

Le stagioni della prescrizione estintiva

di Giacomo Travaglino

Il lavoro si ripromette di analizzare l'istituto della prescrizione nella più vasta dimensione dei rapporti tra diritto e tempo.

La scelta di un istituto "classico" come la prescrizione, dalle origini antichissime, è apparsa funzionale a ripercorrerne le tappe alla luce dei rivoluzionari mutamenti che, negli ultimi decenni, hanno interessato l'intero sistema della responsabilità civile, contrattuale e aquiliana – terreno di elezione dell'operare dell'effetto estintivo dei diritti all'esito dello scorrere del tempo.

All'esito dell'indagine morfologica dell'istituto, che ne propone una collocazione nella più ampia dimensione della "relazione" intersoggettiva, piuttosto che non riferirlo alle singole posizioni di diritto e di obbligo delle parti del rapporto, la riflessione si volge poi alla disamina dell'influenza che il diritto europeo – predicativo sempre più spesso di esigenze di effettività della tutela giudiziaria e di proporzionalità dei relativi mezzi – ha dispiegato, modificandone profondamente i meccanismi di operatività, su questo ancor oggi poco decifrabile strumento di estinzione dei diritti.

1. Il tempo e il diritto

La scelta di trattare un argomento "classico" come la prescrizione estintiva può apparire singolare (se non addirittura inattuale) in tempi di sempre più intense modificazioni di istituti, regole, prassi del nostro diritto privato. Basti pensare alla magmatica, incessante, talvolta scomposta evoluzione del modello tradizionale della responsabilità civile, concepito dal legislatore del 1942 secondo criteri di "estetica classica" del tessuto normativo¹, e geneticamente mutato, nell'ultimo trentennio – attraverso un percorso segnato sempre più frequentemente dalla giurisprudenza – in una inquietante struttura dal fascino gotico, "complessa e spettacolarista"².

Eppure, prolungando brevemente una ideale sosta proprio nel vasto territorio della responsabilità civile così come via via strutturatasi negli ultimi decenni, l'attenzione dell'interprete non può non soffermarsi proprio sull'istituto della prescrizione estintiva e sul ruolo, diafano eppur pervasivo, che essa ha giocato nella evoluzione dei concetti di responsabilità contrattuale e di torto aquiliano, in guisa di ultimo baluardo (talvolta inopinatamente travolto) dei confini tra le due categorie dell'illecito.

Proprio l'analisi di un istituto apparentemente impermeabile al tempo della complessità, al post-moderno del vissuto giuridico, alle incessanti modificazioni di sistema della responsabilità civile a cui abbiamo assistito nell'ultimo trentennio consente, forse, di gettare

1. P.G. Monateri, *I danni da fumo: classico e gotico nella responsabilità civile*, in *Corriere giur.* 2005, p. 672 ss. specie p. 674, che rinviene tale caratteristica "classica" del cd. sottosistema di responsabilità civile definendone la complessa architettura come «simile ad un tempio greco: fisso, squadrato, insuscettibile di manipolazioni o aggiunte, imponente, ma senza cercare l'effetto», architettura che si dipana, a detta dell'autore, secondo: 1) un criterio generale di responsabilità per colpa; 2) una colpa intesa come negligenza, imprudenza, imperizia; 3) un oggetto costituito da diritti soggettivi assoluti; 4) un nesso causale imperniato sulla teoria della *conditio sine qua non* (talvolta temperato dalla concezione della «causalità adeguata»); 5) un sistema di esimenti codificate (esercizio del diritto, colpa concorrente o assorbente del danneggiato ecc.).

2. L'efficace espressione è sempre di Monateri, op. loc. cit.

nuova luce su quello che è stato felicemente definito il tramonto, o la crisi, del circolo logico di certezza su cui riposa il moderno Stato di diritto, dove «decidere la controversia, giudicare torto e ragione, applicare la legge coincidono appieno, e l'uno sta per l'altro»³.

Ecco allora che un'indagine condotta su di un istituto (apparentemente) "classico" come la prescrizione, (apparente) presidio di una ineffabile "certezza del diritto", (apparentemente) solido proprio come un tempio greco, potrebbe svelare profili di sorprendente attualità, senza per questo tralasciare quell'esigenza speculativa che muove dall'insegnamento di uno dei più raffinati giuristi della civilistica italiana, ancor oggi pronto a rammentarci come esistano fatti che rendono inutile ogni indagine circa l'esistenza, il modo di essere di altri fatti, ben più remoti, e ciò accade perché, rompendo con il passato, essi creano una soluzione di continuità nel divenire giuridico, generano una situazione originaria la cui validità non è condizionata all'esistenza di un rapporto di derivazione dallo stato anteriore, ed esprimono, all'opposto di altri fatti – che ubbidiscono invece al fondamentale bisogno della continuità –, l'altrettanto insopprimibile esigenza della discontinuità delle situazioni, rinnovando, nella dimensione dell'ordinamento giuridico, quella tensione dialettica tra continuo e discontinuo di cui sono intessute le stesse vicende dell'uomo: tali fatti sono l'usucapione, il giudicato, la transazione e, più di tutti, la prescrizione⁴.

L'idea che la prescrizione, nello sforzo di coniugare il Tempo e il Diritto, sia uno dei più enigmatici istituti dell'ordinamento affiora già dal silenzioso ossimoro costituito dalla sua disciplina positiva – l'art. 2934 del codice civile, secondo cui ogni diritto si

estingue per prescrizione – e dalla collocazione sistematica dell'istituto in seno al VI libro del codice civile, destinato alla *tutela* dei diritti: già si palesa la disarmonia concettuale tra *esistenza* di un diritto soggettivo, relativa *tutela* e sincronica *estinzione*, vicende (tutte) collocate nella medesima *sedes materiae*.

La prescrizione coniugata col tempo che scorre è la forma di una *tutela estinta*? O piuttosto *di estinzione tutelata*?

Scopo della prescrizione è davvero quello «della difesa del presente di fronte al passato»⁵?

È forse l'immagine *della estinzione tutelata* che induce (nella pur probabile inconsapevolezza del legislatore) ad una prima riflessione: benché giunto all'epilogo della sua storia, alla sua *estinzione* per il passare del tempo, il primo significante dell'ordinamento civilistico tradizionale, *il diritto soggettivo*, pare ancora imporre una sorta di tutela postuma, rispettosa e sollecita (quantunque residuale, quand'anche eventuale), benché apparentemente cancellato dalla sfera del rilevante giuridico⁶.

L'analisi dell'istituto della prescrizione, condotta (secondo i canoni classici dell'indagine esegetica) sul piano della morfologia, della funzione, degli effetti, è dunque destinata all'approdo verso lidi assai poco rassicuranti in termini di certezza del suo inquadramento sistematico?

La risposta non appare consolatoria.

Il legislatore del 1942 ha solo apparentemente risolto i problemi ermeneutici ereditati dalla corrispondente norma del codice del 1865, eliminando il collegamento tra usucapione e prescrizione estintiva⁷ ed estendendo gli effetti di quest'ultima a tutti i diritti (cambiar tutto perché nulla cambi?)⁸, che l'i-

3. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 4, che riflette, ricordando il pensiero di Max Weber (*Economia e società*, trad. it., II, Milano, 1974, p. 278), da un canto, sui rapporti tra la razionalizzazione e la sistemazione del diritto e la crescente calcolabilità del funzionamento dell'amministrazione della giustizia; dall'altro, sulla degradazione dei principi codicistici a diritto residuale o suppletivo, «così che nessuna norma può dirsi stabile, ma tutte sono travolte in un divenire implacabile» (Irti, cit., p. 36).

4. A. Falzea, *Voce Efficacia giuridica*, in EdD vol. XIV, p. 499. Non diversamente si sarebbe espresso S. Pugliatti, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile, metodo teoria, pratica*, p.66; per la dottrina straniera (e per l'affermazione di non dissimili concetti), F. Sander, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*, in *Z. ausl. Oeff. R. VR.*, 1919.

5. Denburg, *Pandette*, trad. it. I, 1, Torino, 1906; C. Fadda e P.E.Bensa, *Note dei traduttori al libro secondo*, in B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, IV, Torino, 1930.

6. Sulla matrice prettamente illuministica della concezione degli istituti giuridici in termini di diritti soggettivi (e relativa tutela), G. Solari, *L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato*, Torino, 1911; G. Gorla, *Commento a Tocqueville, "L'idea dei diritti"*, Milano, 1948, pp. 8 ss.; R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Ius* 1960, p. 149; M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966; P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, pp. 4 ss.; P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 127; F. Lucarelli, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, pp. 115s, 125 ss.; *Id.*, *La proprietà "pianificata"*, Napoli, 1974, p. 197; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Parigi, 1952, p. 56; G. Ripet, *Les forces créatrices du droit*, Parigi, 1955, p. 292.

7. Il primo codice europeo che scolpirà la differenza tra prescrizione estintiva ed acquisitiva sarà il BGB, disciplinando l'istituto nei §§ dal 194 al 225.

8. L'art. 2105 del codice del '65, sulla falsariga del *Code Napoléon*, disciplinava la prescrizione come «quel mezzo con cui con il decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto od è liberato da un'obbligazione». La disposizione riguardava, eviden-

stituito, percorsi i territori di gran parte degli istituti giusciviltistici (i diritti reali, i diritti di credito, i diritti personali), può ancora sfociare nella diversa dimensione *del processo*, ove l'eccezione di prescrizione, l'irrilevanza *officio iudicis*, la rinuncia precedente o successiva al formarsi di un eventuale giudicato inducono ad analisi che, ancor oggi, gettano ombre su molti dei suoi aspetti strutturali e funzionali⁹.

Incerta, del fenomeno prescrizione, è *la natura*, sostanziale o processuale¹⁰, incerto appare il suo

fondamento – trovandosi ancor oggi insanabilmente divisa la dottrina tra il postularne (premessa, quasi unanimemente, la “necessità giuspubblicistica”)¹¹, esigenze di certezza del diritto¹², caratteri di sanzione per l'inerzia¹³, finalità di adeguamento di una situazione di fatto ad una situazione di diritto¹⁴, funzioni di tutela della posizione del soggetto passivo del rapporto¹⁵ –, discussi ancora ne sono *l'operatività* (automatica¹⁶ ovvero *ope exceptionis*¹⁷), *l'oggetto*¹⁸ e, per finire, *l'effetto*¹⁹.

temente, tanto la prescrizione cd. acquisitiva (*rectius*, l'usucapione) quanto quella estintiva, limitava quest'ultima ai diritti obbligatori, poneva, infine, l'accento sul momento *della liberazione dall'obbligo* del soggetto passivo. Con il nuovo codice, il dato normativo trasferisce il suo baricentro *dall'acquisto* di una situazione di libertà da parte del debitore *all'estinzione* del diritto (tutto cambia), senza che possa, per questo, realmente ritenersi superata, come meglio si dirà in seguito, l'ottica *del rapporto* tra soggetto passivo e soggetto attivo sotto il profilo dell'effetto estintivo (nulla cambia?). Va, comunque, sottolineato (R. Oriani, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, p. 15), che la fissazione legislativa della fattispecie prescrizione nei termini attuali è una novità non solo rispetto al codice del 1865, ma anche rispetto alla codificazione francese (art. 2219 *code civil*) e tedesca (§ 194 BGB), mentre il codice austriaco, al pari di quello italiano (§ 1451) fa consistere la prescrizione «nella perdita di un diritto non esercitato entro il tempo fissato dalla legge».

9. Sui rapporti tra gli aspetti sostanziali e quelli processuali dell'istituto della prescrizione, con specifico riguardo al fenomeno dell'interruzione, si vedano i pregevolissimi rilievi di Oriani, cit., p. 178 ss.

10. Di recente, sulla pretesa caratterizzazione esclusivamente processuale dell'istituto, B. Troisi, *La prescrizione come procedimento*, Camerino, 1980; G. Panza, *Contributo alla studio della prescrizione*, Napoli, 1984.

11. A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1995, p. 141; G. Azzariti - G. Scarpello, *Prescrizione e decadenza in Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, libro VI, Bologna-Roma, 1964, p. 203. Per una accurata rassegna delle varie opinioni della dottrina più risalente, V. Tedeschi, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948, pp. 19 ss.; A. Romano, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 184. Di avviso contrario, invece, E. Giusiana, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1927, p. 424 e A. Auricchio, *Appunti sulla prescrizione*, pp. 38 ss. (sulla cui opinione, *amplius, infra*). Ritengono che l'esigenza di certezza giuridica sia alla base non della prescrizione, ma della decadenza, P. Trimarchi, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, p. 219; Candian, *Prescrizione e decadenza*, in *Temi*, 1950, p. 3.

12. Per la dottrina straniera, F.K von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, V, Torino, 1898, p. 309; B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, Torino, 1902, p. 428; R.T. Troplong, *Della prescrizione*, I, Palermo, 1847, p. 26; H. L. et J. Mazeaud, *Lecons de droit civil*, VIII ed., t. II, vol I, Parigi, 1991. Per la dottrina italiana sotto il vigore del vecchio codice, per tutti, F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, V, Torino, 1907, p. 272; sotto il vigore del codice attuale, Azzariti Scarpello, cit., p. 203 (con ulteriori indicazioni bibliografiche). Anche secondo Tedeschi, *Lineamenti*, cit., p. 55, l'ordinamento giuridico, mediante la prescrizione, pone riparo alle conseguenze economico-sociali di incertezza derivanti dal prolungarsi del mancato esercizio del diritto.

13. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, I, p. 187; Scalfi, *Osservazioni sulla prescrizione e decadenza*, in *Temi*, 1952, n. 3; Candian, *Decadenza e prescrizione*, *ivi*, 1950, pp. 1 ss. Osserva, criticamente, che la prescrizione opera indipendentemente da una situazione colposa imputabile al creditore R. Caponi, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 730 ss.

14. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1977, p. 113; A. Falzea, voce *Efficacia giur.*, cit., p. 500.

15. Auricchio, cit., pp. 41 ss.

16. Così Santoro Passarelli, p. 120; S. Pugliatti, voce *Eccezione* in *EdD XIV*, 1965, p. 164; Auricchio, cit., p. 70; V. Panuccio, *La confessione stragiudiziale* Milano, 1960, p. 96 (secondo il quale «un fenomeno giuridico non cessa di essere di natura sostanziale per la mediazione processuale del suo effetto, per la necessità, cioè, che tale effetto sia accertato in un processo»).

17. Azzariti Scarpello, cit., p. 244; Ferrucci, *Della prescrizione e della decadenza*, Torino, 1964, p. 415; P. Schlesinger, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1958, I, 357; G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 87

18. Se, cioè, essa sia applicabile a tutti i diritti soggettivi, salvo le eccezioni di cui all'art. 2934 cc (per tutti, Santoro Passarelli, *Dottrine*, cit., p. 114; Auricchio, *Appunti*, cit., p. 12), ovvero ai soli diritti di credito (in tal senso, D. Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, p. 267; G. Branca, *Non uso e prescrizione*, in *Scritti in onore di Ferrini*, Milano, 1947, I, p. 169).

19. Pur essendo opinione dominante quella secondo cui per effetto della prescrizione si estinguono i diritti soggettivi (così P. Trimarchi, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus* 1956, p. 218; F. Carnelutti, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1933, I, p. 35; S. Romano,

Né è mancato chi, della prescrizione, ha con forza predicato la contrarietà, oltre che al diritto naturale, alla morale e alla stessa logica giuridica, *car enfin, un droit existe, ou n'existe pas*²⁰!!

Su di un istituto nato per dispensar certezze sembrano allora addensarsi nubi di questioni irrisolte, e ciò perché, con ogni probabilità, l'analisi esegetica di una fattispecie destinata a coniugare diritto e tempo è destinata ad affrontare tematiche intrinsecamente contraddittorie e inevitabilmente complesse, specie se si consideri che, ad ogni opzione compiuta con riferimento al suo fondamento, alla sua natura, alla sua struttura e ai suoi effetti consegue uno sviluppo ermeneutico «a percorso obbligato». Né vale obiettare che questa è la sorte dell'interprete, anche il più modesto, che si trovi ad affrontare l'impegno di ricostruire vicende di morfologia e di funzione di qualsiasi vicenda giuridica: v'è, nel fondo di questo singolare istituto, qualcosa di assolutamente caratteristico, di intrinsecamente peculiare, di apparentemente inafferrabile, di irrimediabilmente contraddittorio, di vagamente impalpabile, che par di cogliere fin dall'atto di penetrarne anche soltanto in superficie la storia e, attraverso questa, il suo stesso codice genetico.

Perché la prescrizione si misura e si nutre della dimensione del Tempo, unica vera categoria della ragione pura²¹.

Perché, in definitiva, lo sforzo esegetico deve misurarsi con un'architettura normativa da cui emerge un quadro così sintetizzabile: *ogni diritto si estingue per prescrizione* (ma), *a condizione che*:

- 1) *Non intervenga* «il riconoscimento del diritto» in corso di rapporto da parte del debitore, *ex art. 2944*;
- 2) *Non intervenga* la rinuncia alla prescrizione da parte del debitore dopo il suo compimento, *ex art. 2937*;
- 3) *Non intervenga* il pagamento spontaneo del debito prescritto, *ex art. 2940*;
- 4) *Intervenga* la vittoriosa proposizione dell'eccezione da parte del debitore, all'esito dell'eventuale instaurazione del processo, *ex art. 2938*, non potendo il giudice rilevarla d'ufficio;
- 5) *Intervenga* la vittoriosa proposizione (in caso di inerzia del debitore) dell'eccezione di prescrizione da parte dei terzi interessati *ex art. 2939*;
- 6) *Non intervenga* l'adempimento spontaneo da parte dell'(ormai *ex*) debitore successivamente al formarsi del giudicato che abbia accertato l'intervenuta prescrizione.

Esigenze di certezze scolpite dal tempo.
Soddisfatte²²?

È legittimo, allora, interrogarsi su quale esigenza di certezza possa dirsi esaudita da una fattispecie i cui meccanismi – operando, oltretutto, sul piano sia sostanziale che processuale –, postulino, a tacer d'altro, *una disponibilità dell'effetto estintivo* di un diritto soggettivo potenzialmente destinata a perpetuarsi per un tempo pressoché indeterminato, al di là del (solo apparentemente decisivo) decorso «del tempo previsto dalla legge»: manca, difatti, in tema di prescrizione, una norma analoga a quella dettata per la

Frammenti di un dizionario giuridico-Decadenza, Milano, 1957, p. 48; Giusiana. *cit.* p. 426; Azzariti-Scarpello, *cit.* p. 203), non manca chi (E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 467) riferisce l'effetto estintivo *all'intero rapporto*, e chi (Auricchio, *cit.*, p. 44 e *passim*) riconduce essenzialmente *all'obbligo del soggetto passivo*, anziché al diritto del soggetto attivo, l'effetto estintivo del fenomeno prescrizione (così anche Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1970, pp. 866 ss., e, successivamente, *Prescrizione*, EdD XXXV, p. 57). In argomento, ancora, cfr. P. Perlingieri (*Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 117), secondo il quale la prescrizione produrrebbe soltanto una modificazione della disciplina del rapporto che, in particolare, muterebbe l'obbligazione civile in obbligazione naturale.

20. «Perché, alla fine, un diritto o esiste, o non esiste!»: così R. Dekkers, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruxelles, 1957, t. VII, p. 1024, citato in Panza, *Contributo*, *cit.*, p. 4 nota 4.

21. E. Kant, *Critica della ragion pura - La logica trascendentale*, Koenigsberg, 1781.

22. La verità è che l'istituto della prescrizione sconta, già dalla nascita, una sorta di “peccato originale” consistente nell'essere stato considerato, sin dal diritto romano, null'altro che un rimedio processuale funzionale a paralizzare l'esercizio dell'azione, senza determinare, pertanto, alcuna perdita del diritto sul piano sostanziale (M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, pp. 260 ss.), mentre il diritto canonico, che pure gli riconosce – stentatamente – cittadinanza come “il male minore” (F. Ruffini, *La buona fede in materia di prescrizione*, Torino, 1892, citato in Oriani, *Processo di cognizione*, *cit.*, p. 94), tende il più possibile a svuotarlo di significato, contenuto ed effetti, predicandone il carattere di *impium praesidium*, e di *impium remedium* («che la prescrizione non sia un istituto di squisita equità morale è fuor di dubbio, pur rispondendo esso ad un alto interesse pubblico e sociale»: così i giudici della Corte d'appello di Milano nel lontano 5 luglio 1932 – in *Foro it.* 1932, I, 1560 –, con affermazione ripresa, di recente, da Pera, che osserva – *Foro it.* 1968, I, 2677 – come «anche i muri sanno che la prescrizione è un'empia difesa!»), attraverso i canoni di buona fede e giusto titolo: perché operi la prescrizione occorre, così, innanzitutto la *bona fides* – e, cioè, l'assenza di “peccato” in colui che acquista il diritto o viene liberato dall'obbligo – così che, in mancanza di questa, la prescrizione non avrebbe modo di operare. Per un'ampia ricognizione dell'evoluzione storica dell'istituto dal diritto romano al diritto intermedio, A. Campitelli, *Prescrizione (dir. intermedio)* in EdD XXXV, pp. 46 ss.

remissione del debito (che prevede un «congruo termine» entro il quale il debitore possa esprimere l'eventuale intento di rinuncia al beneficio)²³.

Ci si interroga allora sul se l'unico possibile punto di partenza dell'indagine debba prendere le mosse da un'analisi condotta in termini non statici, ma di *Durchgangstatbestand* dinamica²⁴, di fattispecie, cioè, che, solcato il terreno del diritto sostanziale per poi faticosamente dissodare (sia pur solo in ipotesi) quello del processo, assume caratteri costantemente mutevoli e apparentemente contraddittori.

Se un diritto «si estingue per il decorso del tempo», è ammissibile che il rapporto obbligatorio sottostante non si estingua anch'esso, ma si modifichi, cagionando (piuttosto che un effetto estintivo), un effetto preclusivo, quantomeno sul piano processuale²⁵?

È ammissibile che un diritto estinto sia (e non *contra ius*, si badi!) fatto ancora *valere in giudizio*?

E, fatto valere in giudizio un diritto ormai estinto, è ammissibile che il giudice *non possa rilevare d'ufficio* tale estinzione²⁶?

È ammissibile che, per il solo fatto di non aver sollevato l'eccezione di prescrizione, il soggetto passivo del rapporto sia condannato ad adempiere un *obbligo che più non esisterebbe* sul terreno del diritto sostanziale?

E infine, quanto tempo dopo l'estinzione del diritto per prescrizione il creditore potrà ancora attendere l'adempimento spontaneo di cui all'art. 2940 cc²⁷?

Se l'esigenza di certezza del diritto permea la disciplina dettata dai compilatori del *Code Napoléon*,

in aperta reazione alle tendenze equitative che caratterizzavano l'applicazione pratica dell'istituto della prescrizione nel diritto comune e nell'*ancien droit*, ciò spiega la ragione della previsione, nel codice francese e, in generale, nelle codificazioni ottocentesche, di un termine ordinario assai lungo (addirittura trentennale, nella previsione originaria BGB, fatti salvi termini più brevi in particolari fattispecie), il cui decorso sarà ancorato al momento in cui il diritto viene ad esistenza, senza alcuna considerazione per l'eventuale ignoranza del titolare o per impedimenti di fatto al suo esercizio.

La disciplina dell'istituto si ispira, così, «ad un criterio di stretta legalità, nel quale il compimento dei termini assume un carattere automatico, matematicamente prevedibile ed inevitabile»²⁸.

Ma la previsione di termini assai lunghi mostrerà ben presto i suoi limiti, di pari passo con l'accelerazione della vita sociale che caratterizza l'inizio del secolo scorso. Alcuni ordinamenti approntano nuovi codici, e se ne assiste ad una radicale riduzione (dieci anni nel codice svizzero delle obbligazioni del 1911, séguito poi dal nostro codice del 1942). La prescrizione finisce, così, «per essere dominata da una grande confusione e caratterizzata dal sostanziale disinteresse della dottrina, anche comparatistica»; lo rileva, acutamente, uno studioso²⁹ che pone in risalto un atteggiamento mentale quasi istintivo, che ovunque conduce a ritenere il diritto della prescrizione una materia marginale, più attinente alla pratica che alla riflessione teorica³⁰.

23. Così che il creditore, ogni volta che il termine di prescrizione si approssimi alla scadenza, ben potrebbe, mediante il compimento di un atto interruttivo stragiudiziale, in via unilaterale (e, in definitiva, del tutto arbitrariamente), provocare un nuovo decorso "inerte" del tempo necessario a prescrivere, salvo a ripetere indefinitamente tale attività ad ogni approssimarsi della scadenza del nuovo termine.

24. Letteralmente, «fattispecie di passaggio, di attraversamento».

25. È la nota tesi del Falzea, *Efficacia giur. cit.*

26. Mentre quello stesso giudice (art. 1421 cc) può rilevare d'ufficio la nullità di un negozio in ogni stato e grado del processo, in ossequio ad una non dissimile esigenza di certezza dei rapporti giuridici, che non tollerano il perpetuarsi di un effetto scaturente da una fattispecie inerte come quella del negozio affetto da nullità (in argomento, *funditus*, Cass., sez. unite, 26242/2014, pubblicata in tutte le maggiori riviste specializzate).

27. Già la prescrizione penale si manifesta come istituto meno "problematico" sul piano funzionale: essa, difatti, opera, di regola, non sul reato accertato effettivamente, ma sul reato assunto come mera premessa ipotetica, dipanando poi i suoi effetti sul piano esclusivamente processuale (il reato viene dichiarato estinto dall'autorità giudiziaria, e di tale dichiarazione con sentenza non sono ammessi surrogati extraprocessuali, come, invece, in tema di prescrizione civile), ed esaurendo definitivamente la vicenda-tempo, mercé la declaratoria di improcedibilità dell'azione penale, con effetto preclusivo rispetto ad ogni ulteriore accertamento, a meno che il giudice non ravvisi l'evidenza della prova dell'innocenza dell'imputato, prosciogliendolo nel merito (art. 129 cpp, art. 152 cpp abrogato). Sull'argomento, cfr. Oriani, cit., p. 81 in testo e in nota.

28. *Prescrizione e atti interruttivi*, Relazione n. 76/2015 del massimario della Cassazione redatta da L. Delli Priscoli, pp. 6 ss.

29. Cfr. E. Calzolaio, *La riforma della prescrizione in Francia e nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1087.

30. Così, testualmente, la Relazione cit. *supra*, sub nota 28.

Ma lo scorso decennio testimonierà di una radicale inversione di tendenza.

In Germania, in occasione della *Modernisierung* del diritto delle obbligazioni del 26 novembre 2001, l'istituto viene radicalmente rimodulato, con la previsione di termini (tre anni) estremamente più brevi, e nello stesso ambito europeo se ne assiste ad un radicale *revirement* concettuale prima ancora che applicativo. Se il codice napoleonico rifletteva i caratteri di una vita sociale caratterizzata da una sostanziale lentezza nello svolgimento dei traffici giuridici, e le esigenze di certezza del diritto potevano trovare adeguata risposta sul piano giuridico attraverso la fissazione di tempi assai lunghi, l'evoluzione dei mezzi di comunicazione, la mutata visione e le nuove esigenze di tutela del «soggetto debole» del rapporto giuridico e una diversa lettura dell'interesse pubblico hanno generato nuove e speculari discipline, di cui è recente esempio la riforma francese del 2008³¹, che muove in una direzione largamente condivisa attraverso soluzioni adottate in altri ordinamenti e negli strumenti di armonizzazione del diritto. Si possono, difatti, rinvenire linee di tendenza comuni nella disciplina della prescrizione nel diritto privato europeo, tutte volte alla riduzione della durata dei termini, *alla rilevanza della possibilità del creditore di conoscere i fatti costitutivi del diritto*, al riconoscimento di un più ampio margine all'autonomia privata³².

Ancora una volta, peraltro, il senso profondo di tali mutamenti è permeato da una intrinseca contraddizione: per un verso, l'abbreviazione della durata e il tentativo di riduzione della quantità di termini di prescrizione, ispirandosi alla necessità di fornire risposta alle esigenze di speditezza dei traffici e di consolidamento delle situazioni giuridiche, appaiono confermarne la funzione di garanzia della certezza del diritto; per altro verso, tuttavia, la estrema quanto inedita flessibilità *del momento iniziale di decorrenza* della prescrizione, la previsione *di nuove cause di sospen-*

sione, oltre al riconoscimento di un'ampia autonomia alle parti, costituiscono vicende che sembrano spingere la disciplina della materia in una direzione opposta, caratterizzata proprio *dalla relativizzazione del dogma della certezza del diritto*, in favore del riconoscimento di ampi e discrezionali margini alla decisione caso per caso – di cui pure si avvertono i pericoli, come testimonia la previsione di termini «finali» inderogabili.

Ed allora non cessa di agitarsi quella antica e mai sopita tensione tra equità e certezza calata nella dimensione del tempo, una tensione che difficilmente si scioglie sul piano teorico-sistematico, ma che sempre più spesso trova risposta sul piano concreto-applicativo³³.

Al fine di individuarne non soltanto fondamento struttura e funzione, ma anche e soprattutto i meccanismi operativi della prescrizione, ed i pressoché infiniti risvolti di carattere funzionale che ne conseguono, il compito cui è chiamato l'interprete consiste, allora, proprio nel tentativo di dipanare le (apparentemente insanabili) dissonanze della fattispecie, onde tracciare le linee essenziali di un istituto che pure sembra sfuggire ancor oggi a qualsiasi inquadramento sistematico, per poi offrire un sommesso tentativo di soluzione ai numerosi interrogativi che sin qui ci si è andati ponendo.

2. Il fondamento della prescrizione

Che la prescrizione debba ritenersi fondata su *esigenze di ordine pubblico* non è mai apparso seriamente discutibile ad una prima (ma in realtà assai superficiale) riflessione, sol che si ponga mente al contenuto della relazione del Guardasigilli, enfaticamente declamatoria di (non meglio specificate) «finalità di ordine pubblico» cui essa sarebbe informata, attesa l'«erroneità» del presupposto che l'istituto sia stato codificato «nell'interesse del debitore»³⁴.

31. In Francia, la l. n. 2008-561 del 17 giugno 2008 riforma la disciplina della prescrizione, modificando i relativi articoli del *code civil* che erano rimasti sostanzialmente immutati dal 1804.

32. Così, ancora, la Relazione, cit., p. 7.

33. S. Patti, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 21.

34. *Relazione al libro della tutela dei diritti*, Roma, 1941, p. 116. n. 37. Si è già osservato in precedenza come, a tale impostazione, aderisca la maggior parte degli autori che, più o meno specificamente, si sono occupati del tema della prescrizione nei loro lavori (per ulteriori citazioni, si veda l'ampia e approfondita monografia di Oriani, *Processo di cognizione ed interruzione della prescrizione*, cit., p. 31 note 49 e 50: anche l'autore aderisce alla tesi della natura pubblicistica dell'istituto, natura che, a suo dire, «non sembra seriamente contestabile»). Di recente, poi, un altro autore, dopo aver passato in rassegna le varie opinioni espresse dalla dottrina criticandole sotto vari profili (e facendo così balenare alla mente del lettore la speranza di una soluzione mai prospettata, ma finalmente originale ed euristica), ricostruisce poi il fondamento della prescrizione in termini di «minimo comun denominatore» costituito da «esigenze di certezza del diritto» intese come «interesse di ordine pubblico a che si elimini l'incertezza sulla vitalità del rapporto giuridico che non ha ricevuto attuazione»(?): così Troisi, cit., pp. 126-129.

Ma anche quella che appare come la caratteristica meno controversa dell'istituto viene nondimeno (e non infondatamente) posta in discussione da autori che, pur attestati su posizioni minoritarie, sottolineano la «singolare confusione di concetti», in cui si incorre nel sostenerne il carattere pubblicistico – negando «del tutto irragionevolmente» che esso giovi all'interesse del debitore –, poiché «con ciò si confonde la ricerca del perché sia stabilita una disciplina cogente con la ricerca di chi sia il titolare dell'interesse protetto da quella disciplina»³⁵, che altri non è «se non il debitore stesso».

D'altronde, si aggiunge, «con la sottolineata finalità pubblicistica mal si conciliano le ipotesi, previste espressamente dalla legge, nelle quali la prescrizione non opera affatto, ed è difficile sostenere che appartenga all'ordine pubblico un istituto al quale non pochi settori dell'ordinamento si sottraggono completamente»³⁶.

Ed è anche la sommessa opinione di chi scrive che la ricerca del suo fondamento in termini di ordine pubblico sembra confondere la natura cogente delle norme dettate in tema di prescrizione³⁷ con la *ratio* dell'istituto e con l'interesse tutelato, mentre l'inderogabilità sancita da talune disposizioni di legge (e non da tutte) si coniuga, piuttosto, con la considerazione che ammettere una disciplina convenzionale

della prescrizione avrebbe comportato «la possibilità di porre termini iugulatori all'esercizio di diritti scaturenti dal contratto in favore della parte più debole, sì che, specie nella contrattazione di massa, tale disciplina si sarebbe risolta in una clausola di stile»³⁸.

Ed allora non sembra azzardato convenire con chi³⁹ – nonostante l'esplicito riferimento contenuto nella Relazione al codice e l'autorevolezza della dottrina schierata a difesa della natura pubblicistica dell'istituto – ha opportunamente colto, nella prescrizione, più realistiche finalità di tutela *di un interesse sostanzialmente privato*, quello, cioè, del soggetto passivo di un rapporto giuridico di ritenersi libero da vincoli in conseguenza del decorso «del tempo stabilito dalla legge»⁴⁰, per essersi, in definitiva, troppo a lungo consumata una non più tollerabile dissonanza tra situazione di fatto e situazione di diritto⁴¹ (pur senza negare, con ciò, l'indiscutibile natura di «istituto di chiusura» dell'ordinamento assegnato alla prescrizione)⁴².

Questa ricostruzione della *ratio* della fattispecie prescizionale potrebbe, peraltro, schiudere l'uscio ad una ulteriore riflessione: essa, difatti, pare legittimamente predicabile sol che ci si riferisca *alla dimensione sostanziale* dell'istituto (che, come si cercherà di dimostrare nel prosieguo della trattazione, è poi l'unica sua dimensione ontologicamente necessaria).

35. P. Vitucci, *La prescrizione*, in *Il codice civile commentato* a cura di P. Schlesinger, t. I, p. 180, che riprende la posizione di Alberto Auricchio, cit., pp. 39-41, sulla scia dell'impostazione tradizionalmente accolta dalla dottrina e dalla codificazione francese (art. 2219 *Code Napoleon*). In senso ancora contrario all'opinione dominante, A. Di Majo, *Decadenza, prescrizione e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. Giur. lav.*, 1976, II, 288; Caponi, *Gli impedimenti*, cit., p. 728; Giusiana, *Appunti*, cit., p. 424 (che collega, peraltro, gli effetti della prescrizione addirittura al principio dell'autonomia privata, secondo una posizione che l'Auricchio definisce «insostenibile»); L. Bigliuzzi Geri, *Diritto civile*, I, Torino, 1986, p. 386.

36. Così testualmente Vitucci *La prescrizione*, cit. p. 180. Anche secondo la risalente Cass. 2 dicembre 1960, n. 3173, in *Giust. Civ.*, 1961, I, p. 647, «le norme sulla prescrizione – che certo non attengono all'ordine pubblico internazionale – anche se indubbiamente informate a ragioni di pubblico interesse (dove l'inderogabilità enunciata nell'art. 2936 cc), non attengono, peraltro, all'ordine pubblico inteso in senso tecnico giuridico».

37. Segnatamente quella di cui all'art. 2936, che, vietando ogni patto derogatorio, più di tutte ha indotto a ricostruire in termini pubblicistici il fondamento dell'istituto: cfr. A. Romano, *Note*, cit., p. 184.

38. Così Vitucci, cit., p. 181, che osserva come il rilievo fosse già presente in G. Mirabelli, *Della prescrizione*, Napoli-Torino, 1915, p. 40.

39. Si specificherà meglio in seguito, nel trattare il tema dell'oggetto della prescrizione, che, nel termine «rapporto», possono legittimamente ricomprendersi anche quelli derivanti dall'esercizio di *iura in re aliena*.

40. Per un esauriente esposizione dei motivi che inducono a privilegiare la tesi della natura non pubblicistica della prescrizione, cfr. Auricchio, *Appunti*, cit., che dedica l'intero secondo capitolo della sua breve monografia all'approfondimento del tema, pur se, in apertura del IV capitolo, lo stesso autore non manca di avvertire «la necessità di distinguere il fondamento della norma, di ordine pubblico, e l'interesse tutelato, di natura strettamente privata» (p. 77) Viene, peraltro, da osservare che, se il fondamento della norma è *di ordine pubblico*, ciò non significa che lo stesso fondamento sia *l'ordine pubblico*.

41. Santoro Passarelli, cit., p.114. Fa rilevare, in proposito (e del tutto condivisibilmente) Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, cit., p. 891, che, pur se il motivo remoto per cui il legislatore abbia disciplinato gli istituti della prescrizione e della decadenza va ricercato nella generica esigenza di certezza, tale esigenza, tradotta sul piano concreto, ha riguardo al soggetto passivo del rapporto ed al suo interesse alla liberazione, nel momento in cui si evidenzia la certezza della non vitalità del rapporto stesso.

42. Oriani, *Processo di cognizione*, cit., p. 31.

Ma, come si è già avuto modo di considerare, le norme del codice, riflettendo esigenze necessariamente contrastanti – come tutte quelle che, alla ricerca di un equilibrio attraverso soluzioni unitarie di problemi compositi, faticano a mediare i conflitti tra i protagonisti di un rapporto giuridico (si ricorderà che lo stesso l'art. 41 della Costituzione fu frutto di un faticoso compromesso tra ordoliberalismo, cattolicesimo e marxismo) –, postulano pur sempre riverberi anche *processuali* dell'istituto, di tale portata, e gravidi di conseguenze tali da indurre alla ricerca di un suo fondamento anche processuale, che potrebbe non arbitrariamente ravvisarsi sin d'ora *nella attitudine a risolvere in nuce, mercè la proposizione dell'eccezione da parte del soggetto passivo, tutte le controversie tardivamente instaurate.*

La ricerca del fondamento processuale dell'istituto introduce, così, uno dei temi più controversi nella letteratura in tema di prescrizione, e cioè quello se la sua dimensione morfologica, prima ancora che funzionale, trovi collocazione nell'orbita del diritto sostanziale, ovvero in seno al processo.

La risposta a tale quesito potrà giungere soltanto all'esito di una breve ricognizione delle teorie «processualiste», avanzate, tra gli altri, da due degli autori che si sono occupati *funditus* della questione⁴³, giungendo, sia pur attraverso itinerari di pensiero affatto disomogenei⁴⁴, alla conclusione che la prescrizione operi, in realtà, soltanto in sede processuale⁴⁵.

3. La prescrizione come fenomeno processuale

Sulla premessa che la ricostruzione dell'istituto della prescrizione in termini di diritto esclusivamente sostanziale rischierebbe di condurre a «conclusioni inaccettabili sul piano dei rapporti tra diritto e processo, tra processo e giudizio» (e cioè tra la realtà accertata nel processo ed il contenuto dell'accertamento giudiziale, con l'emanazione di una sentenza «non conforme al diritto sostanziale»)⁴⁶, si è sostenuto che unico rimedio possibile a questa «conclusione di estrema gravità», a questa «assurda e oltremodo artificiosa disarmonia» sia quello di ritenere – al di là ed a prescindere dal dettato e dal tenore letterale dell'art. 2934 cc – che il diritto vantato dall'attore (*rectius*, il rapporto giuridico tra questi ed il debitore) *non sia destinato ad estinguersi per effetto dell'inerzia protrattasi per il tempo previsto dalla legge*, ma continui, per converso, ad esistere, benché modificato nella sua struttura, in uno stato di cd. «prescrittibilità», per poi essere posto nel nulla solo a seguito *dell'opposizione della prescrizione da parte del convenuto nel processo*, mercè la proposizione di un'eccezione, *dalla natura* di eccezione in senso stretto, e *dalla duplice funzione*, una sostanziale, un'altra processuale⁴⁷.

Nucleo fondamentale della tesi della «prescrizione come procedimento», quello secondo cui la fatti-

43. Ma di prescrizione dell'azione e non del diritto, all'indomani dell'emanazione del codice civile del '42, discorrevano già E. Redenti, nel suo corso di *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, pp. 84 ss. (pur intendendo l'azione come diritto soggettivo a conseguire un determinato risultato a carico altrui), Barbero, op. cit., p. 58, e Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 47. Sostenitori, ancora, di una teoria «processualista» della prescrizione (secondo la quale, «fin quando non sia formulata l'eccezione di prescrizione, quest'ultima non opera»), in passato, Auletta *Istituzioni di diritto privato*, Napoli, 1946; C. Gangi, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, pp. 86-87; R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 35; Ferrucci, *Prescrizione estintiva*, in *Novissimo digesto it.*, XIII., Torino, 1966, p. 645. Schierati sul fronte della natura sostanziale dell'istituto, invece, N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 485; G. Pugliese, *La prescrizione acquisitiva*, Torino, 1921, p. 509; E. Gropallo, *Contributi alla teoria generale della prescrizione*, Milano, 1930; N. Stolfi, *Diritto civile*, II, Torino, 1926, p. 171; F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale*, I, Padova, 1936, p. 415; Pugliatti, *Eccezione*, in *EdD XIV*, Milano, 1965, p. 164; E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, pp. 267 ss.; B. Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1970, p. 874. Sul pensiero (anch'essa «sostanzialista») affatto peculiare dell'Auricchio, cui si devono sicuramente i più felici spunti dottrinari in tema di prescrizione sotto il profilo della ricostruzione dei relativi aspetti strutturali e funzionali (spunti cui hanno largamente attinto tutti gli autori che si sono successivamente occupati del tema), cfr. *infra*, pp. 36 ss.

44. Ci si riferisce ai lavori di Troisi, *La prescrizione come procedimento*, e di Panza, *Contributo allo studio della prescrizione*.

45. Oltre che in diritto romano, la prescrizione opera come fenomeno eminentemente processuale anche per effetto delle disposizioni dei §§ 194 ss. del codice civile tedesco: *Der Verjaerung* colpisce, difatti, l'*Anspruch* (letteralmente, la pretesa) e cioè il diritto in fase dinamica, non fatto valere, in via processuale, dal suo titolare (che non dispone, ai fini dell'interruzione, della facoltà di ricorrere efficacemente ad un atto stragiudiziale di intimazione o di messa in mora, come invece consentito dall'ordinamento italiano).

46. Troisi, *La prescrizione*, cit., pp. 68 ss.: l'autore si riferisce all'ipotesi in cui, pur essendo acquisita agli atti del processo la prova dell'intervenuta prescrizione, il giudice sia costretto a pronunciare la condanna del convenuto che tale prescrizione non abbia tempestivamente eccepito, emanando, così, una sentenza, a suo dire, «ingiusta».

47. «Da un lato, essa completa la fattispecie di prescrizione, dall'altro, come atto processuale normativo, pone in essere l'obbligo del giudice di accertare, con sentenza dichiarativa, gli effetti già prodotti della fattispecie così completata». E l'irrelevabilità d'ufficio della prescrizione starebbe, in realtà «ad indicare che la sola inerzia del titolare non è sufficiente per il completamento della fattispecie (e dunque

specie opererebbe alla stregua di un *procedimento amministrativo*, articolandosi, al pari di questo, in una triplice fase, una *preliminare*⁴⁸, una *costitutiva*⁴⁹, un'ultima, infine, *integrativa dell'efficacia*⁵⁰.

Sotto altro profilo e attraverso più pensosi approcci argomentativi, si è poi opinato che oggetto della prescrizione debba in realtà ritenersi *non il diritto soggettivo*, bensì *l'azione*⁵¹, come indirettamente confermato sia dall'esistenza delle cd. «azioni costitutive» (con riferimento alle quali si discorre di diritto soggettivo inteso «come pura azione»⁵²), sia dalla norma di cui all'art. 2940 cc⁵³, sia, ancora, dall'impossibilità di conciliare le esigenze di certezza del diritto con le vicende sostanziali della prescrizione⁵⁴, così che l'operare del suo effetto non inciderebbe «sulla situazione giuridica sostanziale, bensì sul distinto ed autonomo potere di farla valere coattivamente con l'azione»⁵⁵. In altri termini, l'inerzia nell'esercizio del diritto di cui all'art. 2934 non coinciderebbe con il suo mancato esercizio, bensì con *il mancato esercizio dell'interesse ad agire per il diritto* (la distinzione evoca quella, nota alla dottrina tedesca, tra *Ausübung des Rechts* e *Geltendmachung des Rechts*⁵⁶).

Entrambe le ricostruzioni della fattispecie prescrizione così sommariamente ricordate sono state sottoposte a vaglio critico da parte della più attenta

dottrina e, con varie argomentazioni, confutate e disattese.

Quel che pare ancora opportuno osservare è che l'opzione interpretativa espressa in favore della dimensione processuale anziché sostanziale dell'istituto della prescrizione sconta un irrimediabile vizio di fondo, un irredimibile «peccato originale» che, al di là delle critiche di ordine teorico-dogmatico che pure sono state del tutto condivisibilmente proposte⁵⁷, e ne rende affatto insostenibile l'assunto fondamentale, poiché tale opzione scioglie il suo *iter* argomentativo in una ricostruzione di quel quadro composito – e per certi versi contraddittorio – costituito dal complesso delle norme sulla prescrizione adottando una prospettiva gioco-forza parziale che, all'atto del confronto con precisi (e complessi) indici di legge, finisce per forzarne oltre ogni limite la portata dispositiva e, in definitiva, la loro intima essenza, pur di pervenire alla «quadratura del cerchio» della sistematica aprioristicamente adottata.

E così, quanto alla ricostruzione dell'istituto come *procedimento*, e quanto alla cd. *prescrittibilità* del diritto soggettivo sul piano sostanziale, oltre alle pur ovvie considerazioni sul carattere *soltanto eventuale* degli aspetti processuali dell'istituto⁵⁸, l'aspetto assai poco convincente dell'intera teoria sta nell'interpretazione della norma di cui all'art. 2938, che disciplina l'ecce-

per l'estinzione del diritto), ma è necessario un altro fatto giuridico, e cioè il comportamento processuale dell'interessato: se non viene sollevata l'eccezione, la sentenza che condannerà il debitore al pagamento sarà una sentenza 'giusta', e cioè pienamente conforme alla situazione sostanziale» (così, testualmente, Troisi, cit., p. 73).

48. Quella, cioè, che si realizza sul piano sostanziale per effetto dell'inerzia e del decorso del tempo, cui conseguirebbe non la prescrizione del rapporto, ma la sua «prescrittibilità».

49. Il cui elemento centrale sarebbe rappresentato dall'*eccezione di prescrizione*, costitutiva del dovere del giudice di emettere *la sentenza dichiarativa di estinzione del rapporto*.

50. Costituita dalla sentenza emessa dal giudice, con funzione confermativa ed efficacia retroattiva.

51. Panza, cit., pp. 177 ss.

52. Così si esprimeva già il Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1944, p. 188, specificando che, in tale tipo di azione, non è possibile distinguere un fatto generatore del diritto ed uno stato di fatto contrario al diritto generatore dell'interesse ad agire. Sul tema delle azioni costitutive, *amplius*, A. Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, pp. 124 ss.

53. Alla base del quale, secondo l'autore, vi sarebbe non più una valida *causa obligandi*, ma soltanto una *iusta causa solvendi*: per ulteriori ragguagli, Panza, cit., pp. 194 ss.

54. Il fondamento d'ordine pubblico della certezza è difatti inconciliabile, secondo l'autore, con la possibilità di protrarre a proprio arbitrio l'effetto prescrizione mediante il compimento di reiterati atti interruttivi.

55. Panza, cit., p. 283.

56. Letteralmente, «esercizio del diritto» e «far valere il diritto»: sul punto, con ampi ragguagli, cfr. Oriani, *Processo di cognizione*, cit., p.111, nota 60.

57. Cfr. Grasso, *Voce Prescrizione*, cit., pp. 59 ss.

58. Perché nulla esclude che, al compiersi del periodo prescrizione, il debitore comunichi stragiudizialmente al creditore di ritenere estinto il rapporto obbligatorio, ed il creditore, a sua volta, ne prenda atto, confermando formalmente tale comunicazione, con ciò «chiu-

zione di prescrizione: pur di conservare la dimensione processuale dell'istituto, si è costretti, difatti, a ricorrere alla (invero singolare) figura *dell'eccezione stragiudiziale*, affascinante ma paradossale *calembour* fintanto che l'eccezione – intesa nella sua realistica dimensione di istituto tecnico-giuridico – non continui a caratterizzarsi come fattispecie rigorosamente ed esclusivamente *processuale*, così che, trasportata fuori dal processo, avviene, evidentemente, «altro da sé»⁵⁹.

La costruzione appare, così, del tutto dissonante da un impianto normativo che, nel vietare al giudice di rilevare d'ufficio la prescrizione, e nel postulare la simmetrica necessità che il soggetto passivo «opponga» la prescrizione stessa, esclude, all'evidenza, ogni possibilità, anche indiretta, di rilevazione officiosa del fenomeno, una volta instaurato il giudizio, in assenza di una espressa proposizione della relativa eccezione da parte dell'interessato⁶⁰.

E non v'è chi non veda come, nell'ipotesi in cui il soggetto passivo abbia espresso la volontà di avvalersi della prescrizione in sede stragiudiziale, quegli dovrà pur sempre, una volta convenuto in giudizio, «opporre» la prescrizione, ché, viceversa, ed al di là di qualsivoglia dichiarazione stragiudiziale pregressa, al giudice saranno comunque preclusi ogni accertamento ed ogni pronuncia sul punto⁶¹.

Né diversamente è a dirsi dell'interpretazione adottata con riferimento all'art. 2937, comma 2 cc – norma dettata in tema di rinuncia alla prescrizione –, rinuncia che, coerentemente con la costruzione adottata dall'autore, sarebbe rinuncia non alla pre-

scrizione, ma alla «prescrittibilità», rinuncia, cioè, a qualcosa che non si è ancora compiuto, ed il cui compimento sarebbe rimesso proprio alla proposizione dell'eccezione di prescrizione nel processo da parte dello stesso soggetto rinunciante! (a meno di non voler piegare la norma in parola ad un'interpretazione che suonerebbe pressappoco così: «*il soggetto passivo può rinunciare alla prescrizione solo dopo aver eccepito la stessa in giudizio e dopo che l'eccezione sia stata accolta*», con ciò costringendo il debitore intenzionato a non avvalersi dell'effetto estintivo conseguente alla prescrizione ad eccepirla – del tutto inutilmente! – in giudizio, onde consentire il compiersi del favoleggiato «procedimento» che trasforma la «prescrittibilità» del rapporto sostanziale in «prescrizione» in sede processuale)⁶².

Unico aspetto meritevole di un più approfondito spunto di riflessione – in seno ad una de-costruzione e ri-costruzione teorica dell'istituto che pare per altri versi affetta da non marginali dissonanze argomentative – è quello secondo cui la prescrizione, in realtà, si manifesta realmente come un *quid pluris* rispetto alla tradizionale configurazione di «istituto», di «fattispecie», di «fatto»⁶³ giuridico (senza, per questo, ovviamente, trasformarsi in un «procedimento» nel senso, assai fantasioso, sopra indicato).

La prescrizione è, difatti, per sua intrinseca natura, vicenda anfibia, caratterizzata da una costante duplicità di profili, così che, in tal senso, è legittimo inferire che essa racchiuda in sé gli aspetti tanto dello *Zeitpunkt* quanto della *Zustand*⁶⁴: come *modo di estin-*

dendo la partita» sul piano sostanziale. Come osserva lucidamente Oriani, *Processo*, cit., p. 171, «che il processo sia istituzionalmente destinato ad una determinata funzione non comporta che il legislatore civile, rispetto all'istituto della prescrizione, l'abbia necessariamente considerato in questa veste».

59. La letteratura sull'argomento è pressoché sterminata: la si veda esaurientemente citata in Oriani, *Processo di cognizione*, cit., pp. 229 ss. Spunti nel senso divisato dall'autore si trovano, peraltro, già espressi da E. Allorio, *L'ordinamento giuridico*, p. 109, che considera l'eccezione come atto processuale avente, ad un tempo, efficacia di diritto sostanziale.

60. Già N. Coviello, nel suo celebre *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, aveva lucidamente evidenziato (p. 459) come la prescrizione operasse di diritto, e l'onere di eccepirla in giudizio non rappresentasse che l'applicazione «di principi generali in materia di diritto probatorio». L'autore escludeva, altresì, che la rinuncia alla prescrizione producesse l'effetto di conservare al diritto prescritto l'efficacia primitiva, ritenendo, per converso, che essa facesse nascere nel rinunciante null'altro che «l'obbligo personale di considerare il diritto come se non fosse estinto», con la conseguenza che «la rinuncia alla prescrizione di un diritto reale non fa più sussistere lo stesso diritto reale, ma fa nascere nel rinunciante l'obbligazione personale a non impedirne l'esercizio», e che la rinuncia alla prescrizione di un diritto di credito assistito da garanzie «non fa rinascere le garanzie stesse».

61. Né par lecito affermare che, in tal caso, si sia in presenza di una forma di rinuncia tacita alla prescrizione, poiché la mancata proposizione dell'eccezione in sede processuale ben può dipendere da ignoranza o negligenza del difensore, o addirittura dalla mancata costituzione in giudizio e dalla conseguente contumacia della parte interessata.

62. Cfr. sull'argomento Grasso, *Prescrizione*, cit., p. 59.

63. Troisi, cit., p. 20. Sul concetto di fatto e fattispecie, *amplius*, R. Scognamiglio, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1954, pp. 331 ss.; A. Cataudella, *Note sul concetto di fattispecie*, *ivi*, 1962, pp. 433 ss.

64. La duplicità di profili come «punto (definito) di tempo» e come «situazione» fu evidenziata per primo, con riguardo al fenomeno processuale della litispendenza, da W. Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*, Stuttgart, 1929, p. 135, citato in Oriani, p. 191, nota 41.

zione dei diritti, essa è, difatti, vicenda affatto puntuale e niente affatto procedimentale (in altre parole, *Zeitpunkt*), se è vero che soltanto il giorno precedente la scadenza del termine necessario al suo compimento il diritto è ancora in vita (ciò che consente al soggetto attivo di porre nel nulla gli effetti ormai prossimi del decorso del tempo sin lì maturato attraverso il compimento di atti interruttivi), mentre il giorno successivo segnerà le sorti (estintive) del diritto stesso con effetto immediato; come *vicenda successiva al fenomeno estintivo*, invece, sul piano sostanziale e processuale, essa si configura inevitabilmente in termini di *Zustand*, come «situazione», cioè, ancora interamente *in fieri*, la cui definitiva evoluzione è costantemente condizionata al verificarsi (o non verificarsi) di determinati, ulteriori avvenimenti⁶⁵.

Non maggiormente convincente appare la tesi di chi, premessa l'identificazione dell'inerzia con *il mancato esercizio dell'interesse ad agire* a tutela del diritto (e non con il mancato esercizio del diritto), coniuga effetto prescrizione ed azione, rifiutandone la ricostruzione in termini di vicenda estintiva riferibile al solo piano sostanziale dell'istituto.

È agevole replicare⁶⁶ che l'affermazione avrebbe fondamento soltanto se l'interesse fosse un fenomeno suscettibile di esercizio, mentre ciò che risulta concretamente suscettibile di «esercizio» è piuttosto una facoltà, un potere, una pretesa, ma non anche un interesse, del quale appare legittimamente predicabile il solo momento realizzativo, secondo una puntuale (e non fungibile) dicotomia soddisfacimento/insoddisfacimento.

Proprio con riferimento all'atto di costituzione in mora, appare poco convincente la ricostruzione in termini di «atto di esercizio dell'interesse ad agire per il diritto», trattandosi, all'evidenza, non di atto «di eser-

cizio» (né del diritto, né tantomeno dell'interesse ad azionarlo)⁶⁷, ma di una mera manifestazione volitiva prodromica (non al suo «esercizio» ma) al soddisfacimento, eventualmente coattivo, del diritto stesso⁶⁸.

Il rilievo critico più pregnante da muoversi a tale (peraltro ben più solida) ricostruzione di stampo «processualista» dell'istituto è, comunque, quello che prende le mosse da una (inspiegabile) forzatura interpretativa di una specifica norma positiva, quella di cui all'art. 2944 cc (forzatura dovuta alla necessità di mantenere intatta una coerenza argomentativa sul tema della prescrizione dell'azione)⁶⁹, norma che disciplina, come è noto, la fattispecie del cd. «riconoscimento interruttivo del diritto» da parte del soggetto passivo del rapporto, e che viene analizzata con riferimento alla analoga disposizione di cui all'art. 1988 cc, disposizione che «non individuando il rapporto fondamentale», non produrrebbe alcun effetto interruttivo della prescrizione, effetto riconducibile, invece, alla norma di cui all'art. 2944, che sarebbe, pertanto, non una dichiarazione di scienza – ovvero un atto unilaterale recettizio –, ma «un negozio giuridico bilaterale o addirittura un contratto»⁷⁰. Anche qui, l'indimostrata (e indimostrabile) lettura «alternativa» di un dato normativo di per sé inequivoco nasce dalla necessità di «far quadrare il bilancio» della teoria della prescrizione dell'azione anche se alcune delle «poste» inevitabilmente iscritte in esso risultano del tutto negative, e insanabilmente aliene a tale esegesi⁷¹.

In realtà, tutta la dottrina che ricostruisce in termini processualistici il fenomeno prescrizione tradisce, nel profondo, una (forse non del tutto consapevole) ansia di inscrivere l'istituto entro una dimensione «circolare» di rassicurante (ma ingenua) esigenza di «giustizia» finale, onde evitare a tutti i costi il crearsi di quelle «gravi fratture» che potrebbero mettere

65. Sull'argomento, *amplius, infra*, pp. 45 ss.

66. Grasso, *Prescrizione*, cit., p. 64.

67. Sul delicato tema dell'«esercizio» del diritto di credito, cfr. R. Cicala, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, pp. 169 ss; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio - Appunti della lezioni*, I, Milano, 1966, pp. 48 ss.

68. Ecco perché risulta alquanto oscura anche la proposizione «esercizio di un potere che esprime il modo di essere del diritto di credito che si sostanzia appunto nel potere di pretendere la prestazione» utilizzata da Grasso, *op. loco ult. cit.*; né maggiormente condivisibile appare la successiva affermazione relativa all'esercizio (non del diritto ma) della pretesa, sulla evidente (ma fuorviante) falsariga della dottrina tedesca dell'*Anspruch*.

69. Norma definita dallo stesso autore «assai scomoda per quanti continuano a desumere il concetto di inerzia dall'art. 2934 cc», ma che (egli soggiunge con apprezzabile onestà intellettuale) «potrebbe, occorre ammetterlo, risultare incongrua anche rispetto alla nostra costruzione».

70. Figura nota alla dottrina tedesca che (sotto tutt'altro profilo, ed in altro contesto normativo) parla di *Anerkennungsvertrag*: in tal senso, O. Bahr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Leipzig, 1984, pp. 134 ss.

71. Per un'ampia ed esaustiva elencazione di evidenti esempi di «riconoscimento unilaterale» ex art. 2944, cfr. P. Vitucci, *La prescrizione*, cit., p. 92.

in discussione le relazioni stesse tra diritto sostanziale e processuale.

Ma l'adozione di un'ottica forzosamente unitaria delle vicende di una prescrizione rappresentata *in utroque*, nonostante la sua doppia (e inquietante) dimensione sostanziale e processuale, antepone la consolatoria ricerca di simmetrie di (anelata) giustizia alla necessità di scelte ed interpretazioni magari disagiati (ma non per questo «ingiuste»), e purtuttavia aderenti al testo normativo, quand'anche quest'ultimo imponga inevitabili fratture tra rami del diritto tradizionalmente, storicamente contigui, e funzionali tra loro alla tutela della *pax inter cives* (o, più pragmaticamente, a quella degli interessi di volta in volta «ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento», come si legge sovente nei più classici dei manuali).

Non è questa la sede adatta per soffermarsi *funditus* sulle problematiche scaturenti dai rapporti tra diritto e processo⁷², ma una considerazione di carattere generale sembra necessaria: la possibile irriducibilità della «verità» sostanziale a «verità» processuale è constatazione inquietante, ma non esorcizzabile attraverso la distorsione di norme ed istituti giuridici, onde pervenire in qualche modo al consolatorio risultato di una presunta, anelata, predicata ma indimostrata «sentenza giusta».

Senza scomodare pensatori che (da Parmenide a Platone, da Nietzsche a Popper per arrivare alle inquietanti riflessioni dell'oggi di Emanuele Severino⁷³) hanno fatto della ricerca della «verità» la ragione ultima delle loro speculazioni filosofiche (per giungere, infine, a conclusioni del tutto «sconsolanti»), molto più sommessamente, nel microcosmo del diritto, è da dire che la struttura stessa del processo nasce sì per attuare e tutelare vicende soggettive sostanziali – lese vulnerate pretermesse violate –, ma è altresì destinata talvolta a collocare in una propria, autonoma struttura di «verità» tali vicende: verità a volte diversa, a volte incompatibile con la corrispondente «verità» del diritto sostanziale (e più ancora con un'idea etico/naturalistica di verità).

Ma questo accade non soltanto nel sottosistema ordinamentale processualciviltistico (dove il magistrato è chiamato, comunque, a pronunciarsi *iuxta alligata et probata*, ciò che rende in apparenza meno inquietante l'eventuale «scarto di verità» finale), ma, alle volte, ben più drammaticamente, anche in seno al processo penale, dove, al di là delle forme e dei riti (inquisitori, accusatori, misti) che contingenze storiche di volta in volta hanno suggerito al legislatore, l'intero impianto procedimentale appare improntato, pervaso, dominato, a prima vista, dall'esigenza suprema della «ricerca della verità». Eppure, su tale esigenza, prevalgono (devono prevalere) ancora una volta, «le regole del gioco» ed il loro rigoroso rispetto: un evidente colpevole di reati gravissimi, ripugnanti alla coscienza sociale, sarà così doverosamente prosciolto se, in ipotesi, atti di investigazione (intercettazione telefoniche e ambientali, riconoscimenti, testimonianze, confessioni) raccolti in sede di indagini preliminari siano stati illegittimamente disposti e/o illegittimamente acquisiti agli atti del processo. Assoluzione certamente ripugnante per chi ancora conserva, da giurista, un modello etico di coscienza e di comportamento: ma l'educazione dello stesso giurista e dell'interprete al rispetto della verità processuale, alla inevitabile accettazione di una possibile, doppia dimensione di «verità» anche incompatibili⁷⁴ – quand'anche la diversa verità processuale calpesti quella dei fatti storici, del buon senso, della morale – rappresenta un *habitus* mentale necessario (malinconicamente, amaramente necessario) affinché l'esigenza vitale del rispetto delle regole consenta ad una società civile ed ai suoi aderenti, ideali firmatari di un contratto sociale anche in questo disagiato territorio, di sopravvivere in una dimensione di Stato di diritto.

Gli stessi rapporti tra diritto e processo⁷⁵ – ricostruiti sovente in termini di strumentalità necessaria, così che l'esercizio del diritto andrebbe a «convertirsi» nello svolgimento delle attività processuali (come se queste rappresentassero, del primo, l'ine-

72. In argomento, *funditus*, Cass., sez. unite, 26242 e 26243/2014, cit.

73. Che lo storico tedesco Thomas Hoffmann (*Philosophie in Italien*, Mariverlag, 2007) considera «il solo pensatore degno di rilievo» del nostro Paese «dopo Vico», e sul cui pensiero, per chi volesse approfondire tematiche ben più affascinanti (e inquietanti) di quelle giuridiche, si veda oggi *Le parole dell'essere. Per Emanuele Severino*, a cura di A. Petterlini, G. Brianese e G. Goggi, Mondadori, 2006.

74. Si pensi, a titolo di esempio, alla doppia «verità» processuale del negozio simulato, o alla «doppia dimensione» della causalità civile e penale (sulla quale, *funditus*, Cass. 21619/2007 e Cass., sez. unite, 576/2008).

75. La letteratura sull'argomento è, naturalmente, sterminata. Per tutti, con segnato riferimento al tema dell'eccezione nella prospettiva dei rapporti tra diritto e processo, Colesanti, *Eccezione* in EDD, XIV, Milano, 1965, pp. 195 ss.; F. Escobedo, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927; V. Denti, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1961, pp. 22 ss. Per ulteriori approfondimenti del tema, R. Bolaffi, *L'eccezione nel diritto sostanziale*, Milano, 1936; E. Allorio, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale* in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957; F. Cordero, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.* 1961, pp. 687 ss.; Allara, *La fattispecie estintiva del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, specie p. 208; Crnelutti, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. Dir. proc. Civ.*, 1933, pp. 207 ss.; Chioyenda, *Istituzioni*, cit., pp. 315 ss.; Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, cit., p. 69. Con particolare riferimento all'eccezione di prescrizione, poi, Heimann, *Das Vorschutzen des Verjaerung*, Breslau, 1895, pp. 36 ss., citato in Colesanti,

luttabile svolgimento, costituendone una sorta di braccio armato in perenne, anche se soltanto potenziale, attività)⁷⁶ – vanno forse più umilmente e pensosamente rimeditati proprio con riferimento ad un istituto di ardua decifrabilità come la prescrizione. E probabilmente riscritti nel senso che il processo rappresenta pur sempre un momento eterogeneo, patologico, e, soprattutto, *non inevitabile*, rispetto alla *normale* realizzazione dei diritti soggettivi, al pacifico soddisfacimento di legittimi interessi, al fisiologico dipanarsi dei rapporti giuridici interpersonali⁷⁷. Allora la sentenza «giusta», vagheggiata dal preoccupato giurista⁷⁸ non sarà sempre (ahimè) quella pienamente conforme alla situazione sostanziale in una «prospettiva più ampia dei rapporti tra diritto e processo, che non si limiti né al piano strettamente processuale, né a quello meramente sostanziale»⁷⁹, ma, più sommessamente (talvolta, più amaramente), quella che, nel predicare una sua autonoma «verità», risulti frutto di null'altro se non della corretta applicazione di regole proprie del processo stesso, così come dettate e pensate dal legislatore, regole «altre» rispetto a quelle che disciplinano il diritto (e la «verità») sostanziale, in una dimensione di possibile (ma non inaccettabile) eterogeneità ed irriducibilità delle une alle altre, stante la disomogeneità e la (sicuramente non rassicurante) «alterità» delle rispettive dimensioni⁸⁰.

Ecco dunque che l'opzione interpretativa a favore della natura sostanziale di un istituto come la prescrizione, pur nutrendosi di solide argomentazioni tecnico-giuridiche, come meglio si vedrà nel seguito dello scritto, mostra, infine, il suo fondamento, se si vuole, «ideologico», ed affonda le sue radici proprio nella considerazione che la potenziale irriducibilità di due realtà del diritto, quella sostanziale e quella processuale, non consente in alcun modo di ricostruire l'istituto (che, all'evidenza, si nutre di discipline e regole disseminate nel campo del diritto sostanziale) in termini di *continuum* necessario, quanto al completamento della fattispecie sul piano strutturale e funzionale, con il processo.

Così, la peculiare problematica generata dall'istituto – e cioè la possibilità che un soggetto possa pur sempre agire in giudizio a tutela di un diritto non più esistente perché ormai estinto per il decorso del tempo inerte, ed addirittura riceverne riconoscimento processuale senza che il giudice possa autonomamente intervenire con una «parola di giustizia»⁸¹ – può risolversi, in definitiva, proprio pensando alla realtà processuale come naturale conseguenza dell'intersecarsi di strutture e sovrastrutture giuridiche talvolta filogeneticamente inconciliabili⁸².

Ciò non equivale, ovviamente, a negare quel «continuo dialogo tra prescrizione e processo»⁸³ che le norme dettate dal legislatore agli articoli 2934 e

Il terzo debitore nel pignoramento di crediti, Milano, 1967, p. 610. Sui rapporti tra prova, verità processuale e regole giuridiche, adde le citazioni di dottrina in R. Pucella, *La causalità "incerta"*, pp. 18 ss.

76. J. P. Goldschmit, *Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, pp. 253 ss.

77. È questa, d'altronde, la prevalente opinione dottrina in tema di azione, della quale, come osserva Oriani nel suo accuratissimo lavoro sul processo di cognizione (cit., p. 7, in testo ed in nota) è andato sempre più acquistando autonomia rispetto al diritto soggettivo, cessando di essere «il diritto sul piede di guerra, il diritto vestito del sago in confronto allo stesso diritto in tempo di pace». Sul punto, si vedano ancora le lucidissime pagine di Calmandrei, *Rassegna critica nella giurisprudenza in materia di diritto processuale civile*, in *Riv. Dir. comm.*, 1920, pp. 449 ss.

78. Cfr. Troisi, cit., p. 73.

79. Troisi, cit., p. 74

80. Per analoghe, ma più «timide» considerazioni sui rapporti tra diritto sostanziale e processo, Grasso, *Prescrizione*, voce EdD, cit., pp. 60-61, che discorre di «discrasie» non infrequenti nel nostro ordinamento.

81. Quanto, poi, alla astratta divisibilità, in termini strettamente tecnico-giuridici, della *regula iuris* di cui all'art. 2938 sulla irrilevanza *ex officio* della prescrizione, cfr. *infra* pp. 70 ss.

82. D'altronde, quello della prescrizione non è l'unico caso in cui il contrasto tra verità sostanziale e verità processuale risulta eclatante ed apparentemente inaccettabile: si pensi al regime della prova dettata dal legislatore in tema di simulazione ed al caso in cui agiscano contemporaneamente in giudizio una delle parti del negozio simulato ed un terzo (specie quando il terzo sia, poi, l'erede di una delle parti che si costituisca in qualità di legittimario pretermesso): il medesimo negozio (dunque, la stessa realtà sostanziale) potrà essere, al tempo stesso, dichiarato *simulato* rispetto a colui che potrà provarne il carattere fittizio al di là dei limiti di prova di cui all'art. 1417 cc, e perfettamente *valido ed efficace* nei confronti delle parti che incontrano, invece, in sede processuale, tali limitazioni!

83. La felice espressione è di Oriani, *Processo di cognizione*, cit., p. 13. Più in generale, sul tema dei rapporti tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, e tra diritto ed azione, si vedano le intense pagine di R. Orestano, *Azione in generale*, Voce EdD IV, Milano, 1959, pp. 785, 791, 808.

seguenti inevitabilmente postulano: significa soltanto provarsi a rispondere al più specifico interrogativo circa l'inevitabilità «che il processo venga considerato, nella prescrizione, non per quella che è la sua funzione istituzionale, ma nei limiti entro i quali esso possa interessare la prescrizione stessa, così che non è la prescrizione a piegarsi alle esigenze del processo, ma è il processo che viene adattato alle esigenze della prescrizione»⁸⁴, per convenirsi, in definitiva, con quegli autori che, efficacemente, osservano come un fenomeno giuridico non cessi di rivestire natura sostanziale causa la mediazione processuale del suo effetto, per la necessità, cioè, che tale effetto sia accertato in un processo⁸⁵.

Proprio la delimitazione dei confini e dei rapporti tra diritto e processo così come sommariamente delineati conduce alla definitiva affermazione della natu-

ra «sostanziale» dell'istituto prescrizione⁸⁶: tutto ciò che accade nel processo, ivi compresa la proposizione della relativa eccezione, appartiene a quella realtà e a quella dimensione, ma l'istituto ha già, sul piano sostanziale, definitivamente realizzato i propri aspetti strutturali (il decorrere del tempo inerte rispetto a un diritto soggettivo) e dispiegato il suo effetto finale (l'estinzione di quel diritto soggettivo)⁸⁷.

4. La dimensione sostanziale della prescrizione

L'analisi morfologica della fattispecie, all'esito dell'inevitabile opzione “sostanzialista”⁸⁸ sin qui compiuta,⁸⁹ non può prescindere dalle illuminanti intuizioni di Alberto Auricchio, contenute nel piccolo, pre-

84. Oriani, *Processo*, cit., p. 88.

85. Panuccio, *La confessione*, cit., p. 96.

86. Per la tesi secondo la quale la prescrizione estinguerebbe il diritto soggettivo, e la decadenza, invece, l'azione, e per la sua confutazione, cfr. Tedeschi, *Lineamenti*, cit., pp. 37, 45, nota 104, pp. 47-48, ed autori ivi citati.

87. La dimensione processuale della prescrizione rispetto al suo momento sostanziale riconduce, per alcuni versi, ai rapporti tra *diritto soggettivo* ed *interesse legittimo* in sede di tutela giurisdizionale. Il paragone, che a prima vista potrebbe apparire arbitrario, se non addirittura fuorviante, merita forse un momento di maggior approfondimento sol che si pensi ai rapporti tra queste così tormentate figure della scienza giuridica, ed ove le si ricostruisca non in termini di mutazione dell'una nell'altra al comparire della potestà pubblica, ma più correttamente, come situazioni soggettive concorrenti (deve probabilmente dirsi, difatti, che ogni diritto soggettivo, quando entri in rapporti con la Pa, è affiancato a – e dunque *non si trasforma* in – un interesse legittimo, secondo modalità di innegabile coesistenza delle due situazioni, ciò rilevando sotto il profilo statico – riparto di competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo – e sotto quello dinamico – cooperazione dei due ordini di giudici attraverso la prestazione di attività integrative dell'uno rispetto all'altro –). Così, i riflettori di un immaginario palcoscenico innalzato dentro e fuori il processo, dopo avere inquadrato a lungo come protagonista il diritto soggettivo, ad un repentino mutamento della scena – al profilarsi, cioè, dell'intervento giurisdizionale – illuminano d'improvviso un nuovo attore, e, senza che il primo abbandoni ancora la scena (perché il fatto che i diritti soggettivi non abbiano a ricevere tutela tramite tecniche costitutive non implica che essi non possano essere più tutelati in assoluto, e dunque scompaiano), la sua “visibilità” è, al momento, impedita: l'epilogo della vicenda processuale amministrativa deciderà delle sue sorti in via definitiva, ché, se il rimedio di tutela dell'interesse legittimo sortirà effetti vittoriosi, i riflettori torneranno sul diritto soggettivo posto temporaneamente nell'ombra. In caso opposto – ove venga giudizialmente riconosciuta la legittimità dell'operato dell'amministrazione – la sua uscita di scena sarà irreversibile. Del pari, in tema di prescrizione, la vicenda processuale, una volta instaurata, pone nell'ombra la vicenda sostanziale (quella dell'estinzione del diritto soggettivo), che, solo all'esito della definizione della prima, potrà dirsi stabilmente ed irrevocabilmente accertata.

88. Dimensione più strettamente processuale pare assumere, invece, come già sottolineato in precedenza (*supra*, *sub* nota 7) l'istituto nella codificazione germanica: secondo il § 194 del BGB, difatti, «il diritto (*das Recht*) di esigere da qualcuno (*einem anderen zu verlangen*) un fatto (*ein Tun*) o un non fare (*oder ein Unterlassen*), soggiace a prescrizione trentennale (*betragt dreissich Jahren*)». Ma in realtà, più che il diritto, *die Verjaerung* colpisce, come acutamente osserva Oriani (*Processo*, cit., pp. 103-104), quella tipica figura dell'ordinamento tedesco, individuata dalla dottrina fin dai tempi del Windscheid (*Die actio des Roemischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Dusseldorf, 1856, traduzione italiana nel volume *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954, pp. 10 ss), e poi regolarmente codificata nel BGB, che è l'*Anspruch*, e cioè la “pretesa”, intesa come diritto soggettivo in fase dinamica (di *Anspruch* parla, difatti, il capoverso della norma, nel sancirne l'imprescrittibilità nel campo dei *Familienrechtlichen Verhaeltnissen*, ancora di *Anspruch* tratta il § 196 nell'indicare i 17 casi di prescrizione biennale, sempre di *Anspruch* parla il legislatore tedesco con riferimento al decorso iniziale della prescrizione, la quale, appunto, *beginnt mit die Entstehung des Anspruch*). L'esercizio di tale *Anspruch* interrompe, poi, il corso della prescrizione, ma deve trattarsi di esercizio in via esclusivamente processuale, non bastando, all'uopo, il semplice avviso (*Mahnung*) stragiudiziale. La teoria dell'*Anspruch* fu ripresa in Italia, tra gli altri, dal Betti, *Ragione ed azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 205; Carnelutti, *Appunti sulla prescrizione*, cit., pp. 45 ss., ma vivacemente criticata dal Pugliese, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 253 (secondo il quale la nozione non ha alcuna autonomia, coincidendo in tutto e per tutto con il diritto subiettivo). Sulla non univocità del concetto in seno alla stessa dottrina tedesca, cfr. A. Wach, *Der Rechtsschutzanspruch*, in *ZZP*, 32, pp. 1 ss., cit. in Oriani, *Processo*, cit., p. 183, nota 29.

89. Con l'art. 2934 cc il legislatore ha inteso circoscrivere la rilevanza del fenomeno prescrizione nell'ambito del diritto sostanziale, escludendo ogni efficacia costitutiva dell'intervento del giudice, avendo il giudizio destinato a sancire l'estinzione del rapporto in virtù della prescrizione natura di stretto accertamento: così Auricchio, *Appunti*, cit., p. 62.

zioso volume pubblicato poco dopo la sua prematura morte, nell'agosto del 1968⁹⁰. È merito dell'Auricchio, difatti, se l'istituto della prescrizione, tornato a scorrere entro il suo naturale alveo del diritto sostanziale, sia stato divelto dagli angusti quanto sterili confini del diritto soggettivo, per essere, con felicissima intuizione, collocato nella più vasta orbita *del rapporto giuridico*.

Il seguito della trattazione dirà, poi, su qual punto dell'affascinante architettura dell'intera vicenda prescrizione ideata dall'autore par lecito avanzare una sommessima perplessità, onde altrettanto sommessamente immaginare, insieme con la de-costruzione dell'istituto, una sua ri-costruzione (ovviamente non dissimile sul piano morfologico da quella immaginata e magistralmente disegnata dall'Auricchio) funzionale *ad invertire quoad tempus, e del tutto simmetricamente, i ruoli ed i conseguenti effetti estintivi riservati ai due momenti del rapporto obbligatorio, il diritto del soggetto attivo, l'obbligo del soggetto passivo*.

Al momento, pare necessario limitarsi alla considerazione che *la dimensione del rapporto giuridico* entro il quale si realizza la liberazione del debitore (nelle vicende obbligatorie) o il riacquisto di una situazione di libertà (nei diritti reali limitati)⁹¹ costituisce *la condizione ad un tempo necessaria e sufficien-*

te affinché la prescrizione operi, così che i molti problemi suscitati dal capoverso dell'art. 2934 sembrano potersi avviare a soluzione⁹².

Il nucleo fondamentale della tesi dell'Auricchio, oltre che nell'individuazione del rapporto giuridico quale vero *oggetto* dell'effetto prescrizione, sta anche nel ritenere (conformemente a quanto, a suo dire più esattamente, «le leggi più antiche disponevano»⁹³) che anche nella prescrizione estintiva vi sia, in realtà, *un acquisto*⁹⁴, poiché «non il creditore perde un diritto, ma il debitore è liberato da un'obbligazione»⁹⁵.

Non andrebbe attribuito, allora, «valore decisivo» alla formula adottata dall'art. 2934 cc⁹⁶, lì dove si discorre di estinzione dei diritti, poiché «l'equivoco di tutta la dottrina è in ciò, che il problema della rilevanza della prescrizione è stato circoscritto alla esistenza, inesistenza, irrilevanza del diritto soggettivo, mentre la prescrizione influisce sulla vita dell'intero rapporto giuridico, e la sua rilevanza è di solito affidata alla volontà del soggetto passivo di tale rapporto»⁹⁷.

Ed allora diventa legittima l'ipotesi che la prescrizione operi su di una delle due situazioni giuridiche, prima di determinare l'estinzione dell'altra⁹⁸, sì che (specie con riferimento alla vicenda dell'adempimento del debito prescritto disciplinato dall'art. 2940 cc⁹⁹) due si rivelerebbero, secondo l'autore, le possi-

90. Ci si riferisce al più volte citato *Appunti sulla prescrizione*, lavoro, purtroppo, non del tutto completato dal compianto autore.

91. Sul diritto reale di godimento configurato in termini di rapporto, si vedano le illuminanti ed anticipatorie riflessioni di E. Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, rist. 1960, pp. 108-125.

92. Così si esprime Vitucci, *La prescrizione*, cit., p. 42, aggiungendo, ancora, che la formulazione di tale rilievo «va attribuita in primo luogo al volumetto postumo dell'Auricchio, rappresentandone anzi un merito fra i più segnalati».

93. Così Auricchio, cit. p. 35: l'autore fa riferimento all'art. 2219 del *Code Napoleon* ed all'art. 2105 del codice del 1865.

94. Il concetto di acquisto realizzato in conseguenza del compimento del termine prescrizione è già adombrato in P. Gismondi, *La prescrizione estintiva in diritto canonico*, Roma, 1940, p. 54, nota 64 (citato in P. Vitucci, *la prescrizione*, cit., p. 41, nota 79) che riporta un passo del Suarez: «*praescriptio et amissio non sunt in eodem, sed unus praescribitur contra alium*».

95. L'idea dell'acquisto, come si è già avuto modo di rilevare in precedenza, era ancor più nitida in diritto romano, per il quale il decorso del tempo non determinava alcuna perdita del diritto, ma consentiva al debitore la proposizione di un'eccezione che ne paralizzasse l'esercizio. D'altronde, come rileva ancora l'Auricchio, in diritto romano le stesse azioni di *status* erano prescrivibili, poiché anch'esse si collocavano nella dimensione dinamica del rapporto giuridico: all'estinzione del diritto di stato si contrapponeva, difatti, l'acquisto di un diritto opposto – di liberazione, cioè – da parte del servo, del liberto del figlio (mentre la mancanza di una tale simmetria tra perdita/acquisto rende oggi le azioni di stato imprescrivibili).

96. Ciò perché «la legge è valida solo per la soluzione di concreti conflitti di interessi, e non serve a proporre la definizione di concetti». Di opposto avviso, peraltro, G. Branca, *Delle servitù*, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1967, p. 434, secondo il quale «l'art. 2934 non contiene una mera definizione di per sé non vincolante per l'interprete».

97. Auricchio, cit., p. 63.

98. Conformemente con quanto sostenuto dall'autore in tema di fondamento della prescrizione, consistente «nella liberazione del debitore ancor prima che nella perdita del diritto da parte del creditore», pp. 63-64.

99. In relazione al quale l'Auricchio esclude, del tutto correttamente, ogni possibile analogia con l'obbligazione naturale ed ogni possibile riferimento all'indebito oggettivo (si legge, difatti nella Relazione al codice, che «non può dirsi che l'*accipiens* abbia ricevuto un pagamento non dovuto»).

bili opzioni: o, nonostante il compimento del termine prescrizione¹⁰⁰, sussiste ancora il diritto del creditore, ovvero sussiste l'obbligo del debitore¹⁰¹, poiché le due posizioni, di diritto ed obbligo, *non devono necessariamente estinguersi contemporaneamente*¹⁰².

Ne deriva che *il diritto non si modificerebbe né estinguerebbe* in virtù di prescrizione, ma *si estingue, invece, il rapporto giuridico*, il collegamento tra la situazione giuridica attiva e quella passiva, anche se il diritto stesso *non è destinato a sussistere in modo perpetuo, essendo privo dell'obbligo corrispondente, soggetto anch'esso ad estinzione*¹⁰³.

L'idea dell'estinzione diacronica (o, se si preferisce, progressiva) degli elementi dell'intera vicenda obbligatoria non fu accolta con particolare favore in dottrina: pur riconoscendosi unanimemente all'Auricchio il merito di aver intuito il fondamentale nesso *prescrizione/rapporto giuridico*, si obiettò da più parti che il fenomeno estintivo, nell'incidere sull'obbligo del soggetto passivo e, conseguentemente, sul rapporto stesso, non potesse non riguardare anche il diritto soggettivo¹⁰⁴, destinato anch'esso ad estinguersi, contestualmente, specularmente, irredimibilmente, insieme con la corrispondente situazione passiva.

Le brevi osservazioni che seguiranno sono volte a dimostrare (ci si augura non del tutto infondata-

mente), *da un canto*, l'ammissibilità *dell'estinzione "progressiva"* del rapporto intersoggettivo e la sua sopravvivenza "attenuata" – sia pure sotto forma di "allentamento" del sottostante vincolo negoziale –, nonostante la caducazione di uno dei suoi elementi essenziali; *dall'altro*, che la straordinaria intuizione *dell'estinzione non contestuale* delle posizioni di diritto e di obbligo andrebbe con ogni probabilità immaginata in senso del tutto speculare rispetto a quella predicata dal suo autore, nel senso, cioè, che, per effetto della prescrizione, *si estingue il diritto soggettivo, e gli sopravviva l'obbligo*, la cui estinzione (con conseguente estinzione dell'intero rapporto) risulterà condizionata al verificarsi, o al non verificarsi, di eventi di natura tanto sostanziale quanto processuale, rimessi (il più delle volte) ad attività dello stesso soggetto passivo, titolare residuo della disponibilità dell'effetto estintivo *tout court* dell'intera vicenda prescrizione.

Il tema *dell'affievolimento delle situazioni giuridiche* è ben noto alla dottrina classica, in particolar modo a quella tedesca, anche se della relativa elaborazione si fa attore il diritto soggettivo¹⁰⁵ e non il rapporto giuridico.

La teoria della *Abschwaechung des Rechts*¹⁰⁶, difatti, risultò, fin dal suo primo apparire, funzionale

100. Sulla correttezza, o meno, dell'uso della concetto di "termine" riferito alla prescrizione (e non soltanto alla decadenza), cfr. Tedeschi, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, cit., pp. 3 ss.; ID., *Voce Decadenza*, in EdD, XI, Milano, 1962, p. 776. Sulla "fluidità" del concetto stesso di "termine", Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1951, p. 353.

101. L'alternativa, a detta dello stesso autore, può apparire assurda «a chi intenda il diritto come il riflesso della mera esistenza dell'obbligo o viceversa, mentre diritto ed obbligo sono da intendersi come posizioni correlative, ma dotate di disciplina autonoma».

102. «Chi voglia intendere il rapporto giuridico come assoluta contrapposizione formale tra situazione giuridica attiva e passiva non può comprendere la disciplina della prescrizione, e nemmeno di altri istituti», aggiunge (del tutto condivisibilmente) l'Auricchio. Ritiene poi (ma non del tutto comprensibilmente) che di *prius o posterius* possa parlarsi soltanto «come fatto logico», con riferimento alle situazioni attiva e passiva del rapporto, Grasso, *Sulla distinzione*, cit., p. 872, nota 16.

103. Discorre di estinzione dell'obbligo senza che sia affatto attuato il suo contenuto, con riferimento alla prescrizione, anche Nicolò, *L'adempimento del debito altrui*, Milano, 1936, p. 91.

104. In tal senso, tra gli altri, Oriani, cit., p. 34, nota 53, ove si legge che «dove invece non può seguirsi l'Auricchio è ... nel disconoscimento che la prescrizione incida, oltre che sull'obbligo, liberando il debitore, anche sul diritto, del pari estinguendolo: non si riesce a comprendere un fenomeno che vede insieme l'esistenza del diritto e l'inesistenza dell'obbligo»; secondo Grasso, *Sulla distinzione ecc.*, cit., p. 869, nota 9, p. 876, «non è pensabile che all'estinzione dell'obbligo non corrisponda l'estinzione del diritto ... non può parlarsi di estinzione del rapporto se non nel senso di contemporanea estinzione della situazione giuridica attiva e passiva», salvo poi, poco dopo, affermare che la prescrizione «opera sulla situazione passiva prima di determinare l'estinzione della situazione attiva» (la posizione dell'autore appare senz'altro più "sfumata", nella successiva *Prescrizione*, voce dell'*E.d.D.*, cit.); afferma ancora Troisi, cit. p. 81, che «sul piano tecnico non si comprende come all'estinzione dell'obbligo possa non corrispondere l'estinzione del diritto». In termini più generali, ma nel medesimo ordine d'idee, C. M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, p. 467: «la correlatività delle posizioni di credito e debito comporta che l'estinzione dell'una è, al tempo stesso, estinzione dell'altra»; Matteucci, *La remissione del debito*, in *Riv. Dir. civ.*, 1957, I, p. 477: «credito e debito sono termini coesenziali, e vengono estinti contemporaneamente perché ciò che si estingue è il rapporto unitariamente considerato». Anche secondo la dottrina classica in tema di diritti reali (Balbi, *Sull'estinzione della proprietà per prescrizione e per non uso*, in *Riv. Dir. priv.*, 1940, p. 219) «l'estinzione di un rapporto importa la estinzione simultanea dei suoi elementi, diritto soggettivo e dovere giuridico, così che appare scorretto considerare come acquisto quel che giuridicamente è soltanto estinzione».

105. Del tutto diverso, ovviamente, è il significato in cui è inteso l'affievolimento dalla dottrina amministrativista: per primo e per tutti, sull'argomento del diritto affievolito, O. Ranalletti, *Principi di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1912, p. 439.

106. Letteralmente, «indebolimento dei diritti».

all'identificazione di quei diritti caratterizzati da un'esistenza "minorata", a causa di un'incompleta costituzione o di un'incompleta estinzione¹⁰⁷. Conseguenza di tale fenomeno di indebolimento della situazione soggettiva attiva, la *Ruhe der Rechte*¹⁰⁸, mentre a tale categoria verranno ancora ricondotti quei *Rechte ohne aktive, mit blosse passive Wirkung*¹⁰⁹.

Tutto il fenomeno dell'affievolimento risulterà via via ricondotto nell'alveo dell'*efficacia modificativa*, e concepito, più analiticamente, come una *modificazione esterna* del diritto soggettivo, secondo un'architettura di pensiero sostanzialmente condivisa dalla dottrina italiana: «quando, ad esempio, la confusione non provoca l'estinzione del diritto di credito e lo riduce allo stato di quiescenza, la situazione giuridica subisce una modificazione strutturale, perché le due posizioni di soggetto attivo e di soggetto passivo dell'obbligazione si vengono a concentrare sulla stessa persona»¹¹⁰.

Non a caso, proprio in relazione a tali vicende modificative del piano strutturale del rapporto giuridico, si è condivisibilmente parlato di *rapporto giuridico unisoggettivo*¹¹¹, sottolineandosi ancora la non opinabilità dell'idea secondo la quale «il fatto produttivo dell'affievolimento delle situazioni giuridiche è il tempo, quando non sia riempito dall'esercizio del diritto soggettivo»¹¹².

Pare allora inevitabile, sia pur al limitato fine di ricostruire le vicende essenziali della fattispecie prescizionale, applicare *al rapporto giuridico* le riflessioni sul tema dell'affievolimento dei diritti (estensione forse già inconsapevolmente presente, *in nuce*, nel pensiero degli stessi autori cui si è fatto cenno), ipotizzando, a fianco della *Abschwaechung des Rechts*, una non dissimile *Abschwaechung des Verhaeltniss*, e immaginando, insieme con la *Ruhe der Rechte*, una simmetrica *Ruhe der Beziehung*¹¹³ conseguente al compiersi del decorso del tempo¹¹⁴.

Un primo momento di sintesi conduce così all'interrogativo di fondo sulle possibili soluzioni al problema della prescrizione estintiva, alternativamente identificabili:

- 1) in quella (più agevole e meno impervia) predicativa della *estinzione tout court* tanto del rapporto quanto dei suoi elementi costitutivi, il diritto soggettivo e l'obbligo, «non essendo immaginabile un'estinzione parziale che riguardi solo un aspetto del rapporto intersoggettivo», anche se ciò comporta la definitiva abdicazione ad ogni tentativo di spiegare efficacemente, senza inaccettabili forzature interpretative del dato legislativo, vicende affatto peculiari dell'istituto quali la rinuncia, il pagamento del debito prescritto, la legittimità dell'azione giudiziale fondata su di un diritto estinto;

107. Windscheid, cit., p.179, citato in Falzea, *Efficacia giuridica*, cit., p. 498.

108. Letteralmente, «il silenzio, la quiete dei diritti»: la teoria della quiescenza dei diritti è frutto della elaborazione di H.K. Hirsch, *Die Übertragung der Rechtsausübung*, Berlino, 1910, p. 148 ss.

Discorre ancora di quiescenza dei diritti, con riferimento agli *iura in re aliena*, anche la nostra giurisprudenza: secondo Cass. 6 agosto 1997, n. 7220, infatti, «l'impossibilità di fatto di godere di una servitù prediale, così come il sopravvenuto venir meno della *utilitas* che ne costituisce il contenuto, sono idonei a determinare non altro che un mero stato di quiescenza del relativo diritto, perdurante sino a quando non venga a maturazione il termine di prescrizione estintiva previsto in tema di *iura in re aliena* (sempre che non risultino stipulate, per iscritto, nuove pattuizioni che modifichino l'estensione della servitù o la sopprimano), così che la sola, astratta possibilità di un ripristino futuro del suo concreto esercizio conferisce, al titolare del fondo dominante, una attuale legittimazione ad agire, ex art. 100 cod. proc. civ., per la tutela del suo diritto, almeno fino a quando non risulti giudizialmente accertata (su domanda o su eccezione del proprietario del fondo servente) l'intervenuta prescrizione del diritto stesso.

109. I diritti, cioè, senza effetto attivo, ma con soli effetti passivi: R. Jehring, *Passive Wirkungen der Rechte*, in *Gesammelte Aufsätze*, II, Jena, 1882.

110. Cfr. Falzea, op. ult. cit., p. 498.

111. La felice intuizione è di Salvatore Pugliatti, *Il rapporto giuridico unisoggettivo*, in *Diritto civile*, cit., pp. 395 ss.

112. Falzea, op. loco cit. Il tempo – soggiunge l'autore - porta ad una progressiva minorazione dell'efficienza del diritto soggettivo, cioè a trasformazioni interne, che potranno evolvere in trasformazioni esterne quando si maturi il fatto preclusivo/estintivo della prescrizione.

113. Letteralmente, e rispettivamente, "affievolimento del rapporto" e "quiescenza del rapporto".

114. Di quiescenza del rapporto obbligatorio la dottrina discorre specie con riferimento all'istituto della confusione: cfr. C. Crome, *Teorie fondamentali delle obbligazioni*, § 29, p. 393 («la riunione nella stessa persona della duplice veste di creditore e debitore è, di sua natura, indeterminata: finché essa dura si ha soltanto quiescenza del credito»); Pugliatti, *Il rapporto* cit. p. 433 («il concetto di quiescenza esclude precisamente l'estinzione») e, dello stesso autore, *Assegno bancario e rapporto unisoggettivo* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 433 («nei casi in cui il rapporto non si estingue per la confusione in un unico soggetto della situazione attiva e di quella passiva, esso rimane in vita, pur se ridotto ad un unico soggetto»). In senso contrario, e per la definitiva estinzione del rapporto a seguito di confusione, per tutti, M. Allara, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, cit., p. 58, e, per la dottrina tedesca, K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, pp. 249 ss.

- 2) in quella immaginata dall'Auricchio, secondo cui al compiersi della prescrizione, conseguirebbe:
- l'estinzione dell'obbligo,
 - l'estinzione (ancora) del rapporto giuridico,
 - la sopravvivenza *pro tempore* del (solo) diritto soggettivo;
- 3) in quella, infine, che fonda un tentativo di ricostruzione della fattispecie in termini teorici tenendo conto delle sue implicazioni ed applicazioni concrete sì come emergono dall'intera trama normativa dettata dal legislatore del 1942: allora la sopravvivenza (e la quiescenza) anche del rapporto obbligatorio per effetto del decorso del tempo avrà un suo realistico significato ed una sua giuridica configurabilità proprio alla luce della *diacronia* della vicenda estintiva che colpisce i suoi due elementi essenziali. Un'estinzione *del diritto soggettivo e non dell'obbligo* (come di qui a poco si cercherà di dimostrare), dunque, che *non comporta* come inevitabile conseguenza *anche la caducazione del rapporto stesso*, se è vero, come è vero, che il compiersi della prescrizione si struttura in origine, e dipana i suoi effetti, pur sempre in termini di "acquisto" da parte del debitore di un "valore" costituito dalla «liberazione dal vincolo obbligatorio»¹¹⁵.

Va allora fatta luce sulla circostanza secondo cui tale acquisto consiste, in realtà, *non nell'immediata liberazione dall'obbligo* (non si spiegherebbe, difatti, come il creditore possa ancora, del tutto legittimamente, agire in giudizio e vedersi addirittura riconosciuto il suo diritto in mancanza di opposizione della prescrizione da parte del debitore), bensì nell'insorgere di un *diritto alla liberazione* (vicenda ontologicamente non assimilabile all'estinzione *tout court* dell'obbligo sotteso alla posizione di soggetto passivo del rapporto), diritto il cui concreto esercizio è demandato, quanto alla sua *definitiva realizzazione*, a comportamenti ulteriori ed eventuali, di segno positivo e negativo, da attuarsi tanto sul piano del diritto sostanziale (mancata rinuncia) che processuale (opposizione dell'eccezione di prescrizione), ovvero, quanto alla sua *mancata re-*

alizzazione, ad altrettanti comportamenti, sia sostanziali (pagamento del debito prescritto, rinuncia alla prescrizione) che processuali (mancata proposizione dell'eccezione *ex art. 2938 cc*)¹¹⁶.

Anche su questo eccentrico piano di riflessione, la prescrizione mostra le sue caratteristiche di fattispecie diacronica, permeando della propria "progressività" le stesse vicende del rapporto obbligatorio, secondo una scansione logico/cronologica così strutturata:

- 1) Decorso del tempo stabilito dalla legge
- 2) Estinzione del diritto
- 3) "Allentamento" e conseguente quiescenza del rapporto obbligatorio
- 4) Sopravvivenza temporanea dell'obbligo
- 5) Estinzione dell'obbligo¹¹⁷
- 6) Estinzione definitiva dell'intero rapporto.

Necessitano, peraltro, di un solido fondamento teorico-normativo le ipotesi:

- 1) che il rapporto giuridico possa sopravvivere all'estinzione di uno dei suoi elementi strutturali (come si è già in parte cercato di dimostrare poc'anzi);
- 2) che l'elemento strutturale destinato alla caducazione istantanea sia il diritto soggettivo e non l'obbligo del debitore.

4.1. L'ammissibilità della quiescenza *del rapporto giuridico* in sincronia con la estinzione di uno dei suoi elementi strutturali, in analogia con *la quiescenza dei diritti* cara alla dottrina tedesca, è evento forse non del tutto estraneo al sistema delle obbligazioni, anche in territori diversi rispetto al fenomeno prescrizionale. Non dissimile ricostruzione potrebbe, difatti, ipotizzarsi per istituti come *la remissione del debito*¹¹⁸, che, a seguito della comunicazione del creditore all'obbligato, produce, a sua volta, sia un effetto estintivo del diritto, sia un effetto liberatorio (*rectius*, una «messa a disposizione dell'obbligo») di cui il debitore potrà giovare o meno, azionando, entro congruo termine, il meccanismo legale della rinuncia. Anziché di «effetto estintivo legalmente provvisorio, anche se immediatamente operante»¹¹⁹, sembra più aderente al dettato normativo

115. Per tutti, Grasso, cit., p. 57.

116. Parla di «estinzione della rilevanza giuridica del rapporto come schema giuridico formale» ma di persistenza di «un contrasto di interessi, al quale può corrispondere un'attenuata rilevanza giuridica» in seno ad un (preteso) «rapporto inteso in senso sociale, come realtà pregiudiziale» Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, cit., p.76: in realtà, il rapporto non subisce alcuna "mutazione genetica" del tipo di quella paventata dall'autore, ma resta immutato, ancorché quiescente, in attesa della sua successiva attuazione ovvero della sua definitiva estinzione. In argomento, *amplius*, .M. Allara, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 172.

117. Condizionata al verificarsi/non verificarsi di eventi legalmente predeterminati.

118. *Contra* Bianca, cit.

119. Bianca, cit. p. 475, nota 66.

ed allo sviluppo funzionale dell'istituto supporre che, all'estinzione del diritto del creditore, segua anche qui un allentamento, una *Ruhe des Verpflichtverhältniss*¹²⁰, sino alla manifestazione, positiva o negativa, di volontà del debitore, il cui obbligo, non ancora estinto, sarà eventualmente adempiuto con riferimento a *quel medesimo rapporto* (a sua volta, non ancora estinto) a seguito della rinuncia alla remissione¹²¹. E gli stessi autori tesi alla ricerca di ineluttabili *sincronie estintive* di cui predicare la necessità (i.e. l'estinzione contestuale del diritto, dell'obbligo e del rapporto, quasi che *remissio – sicut praescriptio – omnia solvit*) finiscono poi per riconoscere che «il debitore rimuove pur sempre l'effetto estintivo della remissione ristabilendo l'esistenza del rapporto obbligatorio senza soluzione di continuità»¹²², ed ancora che «l'effetto estintivo si è tuttavia già prodotto in favore del debitore a seguito della comunicazione della remissione». Che è quanto dire, fuor di eleganti metafore, che *il diritto del creditore si è estinto, che il rapporto obbligatorio* permane in condizione di *quiescenza*, che, infine, *l'obbligo*, idealmente sopravvissuto alla vicenda estintiva (che ha temporaneamente vulnerato il diritto del remittente), *troverà o meno attuazione* a seconda che «entro congruo termine», il debitore rinunci o meno alla remissione¹²³.

Non diversamente, nella vicenda prescizionale, per effetto del decorso del tempo, il rapporto giuridico sotteso al diritto soggettivo estinto si trova in una situazione di *quiescenza*, ripetendo la ragione della sua condizione di *nosferatu* dalla circostanza che l'obbligo

corrispondente non si estingue, permanendo in capo al debitore *la disponibilità dell'effetto estintivo* conseguente al decorso del tempo inerte (decorso che, a sua volta, ha già causato, *ipso facto*, l'estinzione della corrispondente situazione attiva, il diritto soggettivo, stante il disposto dell'art. 2934 cc)¹²⁴.

Nella pur mirabile teoria dell'estinzione dell'Auricchio, quel che appare arduo da giustificare appare, dunque, il predicato della doppia vicenda estintiva, avente ad oggetto tanto l'obbligo quanto il rapporto, perché il permanere in vita, in una vicenda di estinzione, del solo diritto soggettivo risulta un poco decifrabile enigma (a prescindere dalla sua giuridica dimostrabilità), mentre la visione diacronica delle sorti del rapporto obbligatorio consente (più correttamente) di ritenere legittima la sopravvivenza tanto di quest'ultimo, quanto di quella, delle due posizioni soggettive, che in origine lo caratterizzò, appunto, come «obbligatorio». Quel che preme ancora riaffermare, come imprescindibile premessa del discorso che si andrà sviluppando, è che intanto la sopravvivenza di una sola delle posizioni soggettive (l'obbligo, e non il diritto) ha una sua legittimazione anche formale sul piano normativo in quanto essa si iscrive *ancora* nell'orbita di una più vasta struttura, quella *del rapporto*, idonea a contenerla, mutuandone una (sia pur temporanea) ragion d'essere filogenetica (ed ecco perché predicare l'estinzione di quella più ampia dimensione «relazionale» che è il rapporto giuridico intersoggettivo renderebbe probabilmente impossibile la stessa sopravvivenza di uno dei suoi elementi genetici)¹²⁵.

120. Lett. «quiescenza del rapporto obbligatorio».

121. Non a caso, gli stessi autori che sostengono l'effetto estintivo *tout court* del rapporto, del diritto e dell'obbligo specificano che la cancellazione retroattiva dell'effetto estintivo comporta il mantenimento del rapporto obbligatorio e dei relativi accessori, comprese le garanzie, poiché il debitore, con il suo rifiuto, «cancella retroattivamente l'effetto estintivo della remissione».

122. Bianca, cit., p. 476.

123. Che, nella remissione del debito, «*il diritto si estingue senza che si estingua la posizione giuridica correlativa*» è opinione già espressa dallo stesso Auricchio, cit., p. 66.; cfr. anche E. TILOCCA, *La remissione del debito*, in *Nuovo digesto italiano*, XV, p. 50, secondo il quale l'estinzione del debito sarebbe un effetto riflesso della rinuncia al credito: «la remissione del debito produce immediatamente ... solo la perdita del diritto da parte del suo titolare».

124. Quello della disponibilità dell'effetto estintivo e *latere debitoris* è un fenomeno meno infrequente di quanto non si possa immaginare: si pensi alla *fattispecie*, di matrice prettamente giurisprudenziale, della cd. «condizione unilaterale»: anche qui, al verificarsi di un evento estintivo (il mancato avveramento del fatto dedotto in condizione a favore di una sola parte), il creditore-alienante perde il diritto all'adempimento nascente dal contratto, ma l'effetto estintivo del corrispondente obbligo dell'acquirente-debitore è rimesso in via esclusiva alla sua disponibilità, così che egli, «rinunciando» alla condizione stessa, può decidere di adempiere al suo obbligo, versando il prezzo di acquisto, e conseguendo la proprietà del bene, in relazione ad un rapporto giuridico (quello scaturente dal negozio di compravendita) ancora «quiescente» nonostante il mancato avveramento della condizione, che pur ne avrebbe dovuto decretare l'estinzione.

125. Sull'ampio dibattito circa la natura del rapporto obbligatorio sotto il vigore del codice abrogato, cfr. L. Coviello, *L'obbligazione negativa*, Napoli, 1931, rist., Camerino, 1978, pp. 2 ss., che sottopone a critica serrata la concezione dell'obbligazione come sintesi scaturente da due rapporti fra loro indipendenti, il «rapporto di prestazione (*Schuld*)» ed il «rapporto di rispondenza (*Haftung*)», concezione importata dalla dottrina tedesca della fine dell'800 (A. Brinz, *Der Begriff Obligatio*, in *Grunhuts Zeitschrift*, I, 1874, p. 18) e fatta propria, in Italia, da Pacchioni (*Sul concetto di obbligazione* in *Scritti giuridici in onore di Schupper*, Torino, 1898, I, pp. 201 ss.) e da Gangi (*Debito e responsabilità nel nostro diritto vigente*, in *Riv. Dir. civ.*, 1927, pp. 521 ss.)

In altri termini:

- *da un canto*, la morfologia rapporto giuridico deve essere configurata in termini di *sintesi dinamico-funzionale*¹²⁶ e non (solo) di semplice *somma strutturale* di elementi essenziali (il diritto soggettivo/l'obbligo giuridico), di talché, all'esito dell'incontro e della fusione di questi ultimi, esso stesso diviene entità autonoma che prescinde e si separa da tali componenti originarie, onde la sua attitudine a "sopravvivere" temporaneamente anche alla caducazione di una di esse (ciascuna idonea, a sua volta, ad estinguersi secondo una scansione diacronica, proprio per aver pur sempre conservato la propria autonoma identità strutturale), essendo, in definitiva, il rapporto giuridico pur sempre *relazione tra soggetti e non (solo) tra posizioni soggettive*¹²⁷.
- *dall'altro*, sul piano più strettamente positivo,

per effetto del compimento del termine di prescrizione, *non può in alcun modo sostenersi il residuare di un'obbligazione naturale* (come sovente affermato da parte della dottrina)¹²⁸, poiché un'attenta lettura delle norme di cui agli artt. 2034 e 2940 del codice civile esclude radicalmente ogni possibilità di tale "conversione" dell'originaria obbligazione – che, viceversa, conserva le sue peculiari ed originarie caratteristiche¹²⁹ proprio perché ancora oggetto di un rapporto *quiescente, affievolito, in attesa*, ma *non (ancora) estinto*.

4.2. Accertata, dunque, la «sopravvivenza quiescente» del rapporto obbligatorio, va affrontata la questione, già più volte anticipata, se l'effetto "immediato" del decorso del tempo inerte, la vicenda funzionale dello "*Zeitpunkt*" prescrizione possa ri-

126. Sulla correlatività necessaria tra le situazioni giuridiche soggettive, per tutti, Santoro Passarelli, *Diritti assoluti e relativi*, in *EdD*, XII, Milano, 1964, p. 752.

127. Il rapporto giuridico inteso, cioè, come sintesi dinamica di elementi che, sul piano statico, conservano pur sempre la loro individualità strutturale, ma si integrano, su quello funzionale/effettuale, divenendo altro, interagendo, cioè, tra loro sino a creare una nuova realtà giuridica. Si pensi all'esistenza di due sorgenti di energia che agiscono separatamente, generando, per effetto della sintesi, una nuova "materia" (luce, calore ecc.) in modo disomogeneo per quantità e qualità: entrambe le fonti generatrici (il diritto, l'obbligo) creano, attivandosi, un "materiale di fusione" (il rapporto giuridico) che è ontologicamente "altro" rispetto alle sue fonti, è "fusione" generata da due fonti produttrici, è il "risultato" energia. La caducazione di una sola delle due fonti non travolge, contestualmente, né l'altra, né "il prodotto" della fonte sopravvissuta, anche se questo prodotto sarà inevitabilmente "modificato" per essere venuta meno l'altra fonte produttiva.

All'opposto, per una concezione del rapporto giuridico inteso «quale mera sintesi verbale tra diritto ed obbligo», dacché, «se la norma è regola di condotta, non può esistere una relazione tra diritto ed obbligo, bensì soltanto tra i substrati materiali degli stessi», N. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1970, pp. 100 ss.; A. Iannelli, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980, pp. 96 e 135; A. E. Cammarata, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, pp. 347 ss.; ID., *La funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, ivi, p. 245; Grasso, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto*, Napoli, 1973, pp. 151 ss.. Ma insuperabili dubbi sull'asserita inconciliabilità tra norma intesa come valore e la teorica del rapporto giuridico sono efficacemente (e del tutto condivisibilmente) espressi nelle opere, di ben più ampio respiro, di A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1967, pp. 10 ss, pp. 26 ss., e N. Bobbio, *Formalismo giuridico*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, pp. 90 ss. Per ulteriori considerazioni sul tema del rapporto giuridico, si veda ancora l'approfondita analisi di C. Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pp. 45 ss., e V. E. Cantelmo, *Fondamento e natura dei diritti del legittimario*, Napoli, 1972, p. 3. Più in generale, sulla rilevanza di un'analisi funzionale degli istituti giuridici, Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Milano 1979, e, sul problema della qualificazione giuridica intesa come sintesi di effetti essenziali, P. Perlingieri, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, pp. 138, 202, 209 ss., 223 ss. Sull'affascinante tema del rapporto giuridico inteso come "categoria", cfr., infine, U. Cerroni, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Milano, 1972; Id. *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, in *Democrazia e dir.*, 1974, 3, pp. 481 ss.

Più di recente, sul concetto di rapporto obbligatorio come *relazione* idonea spiegare il fondamento e la natura del cd. «contatto sociale», C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Napoli, 2012, p. 69 ss., con approfondita disamina dell'evoluzione del concetto di obbligazione – dalla sua lettura «in chiave quasi proprietaria» del Savigny all'emersione degli obblighi di protezione che, a dire dell'autore, fondano la fattispecie del contatto sociale – per concludere poi che il contenuto dell'obbligazione, rettammente intesa nella dinamica di un rapporto complesso «si sostanzia nella relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi dei soggetti l'uno di fronte all'altro», *ivi*, p. 79.

128. F. Messineo, *Manuale di diritto civ. e commerciale*, cit., III, pp. 494 ss.; P. Perlingieri, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, cit. p. 117.

129. Che l'adempimento di un'obbligazione prescritta costituisca legittima attuazione di un'obbligazione civile è affermato, in dottrina, sia pur con diversità di motivazioni (rinuncia tacita alla prescrizione, reviviscenza del rapporto, reviviscenza del diritto, reviviscenza dell'obbligo), da Gangi, *Le obbligazioni*, cit. p. 113; Salv. Romano, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1953, pp. 66 ss.; Nardi, *Rapporti tra ritenzione, prescrizione ed obbligazione naturale*, in *Studi Parmensi*, V, Milano 1955, pp. 74 ss.; G. Azzariti e G. Scarpello, *Della prescrizione*, cit. p. 244; Ferrucci, *Della prescrizione*, cit., p. 415. Di obbligazione "imperfetta" a proposito del pagamento del debito prescritto discorre Trabucchi, nelle sue *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, §§ 284 e 378 in testo ed in nota (l'autore colloca l'ipotesi ex art. 2940 cc nella più ampia disciplina di cui alla disposizione ex art. 2034 secondo comma cc, differenziandola, peraltro, dall'obbligazione naturale propriamente intesa).

tenersi, in realtà, *non l'estinzione dell'obbligo*¹³⁰, ma *del diritto soggettivo*¹³¹, estinzione intesa, nella sua reale portata, come «*messa a disposizione*» dell'effetto estintivo dell'obbligo in favore del debitore¹³² (o del titolare del diritto reale limitato), così specularmente ricostruita una vicenda che, nella sua fisiologia, normalmente identifica nel creditore il soggetto cui è riconosciuta la disponibilità del diritto.

Militano a fondamento di tale ipotesi:

- Il dato testuale della *Grundnorm* dell'istituto (l'art. 2934 cc), la quale, stabilendo che «ogni diritto si estingue per prescrizione», ribalta l'impostazione dei codici ottocenteschi che riferivano l'effetto estintivo all'obbligo del soggetto passivo¹³³.
- La *sedes materiae* destinata all'istituto dal legislatore del '42, e cioè non il capo IV del libro IV, che disciplina i modi di estinzione delle obbligazioni, ma il capo II del libro VI, dettato in tema di tutela dei diritti¹³⁴.
- La evidente differenza tra debito *estinto* e debito *prescritto*, considerato che al pagamento del debito *estinto* non si ricollega un (irriproducibile) effetto estintivo, bensì l'insorgere del diritto alla ripetizione, mentre il pagamento del debito *prescritto* – se spontaneo – «genera proprio quell'effetto estintivo» (dell'obbligo) «che la prescrizione non aveva ancora prodotto»¹³⁵: sicché, pare proprio l'obbligo ad essere il “predestinato” alla sopravvivenza.

- L'analogia con fenomeni estintivi normativamente disciplinati, anch'essi destinati ad incidere non sull'obbligo o sull'intero rapporto, ma sul diritto soggettivo. Si è già detto in precedenza della remissione del debito, ma a conclusioni non dissimili conduce l'esegesi dell'istituto della *compensazione*, nella prospettiva di cui all'art. 1242 cc («*la prescrizione non impedisce la compensazione, se non era compiuta quando si è verificata la coesistenza dei due debiti*»), a mente della quale la vicenda (funzionale) debitoria è conseguenza dell'effetto estintivo della compensazione e non della prescrizione, mentre l'operare di quest'ultima è, per il legislatore, fatto del tutto diverso rispetto alla stessa coesistenza dei debiti, prima ancora che alla loro estinzione. Né diverso discorso sembra doversi svolgere in tema di *obbligazioni solidali*, poiché la norma di cui all'art. 1310 sembra, ancora una volta, confermare l'esattezza della prospettiva dell'estinzione del diritto: la mancata liberazione dei condebitori solidali benché non destinatari di atti interruttivi (art. 1310 primo comma) si spiega, difatti, proprio con la circostanza che l'atto interruttivo spiega la sua efficacia con riferimento al *diritto di credito* – impedendone la fisiologica estinzione –, e non *agli obblighi* (plurimi) dei condebitori¹³⁶, obblighi tutti destinati

130. Che l'obbligo del debitore possa non considerarsi estinto sembra confermato anche dai rapporti tra *adempimento del debito prescritto* e *azione revocatoria ordinaria*, rapporti che la dottrina risolve, del tutto condivisibilmente, nel senso che «l'adempimento del debito prescritto, costituendo per necessità adempimento di un debito scaduto, non è soggetto a revoca ai sensi del disposto dell'art. 2901 terzo comma cc» (così Vitucci, *La prescrizione*, cit., p. 228; Nicolò, *Azione surrogatoria ed azione revocatoria*, in *Comm. Scialoja e Branca*, sub art. 2900, p. 63, secondo il quale, ancora, «la prestazione del debitore non cessa di essere dovuta per il solo fatto che egli possa opporre la prescrizione e non lo abbia fatto»). È evidente invece che, a considerare estinto l'obbligo del debitore a seguito del decorso del tempo, non si potrebbe più legittimamente parlare di “debito scaduto”, sì che l'eventuale adempimento sarebbe legittimamente oggetto di revoca, nel concorso delle circostanze richieste dalla legge ex art. 2901 primo comma cc.

131. E ciò va detto superando ogni difficoltà “ideologica”, prima ancora che dogmatica, ad ammettere un fenomeno estintivo del diritto soggettivo assolutamente indipendente dalla volontà, dall'operato, dalla “sfera di signoria” del suo titolare, ed accettando il fisiologico dipanarsi della vicenda prescrizione in relazione alla imprescindibile dimensione “tempo”, al di là dei suoi eventuali risvolti processuali, al di là ed a prescindere dalle sue possibili evoluzioni sostanziali in termini di reviviscenza del diritto stesso.

132. La norma di cui all'art. 2937 cc (rinuncia alla prescrizione), postula addirittura l'esistenza di un “diritto” che si costituirebbe in capo al soggetto passivo del rapporto (non può rinunciare, di fatti, alla prescrizione «chi non può disporre validamente del diritto»).

133. Si confronti la norma in parola con quella dettata, in via del tutto speculare, in tema di compensazione (art. 1241), ove è testualmente stabilito che «*i due debiti*» si estinguono «per le quantità corrispondenti».

134. A tale considerazione potrebbe, peraltro, non illegittimamente replicarsi che la collocazione è frutto del carattere onnicomprensivo dell'istituto, che abbraccia, *quoad effectum*, tanto i diritti di obbligazione che i diritti reali limitati. D'altronde, che tra le sistemazioni più contrastate nella redazione del codice civile ci sia stata proprio quella della prescrizione è opinione espressa da Vassalli, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in *Studi giuridici* III, 2, Milano, 1960, p. 627, dove si legge che lo stesso presidente della commissione rimase sino all'ultimo contrario alla collocazione dell'istituto a chiusura dell'ultimo libro del codice.

135. Così, letteralmente Vitucci, *La prescrizione*, cit., pp. 32-33, che aggiunge «altro è il modo di operare della prescrizione, altro dei modi di estinzione» (dell'obbligo del soggetto passivo).

136. Sul tema delle obbligazioni solidali, la dottrina ritiene, in prevalenza, trattarsi di un insieme collegato di più rapporti obbligatori (L. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, I, p. 183; Giorgianni, *Obbligazione solidale e parziaria* in *Scritti minori*, Napoli,

ad estinguersi, per converso (se si aderisse alla tesi dell'estinzione dell'obbligo), al di fuori di quello oggetto dell'atto interruttivo. Ancor più evidente conferma fornisce il secondo comma dell'articolo ora ricordato: «*la sospensione della prescrizione nei rapporti di uno dei debitori o di uno dei creditori in solido non ha effetto riguardo agli altri. Tuttavia il debitore che sia stato costretto a pagare ha regresso contro i condebitori liberati in conseguenza della prescrizione*», il che sta a significare, ancora una volta, che, in realtà, nonostante il decorso del tempo ed il compiersi della prescrizione, i condebitori "liberati" (e cioè nei confronti dei quali il diritto del creditore risulta estinto) sono purtuttavia costretti al pagamento di regresso, a conferma che il loro *obbligo* non era ancora definitivamente tramontato (al pari dell'intero rapporto obbligatorio) nonostante il decorso del tempo e la «liberazione in conseguenza della prescrizione»¹³⁷.

- Il fenomeno della cd. "reviviscenza"¹³⁸ conseguente al mancato esercizio, da parte del debitore, del «diritto alla liberazione dall'obbligo» scaturente dal decorso del termine di prescrizione. Mentre la vicenda di *reviviscenza* di cui all'art. 2940 cc non pone particolari problemi interpretativi (il debitore adempie alla sua obbligazione spontaneamente, e la vicenda obbligatoria trova la sua definitiva soluzione), ben altri dubbi solleva l'ipotesi di cui all'art. 2937 capoverso, in tema di rinuncia alla prescrizione, con riferimento alle conseguenze di tale atto, se, cioè, per effetto di esso, "riviva" l'obbligo del debitore o il diritto del creditore. Vera la prima ipotesi, e ammettendo, con l'Auricchio, che il diritto non si sia mai estinto, sarebbe allora inevitabile inferirne che l'adempimento del debitore si riferisce a *quello*

stesso diritto (mai estinto, e dunque) in tutto e per tutto *identico a sé medesimo*, così che esso «*si conserverebbe immutato, perdendo soltanto la ragione di caducità conseguente al tempo già trascorso, senza alcuna reviviscenza, e senza alcun cambio di contenuto per effetto della rinuncia*»¹³⁹. Ma ciò è smentito¹⁴⁰ dalla stessa disciplina positiva, atteso che, da un canto, il nuovo termine prescrizione, che decorre dal giorno della rinuncia, sarà quello ordinario (decennale) e non quello breve cui eventualmente il diritto stesso fosse risultato soggetto in precedenza; dall'altro, che l'eventuale diritto di garanzia immobiliare estintosi a seguito dell'estinzione del corrispondente diritto di credito *non risorge né può reinscriversi in pari grado* rispetto a quello ormai perduto, pena l'inaccettabile pregiudizio degli interessi dei terzi¹⁴¹, mentre lo stesso pegno, all'esito del compimento della prescrizione, si estingue, con contestuale obbligo di restituzione del bene al debitore¹⁴². Come tutto ciò si ponga in termini di non perfetta compatibilità con la pretesa sopravvivenza del diritto al decorso del tempo (e con l'asserita omogeneità strutturale del diritto stesso rispetto a quello conseguente alla rinuncia alla prescrizione operata dal debitore), sembra, dunque, assai poco discutibile. La diacronia della vicenda estintiva sembra invece coerente con il fenomeno *dell'estinzione dell'originario diritto* quale *effetto automatico del decorso del tempo inerte*, e la con sua "reviviscenza modificata" conseguente all'attività (adempimento spontaneo, rinuncia) del debitore che ha visto, dal suo canto, permanere inalterato il proprio obbligo (quello, cioè, all'adempimento), ben conciliandosi le dette *deminutiones* della posizione soggettiva attiva con il suo ritorno in vita in termini di struttura e

1988, p. 595); ma, per l'unicità del rapporto obbligatorio, in passato, C. Scuto, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, p. 322; J. Binder, *Die Korrealobligationen im roemischen und im heutigen Recht*, Leipzig, 1899, pp. 19 ss., e, più di di recente, F. D. Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974.

137. Sul principio di cui all'art. 1310, secondo comma, seconda parte, cfr. Andreani, *Voce Regresso*, in EdD, xxxix, Milano, 1988, p. 705, secondo il quale la disposizione non si fonda sull'ingiustificato arricchimento dei condebitori liberati per effetto della prescrizione nei confronti del *solvens*; Azzariti e Scarpello, *cit.*, p. 255. Per l'affermazione secondo la quale la disposizione di cui all'art. 1310 cc realizza un "ipotesi anomala", cfr. Cass. 23 giugno 1998, n. 6244.

138. In argomento, *funditus*, *Reviviscenza delle garanzie a seguito del risorgere dell'obbligazione principale*, in nota a Cass. 15 novembre 2004, n. 21585, *Corriere Giuridico* n. 3/2005, p. 367.

139. È l'opinione di Vitucci, *cit.*, p. 195.

140. Ed è lo stesso autore, poco dopo, a riconoscerlo.

141. Così Gorla, *Delle ipoteche*, in Commentario Scialoja e Branca, *cit.*, pp. 628 e 636.

142. Vitucci, *cit.*, pp. 44-46.

contenuto essenzialmente non dissimile rispetto al passato (come, d'altronde, è dato rilevare nella maggior parte dei fenomeni di reviviscenza conosciuti dal nostro codice)¹⁴³.

Può dunque concludersi, al termine dell'analisi esegetica che precede, che, al compiersi della prescrizione, si verifica, giusta disposto dell'art. 2934 cc:

- *l'estinzione del diritto*¹⁴⁴ vantato dal soggetto attivo del rapporto¹⁴⁵;
- *la quiescenza del rapporto obbligatorio* intercorrente tra i due soggetti, attivo e passivo;
- *la sopravvivenza inmodificata dell'obbligo* del soggetto passivo che acquista, per effetto dell'estinzione del diritto, un corrispondente diritto alla liberazione¹⁴⁶.

Specificandosi, ancora, che la *definitiva estinzione dell'obbligo* (con conseguente estinzione dell'intero rapporto) postula, a sua volta:

- *la mancata rinuncia* alla prescrizione da parte del debitore;
- *la vittoriosa proposizione dell'eccezione di prescrizione* (da parte del debitore o dei terzi interessati), all'esito dell'*eventuale* instaurazione di un processo¹⁴⁷.

5. Certezza e relatività del tempo della prescrizione

Così delineati i caratteri morfologici della fattispecie, è tempo di tornare ad interrogarsi sui nuovi modelli del dipanarsi della prescrizione nel tempo, tra certezza e relatività.

Una premessa pare necessaria, per meglio intendere l'evoluzione che, dell'idea di certezza, l'istituto mostra di aver subito in epoca recente, in conseguenza delle nuove aperture della giurisprudenza di legittimità e delle Corti europee.

L'indagine prende le mosse dalla ricerca del fondamento meta-normativo dell'ampliamento dei territori della responsabilità civile (ove più di frequente l'istituto della prescrizione trova applicazione), alla luce delle rinnovate istanze di *tutela della parte debole del rapporto di responsabilità, contrattuale e aquiliana*¹⁴⁸.

La sinergia tra la tendenza all'allargamento dell'area della responsabilità civile (frutto della transizione dal codice della proprietà a quello della responsabilità, attraverso il filtro della Carta costituzionale intesa come «codice della persona e della personalità») ed il suo concreto attuarsi di fronte alla posizione del contraente debole (testimoniato, tra le altre, dalle

143. Adotta espressamente il termine di *reviviscenza* dell'originaria obbligazione l'art. 1276 cc (in tema di invalidità delle obbligazioni assunte in caso di delegazione, espromissione ed accollo novativo-privativi), specificando, ancora, che, in tal caso, «il creditore non può valersi delle garanzie prestate da terzi». La norma viene ritenuta applicabile (Rescigno, *Novazione*, in *NDI*, XI, p. 431) anche ai fenomeni di reviviscenza conseguenti alla novazione nulla o annullabile (dissentono poco condivisibilmente Perlingieri, *Dei modi di estinzione*, cit., p. 71, secondo il quale, invece, «la eliminazione della fattispecie determina il ritorno alla situazione originaria»). Di reviviscenza si discorre ancora nelle ipotesi in cui, verificatasi, l'estinzione di un diritto, venga successivamente dichiarata l'inoperatività della causa di estinzione (in tal senso, cfr. Oriani, *Processo di cognizione*, cit., p. 36, nota 57, quanto alla riunione nella stessa persona delle qualità incompatibili di creditore e debitore per effetto di una successione ereditaria poi annullata, ovvero di una transazione anch'essa successivamente annullata). La questione presenta delicati aspetti proprio sotto il profilo della decorrenza del termine di prescrizione, in quanto il diritto dapprima estinto, ma poi richiamato in vita per effetto della nullità o dell'annullamento della relativa vicenda estintiva, potrebbe risultare estinto questa volta per decorso del termine di prescrizione (non essendo in tal caso ipotizzabile un'ipotesi di sospensione non codificata, come invece erroneamente ritenuto da parte della dottrina: G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1988, p. 353; Azzariti e Scarpello, *Prescrizione*, cit., 253; Ferrucci, *Della prescrizione*, cit., p. 420). Una possibile soluzione sembra potersi trarre, secondo l'Oriani, *supra* cit., p. 37, dalla norma di cui all'art. 480, comma III cc, a mente della quale il termine per accettare l'eredità non corre, con riferimento ai chiamati ulteriori, se l'accettazione del precedente chiamato sia venuta meno (*amplius*, sull'interpretazione della norma, L. Ferri, *Successioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scaloja e Branca*, cit., p. 25; Azzariti-Martinez, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1979, pp. 84-85; L. Cariota Ferrara, *Successioni per causa di morte*, Napoli, 1961, I, 3, p. 86. Ricca, *Conoscenza del testamento e termine per l'accettazione dell'eredità*, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1412).

144. Nega che la prescrizione abbia come effetto l'estinzione del diritto, sostenendo che essa ne determinerebbe semplicemente «la paralisi», F. Carresi, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 1975, p. 586.

145. Per l'imprescrittibilità dei diritti che non si risolvono in alcun modo in un «rapporto», Auricchio, cit., p. 59.

146. «Con il compimento del termine di prescrizione, il debitore acquista il diritto potestativo di provocare l'estinzione del rapporto, ottenendo la liberazione dal debito»: così Nicolò, *Azione surrogatoria e azione revocatoria*, cit., p. 232.

147. Oltre che, naturalmente, il pagamento spontaneo *ex art.* 2940 cc.

148. È interessante notare, gettando uno sguardo oltre confine, come, in tema di sovraindebitamento dei debitori ipotecari, il legislatore spagnolo sia recentemente intervenuto, con la *Ley 1/2013*, a disciplinare quella correzione giudiziale riduttiva dei mutui, al cui proposito la dottrina spagnola (C. Hornero Mendez, *Il nuovo diritto civile dei "poveri"*, *Annuario del contratto*, Torino, 2013) discorre espressamente «di diritto della povertà».

pronunce giurisprudenziali in tema di clausola penale¹⁴⁹, caparra confirmatoria¹⁵⁰, preliminare improprio, nullità del divieto convenzionale di sublocazione e ospitalità di terzi¹⁵¹, frazionamento del credito, abuso del diritto¹⁵², causa concreta genetica e funzionale¹⁵³, ha portato non pochi autori a discorrere di un vero e proprio potere del giudice di manomettere il contratto¹⁵⁴, e di speculare ampliamento oltre misura della dimensione del torto aquiliano¹⁵⁵.

L'interrogativo del terzo millennio, che volge lo sguardo soprattutto alla produzione giurisprudenziale degli ultimi anni, è quello se una nuova *Generalklausel* del diritto privato sia costituita dal divieto di abuso del diritto (e del processo)¹⁵⁶, conseguenza di una vera e propria *Entfremdung* giurisprudenziale delle regole contrattuali, che pare volgere verso un nuovo giusnaturalismo ove l'interprete è sovente chiamato al giudizio secondo l'*id quod aequum et bonum videbitur*.

Il dato normativo che si suole porre a fondamento del nuovo *logos* sulla tutela del contraente debole trae linfa dall'idea che un controllo generalizzato dell'equilibrio contrattuale sia stato introdotto nel sistema giuridico italiano dalle discipline di derivazione euro-

pea, contenute, da un canto, nel codice di consumo, dall'altro, nelle regole che disciplinano i rapporti tra imprese asimmetriche, tanto che nel gergo comune è d'uso discorrere di secondo e terzo contratto (o, con acronimo assai poco felice, di contratti B2C e B2B)¹⁵⁷.

Ci si interroga così sulla possibilità di desumere, da tale disorganico plesso normativo, la necessità di una riconsiderazione della portata del principio di buona fede alla luce del dettato costituzionale dell'art. 2, che renderebbe inderogabile, anche nell'esercizio del potere di autonomia contrattuale, l'osservanza dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale, rendendo operativo nel nostro ordinamento il principio generale del divieto di abuso del diritto secondo una scansione sinergica *buona fede/solidarietà/abuso*, così che nell'equità dello scambio e nella "giustizia del contratto" andrebbero ravvisati i primi vagiti di un nuovo diritto privato non solo europeo¹⁵⁸.

Non va peraltro trascurato di considerare che proprio la normativa europea consta di interventi specifici e settoriali, attraverso la quale si riconosce rilevanza o alle asimmetrie di tipo *informativo/cognitivo*¹⁵⁹ (la disciplina dei contratti dei consumatori), ovvero a quelle di tipo *contrattuale/economico*¹⁶⁰

149. Cass., sez. unite, 18128/2005.

150. Corte cost. 248/2013 e 77/2014, che, nel dichiarare inammissibile la questione della riducibilità giudiziale della caparra confirmatoria eccessiva, sottolinea come l'art. 1418 II comma consenta al giudice, in applicazione dei principi di buona fede e solidarietà intesi come limiti all'autonomia privata, di sanzionare con la nullità totale o parziale la previsione di una caparra confirmatoria manifestamente iniqua.

151. Cass. 14343/2009, che ne sanziona la nullità per contrasto con l'adempimento dei doveri di solidarietà ex art. 2 Cost., attraverso una *Drittwirkung* del principio costituzionale che vede il giudice "entrare" direttamente nell'analisi del contenuto del contratto, con poteri di indagine sempre più simili all'*Inhaltskontrolle* del diritto germanico.

152. Cass., 2016/2009, su cui *amplius, infra*.

153. Cass., 10490/2006.

154. G.B. Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, *Dir. e giur.*, 2004, pp. 5 ss, discorre «di una cittadella dell'autonomia privata da preservare di fronte al moltiplicarsi di un potere profondamente eccentrico, quale quello del giudice».

155. C. Salvi, *Danno contrattuale ed extracontrattuale: un modello unitario o un modello contrapposto*, in *Le tutele contrattuali*, cit., pp.121 ss.; S. Mazzmuto, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, op. cit., p. 131; M. Barcellona, *Equilibrio contrattuale e abuso del diritto*, op. cit., p. 487; G.B. Ferri, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, op. cit., p. 11 ss.; Rescigno, *Obblighi negoziali al di là del contratto*, op. cit., p. 91; G. Alpa, *La protezione della parte debole*, op. cit., p. 240.

156. In argomento, *funditus*, Cass., ss, uu., 26242 e 26243/2014, cit., in tema di rapporti tra la rilevabilità *ex officio* delle nullità negoziali e le azioni di impugnativa contrattuale.

157. M. Barcellona, *Equilibrio contrattuale e abuso del diritto*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Napoli, 2012.

158. E. Scoditti, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p.119; F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, *ivi*, 2005, p. 663.

159. G. Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 243.

160. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, *ivi*, 2001, p. 786; F. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004. Conseguenza di questa diversa incidenza delle asimmetrie contrattuali risulta «il diverso tipo di controllo, che si appunta sull'equilibrio normativo nei primi e (anche) su quello economico nei secondi» (Barcellona, cit., p. 490).

(le normative sull'abuso di dipendenza economica ex art. 9 l. 192/98 e sull'abuso di posizione dominante ex art. 3 l. 287/90), di talché parrebbe più corretto affermare che i controlli sul contenuto dei contratti del consumatore e tra imprese non sembrano destinati (nemmeno nelle intenzioni del legislatore europeo) a realizzare una più ampia e generalizzata funzione volta a "moralizzare il contratto in se", quanto piuttosto a "mercantilizzare" coattivamente lo scambio in ben determinati settori¹⁶¹.

Ed è in questa mutata ottica di tutela – del contraente debole e del danneggiato – che principi storicamente rigidi quali quelli posti a presidio dell'istituto della prescrizione, che criteri formali di "fissità" temporali coniugati con le sempre più declamatorie esigenze di certezza del diritto, si misurano con le nuove frontiere del diritto dei contratti e del torto.

Si è già accennato, in precedenza¹⁶², a quella antica e mai sopita tensione tra equità e certezza che da sempre caratterizza l'aspetto funzionale della prescrizione.

Nel bilanciamento degli opposti interessi in gioco, entrambi di rilevanza costituzionale – l'interesse del creditore ad agire in giudizio per far valere il proprio diritto (art. 24 Cost.) che non può essere compresso oltre i limiti della ragionevolezza (art. 3 Cost.)¹⁶³, e l'interesse del debitore a non dover attendere per un tempo eccessivamente lungo l'iniziativa

del creditore (art. 3 Cost.) – si fa spazio e trova sempre più frequente attuazione il principio (sovente predicato dalla stessa giurisprudenza sovranazionale¹⁶⁴) di *effettività della tutela* e quello di *proporzionalità*, destinati via via a ridefinire e ridimensionare entro margini applicativi di sempre più nitido spessore il mito secolare della certezza posto a fondamento della rigida sinergia prescrizione/tempo.

Il tempo allora si flette, talvolta in avanti, talvolta all'indietro, nella rinnovata ottica di assicurare *tutela effettiva* al soggetto ritenuto "parte debole" della relazione, contrattuale e non, in un gioco di specchi nei quali si riflettono simmetricamente gli istituti della interruzione e della sospensione; e si adatta al principio, altrettanto elastico, della *conoscenza/conoscibilità* che sostituisce la antica, rigida, implacabile regola della decorrenza «*dal momento del fatto*», mentre il *moloch* dell'irrilevanza degli impedimenti di fatto vacilla sotto il peso della necessità di conoscenza del danno e della materializzazione concreta del pregiudizio, attribuendosi sempre più, specie per via comunitaria, rilievo a situazioni che necessariamente mutano da caso a caso, così ammettendosi la necessità di consentire un necessario e irrinunciabile margine di *judicial discretion*.

La stessa dimensione del tempo rigidamente fissata sul piano normativo si piega alle superiori esigenze di ragionevolezza¹⁶⁵, che trovano ulteriori spe-

161. M. Barcellona, cit., p. 499.

162. *Supra*, p. 6

163. Bini, *I valori dell'efficienza del processo e della certezza del diritto, nel regime decadenziale retroattivo del contratto a termine. Bilanciamento di interessi e ragionevolezza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2479, nota a Corte costituzionale 4 giugno 2014, n.155, (citato nella *Relazione del Massim.*, cit., p. 9), secondo il quale il giudice delle leggi individua un punto di equilibrio tra la tutela dell'interesse individuale del singolo lavoratore e la protezione della più ampia sfera di interessi collettivi alla certezza del diritto, nonché alla gestione efficiente, efficace e razionale del complessivo sistema giudiziario. È quindi, la stessa essenza del principio di proporzionalità, inteso quale «criterio di valutazione dell'impiego di una risorsa per il conseguimento di un processo efficiente», ad assumere i contorni assiologico-valoriali propri di quel bilanciamento di interessi, che anima e pervade il diritto del lavoro tutto. In altre parole, è proprio attraverso la tecnica e lo strumento del *bilanciamento di interessi* che il controllo di proporzionalità si declina nel vaglio di congruità e correttezza delle opzioni legislative, alla luce della sfera valoriale coinvolta dagli stessi interventi legislativi e della centralità del principio di *ragionevolezza* – inteso quale «verifica di compatibilità tra l'opzione "politica" del legislatore e le scelte di "valore" operate dalla Carta costituzionale».

164. Una prima, essenziale indicazione in tal senso è ravvisabile nell'affermazione, peraltro risalente nella giurisprudenza comunitaria, secondo cui il *dies a quo* va individuato nel momento in cui si è effettivamente verificato il pregiudizio. La Corte di giustizia, chiamata ad interpretare la disposizione secondo la quale il termine prescrizione quinquennale previsto dall'art. 46 (ex art. 43) del proprio Statuto per le azioni risarcitorie avverso la Comunità decorre «dal momento in cui avviene il fatto che dà loro origine», ha precisato che la norma sia da applicarsi nel senso che la prescrizione decorre dalla realizzazione effettiva del pregiudizio e non già dalla data del fatto che è all'origine dell'illecito. Nella prospettiva comunitaria, il *dies a quo*, nei casi in cui il ricorrente abbia avuto conoscenza del pregiudizio solo in un momento successivo al verificarsi degli effetti dannosi, è dunque da individuarsi nel momento dell'acquisizione della conoscenza del danno, rilevando peraltro l'elemento soggettivo che ha connotato la condotta del ricorrente, ossia l'eventuale colpa nel non essersi attivato per conoscere i fatti all'origine del danno subito.

165. Già nella sentenza del 18 settembre 2003 (procedimento C-125/2001) la Corte di giustizia, pur discorrendo di decadenza e non di prescrizione, ma affermando principi applicabili *in utroque*, scriverà che il termine, in applicazione del generale principio di efficienza, deve essere "ragionevole", e cioè che «occorre che dalla brevità del termine di decadenza non derivi la conseguenza che l'interessato stesso non riesca, in pratica, a rispettare tale termine e non riesca quindi a beneficiare della tutela» accordata dalla normativa comunitaria. In questa precisa ed univoca direzione, la giurisprudenza comunitaria (tra tutti, il precedente *Richard J. Eagle c. Commissione delle Comunità europee*, Tribunale I grado Cee, Sez. I, 5 ottobre 2004, causa T-144/2002) ha rilevato, con riguardo al principio di ragionevolezza che

cificazioni proprio nelle pronunce comunitarie che affronteranno *ex professo* la questione dell'*exordium praescriptionis*¹⁶⁶, con riferimento al quale, accanto agli impedimenti giuridici, vengono ad assumere rilievo altresì *gli incolpevoli impedimenti o ostacoli di fatto* che intervengano a porre il titolare del diritto in uno stato d'impossibilità, materiale o morale – o quantomeno in una situazione di grave difficoltà – all'esercizio del diritto stesso¹⁶⁷.

Emerge costantemente, dalla giurisprudenza europea, un nuovo modello di prescrizione (e decadenza) che conduce ineluttabilmente ad una relativizzazione della tradizionale distinzione *tra substance e procedure* (sulla scia dei principi sviluppatasi in seno al sistema inglese e consolidatisi nel *Limitation Act* del 1980). In questo nuovo orizzonte sovranazionale si dissolve lentamente la questione se i termini prescrizionali riguardino l'estinzione del diritto o l'improponibilità dell'azione, per lasciar posto ad una più pragmatica indagine sul se *in concreto*, caso per caso, essi vulnerino il principio secondo il quale non ha senso riconoscere un diritto se non se ne concede *ab imo* un rimedio effettivo, laddove l'effettività della tutela rimediabile presuppone che, entro

margini ragionevoli, sia sempre possibile accedere alla giustizia e che vi sia un esame del merito della controversia.

In questa rinnovata, e per alcuni aspetti rivoluzionaria dimensione della relatività del tempo, il mito della certezza del diritto, declinato attraverso la rigidità della relazione diritto/ tempo/prescrizione, trova un limite sempre più incisivo nel parametro della effettività/ragionevolezza.

Un mito assunto a fondamento e giustificazione, più che di altri territori del diritto, proprio delle norme prescrizionali, sistema di regole, sostanziali o processuali, tali da garantire «certezza alle situazioni giuridiche» sino a prescindere integralmente dalle situazioni di fatto in cui si siano venuti a trovare i destinatari delle posizioni tutelate dall'ordinamento.

Ma, sfrondata dal suo storico alone di liturgia laica, quell'esigenza, a giudizio delle Corti europee, non può più giustificare qualsiasi limitazione all'accesso ad una Corte¹⁶⁸.

Questa linea di tendenza della giurisprudenza comunitaria non poteva non spiegare la sua inevitabile influenza sul diritto interno, a sua volta sempre più intensamente ispirato al canone metanormativo della

deve contraddistinguere il termine apposto dal diritto interno alla proposizione di azioni rimediabili, che un termine può essere considerato «ragionevole», allorché è tale da consentire «contemporaneamente all'interessato di disporre di un periodo sufficientemente lungo», decorrente dal momento della «conoscenza della situazione» «sostanziale» lamentata, da valutarsi «alla luce delle circostanze di diritto e di fatto proprie di tale situazione». In particolare, «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».

166. Nel celebre caso *Emmot c. Minister for Social Welfare e Attorney General*, in cui si discuteva del momento di decorrenza del termine di decadenza stabilito dalla legislazione irlandese per le azioni dei singoli dirette a tutelare diritti ad essi riconosciuti da una direttiva contenente il divieto di discriminazione fondata sul sesso in materia previdenziale, la Corte di giustizia ha affermato, in modo *tranchant*, che, ai fini del decorso del termine di decadenza (nella specie, un *time limit* secondo il modello tipico di *common law*) *i singoli devono essere stati posti in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti*, così segnando la via dell'applicazione del principio romanistico *contra non valentem agere non currit praescriptio*, e spingendosi ad affermare che la prescrizione non può cominciare a decorrere contro i singoli, se questi *non sono posti in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti*. Il principio troverà piena conferma anche nel caso *Levez c. T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd* (60), in cui si trova affermato che l'inattività del titolare di una situazione sostanziale non può essere sanzionata se questa *non è frutto di negligenza* o, comunque, *espressione di disinteresse* rispetto al diritto e alla sua tutela - e quindi una legittima manifestazione di libertà -, ma costituisce la conseguenza di un *impedimento di fatto* a lui non imputabile.

167. Si osserva opportunamente (*Relaz. Mass.*, cit., p.12) che, a livello di *policy of law*, la giurisprudenza comunitaria, chiamata ad esaminare la conformità di termini di decadenza previsti dalla legislazione nazionale d'origine comunitaria in materia di contratti del consumo e nel campo lavoristico, abbia dimostrato, perlomeno tendenzialmente, di accordare la sua preferenza *ad una tutela effettiva dei consumatori, dei lavoratori e dei contribuenti*, offrendo un decisivo contributo al dibattito interno diviso tra *tesi restrittive* (fedeli alla lettera del diritto positivo e, soprattutto, alla *ratio* del legislatore del 1942) e *tesi garantiste* (aperte a riconoscere piena rilevanza al principio «*contra non valentem agere non currit praescriptio*»), imponendo scelte di autentica politica del diritto sul bilanciamento del mito normativo della certezza con la necessità di non menomare l'effettività della tutela dei diritti.

168. Si legge ancora nella *Relazione del Mass.*, cit. p. 16, che, nel precedente *Stubbings - Regno Unito* del 1996, la Corte di Strasburgo, investita della questione delle azioni risarcitorie proposte da tre vittime di abusi sessuali perpetrati in famiglia (in tenerissima età all'epoca delle molestie e delle violenze subite) risalenti agli anni sessanta (ma con la consapevolezza e, di conseguenza, con riflessi di ordine psichico manifestatisi solo alla fine degli anni settanta), ha sancito il principio per cui, se indubbiamente gli Stati contraenti (ossia i legislatori nazionali) godono di un certo qual margine di discrezionalità (*a certain margin of appreciation*) nello stabilire delle limitazioni al diritto di accesso alla giustizia, volta che questo diritto non sia da considerarsi *assoluto*, tuttavia – alla luce ed ai sensi dell'art. 6 (1) della Convenzione Europea – istituti quali quello della prescrizione, della decadenza o della *limitation law* non possono spingersi *ad azzerare oppure a restringere eccessivamente* il diritto di una vittima di vedere le sue pretese equamente considerate da una Corte a tal punto da menomare alla radice l'essenza stessa di questo diritto.

tutela *del contraente debole/danneggiato debole* della relazione intersoggettiva.

Nuova linfa interpretativa scorre nella (ri)lettura giurisprudenziale dell'art. 2935 cc, e una rinnovata estensione del principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* sarà predicata ben oltre il limite costituito dagli impedimenti di diritto, mentre la questione mai sopita dell'eccezionalità delle cause di sospensione previste dagli artt. 2941 e 2942 cc si colloca nei nuovi orizzonti imposti dal precetto comunitario per cui istituti di diritto interno quali la prescrizione o la decadenza non possono spingersi a ridurre o restringere la facoltà dell'avente diritto di vedere le sue pretese considerate da una Corte fino al punto di vulnerare alla radice l'essenza stessa di questo diritto¹⁶⁹, la cui tutela esige un "ragionevole" esercizio, caso per caso, della *judicial discretion* in seno al complesso quadro cognitivo del soggetto leso¹⁷⁰.

Il modello europeo fa sì che le regole prescizionali, poste storicamente a presidio della ormai obsoleta liturgia della certezza del diritto, approdino ad una dimensione ermeneutica in larga misura diversa da quella tradizionale dei codici nazionali: la loro applicazione non può più oscurare il principio fondamentale dell'art. 6(1) della Convenzione, secondo il quale ciascuno ha diritto *a che la sua causa sia esaminata*, con la conseguenza che, nel bilanciamento tra le pretese di certezza del diritto e *il fondamentale diritto ad una tutela effettiva*, le prime sono destinate a cedere il passo al dettato di questa (non nuova ma) rinvigorita esigenza.

Se, nell'apparente rispetto della tradizione, i giudici Cedu mostrano di assumere in formale premessa che i limiti temporali entro i quali occorre instaurare un giudizio siano pur sempre funzionali ad una *cor-*

retta amministrazione della giustizia, conformi al principio della certezza del diritto, ed altresì posti a tutela dei potenziali convenuti, pur tuttavia l'affermazione di principio risulterà sovente poco più che declamatoria, seguendo ad essa una serie di specificazioni di rilevanza tale da disegnare sempre più una nuova concezione dell'istituto, assai lontana dalle pretese di formalità che tuttora, ancorché in misura significativamente ridotta, continuano ad indurre talune Corti e taluna dottrina a respingere pressoché ogni rilievo, sul fronte degli impedimenti di fatto, al principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Inevitabilmente, gli itinerari della giurisprudenza nazionale, segnatamente di legittimità, saranno sempre più permeati dalle indicazioni e dei modelli comunitari.

Nuovi e più flessibili tempi d'esordio dell'inflessibile scorrere del tempo dell'estinzione dei diritti appaiono sulla scena del processo, intrisi del principio dell'effettività e della "giustizia" di una decisione: sarà così che il criterio secondo il quale «qualora le componenti del fatto non si manifestino contemporaneamente, il termine comincia a decorrere solo dal momento in cui il danno si è verificato, e più in particolare, dal momento in cui il danneggiato ne ha avuto percezione o avrebbe dovuto averne percezione usando la normale diligenza» assurge via via a dignità di clausola generale non codificata, e trova le sue più disparate applicazioni in tema di trasfusione di sangue infetto¹⁷¹, di conseguenze pregiudizievoli ulteriori e successive al primo evento di danno¹⁷², di rapporti con il passaggio in giudicato della sentenza penale sull'*an debeatur*¹⁷³, di illecito penale in assenza di proposizione di querela¹⁷⁴, di responsabilità dello Stato per atto

169. Nella recente pronuncia *Howald Moor - Svizzera* dell'11 marzo 2014, la seconda sezione della Cedu ha affrontato, come è noto, il problema della decorrenza della prescrizione nel caso di danni lungolatenti (nella specie, un operaio, deceduto nel 2005, aveva appreso, nel maggio del 2004, di essere affetto da mesotelioma pleurico maligno per essere stato esposto all'amianto negli anni 1960-1970, e i Tribunali svizzeri avevano considerato prescritte e perenti le azioni risarcitorie della moglie e delle due figlie), ovvero di quei danni che si manifestano, come le epatiti post-trasfusionali, solo molti anni dopo il compimento dell'illecito che li ha provocati, affermando che, in questi casi, il termine di prescrizione non potrebbe decorrere, pena la violazione dell'art. 6 comma 1 della Convenzione, che dal giorno in cui sia scientificamente dimostrato che il danneggiato *era consapevole* di avere contratto una certa patologia: «il calcolo del termine di prescrizione» scrivono i giudici europei «dovrebbe tener conto del fatto, se scientificamente provato, che una persona non poteva sapere di essere affetta da una determinata malattia».

170. M. Bona, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della "ragionevolezza"*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1709.

171. Cass., ss. uu., n. 576 del 2008; Cass. n. 28464 del 2013.

172. Cass., n. 7139 del 2013.

173. «Passata in giudicato la sentenza penale di condanna generica dell'imputato al risarcimento del danno da liquidarsi in sede civile a favore della persona offesa, costituitasi parte civile, la successiva azione volta alla determinazione del *quantum debeatur*, per il disposto dell'art. 2953 cc, non è soggetta alla prescrizione breve di cui all'art. 2947 cc, ma a quella decennale, decorrente dalla data in cui la sentenza penale è divenuta irrevocabile»: così, Cass. nn. 4054 del 2009 e 8154 del 2003; per la giurisprudenza di merito, Trib. Piacenza 30.1.2012.

174. Cass. n. 9912 del 2011.

lecito¹⁷⁵, di danno ambientale¹⁷⁶, di concorrenza sleale¹⁷⁷, di trattamento illegittimo dei dati personali¹⁷⁸, di infortuni o malattia coperti da polizza assicurativa¹⁷⁹, di danno morale endofamiliare¹⁸⁰, di ripetizione d'indebito per nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici¹⁸¹, di domanda di danno da perdita del risparmio proposta nei confronti del Ministero dello sviluppo economico¹⁸², di azioni spettanti al compratore¹⁸³, di mediazione¹⁸⁴, di indennità di maternità¹⁸⁵, di effetti interruttivi "mediati" a fa-

vore del danneggiato nei confronti dell'assicuratore¹⁸⁶.

Se la stagione della prima giovinezza del diritto si nutre del mito della certezza, è lo stesso procedere del tempo ad avvertirci che, all'apparire di una linea d'ombra, quella regione deve essere per sempre lasciata alle spalle¹⁸⁷, e lasciar posto ad una dimensione di tempo "flessibile", che, come ormai lo stesso spazio, risente di profondi e irridimibili mutamenti che ne incidono profondamente la loro stessa essenza, la loro storia, il loro futuro.

175. Sul carattere decennale della prescrizione, a seguito dell'inadempimento del legislatore italiano all'attuazione di una direttiva riconoscente in modo specifico determinati diritti ai singoli, ma non *self-executing*, tra le altre, Cass. n. 10813 del 2011; Cass., sez. unite, n. 9147 del 2009.

176. Cass. n. 6551 del 2011, ove si legge che, dopo l'entrata in vigore della l. n. 166/2009, il risarcimento del danno ambientale, attesa la natura di illecito con effetto permanente dell'atto lesivo, non consente il decorso del termine quinquennale di prescrizione sino a che non sia stato effettuato il ripristino dello stato dei luoghi

177. Cass. n. 14027 del 2013, secondo la quale, in caso di concorrenza sleale, la decorrenza del termine di prescrizione inizia non dalla data in cui il fatto illecito si è materialmente verificato, bensì dal momento in cui esso si evidenzia all'esterno con tutti i connotati che ne determinano l'illiceità.

178. Cass., sez. unite, n. 27337 del 2008; Cass. n. 13616 del 2011.

179. Cass. n. 2587 del 2002; per un'ipotesi peculiare di polizza condizionata all'inizio di un procedimento penale, Cass. n. 159121 del 2014. In tema di sospensione del termine di prescrizione sino alla definitiva liquidità ed esigibilità del credito del terzo danneggiato, decorrente non già dalla denuncia del sinistro, bensì con la comunicazione (efficace anche se proveniente dallo stesso danneggiato o da un terzo) all'assicuratore della richiesta di risarcimento proposta dal danneggiato, Cass. n. 4548 del 2014. *Sul dies a quo* della prescrizione in ipotesi di perizia contrattuale convenuta tra l'assicuratore e il cliente, Cass. n. 6479 del 2010. Sulla sospensione dei termini in caso di rifiuto del danneggiato di sottoporsi alla visita medico legale, Trib. Torino n. 2697 del 2012, secondo cui il rifiuto *de quo* sospende, se non i termini di cui all'art. 145 del d.lgs n. 209/2005 per proporre l'azione, quelli di cui al comma 2 dell'art. 148 del medesimo decreto (ossia quelli entro i quali l'assicuratore deve formulare l'offerta), con la conseguenza che la domanda del soggetto che abbia subito lesioni personali deve ritenersi comunque proponibile una volta che siano decorsi 90 giorni dall'invio della richiesta di cui all'art. 145 cit.

180. Si legge in una assai singolare sentenza di merito (Trib. Verona, n. 1579 del 2014) che il *dies a quo* per la prescrizione del termine di risarcibilità del danno morale per chi si duole del fatto di aver riportato un danno non patrimoniale a causa dell'illecito subito da un familiare convivente per comportamento doloso o colposo di un terzo, decorre dal momento in cui la malattia venga da lui percepita o possa essere percepita quale danno ingiusto, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto delle conoscenze scientifiche. Da ciò consegue che è dal momento del pieno sviluppo psico-cognitivo, che coincide all'età di 5-6 anni, che decorre la prescrizione. Per la giurisprudenza di legittimità, tra le tante, Cass. n. 12666 del 2003, e 9927 del 2000.

181. Cass., sez. unite, n. 24418 del 2010, Cass., n. 6857 del 2014.

182. *Ex multis*, Cass., n. 17572 del 2013.

183. Cass., sez. unite, n. 19702 del 2012: ferme restando le prescrizioni annuali per la riduzione del prezzo e per la risoluzione della vendita, diventa decennale la prescrizione del diritto all'eliminazione del vizio dopo il riconoscimento dello stesso da parte del venditore.

184. Lì dove, in ipotesi di comportamento doloso delle parti, il termine per la prescrizione del diritto alla provvigione del mediatore non decorre dall'atto notarile con cui si conclude l'affare, ma è sospeso fino a quando egli non ne ha avuto notizia: così, Cass. n. 24444 del 2011.

185. Termine (annuale) che, secondo Cass., sez. unite, n. 5572 del 2012, se interrotto con la domanda amministrativa del 30 ottobre 1997, non è interamente spirato alla data del ricorso amministrativo proposto il 15 gennaio 1999, che ha ulteriormente interrotto tale termine, dovendosi di converso tener conto della sospensione della prescrizione durante il tempo (di 120 giorni) per la formazione del silenzio rifiuto dell'Istituto ai sensi dell'art. 7, l. n. 533 del 1973.

186. Cass., n. 1084 del 2011, ove si legge che l'effetto interruttivo - sospensivo della instaurazione di un giudizio ex art. 2945 cc vale anche per giudizi aventi oggetto diverso dal diritto prescrivibile purché ricondotti ad un comportamento dell'avente diritto volto, non equivocamente, a manifestare il proprio intendimento di esercitare il diritto (la sentenza, che affronta il delicato tema del rapporto tra azioni eterogenee nell'ottica dell'effetto interruttivo-sospensivo della domanda giudiziale, è pubblicata in *Corriere giur.* 2011, p. 488, con nota di Di Majo).

187. J. Conrad, *The shadow line*, 1920, trad. D.B. Orazi, Newton Compton, 1997.