

T R A T T A T O
DI
DIRITTO CIVILE E COMMERCIALE
CICU-MESSINEO

GIÀ DIRETTO DA

LUIGI MENGONI e PIERO SCHLESINGER

CONTINUATO DA

VINCENZO ROPPO e FRANCO ANELLI

SALVATORE PATTI

***La prescrizione
e la decadenza***

PRINCIPI E LINEE EVOLUTIVE

PREMESSA

La prescrizione è un istituto antico, legato al trascorrere del tempo, a volte analizzata sotto il profilo dell'antitesi tra la morale e il diritto o, più spesso, del contrasto tra una situazione di fatto e una di diritto. La tensione tra fatto e diritto, definita addirittura « *comme un conflit potentiellement tragique* » (1), viene eliminata grazie alla prescrizione con un « ritorno » al diritto attraverso la consacrazione giuridica di un fatto che si è prolungato nel tempo. Ciò spiega la « resistenza » a volte riscontrabile nei secoli scorsi nei confronti della prescrizione, poiché la perdita del diritto veniva ritenuta equivalente ad una sorta di espropriazione, « resistenza » che — secondo alcuni — si avverte in alcuni casi anche nella giurisprudenza più recente.

L'istituto, che risale al diritto romano e, sia pure sotto vesti diverse, è presente in tutti gli ordinamenti giuridici, ha conosciuto nel nuovo secolo importanti riforme in molti paesi europei: prima in Germania, in occasione della nota *Modernisierung* del diritto delle obbligazioni, poi in altri, tra cui la Francia e la Svizzera. Le riforme si caratterizzano, in genere, per una sensibile abbreviazione del termine generale di prescrizione e per una certa elasticità nella determinazione del momento di decorrenza, per il quale viene privilegiato un approccio di tipo soggettivo (2).

Le esigenze che hanno spinto alle suddette riforme sono infatti legate, in primo luogo, all'eccessiva lunghezza del termine ordinario di prescrizione, addirittura di trenta anni, secondo il modello del codice civile francese. La velocità e l'intensità dei moderni rapporti economici (3) non tollerano la situazione di incertezza dei rapporti giuridici legata a termini di prescrizione molto lunghi, e questo spiega le radicali

(1) A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Paris, 2010, p. 2.

(2) J. KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, Paris, 2013, p. 362 ss., la quale osserva che i regimi di tipo oggettivo si riscontrano essenzialmente nei sistemi giuridici che non hanno conosciuto una recente riforma del diritto della prescrizione.

(3) Non condivide la rilevanza attribuita alla suddetta « accelerazione del ritmo della vita », J. CARBONNIER, *Notes sur la prescription extinctive*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1952, p. 172.

innovazioni che hanno visto ridurre gli antichi termini a cinque o addirittura a tre anni. Termini analoghi tendono a facilitare il commercio internazionale (UNCITRAL) e sono sollecitati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (4). A seguito delle suddette riforme, il termine trentennale — se non del tutto soppresso — ha acquistato un carattere residuale.

Altre rilevanti esigenze di riforma — come accennato — possono individuarsi nella necessità di un'adeguata disciplina del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, non sembrando soddisfacente, alla luce di parametri di giustizia (5) e di ragionevolezza (6), che il termine inizi a decorrere quando il titolare non è (ancora) in condizione di esercitarlo. Il problema è particolarmente avvertito dalla giurisprudenza italiana, che è intervenuta con sentenze innovative e corrispondenti al « senso del giusto » (7). Anche sotto il profilo in esame si avverte comunque la necessità di una modifica della normativa vigente. Può dirsi anzi che in Europa la riflessione sulla disciplina della prescrizione, che riguardava in primo luogo la lunghezza del termine generale, l'esigenza di termini particolarmente brevi per alcuni rapporti, le cause di interruzione e di sospensione, concerne oggi — soprattutto — il momento di inizio del decorso (8). Quanto detto si riferisce sia ai paesi

(4) Cfr. F. ROSELLI, *Nomofilachia della Corte EDU, con particolare riguardo alla prescrizione estintiva*, in *Questione giustizia - Gli Speciali della rivista*, 2019, *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Ciminini, p. 925 ss.

(5) Cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 21 ss.; e E. MINERVINI, *La prescrizione dei diritti di credito tra esigenza di certezza e bisogno di giustizia*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 525 ss.

(6) Cfr. M. BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e CEDU in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della « ragionevolezza »*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1709 s.; F. LONGOBUCCO, *La prescrizione come « rimedio civile »: profili di ragionevolezza dell'istituto*, in *Contratti*, 2012, p. 947 ss. In termini più generali, v. S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1 ss.; Id., *Ragionevolezza (diritto civile)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg., IX, Torino, 2014, p. 517 ss.

(7) In argomento v. M. REHBINDER, *Il senso del giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 1 ss. Sul « netto e generale recupero dell'equità » a cui si assiste attualmente, v. F. ROSELLI, *Nomofilachia della Corte EDU, con particolare riguardo alla prescrizione estintiva*, cit., p. 927, che ricorda il pensiero di P. RESCIGNO, *Dalla rilettura dei Digesti al diritto comune europeo*, in *Scritti in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, p. 2416, secondo il quale l'estinzione non satisfattiva di diritti soggettivi a cui a volte sottostanno interessi di livello costituzionale, con correlativo vantaggio del soggetto passivo, pone problemi di bilanciamento inevitabilmente rimessi alla prudenza dei giudici.

(8) In tal senso, con riferimento all'ordinamento francese, v. J. KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, cit., p. 5 ss.

che — come si vedrà — hanno conosciuto leggi di riforma, sia al nostro ordinamento giuridico, sul piano del formante giurisprudenziale e di quello legislativo.

Occorre infatti segnalare fin d'ora che il legislatore italiano, in alcuni settori, si è posto sulla stessa linea seguita dai paesi che hanno attuato ampie riforme del diritto della prescrizione, o, addirittura, li ha anticipati. Così, ad esempio, già nel secolo scorso, ha stabilito che « le azioni per il risarcimento dei danni alle cose e alle persone dipendenti da incidenti nucleari si prescrivono in un termine di tre anni dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno e della identità dell'esercente responsabile oppure avrebbe dovuto ragionevolmente esserne venuto a conoscenza ». È stato previsto altresì, in linea con le normative più recenti di altri ordinamenti, un termine di « chiusura » stabilendo che « Nessuna azione è possibile decorsi dieci anni dall'incidente nucleare »⁽⁹⁾, termine che può qualificarsi di decadenza.

Una disciplina analoga è stata successivamente introdotta nel codice del consumo⁽¹⁰⁾.

Le linee generali di una auspicabile riforma della normativa sulla prescrizione sembrano pertanto già chiare. Occorre abbreviare il termine generale, a cinque o tre anni, attribuire rilievo alla conoscenza di chi deve agire giudizio o alla sua inescusabile ignoranza; prevedere un termine più lungo « di chiusura » sottoposto alla disciplina della decadenza. Inoltre, come è avvenuto in altri paesi, potrebbe attribuirsi un ambito maggiore all'autonomia dei privati.

* * *

Il diritto soggettivo è tutelato dalla legge per consentire al suo titolare la realizzazione di un interesse. Ma per conseguire tale interesse il titolare del diritto è chiamato ad esercitarlo. Cosa accade se il titolare non esercita il diritto e rimane inerte, inattivo?

(9) Art. 23, l. 31 dicembre 1962, n. 1860, « Impiego pacifico dell'energia nucleare », modificato dal d.P.R. 10 maggio 1975, n. 519.

(10) Art. 125, comma 1, cod. cons.: « 1. Il diritto al risarcimento si prescrive in tre anni dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile.

2. Nel caso di aggravamento del danno, la prescrizione non comincia a decorrere prima del giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza di un danno di gravità sufficiente a giustificare l'esercizio di un'azione giudiziaria ».

La risposta dell'ordinamento è duplice: per alcuni diritti il trascorrere del tempo non produce effetti e il titolare può sempre decidere di esercitarli. Per altri, l'ordinamento giuridico fissa limiti temporali, cosicché il titolare perde il proprio diritto se non lo esercita entro il termine previsto.

Il decorso del tempo costituisce quindi un limite all'esercizio di molti diritti e il mancato esercizio viene indicato come fondamento della prescrizione. Trova comunque applicazione — sia pure entro certi limiti — l'antica regola secondo cui « *contra non valentem agere non currit praescriptio* »: il mancato esercizio in alcuni casi viene giustificato.

L'idea secondo cui l'esercizio del diritto è sottoposto a limiti temporali è comune a tutti gli ordinamenti giuridici. Il decorso del tempo, in caso di mancato esercizio del diritto — inattività, inerzia del titolare — conduce alla estinzione del diritto stesso o, secondo la visione prevalente in *common law*, alla impossibilità di agire in giudizio.

Si parla in tal senso di prescrizione o secondo una risalente terminologia di prescrizione estintiva. I codici ottocenteschi regolavano infatti con norme in parte comuni e sotto il medesimo titolo gli effetti del trascorrere del tempo sul diritto soggettivo, collegando in tal modo due istituti, la prescrizione e l'usucapione che a prescindere dal ruolo attribuito al tempo, nonché ad una disciplina in parte coincidente, ben poco hanno in comune. Dall'elemento temporale occorre iniziare l'indagine per una corretta comprensione della prescrizione.

* * *

Alla luce di questa breve premessa, lo scopo del presente volume è quello di esaminare i principi della materia, con precipuo riguardo alla normativa del codice civile, e le linee di una evoluzione che, in attesa di un opportuno intervento del legislatore italiano, riguarda già la nostra esperienza sotto diversi profili ⁽¹¹⁾. Basti ricordare, oltre la giurisprudenza in materia di decorrenza della prescrizione, soprattutto nel campo della responsabilità medica, quella in tema di *Verwirkung*. L'antico istituto della giurisprudenza tedesca, che sanziona l'improv-

(11) Non rientra invece nell'ambito della trattazione l'esame di tutti i singoli problemi — soprattutto di natura processuale — connessi all'applicazione delle numerose norme dettate in materia di prescrizione, che si rinvia ai successivi contributi

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

IL TEMPO E LA PRESCRIZIONE

SOMMARIO: 1. La « struttura temporale » dei fenomeni giuridici. — 2. Il tempo nel diritto come momento e come periodo. — 3. Il mancato esercizio del diritto per un periodo di tempo predeterminato e la prescrizione. — 4. L'abbreviazione del periodo di tempo richiesto per la prescrizione in Europa. — 5. La prescrizione nei principi *Unidroit*, nel *DCFR* e in alcune normative recenti. — 6. *Segue*. La « revisione » del diritto della prescrizione in Svizzera. — 7. Prescrizione e autonomia privata. — 8. Prescrizione e prova. — 9. Prescrizione e usucapione. — 10. Definizione ed effetti della prescrizione. Cenni introduttivi. — 11. *Segue*. Estinzione del diritto o « venir meno della potenza della pretesa ». — 12. Prescrizione civile e prescrizione penale.

1. *La « struttura temporale » dei fenomeni giuridici.* — Il diritto oltre ad essere un fenomeno razionale, politico ed economico, rappresenta, come è noto, una realtà storica, si colloca nel tempo e dipende dal tempo, riflette il contesto sociale e conosce una evoluzione parallela a quella della società ⁽¹⁾. In altri termini, vive una trasformazione permanente, indicata come « continuità » del diritto ⁽²⁾. Il diritto di

(1) V. M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*⁶, Bari, 2004, il quale pone in primo luogo l'interrogativo dell'incidenza del « durare nel tempo di una norma giuridica... sul suo modo di essere rispetto a coloro che devono osservarla o applicarla » (p. VII); Id., *Tempo e ragione giuridica fra antico e moderno*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVI, 2006, p. 285 ss.; P. MALAURIE, *L'homme, le temps et le droit. La prescription civile*, in *Etudes P. Malinvaud*, Paris, 2007, p. 393 ss. V. anche i saggi raccolti in *Il diritto nel tempo, il tempo nel diritto*, a cura di L. Di Santo, Padova, 2016; L. BAGOLINI, *Significati della parola « tempo » in alcuni discorsi giuridici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, p. 352 ss.; E. MOSCATI, *Tempo (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, p. 1114 s.; P. RESCIGNO, *L'ultimo giorno dell'anno (una marginale riflessione su diritto e tempo)*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 950 ss.; e in *Studi in onore di G. Iudica*, Milano, 2014, p. 1173 ss.; C. MURGO, *Il tempo e i diritti. Criticità dell'istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee*, Torino, 2015; R. PARDOLESI, *L'ombra del tempo e (il diritto al) l'oblio*, in *Questione giustizia*, 2017, p. 76 ss.; G. TRAVAGLINO, *Le stagioni della prescrizione estintiva*, ivi, 2017, p. 48 ss.

(2) G. DÜRIG, *Zeit und Rechtsgleichheit*, in *Tradition und Fortschritt im Recht*, Tübingen, 1977, p. 23 ss.; P. HEBRAUD, *Observations sur la notion du temps dans le droit civil*, in *Etudes P. Kayser*, II, Aix-Marseille, 1979, p. 1 ss.; F. SERRAO, *Diritto romano e diritto*

oggi è stato costruito utilizzando quello di ieri, e il diritto di domani sarà forgiato sulla base di quello di oggi, cosicché non si può comprendere il diritto vigente senza studiare quello del passato, né prevedere il diritto futuro senza muovere da quello presente (3).

Il diritto — è stato affermato — costituisce il prodotto e l'espressione del *Volksgeist*, cioè dello spirito di un popolo e di una nazione. Il costume diviene regola giuridica sulla base di un uso generale prolungato nel tempo e la consuetudine rappresenta la migliore espressione del ruolo creativo di diritto che deve riconoscersi al tempo (4). Conseguentemente, l'ordinamento giuridico di ogni paese vive un perenne mutamento sia perché cambiano le leggi, sia perché si modifica continuamente il significato delle norme vigenti corrispondentemente all'evoluzione della società ed al sorgere di nuove esigenze, recepite dalla giurisprudenza (5).

La costante *Fortbildung* del diritto e la sua relatività nel tempo

moderno (comparazione dinamica o problema della « continuità »?), in Riv. dir. civ., 1982, I, p. 170 ss.; F. BAUR, *Einige Bemerkungen über die » Zeit « in Zivilprozeß*, in *Festschrift für G. Baumgärtel*, Köln-Berlin-München, 1990, p. 1 ss.; V. FROSINI, *Temporalità e diritto*, in *La rilevanza del tempo nel diritto commerciale*, a cura di U. Morera, G. Olivieri, M. S. Stella Richter jr., Milano, 2000, p. 5 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Il tempo nel diritto degli affari*, ivi, p. 15 ss.; e in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, I, p. 407 ss.; J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Parigi, 2003, p. 119 ss.; A. PIEKENBROCK, *Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung. Eine rechtsvergleichende Grundlagenstudie zu Rechtsänderungen durch Zeitablauf*, Tübingen, 2006; M.L. MATHIEU, *Le temps de l'oubli*, in *Studi in onore di A. Gambaro*, II, Milano, 2017, p. 1163 ss.

(3) Per una critica all'ermeneutica ispirata dalla « dominanza del passato », v. L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, p. 636 ss.; e in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 21 ss. Nell'ampia letteratura, v. K. HESSE, *Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel*, in *JZ*, 1995, p. 265 ss.; B. PERONE, *Il diritto e il tempo*, Roma, 1999; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000; I.V. MÜNCH, *Die Zeit im Recht*, in *NJW*, 2000, p. 1 ss.; I. BIROCCHI, *Tullio Ascarelli al tempo del regime: l'ascesa di un commercialista irregolare (1923-1938)*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 937 ss., spec. 974 ss.

(4) J.L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, cit., p. 122. Sul problema del « riconoscimento » giudiziale quale elemento costitutivo della consuetudine, v. W. BIAGI, *Appunti sul Diritto giudiziario*, (rist.), Padova, 1989, p. 66 ss.

(5) Cfr. J. BASEDOW, *Das Zeitelement in der richterlichen Rechtsfortbildung*, in *RebelsZ* 79 (2015), p. 237 ss. V. anche A. GAMBARO, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia ed immediati dintorni*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, 2004, p. 11. Il ruolo essenziale, e soprattutto il formante giurisprudenziale « è quello di...

Termine estratto capitolo

CAPITOLO II

ESERCIZIO DEL DIRITTO E FUNZIONE DELLA PRESCRIZIONE

SOMMARIO: 1. L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. — 2. Tipi e modalità di esercizio del diritto. — 3. Le conseguenze del mancato esercizio. — 4. La funzione della prescrizione: certezza dei rapporti giuridici e altri scopi. — 5. L'oggetto e l'effetto della prescrizione. — 6. Origini e significato del brocardo « *in facultativis non datur praescriptio* ». — 7. La teoria dell'effetto preclusivo della prescrizione. — 8. Caratteristiche delle moderne normative sulla prescrizione.

1. *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti.* — Il diritto soggettivo è tutelato dalla legge per consentire al suo titolare la realizzazione di un interesse. Per vedere soddisfatto tale interesse il titolare del diritto — in genere — deve esercitarlo.

Se il titolare non esercita il diritto e rimane inerte ⁽¹⁾ la risposta dell'ordinamento giuridico non è univoca. Come detto, per alcuni diritti il mancato esercizio non produce effetti e il titolare può sempre decidere di esercitarli; la sua inerzia e il trascorrere del tempo non incidono pertanto sulla situazione soggettiva. Per altri diritti, la legge stabilisce limiti temporali, cosicché il titolare perde il diritto se non lo esercita entro il termine previsto.

La seconda ipotesi corrisponde alla regola generale. Comune a tutti gli ordinamenti giuridici è l'idea secondo cui l'esercizio del diritto è soggetto ad un termine. Il decorso del tempo, in caso di mancato esercizio del diritto, conduce alla estinzione del diritto stesso o, secondo la visione prevalente in *common law*, alla impossibilità di agire in giudizio.

(1) Sulla difficoltà di stabilire in che cosa consista l'inerzia, visto che l'art. 2934 c.c. parla di mancato esercizio del diritto e l'art. 2935 c.c. stabilisce il *dies a quo* della prescrizione e quindi l'esordio dell'inerzia rilevante nel giorno in cui il diritto può essere fatto valere, v. G. PANZA, *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 230, il quale richiama gli analoghi concetti del diritto tedesco (*Ausübung* e *Geltendmachung* del diritto).

Si parla in tal senso di prescrizione o, secondo una risalente terminologia, di prescrizione estintiva. I codici ottocenteschi regolavano infatti con norme in parte comuni e sotto il medesimo titolo gli effetti del trascorrere del tempo sulle situazioni giuridiche ⁽²⁾, collegando due istituti che ben poco hanno in comune: la prescrizione e l'usucapione, detta anche prescrizione acquisitiva.

È chiaro, inoltre, che la problematica in esame riguarda tutti i diritti soggettivi, poiché l'esercizio rappresenta la proiezione dinamica della situazione sostanziale prevista e tutelata dal diritto oggettivo. Conferma di ciò può trarsi dal frequente riferimento all'esercizio del diritto nei testi legislativi, sia pure con diverse formulazioni. Molto chiara quella dell'art. 2934, comma 1, c.c., secondo cui « ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge ».

Problema diverso è quello relativo alla connessione tra esercizio del diritto soggettivo e realizzazione (o soddisfacimento) dell'interesse tutelato. Possono, infatti, configurarsi ipotesi in cui il diritto soggettivo trova realizzazione senza che possa individuarsi un vero e proprio atto di esercizio del diritto. Il conseguimento dell'interesse previene quindi le conseguenze negative collegate al mancato esercizio del diritto. Al riguardo basti pensare al soddisfacimento del credito da parte del debitore, che per certi versi anticipa un eventuale esercizio del diritto da parte del titolare nonché le conseguenze negative che si sarebbero determinate nel caso di mancato esercizio del diritto per il tempo previsto dalla legge. Se, infatti, il concetto di esercizio del diritto deve identificarsi con un momento dinamico della vicenda che conduce alla realizzazione dell'interesse tutelato dal diritto, è evidente che nell'esempio indicato manca — poiché non risulta necessaria — l'attività del creditore, che invece esercita il diritto quando fa valere le sue ragioni nei confronti del debitore ⁽³⁾.

Più in generale, volendo tentare una prima delimitazione del campo di indagine ed una sistemazione delle diverse ipotesi configurabili, può dirsi che l'esercizio del diritto risulta indispensabile in tutti

(2) Cfr. S. PUGLIATTI, *Esercizio del diritto, a) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 627, il quale precisa che il concetto di « esercizio » non riguarda esclusivamente il diritto soggettivo ma ogni « situazione soggettiva », espressione con la quale si fa riferimento ad un genere che ricomprende il diritto soggettivo.

(3) Salvo a volere identificare l'atto di esercizio del diritto nella apprensione — diretta o mediata — della somma di denaro o della cosa dovuta. Ma neanche questo atto si riscontra nell'adempimento di obbligazioni negative.

i casi in cui la realizzazione dell'interesse tutelato dipende da un'attività che deve essere compiuta dallo stesso titolare o, nei casi in cui è ammesso, da persona a cui quest'ultimo ha conferito il potere (4).

2. Tipi e modalità di esercizio del diritto. — La definizione dell'esercizio del diritto in termini di proiezione dinamica del diritto soggettivo, cioè della situazione soggettiva tutelata dal diritto sostanziale, necessita di ulteriori precisazioni.

Dipende anzitutto dalla natura del diritto soggettivo la individuazione dei vari tipi di esercizio del diritto che il titolare può legittimamente porre in essere. Il titolare del diritto reale, ad es., esercita il diritto godendo del bene — nel caso del diritto di proprietà, secondo alcuni, usandolo — o alienandolo, e la terminologia del codice civile ricomprende in questa materia i termini « godimento » e « uso » per indicare manifestazioni del potere connesso alla titolarità del diritto. In questo caso, l'esercizio del diritto può realizzarsi senza che il titolare entri in contatto con i terzi, mentre diversamente si configura l'atto di esercizio quando il titolare impedisce l'ingresso del terzo nel proprio fondo, al di fuori delle ipotesi in cui la legge eccezionalmente lo consente (art. 842 c.c.), oppure si rivolge all'autorità giudiziaria per fare cessare o impedire l'inizio di un'attività pregiudizievole (5).

In alcune fattispecie l'esercizio del diritto risulta condizionato al compimento di un determinato atto; in altre l'esercizio del diritto si identifica con un unico atto e serve ad acquistare un diritto: così, ad es., nella fattispecie dell'accettazione dell'eredità, ove tra l'altro l'accettazione può essere manifestata anche tacitamente attraverso l'esercizio

(4) Al riguardo, è discusso il rapporto tra il concetto di esercizio del diritto e quello di « potere ». Una diffusa opinione contrappone infatti il potere giuridico al diritto soggettivo, descrivendolo come quel potere che non è diritto soggettivo, o elemento del diritto soggettivo, né si accompagna al suo esercizio. Ma tale contrapposizione è stata criticata negando che potere giuridico e diritto soggettivo possano considerarsi *genus* e *species*, ovvero *species* diverse dello stesso *genus* o, ancora, *genus* diversi. Per una esposizione delle diverse tesi, v. A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 ss., mentre altra dottrina scarta decisamente le proposizioni che impiegano il verbo « potere » riferendolo all'esercizio di diritti: V. FROSINI, *Potere (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 440 ss.

(5) V., tra gli altri, W. CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1947, p. 181 ss., spec. p. 210; A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950, p. 37 ss.

del diritto che è oggetto del lascito (6). In queste ipotesi, il comportamento inerte del soggetto per il tempo previsto dalla legge determina la prescrizione del diritto di acquistare.

3. *Le conseguenze del mancato esercizio.* — La legge consente l'esercizio del diritto per la realizzazione di vantaggi di ordine patrimoniale o morale.

In linea di principio spetta al titolare del diritto scegliere il momento e la modalità di esercizio, nei limiti stabiliti dalla legge.

Fatta eccezione per i diritti non soggetti a prescrizione, può peraltro individuarsi un interesse del titolare ad esercitare il diritto prima dello scadere dei termini previsti dalla legge. Ciò perché, come detto, l'ordinamento giuridico ricollega al mancato esercizio — comunemente denominato inerzia — la conseguenza dell'estinzione del diritto soggettivo (7).

Oltre all'estinzione del diritto per prescrizione e ai casi di decadenza, la legge prevede altre conseguenze, generalmente sfavorevoli per il titolare, collegate al mancato esercizio. Tra esse, in via esemplificativa, possono ricordarsi il potere dei creditori — ricorrendo gli altri presupposti richiesti dall'art. 2900 c.c. — di esercitare i diritti del debitore in via surrogatoria (8); oppure le particolari decadenze previste dall'art. 1287 c.c. nel caso del mancato esercizio del diritto di scelta da parte del debitore o del creditore nel caso di obbligazioni alternative (9).

(6) Ovvero, seguendo una diversa spiegazione dell'istituto, l'accettazione è determinata dalla legge — quasi con il significato di una sanzione — a seguito di atti di esercizio posti in essere dal chiamato, che altrimenti non troverebbero giustificazione e legittimo fondamento (art. 476 c.c.).

(7) Nel senso che l'inerzia non coincide con il mancato esercizio del diritto ma con il mancato esercizio dell'interesse ad agire per il diritto, v. G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 17. In senso critico, v. B. GRASSO, «Prescrizione (diritto privato)», in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 64, il quale osserva che l'interesse non è un fenomeno suscettibile di esercizio bensì di realizzazione o soddisfacimento.

(8) In questa ipotesi, tuttavia, possono anche configurarsi conseguenze favorevoli.

(9) In argomento cfr. D. RUBINO, *Delle obbligazioni alternative*, Artt. 1285-1320, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1957, p. 83, il quale rileva, tra l'altro, che nel caso in esame può ravvisarsi anche un obbligo, per il titolare del diritto, di effettuare la scelta; e che la decadenza dalla scelta e il passaggio di essa all'altro non avvengono in forza del puro e semplice fatto obiettivo del mancato esercizio del diritto, ma in forza del fatto che il titolare non ha esercitato il diritto di scelta. V. anche B. TORRESI, *Le obbligazioni alternative*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 64, il quale osserva che la decadenza dalla scelta è un effetto della inerzia del titolare del diritto di scelta, e non della inerzia del creditore o del debitore.

CAPITOLO III

L'INERZIA E LA NATURA DELLA PRESCRIZIONE

SOMMARIO: 1. L'inerzia, presupposto della prescrizione, quale mero fatto giuridico. — 2. Prescrizione, decadenza e tolleranza. — 3. La qualificazione del mancato esercizio del diritto in termini di rinuncia tacita. — 4. *Segue*. In termini di atto giuridico. — 5. Critica. — 6. Valutazione della tesi negoziale alla luce degli artt. 2935 e 2939 c.c. — 7. Contegno omissivo e buona fede. — 8. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale.

1. *L'inerzia, presupposto della prescrizione, quale mero fatto giuridico.* — Il fondamento della prescrizione viene in genere indicato nel mancato esercizio del diritto — inteso come inerzia — da parte del titolare del diritto per il tempo previsto dalla legge.

L'inerzia, definita da autorevole dottrina « muta e inespressiva » nonché « priva di significato » ⁽¹⁾, viene da tempo identificata dalla giurisprudenza con un comportamento passivo in senso assoluto, cioè con un generale disinteresse del titolare del diritto all'esercizio dello stesso ⁽²⁾. Essa rileva alla stregua di un mero fatto, indicando semplicemente il mancato esercizio del diritto da parte del suo titolare e, ai fini della prescrizione, risulta determinante se si protrae per il periodo di tempo previsto dalla legge.

La dottrina più autorevole identifica l'inerzia nella mancanza di interesse del titolare del diritto che lo trascura nel tempo ⁽³⁾. Non si ritiene pertanto necessaria una inerzia « circostanziata », che in alcuni casi potrebbe invece comportare « la responsabilità del creditore per le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal falso convincimento ingene-

(1) N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, p. 89. Sul concetto di inerzia v. anche S. PATTI, *Stilenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni immobili*, in *Il Contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992, p. 227 ss.

(2) App. Trieste, 30 novembre 1959, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 813.

(3) Cfr. R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 21: la (eventualmente sopravvenuta) mancanza o riduzione di interesse induce l'ordinamento giuridico a ritenere esorbitante la sua protezione.

rato nel debitore » (4). Ed in senso analogo è stato precisato che « nel nostro ordinamento, l'inerzia del titolare si riduce al mancato esercizio del diritto, senza alcuna altra considerazione dei suoi motivi o del suo comportamento anche oggettivamente considerato » (5).

Alla rilevanza dell'inerzia, prolungata per un certo periodo di tempo, soprattutto nella esperienza francese, si unisce quella dell'apparenza: la forza dell'apparenza spinge a conservare i fatti a detrimento dei diritti. Essa, peraltro, incide soltanto in connessione con il trascorrere del tempo, che conduce a privilegiare l'instaurarsi di una coincidenza tra l'apparenza e il diritto, cioè a privilegiare la certezza rispetto alla giustizia (6).

2. *Prescrizione, decadenza e tolleranza.* — Come è stato osservato, la riflessione sull'inerzia giustifica « il confronto » con le ragioni ed il modo di operare della prescrizione e degli altri istituti (qual è la decadenza) che pure risultano legati allo scorrere del tempo (7).

In effetti, il trascorrere del tempo e l'inattività del titolare del diritto assumono diversa rilevanza nella disciplina della prescrizione, in quella della decadenza e in quella della tolleranza.

Come detto, perché si verifichi la prescrizione è necessario che il titolare non eserciti il diritto per un periodo di tempo determinato dalla legge. Prima dello scadere del termine il titolare — sulla base della disciplina della prescrizione — può pertanto non esercitare il diritto senza che ciò provochi un effetto sfavorevole. In altri termini dalla mera inattività del titolare entro il termine di prescrizione non può derivare la perdita del diritto, tranne che — come ha stabilito di recente la giurisprudenza — il comportamento passivo non faccia sorgere un affidamento meritevole di tutela in capo alla controparte. In tal caso, tuttavia, si va oltre l'ambito della prescrizione e si configura una *Verwirkung* (8).

(4) Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 7, *Le garanzie reali, la prescrizione*, Milano, 2012, p. 511.

(5) P.G. MONATERI in P.G. MONATERI-C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 23.

(6) Cfr. A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Paris, 2010, p. 48 ss.

(7) P. RESCIGNO, *Presentazione*, in S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. XX.

(8) V. *infra*, cap. X, par. 6.

Nel caso della tolleranza, invece, il trascorrere del tempo svolge un ruolo essenziale come tipico contrassegno della fattispecie, ma costituisce soltanto un elemento che da solo non è sufficiente a determinare effetti sfavorevoli per il titolare del diritto. La durata del periodo di tempo, inoltre, non è predeterminata ma dipende dalle circostanze del singolo caso.

I motivi di impedimento che causano la sospensione del decorso della prescrizione non sono senz'altro rilevanti nell'ipotesi della tolleranza. Le particolari circostanze del singolo caso possono peraltro svolgere un ruolo significativo nella valutazione dei rispettivi interessi contrapposti, se dimostrano che in quel periodo di tempo il titolare non aveva la possibilità di esercitare il diritto.

Prescrizione e tolleranza hanno quindi diverse modalità operative. La prima trova applicazione se per un periodo di tempo determinato il diritto non viene esercitato e non ricorre alcuna delle cause, indicate dalla legge, che giustificano l'inattività del titolare. La seconda presenta invece una struttura caratterizzata da estrema elasticità e prescinde da periodi di tempo e da cause giustificative rigidamente predeterminate.

Ma soprattutto occorre sottolineare che è differente il presupposto dei due istituti, poiché mentre nel caso della prescrizione rileva la mera inattività del titolare del diritto, nel caso della tolleranza si richiede una inattività particolarmente qualificata, cioè un atteggiamento tale da generare un affidamento nella controparte.

La tolleranza deve essere altresì nettamente distinta dalla decadenza. In quest'ultimo caso rileva infatti soltanto lo scadere di un termine determinato. L'istituto — come si vedrà — è caratterizzato da una rigidità estrema, non conoscendo neanche le cause di sospensione previste per la prescrizione.

Risulta quindi evidente la profonda differenza esistente con la tolleranza, che non si basa sullo scadere di termini di esercizio ma sulla valutazione delle circostanze del caso concreto e soprattutto sull'affidamento generato nella controparte.

L'esistenza di termini di decadenza rende tuttavia difficilmente configurabile una fattispecie di tolleranza. Dove infatti per l'esercizio di un diritto è posto — dalla legge o dai contraenti — un termine di decadenza, data la frequente brevità del periodo di tempo, possono difficilmente sussistere le condizioni per il verificarsi di un affidamento.

Prescrizione e decadenza presentano quindi la comune caratteristica di una valutazione del legislatore, che porta invariabilmente alle conseguenze previste sulla base della ricorrenza di determinati presup-

posti. Nelle ipotesi di tolleranza la valutazione è invece rimessa al giudice che ha la possibilità di attribuire rilevanza alle diverse circostanze della singola fattispecie ⁽⁹⁾.

3. *La qualificazione del mancato esercizio del diritto in termini di rinuncia tacita.* — La dottrina meno recente riteneva invece che il fondamento della prescrizione dovesse ravvisarsi in un atto negoziale, precisamente in una rinuncia tacita del titolare del diritto. Al comportamento inattivo veniva quindi attribuito un significativo «concludente», in quanto espressivo della volontà di dismettere il diritto ⁽¹⁰⁾.

Il suddetto orientamento si inquadrava in una più generale tendenza dottrinale favorevole alla spiegazione dei fenomeni giuridici in termini volontaristici. Così, ad esempio, un negozio giuridico, anche in questo caso una rinuncia, veniva individuato nella tolleranza ⁽¹¹⁾, qualificata dalla dottrina più recente come mero fatto a cui l'ordinamento ricollega determinati effetti giuridici ⁽¹²⁾. Lo stesso può dirsi con riguardo alla prescrizione. Il mancato esercizio del diritto non determina una manifestazione di volontà negoziale, bensì rileva come mero fatto, a cui la legge — dopo il decorso di un periodo di tempo predeterminato — ricollega effetti giuridici sfavorevoli al titolare del diritto.

L'effetto sfavorevole, peraltro, non deve essere visto come sanzione o come «pena», posto che — come detto — la finalità dell'istituto è quello di conseguire certezza nei rapporti giuridici e, d'altra parte l'inerzia del titolare non costituisce un comportamento antiggiuridico.

L'esigenza e la finalità di conseguire certezza nei rapporti tra i consociati trovano conferma nel rilievo attinente alla difficoltà di prova — spesso ricordata dagli studiosi della materia — a cui va incontro il debitore dopo un lungo periodo di tempo.

In senso critico è stato osservato che la difficoltà di prova rappresenta «un mero inconveniente e non è comunque spiegato perché l'agevolazione del debitore sul piano probatorio debba giungere al

(9) Sulle differenze tra acquiescenza, decadenza, prescrizione e rinuncia, v. le prime pagine della risalente monografia di L. RAGGI, *Contributo alla dottrina delle rinunce nel diritto pubblico*, Roma, 1914.

(10) E. GIUSIANA, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 433.

(11) Così C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*², Artt. 1218-1229, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Bianca, Bologna-Roma, 1979, II, 182.

CAPITOLO IV

FONDAMENTO E REGOLE GENERALI

SOMMARIO: 1. L'inderogabilità delle norme in tema di prescrizione. Considerazioni relative ad una eventuale modifica legislativa. — 2. Interesse privato e interesse pubblico nella disciplina della prescrizione. — 3. L'oggetto della prescrizione e i diritti non soggetti a prescrizione. — 4. L'estinzione del diritto quale effetto della prescrizione. — 5. Ulteriori rilievi sulla efficacia estintiva della prescrizione. — 6. Perdita e acquisto del diritto nell'ambito del rapporto giuridico. — 7. Estinzione del diritto del creditore e « acquisto » di un diritto da parte del debitore. — 8. La prescrizione come procedimento. — 9. Una recente teoria: estinzione del diritto e sopravvivenza dell'obbligo. — 10. La rinuncia alla prescrizione e il riconoscimento del debito. — 11. L'eccezione di prescrizione, la prova e la non rilevanza d'ufficio. — 12. *Segue*. La perpetuità dell'eccezione di prescrizione. — 13. La disponibilità dell'effetto estintivo in capo al debitore. — 14. L'opponibilità della prescrizione da parte di terzi. — 15. Il pagamento del debito prescritto. — 16. Azione generale di arricchimento senza causa e prescrizione. — 17. Prospettive di riforma della disciplina della prescrizione.

1. *L'inderogabilità delle norme in tema di prescrizione. Considerazioni relative ad una eventuale modifica legislativa.* — Una delle principali caratteristiche della disciplina della prescrizione nell'ordinamento italiano concerne la sua inderogabilità (art. 2936 c.c.). Questa caratteristica corrisponde alla tradizione, poiché l'art. 2107 del c.c. abrogato stabiliva che « non si può rinunciare alla prescrizione se non quando essa è compiuta », ma — come si è visto — si discosta dalle scelte di recente compiute in alcuni ordinamenti europei. L'esigenza che ha giustificato il suddetto limite all'autonomia negoziale è stata quella di tutelare « l'ordine e l'interesse generale » connesso alla disciplina della prescrizione ⁽¹⁾, più precisamente quella di non aggravare la posizione in giudizio del soggetto passivo nel caso di prolungamento

(1) Così E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, 2, Torino, 1928, p. 46, ricordato da P. VITUCCI-F. ROSELLI, *La prescrizione*², I, Artt. 2934-2940, a cura di F. Roselli, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 210.

del termine o di imporre alla parte più debole termini troppo brevi, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (2).

Come è stato osservato in tempi recenti, la possibilità di prevedere termini molto brevi per l'esercizio del diritto potrebbe essere utilizzata nella contrattazione di massa in pregiudizio dei consumatori. Di conseguenza occorrerebbe una norma di tutela analoga a quella dettata in tema di decadenza, in base alla quale sono nulli i patti che rendono eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.).

In senso favorevole ad una modifica legislativa corrispondente a quella attuata in altri paesi europei, può osservarsi che una eventuale estrinsecazione dell'autonomia privata anche nella materia in esame appare conforme alle linee generali del sistema. La disciplina della prescrizione non serve soltanto a realizzare generiche esigenze di certezza ma — come si è visto — a proteggere interessi privati: ad es., quello legato alla conservazione senza limiti temporali dei documenti che provano l'adempimento. Deve allora tenersi presente il principio secondo cui è ammesso modificare un sistema di protezione di interessi privati, purché siano in gioco diritti di cui i titolari possano disporre e si realizzi un effettivo esercizio di autonomia negoziale.

D'altra parte, sembra individuabile nel nostro ordinamento giuridico un altro principio generale, che sta alla base anche dell'art. 2698 c.c., in tema di patti probatori, secondo cui non può escludersi negozialmente la possibilità di esercizio del diritto. Qualsiasi manifestazione dell'autonomia negoziale idonea a comportare (in concreto) tale impossibilità mediante termini convenzionali di prescrizione eccessivamente brevi cadrebbe quindi sotto il divieto posto dal suddetto principio. In tutti i settori del diritto privato l'autonomia negoziale può esplicarsi soltanto entro i limiti che derivano dalla effettiva possibilità di esercizio del diritto. Di quanto esposto dovrebbe tenere conto il legislatore italiano nel caso di una riforma del diritto della prescrizione.

2. Interesse privato e interesse pubblico nella disciplina della prescrizione. — Una tesi tradizionale, basata sulla chiara formulazione della *Relazione del Ministro Guardasigilli* all'art. 2936 c.c. (3), assegna all'istituto della prescrizione una finalità di ordine pubblico, che trova

(2) Per l'esame di questa tesi cfr. P. VITUCCI-F. ROSELLI, *La prescrizione*², loc. cit., i quali richiamano in tal senso anche l'art. 2698 c.c., in tema di patti probatori.

(3) *Relazione al Codice Civile del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, n. 1199, p. 850, ove si definisce un « erroneo presupposto » la tesi secondo cui la prescrizione è stabilita nell'interesse del debitore.

espressione soprattutto nella norma citata, secondo cui è nullo qualsiasi patto diretto a modificarne la disciplina, e ciò al fine di rendere certi i rapporti giuridici (4).

La tesi in esame, che trovava ampio riscontro nella dottrina e nella giurisprudenza francese, non appare più sostenibile in quella esperienza giuridica alla luce della legge di riforma del 2008, che ha abrogato il divieto di derogare alle norme in materia di prescrizione stabilito dal *Code civil*. Analoga evoluzione si riscontra nell'ordinamento tedesco, ove in occasione della *Schuldrechtsmodernisierung* del 2002 è stato soppresso il suddetto divieto.

Risulta pertanto superato, in quegli ordinamenti, il tradizionale orientamento e scompare ogni riferimento all'ordine pubblico (o in Germania alle *Gute Sitten*), per fare spazio a manifestazioni dell'autonomia privata anche nella materia in esame.

Ulteriore conferma della suddetta evoluzione si ricava dall'esame dei principi europei, sopra esaminati, ove parimenti manca qualsiasi riferimento all'ordine pubblico.

Nella nostra esperienza giuridica, come sovente accade, all'inattività del legislatore ha supplito la giurisprudenza della Corte suprema, la quale da oltre un decennio assegna in primo luogo alla prescrizione la funzione di tutelare un interesse privato — quello del debitore — come tale disponibile (5). Alla suddetta conclusione la Corte è pervenuta alla luce della stessa disciplina della prescrizione, che consente (si pensi alla possibilità di interrompere « ripetutamente » il decorso della prescrizione) di evitare l'effetto estintivo per un tempo indeterminato. Posto che la prescrizione in molteplici ipotesi non opera a seguito di decisioni e comportamenti dei soggetti coinvolti, non è apparsa condivisibile l'asserita finalità pubblicistica dell'istituto. Si sostiene pertanto che la tutela riguarda unicamente interessi privatistici: da un lato quello del soggetto passivo a liberarsi del vincolo dopo il trascorrere del tempo previsto dalla legge, dall'altro quello del soggetto attivo ad impedire l'effetto estintivo, esercitando il diritto. Il titolare dell'interesse protetto è quindi il debitore e non si attribuisce rilevanza alle (generiche) finalità « di ordine pubblico », di cui si parla nella citata Relazione.

(4) V., in argomento, M. TESCARO, *La prescrizione in prospettiva funzionale: ruolo dell'autonomia privata, efficacia e rapporti con altri istituti*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 674 ss.

(5) Cfr. Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2423; confermata da Cass., 23 febbraio 2016, n. 3481, in *Giur. it.*, 2016, p. 1691, con nota di M. GRADI, *Arbitrato rituale – Cognizione sulla potestas judicandi degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale*.

Posto che la prescrizione tutela un interesse di parte, deve ammettersi che mediante un accordo i soggetti interessati possano validamente disporre della tutela prevista dalla legge. Conferma di tale tesi si ricava da alcune norme, quali l'art. 2937 c.c. che prevede la possibilità di rinunciare alla prescrizione e gli artt. 2944 e 2945 c.c. in tema di interruzione ⁽⁶⁾. Ancora, si sottolinea come l'asserita connessione della prescrizione con l'ordine pubblico venga smentita dall'art. 2938 c.c. che vieta al giudice di rilevarla d'ufficio; divieto che non si riscontra quando la prescrizione tutela un interesse dello Stato ⁽⁷⁾. Ed ancora si mette in luce che la « certezza » viene garantita nel caso dei diritti indisponibili non mediante l'istituto della prescrizione bensì, al contrario, mediante la loro imprescrittibilità ⁽⁸⁾.

Ovviamente, tutti gli argomenti utilizzati per dimostrare l'erroneità del riferimento all'ordine pubblico quale fondamento della prescrizione non possono superare il dettato dell'art. 2936 c.c. che vieta alle parti di derogare alle norme in tema di prescrizione. La stessa Corte suprema, al riguardo, ha sostenuto che il divieto si spiega alla luce della necessità di evitare che la parte debole del rapporto venga svantaggiata da termini estremamente brevi, tali da rendere difficile l'esercizio del diritto, e la fondata preoccupazione si estende all'inserimento di clausole, a ciò dirette, in condizioni generali di contratto. Tuttavia, a prescindere dalla possibilità di stabilire un limite di carattere generale, come quelli previsti in tema di patti sulle prove (art. 2698 c.c.) e di decadenza convenzionale (art. 2965 c.c.), secondo cui il termine non deve essere tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, sarebbe agevole limitare l'autonomia dei privati nei settori — si pensi ai contratti dei consumatori — in cui evidente risulta la possibilità dell'abuso da parte del contraente più forte ⁽⁹⁾.

La norma in esame, pertanto, dovrebbe essere abrogata in occasione di una riforma della materia, o modificata — come è avvenuto in altri ordinamenti giuridici — prevedendo limiti ed esclusioni.

(6) In argomento P.G. MONATERI, in P.G. MONATERI-C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 26 ss.; G. MAGRI, *La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1160 ss.; A. RENDA, *La prescrizione tra tensioni evolutive e torsioni involutive*, in *Europa e dir. priv.*, 2023, p. 106 s.

(7) G. MAGRI, *La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore*, cit., p. 1172.

(8) G. MAGRI, *La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore*, cit., p. 1172 s.

(9) Cfr. G. MAGRI, *La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore*, cit., p. 1172 s.

CAPITOLO V LA DECORRENZA DELLA PRESCRIZIONE

SOMMARIO: 1. Il momento iniziale di decorrenza della prescrizione. — 2. La rilevanza degli impedimenti all'esercizio del diritto. — 3. Il momento iniziale di decorrenza della prescrizione in alcune norme del codice civile in materia contrattuale e in quella delle successioni a causa di morte. — 4. La decorrenza della prescrizione nel caso di azioni di ripetizione. — 5. Decorrenza (e durata) della prescrizione nel caso di risoluzione del contratto per inadempimento. — 6. Il momento iniziale di decorrenza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale. — 7. *Segue.* La decorrenza della prescrizione nel caso di danni c.d. lungolatenti. — 8. La decorrenza della prescrizione nel caso di illecito endofamiliare. — 9. La decorrenza della prescrizione per gli onorari di avvocato e per l'esercizio dell'azione di responsabilità professionale. — 10. La decorrenza della prescrizione nel caso di illecito anticoncorrenziale. — 11. La decorrenza della prescrizione nella disciplina delle servitù. Prescrizione e non uso. — 12. La decorrenza della prescrizione nel diritto del lavoro.

1. Il momento iniziale di decorrenza della prescrizione. — Uno degli aspetti più complessi della disciplina della prescrizione riguarda l'inizio della decorrenza ⁽¹⁾, tra l'altro, in connessione con la pendenza di un termine di decadenza ⁽²⁾.

La regola dettata dal codice civile vigente, contenuta nell'art. 2935, in base al quale « la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui

(1) Un esempio significativo della complessità della materia è rappresentato dalla questione, molto dibattuta ed oggetto di importanti sentenze delle Sezioni Unite della Corte di cassazione e della Corte costituzionale (a seguito di un intervento del legislatore), relativa al *dies a quo* del termine di prescrizione della ripetizione di somme trattenute dalla banca indebitamente: per un'approfondita trattazione v. E. MINERVINI, *La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova*, in *Riv. dir. priv.*, 2021, p. 41 ss., a cui si rinvia anche per le indicazioni di dottrina e giurisprudenza. Dello stesso autore v. già, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito*, in nota a Cass., sez. Un., 13 giugno 2019, n. 15895, in *Giur. it.*, 2019, p. 1823 ss.

(2) Sul problema, in tema di equa riparaazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, v. Cass., sez. Un., 2 ottobre 2012, n. 16783, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 484 ss., con nota di A. AZARA, *Prescrizione e decadenza del diritto all'equa riparaazione per irragionevole durata del processo*.

il diritto può essere fatto valere», si ricollega all'antico adagio *actioni nondum natae non praescribitur* ⁽³⁾ nonché a quello — più di frequente richiamato — *contra non valentem agere non currit praescriptio* ⁽⁴⁾. Corrisponde altresì all'autorevole insegnamento del Pothier ⁽⁵⁾, il quale indicava il momento di decorrenza della prescrizione « *du jour que le créancier a pu intenter sa demande* », ed alla norma del BGB, che riferendosi alla « nascita della pretesa » (§ 198) ha riguardo al momento

(3) Sul quale v. l'ampia indagine di C. GANGI, *Il momento iniziale della prescrizione estintiva*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1904, p. 221 ss.

In giurisprudenza, un'interessante applicazione si riscontra in Cass., 17 gennaio 2022, n. 1200, in *Foro it.*, 2022, c. 1023 ss., secondo cui la prescrizione quinquennale del diritto di credito del socio, con riferimento alla quota sociale, decorre dalla scadenza del semestre successivo allo scioglimento del rapporto sociale poiché soltanto dopo il suddetto semestre il credito diviene esigibile. V. anche Cass., 14 marzo 2017, n. 6561, in *Giur. it.*, 2018, p. 404, secondo cui non è soggetta alla prescrizione quinquennale ex art. 2949 c.c. l'azione di regresso di un socio di s.n.c. volta ad ottenere dall'altro socio il rimborso *pro quota* di finanziamenti erogati alla società e di pagamenti di debiti sociali eseguiti per conto della stessa. Altra problematica di estremo interesse si ravvisa con riguardo al negozio fiduciario: in argomento v. soprattutto G. CERDONIO CHIAROMONTE, *La prescrizione nel negozio fiduciario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 345 ss. Su altre fattispecie v. U. SALANITRO, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, p. 400 ss.; C. MURGO, *Il tempo e i diritti. Criticità dell'istituto della prescrizione tra norme interne e fonti europee*, Torino, 2014, p. 105 ss.; e i saggi su *La decorrenza della prescrizione* (a cura di E. Minervini), di E. MINERVINI, *Il problema della decorrenza della prescrizione*, B. TROISI, *Decorrenza della prescrizione e mancato esercizio del diritto*, A. LEPORE, *La decorrenza della prescrizione e i crediti risarcitori per danni lungolatenti*, S. MONTICELLI, *La prescrizione dei crediti risarcitori dei clienti nei confronti dei professionisti*, M. GAZZARA, *La decorrenza della prescrizione dei crediti derivanti da rapporti assicurativi*, P. PISCITELLO, *La decorrenza della prescrizione delle azioni di responsabilità nelle s.p.a.*, E. BALLETTI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2788 ss.

Sulla prescrizione del diritto riconosciuto agli eredi del socio di una società di persone ad ottenere la liquidazione della quota sociale già in titolarità del *de cuius*, v. Cass., 31 luglio 2017, n. 18963, in *Giur. it.*, 2017, p. 1757, secondo cui, avendo il suddetto diritto natura analoga a quello di credito che sarebbe spettato al socio stesso per l'ipotesi di recesso attuato prima della morte, il termine è di cinque anni (art. 2949 c.c.).

(4) Una certa confusione nel richiamare l'uno o l'altro adagio è stata rilevata da J. CARBONNIER, *La règle Contra non valentem agere non currit praescriptio*, in *Rev. crit.*, 1937, p. 166; il cui pensiero è ricordato, insieme a quello di altri autori, da J. KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, Paris, 2013, p. 268 ss. V. anche K. SPIRO, *Zur neueren Geschichte des Satzes « agere non valenti non currit praescriptio »*, in *Festschrift für H. Levald*, Basel, 1953, p. 585 s. (riferimenti all'esperienza italiana a p. 600).

(5) Preso in esame nei saggi di A. GUARNERI, *L'exordium praescriptionis*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1132; e di S. PAGLIANTINI, *Exordium praescriptionis e rapporti di consumo: variazioni sulla prescrizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 762 ss.

a partire dal quale il diritto può essere fatto valere. Tuttavia, la — almeno apparente — univocità di regole, che potrebbe indurre a presumere agevoli applicazioni, nasconde in realtà una delle problematiche più complesse del diritto della prescrizione (6).

La lettura dell'art. 2935 si è basata per lungo tempo sulla Relazione al Codice Civile, secondo cui la norma « deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influenzando sul decorso della prescrizione, salvo le eccezioni stabilite dalla legge (7), l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto » (8). Impedimenti giuridici, in primo luogo, sono stati considerati la sottoposizione del diritto a condizione sospensiva e a termine iniziale (9).

(6) Nella letteratura francese si parla di *chaos* e di *désordre* della prescrizione soprattutto con riferimento al *dies a quo*, definito « *vacillant et instable* »: cfr. J. KLEIN, *Le point de départ de la prescription*, cit., p. 4 ss., la quale osserva che termini iniziali differenti si riscontrano nelle (circa duecento) leggi che riguardano la materia e che i problemi relativi al *dies a quo* — insieme a quelli in materia di interruzione — sono quelli che determinano il maggior numero di ricorsi in cassazione.

In senso analogo è stato osservato che nonostante la legge 17 giugno 2008, « *portant réforme de la prescription extinctive* », abbia introdotto una regola di principio relativa alla determinazione del *dies a quo* secondo cui la prescrizione decorre dal giorno in cui il titolare del diritto ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere i fatti che gli permettono di esercitarlo (art. 2224 *Code civil*) — regola peraltro già elaborata dalla giurisprudenza — la sua determinazione rimane « *le talon d'Achille* » del diritto della prescrizione: cfr. M. MIGNOT, *Réforme de la prescription: le point de départ du délai*, in *Defrénois*, 2009, p. 393 ss.; Id., *Prescription extinctive, Dispositions générales*, in *Juris Classeur*, 2021, *Code civil* Art. 2219 à 2223, *fasc. unique*.

(7) Uno dei casi eccezionali in cui il legislatore, in deroga al principio generale di cui all'art. 2035 c.c., relativamente al *dies a quo* della prescrizione attribuisce rilevanza all'impossibilità di mero fatto di esercitare il diritto è considerato quello previsto dall'art. 634, comma 3, c.c., il quale fa decorrere il termine quinquennale di prescrizione dell'azione di impugnazione del testamento non dalla data della pubblicazione ma dal giorno in cui l'attore abbia avuto notizia dell'errore, del dolo o della violenza. In giurisprudenza v. Cass., 27 giugno 1992, n. 8063, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 487 ss., con nota di M. TANINI, *Onere della prova nel caso di spostamento del termine iniziale di prescrizione*.

(8) *Relazione al Codice Civile del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, n. 1198, p. 850. In argomento, M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006; S. MONTICELLI, *L'exordium praescriptionis dei diritti nell'assicurazione sulla vita*, in *Jus civile*, 2022, p. 321 ss.; L. CASTELLI, *Prescrizione e impedimenti di fatto*², Milano, 2023, p. 5 ss.

(9) Con riguardo alla sentenza che accerta lo *status* di figlio naturale non ancora passata in giudicato, ai fini dell'accettazione dell'eredità da parte del figlio naturale non riconosciuto nato anteriormente al 1° luglio 1939, v. R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 735,

È stata quindi tradizionalmente accolta una interpretazione molto restrittiva dell'antico brocardo « *contra non valentem agere non currit praescriptio* »⁽¹⁰⁾, ma al riguardo occorre segnalare che ormai da diversi anni la giurisprudenza si è preoccupata di superare il risalente orientamento che riteneva soltanto gli ostacoli di tipo giuridico idonei ad impedire il decorso della prescrizione, affermando — almeno in alcuni settori — che anche ostacoli di fatto possono rilevare ai fini dell'applicazione della norma⁽¹¹⁾.

Da tempo si è posta, peraltro, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2935 c.c., rispetto all'art. 24 Cost., nella parte in cui farebbe decorrere il termine di prescrizione anche nelle ipotesi in cui il titolare si trovi nella impossibilità di mero fatto di esercitare il diritto, impossibilità determinata da ignoranza incolpevole circa l'esistenza del diritto e l'identità del titolare del corrispondente obbligo⁽¹²⁾.

Il nuovo principio — come si vedrà — è stato recepito soprattutto nella materia della responsabilità extracontrattuale, ed è ormai costante l'orientamento alla luce del quale, anzitutto, il danno deve essersi manifestato, altrimenti non si configura il pregiudizio che determina l'interesse ad agire. Inoltre, se il danneggiato — senza sua colpa — non conosce i dati di fatto necessari per poter agire nei confronti del responsabile, la prescrizione non inizia a decorrere. Numerose, soprattutto, le sentenze in materia di responsabilità medica, secondo cui la prescrizione non inizia a decorrere fino a quando non si chiariscono le caratteristiche della malattia o emergono i dati necessari per individuare un errore del sanitario⁽¹³⁾.

La regola del diritto vivente — pienamente condivisibile — conferma che il *dies a quo* rappresenta « *un instrument de politique juridique* », un compromesso tra l'esigenza di certezza del debitore e

il quale ricorda Cass., 21 marzo 1990, n. 2326, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2182, con nota di R. CASO, *Limiti incostituzionali alla dichiarazione giudiziale di paternità e decorrenza del termine di prescrizione per l'accettazione dell'eredità*.

(10) Cfr., ad es., Cass., 10 marzo 1980, n. 1582, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1946.

In dottrina v., tra gli altri, M. TESCARO, *La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 253 ss.

(11) In argomento v. soprattutto la recente indagine di L. CASTELLI, *Prescrizione e impedimenti di fatto*², cit., p. 7 ss.

(12) Cfr. Trib. Termini Imerese, 9 dicembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, c. 924.

(13) Cfr., ad es., Cass., sez. III, 11 gennaio 2008, n. 580, in *Giur. it.*, 2008, c. 1618, con la nota di P. GAZZONI, *La Sanità Diritto*.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO VI

I TERMINI DI PRESCRIZIONE

SOMMARIO: 1. Termine « generale » e altri termini di prescrizione. — 2. La progressiva abbreviazione dei termini di prescrizione. — 3. La sopravvivenza di alcuni termini ultradecennali. — 4. La previsione di termini brevi: alcuni esempi. La prescrizione in materia di società. — 5. La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito. — 6. *Segue*. La prescrizione nel caso di illecito civile che integra una fattispecie di reato. — 7. La prescrizione delle azioni di annullamento. — 8. Altri termini brevi. — 9. Il prolungamento del termine nel caso dell'*actio iudicati*. — 10. Il computo dei termini.

1. *Termine « generale » e altri termini di prescrizione.* — Come si è visto, secondo la disposizione del codice civile dedicata alla « prescrizione ordinaria », i diritti si estinguono per prescrizione con il decorso di dieci anni, « salvi i casi in cui la legge dispone diversamente » (art. 2946) ⁽¹⁾. Tali « casi » riguardano in genere termini più brevi, ma in alcune ipotesi, sono previsti termini più lunghi di quello decennale ⁽²⁾.

Al riguardo, due osservazioni appaiono utili. Anzitutto, i casi in cui la legge dispone diversamente sono molto frequenti già all'interno del codice civile, e ad essi devono aggiungersi quelli previsti da numerose leggi speciali. Pertanto, la regola (apparentemente) generale spesso non trova applicazione. Inoltre, da tempo, la giurisprudenza ritiene applicabili per analogia norme che prevedono termini più brevi di quello

(1) Nel senso che la lunghezza dei termini cambia secondo la natura dei diritti, v. P. MALAURIE, *L'homme, le temps et le droit. La prescription civile*, in *Etudes Ph. Malinvaud*, Paris, 2007, p. 393.

(2) Una dibattuta questione riguarda la prescrizione dell'azione di risoluzione, secondo la dottrina prevalente soggetta al termine ordinario decennale alla luce dell'assenza di una disciplina specifica: in argomento, v. M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi-2*, Milano, 2006, p. 204 ss., il quale riporta la diversa opinione di R. Sacco, secondo cui l'azione sarebbe imprescrittibile.

decennale previsto dall'art. 2946 c.c., smentendo pertanto il rapporto regola generale/eccezioni ⁽³⁾.

Alcune ipotesi di prescrizioni brevi sono disciplinate nella stessa sezione del codice civile dedicata al « termine di prescrizione », subito dopo la norma in tema di prescrizione ordinaria e presentano indubbia rilevanza.

Si tratta, precisamente degli artt. 2947-2952 c.c., e ad alcune di queste norme saranno dedicati i paragrafi seguenti ⁽⁴⁾.

Per quanto concerne invece la prescrizione ordinaria, come accennato, la Corte di cassazione ha da tempo configurato un sistema complesso, il quale non contrappone una norma generale a norme « speciali », che per il loro carattere eccezionale impedirebbero il ricorso all'applicazione analogica, bensì individua una pluralità di regolamentazioni per adeguare la durata del termine di prescrizione alle esigenze sociali e giuridiche delle diverse fattispecie. Da ciò, come si vedrà, deriva il carattere « residuale » della norma di cui all'art. 2946 c.c. ⁽⁵⁾.

In senso critico si è tuttavia espressa una parte della dottrina

(3) V. *infra*.

(4) Sulla complessa problematica relativa alla prescrizione in materia di assicurazione, v. M. PAFUMI-S. SPAGNOLO, *La prescrizione assicurativa*, Milano, 2014. In giurisprudenza, Cass., 12 dicembre 2000, n. 15684, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 522 ss., con nota di E. INCHINGOLO, *Prescrizione breve del diritto di garanzia dell'assicurato e responsabilità per mala gestio dell'assicuratore*. V. anche *supra*, cap. V nota 93.

(5) Cfr. Cass., 25 giugno 1980, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2780, con commento di V. SILVESTRI che applica all'azione revocatoria fallimentare il termine quinquennale previsto per la pauliana ordinaria. Nella sentenza si legge che il problema della individuazione del termine prescrizionale applicabile nella fattispecie concreta non si pone sul piano della contrapposizione tra una norma generale e una norma speciale, con la conseguenza che la disposizione derogatoria, per il suo carattere eccezionale, possa essere considerata suscettibile soltanto di stretta interpretazione; Cass., 4 luglio 1983, n. 4461, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 65, con commento di F. ROSELLI, secondo cui il termine decennale di prescrizione è previsto dall'art. 2946 c.c., non in via generale, sì che le prescrizioni brevi debbano considerarsi come previsioni eccezionali e perciò non applicabili in via analogica, avendo esso finalità di disciplina di tutte le fattispecie non specificamente previste. Da ciò consegue che la prescrizione quinquennale disposta dall'art. 428 c.c. per l'azione di annullamento degli atti compiuti dall'incapace naturale è applicabile per analogia all'azione di impugnazione del consenso prestato dall'adottante ai sensi dell'art. 296 c.c. V. anche Cass., 10 marzo 1980, n. 1587, *ivi*, 1980, I, 1, c. 749: l'azione diretta all'annullamento del matrimonio per vizio del consenso è sottoposta al termine ordinario di prescrizione. Per un'analogia lettura, v. in dottrina C. COSTANTINI, in P.G. MONATERI-C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 263 ss.

secondo cui la pluralità delle eccezioni legislative alla regola generale posta dall'art. 2946 c.c. non giustifica il superamento dello schema regola/eccezioni, cosicché il suddetto orientamento giurisprudenziale potrebbe ritenersi contrario alla legge (6).

Deve tuttavia osservarsi che nelle suddette ipotesi, l'estensione analogica dei termini brevi assicura la parità di trattamento di casi analoghi e si pone ormai in linea con l'evoluzione del diritto della prescrizione riscontrabile in Europa. Dal punto di vista sistematico, l'interprete avverte peraltro l'esigenza di una riforma legislativa.

Per valutare l'adeguatezza di un termine di prescrizione non si deve prendere in considerazione soltanto la sua lunghezza, ma occorre tenere conto, in primo luogo, della disciplina relativa al momento di decorrenza, come pure della maggiore o minore difficoltà con cui il decorso dalla prescrizione può essere interrotto, nonché delle cause di sospensione (7).

La durata del termine generale di prescrizione nei codici civili del continente europeo e le modifiche avvenute nel nuovo secolo rappresentano un capitolo di particolare interesse nello studio dell'istituto, perché risultano collegate a profondi mutamenti dei rapporti economici e sociali e ad una nuova visione della problematica.

Posta la regola generale secondo cui ogni diritto si estingue per prescrizione, devono considerarsi non suscettibili di applicazione analogica le norme che considerano non prescrivibili alcuni diritti (8).

Maggiore complessità — come si è detto — presenta la questione relativa al rapporto tra la norma che prevede il termine generale (art. 2946 c.c.) e quelle che disciplinano termini diversi, in genere più brevi, secondo un tradizionale indirizzo, considerate « speciali », in quanto indicano termini diversi da quello « ordinario » stabilito in una norma pertanto considerata « generale », con conseguente diniego di applica-

(6) V. già G. LASERRA, *Postilla sulla prescrizione della revocatoria fallimentare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1961, II, p. 103.

(7) In tal senso si parla di un *gap* tra *prescription period* e *effective time of prescription*: cfr. J. GILEAD-B. ASKELAND (eds.), *Prescription in Tort Law*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020, p. 52 s.

(8) Si è posta la questione se la imprescrittibilità del diritto alla pensione dovesse estendersi al diritto di riscatto per il quale è previsto invece un termine decadenziale di due anni. In senso contrario Corte cost., 15 luglio 1985, n. 203, in *Foro it.*, 1986, I, c. 354, ove si legge che « l'esercizio di ogni diritto, anche quello costituzionalmente garantito, può essere dalla legge regolato e così sottoposto a limite, sempre che questo sia compatibile con la funzione del diritto di cui si tratta ». In senso analogo, Corte cost., 25 maggio 1987, n. 197, ivi, 1988, I, c. 677.

zione analogica delle norme che prevedono termini diversi da quello decennale.

Occorre tuttavia ribadire che il diritto vivente si è discostato dalla suddetta ricostruzione e, ormai da diversi decenni si pongono sullo stesso piano le diverse prescrizioni legislative, in quanto ciascuna diretta ad adeguare la disciplina della prescrizione alle diverse esigenze dei settori da disciplinare, con conseguente ammissibilità dell'applicazione analogica. Pertanto, alla luce della moderna visione del suddetto rapporto, la norma dell'art. 2946 c.c., che prevede il termine decennale, deve essere considerata alla stregua di una norma di chiusura, che trova applicazione in mancanza di norme « di settore », da considerare più adeguate alla luce di esigenze specifiche, ed eventualmente applicabili anche in via analogica (9). Da tutto ciò, come è agevole immaginare, deriva una situazione di notevole incertezza, contrastante con una delle finalità dell'istituto.

Si potrebbe viceversa dubitare della utilità di norme che stabiliscono un termine di prescrizione decennale, cioè lo stesso termine previsto in termini generali dell'art. 2946 c.c. Così avviene, ad esempio, nella materia delle successioni a causa di morte, poiché l'art. 480, comma 1, c.c., prevede un termine decennale per l'accettazione dell'eredità (10).

La segnalata esigenza di una riforma del diritto della prescrizione, che anzitutto dovrebbe condurre ad una abbreviazione del termine generale di dieci anni, in linea con quanto avvenuto in altri paesi europei, si avverte tuttavia in misura limitata in considerazione della previsione di termini brevi in materie di centrale rilevanza.

Oltre alla prescrizione di cinque anni nella materia della responsabilità extracontrattuale, deve essere ricordata la prescrizione, di uguale durata, prevista dall'art. 2394, comma 7, c.c., per i diritti che derivano da « rapporti sociali » relativi a società iscritte nel registro delle imprese, nonché per l'azione di responsabilità che spetta ai

(9) In dottrina, C. COSTANTINI, in P.G. MONATERI-C. COSTANTINI, *La prescrizione*, cit., p. 212 ss.; Id., *Prescrizioni brevi*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg., 6, Torino, 2011, p. 677 ss.

(10) Sulla natura del suddetto termine e sulla possibilità di deroga, v. *infra*.

Cass., 5 febbraio 2004, n. 2202, in *Giur. it.*, 2004, p. 2281 ss., con nota di E. BERGAMO, *Termine per accettare l'eredità: « decadenza prescrittiva »*, afferma che il decorso della prescrizione del diritto di accettare l'eredità non è soggetto ad interruzione in seguito a rinuncia all'eredità. Il diritto di chi beneficiarrebbe del

CAPITOLO VII

LA SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE

SOMMARIO: 1. Il fondamento. — 2. La disciplina. — 3. Le ipotesi di sospensione: la sospensione per l'esistenza di un rapporto giuridico tra le parti. — 4. *Segue*. La sospensione per la condizione giuridica in cui si trova il titolare del diritto. — 5. In tema di sospensione della prescrizione nei rapporti tra familiari. — 6. In tema di sospensione della prescrizione tra amministratore di sostegno e beneficiario. — 7. Prescrizione e *pactum de non petendo*.

1. *Il fondamento*. — Il decorso della prescrizione può essere sospeso o interrotto. Sospensione e interruzione presentano la caratteristica di incidere sul decorso della prescrizione, ma si distinguono nettamente perché nel caso della sospensione il mancato esercizio del diritto perdura, ma è giustificato dalla legge, mentre l'interruzione è causata da un atto di esercizio del diritto o comunque da un atto che dimostra l'interesse del titolare alla realizzazione del suo diritto. La sospensione non riguarda quindi il momento iniziale del decorso della prescrizione, tranne il caso in cui la causa di sospensione esiste nel momento in cui inizia il decorso. Essa, invece, arresta temporaneamente il decorso della prescrizione senza incidere sul periodo di tempo già trascorso ⁽¹⁾.

(1) G. AZZARITI-G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*², Artt. 2994-2969, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 246 ss. Nello stesso senso R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 738 ss., il quale ritiene che la sospensione dovrebbe essere « l'istituto *ad hoc* per attribuire rilevanza sul decorso della prescrizione agli impedimenti di fatto non imputabili », ed auspica quindi l'accoglimento della tesi, rimasta minoritaria, « secondo cui, al di là delle ipotesi espressamente previste, dovrebbe ammettersi la sospensione tutte le volte che un fatto non imputabile al titolare gli renda impossibile l'esercizio del diritto ». V. anche C. COSTANTINI, *Sospensione della prescrizione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Agg., 7, Torino, 2012, p. 991 ss., la quale si sofferma sulle ragioni storiche della distinzione tra interruzione e sospensione della prescrizione e ricorda l'orientamento giurisprudenziale che esclude un « rapporto di progressività » tra i due istituti, con la conseguenza che l'eccezione di interruzione della prescrizione non può ritenersi né equipollente né

Il fondamento della sospensione deve essere ravvisato nella sussistenza di situazioni che — in base ad una valutazione legislativa — giustificano l'inerzia del titolare del diritto, poiché determinano l'impossibilità o una grande difficoltà, sia pure di naturale morale, di esercitare il diritto.

È discusso se possa interrompersi la prescrizione sospesa. In senso positivo è stato rilevato che la legge non vieta al titolare del diritto di porre in essere uno degli atti interruttivi del diritto anche in pendenza di una causa di sospensione (2). In altre parole, il titolare esercita il diritto, pur se la sua inerzia sarebbe giustificata, e l'atto interruttivo determina il suo effetto — cioè, il nuovo decorso della prescrizione — prevalendo sulla sospensione, tranne che si tratti di un atto interruttivo c.d. istantaneo (es. costituzione in mora), poiché l'atto interruttivo determinerebbe il nuovo decorso della prescrizione che tuttavia rimarrebbe sospesa dato il perdurare della causa di sospensione (3). Soluzione — quest'ultima — che appare tuttavia da accogliere alla luce della mancanza di una contraria disposizione di legge, come pure di una ragione che escluda la contemporanea applicazione dei due istituti, cosicché la prescrizione, a seguito del compimento di un atto interruttivo, di qualsiasi natura, inizierà a decorrere (non dal momento del compimento dell'atto ma) da quello in cui cessa la causa di sospensione (4).

Durante il periodo di sospensione si ferma il decorso della prescrizione (5), ma non perde di rilevanza il periodo di tempo trascorso dal momento in cui la prescrizione aveva iniziato a decorrere. La prescrizione ricomincia a decorrere (se e) quando cessa il periodo di sospensione. Per questo motivo, indicando il trascorrere del tempo con una linea retta, la sospensione rappresenta una parentesi:

comprensiva di quella relativa alla sospensione; G. BUFFONE, *Sospensione ed interruzione*, in *Prescrizione e decadenza*, a cura di L. Viola, Padova, 2015, p. 189 ss.

(2) S. SATTÀ, *Interruzione della prescrizione sospesa*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 298 ss.

(3) Questo il ragionamento seguito da Cass., 12 luglio 1962, n. 1858, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 298 ss., con la citata nota di S. SATTÀ. Ammette invece, in ogni caso, l'interruzione della sospensione, App. Trieste, 16 marzo 1961, in *Dir. e prat. ass.*, 1961, p. 269.

(4) Così A. IANNAcone, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, *La prescrizione*, II, a cura di P. Vitucci, Milano, 1999, p. 8 ss. In giurisprudenza v. App. Bari, 29 gennaio 1976, in *Foro it.*, 1977, I, c. 717.

(5) In tal senso si parla di « arresto del decorso del termine utile a prescrivere »: G. AZZARITI-G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*², cit., p. 246.



La prescrizione si verifica quando sommando il periodo di tempo iniziale e quello successivo alla sospensione si perviene al termine previsto dalla legge.

La prescrizione — come detto — non inizia a decorrere se il *dies a quo* cade durante la sussistenza di una causa di sospensione. L'inizio del computo deve essere quindi differito al momento in cui viene meno la causa di sospensione. Si avverte tuttavia la possibilità di confusione tra il momento di decorrenza e la sospensione della prescrizione e si rileva che, per non prendere posizione sul problema, il legislatore francese della riforma ha creato un'apposita sezione intitolata « *Des causes de report du point de départ ou de suspension de la prescription* » (6).

La legge prevede due gruppi di cause di sospensione (artt. 2941 e 2942 c.c.).

Il primo gruppo concerne rapporti, relazioni giuridiche, intercorrenti tra le parti e la sospensione è giustificata dalla natura dei suddetti rapporti, data la « difficoltà morale che in tali rapporti può incontrare l'esercizio del diritto » (7). Sarebbe quindi possibile esercitare il diritto, non ricorrendo una impossibilità giuridica, ma la legge considera sufficiente per bloccare il decorso del termine la suddetta difficoltà o impossibilità morale (8). Alla diffusa spiegazione in termini di « difficoltà morale » di esercitare il diritto può aggiungersi che, soprattutto in alcune ipotesi previste dall'art. 2941 c.c., può riscontrarsi l'intento legislativo di prevenire altre liti. Quanto detto sembra evidente nel caso della sospensione tra i coniugi, poiché l'instaurarsi di un giudizio non favorisce l'armonia domestica bensì l'insorgere di ulteriori conflitti. La sospensione della prescrizione non « costringe » il coniuge all'esercizio del diritto, favorendo (almeno) un rinvio della controversia.

(6) Cfr. A. COLLIN, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Paris, 2010, p. 9.

(7) Così C.M. BIANCA, *Diritto civile, 7, Le garanzie reali, la prescrizione*, Milano, 2012, p. 579.

(8) In questo senso anche G. AZZARITI-G. SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*², loc. cit.

Il secondo gruppo riguarda invece la condizione in cui versa il titolare del diritto. La causa di sospensione è quindi legata alla impossibilità o alla estrema difficoltà di esercizio del diritto.

La giurisprudenza e la dottrina prevalente ritengono che le cause di sospensione siano tassative, trattandosi di eccezioni alla regola generale sul decorso della prescrizione (9). È esclusa pertanto l'applicazione analogica delle norme che le disciplinano.

Occorre tuttavia segnalare che un attento studio ha preso in esame le ipotesi in cui un soggetto « non può esercitare una situazione soggettiva sostanziale per l'intervento di un impedimento non imputabile che perdura fino alla scadenza del termine di prescrizione o di decadenza » (10). In tali ipotesi il soggetto può vedere lesi, senza sua colpa, i propri interessi sostanziali.

Un primo strumento di tutela per ovviare al suddetto inconveniente, si ravvisa nella norma secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.).

Peraltro — come si è visto — la tutela offerta dalla suddetta norma è meno estesa di quella che il suo tenore letterale potrebbe indurre a pensare.

In ogni caso, l'insufficiente tutela che deriva dalle norme in tema di sospensione (v. *infra*) ha indotto a ritenere opportuna, anche alla luce della Costituzione, l'introduzione di una norma generale che attribuisca rilevanza agli impedimenti all'esercizio del diritto non imputabili al titolare (11). La presenza di impedimenti — si osserva — incide sullo stesso fondamento della prescrizione, poiché rende « ambigua » l'inattività del titolare del diritto, che può non curarsi della realizzazione del proprio interesse oppure incontrare un ostacolo all'esercizio del diritto nell'impedimento (12).

2. La disciplina. — La disciplina della sospensione è contenuta nei già ricordati artt. 2941 e 2942 e in altre norme sparse nel codice civile.

(9) Cfr. Cass., 8 maggio 2018, n. 11004.

(10) R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, cit., p. 721 s.

(11) R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, cit., p. 724: la norma dovrebbe essere « analoga alla norma generale di rimessione in termini di suggestione del processo civile ».

(12) R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della*