

## PRESCRIZIONE E CERTEZZA: RAGIONI DEL DEBITORE E DEL CREDITORE A CONFRONTO.

Di Mario Mauro

| 170

Prescrizione e certezza: ragioni del debitore e del creditore a confronto



**SOMMARIO:** 1. Il problema. – 2. Il fondamento teorico della prescrizione: certezza ed effettività della tutela. 2.1. Certezza ed effettività nel quadro normativo italiano. – 3. Certezza del diritto e tutela del creditore. – 4. Certezza del diritto e tutela del debitore. – 4.1. L'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità. – 4.1.1. Doveri di conoscere e meccanismi presuntivi. – 4.2. L'obbligo di informazione. – 4.3. La previsione negoziale di un termine di decadenza. - 5. Conclusioni: rilevanza del comportamento delle parti ed esigenza di una riforma.

**ABSTRACT.** Lo scritto affronta il problema dell'esordio del termine di prescrizione alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e delle riforme europee, mettendo a confronto le ragioni del creditore e quelle del debitore.

The paper addresses the problem of beginning of the limitation period in the light of the most recent case law and European reforms, comparing the reasons of the creditor and those of the debtor.

## 1. Il problema.

Soprattutto nel settore della responsabilità extracontrattuale, ricorre con estrema frequenza il principio per cui la prescrizione decorre solamente quando le conseguenze pregiudizievoli, manifestatesi all'esterno, saranno percepite quale danno ingiusto determinato dalla condotta illecita dell'agente, sulla base di due parametri, l'ordinaria diligenza e la diffusione delle conoscenze scientifiche<sup>1</sup>.

In tal senso, perché la prescrizione possa esordire, avranno un ruolo chiave le informazioni che rendano disponibili al danneggiato tutti i dati circa l'instaurazione di un procedimento giudiziario.

Per converso, qualora non sia conoscibile la causa del danno, la prescrizione non inizierà. In ogni caso, il danneggiato, usando l'ordinaria diligenza, deve essere in grado di apprezzare le conseguenze lesive, anche con riferimento alla rilevanza giuridica.

La giurisprudenza ha così creato un legame tra disponibilità dell'informazione e spostamento in avanti nel tempo della decorrenza.

L'approdo giurisprudenziale se, da un lato, favorisce il creditore, dall'altro, ha come contropartita un quadro probatorio meno nitido e, considerata l'incertezza del suo esordire, rischia di esporre il debitore a domande risarcitorie potenzialmente illimitate nel tempo.

A questo limite, come vedremo, le riforme europee hanno risposto istituendo un termine finale di sbarramento, che inizia a decorrere indipendentemente dalla conoscenza ed al quale non si applicano cause di sospensione o di interruzione. Una volta che questo termine sia compiuto, nessuna pretesa sarà più azionabile.

In Italia, invece, manca una tutela che venga incontro, in termini efficienti, alle ragioni del debitore: se l'esordio della prescrizione è incerto perché parametrato alla conoscenza che ha il creditore di un proprio diritto, il debitore non dispone di adeguate informazioni che gli consentano di valutare per quanto tempo il suo patrimonio rischi di essere aggredito.

Tale situazione, non scevra di importanti ricadute concrete, lede, allo stesso tempo, quello che è da sempre stato considerato il fondamento giuridico della prescrizione, la certezza del diritto.

Questo ultimo punto è centrale per interpretare il problema e, pertanto, è importante un chiarimento.

## 2. Il fondamento teorico della prescrizione: certezza ed effettività della tutela.

Secondo l'opinione tradizionale, la prescrizione affonda le proprie radici in astratte esigenze di certezza del diritto<sup>2</sup>.

Allo stesso tempo, non sono mancate voci autorevoli di segno differente. Alcune hanno posto l'accento sull'effetto di troncamento con rapidità controversie tardivamente instaurate, prescindendo da ogni giudizio sulla fondatezza della pretesa<sup>3</sup>; altre, invece, hanno fatto riferimento all'interesse del soggetto passivo a che la soggezione del suo patrimonio non si prolunghi eccessivamente nel tempo alle pretese altrui<sup>4</sup>; altre, ancora, parlano di sanzione per l'inerzia<sup>5</sup>.

Sebbene trattasi di opinioni contrastanti, muovono da un presupposto comune: una concezione della prescrizione in termini pubblicistici<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> La tesi è riferibile inizialmente agli scritti di F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, Torino, 1898, p. 309; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, p. 428; R.T. TROPLONG, *Della prescrizione*, I, Palermo, 1846, p. 26. Più di recente è stata portata avanti da G. AZZARITI- G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, in *Commentario*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1964, sub artt. 2934, p. 203. Sulla stessa linea, con qualche sfumatura differente V. TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948, p. 55) secondo il quale l'ordinamento giuridico, mediante la prescrizione, pone riparo alle conseguenze alle conseguenze economico-sociali di incertezza derivanti dal prolungarsi del mancato esercizio del diritto; F. SANTORO-PASSARELLI (*Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 113), parla di adeguamento della situazione di diritto a quella di fatto; R. CATERINA (Impium presidium. *Le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001, p. 36) preferisce, invece, parlare di sicurezza dei rapporti giuridici.

<sup>3</sup> P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Il Codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 28.

<sup>4</sup> In dottrina, sembra questa una delle posizioni maggiormente accreditate. P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 218; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 41 e ss.; B. GRASSO, voce *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 1999, p. 312; F. ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, Milano, 2009, p. 486;

<sup>5</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, I, p. 187; G. SCALFI, *Osservazioni sulla prescrizione e decadenza*, in *Temi*, 1952, n. 3.

<sup>6</sup> La relazione ministeriale che ha accompagnato la pubblicazione del Codice civile, lo assumeva come un dato scontato. A commento dell'art. 2936 c.c., che sancisce la nullità di ogni patto diretto a modificare la disciplina della prescrizione, si legge che la norma è coerente «alla finalità d'ordine pubblico che informa l'intero istituto della prescrizione».

<sup>1</sup> Principio per la prima volta affermato da Cass., 21 marzo 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2003, p. 285; consacrato da Cass., sez. un., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097 e da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453; confermato *ex multis* da Cass., 3 maggio 2016, n. 8703; Cass., 3 maggio 2016, n. 8645; Cass., 7 aprile 2016, n. 6747, tutte in *Iusexplorer*.



La tesi poggia su una tradizione secolare e trova le proprie basi teoriche in un approccio giusnaturalista diffuso nella mentalità dei giuristi di fine '700.

Leggendo le pagine di Troplong<sup>7</sup>, «*i diritti considerati idealmente sono interminabili e sempiterni, ed il tempo non ha impero se non su ciò che è contingente, non può smuoverli, come non può attaccare lo stesso essere supremo. Poiché il tempo non può dare principio né termine a ciò che è eterno e assoluto*».

D'altra parte, proprio per evitare che un soggetto rimanesse debitore a vita<sup>8</sup>, la prescrizione divenne «una delle principali guarentigie sociali»<sup>9</sup>: poiché è la stessa natura che impone tranquillità ed ordine sociale, tramite questa via si armonizzò la legge positiva con la legge di natura.

Del resto, già Bartolo<sup>10</sup>, successivamente ripreso da Savigny e Windscheid<sup>11</sup>, affermava che la prescrizione è *inducta ad publicam utilitatem* ed è, quindi, un istituto *iuris publici*<sup>12</sup>.

Su queste basi, la dottrina europea era concorde nell'indicare un interesse pubblico a fondamento della prescrizione.

Con l'avvento del nuovo millennio, però, quelli che erano i tratti comuni della disciplina sono mutati: nella riforma tedesca del 2001, in quella francese del 2008, nella legislazione di settore europea e nei progetti di soft law, si registrano profili di continuità<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> R.T. TROPLONG, *Della prescrizione, o commentario del Tit. 20., Lib. 3. del Codice Civile*, Torino, 1841, I, p. 27

<sup>8</sup> In termini analoghi ma più concreti G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, VIII, Firenze, 1911, p. 343, «se eravate debitori ieri, rimarrete debitori domani, se non sborsate denari per pagare».

<sup>9</sup> L'espressione è di A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 39

<sup>10</sup> Riportato da G. PUGLIESE, *Trattato della prescrizione acquisitiva nel diritto civile italiano*, Torino, 1889, p. 144

<sup>11</sup> Richiamato da P. VITUCCI, *La prescrizione*, cit., p. 179

<sup>12</sup> L'idea della matrice pubblicistica della prescrizione affonda le proprie radici anche più indietro nel tempo quando, II sec. d.C., si iniziò a parlare di *longi temporis praescriptio*: al fine di garantire certezza e stabilità nei rapporti giuridici, si disposero termini di prescrizione lunghi. Per approfondimenti cfr. M.R. CIMMA, *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1996, p. 253 e ss.

<sup>13</sup> Per un primo approccio alle riforme sulla prescrizione in Europa cfr. S. PATTI, *Certeza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 21. Per una trattazione più ampia cfr. R. ZIMMERMANN, *Comparative foundations of European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge, 2002. Per ulteriori approfondimenti sulla riforma tedesca cfr. anche S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 179 e R. CAPONI (*La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1322 mentre per quella francese v. E. CALZOLAIO, *La riforma della*

I termini lunghi, che favorivano il creditore, sono sostituiti da termini brevi, poiché si ritiene maggiormente degno di tutela l'interesse del debitore ad un rapido consolidamento della situazione<sup>14</sup>.

L'esordio della prescrizione viene parametrato a circostanze soggettive riferibili al creditore e che coincidono con la conoscenza-conoscibilità in ordine alla determinazione di tutti gli elementi che gli consentano di agire in giudizio, per tutelare un proprio interesse.

La diversificazione dei termini avviene non sulla base del rimedio esercitato ma sulla base dell'interesse sotteso al rimedio. Ad esempio, termini più lunghi sono previsti per i danni all'integrità della persona.

Oltre al termine breve, viene introdotto anche un ulteriore termine lungo, destinato alla tutela delle ragioni del debitore e legato a criteri oggettivi<sup>15</sup>. A questo non si applicano cause di sospensione o di interruzione.

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

Trattasi di regole nuove che riflettono un approccio, in linea con la metodologia europea, ove l'area di messa a fuoco non è sulla realizzazione di fenomeno estintivo<sup>16</sup> ma sull'interesse che le parti hanno in un determinato rapporto.

*prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 1098.

<sup>14</sup> Termini lunghi erano coerenti con il precedente contesto socio-economico ove le esigenze di regolarità e di sicurezza, nonché di frequente lentezza di svolgimento dei rapporti giuridici erano dominanti, cfr. S. PATTI, *Certeza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, cit., p. 21.

<sup>15</sup> Vale a dire, indipendentemente dalla conoscenza. Mentre la soluzione francese parla di *naissance du droit*, quella tedesca lega la decorrenza del termine lungo al *compimento dell'azione o alla violazione dell'obbligo*.

<sup>16</sup> Il dibattito sugli effetti della prescrizione è strettamente legato a quello sull'oggetto: se si vuole mantenere ferma l'estinzione, questa non può avere ad oggetto un diritto; se si vuole mantenere fermo il diritto, questo non sembra estinguersi. Già nella vigenza del precedente codice autorevole dottrina dubitava che la prescrizione potesse produrre effetti estintivi sostenendo, piuttosto, che la maturazione del periodo prescizionale producesse un indebolimento dell'obbligazione originaria e ciò che residuava fosse un'obbligazione naturale (F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 32, tesi successivamente ripresa da P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 117).

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

La tesi in ordine all'efficacia preclusiva muove da un'acuta intuizione. Mantenendo fermi i termini usati dal legislatore,



La prescrizione non è oggi studiata nelle problematiche sull'estinzione del diritto quanto, piuttosto, di durata nel tempo del rimedio.

In quest'ottica, già in una pronuncia del 1975, *Golder*, i Giudici hanno affermato che non avrebbe senso rispettare nel processo determinate regole finalizzate alla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo, se alla base si negasse la possibilità di portare determinate istanze davanti ad un Giudice<sup>17</sup>.

ragionare sull'estinzione del diritto, presuppone l'esistenza di questo. Invece, è proprio il giudizio sull'esistenza del diritto che l'eccepita prescrizione esclude: quando il giudice deve decidere sull'eccezione proposta dal convenuto, valuta solamente se il termine sia decorso o meno, senza alcuna valutazione in ordine alla validità o esistenza di una preesistente situazione giuridica e senza alcun accertamento ulteriore (così A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 498 ripreso poi da P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 20).

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

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

Invece, spostando l'attenzione verso il lato passivo del rapporto obbligatorio, la prescrizione, anziché estinguere un diritto del creditore, fa acquistare un diritto al debitore il quale, a fronte della domanda proposta dal primo, avrà uno strumento in più per difendersi (in questo senso, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 40 e ss.).

Entrambi gli spunti sono stati, più di recente, ripresi, distinguendo gli effetti sostanziali da quelli processuali. Con riferimento ai primi, il diritto del creditore entrerebbe in una fase di quiescenza e l'effetto estintivo è rimesso ad una decisione del debitore. Con riferimento agli effetti processuali, è sposata la tesi degli effetti preclusivi, prima illustrata (così G. TRAVAGLINO, *L'elaborazione teorica*, in A. Batà-V. Carbone – M.V. De Gennaro-G. Travaglino, *La prescrizione e la decadenza*, Milano, 2001, p. 11 e ss.).

Tra coloro che continuano a parlare di efficacia estintiva e rimangono più aderenti alla lettera dell'art. 2935 c.c., per dare giustificazione alla posizione, viene indicato, nell'oggetto della prescrizione, un concetto eccessivamente astratto per avere una sicura definizione normativa: l'azionabilità intesa come «la possibilità che la pretesa sia dedotta nell'actio» (così P.G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione*, in P.G. Monateri – C. Costantini *La prescrizione*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, p. 7

<sup>17</sup> CEDU, 21 febbraio 1975, n. 4451/70, *Golder v. United Kingdom*, «the principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally "recognised" fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice. Article 6, para 1, must be read in the light of these principles. It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para 1 should describe in detail the procedural

L'affermazione si inserisce a margine dell'interpretazione sull'art. 6 CEDU, a norma del quale ciascuna persona ha diritto che la sua causa sia esaminata da un Tribunale. Tale diritto non è assoluto ma può essere sottoposto a limitazioni dettate dai singoli Stati aderenti, purché ci sia una proporzione tra la legittimità degli scopi perseguiti e strumenti adoperati<sup>18</sup>.

Traslando il principio in regola, un termine di prescrizione eccessivamente iugulatorio rischierebbe di minare l'effettività del rimedio e della tutela giurisdizionale; uno eccessivamente dilatorio, al contrario, pregiudicherebbe le difese di un soggetto in giudizio.

La prescrizione diventa così uno di quegli aspetti che determinano o compromettono l'effettività di una tutela.

Lungo questa prospettiva sembra muoversi anche la CGUE, che riprende l'indicazione ed in una sentenza del 2003 afferma «*la fissazione di termini ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, al principio di effettività, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio di certezza del diritto*»<sup>19</sup>.

Da qui, il problema: se si possano conciliare le nuove istanze di effettività con il tradizionale fondamento di certezza.

Nel dare una forma all'istituto, la forza del principio di effettività impone di rimeditare la nozione di certezza, legando la prescrizione non ad astratte istanze pubblicistiche ma alle concrete esigenze dei privati.

### 2.1. Certezza ed effettività nel quadro normativo italiano.

A norma dell'art. 2936 c.c., è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione.

guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings». Nello stesso senso si è anche successivamente pronunciate CEDU, Gr. Ch., 14 dicembre 2006, n. 1398/03, *Markovic*; CEDU, 7 dicembre 2010, n. 50330/07, *Seal*.

<sup>18</sup> In questo senso CEDU, *Markovic*, cit. (§ 99); CEDU, *Seal*, cit. (§ 75).

<sup>19</sup> CGCE, 18 settembre 2003, C-125/2001, *Peter Pflücke c. Bundesanstalt für Arebit*. In senso analogo cfr. anche CGCE, 16 luglio 2009, C-69/08, *Raffaello Visciano c. INPS*; CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*; CGCE, 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks&Spencer*; CGCE, 5 ottobre 1999, C-84/86, *Paesi Bassi c. Commissione*; CGCE, 26 maggio 1982, C-44/81, *Germania C. Commissione*;

Secondo la dottrina, la disposizione è stata oggetto di un «*equivoco concettuale, prodotto dalle affermazioni troppo concise della relazione ministeriale*»<sup>20</sup>.

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

La spiegazione del Guardasigilli, pur nella sua brevità, poggia su quella tradizione sopra riportata che ha contribuito a propendere per la natura esclusivamente pubblicistica dell'istituto.

Solamente negli ultimi anni, probabilmente anche grazie alle aperture verso l'Europa, questo assunto è stato messo in discussione.

Come è stato giustamente osservato, la tesi della certezza e del fondamento pubblicistico stride con il funzionamento della prescrizione, per come è stato concepito dal legislatore italiano.

Stride con gli articoli 2944 c.c. e 2945 c.c. che disciplinano l'interruzione per effetto di riconoscimento del diritto perché il termine finale andrebbe a dilatarsi oltre misura, «*a dimostrazione del fatto che se l'ordinamento fosse stato davvero interessato alla certezza, avrebbe dovuto predisporre, invece, un meccanismo simile a quello dettato per la decadenza dall'art. 2964 c.c., che, appunto, dichiara inapplicabili le norme sull'interruzione*»<sup>21</sup>.

Stride anche con l'art. 2943 c.c. a norma del quale è sufficiente qualunque atto che costituisca in mora il debitore, anche una semplice raccomandata a cadenza periodica, per rendere imprescrittibile il diritto. «*Non avendo l'ordinamento predisposto meccanismi di salvaguardia contro tale eventualità, non può che dedursene che l'interesse principale in gioco non sia quello della certezza dei rapporti*»<sup>22</sup>.

Infine, stride con l'art. 2937 c.c. E' sufficiente la lettura della norma «*per rendersi conto che alla base dell'istituto non può trovarsi l'esigenza di certezza*»<sup>23</sup>. Infatti, proprio una volta che la prescrizione sembra essersi compiuta e che gli effetti, quindi, si sono stabilizzati, è prevista la possibilità di rinunciarvi, anche tacitamente, tramite

la manifestazione di un fatto incompatibile con la volontà di avvalersene.

Da questi dati, il semplice richiamo alla 'certezza del diritto' è troppo generico per giustificare l'esistenza dell'istituto. Questo per due motivi.

In primo luogo, perché la certezza è pervasiva di ogni campo del diritto e non si potrebbe pensare al diritto senza prendere in considerazione una diffusa esigenza di certezza<sup>24</sup>.

In secondo luogo, non tiene conto del concreto assetto di interessi che la norma disciplina e risolve assegnando vantaggi e sacrifici. La prescrizione è un istituto che riguarda la durata nel tempo del rimedio. Essa deve operare a vantaggio sia del soggetto titolare del rimedio stesso sia di quello nei cui confronti il rimedio sarà esperito<sup>25</sup>.

L'attuale situazione italiana, invece, offre una protezione esclusivamente al creditore, senza contemperare anche le ragioni del debitore.

### 3. Certezza del diritto e tutela del creditore.

Ponendosi nella visuale del creditore, l'art. 2935 c.c. subordina l'esordio del termine di prescrizione alla possibilità di esercitare il diritto (letteralmente, «*La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere*»).

Riprendendo quanto contenuto nella Relazione al Re, la norma «*dà formulazione legislativa al principio che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere; e l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influenzando sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto in cui venga a trovarsi il titolare del diritto*»<sup>26</sup>.

Questa era l'interpretazione dominante negli anni immediatamente successivi al 1942, esclusiva rilevanza agli impedimenti legali tassativamente previsti ed esclusione degli impedimenti di fatto. In questi ultimi vi rientravano anche le ipotesi di ignoranza incolpevole, da parte del titolare del diritto, sia dell'identità della controparte sia di altre circostanze di fatto essenziali all'esercizio dello stesso; nonché gli impedimenti connessi al caso fortuito o alla forza maggiore.

Senonché, ogni norma deve essere interpretata con l'evolversi dei tempi, in considerazione dei

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

<sup>21</sup> P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione*, cit., p. 28.

<sup>22</sup> P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione*, cit., p. 29.

<sup>23</sup> P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>24</sup> P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>25</sup> P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>26</sup> Relazione al Re, punto n. 1198



mutamenti sociali, storico, economici ed istituzionali nel frattempo sopravvenuti<sup>27</sup>.

D'altra parte, anche la dottrina aveva colto le iniquità dell'interpretazione prevalente, evidenziando che, sebbene dalla norma generale risultasse sacrificato l'interesse individuale del titolare del diritto, questo avveniva «in nome della funzione sociale altissima dell'istituto», la quale può esigere che «spesso si passi sopra l'equità»<sup>28</sup>.

Di diverso avviso la giurisprudenza e, da qui, le aperture.

Con l'obiettivo di rendere effettiva la tutela di un diritto, si sono cercate interpretazioni che garantissero al danneggiato di non sopportare ulteriori conseguenze pregiudizievoli connesse ad una condotta inerte non imputabile.

In un primo momento, incidendo sull'art. 2947 c.c., il *dies a quo* è stato spostato in avanti: dal momento in cui il danneggiante pone in essere la condotta illecita a quando le conseguenze si sono manifestate all'esterno<sup>29</sup>.

Muovendo dalla funzione compensativa della responsabilità civile e dalla struttura dell'illecito, il risultato è stato ottenuto facendo coincidere l'espressione «dal giorno in cui il fatto si è verificato» con l'evento di danno e non con la condotta.

In un secondo momento, leggendo l'art. 2935 e l'art. 2947 c.c. in termini di complementarietà e non di specialità, l'*exordium praescriptionis* è stato ulteriormente spostato avanti: inizierà a decorrere solamente quando le conseguenze manifestatesi all'esterno saranno percepite quale danno ingiusto seguente alla condotta illecita, sulla base di due parametri, l'ordinaria diligenza e la diffusione delle conoscenze scientifiche<sup>30</sup>.

Ne consegue che, qualora non sia conoscibile la causa del danno, la prescrizione non inizierà a fare il suo corso. Inoltre, il parametro della conoscibilità non verrebbe rispettato qualora il danneggiato, usando l'ordinaria diligenza, non sia in grado di apprezzare le conseguenze lesive, anche con riferimento alla loro rilevanza giuridica.

Affermata la regola nell'area della responsabilità aquiliana e del danno alla persona, la successiva

attività svolta dalla Suprema Corte è stata estenderne l'applicazione anche ad ulteriori settori che esulassero dall'ambito originario: alla responsabilità del professionista<sup>31</sup>; al consumatore che abbia subito un danno a seguito di un'intesa anticoncorrenziale<sup>32</sup>; oppure all'indebolimento della posizione contrattuale nella fase stragiudiziale delle trattative, per aver ignorato la consumazione del reato di corruzione<sup>33</sup>; o ancora, all'azione di responsabilità promossa dalla curatela la cui decorrenza è legata alla conoscibilità esteriore dell'incapienza patrimoniale<sup>34</sup>.

La novità, ancora prima dei suoi risvolti pratici, è filosofica: si passa da un piano ontologico (il fatto che accade perché il termine faccia il suo esordio) ad un piano gnoseologico (il fatto che deve essere conosciuto da chi lo ha subito).

#### 4. Certezza del diritto e tutela del debitore.

Il cambiamento di prospettiva seguito dalla giurisprudenza, come sopra delineato, non è stato accompagnato da una sufficiente tutela delle ragioni del debitore. Parametrare l'esordio della prescrizione a circostanze soggettive del creditore, limita le esigenze di tutela e giustizia riferibili al debitore.

In Francia, Germania e nei progetti di riforma europei si è ovviato a tale rischio istituendo il meccanismo del doppio termine.

In Italia, in mancanza di un intervento riformatore, è necessario procedere in via interpretativa prospettando alcuni strumenti che, lungi dall'allineare il nostro ordinamento a quello europeo, hanno solo la funzione di mitigare un disallineamento, che comunque rimane.

Sono tre le direzioni in cui si potrebbe agire:

- l'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità;
- la costruzione di un obbligo di informazione gravante sul debitore;
- la previsione negoziale di un termine di decadenza.

##### 4.1. L'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità e l'introduzione di meccanismi presuntivi.

<sup>27</sup> Sul concetto di interpretazione evolutiva cfr. R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 1999, in part. p. 290 e ss.

<sup>28</sup> F. ROSELLI-P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XX, 1998, p. 404.

<sup>29</sup> *Ex multis*, cfr. Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1115

<sup>30</sup> Cass., 21 marzo 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2003, p. 285 nonché Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453.

<sup>31</sup> Di recente, Cass., 22 settembre 2016, n. 18606 e Cass., 7 aprile 2016, n. 6747, in *Iusexplorer*.

<sup>32</sup> Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097.

<sup>33</sup> C.A. Milano, 4 marzo 2011, *Fininvest/CIR*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 1807.

<sup>34</sup> Cass., 12 giugno 2014, n. 13378



Nel descritto passaggio dalla dimensione gnoseologica a quella ontologica, un ruolo fondamentale avranno le informazioni a disposizione del danneggiato.

Infatti, l'individuazione del *dies a quo* non si fonda su una disamina dello snodarsi nel tempo delle diverse tappe che caratterizzano il passaggio dal danno occulto a quello che si manifesta nelle sue componenti essenziali ed irreversibili. Diversamente, sarà necessaria una rigorosa analisi delle informazioni (cui la vittima ha avuto accesso o per la cui acquisizione si sarebbe dovuta diligentemente attivare) e della loro idoneità a consentire una conoscenza, ragionevolmente completa, circa i dati necessari per l'instaurazione del giudizio e della loro disponibilità in capo al convenuto<sup>35</sup>.

Il principio affermato crea un legame tra prescrizione e nesso di causalità. Infatti, la percezione dell'ingiustizia del danno connessa all'individuazione di un soggetto che è andato a ledere con la sua condotta un interesse giuridicamente protetto<sup>36</sup> dall'ordinamento, implica uno studio sul rapporto tra condotta ed evento lesivo.

Pertanto, è ragionevole affermare che l'oggetto della conoscenza è proprio la causalità: la prescrizione decorre solo con la consapevolezza completa in capo al danneggiato della fattispecie dannosa, che sussiste quando la vittima sia in grado di individuare l'ingiustizia del danno, il nesso di causalità e, di conseguenza, il responsabile<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> In questo senso v. M. FLICK, *Danni da contagio per trasfusione: un'occasione per ripensare il problema del dies a quo della prescrizione*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 916

<sup>36</sup> Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *foro it.*, 1999, I, c. 247. Tra gli innumerevoli commenti v. G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile*, in *Il danno risarcibile*, Padova, 2004, p. 3 e ss.; S. AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1241; M. BERTOLISSI, G. ALPA, S. PATTI, G. VISINTINI, L.P. COMOGGIO, F. CAPRIGLIONE, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 370; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500: la responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 974; M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2274; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1262; F.G. COCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, I, p. 3.

<sup>37</sup> Su questo aspetto la dottrina aveva già accolto con favore la scelta portata avanti per la prima volta nel 2003 cfr. U. IZZO, *La prescrizione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, in part. p. 172; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010; M. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio alla responsabile (la nuova regola a confronto con i modelli inglese... idee per una*

D'altra parte, come già più volte enunciato, parametrare l'*exordium praescriptionis* a criteri esclusivamente soggettivi implica, di fatto, lasciare nella mera disponibilità del creditore la gestione dei limiti temporali del rimedio.

Ciò comporta, evidentemente, un pregiudizio in capo al debitore che rischierebbe di dover rispondere del danno cagionato per un periodo di tempo indeterminabile.

Da qui, la soluzione di equiparare la conoscenza alla conoscibilità.

In tal modo, l'esordio del termine di prescrizione non è rimesso all'arbitrio del creditore ma, piuttosto, si costruiscono precisi doveri conoscitivi gravanti su quest'ultimo, la cui omissione non ne impedisce l'inizio.

È, comunque, necessario precisare il contorno della conoscibilità, per evitare che il punto di equilibrio sia spostato eccessivamente a favore del debitore.

Secondo la giurisprudenza, due sono i limiti ed hanno carattere oggettivo, l'uno interno e l'altro esterno al soggetto: da un lato, il parametro dell'ordinaria diligenza; dall'altro, il livello di conoscenze scientifiche dell'epoca, senza che il giudice sia chiamato a svolgere indagini di carattere psicologico.

In particolare, il requisito delle *conoscenze scientifiche* andrà apprezzato «in relazione alla comune conoscenza scientifica che in merito a tale patologia era ragionevole richiedere in una data epoca ai soggetti cui si è rivolta (o avrebbe dovuto rivolgersi la persona lesa)»<sup>38</sup>.

Il requisito della *diligenza*, invece, riguarda un obbligo in capo al danneggiato stesso di doversi informare adeguatamente. Per converso, la negligente mancanza nell'informarsi viene colpita con la pratica equiparazione del dover conoscere alla effettiva conoscenza. Quando la parte doveva conoscere le circostanze del dovere altrui, è poi indifferente che un'effettiva conoscenza ci sia stata e la prescrizione potrà comunque cominciare a decorrere.

*riforma*), in *Giur. it.*, 2004, p. 286; I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 847; U. IZZO, *la decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 853; M. BONA e U. OLIVA, *Prescrizione e danno alla persona*, in P.G. Monateri – M. Bona – U. Oliva – U.F. Peccennini – P. Tullini, *Il danno alla persona*, Torino, 2000, II, p. 605.

<sup>38</sup> Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, cit. Non rileverà invece il soggetto leso, in relazione al quale l'ordinaria diligenza dell'uomo medio si esaurisce con il portarlo presso una struttura sanitaria per gli accertamenti sui fenomeni patologici avvertiti.

#### 4.1.1. Dover di conoscere e meccanismi presuntivi.

Il sistema delineato dalla giurisprudenza, però, non risolve il problema ma lo sposta sulle modalità di adempimento del dovere di conoscenza.

Il riferimento alla *diligenza* serve a stabilire se nell'adempimento del dovere indicato la parte abbia impiegato la cura, l'attenzione e le competenze necessarie richieste<sup>39</sup>.

A tal fine il giudizio deve essere calibrato sullo specifico contesto in cui si svolge il rapporto e, pertanto, ha una valenza concreta.

Rimangono fuori solo fattori che appartengono alla sfera esclusivamente personale dell'interessato.

Ciò, comunque, non esclude la rilevanza di circostanze soggettive, quali, ad esempio, l'età, il sesso, la nazionalità, la professione, la posizione socio-economica del soggetto e qualsiasi altro elemento idoneo e funzionale a isolare una categoria soggettiva<sup>40</sup>.

Il dovere di conoscenza e la sua graduazione sulla base del criterio dell'ordinaria diligenza non fa appello ad una dimensione soggettiva bensì implica un parametro necessariamente oggettivo, sebbene questo sia calibrato alla categoria di soggetto cui l'operatore appartiene.

L'ordinaria diligenza, quindi, non è assoluta ma vive in una dimensione oggettivamente conoscibile e seriamente valutabile<sup>41</sup>.

Sotto il profilo dell'organo giudicante, la rilevanza dell'elemento soggettivo, come appena descritto, dovrà comportare una rigorosa analisi da parte del giudice di merito sul contenuto della diligenza esigibile dalla vittima nel caso di specie, ovvero (a) sulle informazioni che erano in suo possesso o (b) alle quali doveva essere messa in condizioni di accedere o, ancora, (c) che doveva attivarsi per procurarsi.

Parimenti, dovrà essere accuratamente ricostruito, ai fini di una motivazione corretta e completa, lo stato delle conoscenze scientifiche

dell'epoca onde riscontrare se gli effetti pregiudizievoli di una determinata condotta fossero noti alla comunità scientifica e se questi fossero stati divulgati al pubblico<sup>42</sup>.

L'analisi richiesta è, senza dubbio, complessa e rischia di allungare a dismisura i tempi processuali.

A tal fine, per contemperare le esigenze delle parti, è possibile ricorrere a meccanismi presuntivi.

Come è noto, la presunzione è uno strumento probatorio per cui da un fatto noto si desume l'esistenza di un fatto ignoto (es. pubblicazione del provvedimento e seguente clamore mediatico).

Nel caso che ci riguarda, dal fatto noto dovrebbe evincersi la conoscenza dell'evento dannoso, salvo prova contraria.

La Cassazione ne ha già fatto uso nel settore del danno antitrust: "il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da un'intesa restrittiva della concorrenza decorre dal giorno della pubblicazione del provvedimento con cui l'AGCM sanziona l'impresa partecipante all'intesa, salvo che il danneggiato possa dedurre e dimostrare di non aver potuto acquisire conoscenza dell'illecito neppure in tale data, in forza di circostanze lui non imputabili, oggettivamente idonee a giustificare lo slittamento della decorrenza del termine"<sup>43</sup>.

La soluzione adottata offre il vantaggio di poter accertare la decorrenza del *dies a quo* su un fatto oggettivamente individuabile, operando così a vantaggio del debitore. Allo stesso tempo, muove dal presupposto della conoscenza, in considerazione

<sup>42</sup> G. AZZARITI – G. SCARPELLO, *Della prescrizione*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna – Roma, 1977, p. 201; M. BONA, *Prescrizione e dies a quo nel danno alla persona*, cit., p. 605; M. ROSELLI – P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1999, p. 431; P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. Schlesinger*, I, Milano, 1990, p. 106; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, p. 789; U. IZZO, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 853; I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 847. Per una visione critica, cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit.

<sup>43</sup> Cass., 11 dicembre 2011, n. 26188, in *Foro it.*, 2012, I, c. 799, con nota di A. PALMIERI, *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*. Sulle questioni affrontate dalla pronuncia cfr. anche G.A. BENACCHIO, *Alcune questioni in tema di risarcimento del danno antitrust nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Studi in onore di Aldo Frignani*, Napoli, 2011, p. 566; B. NASCIBENE – F. ROSSI DAL POZZO, *L'azione di risarcimento antitrust e la prescrizione nel diritto comunitario e nel diritto nazionale*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2008, p. 513; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, p. 175.

<sup>39</sup> Sul concetto di diligenza v. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968. Cfr. anche S. RODOTÀ, voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 539; C.M. Bianca, voce *Negligenza*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 190; A. RAVAZZONI, voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Ist. Enc. it., Roma, 1989; G. D'AMICO, voce *Negligenza*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 24; R. PARTISANI, *La clausola di diligenza ex art. 1176 c.c.*, in *Aa. Vv.*, *Le obbligazioni. I. Le obbligazioni in generale (1173-1320)*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, p. 153

<sup>40</sup> Da ultimo, F. ADDIS, *Il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, in part. p. 199 e ss. Sul punto v. anche V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.

<sup>41</sup> Cfr. F. ADDIS, *op. loc. ult. cit.*





dell'ampia diffusione del provvedimento data dai canali ufficiali<sup>44</sup>, operando così a vantaggio del creditore.

È, comunque, una presunzione relativa. Per superarla sarà onere della vittima allegare e dimostrare di essere rimasta all'oscuro dell'illecito in tutte le sue componenti, a causa di fattori a lei non imputabili, oggettivamente idonei a giustificare una traslazione del *dies a quo*.

In difetto di un meccanismo del doppio termine, la soluzione è idonea a contemperare, adeguatamente, le ragioni del creditore e quelle del debitore.

Sarà compito della giurisprudenza introdurre ulteriori presunzioni che, sebbene abbiano solo una forza persuasiva, garantiscano una maggiore certezza, prevedibilità e velocità delle decisioni.

#### 4.2. La costruzione di un obbligo di informazione gravante sul debitore.

La costruzione di presunzioni, tuttavia, non è sempre possibile o utile. È, quindi, necessario ricorrere anche ad altri strumenti.

È, ad esempio, ipotizzabile la costruzione di un obbligo informativo gravante sul debitore finalizzato a porre il creditore nella condizione di esercitare il proprio diritto. L'interesse del debitore potrebbe essere legato sia a ragioni di convenienza economica in quanto un danno *in nuce* già presente potrebbe aggravarsi con conseguenze ben peggiori (si pensi, ad esempio, alle politiche di ritiro dei prodotti difettosi) sia a ragioni di opportunità legate alla sua immagine nel mercato.

L'obbligo può essere ricostruito nei seguenti termini.

Presupposto affinché un diritto possa estinguersi per prescrizione è l'inerzia protratta per un determinato periodo di tempo. Questo requisito potrà dirsi integrato quando il complesso di informazioni che compone il quadro cognitivo del titolare del diritto raggiunga un livello di completezza tale che gli consenta di esercitarlo.

È possibile così argomentare intorno alla clausola di buona fede<sup>45</sup> e costruire un 'dovere di

informare' gravante sul debitore, a favore del creditore.

Se questo fosse correttamente e compiutamente adempiuto in termini chiari per la controparte, non solo nella fase delle trattative ma anche durante l'esecuzione del rapporto, il creditore avrebbe già a disposizione tutte le informazioni per esercitare la pretesa nei tempi indicati dalla legge.

Parimenti, il debitore disporrebbe di una difesa che gli eviterebbe di dover rispondere a richieste risarcitorie riferibili a fatti risalenti troppo indietro nel tempo a causa di un omesso o negligente adempimento di un proprio dovere.

La Corte EDU, pur in tema di interruzione e sospensione della prescrizione, ha dato rilevanza a questo obbligo, utilizzando argomenti che possono essere mutuati anche nel settore dell'esordio della prescrizione.

È il caso *Zolotas v. Grecia*<sup>46</sup> dove, ad essere incriminata, è una legge greca che destina allo Stato le somme presenti in contratti di deposito bancario dormienti da più di vent'anni<sup>47</sup>. Questa misura draconiana, combinata con una prassi giurisprudenziale per cui l'accredito di interessi non costituisce attività idonea ad interrompere la prescrizione, aver prodotto l'effetto di porre i titolari del conto, in particolare quando si tratti di cittadini poco esperti di diritto bancario, in una posizione di svantaggio nei confronti della banca o dello Stato.

La Corte non mette in dubbio l'opportunità della legge<sup>48</sup> ma sostiene che nella sua interpretazione bisogna cercare un bilanciamento tra le esigenze legate all'interesse generale della società e gli imperativi dettati dalla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>49</sup>.

Anche in questo caso l'interpretazione adeguatrice proposta dalla Corte avviene in nome del principio di effettività e di certezza, introducendo un obbligo di informare, gravante sulle banche, affinché il correntista possa tenere una condotta ininterrotta del termine, che altro non è che una forma di esercizio del diritto.

dopo le Sezioni unite, in *I contratti*, 2008, p. 393; G. D'Amico, *Buona fede "in contrahendo"*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, I, p. 351.

<sup>46</sup> CEDU, 29 gennaio 2013, n. 66610/09, *Zolotas v. Grecia*.

<sup>47</sup> La legge di riferimento è il D.L. 1195/1942 ai sensi del quale i depositi in contanti e gli interessi nelle banche nazionali sono definitivamente devoluti allo Stato quando non sono stati richiesti dai loro titolari, per i depositi, per una durata di vent'anni, e per gli interessi, per una durata di cinque anni.

<sup>48</sup> In tal senso, condivide la sentenza dei giudici greci che individuano la *ratio* della norma nel perseguimento di un interesse pubblico: liquidare, per ragioni di economia sociale, rapporti giuridici creati in un passato così lontano da risultare incerta la loro esistenza.

<sup>49</sup> CEDU, 29 gennaio 2013, n. 66610/09, *Zolotas v. Grecia*, §47.





L'obbligo è creato muovendo, da un lato, dalla clausola di buona fede; dall'altro, argomentando intorno alla fiducia, sottesa a qualsiasi rapporto istituito di credito-cliente e che informa l'intero diritto bancario<sup>50</sup>. Più concretamente, si afferma che i correntisti ripongono un legittimo affidamento sulla sicurezza e stabilità del contratto stipulato<sup>51</sup>, soprattutto quando l'accredito degli interessi avvenga con costante regolarità.

In nome dell'affidamento, pertanto, è dovere della banca informare di qualunque situazione che potrebbe mettere a rischio l'accordo, affinché il correntista possa prendere gli opportuni provvedimenti per allinearsi alla legge e soddisfare i propri interessi patrimoniali.

Solo introducendo questo obbligo, prosegue la Corte, è garantito quell'equilibrio tra le istanze provenienti dalla comunità e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali di ciascuno.

La pronuncia si segnala per la creazione di un obbligo di informazione che permette al suo destinatario di esperire rimedi opportuni al fine di evitare l'estinzione di una determinata posizione giuridica.

Gli strumenti usati dalla CEDU sono disponibili anche in Italia. La generalizzazione di un obbligo simile in situazioni di squilibrio informativo metterebbe, almeno parzialmente, il debitore al riparo da pretese potenzialmente illimitate nel tempo.

Con una importante precisazione. L'introduzione di un obbligo di questo tenore ha senso nella misura in cui creditore e debitore si trovino in una situazione di squilibrio, ove la disponibilità dell'informazione è in mano al debitore e il creditore interessato a questa si trova in una posizione peggiore ed asimmetrica, che gli pregiudica l'accesso.

Da qui, i corollari. Il corretto e compiuto adempimento in termini chiari per la controparte, non solo nella fase delle trattative ma anche durante l'esecuzione del contratto del dovere di informare, metterebbe a disposizione del creditore tutte gli elementi per esercitare la pretesa nei tempi indicati dalla legge.

Dall'altro lato, il debitore disporrebbe di una difesa che gli eviterebbe di dover rispondere a richieste risarcitorie riferibili a fatti risalenti troppo indietro nel tempo a causa di un omesso o negligente adempimento di un proprio dovere.

In estrema sintesi, il corretto adempimento dell'obbligo di informazione gravante sul debitore

produrrebbe, nella sfera giuridica del creditore, l'effetto della conoscibilità richiesta dalla giurisprudenza. In tal modo, al manifestarsi delle conseguenze pregiudizievoli del suo agire, si determina l'effetto dell'esordio del termine di prescrizione.

In un certo senso, pur con alcuni limiti, è quanto già avviene nel settore della responsabilità medica con la prestazione del consenso informato e nel settore della intermediazione finanziaria con la previsione dell'obbligo di proporre prodotti adeguati al profilo dell'investitore.

### 4.3. La previsione negoziale di un termine di decadenza.

Ultimo strumento per dare adeguata tutela alle ragioni del creditore è la previsione, a livello negoziale, di un termine di decadenza parametrato a circostanze oggettive.

La decadenza, al pari della prescrizione, è un fenomeno estintivo<sup>52</sup> che si fonda, anch'essa, nella combinazione dell'inerzia con il tempo<sup>53</sup>. Tuttavia, ad oggi, non sono ancora stati elaborati criteri certi ed univoci per distinguere i due istituti tra loro<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Parte della dottrina esclude che si possa trattare, tecnicamente di un fenomeno estintivo. Già Carnelutti dubitava che la prescrizione potesse produrre effetti estintivi. Secondo questo Autore, piuttosto, la maturazione del periodo prescrizione produce un indebolimento dell'obbligazione originaria e ciò che residua è una obbligazione naturale (F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 32; tesi poi ripresa anche da P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972, p. 117).

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

Per la tesi dell'efficacia preclusiva, mantenendo fermi i termini usati dal legislatore, ragionare sull'estinzione del diritto, presuppone l'esistenza di questo. Invece, è proprio il giudizio sull'esistenza del diritto che l'eccezione prescrizione esclude: quando il giudice deve decidere sull'eccezione proposta dal convenuto, valuta solamente se il termine sia decorso o meno, senza alcuna valutazione in ordine alla validità o esistenza di una preesistente situazione giuridica e senza alcun accertamento ulteriore (A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 498 ripreso poi da P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 20).

Diversamente, chi propende per un'efficacia acquisitiva, sposta l'attenzione verso il lato passivo del rapporto obbligatorio. La prescrizione, anziché estinguere un diritto del creditore, fa acquistare un diritto al debitore il quale, a fronte della domanda proposta dal primo, avrà uno strumento in più per difendersi (A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 40 e ss.).

<sup>53</sup> G. Panza, voce *Decadenza nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Vol. V, Torino, 1989, p. 133.

<sup>54</sup> Per un quadro completo ed esaustivo sui diversi criteri cfr. F. Roselli-P. Vitucci, *La prescrizione e la decadenza*, in P.

<sup>50</sup> Riportando le parole dei Giudici §52, «Such a relationship of trust is inherent in banking transactions and banking law».

<sup>51</sup> Letteralmente §52, «account holders are therefore entitled to believe, in good faith, that their deposit are safe»

Alcuni Autori hanno fatto leva sulle finalità politiche dei due istituti. Mentre la prescrizione ha la finalità di garantire certezza ai rapporti giuridici, le decadenze sono stabilite per attivare una procedura<sup>55</sup>.

Il medesimo criterio teleologico sostanziale è stato utilizzato da altri Autori i quali fondano la prescrizione nella negligenza del titolare del diritto e la decadenza nel fatto obiettivo della mancata tempestiva attività<sup>56</sup>. Altri hanno letto nella decadenza l'opportunità di dissipare al più presto uno stato di ambiguità, senza aver riguardo alle condizioni oggettive del titolare della facoltà di agire<sup>57</sup>. Secondo altri ancora, invece, la prescrizione è a protezione di un interesse generale, la decadenza può essere anche stabilita a tutela dell'interesse di un individuo<sup>58</sup>.

Sintetizzando le singole posizioni, la decadenza si distingue per i seguenti tratti:

- è legata a circostanze oggettive e prescinde da stati soggettivi<sup>59</sup>;
- è strettamente collegata agli interessi delle parti del rapporto

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto già negli anni '50 si affermava che *"la decadenza è stabilita (...) nell'interesse del titolare dell'obbligo o della soggezione correlativa al diritto che si estingue se non viene esercitato nel termine stabilito"*<sup>60</sup>.

Si rileva, così, che alcuni dei principi che informano l'istituto della decadenza ricorrono oggi nelle riforme europee.

Come già ricordato, nei paesi dove la prescrizione è stata riformata, è stato introdotto un doppio termine: breve, a favore del creditore, il cui esordio è legato alla conoscenza/conoscibilità; l'altro, lungo, a favore del debitore, il cui esordio è ancorato a circostanze oggettive, al quale non si applicano cause di sospensione ed interruzione.

Non è da escludersi che l'istituto della decadenza, da sempre legato ai margini delle trattazioni sulla prescrizione, garantisca quella certezza che, nelle riforme europee, è assicurata

dalla previsione di un termine lungo di sbarramento finale.

Infatti, purché l'esercizio del diritto non sia reso eccessivamente difficile, alle parti è consentito introdurre un termine decadenziale al quale, ai sensi dell'art. 2964 c.c., non si applicano le cause di interruzione e di sospensione.

Nonostante si sia tradizionalmente legati all'idea che la previsione di un termine decadenziale sia significativamente più breve rispetto a quello di prescrizione, tale prassi, a ben vedere, non trova fondamento in una specifica disposizione giuridica<sup>61</sup>.

Tutto dipende esclusivamente dalla volontà delle parti e dalla loro autonomia negoziale.

Più che altro, invece, bisogna esaminare i limiti cui va incontro l'autonomia privata nella introduzione per via negoziale di un termine decadenziale che operi a vantaggio del debitore.

In primo luogo, sono vietate decadenze che rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (2965 c.c.).

In tal senso, si è sottolineato che l'eccessiva difficoltà cui fa riferimento la norma è criterio del tutto obiettivo, che prescinde dall'eventuale mala fede, dolo o colpa, di quella parte che si avvantaggia della decadenza.

Il limite non può essere eluso mediante il meccanismo della doppia sottoscrizione (1341, II co., c.c.) oppure mediante trattativa sulla specifica clausola (34 cod. cons.)<sup>62</sup>.

In ogni caso, è preclusa la previsione di un termine di decadenza finalizzato ad introdurre una prescrizione più breve ed eludere il divieto di cui all'art. 2936 c.c.<sup>63</sup>.

Il secondo limite cui va incontro la disciplina della decadenza è il divieto, per quanto concerne i diritti indisponibili, di modificare la disciplina legale o di rinunziarvi (2968).

Non è, invece, pacifico se le parti possano introdurre un termine decadenziale in materia sottratta alla loro disponibilità. Mentre parte della dottrina, facendo leva sull'argomento analogico

Rescigno (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Torino, 1998, p. 480.

<sup>55</sup> Modica, *Teoria della decadenza nel diritto civile*, vol. I, Torino, 1906, p. 207

<sup>56</sup> Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, 1924, p. 478.

<sup>57</sup> Saraceno, *Della decadenza*, in M. D'Amelio, *Commentario al Codice civile*, VI, *Tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 1007.

<sup>58</sup> F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 121.

<sup>59</sup> Posizione già riscontrabile negli scritti di F. Santoro Passarelli, *Prescrizione e decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1926, p. 562.

<sup>60</sup> Così Scalfi, *Osservazioni sulla prescrizione e sulla decadenza*, in *Temi*, 1952, p. 241.

<sup>61</sup> Non lo trova, in primo luogo, nell'art. 2967 c.c. che sembrerebbe disciplinare il caso in cui il termine decadenziale abbia una scadenza anticipata rispetto al termine di prescrizione. Tuttavia, la norma esordisce con l'espressione *"nei casi in cui"*, volendo con ciò significare che vi possono essere anche altri casi in cui la lunghezza tra i due termini può essere invertita.

In secondo luogo, sarebbe irragionevole prevedere due termini, uno di prescrizione e l'altro di decadenza, entrambi legati a circostanze soggettive.

<sup>62</sup> G. Panza, voce *Decadenza nel diritto civile*, cit., p. 141.

<sup>63</sup> Cass., 30 marzo 1955, n. 934, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 1148.





propende per la tesi negativa<sup>64</sup>, la giurisprudenza - pur limitatissima in questo settore- ha optato per la soluzione positiva dando rilievo al c.d. argomento *a contrario*: se le parti non possono modificare un termine stabilito dalla legge, possono tuttavia introdurre un termine dalla legge non previsto (sempre nel rispetto dei limiti di cui all'art. 2965 c.c.)<sup>65</sup>.

### 5. Conclusioni rilevanza del comportamento delle parti ed esigenza di una riforma.

Nel corso degli ultimi anni la prescrizione si è svincolata dalla sua matrice strettamente pubblicistica. In nome del principio di effettività, la tradizionale nozione di certezza è stata rimodulata e costruita intorno a quelli che sono gli interessi che hanno le parti in uno specifico rapporto giuridico.

Grazie anche all'attività compiuta dalla giurisprudenza, l'esordio della prescrizione non è più parametrato a circostanze estranee alla persona ma è costruito intorno a questa ed ai suoi interessi.

Da un lato, vi è quello del creditore. Affinché il termine inizi a decorrere, non è necessaria solamente l'inerzia ma anche che questa sia accompagnata dalla consapevolezza della possibilità di azione in giudizio una pretesa nei confronti di un determinato soggetto.

Dall'altro, vi è l'interesse del debitore che, dovendo rispondere delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, ha esigenza di sapere per quanto tempo il suo patrimonio rischi di essere aggredito.

Mentre i paesi europei hanno riformato l'istituto trovando un punto di equilibrio tra le due contrapposte prospettive, in Italia, in mancanza di una riforma, la giurisprudenza è riuscita a dare voce solo alle ragioni del creditore parametrando l'esordio del termine di prescrizione al requisito della conoscenza-conoscibilità.

In via interpretativa, è possibile introdurre alcuni correttivi a tutela delle ragioni del debitore. Il richiamo va all'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità ed all'introduzione di meccanismi presuntivi; alla costruzione di un obbligo informativo gravante sul debitore; alla previsione per via negoziale di un termine di decadenza.

Queste soluzioni, tuttavia, non risolvono il problema ma possono solo contenerlo.

In termini sistematici, però, affiora la possibilità di dare una lettura differente all'istituto della

prescrizione che privilegi, rispetto al realizzarsi della fattispecie estintiva, il comportamento dei soggetti che in un determinato rapporto sono portatori di specifici e contrapposti interessi i quali, se non realizzati entro un certo periodo, danno titolo all'altra parte di legittimamente rifiutarsi a darvi attuazione<sup>66</sup>.

Come ha sottolineato attenta dottrina, *“le parti nella prescrizione hanno evidentemente interessi assai contrastanti, che nulla hanno a che fare con la certezza intellettualistica ed astratta dei rapporti, e che la legislazione, appunto in quanto scelta di interessi favoriti e interessi sacrificati, disloca nel nostro codice secondo un preciso assetto di poteri e contropoteri pratici”*<sup>67</sup>.

Questo suggerisce una interpretazione del dato normativo che abbia più riguardo al comportamento

<sup>66</sup> Così A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 491 il quale ha parlato di lettura rimediaria della prescrizione.

Il termine rimedio, derivante dal latino *remedium*, nella sua originaria accezione ha un significato legato alla cura e alla medicina. Diversamente, in tempi più vicini a noi, nel sistema di *common law*, fin dai suoi primi utilizzi il concetto entra anche nella realtà tecnico-giuridica come strumento per porre riparo ad una situazione di bisogno o di crisi, determinata da un *tort*. Trattasi di una figura che, nell'ordinamento anglosassone, si caratterizza per la ricerca della soluzione più efficiente per la tutela di un determinato bene giuridico.

Negli ordinamenti di tradizione di *civil law*, il rimedio non si sostituisce ad un diritto oppure ad un obbligo; ma si distingue per due elementi: la centralità di un interesse protetto individuato da una norma e l'esigenza di offrire a questo la tutela più efficiente.

Esiste, quindi, un legame tra interesse protetto e strumento efficiente per la protezione di questo: con la precisazione che l'interesse protetto può essere ricostruito tramite differenti fonti normative, nazionali e comunitarie, e il ritrovamento del rimedio passa per un esame dei differenti formanti del diritto.

Per approfondimenti cfr. il volume di G. VETTORI (cur.), *Remedies in contract. The common rules for a european law*, Padova, 2008, ed in particolare il saggio di S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, p. 149 (nonché ID., *I rimedi*, in C. Castronovo – S. Mazzamuto (cur.), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 739); A. DI MAJO, *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni*, p. 67 (nonché ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 301); S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033; Y. ADAR – P. SIRENA, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359; G. SMORTO, *Sul significato di 'rimedi'*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 159. Per una visione critica L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 583

<sup>67</sup> P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione*. Sulla base di queste osservazioni Monateri sposa la tesi portata avanti dall'Auricchio (*Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 39 e ss.) e da Vitucci (*La prescrizione*, cit., p. 179) ed alla base dell'istituto legge una funzione di tutela del soggetto passivo del rapporto.

<sup>64</sup> Tedeschi, voce *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 772

<sup>65</sup> Cass., 17 luglio 1961, n. 1736.

dell'avente diritto anziché alla fattispecie astratta prescrivibile<sup>68</sup>.

La rilevanza data alla conoscenza (2935); l'interruzione del termine tramite determinate manifestazioni volitive (2944 e 2945); la rimessione degli effetti tipici legata alla dichiarazione del debitore (2937, 2938, 2940); la possibilità riconosciuta ai terzi di far valere la prescrizione non opposta (2939): questi, tutti, sono comportamenti che le parti pongono in essere per la realizzazione di un loro determinato e specifico interesse.

Dando rilievo al comportamento delle parti, la dottrina ha così iniziato a parlare di disponibilità degli effetti estintivi<sup>69</sup>.

Quindi, se è pur vero che l'art. 2936 c.c. vieta espressamente alle parti la stipulazione di accordi che derogano alla disciplina legale, non significa che questa non sia informata a dinamiche tipiche del diritto privato.

L'art. 2936 c.c. può quindi essere interpretato come una norma a protezione, probabilmente eccessiva per le chiusure che comporta, di entrambe le parti del rapporto.

Ci sono voluti decenni di studi e di sentenze per svincolare l'istituto da esclusive istanze pubblicistiche ed offrirne una interpretazione nella dimensione del singolo interessato. Soprattutto lavorando sul requisito della *conoscenza* e sul richiamo alla *disponibilità degli effetti*, ad una visione statica dell'istituto se ne contrappone una dinamica che si concentra sugli interessi ed i comportamenti delle parti.

Fino a qui si è potuto spingere il lavoro dell'interprete.

La disciplina italiana sulla prescrizione è, però, rimasta invariata dal 1942 c.c. e, su alcuni aspetti, è oggi arretrata.

Sulla falsariga delle riforme europee, sarà necessario valutare l'introduzione di un doppio termine; la necessità di dare rilevanza ad impedimenti di fatto; la ricostruzione della durata della prescrizione non intorno alla fattispecie astratta ma al tipo di bene giuridico protetto (es. salute, proprietà); la rilevanza dell'autonomia privata.

Su tutti questi aspetti, e su molti altri, è necessario che il legislatore inizi ad interrogarsi quanto prima.

A quanto consta, al Parlamento non sono in discussione progetti di riforma dell'istituto e questo segna, senza dubbio, una mancanza dell'ordinamento italiano.

Non si tratta solo di allinearsi alle decisioni prese dai legislatori di Paesi a noi vicini. Piuttosto, bisogna prendere atto delle inefficienze e delle nuove esigenze che affiorano dalla società, non potendo tutte essere colmate dagli interpreti.

Le esperienze straniere intervengono in un secondo istante. Nell'elaborare un progetto di riforma non si può prescindere dal valutare se le soluzioni apportate da altri ordinamenti di tradizione vicina alla nostra siano efficienti ed importabili.

<sup>68</sup> A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai giudici*, cit.

<sup>69</sup> P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione*, in P.G. Monateri – C. Costantini, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 27; G. TRAVAGLINO, *L'elaborazione teorica*, in A. Batà-V. Carbone-M.V. De Gennaro-G. Travaglino, *La prescrizione e la decadenza*, Milano, 2001, p. 6. In giurisprudenza cfr. Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Corr. giur.*, 2011, p. 488.

