economico, quali, a titolo esemplificativo, quelle connesse ai costi assicurativi e di conservazione delle prove.

In primo luogo, si è osservata una drastica riduzione del termine di prescrizione, suggerita tanto dai progetti di uniformazione del diritto europeo, quanto dalle recenti riforme che hanno interessato il diritto della prescrizione.

Tale riduzione, però, non deve essere nel senso di pregiudicare l'effettiva possibilità di esercizio del diritto, come si è avuto modo di riscontrare sia nelle pronunce delle corti sovranazionali, che in punto di derogabilità del regime della prescrizione per concorde volontà delle parti.

Sebbene, infatti, rientri nella competenza degli Stati membri dettare i termini per l'esercizio di un diritto, la giurisprudenza europea ha comunque sottolineato la necessaria ragionevolezza di detto arco di tempo.

D'altro parte, il carattere imperativo delle norme di prescrizione, e quindi anche con riferimento alla durata, sta venendo meno a livello internazionale, essendo ammessa un'autonomia delle parti alla modifica del termine di prescrizione.

In questa accezione, considerando la prescrizione preordinata a tutelare l'interesse del debitore a vedersi, da un lato, sollevato dall'onere di provare il proprio adempimento e, dall'altro, di liberarsi dall'obbligo connesso a pretese stantie e non coltivate dall'attore, non si vedono le ragioni per cui impedire un prolungamento del termine di prescrizione, laddove l'obbligato acconsenta.

Unico pericolo, invero, rimane quello di un'eccessiva disparità tra le parti del rapporto giuridico sostanziale che, tuttavia, viene facilmente ovviata prevedendo dei limiti temporali oltre i quali l'autonomia non opera.

In seconda battuta, l'attenzione deve essere posta sul decorso del termine di prescrizione ed, in particolare, sull'individuazione sia del *dies a quo* che di eventuali cause impeditive e sospensive.

I *prescription periods*, non vanno intesi come il semplice decorso del tempo. L'attenzione si sposta e viene focalizzata sulla esistenza di possibili ostacoli di ordine materiale, che impediscono l'accesso ad un giudice.

I *time limits*, vale a dire, non possono essere utilizzati in astratto, ossia come barriere assolute, ma devono necessariamente tenere in considerazione le situazioni di fatto che sono specifiche a ciascuna vicenda analizzata nel processo.

Ecco che sono venuti ad assumere sempre maggiore importanza, ai fini della decorrenza e della sospensione del termine di prescrizione, il principio di conoscibilità e di rilevanza degli impedimenti di fatto e di forza maggiore.

Tuttavia, si è visto che sono diverse le modalità attraverso cui detti principi possono fare il proprio ingresso nella disciplina della prescrizione.

Tra le soluzioni prospettate, quella adottata dalla commissione Lando e, successivamente, in seno al *Draft common frame of reference*, appare maggiormente conservativa del principio di certezza del diritto in attuazione della succitata gerarchizzazione degli interessi sottesi alla prescrizione: l'*exordium praescriptionis* coincide, come regola generale, con l'esercitabilità del diritto mentre l'impossibilità di agire e, in definitiva, il brocardo *contra non valetem agere non currit praescriptio*, operano eccezionalmente, quale causa di sospensione del decorso del termine di prescrizione.

Completa la disciplina la previsione di un doppio termine di prescrizione, la cui decorrenza, oggettivamente individuata, non può essere sospesa.

Solo in questo modo, infatti, è possibile lasciare alla discrezionalità del giudice lo spazio operativo per permettere, senza eccessivo pregiudizio del principio di certezza e prevedibilità, l'affermarsi del principio di effettività della tutela nel caso concreto ed evitare così che la fissazione di un breve termine di prescrizione senza un'adeguata tutela del titolare, possa comportare la prescrizione di diritti pienamente fondati senza che lo stesso abbia potuto esercitare le facoltà al medesimo spettanti.

§ 4 La necessaria rivisitazione della disciplina italiana.

Quanto sino a questo momento affermato impone un ripensamento del diritto italiano della prescrizione alla luce delle direttive di carattere europeo che, come evidenziato, assumono sempre maggiore incidenza nel diritto interno.

Si è, in particolare, evidenziato come la giurisprudenza italiana sia percorsa da opposte pulsioni alla applicazione formalistica dell'istituto, in nome del principio di certezza del

diritto, e alla giustizia del caso concreto raggiunta attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dalle norme sulla prescrizione.

Senonché, il tema della tutela dei diritti esige un intervento serio da parte del legislatore, non potendo essere relegata ad interventi sporadici della giurisprudenza che, senza un supporto di diritto positivo, risultano comunque opinabili ed incerti.

Si è ampiamente messa in luce la contrarietà alle direttive europee di quanto stabilito dall'articolo 2935 codice civile, in punto di irrilevanza degli impedimenti di mero fatto ad incidere sulla decorrenza del termine di prescrizione.

Ugualmente critico, tuttavia, appare il rapporto tra il *core regime* della prescrizione descritto nel presente lavoro e il fenomeno delle prescrizioni presuntive previsto dal nostro codice civile.

Come noto, con la prescrizione presuntiva non si determina l'estinzione dell'obbligazione, bensì sorge una presunzione *iuris tantum* che il debito sia stato pagato. Si pone, quindi, in capo al creditore l'onere di provare che il suo diritto non è stato soddisfatto.

196

In una prospettiva processuale, tale prova potrebbe essere fornita solo a mezzo di giuramento decisorio deferito al debitore, con la conseguenza che la lite verrebbe definita per il solo fatto della dichiarazione della parte, senza che il giudice possa valutarne la veridicità e di sindacarne l'attendibilità.

È evidente che, una simile impostazione, condurrebbe a risultati iniqui, tali da compromettere la tutela del diritto nel caso concreto.

Senonché, un ripensamento della disciplina della prescrizione dettata dal codice civile italiano, potrebbe imporsi al legislatore alla luce della proposta di regolamento per un diritto comune della vendita, approvata dalla Commissione europea con risoluzione dell'ottobre 2011³⁸⁸.

³⁸⁸ *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, COM (2011), 635 final, Bruxelles, 11 ottobre 2011 (CESL). Per i primi commenti si vedano DONADIO, *Diritto contrattuale e "optional instrument": una valutazione preventiva*, in *Contr. Impr. Europa*, 2011, 2, 649; WHITTAKER, *The Proposed Common European Sales Law: Legal Framework and*

Sebbene adottato nell'ambito di quanto previsto dall'articolo 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, e pertanto avente dichiaratamente portata opzionale, la *proposal* è comunque destinata ad influenzare il legislatore italiano, sia in quanto conferma la disciplina modello della prescrizione comunemente accettata su scala europea, evidenziando, di contro, il progressivo isolamento del diritto italiano in materia; sia perché si prevede che una volta effettuata la scelta per l'applicazione del diritto comune europeo della vendita, quest'ultimo vincolerà le parti nella sua interezza, senza possibilità di applicazione parziale³⁸⁹.

In ogni caso, malgrado la volontà della Commissione di perseguire l'armonizzazione attraverso l'integrazione del diritto degli Stati membri, e non una sua modifica dello stesso, comporta, con riferimento alla disciplina della prescrizione, l'accettazione del venire meno del suo carattere di inderogabilità, ammettendo che possa essere applicata una disciplina diversa da quella dettata dal codice civile (quella, appunto, contenuta nella *proposal*) per effetto della volontà delle parti.

Non solo. Atteso che la disciplina della prescrizione contenuta nella proposta di regolamento citata ricalca, per la maggior parte, le previsioni dettate dai Principi di diritto europeo dei contratti e dal *Draft common frame of reference*, l'adozione del regolamento, una volta individuato come legge regolatrice del rapporto dalle parti, implicherebbe l'introduzione in seno al sistema italiano di quell'approccio soggettivo che il codice civile ancora rifugge, con forti ripercussioni anche con riferimento al principio di uguaglianza sostanziale tra i consociati che, solo con riferimento al diritto

the Agreement of the Parties, University of Oxford Legal Research paper Series, 10/2012; MICKLITZ - REICH, *The commission proposal for a "Regulation on a common European sales law (CESL)" – too broad or not broad enough?*, EUI Working Papers, Law 2012/04; SMITS, *The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper n. 2012/11. In particolare, con riferimento allo specifico tema della prescrizione nella Proposta di consulti ARROYO I AMAYUELAS – VAQUER, *Prescription in the proposal for a common european sales law*, in *European review of contract law*, 9, 1, 2013. Per una ricostruzione dell'iter regolamentare che ha portato all'emanazione della Proposta, invece, di consulti, TORINO, *La proposta di regolamento per un diritto comune della vendita*, in *La cittadinanza europea*, IX, 2, 2012, 153 ss.

³⁸⁹ Articolo 8, comma terzo, CESL «nei rapporti fra professionista e consumatore il diritto comune europeo della vendita non può essere scelto in parte, ma solo nella sua integralità»; Articolo 11 CESL, «ove le parti abbiano validamente convenuto di applicare al contratto il diritto comune europeo della vendita, questo e solo questo ne disciplina le materie rientranti nel proprio campo di applicazione»;

della vendita e solo laddove fossero stati messi nelle condizioni di optare per l'applicabilità della disciplina regolamentare, potrebbero vedere riconosciuta la portata di eventuali impedimenti di fatto all'esercizio del diritto ad essi non imputabili.

Il diritto della prescrizione merita, in definitiva, un intervento da parte del giudice nazionale che si auspica affiancato da un puntuale approfondimento dottrinale, capace di mettere in rilievo non solo generici interessi pubblici quali quello alla certezza del diritto, ma altresì un serio bilanciamento dei diversi interessi confliggenti, come altresì richiesto dalla giurisprudenza europea, la cui attuazione non sembra più postergabile.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE

- ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006.
- AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Jovene, Napoli, 1971.
- BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive*, Economica, 1986.
- BENABENT, *Le chaos du droit de la prescription extinctive*, Et. L. Boyer, Presses universitaires Toulouse, 1996.
- BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Giuffré, 2008.
- CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 2004.
- CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in *I quaderni delle rivista di diritto civile*, Cedam, 2003.
- CASSANO – BRANDOLINI, *Prescrizione e decadenza nel danno alla persona*, Maggioli editore, 2009.
- COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Defrénois, 2010.
- CONTI, *Diritto di proprietà e CEDU – itinerari giurisprudenziali europei – viaggio fra Corte e Corti alla ricerca in un nuovo statuto proprietario*, Aracne Editrice, 2012.
- CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Il ruolo del giudice*, Aracne editrice, 2011.
- CONTI, *Occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e diritti umani*, Milano, 2006.
- COOKE, *The Modern law of Estoppel*, Oxford, 2000.
- DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Giuffré, 1979.
- DEL SIGNORE, *Contributo alla teoria della prescrizione*, Cedam, 2004.
- DI PIRRO, *La prescrizione e La decadenza. Profili sostanziali e processuali*, CELT, 2011.
- DIURNI - KINDLER, *Il codice tedesco modernizzato*, Torino, 2004.
- FALCO, *La Buona fede e l'Abuso del diritto – principi, fattispecie e casistica*, Giuffré, 2010.
- FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008.
- FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Giuffré, 2007.
- GALLETTA, *L'autonomia procedurale degli stati membri dell'Unione Europea: «Paradise Lost?». Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Giappicchelli, 2009.
- GAROFALO, *L'eccezione di dolo generele. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Cedam, 2006.
- GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010.
- KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, Economica, Paris, 2013.
- LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005.
- LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del giusto rimedio*, Edizioni scientifiche italiane, Pubblicazioni della scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, 2012.
- MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998.

- MURGO, *La prescrizione tra certezza del diritto e tutela dei diritti*, Edizioni ETS, 2012.
- ORIANI, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977.
- OTTOLENGHI, *Prescrizione dell'azione per danni*, Milano, Giuffrè, 1975.
- PANZA, Contributo allo studio della prescrizione, *Pubblicazioni della facoltà giuridica dell'università di Bari*, ed. Novene Napoli, 1984.
- PATTI in *Ragionevolezza e Clausole Generali*, Giuffrè, 2013.
- PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012.
- PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Jovene, 1978.
- PATTI, *Vicende del diritto soggettivo. Un itinerario di diritto privato*, Torino, 1999.
- PENNISI, *La Convalida del Marchio*, Giuffrè, 1991.
- PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte Costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, quaderni della rass. Dir. pubbl. eur., Napoli, 2008.
- PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Milano, 2004.
- PUGLIESE, *La prescrizione nel diritto civile, I, la prescrizione estintiva*, Torino, 1924.
- RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, Cedam, 1971.
- RIEZLER, *Venire contra factum proprium*, Leipzig, 1912.
- SCIARABBA; *Tra fonti e Corti. Di ritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.
- TESAURO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Editoriale Scientifica – lezioni magistrali, 2012.
- TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità – La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Cedam, 2006.
- TRIVELLIN, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Giuffrè, 2009.
- TROISI, *La prescrizione come procedimento*, EDS – Edizioni scientifiche italiane, 1980.
- WALSMANN, *Der Verzicht*, Leipzig, 1912.
- ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European law of Set off and Prescription*, Cambridge University press, 2002.

ARTICOLI

- AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*; in *Danno resp.*, I, 26 ss.
- AMRANI-MEKKI, *Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription? À propos de la loi 17 juin 2008*, in *Semaine juridique*, édition generale, 2008, I, 160 ss.
- ANCEL – FAUVARAQUE COSSON, *Variations sur le processus d'harmonisation du droit à travers l'exemple du droit de la prescription extinctive*, in *RDC*, 2004, 3, 793 ss.
- ANDRONIO, *La mancata attuazione del diritto dell'Unione Europea da parte dello Stato: responsabilità contrattuale di natura indennitaria per attività antigiuridica*, in *Giustizia Civile* 2011, 6, 1583 ss.
- ANZANI, *Riflessioni su prescrizione e responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, XXVIII, 199 ss.

- ARROYO I AMAYUELAS – VAQUER, *Prescription in the proposal for a common european sales law*, in *European review of contract law*, 9, 1, 2013.
- ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. Dir. Civ.* 2005, 603 ss.
- BAIRATI, *A proposito del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria per violazione del diritto comunitario: la sentenza della Corte di giustizia CE Danske Slagterier c. Repubblica federale di Germania*, in *Contratto e impresa Europa*, 2009, 1030 ss.
- BAIRATI, *La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria – Questioni teoriche e implicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 693 ss.
- BAIRATI, *L'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia e l'applicazione delle discipline nazionali relative ai termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti fondati sul diritto UE*, in *Giur. It.*, 2011, 3 ss.
- BALLOT-LÉNA, *Les multiples points de départ de la prescription extinctive*, in *Les petites affiches*, 7.12.2007, 5 ss.
- BANDRAC, *Les tendances recentes de la prescription extinctive en droit français*, in *R.I.D.C.* 1994, 46, 2, 359 ss.
- BARBIERI, *Norme comunitarie self executing e decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 1995, 73 ss.
- BARBUTO, *Tributi per iscrizione e registrazione entro il limite delle spese davvero sostenute*, in *Guida al diritto*, 1998, 1, 116 ss.
- BASTIANON, *La Corte di Giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo; in Danno resp.*, 2007, 19 ss.
- BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungolatenti.*, in *Corr. Giur.*, 5, 2007, 648 ss.
- BENABENT, *Réflexion finales*, in *Revue Lamy droit des affaires*, 42, oct. 2009, 117 ss.
- BIANCHI RANIERI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sistema della responsabilità civile?* In *Resp. Civ. e Prev.* 2007, 7-8, 1605 ss.
- BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella morsa delle Corti sovranazionali*, in *Giur. Cost.*, I/2008, 595 ss.
- BILE, *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. civ.*, 3/2011, 115 ss.
- BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della ragionevolezza*, in *Resp. Civ. prev.* 2007, 1709 ss.
- BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della Cassazione sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile*, in *Giur. It.*, 2004, 286 ss.
- BONELL, *Il diritto Europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Europa e Diritto privato*, 3, 2007.
- BONELL, *Verso un regime uniforme di prescrizione per i contratti commerciali internazionali?*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 784 ss.
- BRENNER, *De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive*, in *RDC*, 2008, 1431 ss.

- BUFFONE, *Prescrizione del diritto al risarcimento dei Danni lungolatenti*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2008, 1269 ss.
- CALZOLAIO, *Il valore del precedente della Corte di Giustizia*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 41 ss.
- CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2011, 04, 1087 ss.
- CALZOLAIO, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttive comunitarie*, in *Giur. It.*, 2004, I, 47 ss.
- CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 721 ss.
- CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. Giur.* 2006, 1321ss.
- CARBONNIER, *Notes sur la prescription Extinctive*, in *RTDC*, 1952.
- CARBONNIER, *La règle Contra non valetem agree non currit praescriptio*, in *Rev. crit.*, 1937, 155 ss.
- CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno resp.*, 2007, 1, 34 ss.
- CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in <http://www.cortecostituzionale.it>
- CARTABIA, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.* 2007, 5 ss.
- CONTI, *Ancora dissidi fra cassazione, consiglio di Stato e corte dei diritti umani sull'occupazione illegittima*, in *Corriere Giur.*, 2006, 2, 225 ss.
- CONTI, *L'occupazione appropriativa scompare dall'empireo dell'ordinamento nazionale*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2003;
- CONTI, *Sugli espropri la prescrizione si avvicina a Strasburgo*, in *Corriere Giur.*, 2008, 11, 1535 ss.
- CRISAFULLI, *Interventi per eseguire le sentenze della Cedu senza annullare il lavoro di giudici e inquirenti*, in *Guida al diritto – Dir. intern.*, n.2/2007.
- DALLE VEDOVE, *L'art. 48 della legge marchi e il principio di non inganno del pubblico*, in *Riv. dir. ind.* 2001, 3, 192 ss.
- DE LUCA, *Estinzione della fideiussione ex art. 1955 c.c. e ritardo sleale nell'esercizio del diritto*, in *Banca borsa tit. cred.* 2001, 5, 608.
- DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. Dir. civ.*, 2010, I, 23 ss.
- DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale disciplina del Codice civile Tedesco in tema di prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2003, 176 ss.
- DI MAJO, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1348 ss.
- DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1428 ss.
- DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, 2, 353 e ss.
- DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la Prescrizione*, in *Corr. Giur.*, 2011, 4, 491 ss.

- DIBARI, CALLIN TAMBOSI, RE, SALA, TAGLIOLINI, *Denuncia dei vizi, Termine di decadenza, azione di responsabilità e termine di prescrizione in Immobili e proprietà*, 2006, 6, 383 ss.
- DIDWANIA, *The defence of Laches in copyright infringements claims*, in *The university of Chicaco law review*, 75, 3, 2008, 1231 ss.
- DIEZ-PICAZO, *Prologo*, en WIEACKER, *El Principio General de la buena fe*, 1977.
- DONADIO, *Diritto contrattuale e "optional instrument": una valutazione preventiva*, in *Contr.Impr. Europa*, 2011, 2, 649 ss.
- DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenza della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2008.
- FAUVARQUE – COSSON, *Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant une reforme de la prescription en matière civile*, in *Dalloz*, 2008, n. 36, 2512
- FERRETTI, *Si al decorso della prescrizione dal momento della pubblicazione della decisione AGCM*, in *Diritto e Giustizia*, 2013, 1335 ss.
- FOLLIERI, *Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione*, in *Vita not.*, 2005, 855 ss.
- FONTANELLI – MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del dialogo nascosto fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello*, in *Riv. Trim. drit. Pubbl.*, 2/2008, 351 ss.
- FORT, GROW, MCCORKLE, NEWLAND, *Indian Claims and the Real Origins of Certain Equitable Defense*, Indigenous La & Policy Center Working Paper 2006 – 01, Michigan State University College of Law.
- FORT, *The New Laches: Creating Title Where None Existed* (August 8, 2008). MSU Legal Studies Research Paper No. 06-15; 16 Geo. Mason L. Rev. 357 (Winter, 2009).
- GALLI, *Le nuove frontiere della prescrizione: Verwirkung, abuso del diritto e buona fede*, in *Corr. Giur.* 1998, 928 ss.;
- GANGI, *Il momento iniziale della prescrizione estintiva*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1902, 221 ss.
- GERSTENBLITH, *Recent developments in the law of Extinctive prescription in the United States*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, 61 ss.
- GIUSANA, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1957, 424 ss.
- GORGONI, *La difficile costruzione delle regole risarcitorie per violazione statale di obblighi comunitari*, in *Corr. Giur.*, 2010, 182 ss.
- GRASSO, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1970, 860 ss.
- GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 311 ss.
- HERIOT, *A study in the Choice of Form: Statutes of Limitation and the Doctrine of Laches*, in *BYU L. Rev.* 917,1992.
- KIM, *To bar or not to bar? The application of an equitable doctrine against a statutory mandated filing period*, in *University of California, Davis*, 43, 1715, 2010.
- LA MALFA RIBOLLA, *Ritardata attuazione delle direttive comunitarie e adeguata remunerazione dei medici specializzandi: tra prescrizione del diritto ed effettività della tutela*, in *Resp. Civ.*, 2012, 8 – 9, 590 ss.

- LAGARDE, *Indemnisation des maladies professionnelles et prescription*, in *Semaine juridique*, 2003, I, 159 ss.
- LAITHIER, *Le nouveau droit français de la prescription extinctive et le rapport Limitation of Action de la Law Commission anglaise*, in *Réforme de la prescription*, 2008, 2438 ss.
- LASSERRE-KIESOW, *La prescription, les lois et la faux du temps*, in *La Semine Juridique Notarile et Immobiliare*, n° 19, 2004.
- LAUWAARS, *The application of community law by national courts ex officio*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 13, Issue V, 2007, 1167 ss.
- LEROYER, *Chronique de législation français, Prescription, Loi n. 2008 – 561 portant une réforme de la prescription en matière civile*, in *RTD civ.*, 2008, 563 ss.
- LEVANO, *La Prescription extinctive en droit allemand après la réforme di droit des obligations*, in *R.I.D.C.* 4, 2004, 950 ss.
- LEVENEUR, *Ignorance par la victime des travaux de l'existence du contrat d'assurance et plus précisément de l'identité de l'assureur*, in *Contrats, concurrence et consommation*, 1993.
- LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *Contratti*, 2010, 706 ss.
- LOCKE, *Resetting the doomsday clock: is it constitutional for Laches to bar copyright infringement claims within the statute of limitations?*, in *Buffalo intellectual property law journal*, 6:2, 2009, 134 ss.
- LONGOBUCCO, *Istituti civilistici e nomofilachia della Corte di Cassazione nella complessità del vigente ordinamento*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 4-5, 839 ss.
- LONGOBUCCO, *La prescrizione come "rimedio civile": profili di ragionevolezza dell'istituto*, in *Contratti*, 2012.
- LUCCI, *Accettazione dell'eredità e ruolo della vocatio*, in *Giust. civ.*, 10, 2013, 2081
- MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *Corr. Giur.*, 2011, 1429;
- MALAUURIE, *La Réforme de la prescription civile*, in *Defrénois-répertoire du Notariat*, n.18, 2008.
- MALAUURIE, *La réforme de la prescription civile*, in *Répertoire du notariat, Defrénois* 23, 2007.
- MALAUURIE, *La réforme de la prescription civile. Commentaire de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008*. in *Répertoire du notariat, Defrénois* 18, 2008.
- MARI, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla natura della responsabilità dello Stato per mancata o tardiva trasposizione di una direttiva comunitaria non self executing*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, 225 ss.
- MIGNOT, *Aperçu critique de l'avant projet de loi sur la prescription*, in *Revue de recherche juridique*, 2007/4, 1639 ss.
- MIRRONE, *Il comportamento delle parti esecutivo del giudicato e la clausola generale di buona fede*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 05, 451 ss.
- Monateri, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, 389 ss.
- MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in www.rivistaaic.it, 2002.

- NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.4, 2012, 953 ss.
- PASQUINELLI, *Illecito comunitario del legislatore ex art. 2043 cod. civ.: la Cassazione interviene ancora*, in *Resp. Civ. prev.*, 2008, 1559 ss.
- PASQUINELLI, *Le Sezioni unite e la responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto comunitario – un atteso revirement*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, 1018.
- PATTI, *Certezza e Giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2010, 01, 21 ss.
- PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 2012.
- PELLETTIER, *L'aménagement conventionnel de la prescription extinctive*, in *RDC*, 2008, 430 ss.
- PICKERING, *Estoppel by Conduct*, in *Law Quartely Review*, vol. 55, 1939.
- PIRAINO, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 3, 707 ss.
- PIZZORNI, *La recente evoluzione della giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 149 ss.
- RACHELI, *Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione*, in *Giustizia Civile*, 9, 2005, 2182 ss.
- RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, 279 ss.
- ROBINSON, *Laches in federal substantive law: relation to statutes of limitation*, in 56, *B.U. L. Rev.* 1976, 973
- ROMITO, *Il difficile dialogo tra Corte di giustizia dell'Unione europea e giudice interno in tema di decorrenza del termine di prescrizione*, in *Studi sull'integrazione europea*, VII (2012), 59 ss.
- RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in www.giurcost.org
- SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 2001, 228 ss.
- SATULLO, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in *La resp. civ.*, 2011, 4, 253 ss.
- SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte Costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.3-4, 2008, 747 ss.
- SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 168.
- SICCHIERO, *Il principio di effettività ed il diritto vivente*, in *Giur. It.*, 1995, 8 ss.
- TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte sub-costituzionale del diritto*, in www.forumcostituzionale.it
- TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2/2012, 195 ss.

TESCARO, *La prescrizione dell'azione di riduzione, nel più generale contesto dell'inadeguato e incerto diritto della prescrizione italiano*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 11, 78.

TESCARO, *Osservazioni in tema di decorrenza della prescrizione e auto responsabilità*, in *Studium Juris*, 2007, 255 ss.

VAGNI, *La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 2013, 573.

VAQUER – CUCURULL SERRA, *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*, in www.indret.com, 2005.

VAQUER, *Pure Importing Foreign Doctrines: yet another approach to the unification of European private Law? Incorporation of the Verwirkung doctrine into Spanish case law*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 8, 2001, 301 ss.

VAQUER, *Verwirkung Versus Laches: A tale of two Legal Transplants*, 21, *Tul. Euro, Civ. LF*, 2006, 55 ss.

VASS – CHEN, *The Admiralty Doctrine of Laches*, in 53 *La. L. Rev.* 495, 1992.

VIDIRI, *La decorrenza del termine di prescrizione del diritto di accettazione dell'eredità: una problematica da sempre discussa*, in *Giust. civ.* 11 – 12, 2013, 2518.

VIOLA, *La prescrizione nei danni lungo latenti*, in www.altalex.it;

WHARTON, *The Effect of Lapse of Time on Suits in Equity*, in *The American Law register and Review*, vol. 41, 4, (first series), 1893, 319 ss.

WILSON, *Recent Developments in Estoppel*, in *Law Quarterly Review*, vol. 67, 1951.

206

VOLUMI COLLETTANEI E ATTI DI COLLOQUI

ALLISON, *Transplantation and cross-fertilisation in public law*, in Beatson e Tridimas (eds) *New directions in European public law*, Hart publishing, Oxford, 1998, 169 ss.

AMADEO, *L'effettività del diritto comunitario sostanziale nel processo interno: verso un approccio di sistema?*, in (a cura di F. Spitaleri) *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Giuffrè editore, 2009.

AMRANI MEKKI, *Les causes de suspension et d'interruption de la prescription en droit français*, in *La prescription extinctive. Etude de droit compare, a cura di Jourdain – Very*, coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Emile Bruylant, 2011.

BEHAR – TOUCHAIS, *Foisonnement des délais*, in *Les Désordres de la prescription*, Textes réunis par Patrick Courbe, Publications de L'Université de Rouen avec le concours du Centre de recherché en droit des activités professionnelles, 2000.

BEHAR-TOUCHAIS, *Délais pour la prescription?*, in *La prescription extinctive. Etude de droit comparé a cura di Jourdain – Very*, coll. Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Emile Bruylant, 2011.

BIGOT DE PRÉAMENEU, *Exposé des motifs*, in Fenet, *Recueil complet des travaux du Code civil*, Paris, 1827.

CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in Bin, Brunelli, Pugiotto, Veronesi (a cura di), *All'incrocio tra*

Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo, Torino, 2007.

CARTWRIGHT, *Protecting Legitimate expectations and Estoppel: english Law in La confiance légitime et l'estoppel*, 17° Congrès international de droit comparé de l'Académie internationale de droit comparé, Utrecht (Pays-Bas, 16-22 juillet, 2006

CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004.

CONTI, *Cedu, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, a cura di Roberto Cosio e Raffaele Foglia, Giuffrè editore, 2013.

Corte Costituzionale, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè, 1994.

HOCQUET-BERG, *La réparation des dommages dans le nouveau droit de la prescription*, in *La réforme du droit de la prescription extinctive: perspectives nationales et transfrontalières*, actes de colloque, Metz, 7 mai 2009.

HONDIUS, *Extinctive prescription. On the Limitation of Actions (XIV° congrès internationale de droit comparé)*, 1994.

HOONAKKER, *La disposition de la prescription*, in *La réforme du droit de la prescription*, actes du colloque de Strasbourg, 7 novembre 2008, LPA, 2009.

KINDLER, *La nuova disciplina della prescrizione*, in *Il codice tedesco "modernizzato"*, Torino, 2004.

LONGOBUCCO, *Ragionevolezza del termine di prescrizione e danni lungolatenti alla persona*, in Perlingieri – Caparezza figlia, *L'interpretazione secondo costituzione nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche, tomo II, Diritti reali, obbligazioni, autonomia negoziale, responsabilità civile*, vol. II, Edizioni ETS.

MAZEAUD, *Liberté contractuelle et pouvoirs du juge dans le nouveau droit de la prescription extinctive*, in *La réforme du droit de la prescription extinctive: perspectives nationales et transfrontalières*, actes de colloque, Metz, 7 maggio 2009.

MAZEAUD, *Ordre public et aménagements de la prescription*, in *Les désordres de la prescription*, textes réunis par Coubre, Publication de l'Université de Rouen, 2000.

PALADINI, *L'estinzione dell'obbligazione negli incerti confini tra doverosità dell'adempimento e inesigibilità della prestazione*, in *L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento*, a cura di Paladini, Breccia, Utet giuridica, 2010.

PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in Garofalo, *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Cedam, 2006.

SARGOS, *Les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de Cassation*, in AA.VV. *Les desordres de la prescription*, a cura di Courbe, Rouen, 2000.

ZIMMERMANN, *Germany*, in Ewoud H. Hondius, *Extinctive prescription on the Limitation of Actions (XIV° congrès international de droit compare)*, 1994.

TRATTATI E MANUALI

- AJANI – PASA, *Diritto comparato, casi e materiali*, Giappicchelli editore, 2013.
- AZZARITI - SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja - Branca, libro VI°, Tutela dei diritti, art. 2910 – 2969, II° ed, 1977, Bologna – Roma, 221.
- CARBONE, voce *Riduzione delle donazioni e delle disposizioni testamentarie lesive della legittima*, in *Digesto delle disc. Priv. – sez. civ. – XVII*, Torino, 1998.
- CHIEPPA – GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè 2011.
- CIMMA, voce *Prescrizione e Decadenza*, in *Digesto/civ.*, XIV, Torino, 1996, 247.
- COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Società Editrice Libreria, 1924 (ristampa 1992).
- FENET, *Recueil Complet des travaux préparatoires du code civil, tome quinzisième*, Paris, 1836, 573.
- Halsbury's Laws of England*, ed. The Right Honourable Lord MacKay of Clashfern, 16(2), 4th ed. (reissue), 2003.
- HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Vol. 5, Methuen & Co., 1937.
- HYEST, PORTELLI, YUNG, *Pour un droit de la prescription moderne et cohérent, Les rapports du Sénat*, n. 333, 2006 – 2007.
- MARKESINIS, LORENZ, DANNEMANN, *The german law of obligations. Volume I°, the law of contracts and restitution: a comparative introduction.*, Clarendon press Oxford, 1998.
- MAZEAUD; MAZEAUD; CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, IX^e Ed., Théorie générale, Montchrestien 1998
- MC CLINTOCK, *Handbook of the Principles of Equity*, II^e ed., Hornbooks series, 1948.
- MERLIN, voce *Prescrizione*, in *repertorio di giurisprudenza*, trad. it. CARRILLO, col X, Venezia 1840, 649.
- MICKLITZ - REICH, *The commission proposal for a “Regulation on a common European sales law (CESL)” – too broad or not broad enough?*, EUI Working Papers, Law 2012/04.
- MONATERI - COSTANTINI, *La Prescrizione*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da Rodolfo Sacco, Utet Giuridica, 2009.
- MOUVEMENT DES ENTREPRISES DE FRANCE *Proposition de loi portant réforme de la prescription en matière civile, position du Medef*, février 2008.
- PATTI, Voce *Verwirkung*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 728.
- RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. Disc. Giur. Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 311.
- RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, I, 1, Le fonti e i soggetti, Milano, 2009.
- ROSELLI, *La prescrizione*, Tomo primo, artt. 2934 – 2940, Giuffrè, 2012.
- ROUHETTE, DE LEMBERTERIE, TALLON, WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, coll. Droit privé comparé et européen, Société de législation comparée, 2004.
- SMITS, *The Common European Sales Law (CESL) beyond party choice*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper n. 2012/11.

- STARK, ROLAND, BOYER, *Droit Civil. Les Obligations, 2. Le contrat.*, VI^e éd, Litec, 1998
- TERRE, SIMLER; LEQUETTE “ *Droit civil. Les obligations*”, VI^e Ed., Dalloz – Sirey, 1996.
- THE ENGLISH LAW COMMISSION, *Limitation of Actions, Consultation Paper n. 151*, London, HMSO, 1998.
- TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI, III, *La successione legittima*, Milano, 2009.
- VARANO - BORSOTTI, *La Tradizione giuridica occidentale, volume I, testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Giappichelli Editore, 2006.
- VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in Tratt. Rescigno, Torino, 1985.
- WHITTAKER, *The Proposed Common European Sales Law: Legal Framework and the Agreement of the Parties*, University of Oxford Legal Research paper Series, 10/2012.
- WINDSCHEID, *Diritto Tedesco delle Pandette*, libro secondo (traduzione ad opera di Fadda e Bensa), Unione Tipografico – Editrice, 1904.
- WITZ, *Droit privé Allemand, 1. Actes juridiques, droit subjectifs*, Litec, 1992.

SITOGRAFIA:

<http://www.lawcom.gov.uk/>

Law Commission Consultation Paper n°181 (1998)

Law Commission Report n°270 (2001)

<http://www.senat.fr/>

Texte n° 432 (2006-2007) de M. [Jean-Jacques HYEST](#), déposé au Sénat le 2 août 2007

Rapport n° 83 (2007-2008) de M. [Laurent BÉTEILLE](#), fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 novembre 2007

Rapport n° 358 (2007-2008) de M. [Laurent BÉTEILLE](#), fait au nom de la commission des lois, déposé le 28 mai 2008

Texte n° 104 (2007-2008) adopté définitivement par le Sénat le 5 juin 2008

<http://www.assemblee-nationale.fr/>

Rapport n° 847 de M. Emile BLESSIG, député, fait au nom de la commission des lois, déposé le 30 avril 2008

<http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp>

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr>, per il testo *dell'Avant projet de Réforme du droit des Obligations et de la Prescription e l'exposé des motifs*.

<http://www.unidroit.org>

<http://www.bundestag.de/>

<http://www.echr.coe.int>

<http://www.cortecostituzionale.it>