

NOTE IN TEMA DI PRESCRIZIONE.

Di Antonello Iuliani

| 730

SOMMARIO: 1. *L'adeguatezza del regime delle restituzioni dalla prospettiva del termine di decorrenza della prescrizione: Corte di Giustizia 9-7-2020, C- 698/18 e C-699/18; 16-7-2020, C-224/19 e C-259/19; 21-4-2021 C-485/19; 10 giugno 2021, da C-776/19 a C-782/19.* – 2. *La natura ambivalente del fenomeno prescrizionale tra effetto 'riduttivo' ed 'effetto preclusivo'.* – 3. *L'inerzia come atto o come fatto giuridico.* - 3.1. *Su alcune dicotomie osservate dalla prospettiva dell'azione di annullamento: norma generale-norma eccezionale.* – 3.2. *(Segue) possibilità legale-possibilità di fatto; impedimenti di diritto-impedimenti di fatto.* – 4. *Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali: Cass. 16-9-2016, n. 2016, ovvero la circolazione dell'azione di annullamento.* – 5. *(Segue) Cass. 16-11-2001, n. 14375: il diritto alla restituzione del bene intestato fiduciariamente.* – 6. *(Segue) Prescrizione e responsabilità civile.* – 7. *Postilla conclusiva sul fondamento dell'obbligazione restitutoria tra disciplina dell'indebito, proprietà del solvens e autonoma rilevanza del contratto nullo.*

ABSTRACT. *Il saggio prende le mosse da alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia per indagare, in chiave critica, l'opinione che assegna alle circostanze di fatto, e in particolare all'ignoranza incolpevole del titolare del diritto, la capacità di influire sul decorso del termine di prescrizione. La critica è condotta, sia sul piano teorico, ove è recuperata la distinzione tra fattispecie costitutive del diritto e cause di sospensione della prescrizione – spesso indistintamente accomunate tra gli impedimenti di fatto – sia sul piano pratico, mediante l'indagine di alcune discutibili applicazioni giurisprudenziali. L'ultima parte del saggio è dedicata al controverso rapporto tra prescrizione e disciplina delle restituzioni.*

The essay moves from some recent rulings of the European Court of Justice and argues against the opinion that considers factual circumstances capable of changing the ordinary statute of limitation. The criticism is carried out both on the theoretical and the practical level by investigating some arguable case-law. The last section of the essay addresses then the controversial relationship between the statute of limitation and the restitution remedy.



1. L'adeguatezza del regime delle restituzioni dalla prospettiva del termine di decorrenza della prescrizione: Corte di Giustizia 9-7-2020, C- 698/18 e C-699/18; 16-7-2020, C-224/19 e C-259/19; 21-4-2021 C-485/19; 10 giugno 2021, da C-776/19 a C-782/19.

Le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra consumatore e professionista – recita il par. 6, co. 1, dir. 93/13 – «non vincolano il consumatore»; la non vincolatività, declinata nel diritto italiano, assume i tratti della nullità parziale necessaria. Inidoneità del contratto a produrre gli effetti programmati ed eliminazione retroattiva di quelli già prodotti: è regola che non ammette eccezioni. La Corte di Giustizia (C-154/15, C-307/15 e C-308/15), chiamata a pronunciarsi sulla irretroattività della dichiarazione di nullità, ha escluso la possibilità di una modulazione degli effetti della nullità soltanto *pro futuro*. La prestazione, in ipotesi già eseguita, diviene per effetto della nullità indebita e, dunque, recita l'art. 1422 c.c., ripetibile entro il termine di prescrizione di dieci anni. Si dà allora che l'azione di nullità, astrattamente imprescrittibile, trova tra i suoi presupposti impliciti l'attualità del diritto di domandare le restituzioni. La connessione è tale che la dottrina discorre di una frustrazione dell'azione di nullità per effetto dell'intervenuta prescrizione¹ e la giurisprudenza onera l'attore, che voglia comunque agire in giudizio, di provare la persistenza di un proprio interesse alla pronuncia della sentenza. La connessione non è sinonimo di identità: le azioni di caducazione del contratto non sono azioni di restituzione ma costituiscono piuttosto l'antecedente logico-giuridico della pretesa restitutoria, sicché di per sé non valgono a coprire l'area dell'azione di ripetizione². Ciò è tanto vero che la richiesta di restituzione, conseguente alla caducazione degli effetti di un contratto, non si considera contenuta implicitamente nella domanda di nullità, annullamento, rescissione o risoluzione, ma deve essere formulata in un capo separato della domanda, di solito come domanda subordinata all'accoglimento della domanda principale³.

La descrizione consueta degli effetti della nullità esigerebbe, secondo molti, un più vigilante controllo. Si levano dubbi sull'adeguatezza del regime delle restituzioni alle ragioni di effettività che la tutela del consumatore reclama: Cass. s.u. 28314/2019, a modo d'esempio, quando discorre impropriamente di nullità selettiva, in realtà, dichiara l'inadeguatezza, all'esigenza di tutela dell'investitore, di un regime bilaterale dell'effetto restitutorio che discende dalla dichiarata nullità del contratto di intermediazione.

Il tema torna d'interesse in occasione della pubblicazione, nel torno di pochi mesi, di quattro sentenze rese dalla Corte di Giustizia: il 9 e il 16 luglio 2020, rispettivamente nelle cause riunite C-698/18 e C-699/18; C-224/19 e C-259/19⁴; il 21 aprile 2021 nella causa C-485/19 e il 10 giugno 2021, nelle cause riunite da C-776/19 a C-782/19. L'adeguatezza del regime delle restituzioni è, in questa sede, indagato dalla prospettiva del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione: si tratta di stabilire se sia compatibile con il diritto europeo un regime (i) che contempra accanto ad un'azione imprescrittibile di nullità un'azione di ripetizione soggetta a prescrizione; (ii) che fissi il termine di decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione ora dal giorno della cessazione degli effetti del contratto di finanziamento (giacché in tale momento si presume che il consumatore abbia avuto conoscenza della causa di nullità), ora dalla data di conclusione del contratto (e, comunque, se diversa, da quella del pagamento).

La prima delle due questioni trova agevole soluzione: la tutela del consumatore non è assoluta, ma va bilanciata con l'interesse alla certezza dei rapporti giuridici. È, dunque, compatibile con il diritto europeo una normativa che «pur prevedendo il carattere imprescrittibile dell'azione diretta ad accertare la nullità di una clausola abusiva contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, assoggetta a un termine di prescrizione l'azione diretta a far valere gli effetti restitutori di tale accertamento». Si tratta, piuttosto, di verificare la congruità di tale termine. La diversità delle discipline nazionali consente di apprezzare la varietà delle soluzioni astrattamente prospettabili: far decorrere la prescrizione dal momento di esecuzione del pagamento; dalla data di cessazione degli effetti del contratto, dal giorno della pronuncia della sentenza dichiarativa di nullità⁵; dal momento in cui il

¹ F. GALGANO, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1998, 256 ss.; F. MESSINEO, *Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 6 ss., discorre di una «imprescrittibilità dell'azione di nullità del contratto priva di rilevanza e di conseguenze».

² E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 479.

³ A. CARRATA, *Diritto e processo nelle azioni di restituzioni da contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 98.

⁴ Un primo commento è di S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra prescrizione e transgibilità*, in *Giur. it.*, 2020, 1538 ss.

⁵ Il contenuto del secondo rinvio pregiudiziale, nelle cause C-698/18 e C-699/18, riflette, infatti, la mediazione, offerta in via interpretativa dal giudice del rinvio, tra l'orientamento giurisprudenziale, diffuso presso i giudici di merito, che fa decorrere il termine di prescrizione dalla sentenza dichiarativa della nullità



titolare del diritto abbia conoscenza effettiva della causa di nullità. Ragionata col metro dell'effettività, la risposta alla seconda questione è apparsa scontata: una soluzione che facesse decorrere il termine di prescrizione dell'azione di ripetizione dal giorno della completa esecuzione del contratto, in ragione di una presunzione di conoscenza della causa di nullità, o peggio, dal giorno della conclusione del contratto (*i.e.*, del pagamento), non offrirebbe al consumatore un'adeguata tutela: il termine di prescrizione rischierebbe «di essere scaduto prima che il consumatore possa avere conoscenza della natura abusiva della clausola»⁶.

L'insistito indugiare della Corte sull'effettiva conoscenza da parte del consumatore della causa di nullità, cui ancorare il momento iniziale di decorrenza della prescrizione, non sorprende il lettore italiano, ormai abituato ad assistere allo snaturamento dell'istituto della prescrizione, sempre più incline, anche nella disciplina positiva, ad assicurare

tà e l'altro, che invece, in termini più radicali, esclude la retroattività dell'azione di restituzione conseguente alla dichiarazione di nullità. Una soluzione analoga a quella praticata dai giudici di merito rumeno si ritrova anche in un'isolata pronuncia della Corte di cassazione, per la gran parte incline ad individuare il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di ripetizione nel giorno del pagamento indebito. La massima di Cass. 12 settembre 2002, n. 12038 così recita: «L'accertamento con sentenza della nullità del titolo sulla base del quale è stato effettuato un pagamento dà luogo ad un'azione di ripetizione di indebito oggettivo, il cui termine di prescrizione inizia a decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza medesima; infatti, prima di tale momento permane l'esistenza del titolo che aveva dato luogo al versamento della somma ed è esclusa la possibilità legale dell'esercizio del diritto». A riguardo, si v. il condivisibile commento critico di D. MAFFEIS, *Un problema in tema di invalidità o scioglimento del contratto eseguito: la prescrizione delle azioni di ripetizioni*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, II, Milano, 2002, 1373 ss.

⁶ E, dunque, recita la Corte nella causa C-485-19 «un simile regime di prescrizione è tale da privare sistematicamente i consumatori della possibilità di chiedere la restituzione dei pagamenti effettuati sul fondamento di clausole contrarie alle suddette direttive». Il principio di diritto affermato in quest'occasione dalla Corte – è contraria al principio di effettività una normativa nazionale che preveda un termine di prescrizione di tre anni che decorre dal giorno in cui l'arricchimento ingiustificato ha avuto luogo – ha una portata ancor più significativa: occorre, infatti, considerare che la disciplina slovacca in tema di prescrizione prevede un doppio termine di prescrizione; uno, per così dire, oggettivo, che decorre dal giorno in cui si è verificato l'arricchimento senza causa e uno, soggettivo, che decorre dal giorno in cui l'interessato viene a conoscenza di un arricchimento senza causa e identifica il soggetto che si è arricchito a suo danno. Nel caso di specie, infatti, sebbene fosse decorso il termine di prescrizione c.d. oggettivo, il consumatore avrebbe potuto far valere con successo la propria ignoranza al fine di superare l'eccezione di prescrizione opposta dal professionista. Non v'è chi non veda come la funzione di assicurare la certezza dei rapporti giuridici, abitualmente attribuita alla prescrizione, divenga del tutto recessiva di fronte all'esigenza di assicurare al consumatore un giusto rimedio.

l'effettività della tutela⁷, a discapito della contrapposta esigenza della certezza dei rapporti giuridici.

La soluzione che assegna alle circostanze di fatto, e in particolare all'ignoranza incolpevole del titolare del diritto, la capacità di influire sul decorso del termine di prescrizione, si discosta visibilmente dal dato positivo. La comune opinione che reputa irrilevanti gli impedimenti di fatto in ragione del loro carattere eccezionale, merita di essere tenuta ferma, supportata da una più meditata giustificazione. La rappresentazione abituale che viene offerta del dato positivo discorre di impedimenti di fatto, contrapposti agli impedimenti di diritto, e accomuna tra loro fattispecie produttive di effetti differenti: da un lato fattispecie costitutive del diritto (o che ne determinano l'esigibilità) da cui ricavare il momento di decorrenza della prescrizione; dall'altro fattispecie che danno rilievo a circostanze capaci di sospendere o impedire il decorso del tempo. Si trovano così accomunate, tra le circostanze impeditive (di fatto), tanto le cause di sospensione *ex artt.* 2941 e 2942 c.c. quanto la conoscenza del vizio da parte dell'errante *ex art.* 1443, co. 3, c.c.. Occorrerebbe, invece, tenerle distinte: per un verso si tratta di accertare, sul piano astratto della fattispecie, le condizioni di esistenza (o di esigibilità) del diritto (o del potere); per altro verso si tratta di individuare, ricavandole dal sistema positivo, le circostanze capaci di impedire che il decorso del tempo determini la sopravvenuta inesigibilità del diritto: l'elenco tassativo offerto dagli artt. 2941 e 2942 c.c. non conosce l'ignoranza (incolpevole) del titolare del diritto e non tollera applicazioni analogiche delle ipotesi ivi previste.

2. La natura ambivalente del fenomeno prescrizione tra effetto 'riduttivo' ed 'effetto preclusivo'.

Conviene muovere dalla natura del fenomeno prescrizione, osservandolo dalla prospettiva che più gli è congeniale: quella del rapporto obbligatorio. Quale che sia l'opinione da preferire, è indubbio che la prescrizione trovi originaria spiegazione nell'esigenza (condivisa anche dai terzi creditori) di liberare il debitore dall'obbligo di eseguire la pre-

⁷ Propone una rilettura della disciplina della prescrizione nella prospettiva del "giusto rimedio", A. LEPORÉ, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del "giusto rimedio"*, Napoli, 2012, 207 ss.; spec. 222 ss., per quanto riguarda l'*exordium praescriptionis*. Per un'indagine sulla disciplina della prescrizione nel diritto privato europeo, cfr. G. MAGRI, *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettivi di modernizzazione del diritto italiano*, Napoli, 2019, spec.181ss., 293 ss.



stazione⁸: al punto da poterla annoverare, com'è era del reso nel codice abrogato (artt. 1236 e 2105), tra le cause *lato sensu* estintive dell'obbligazione; e solo in questa più ristretta prospettiva, apprezzare l'interesse alla certezza che ne costituisce la *ratio* e fonda il carattere inderogabile della relativa disciplina.

È utile ripercorrere brevemente le linee del dibattito.

Una ricostruzione individua nella prescrizione una causa di estinzione del diritto⁹: essa troverebbe testuale appiglio nell'art. 2934 c.c., per il quale «ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge». Il lettore registra una prima alternativa: estinzione immediata della sola situazione passiva – alla quale seguirebbe l'estinzione del diritto di credito con l'esperimento dell'eccezione – o estinzione simultanea di ambedue le qualifiche¹⁰. La prima soluzione appare di difficile accoglimento per quanti, pur riconoscendo l'autonomia qualificatoria delle situazioni di debito e credito, non ne disconoscono il nesso di correlazione funzionale; questo sarebbe costitutivo della stessa essenza del rapporto obbligatorio e impedirebbe di pensare una sopravvivenza del credito disgiunto dall'obbligo¹¹. Si darebbe, allora, un'estinzione – secondo altri una modificazione¹² - *ope iure*¹³ dell'intero rapporto giuridico: se-

gnatamente, un'estinzione 'formale' del rapporto, ridotto allo stato di 'naturalità'. Il fenomeno prescrizione determinerebbe, dunque, un affievolimento automatico del titolo costitutivo, sottratto alla sfera della rilevanza, quanto meno di quella rilevanza piena o formale, costitutiva del vincolo civile. Affiorano alcune difficoltà: se la prescrizione riducesse quella civile in obbligazione naturale, stante il divieto per il giudice di rilevare d'ufficio la prescrizione, non sarebbe possibile accogliere la domanda del creditore, in difetto dell'eccezione del convenuto¹⁴. L'obbligazione naturale, essendo sfornita di tutela giuridica, non consentirebbe al creditore di rivolgersi al giudice per chiedere l'adempimento e, se anche il creditore agisse in giudizio, il giudice dovrebbe respingere d'ufficio la domanda perché infondata. È parso così utile spostare in avanti (rispetto al decorso del tempo) l'effetto della prescrizione, collegandolo all'eccezione del debitore¹⁵: ad una fase preliminare, destinata alla diretta produzione del solo effetto legale consistente nella nascita di un potere di eccezione, seguirebbe la fase costitutiva dell'effetto, il quale verrebbe dalla legge direttamente e immediatamente ricondotto al concreto esercizio di quel potere¹⁶. La soluzione non va esen-

cativa della disciplina del rapporto che, in particolare, muta l'obbligazione civile – una volta decorso il termine di prescrizione – in obbligazione naturale»; parla di effetto costitutivo dell'obbligazione naturale, B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Napoli, 1980, 210.

¹³ Così M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1948-1952, 212, a dire del quale «la prescrizione estintiva non costituisce, a differenza di quanto si verifica per la compensazione legale, un modo di estinzione *ope exceptionis*. Con la inerzia del titolare del diritto protratta per il tempo stabilito dalla legge, e soltanto con essa, si determina senz'altro la estinzione del rapporto; trattandosi di rapporto obbligatorio, rimane la figura dell'obbligazione naturale, che non è un rapporto giuridico; questa obbligazione è, come tale, sottoposta alla disciplina dell'art. 2940 c.c.».

¹⁴ Così M. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, Milano, 1999, 75; E. MINERVINI, *La prescrizione ed i "terzi"*, Napoli, 1994, 87 ss.; TROISI, *op. cit.*, 65, secondo il quale «la teoria dell'obbligazione naturale è assolutamente inconciliabile con il principio dell'irrivelabilità d'ufficio della prescrizione non opposta».

¹⁵ Opinione che trova compiuta manifestazione nel pensiero di TROISI, *op. cit.*, 186 il quale, ricostruendo il fenomeno prescrizione in chiave procedimentale, distingue tra fase preliminare (che si consuma con il decorso del tempo e che fa sorgere il potere di eccezione) e fase costitutiva: «la fase preliminare [...] solamente in via indiretta e mediata può e deve considerarsi operativa sull'effetto estintivo finale, il quale viene dalla legge direttamente e immediatamente ricondotto al concreto esercizio di quel potere: si che soltanto tale concreto esercizio vale propriamente a configurare la fase costitutiva». Non dissimile è il pensiero di MINERVINI, *op. cit.*, 100, secondo il quale «con il mero decorso del tempo il debitore o il proprietario acquista il potere di provocare l'estinzione del diritto del creditore o dell'usufruttuario ecc., facendo valere la prescrizione».

¹⁶ Il fenomeno potrebbe essere descritto anche in questi termini: dopo un certo tempo, la situazione subisce una vicenda estintiva

⁸ Di acquisto della liberazione del titolare della situazione giuridica passiva discorre A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 57.

⁹ Linea di pensiero autorevolmente sostenuta, tra gli altri, da B. GRASSO, *Prescrizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 69 il quale, al fine di rimarcare le differenze che corrono tra l'adempimento e la prescrizione e, dunque, di spiegare la perdurante capacità del titolo di giustificare la ritenzione della prestazione, discorre di una estinzione "formale" del rapporto, contrapposta a una rilevanza "sostanziale".

¹⁰ In questo senso, com'è noto, AURICCHIO, *op. cit.*, 63 ss.; linea argomentativa riproposta, a segno invertito [estinzione del diritto di credito, alla quale farebbe seguito l'estinzione dell'obbligo], di recente da G. TRAVAGLINO, *Le stagioni della prescrizione estintiva*, in *I contributi di Alberto Auricchio a cinquant'anni dalla morte*, a cura di B. Grasso e P. Pollice, Napoli, 2018, 87 ss. Di «cause che provocano la estinzione dell'obbligo (perdita della cosa dovuta, prescrizione)» discorre R. NICOLA, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 94.

¹¹ La descrizione più raffinata dell'eccedenza normativa dell'obbligazione è di L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1972, 156 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, a cura di C. Castronovo – A. Abanese – A. Nicolussi, Milano, 2011, 85: «Obbligo e diritto di credito sono espressioni simultanee della norma, senza che l'uno possa dirsi derivato dall'altro, ma sono congiunti in un rapporto tale che il valore dell'uno è una funzione dell'altro».

¹² P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, rist. inalt., Napoli, 2019, 15, secondo il quale «vi sono differenze tanto importanti tra prescrizione e compensazione da far addirittura che la prima sia fattispecie estintiva, e da far pensare che si tratti di una fattispecie modifi-



te da critiche: la dissociazione tra prescrittibilità e prescrizione produrrebbe l'aporia, maturato il termine, di una contestuale esistenza in capo al debitore di qualifiche tra loro antinomiche: l'obbligo di adempiere e il diritto potestativo di non adempiere¹⁷. Tale soluzione troverebbe ulteriore ostacolo in una lettura sistematica degli artt. 2934 e 2937 c.c.: «se ogni diritto si estingue per prescrizione» come concepire la rinuncia dell'effetto estintivo, se quest'ultimo dipendesse dalla eccezione di parte?¹⁸ Il debitore sarebbe costretto ad eccepire la prescrizione per potervi rinunciare. Né varrebbe riferire la rinuncia, in qualche simmetria con il potere di convalidare il contratto annullabile, all'esercizio del potere di far valere il fatto estintivo: la previsione di un'attività dismissiva sarebbe resa inutile dalla possibilità di raggiungere il medesimo effetto tramite il mancato esercizio della facoltà di eccepire¹⁹. La ri-

ipso iure; tale vicenda è intrinsecamente "provvisoria", cioè risolutivamente condizionata alla scelta del debitore. Scelta che appare configurabile secondo una duplice dinamica: come condizione sospensiva dell'effetto estintivo; ovvero come condizione risolutiva dell'effetto costitutivo, cioè delle situazioni attiva e passiva. Si darebbe, allora, «la fase infraprescizionale, in cui vige una sola qualifica (esistenza); la fase potenziale (inesistenza); la fase postcondizionale, o di avveramento della condizione, in cui l'antinomia è risolta con la prevalenza di una delle qualifiche incompatibili, secondo che il debitore eccepisca o non eccepisca la prescrizione» (ORLANDI, *op. cit.*, 97).

¹⁷ Orlandi, *op. cit.*, 86, osserva: «se il debitore esercita un proprio diritto potestativo di rifiutare, come concepire un concorrente obbligo di adempiere? Come spiegare questa strutturale antinomia?» E afferma: «sotto una più generale prospettiva, sembrerebbe che la stessa stringente dicotomia esistenza-inesistenza dell'obbligo escluda una fase intermedia, nella quale l'effetto estintivo della prescrizione [...] sia reso "provvisorio", "non definitivo", come "sospeso" in attesa di un fatto futuro».

¹⁸ La rinuncia è riferita all'esercizio del potere da TROISI, *op. cit.*, 74 ss.; MINERVINI, *op. cit.*, 93 ss.; G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, 219-224; è, invece, riferita all'effetto estintivo già prodottosi da GRASSO, *Prescrizione*, cit., 59.

¹⁹ Secondo B. GRASSO, *Prescrizione e decadenza* [dir. civ.], in *Treccani on line*, 2015, «soltanto ipotizzando l'estinzione *ipso iure* del rapporto, si può pensare ad una autonoma rilevanza della rinuncia rispetto alla mancata proposizione dell'eccezione, appunto perché la mancata proposizione di questa può lasciare desumere, o no, una rinuncia tacita, sì che una cosa è rinunciare all'estinzione, altra omettere un comportamento che on sempre e necessariamente cancella questo effetto». E, a proposito dell'annullamento, rileva: «del resto, anche il funzionamento *ope exceptionis* delle cause di annullabilità del contratto non ha impedito al legislatore di prevedere la possibilità della convalida (anche tacita), appunto per la diversa latitudine della mancata proposizione dell'eccezione rispetto alla positiva dichiarazione rivolta a stabilizzare il contenuto dell'atto negoziale voluto (nel qual caso, però, la differenza tra rinuncia all'annullamento – equiparabile alla convalida – e omesso esercizio della relativa azione si comprende alla luce della circostanza che soltanto nella prima ipotesi è inapplicabile il co. 4 dell'art. 1442 c.c.».

nuncia avrebbe, allora, a oggetto l'effetto estintivo che già si è prodotto sul piano sostanziale: si tratterebbe di una fattispecie eliminativa della vicenda estintiva del rapporto²⁰. L'alternativa non sarebbe priva di conseguenze: qualificata la rinuncia come vicenda eliminativa dell'effetto estintivo, il pagamento (di un'obbligazione naturale) effettuato nell'inconsapevolezza dell'avvenuta estinzione si darebbe come ripetibile (nel caso di incapacità del *solvens* o di errore). Riferita, invece, la rinuncia al potere di eccepire il fatto estintivo, il pagamento effettuato senza che sia stata eccepita la prescrizione, costituirebbe adempimento di un'obbligazione civile con conseguente sua irripetibilità.

Neppure l'opinione che propende per l'automaticità dell'effetto estintivo è andata esente da critiche: come conciliare l'affermata natura di eccezione in senso stretto della prescrizione con l'automaticità dell'effetto estintivo? L'obiezione è parsa superabile: la disponibilità dell'effetto estintivo della pretesa si produrrebbe non soltanto assegnando all'eccezione di parte efficacia costitutiva, ma anche attraverso il meccanismo della sua irrilevanza d'ufficio²¹. L'onere di dedurre in giudizio la prescrizione, per mezzo dell'eccezione, prescinderebbe dalla natura costitutiva o dispositiva dell'effetto estintivo, collegato all'esercizio del potere: l'eccezione, detto altrimenti, talora costituirebbe modalità di esercizio di un potere sostanziale, al quale la fattispecie rimette la determinazione dell'effetto estintivo; talaltra consentirebbe semplicemente al giudice di accertare un fatto che ha già prodotto interamente i suoi effetti sul piano sostanziale.

Opposta ricostruzione, incline ad ammettere una divaricazione tra diritto e azione, attribuisce al decorso del tempo un'efficacia, ora 'preclusiva' dell'azione²², reputata irriducibile al diritto sostanziale.

Il confronto con l'annullamento che pure contempla il mancato esercizio del potere accanto alla convalida (pure tacita) non sarebbe, allora, di conforto alla tesi che riferisce la rinuncia al potere di eccepire la prescrizione: la mancata proposizione dell'eccezione di annullamento non impedisce al *solvens* di ripetere quanto adempiuto là dove l'esecuzione della prestazione non manifesti una tacita volontà di convalidare il contratto.

²⁰ Così ALLARA, *op. cit.*, 238, secondo il quale «essendosi senz'altro verificata con la inerzia del titolare del diritto protratta per il periodo di tempo stabilito dalla legge la estinzione del rapporto, la efficacia della rinuncia alla prescrizione va costruita come una efficacia eliminativa del rapporto».

²¹ In questo senso GRASSO, *Prescrizione*, cit., 59.

²² PANZA, *op. cit.*, 177 s.; ID., *Prescrizione*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIV, Torino, 1996, 226 ss., il quale fonda la propria ricostruzione sull'idea che «perché vi sia inerzia rilevante non è necessario che il diritto non sia esercitato essendo, invece, sufficiente che, pur sussistendo la possibilità di farlo valere, manchi l'affermazione dell'interesse al diritto e che tale contegno omissivo assuma, alla stregua del criterio della buona fede, significato concludente nella realtà sociale».



ziale, ora dell'attività accertativa della situazione giuridica sostanziale²³. Mentre sul piano sostanziale il credito rimarrebbe intatto, sul piano processuale il creditore resterebbe privo della tutela, con conseguente 'inammissibilità' della domanda. Irrilevanza della situazione giuridica pregressa, nel senso che «la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità) della situazione giuridica preesistente»²⁴. Esito propiziato dall'art. 2940 c.c., il quale affermando l'irripetibilità del pagamento 'spontaneo' del debito prescritto, darebbe per acquisita una profonda diversità tra i fenomeni dell'estinzione e della prescrizione: «ciò che il diritto del creditore ha perso, con la compiuta prescrizione, è soltanto la possibilità di essere fatto valere utilmente in giudizio; e l'ha persa nel senso che la domanda è respinta se (trascurando altre condizioni) il debitore ha assolto l'onere di eccepire la prescrizione»²⁵.

La tesi dell'efficacia preclusiva muove da un interrogativo: se il debitore ha già estinto l'obbligazione o quest'ultima trova fonte in un titolo nullo come spiegare l'efficacia estintiva della prescrizione? L'esistenza di effetti incompatibili (i.e., la contestuale affermazione di più vicende estintive) lascerebbe emergere, su un piano analitico, la natura bivalente della prescrizione²⁶, e a un

giudizio sintetico, la sua capacità di precludere l'azione lasciando immune il rapporto sostanziale dall'alternativa di conformità o di difformità rispetto al passato: l'azione sarebbe preclusa per effetto stesso dell'eccezione della prescrizione nel giudizio, indipendentemente da un contestuale mutamento del rapporto sostanziale. Su un piano generale, che trascende il fenomeno prescrizionale, emergerebbe l'irriducibilità dell'effetto alle vicende del rapporto: la fattispecie sarebbe fattispecie di qualsiasi tipo di effetto, che la norma decida di ricollegarvi e l'effetto può consistere anche nell'attribuzione di qualifiche²⁷.

Entrambe le ricostruzioni lasciano intravedere un tratto essenziale del fenomeno prescrizionale: darsi un diritto di credito sfornito della pretesa. E con un grado crescente di astrazione dal rapporto sostanziale, discorrono, l'una, di un'estinzione *sui generis* dell'obbligazione, la quale si darebbe sul piano esclusivo delle qualifiche formali (di pretesa-obbligo) e del processo²⁸; l'altra, di un diritto di credito sfornito di azione, cioè a dire amputato della possibilità di pretendere: disinteressandosi delle vicende sostanziali il diniego di tutela troverebbe ragione nella stessa eccezione di prescrizione formulata nel processo.

Le opposte opinioni suscitano nuove perplessità, osservate di scorcio dalla prospettiva del *pactum de non petendo*: la prima, nell'assimilare l'obbligazione prescritta all'obbligazione naturale, oblitererebbe la differenza che corre tra la degenerazione del vincolo, quale venir meno della pretesa creditoria, e l'assenza originaria di un titolo, cioè del fatto generatore, tipica dell'obbligazione naturale. Il comune effetto della *soluti retentio* sarebbe insufficiente a giustificare l'unificazione di fenomeni che rispondono a cause eterogenee e irriducibili tra loro²⁹: La seconda opinione, nel riproporre la chio-

Gli esempi addotti a conforto di tale nozione di inerzia non sono, però, del tutto persuasivi: così, nell'ipotesi di termine rimesso al potere del creditore, non può dirsi che il diritto non sia ancora nato; né può sostenersi che la costituzione in mora non rappresenti un modo di esercizio del diritto di credito, giacché la intimazione di adempiere rivolta al debitore rappresenta l'esercizio di un potere che esprime il modo di essere del diritto di credito, che si sostanzia appunto nel potere di pretendere la prestazione. Quanto, poi, all'obiezione fondata sulla prescrizione dell'azione di annullamento e l'imprescrittibilità dell'eccezione – con la conseguente difficoltà di giustificare un diritto che, in via di eccezione, sopravvive all'estinzione, in via di azione – si può replicare riferendo il termine di prescrizione alla sola ipotesi del contratto annullabile eseguito.

²³ Linea di pensiero autorevolmente sostenuta da P. VITUCCI – F. ROSELLI, art. 2934, in *Cod. civ. comm. Schlesinger-Busnelli, La prescrizione*, I, 2ª ed, a cura di F. Roselli, Milano, 2012, 33, secondo i quali «la scadenza del termine [produce] l'acquisto del potere di paralizzare l'azionabilità della pretesa altrui», sulla scia di A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 ss.

²⁴ Così A. FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, Milano, 1958, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1989, 108 ss.

²⁵ P. VITUCCI, art. 2934, in *Cod. civ. comm. Schlesinger-Busnelli, La prescrizione*, I, Milano, 1990, 33.

²⁶ Mentre le cause estintive sono incompatibili tra loro perché monovalenti sotto il profilo dell'efficacia e, dunque, presuppongono un'obbligazione da estinguere; la prescrizione, al contrario, si dà come bivalente «perché lo stato giuridico di libertà che ad essa segue, trova la sua fonte giuridica nella prescrizione, tanto se anteriormente esisteva il vincolo giuridico, quanto se invece preesisteva lo stesso stato giuridico di libertà. I fatti estintivi dell'obbligazione agiscono giuridicamente sull'unica

via dell'estinzione; la prescrizione svolge il suo effetto su entrambe le vie, della estinzione del vincolo giuridico o della conservazione dello stato giuridico di libertà» (così FALZEA, *Efficacia*, cit., 502).

²⁷ *Contra*, com'è noto, M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1999, 20 che, con nettezza, esclude l'esistenza di altre specie di vicenda oltre la costituzione, la modifica e la estinzione.

²⁸ Di modo che, per un verso, essa lascerebbe inalterata la relazione materiale (o il contenuto) del rapporto giuridico (credito-debito); per altro verso prescinderebbe dall'inesistenza sostanziale del rapporto: si preclude ogni ricerca sulla fondatezza della pretesa fatta valere, ma non si esclude l'efficacia estintiva della prescrizione, che si riferirà al rapporto assunto come vero.

²⁹ Così ORLANDI, *op. cit.*, 77. Anche là dove, con maggiore persuasione, si nega efficacia estintiva e si discorre ora di estinzione della sola qualità formale del rapporto, ora di una sua modificazione, non si manca di sottolineare la "particolarità" della nascita dell'obbligazione naturale, la quale costituirebbe «quasi un residuo di un'obbligazione civile preesistente». PERLINGIERI, *op. cit.*, 15: «gli altri fatti costitutivi dell'obbligazione» – si os-



vendiana divaricazione tra diritto e azione, non si avvedrebbe che ‘precludere’ ed ‘estinguere’ appartengono alla medesima categoria del negare³⁰, sicché, si potrebbe dire, precludere l’azione, e dunque la possibilità di pretendere, equivarrebbe ad affermare una vicenda del rapporto originario. Si osserva una inconciliabile tensione tra la trasformazione dell’efficienza del titolo, che il riferimento all’obbligazione naturale evoca, e l’incapacità di spiegare tale mutamento mediante le consuete qualificazioni degli effetti. Il fenomeno prescrizione lascerebbe così isolare una graduazione «all’interno del concetto unitario di efficacia estintiva», che tenga conto «della diversa ampiezza o latitudine delle estinzioni provocate dai singoli fatti considerati»³¹: da un lato, un’estinzione in senso forte, concernente l’intero arco degli effetti; dall’altro un’estinzione in senso debole – ma meglio sarebbe discorrere di ‘riduzione’ – concernente soltanto alcune qualifiche³². All’accadere di un certo fatto (volontario o legale) il titolo subirebbe una riquificazione (un’integrazione dell’originario statuto giuridico) con conseguente mutamento della rilevanza della condotta del creditore e del debitore. Da un lato, l’obbligazione integra, nella quale assume rilevanza sia l’adempimento, sia l’inadempimento; dall’altro un’obbligazione ridotta nella quale rileva il solo adempimento, mentre l’inadempimento rimane mutuo ed inqualificato³³. Il titolo originario, per effetto della prescrizione, perderebbe il proprio effetto ob-

serva – «costituiscono una fonte autonoma, che cioè non deriva da un’obbligazione civile preesistente».

³⁰ ORLANDI, *op. cit.*, 60-61, secondo il quale «la teoria dell’efficacia preclusiva chiarisce il carattere puramente concettuale delle qualifiche soggettive (credito, debito, azione, eccezione), e non pare incompatibile con il concetto di vicenda del rapporto».

³¹ GRASSO, *Prescrizione*, cit., 69.

³² ORLANDI, *op. cit.*, 165 ss.

³³ Sul piano delle qualificazioni soggettive, si potrebbe discorrere con E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, 51-52; 57 dal lato passivo, di una «figura anormale, del debito puro che è semplicemente pagabile ma non esigibile, in quanto non importa una responsabilità ad esso *organicamente congiunta*» contrapposta a «una figura normale, del debito che è inoltre, esigibile, in quanto ha concomitante una responsabilità ad esso *organicamente congiunta* e la cui attuazione è connessa al suo inadempimento come effetto a ragione determinante» (cioè a dire un obbligo di prestazione). Dal lato attivo, in corrispondenza con la situazione passiva, di «una figura anormale: l’interesse alla prestazione che è protetto solo retrospettivamente per l’eventualità che venga appagato, mentre per l’eventualità contraria non ha concomitante un’aspettativa di soddisfazione ad esso *organicamente connessa*» (cioè a dire un credito sfornito della possibilità di pretendere), contrapposta a una «figura normale: l’interesse elevato ad aspettativa di prestazione (credito) alla quale, pel caso di inadempimento, va parallela un’aspettativa secondaria di soddisfazione (garanzia) destinata ad attuarsi in dipendenza del credito».

bligatorio per sopravvivere come semplice causa giustificativa dell’attribuzione spontanea³⁴. Si darebbe un’estinzione non già dell’obbligazione ma della sola esigibilità; la possibilità di adempiere eccezionalmente disgiunta dalla possibilità di pretendere³⁵.

3. L’inerzia come atto o come fatto giuridico.

Dagli effetti si risale alla fattispecie: l’inerzia presuppone la possibilità di agire. È quanto, con formula definita ambigua, l’art. 2935 c.c. dispone: la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. La norma non chiarisce se la possibilità si dà in termini astratti e oggettivi, oppure in termini concreti e soggettivi. L’alternativa richiama passate e non sopite dispute sul fondamento della prescrizione: il mero fatto oggettivo del trascorrere del tempo, oppure l’inerzia. Il tempo, si nota, non sarebbe un fatto, bensì un mero concetto di relazione³⁶; la contrapposizione andreb-

³⁴ ORLANDI, *op. cit.*, 162.

³⁵ Il recupero della prescrizione alle vicende del rapporto non si dà senza difficoltà e la continuità dell’effetto con la situazione sostanziale pregressa non può essere affermata senza conseguenze. Si dovrebbe, in primo luogo, convenire sull’incompatibilità tra la vicenda riduttiva determinata dalla prescrizione e l’esistenza di una fattispecie impeditiva degli effetti qual è la nullità. L’ambito di applicazione della prescrizione andrebbe ristretto ai soli contratti validi con rinuncia ad affermare la natura di eccezione preliminare della prescrizione, capace di determinare il rigetto della pretesa sollevando il giudice dall’onere di indagare la validità del contratto. In secondo luogo, occorrerebbe riconoscere l’inconciliabilità tra l’effetto eliminativo-riduttivo prodotto dalla prescrizione e quello estintivo determinato da altra fattispecie: si tratta, infatti, di trascorrere dall’essere al non-essere del rapporto, cioè a dire da una situazione in cui il dato obiettivo rilevante esiste, a un’altra in cui esso non deve esistere più. Per apprezzare l’effettività della trasformazione (l’inesistenza del rapporto) è necessario postulare il suo opposto (l’esistenza), allo stesso modo in cui per negare un fatto di natura è necessario affermarne la realtà.

La stessa fattispecie recata all’art. 2934 c.c. dà per presupposto l’esistenza del rapporto: diversamente, come concepire l’inerzia del titolare di un diritto già soddisfatto? Il decorso del tempo successivo all’estinzione dell’obbligazione si direbbe irrilevante; non si darebbe, cioè, un fatto suscettibile di determinare un processo predicativo. La tesi dell’efficacia estintiva appare ristretta in una rigida alternativa: o si esclude la possibilità di eccepire validamente la prescrizione in presenza di una preesistente causa estintiva; oppure, ammettendo tale possibilità, si finisce inevitabilmente col predicare qualifiche tra loro antinomiche. L’obiezione che si volesse formulare, argomentando sulla possibilità di eccepire la prescrizione in via subordinata, riuscirebbe persuasiva soltanto nell’ipotesi in cui si dovesse accertare l’inadempimento del debitore. Nell’ipotesi contraria, là dove cioè si dovesse accertare l’avvenuto adempimento, non sarebbe dato discorrere di efficacia estintiva della prescrizione.

³⁶ AURICCHIO, *op. cit.*, 15; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Milano, 2012 (rist. inalt.), 111.



be perciò ragionata dal punto di vista dell'inerzia: mero fatto o atto giuridico³⁷. Da un lato sta l'inerzia «muta e inespressiva», «priva di significato»: non è dato di stabilire se dietro l'inerzia vi sia il sacrificio dell'interesse all'esercizio del diritto; se, cioè, di fronte all'alternativa, il singolo abbia consapevolmente scelto la soluzione del non agire, lasciando deluso l'interesse al risultato pratico che dall'esercizio del diritto discende. Dall'altro lato sta l'inerzia qualificata, che è tale solo quando il comportamento inattivo assume un'obiettiva valenza in tal senso; solo quando «concorrano circostanze di fatto che facciano intendere attuale e diretto l'interesse all'esercizio del diritto»³⁸. La mera difformità tra il contegno descritto come possibile dalla norma e quello in concreto tenuto non sarebbe sufficiente ai fini della decorrenza della prescrizione; si dovrebbe accertare che il comportamento inerte appaia oggettivamente come omissivo. L'omissione è categoria dell'atto dovuto; riferita all'esercizio di un diritto evoca la categoria dell'autoresponsabilità e ammette cause di esonero, variamente declinate³⁹. La Relazione al Codice parrebbe prendere posizione in favore del primo senso: la possibilità di far valere il diritto – si legge – «deve essere intesa come riferimento alla possibilità legale, non influenzando sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto di agire in cui venga a trovarsi il titolare del diritto».

Il diritto «non registra i dubbi interni o i conflitti di opportunità del privato, né conosce la scelta negativa, che tutto sacrifica al desiderio dell'inerzia e alla incapacità di fare»⁴⁰.

³⁷ In questo senso AURICCHIO, *op. cit.*, 17, secondo il quale «se per atto giuridico in senso ampio deve intendersi qualsiasi comportamento, positivo od omissivo, che produce effetti giuridici, l'inerzia è un atto giuridico».

³⁸ AURICCHIO, *op. cit.*, 28, il quale, ricondotta l'inerzia tra gli atti giuridici, afferma che «il comportamento omissivo del titolare non diviene giuridicamente rilevante solo quando nasce il diritto oppure la possibilità del suo esercizio, ma solo quando le circostanze obiettive siano idonee a qualificare nei confronti di tutti, e naturalmente della controparte, il comportamento come vera e propria inerzia» (ivi, 25 ss.); GRASSO, *Prescrizione*, cit., 63; E. GIUSIANA, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 426 giungeva persino a qualificare l'inerzia come un «atto di volontà a contenuto negativo».

³⁹ D. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoresponsabilità. La rilevanza civilistica del principio contra non valentem agere non currit praescriptio*, Padova, 2006, proprio sull'autoresponsabilità fonda il rimedio della *restitutio in integrum*. Di inerzia qualificata discorre anche S. PAGLIANTINI, *Exordium praescriptionis e rapporti di consumo: variazioni sulla prescrizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 767.

⁴⁰ N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 138; in questo senso anche S. PATTI, *Inerzia e prescrizione nel pensiero di Alberto Auricchio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 147, secondo il quale «la legge prende in considerazione unicamente il fatto oggettivo del mancato esercizio

3.1. Su alcune dicotomie osservate dalla prospettiva dell'azione di annullamento: norma generale-norma eccezionale.

È utile restringere l'ambito di osservazione alla disciplina del contratto e, in particolare, a quella dell'annullamento. Conviene, anzitutto, interrogarsi sull'oggetto della prescrizione: l'opinione tradizionale, sostenuta dalla lettera delle norme, la riferisce al diritto di ottenere l'annullamento del contratto, inteso come estinzione complessiva delle situazioni giuridiche dipendenti dal contratto che si darebbe per effetto dell'azione. Non è opinione incontrastata: una isolata dottrina esclude l'applicazione della prescrizione al campo delle azioni di impugnativa negoziale, reputando che quando la rilevanza degli effetti estintivi sia rimessa all'esercizio del potere della parte interessata, là si darebbe un'ipotesi di decadenza e non di prescrizione⁴¹. L'esempio più significativo sarebbe offerto dalla disciplina dei vizi nella vendita che, all'art. 1495 c.c., sottopone a termine di decadenza il potere della parte di denunciare l'esistenza del vizio del bene compravenduto (*i.e.*, di attribuire rilevanza giuridica a un fatto costitutivo della fattispecie del diritto di avvalersi degli effetti della garanzia). La prospettiva potrebbe estendersi anche ai poteri di impugnativa negoziale: si dovrebbe ammettere allora, proprio nell'esempio in discorso, l'esistenza di un doppio termine di decadenza: uno relativo al potere di denuncia, l'altro al potere sostanziale di far valere il fatto estintivo.

Si potrebbe ragionare ancora diversamente e spiegare il peculiare regime della prescrizione che si ricava dall'art. 1442, co. 4, c.c. in ragione dell'interesse sostanziale che muove la parte a seconda che il contratto sia stato o meno eseguito⁴². Dal punto di vista del contenuto non si darebbe, infatti, differenza alcuna tra l'azione e l'eccezione: in entrambi i casi, il giudizio avrebbe a oggetto l'efficacia delle situazioni giuridiche sorte dal con-

– o inerzia – non attribuendo alcuna rilevanza al significato che altri soggetti eventualmente conferiscano a questo fatto [...] Ci sembra pertanto che ai fini del discorso e del compimento della prescrizione sia sufficiente il mancato esercizio del diritto, cioè la mera inerzia, non richiedendosi che essa assuma agli occhi di altri soggetti il significato di un comportamento concludente».

⁴¹ L'opinione riferita nel testo è di R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 45 ss., e si colloca, idealmente, sulla scia della riflessione di A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 171 ss., a sua volta debitrice delle intuizioni di S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, a cura di M. Croce - M. Goldoni, Macerata, 2019, 46 ss., spec. 73.

⁴² Così, esplicitamente, R. SACCO, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, 514, nt. 5 e 541.



tratto. Occorrerebbe rinunciare a individuare l'oggetto dell'azione nel diritto potestativo e inclinare per una soluzione che assegna alla sentenza di annullamento natura di accertamento: a differenza della nullità, nell'annullamento l'efficienza del fatto è rimessa all'esercizio di un potere sostanziale⁴³ ovvero, ancor più radicalmente, alla disponibilità della parte in favore della quale la tutela è disposta⁴⁴. Assondando quest'ultimo modo di pensare, che è parso adeguato a spiegare la nullità di protezione⁴⁵ (ove la rilevabilità d'ufficio si coniuga con il potere di convalida), l'unica differenza tra l'annullamento e la nullità starebbe nella disponibilità dell'effetto, per il resto analoghe nel determinare l'inefficienza originaria del contratto.

Si diceva della diversità che corre tra la fattispecie del contratto annullabile eseguito e quella del contratto annullabile non eseguito. La lettera dell'art. 1442, co. 4, c.c., che legittima la parte convenuta per l'esecuzione del contratto a impugnarlo senza limiti di tempo, ha suggerito a un'attenta dot-

⁴³ La natura sostanziale del potere che prelude all'annullamento del contratto, con il corollario della natura meramente dichiarativa della sentenza che ne accerta il presupposto, è sostenuta da E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 105 ss.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 173 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, spec. 168 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale, Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, spec., per quanto riguarda l'azione di annullamento, 197 ss.

⁴⁴ La tesi è sostenuta, nel diritto amministrativo, da A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, 1962, 169 ss., spec. 203, secondo il quale – ivi, nt. 191 – sarebbe assurdo «negare che l'effetto, cui ci si riferisce parlando d'annullabilità o di annullamento di un contratto oppure di altro atto giuridico, preesista alla sentenza che, sul presupposto della scelta effettuato dal titolare del potere relativo si limita ad accertare il rapporto che dall'annullamento stesso risulta ricostituito».

Secondo Piras, nei c.d. rapporti giuridici potestativi la modificazione giuridica si verificherebbe subito, non appena interviene il fatto contemplato dalla norma, salva la esigenza di sua invocazione da parte del titolare, attraverso l'esercizio non già, dunque, di un potere sostanziale modificativo, ma di una facoltà optativa improntata così alla scelta di convenienza fra diverse situazioni giuridiche entrambe in qualche modo attuali e disponibili.

L'alternativa può essere ragionata con le parole di SACCO, *op. cit.*, 497: «il giurista è libero di parlare di efficacia provvisoria; ma potrebbe anche parlare di inefficienza provvisoria e far dipendere gli effetti negoziali (se questi si consolidano) da una fattispecie più complessa, che ingloba il negozio più la convalida, il negozio più l'esecuzione e la successiva prescrizione dell'azione. Chi ha concluso un contratto perché raggirato non può dirsi costretto ad adempiere, perché, fin dall'istante della conclusione del contratto, dispone di un'eccezione di dolo; come dire, allora, che il contratto è efficace (sia pure, provvisoriamente?) [...] Il contratto annullabile è tanto completo e sospeso quanto è incompleto e sospeso un accordo che sia alla mercé delle *ius poenitendi* del contraente protetto dal diritto».

⁴⁵ In questo senso S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 66.

trina questa conclusione: il termine di prescrizione quinquennale è «semplicemente il limite entro il quale devono essere esperite le azioni necessarie in caso di esecuzione già avvenuta, ossia le azioni di restituzione e ripetizione conseguenti all'annullamento del contratto»⁴⁶. L'affermazione merita qualche precisazione: se, infatti, la nascita dell'obbligazione restitutoria non può che seguire l'estinzione delle situazioni giuridiche rivenienti dal contratto e, dunque, nella prospettiva di questa dottrina, all'esercizio del potere; il termine di prescrizione andrebbe, forse, più puntualmente riferito all'esercizio del potere di impugnare il contratto eseguito⁴⁷. Altrimenti, l'azione di ripetizione, che astrattamente si prescriverebbe in cinque anni, diverrebbe, di fatto, imprescrittibile. Solo accogliendo la diversa prospettiva dell'automaticità dell'effetto estintivo parrebbe possibile riferire il termine di prescrizione al diritto di ripetere la prestazione eseguita; in tal caso, infatti, la nascita dell'obbligazione restitutoria non dipende dall'esercizio del potere ma, come nell'ipotesi del contratto nullo, è contestuale alla conclusione del contratto.

Converrà, intanto, muovere dalla prospettiva abituale, che riferisce la prescrizione al diritto (potestativo) di domandare l'annullamento⁴⁸. La regola generale in tema di decorrenza sarebbe fissata dall'art. 1442, co. 3, c.c. sulla scorta di quanto dispone l'art. 2935 c.c.⁴⁹: l'azione di impugnazione negoziale deve essere proposta nel termine di cinque anni a decorrere dalla data di conclusione del contratto. Si prenda, a modo d'esempio, la fattispecie del con-

⁴⁶ Così PAGNI, *op. cit.*, 286.

⁴⁷ In termini analoghi, C. CONSOLO, «Imprescrittibilità» della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per l'esecuzione: spunti sistematici, in *Corr. giur.*, 2000, 96.

Sia ove si reputi che l'obbligazione restitutoria trovi fonte nel carattere indebito della prestazione eseguita – a seguito della rimozione del titolo quale *causa retinendi* della prestazione eseguita – sia che, come ci pare preferibile, l'obbligazione restitutoria trovi fonte nel medesimo fatto che concorre a determinare l'effetto estintivo. Quando, allora, si afferma che «la fonte e/o meglio il fondamento dell'obbligazione restitutoria è il contratto venuto meno» si allude, con formula ellittica, ad una fattispecie complessa composta dai fatti estintivi degli effetti programmati dalle parti e dall'esecuzione del contratto invalido. In termini analoghi, CONSOLO, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ La parte ha dinanzi a sé due possibilità, o chiedere con domanda giudiziale entro il termine di prescrizione, l'annullamento con la conseguenza che il vincolo contrattuale viene meno a tutti gli effetti, o dedurre l'annullabilità, del contratto, anche quando si è maturata la prescrizione dell'azione, ai soli fini del rigetto della domanda attrice di adempimento. Ove sia opposta in via di eccezione l'annullabilità (e ciò può avvenire per la prima volta in appello), il giudice dovrà limitarsi a riscontrare se esistono gli elementi costitutivi dell'azione di annullamento, non al fine di accoglierla, ma unicamente per rigettare la domanda di esecuzione del contratto

⁴⁹ Così P. VITUCCI, *La decorrenza della prescrizione nelle azioni di annullamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 160 ss.



tratto annullabile perché contrario all'interesse del rappresentato per l'incidenza di un interesse in conflitto (art. 1394 c.c.): il termine di prescrizione decorrerà dal giorno della conclusione del contratto anche se il rappresentato dovesse ignorare l'esistenza del contratto e del conflitto in capo al rappresentante. La regola conviverebbe con l'eccezione: quando l'annullabilità dipende da vizio del consenso o da incapacità legale, il termine decorre dal giorno in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore o il dolo, è cessato lo stato l'interdizione o l'inabilitazione, ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età. La diversità di trattamento è argomentata in termini di eccezione: l'errore precede la sua percezione; esso, dunque, sta prima del momento in cui l'errante se ne avvede. La perdurante influenza dei vizi, non ancora rimossi, dovrebbe allora apprezzarsi nella prospettiva degli impedimenti di fatto e declinarsi come causa di differimento del (generale) termine di decorrenza. In tema di rescissione tornerebbe la (presunta) regola generale: l'azione si prescrive in un anno dalla conclusione del contratto. La diversa soluzione potrebbe essere spiegata in questi termini: a differenza della lesione o dello stato del pericolo, che pur possono perdurare oltre la conclusione del contratto, la mancata percezione dell'errore (anche qualora sia frutto del dolo) rende ontologicamente impossibile apprezzare i riflessi del vizio sul contenuto del contratto e, dunque, di esercitare l'azione di annullamento. Il tentativo di ricondurre a sistema le diverse fattispecie non pare trovare agevole approdo: per l'ipotesi di incapacità naturale – la quale, al pari dei vizi del consenso costituirebbe un fattore perturbativo dell'autodeterminazione negoziale che può perdurare anche oltre la conclusione del contratto – il termine di prescrizione decorre dal compimento dell'atto. Ragionata col principio di effettività, la differenza di trattamento appare irragionevole e reclama interventi correttivi e applicazioni analogiche: la rilevanza degli impedimenti di fatto da eccezionale diverrebbe generale. L'irragionevolezza appare meno ferma se si potesse spiegare la differenza di trattamento con la volontà del legislatore di assegnare prevalenza, nel conflitto tra i due contraenti, all'interesse alla stabilità degli effetti del contratto⁵⁰,

⁵⁰ Così G. GABRIELLI, *Invalidità delle disposizioni testamentarie e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1 ss. il quale reputa, tuttavia, irragionevole la soluzione, dettata in materia successoria, che fa ricadere sul terzo gli effetti sfavorevoli del diverso trattamento che la legge riserva alle due ipotesi: se la prescrizione del diritto all'annullamento del contratto per errore del testatore – riflettendo il carattere impersonale del vizio del consenso – decorre dal giorno in cui «se ne è avuta notizia», il termine di prescrizione del diritto di impugnazione riveniente da incapacità naturale decorre dal giorno in cui «è stata data esecuzione» alla disposizione testamentaria.

per la cui rimozione, non a caso, l'incapace deve dar prova della malafede dell'altra parte e del grave pregiudizio subito. E riuscirebbe ancor meno persuasivo sostenerla se si aderisse all'opinione⁵¹ che individua la *ratio* dell'art. 428 c.c. non tanto nella tutela della volontà viziata in sé, come per l'incapacità legale, quanto nella incongruità dell'atto di scambio, di riflesso al quale godrebbe tutela anche l'incapace, come nell'ipotesi di contratto stipulato in stato di pericolo o di bisogno: al pari dell'atto rescindibile, allora, la condotta pregiudizievole, che il legislatore ha inteso sanzionare, esaurisce i suoi effetti nell'alterazione del contenuto negoziale, sicché è dal momento in cui il contratto è concluso che la prescrizione comincerebbe a decorrere.

Un'indagine sulla razionalità della scelta compiuta dal legislatore meriterebbe ben altro approfondimento; converrà limitarsi a porre nel dubbio il modo abituale di descrivere, in termini di norma eccezionale, la regola recata dall'art. 1442, co. 2, c.c.: la quale, si afferma, offrirebbe eccezionale rilievo a un impedimento di fatto, stravolgendo così la logica della norma generale posta all'art. 2935 c.c.

Vi sono fondate ragioni per dubitare di tale conclusione: se la qualifica di una norma come speciale o eccezionale proviene da un giudizio di comparazione, si dirà che l'art. 1442, co. 2, c.c., al pari del comma successivo, si pone, rispetto all'art. 2935 c.c., non già in rapporto di specialità o eccezionalità, bensì in rapporto di specificazione. Si ragioni in termini di fattispecie ed effetti, muovendo dalla (presunta) regola generale (art. 2935 c.c.): se A – il diritto può essere fatto valere – allora B – l'inerzia comincia ad acquistare rilevanza ai fini della sopravvenuta inesigibilità del diritto. Osserviamo, ora, la regola recata dall'art. 1443, co. 3, c.c., nella quale a subire gli effetti della prescrizione è il potere di impugnazione del contratto eseguito (o, nella diversa prospettiva dell'efficacia *ipso iure*, l'obbligazione di restituzione): se A + a' (dove a' è la fattispecie, per così dire, semplice di annullabilità) – il diritto può essere fatto valere – allora B – il tempo inizia a decorrere dalla conclusione del contratto. Si registra non già una riduzione del campo di applicazione della (asserita) regola generale ma soltanto una specificazione nella descrizione degli elementi della fattispecie. L'art. 2935 c.c. non contiene alcuna regola che affermi l'irrelevanza degli impedimenti di fatto capace di qualificare le norme appena richiamate come eccezionali ma soltanto una regola che, nel fissare la decorrenza della pre-

⁵¹ Per la quale sembra propendere M. FRANZONI, *Il contratto annullabile*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, 7, *Il contratto in generale*, Torino, 2002, 208-209.



scrizione dal momento in cui si perfeziona la fattispecie costitutiva o di esigibilità del diritto, rinvia alle singole norme per la determinazione di tale momento⁵². La generalità della norma si colloca, dunque, non sul piano della regola enunciata (generale rilevanza degli impedimenti di diritto), ma su quello della costruzione della fattispecie, come concetto contrapposto a quello di fattispecie costruita analiticamente⁵³.

L'art. 1442, co. 2, c.c. può, invece, dirsi eccezionale rispetto alla regola recata dal comma successivo, della quale riduce la fattispecie e muta gli effetti. Occorre, però, chiarire il significato di tale qualificazione: la quale non deriva dalla particolare rilevanza accordata all'impedimento di fatto – espressione ambigua ed equivoca che meriterebbe di essere accantonata – quale circostanza capace di differire il momento di decorrenza del termine prescrizione (che si darebbe già per individuato al momento della conclusione del contratto, in ragione della regola generale di cui all'art. 2935 c.c.). Ma discende piuttosto dalla scelta del legislatore di individuare nella conoscenza dell'errore e del dolo, nella cessazione della violenza, dello stato d'interdizione e dell'inabilitazione, ulteriori fatti (errore + conoscenza + esecuzione) dai quali far dipendere la vicenda estintiva; ovvero, ragionando secondo la prospettiva che riconduce la modificazione della realtà giuridica al verificarsi del fatto normativamente previsto, una condizione di esigibilità del diritto alla restituzione, il quale già sarebbe sorto al momento della conclusione del contratto. Negli altri casi di annullamento, al contrario, il fatto costitutivo si presenta in una versione, per così dire, ridotta o, detto altrimenti, mancano ulteriori condizioni di esigibilità del diritto.

3.2. (Segue) Possibilità legale-possibilità di fatto; impedimenti di diritto-impedimenti di fatto.

Si è soliti ragionare l'impossibilità di far valere il diritto distinguendo gli impedimenti, in ragione del loro modo di essere: “di fatto” o “di diritto”. Alla generale rilevanza degli impedimenti di diritto (e della possibilità legale) si contrapporrebbe una eccezionale rilevanza degli impedimenti di fatto (e

della possibilità di fatto): così da un lato il termine e la condizione sospensiva, dall'altro l'ignoranza dell'errore di cui all'art. 1442, co. 3, c.c. e le cause di sospensione di cui agli artt. 2941 e 2942 c.c.

Il concetto di impedimento al decorso del tempo, prima ancora della sua distinzione tra di fatto e di diritto, appare equivoco: o i fatti impeditivi e sospensivi sono rilevanti, nel senso che ne è predicabile la sussunzione in una norma, oppure sono privi di rilevanza giuridica e, a maggior ragione, destinati all'improduttività di effetti. Occorrerebbe chiarire la rilevanza di tali fatti in ragione degli effetti⁵⁴: da un lato stanno fattispecie che condizionano l'esistenza (la conoscenza del vizio di cui all'art. 1442, co. 2), o l'esigibilità della prestazione (il termine e la condizione) o che, ancora, la sospendono (il *pactum de non petendo ad tempus*) e concorrono, dunque, ad individuare il momento iniziale di decorrenza della prescrizione; di modo che, si può dire, la prescrizione non decorre mai prima che si dia la possibilità di esercitare il diritto⁵⁵. I c.d. impedimenti (siano essi c.d. giuridici o di fatto), allora, non sono altro che elementi costitutivi o condizioni di esigibilità del diritto, che ancora non si sono verificati. Dall'altro lato, stanno fattispecie (siano essi attinenti alla relazione intersoggettiva delle parti o alle condizioni del titolare) che, fissando presunzioni di difficoltà e/o impossibilità soggettiva e oggettiva di esercitare il diritto, rendono temporaneamente irrilevante l'inerzia; di modo che, sebbene possa sorgere una pretesa azionabile in giudizio, il fluire naturale del tempo non assume rilevanza sul piano del diritto. Se, in punto di logica, parrebbe persino scontato ap-

⁵⁴ E' condivisibile la precisazione di SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 117, secondo il quale «dove lo stesso diritto non è ancora sorto, per la condizione sospensiva o una specie del termine iniziale, ivi non può correttamente parlarsi di prescrittibilità o imprescrittibilità del diritto»; «le circostanze che sospendono la prescrizione suppongono, a differenza da quelle che la impediscono, che il diritto possa farsi valere, e soltanto l'esercizio sia ostacolato o reso difficile da una speciale condizione giuridica, in cui si trovi il titolare, o da una speciale relazione giuridica, esistente fra il titolare e il soggetto passivo». La distinzione merita di essere rimarcata anche alla luce della scelta, compiuta dal legislatore del '42, di non ripetere la soluzione adottata dal codice del 1865 all'art. 2121, il quale annoverava tra le cause che impediscono o sospendono la prescrizione, tra le altre, anche la condizione sospensiva, il termine iniziale e l'evizione.

⁵⁵ A tale conclusione giunge B. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 746 ss.: «o il diritto non esiste attualmente e allora i c.d. impedimenti giuridici non sono altro che elementi della fattispecie costitutiva che ancora non si sono verificati, o il diritto esiste attualmente e allora gli impedimenti al suo esercizio non possono essere che fattuali, cioè, per l'appunto impedimenti di fatto dell'esercizio del diritto». Secondo l'A. l'art. 2935 c.c., nel legare la decorrenza della prescrizione alla possibilità di agire, non potrebbe che fare riferimento alla possibilità di fatto: la norma «costituirebbe già *de iure condito*, la norma generale di rilevanza degli impedimenti di fatto incolpevoli».

⁵² Di norma “silente” discorre L. CASTELLI, *Prescrizione e impedimenti di fatto*, Milano, 2018, 57 s., spec. 137; di norma “afona” PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 769: entrambi negano la natura eccezionale delle norme che accordano rilievo agli impedimenti di fatto.

⁵³ Nel senso spiegato da C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1972, 100 di una «norma generale, riassuntiva cioè di una serie di ipotesi che il legislatore non intende specificamente elencare».



prezzare la diversità dei piani – si sospende qualcosa che è già iniziato e che, altrimenti, è destinato a proseguire – sul piano lessicale appare apprezzabile l'utilizzo del termine 'sospensione', da parte dell'art. 2941 c.c., per descrivere quelle cause di 'scusabilità' dell'inerzia che, in quanto contestuali o precedenti l'esistenza del diritto, configurerebbero, in senso proprio, degli impedimenti al decorso del tempo⁵⁶. Altro è il c.d. impedimento al decorso del tempo che discende dall'inesigibilità del diritto, altro è l'impedimento che discende dall'impossibilità (concreta) di esercitarlo.

Si ragiona, ancora, la differenza di piani attorno al *pactum de non petendo* stipulato per un certo tempo: l'effetto comune di impedire che il decorso del tempo renda inesigibile la prestazione si accompagna nel *pactum* ad una temporanea inesigibilità della prestazione, là dove nella sospensione l'irrelevanza del tempo convive con la perdurante possibilità di esigere la prestazione. La diversità di effetti trova conferma nell'irrelevanza che assumono gli impedimenti del titolare del diritto soggetto a prescrizione sul decorso della prescrizione nei confronti dei terzi. L'art. 1310, co. 2, c.c. afferma che la sospensione della prescrizione nei rapporti di uno dei debitori o di uno dei creditori in solido non ha effetto riguardo agli altri. Si fa l'esempio del concorso dei sindaci nel fatto illecito compiuto dagli amministratori nei confronti della società: poiché l'art. 2941 c.c. sospende il decorso del tempo «tra le persone giuridiche e i loro amministratori», finché questi ultimi sono in carica, potrà darsi l'ipotesi che il termine di prescrizione dell'azione di responsabilità decorra soltanto per il sindaco. L'incapacità degli impedimenti di influire sull'individuazione del termine di decorrenza della prescrizione trova ulteriore conferma nell'art. 1166 c.c., abitualmente richiamato come fonte della distinzione tra impedimenti di fatto e impedimenti di diritto (condizione sospensiva e termine iniziale di efficacia): il decorso del tempo utile ai fini dell'usucapione da parte del terzo possessore non è interrotto dall'eventuale impedimento che può far valere il titolare del diritto reale su un bene immobile nei confronti del proprietario. La sospensione, tra gli altri, della prescrizione proprio per non uso dell'usufruttario non può essere

opposta al terzo possessore ai fini dell'acquisto del bene per usucapione.

La distinzione appena tracciata consente di raccogliere qualche provvisoria conclusione: là dove le condizioni soggettive del titolare compaiono quali elementi costitutivi o condizioni di esercizio del potere, non si dà alcun differimento del termine di decorrenza della prescrizione; il diritto, prima di tale momento, semplicemente non esiste o non è esigibile. Ammettere una generale rilevanza dell'ignoranza scusabile del titolare del diritto postulerebbe un doppio salto logico: superare l'eccezionalità, per giunta settoriale, delle fattispecie nelle quali la conoscenza compare come elemento costitutivo; istituire un principio generale che accordi all'ignoranza scusabile la capacità generale di differire il momento iniziale di decorrenza della prescrizione. D'altro canto, là dove – per la previsione di un doppio termine di prescrizione (cfr., a esempio, artt. 125 e 126 cod. cons.) – l'ignoranza scusabile parrebbe produrre l'effetto di sospendere il decorso del termine, si darebbe l'ostacolo fondato sul carattere, ancora una volta, eccezionale di tali previsioni. Le cause di sospensione rompono la logica interna della regola generale fissata all'art. 2934 c.c. e privano di rilevanza il trascorrere del tempo. L'eccezionalità delle cause sospensive trova riflesso, nel disegno sistematico del codice civile, nella loro tipicità: l'art. 247 delle disposizioni attuative al codice stabilisce che «cessano di avere effetto dalla data dell'entrata in vigore del codice civile le cause di sospensione della prescrizione che non sono da questo ammesse». Tra queste, la sola che accorda rilevanza all'ignoranza del creditore è quella, recata al n. 8 dell'art. 2941 c.c., che la contempla quale effetto del doloso occultamento del credito da parte del debitore: a ragionare con le massime di giurisprudenza che discorrono di un impedimento non superabile con l'ordinaria diligenza, si darebbe un'ipotesi di impossibilità oggettiva e assoluta.

4. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali: Cass. 16-9-2016, n. 2016, ovvero la circolazione dell'azione di annullamento.

Cass. 18248/2016⁵⁷ consente di raccogliere altre riflessioni: Tizio, nel 1968, aliena ad un Comune un terreno, sul presupposto, dichiarato nel contratto, che il bene fosse destinato allo sviluppo edilizio, urbanistico e popolare della zona e che fosse ricom-

⁵⁶ Per questa seconda classe di ipotesi G. DI LORENZO, *art. 2941 c.c.*, in *Cod. civ. comm. Schlesinger-Busnelli, La prescrizione*, 2, a cura di P. Vitucci, 2^a ed., a cura di S. Ruperto, Milano, 2014, 5 parla di cause di sospensione che determinano una proroga del termine iniziale della prescrizione, impedendone l'immediata decorrenza. A riguardo, ci paiono condivisibili i rilievi critici di C.M. BIANCA, *Diritto civile. 7. Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 580, secondo il quale «La sospensione va distinta rispetto alla situazione in cui la prescrizione non inizia a decorrere perché il diritto è inesigibile».

⁵⁷ Cass. 16 settembre 2016, 18248 in *juscivile*, 2018, con nota di A. OWUSU, *Il dies a quo della prescrizione dell'azione di annullamento esperita dagli eredi del contraente caduto in errore*.

preso nel PEEP del Comune. In ragione della mancata inclusione, sin da principio, del bene tra quelli ricompresi nel PEEP gli eredi ne hanno domandato nel 1993 – a distanza di quasi trent’anni – l’annullamento per errore. Il Tribunale e la Corte d’appello hanno respinto la domanda, in ragione dell’intervenuta prescrizione del diritto di Tizio ad impugnare il contratto: gli eredi – affermano i giudici di merito – avrebbero dovuto provare che era il loro dante causa ad ignorare la suddetta circostanza e, invece, si sarebbero «limitati a far discendere dalla loro ignoranza la pretesa di spostare in avanti di ben venticinque anni la decorrenza del termine di prescrizione quinquennale». La conoscenza dell’errore, rilevante ai fini dell’annullamento del contratto, è quella del *de cuius* e, da tale momento, decorre il termine di cinque anni utile per domandare l’annullamento. La soluzione offerta dai giudici di prime cure ha trovato il dissenso della Cassazione: le azioni di impugnativa negoziale sono destinate a transitare nel patrimonio degli eredi universali, legittimati, come tali, a farle valere, ancorché al fine di lamentare il vizio che ha inficiato la volontà del loro dante causa; se la scoperta del vizio è successiva alla morte del contraente, la riferibilità soggettiva dell’evento va rapportata alla persona degli eredi, che in quanto subentrati nel complesso delle situazioni giuridiche attive e passive facenti capo al *de cuius*, appaiono essere gli unici legittimati a far valere anche l’azione di annullamento, una volta che se ne siano manifestati i presupposti; risulterebbe, altrimenti, preclusa al titolare la possibilità di far valere il proprio diritto, anche là dove il mancato esercizio dipenda da particolari impedimenti che, ancorché di fatto, sono stati ritenuti dal legislatore all’art. 1442 c.c. idonei a determinare uno spostamento in avanti del *dies a quo* della prescrizione.

Al dissenso, prevedibile, che suscita l’ultima affermazione che si legge in sentenza, si accompagna il dubbio sulle premesse da cui muove l’intero ragionamento: (i) che l’azione di annullamento transiti nel patrimonio degli eredi; (ii) che la rilevanza soggettiva del vizio vada riferita all’erede e non al *de cuius*. A dispetto dell’affermazione ricorrente secondo la quale il successore a titolo universale «può certamente esperire le azioni del caso»⁵⁸, non è ozioso domandarsi se la morte del contraente non privi in realtà di rilevanza il vizio del consenso. Si rifletta su due ipotesi. Se il *de cuius* si è avveduto dell’errore e non ha promosso l’azione di annullamento, la legittimazione ad agire dell’erede – nei cinque anni da quando il *de cuius* ha scoperto il vizio – potrebbe trovare ostacolo in una convalida tacita del contratto; e nell’incertezza sulla capacità

convalidante dell’inerzia, si dovrebbe quantomeno dubitare di una soluzione che sciogla automaticamente l’alternativa nel senso contrario alla rinuncia. La conservazione del debitore nella possibilità di scegliere tra l’annullamento e l’esecuzione del contratto spiega, del resto, la ritrosia della dottrina nell’ammettere il creditore a convalidare il contratto in luogo del debitore surrogato⁵⁹. E consente però di dubitare dell’opinione che, in pari tempo, accorda a quest’ultimo l’esercizio dell’azione di annullamento: la discrezionalità che rende il potere di convalida insuscettibile di surrogazione⁶⁰ implica un’equivalenza degli interessi tra i quali si compie la scelta⁶¹, che caratterizza pure l’azione di annullamento.

Si è detto sinora della prima ipotesi. Se, invece, il *de cuius*, non s’è avveduto dell’errore, la possibilità dell’erede di impugnare il contratto riferendo a sé stesso la conoscenza del vizio, parrebbe trovare ostacolo nella relatività dell’azione di annullamento e nella disponibilità dei suoi effetti. L’obiezione che si volesse dare, argomentando sull’art. 624 c.c., non avrebbe granché pregio: vero è che gli eredi possono impugnare il testamento nel termine di cinque anni da quanto «hanno avuto notizia del vizio», ma tale regola trova ragione nel fisiologico differimento degli effetti al momento della morte del testatore e nei destinatari di tali effetti, che coincidono con i soggetti legittimati ad impugnare. Né andrebbe trascurata la circostanza che nell’ipotesi di impugnazione del testamento difetta un altro contraente il cui affidamento meriti di essere tutelato⁶².

La circolazione del potere di impugnativa negoziale, in particolare dell’azione di annullamento, appare ancor meno sicura quando al contraente originario subentra un successore a titolo particolare. In quest’ambito, una soluzione tranquillante, ma non per questo appagante, potrebbe distinguere tra circolazione del rapporto obbligatorio e circolazione del contratto e predicare, solo nel secondo caso, la trasmissione dell’azione di annullamento. Il tenore letterale delle norme non è d’aiuto: l’art. 1945 c.c., a esempio, nel legittimare il fideiussore a esercitare

⁵⁹ In tal senso, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1972, 392; R. NICOLÒ, *Tutela dei diritti*, sub art. 2900, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1953, 147-148.

⁶⁰ Secondo NICOLÒ, *op. cit.*, 104-105, va escluso «ogni intervento del creditore [...] quando [la] dichiarazione di volontà, con la quale si esercita un diritto o un potere nei confronti di un terzo, sia da considerarsi come un atto di disposizione, per sua natura obiettivamente discrezionale».

⁶¹ E cioè a dire, l’interesse all’annullamento del contratto e l’interesse «di scegliere la via della esecuzione del negozio» (NICOLÒ, *op. cit.*, 107).

⁶² Così G. CIAN, *Sui vizi del volere nella dichiarazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1213.

⁵⁸ Così, a es., SACCO, *op. cit.*, 539.



le azioni che spettano al debitore principale, consente una circolazione massima delle azioni ma non chiarisce la ragione del diverso trattamento tra l'incapacità – che è esclusa – e i vizi del consenso che, invece, transitano⁶³. L'incapacità naturale, infatti, «non rileva come assenza di un presupposto, qual è la capacità, ma come un difetto di un elemento del negozio, qual è la volontà o la coscienza di chi la compie»⁶⁴: in modo non dissimile, si direbbe, dai vizi del consenso. Nell'ipotesi, poi, della cessione del credito – ma il tema si propone anche nelle ipotesi di modificazione passiva del rapporto obbligatorio – nel silenzio dell'art. 1263 c.c., la dottrina si interroga sulla possibilità del cessionario di esperire l'azione di annullamento e argomenta la soluzione negativa sulla estraneità del cessionario al momento genetico del precedente negozio⁶⁵. Là dove la cessione coinvolge il contratto nel complesso delle sue posizioni, la dottrina è per lo più concorde nell'ammettere la legittimazione del cessionario ad esperire l'azione di annullamento. Non mancano tuttavia autorevoli voci di dissenso⁶⁶: la successione del cessionario nei rapporti obbligatori preesistenti avverrebbe attraverso un nuovo negozio, il negozio di cessione del contratto, e quindi a seguito della nuova valutazione, che il cessionario compie, dell'attivo e del passivo che acquista: sicché «rispetto al cessionario, del tutto estraneo al momento genetico del precedente negozio, non v'è più ragione di tutelare l'interesse che sta alla base del diritto di annullamento»⁶⁷.

5. (Segue) Cass. 16-11-2001, n. 14375: il diritto alla restituzione del bene intestato fiduciariamente.

L'individuazione del termine iniziale di esercizio di un diritto, si è detto, resta affidato alla determinazione degli elementi costitutivi recati dalla fattispecie: si prenda quella costitutiva dell'obbligazione restitutoria. La quale può trovare ragione, anzitutto, nell'invalidità dell'atto rispetto allo schema produt-

tivo di effetti. Nullità e annullabilità, si insegna, non si terrebbero per specie dell'unico genere "invalidità"⁶⁸: la prima esprime l'improduttività degli effetti dell'atto voluto dalle parti; la seconda una difesa di parte contro le conseguenze dell'atto il quale, finché non rimosso, conserva inalterata la sua efficacia. La differenza appena tolta condiziona il regime delle restituzioni, incrinandone il tratto d'unitarietà: nell'un caso, infatti, l'azione di ripetizione dell'indebito inizierà a decorrere dal giorno del pagamento, nell'altro caso, e così pure nelle ipotesi di risoluzione e rescissione, dal giorno della pronuncia costitutiva di scioglimento del vincolo⁶⁹, ovvero, ricondotta l'azione di annullamento e di risoluzione tra le azioni dichiarative⁷⁰, dal momento in cui l'interessato può far valere il fatto costitutivo dell'obbligazione restitutoria (ovvero, da quando l'obbligazione restitutoria diventa esigibile).

Altro è, poi, il diritto alla restituzione della cosa oggetto del contratto al momento della scadenza del termine: qui il momento dal quale far decorrere la prescrizione coincide con quello nel quale l'obbligo di restituzione, sorto per effetto del contratto, diviene esigibile. Non sfugge allora l'interesse per certe decisioni giurisprudenziali che non di frequente attingono l'interesse della dottrina. Si prenda a modo d'esempio la seguente fattispecie: il fiduciante trasferisce al fiduciario un bene immobile o quote di società, prevedendo che quest'ultimo sia obbligato a ritrasferire quanto ricevuto a sua semplice richiesta. Qualora il fiduciante rimanga a lungo inerte, diviene decisivo stabilire il momento a partire dal quale decorre la prescrizione dell'obbligazione di restituzione del bene.

Si fronteggiano due alternative: da un lato far decorrere il termine di prescrizione del diritto del fiduciario al ritrasferimento dal momento stesso della stipula del negozio fiduciario giacché è da questo

⁶³ Sul tema offre rinnovati spunti di riflessione S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: cronaca di un misunderstanding all'italiana*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 106 ss.

⁶⁴ E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (rist. inalt.), 217.

⁶⁵ P. PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, Napoli, 2010 (rist. inalt.), 152 ss.

⁶⁶ In tal senso, tra gli altri, F. MESSINEO, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, 95; R. CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 122-124; ID., *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 896 ss.; SACCO, *op. cit.*, 539. Per un quadro di sintesi delle diverse opinioni cfr. F. ANELLI, *Cessione del contratto (Sintesi di informazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 261 ss.

⁶⁷ CICALA, *op. cit.*, 897.

⁶⁸ N. IRTI, *Concetto giuridico di "comportamento" e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1054.

⁶⁹ Così, a esempio, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 321: «ove le restituzioni siano l'effetto della caducazione, *ope iudicis*, di contratti, esse, a differenza delle restituzioni derivanti da difetto originario di causa (*condictio indebiti*) troveranno la propria fonte nel *dictum* del giudice. Il che significa nel concreto che esse prenderanno forma e consistenza da tale pronuncia (che sarà costitutiva) e dovendosi ritenere che è essa a prendere il posto che, nella *condictio* da difetto originario di causa o di titolo, occupa la stessa *acceptio* della indebita prestazione».

⁷⁰ In accordo con la dottrina processualistica – PAGNI, *op. cit.*, 297 ss. – che ha osservato come «l'impugnativa negoziale prevista dagli artt. 1441 s. c.c. non risulta diversa dall'azione di nullità, il cui oggetto è, pacificamente, l'accertamento negativo delle situazioni soggettive che si pretendono sorte dal contratto. L'unica differenza è data dalla circostanza [...] che nel caso dell'annullamento è necessaria anche la volontà del soggetto interessato all'annullamento di dare rilevanza giuridica ai fatti impositivi degli effetti negoziali».



momento che il diritto alla restituzione del bene diverrebbe esigibile; dall'altro, ancorare il momento iniziale di decorrenza alla dalla richiesta che il fiduciante formula al fiduciario⁷¹.

La soluzione offerta dalla giurisprudenza, che inclina verso questa seconda alternativa, ha raccolto opinioni tra loro discordanti. Adesioni incondizionate: «il diritto, o meglio, la pretesa restitutoria, può essere fatta valere, ai fini di una valida decorrenza dei termini di prescrizione, soltanto da quando una richiesta di ritrasferimento risulti effettivamente intervenuta»⁷². Critiche severe: ⁷³ la soluzione, osserva una dottrina, si porrebbe in contraddizione con l'affermazione, in pari tempo sostenuta dalla giurisprudenza, secondo cui la vendita ai terzi del bene fiduciariamente intestato, anteriore alla richiesta del fiduciante, costituisce violazione dell'obbligazione fiduciaria⁷⁴. Se l'obbligazione di ritrasferimento sorge solo al momento della richiesta da parte del fiduciante, come può predicarsi un inadempimento di tale obbligazione prima di tale richiesta?

E, ancora, si afferma, se l'obbligazione di ritrasferire il bene sorge solo al momento della richiesta da parte del creditore, come potrebbe il fiduciario, in mancanza di tale richiesta, adempiere od offrire di adempiere? Risulterebbe disatteso il generale principio di temporaneità dei vincoli obbligatori⁷⁵.

Converrà soffermarsi su questi rilievi iniziali. La Cassazione, si diceva, discorre dell'inesistenza di un obbligo di restituzione al momento della conclusione del contratto: che sia inesistente o piuttosto inesigibile – dal momento che l'obbligo trova fonte nel titolo – sino al momento della richiesta di adempimento non è possibile predicarne l'inadempimento. La contraddizione in cui parrebbe incorrere la giurisprudenza, che in pari tempo individua un inadempimento

del fiduciario nell'alienazione a terzi del bene, è solo apparente: l'antinomia di qualifiche può essere sciolta riferendo l'inadempimento a un'obbligazione preparatoria, avente a oggetto la conservazione della possibilità di adempiere⁷⁶.

L'inesigibilità, di regola, non impedisce l'eseguibilità della prestazione: così è nel comodato senza determinazione di durata, là dove il depositario può richiedere in qualunque tempo che il depositante riprenda la cosa, salvo che sia convenuto un termine in favore del depositante. La regola generale, che vuole la fissazione del termine disposta in favore del debitore, trova conferma nell'art. 1184 c.c., che ne ammette la deroga soltanto se espressa: non è dato di assumere l'esistenza di un termine nell'interesse del creditore in base alla natura del rapporto o alle circostanze del caso concreto⁷⁷. Il confronto con la disciplina del comodato, cui la Cassazione afferma di ispirarsi, conforta tale conclusione e, in pari tempo, smentisce l'affermazione della Corte, secondo la quale «non può neppure prospettarsi, in difetto della richiesta, la possibilità per il fiduciario di adempiere o di offrire l'adempimento, ponendo in mora il fiduciante».

Le critiche alla sentenza in commento non si arrestano a questi rilievi: l'interesse alla protrazione temporale del rapporto – la sola capace di differire il termine di decorrenza della prescrizione – non attingerebbe rilevanza giuridica ogniquale volta le parti si siano limitate a prevedere, in capo al fiduciario, soltanto l'obbligo di ritrasferimento a semplice richiesta del fiduciante⁷⁸. La conclusione troverebbe conforto nelle soluzioni che la giurisprudenza ha elaborato con riguardo ad alcuni contratti tipici: nel caso di mutuo gratuito, di deposito irregolare, di contratto preliminare e di comodato senza determinazione di durata, sul mutuatario, depositario, promissario alienante e comodatario non grava altro obbligo che quello di restituzione del bene⁷⁹. Diversamente accade nei casi di deposito regolare, di mutuo oneroso, di comodato senza determinazione di

⁷¹ Si veda, a esempio, Cass. 16 novembre 2001, n. 14375, la quale fonda la propria decisione sul convincimento che «nella intestazione fiduciaria di beni è evidente che lo scopo perseguito dalle parti non può, normalmente, essere raggiunto con una intestazione solo istantanea. Al contrario, l'intestazione è destinata a permanere sino a quando lo scopo del patto fiduciario non sia stato realizzato al verificarsi delle condizioni previste dalle parti per la restituzione, ovvero, in difetto di una tale previsione, sino a quanto il fiduciante non si sia avvalso della facoltà di valutare discrezionalmente il venir meno della *causa fiduciae*. In altre parole, può dirsi che una intestazione solo istantanea, e cioè destinata a cessare contestualmente alla stessa intestazione, non solo non è un effetto naturale del negozio fiduciario, ma anzi è normalmente incompatibile con lo scopo che le parti si propongono». Nello stesso senso, più recentemente, v. anche Cass. 27 luglio 2004, n. 14094.

⁷² P. CRISCUOLI, *Brevi riflessioni sull'intestazione fiduciaria*, in *Riv. not.*, 2005, II, 1445 ss., nota a Cass. 27 luglio 2004, n. 14094, spec. 1450.

⁷³ G. CERDONIO CHIARAMONTE, *La prescrizione nel negozio fiduciario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 345 ss.

⁷⁴ CERDONIO CHIARAMONTE, *op. cit.*, 347.

⁷⁵ CERDONIO CHIARAMONTE, *op. cit.*, 348.

⁷⁶ Di «violazione dei doveri strumentali compresi nel rapporto preparatorio» e di «inadempimento del rapporto preparatorio» discorre, come noto, G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, spec. 319 ss.

⁷⁷ Cfr., A. DI MAJO, *L'adempimento dell'obbligazione*, Bologna, 1993, 168.

⁷⁸ CERDONIO CHIARAMONTE, *op. cit.*, 349 ss.

⁷⁹ Sicché, perlomeno con riguardo alla fattispecie del mutuo gratuito, Cass. 19 giugno 2009, n. 14345 ha avuto ragione di affermare che: «Il diritto di credito, ancorché non ancora esigibile per mancata fissazione del tempo dell'adempimento, da stabilirsi per accordo delle parti, può essere esercitato, in caso di mancato accordo, attraverso il corso del creditore al giudice ex art. 1183 c.c., comma 2, con la conseguenza che l'inerzia del creditore - ossia la mancanza del ricorso giudiziale o della sollecitazione al debitore determina il decorso della prescrizione ex art. 2935 c.c. fin dal momento in cui il diritto è sorto».



durata nei quali il depositante e il mutuante hanno un interesse giuridicamente rilevante alla protezione temporale del rapporto che viene soddisfatto ora dall'obbligo di custodia che grava sul depositario, ora dall'obbligo di corrispondere gli interessi che grava sul mutuante. Di conseguenza, fintanto che l'interesse giuridicamente apprezzabile del mutuante e del depositante è soddisfatto, il diritto alla restituzione del bene non potrà dirsi attuale e, di conseguenza, non si potrà parlare di inerzia nell'esercizio del diritto⁸⁰.

Il ragionamento deve muovere dalla duplice natura del tempo, se riferito all'adempimento o alla durata di certe prestazioni. E impone di distinguere. Nel caso di contratto di durata, a tempo indeterminato, la protrazione temporale del rapporto è connaturata alla natura della prestazione, pensabile solo nella sua continuità temporale⁸¹. L'esecuzione dell'obbligazione di durata rende inesigibile l'obbligo di restituzione il quale diviene tale nel momento in cui il creditore esercita la facoltà di determinare unilateralmente la cessazione del rapporto di durata. Se il contratto non è di durata, l'esigibilità dell'obbligazione di restituzione dipende dall'esigibilità della prestazione – a esecuzione istantanea – che realizza la funzione specifica del negozio⁸². Qualora il termine di adempimento non sia fissato dalle parti e non possa dirsi implicitamente contenuto nel contratto, nondimeno, la natura della prestazione principale ne reclama la non immediata esigibilità. Si fa l'esempio del contratto preliminare, nel quale l'interesse al differimento temporale della conclusione del contratto definitivo è connaturato alla causa del tipo: in mancanza della fissazione (anche giudiziale) del termine per la stipulazione del contratto definitivo, la giurisprudenza è, tuttavia, incline a reputare che il diritto al trasferimento coattivo del bene si prescriva in dieci anni a decorrere dal giorno di conclusione del contratto preliminare. Le critiche si appuntano sullo snatura-

mento della funzione che subirebbe il contratto preliminare⁸³ e conducono ad affermare l'inesigibilità del diritto di domandare la conclusione del contratto definitivo in mancanza della fissazione di un termine dilatorio. Residua un interrogativo: là dove l'inesigibilità non discende dal titolo, la mancata determinazione giudiziale di un termine "necessario" rende sin da principio inesigibile la prestazione o, piuttosto, la determinazione giudiziale costituisce una causa sopravvenuta e temporanea di inesigibilità? Con il corollario, se si propende per quest'ultima soluzione, di una immediata esigibilità dell'obbligo di concludere il contratto definitivo.

Resta da indagare la ragione del diverso trattamento che subisce il promissario acquirente rispetto al fiduciante. Una possibile spiegazione potrebbe risiedere nel convincimento, proprio della Corte, che il negozio fiduciario appartenga alla categoria dei negozi di durata e che, dunque, il trasferimento di proprietà trovi causa nel contestuale effetto obbligatorio (di mantenere inalterata la titolarità e di ritrasferire il bene), il quale sarebbe il mezzo per rendere possibile all'accipiente il suo comportamento in ordine alla cosa o al diritto a lui trasferito⁸⁴. Alle obiezioni che la tesi dell'autonomia della causa fiduciaria ha incontrato (al pari di quella che ravvisa nel negozio fiduciario un negozio indiretto: una vendita limitata dall'effetto obbligatorio⁸⁵) se ne può aggiungere una ulteriore: l'obbligo di mantenere inalterata la titolarità non pare capace di imprimere alla durata che intercorre tra il trasferimento della titolarità e il ritrasferimento del bene una nota essenziale della prestazione in capo al fiduciario e si risolve, a ben vedere, in una inutile superfetazione. L'interesse del fiduciante a che il fiduciario non alieni il bene può dirsi già soddisfatto dall'obbligazione di ritrasferimento sicché il differimento del termine di adempimento, reso necessario, non meno di quanto accade nel contratto preliminare, dalla natura del contratto, riguarderebbe pur

⁸⁰ Sarebbe, dunque, coerente l'affermazione di Cass. 30 maggio 1999, n. 4389 secondo la quale «ove [...] il diritto del depositante alla restituzione possa essere esercitato in qualsiasi momento il periodo di prescrizione di quel diritto inizia a decorrere non già dalla data della richiesta di restituzione e neppure da quella del rifiuto della banca, ma dal giorno in cui il depositante poteva richiedere la restituzione, ossia o dal giorno stesso della costituzione del rapporto ovvero, da quello dell'ultima operazione compiuta, se il rapporto si sia sviluppato attraverso accreditamenti e prelevamenti: ciò in quanto, essendo il diritto alla restituzione un diritto di credito nel quale si è convertito il diritto di proprietà del depositante, il mancato esercizio di siffatto diritto dà luogo immediatamente a quello stato di inerzia che è il presupposto della prescrizione».

⁸¹ DI MAJO, *op. ult. cit.*, 149 ss.; persino scontato il rinvio a G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, II, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, 200 ss.

⁸² DI MAJO, *op. ult. cit.*, 154.

⁸³ G. GABRIELLI, *Nota di sintesi*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 241; contra VITUCCI-ROSELLI, *La prescrizione*, cit., 147.

⁸⁴ In questi termini, com'è noto, C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 345 ss.; A. DE MARTINI, *Il concetto del negozio giuridico e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1964, I, 326; ID., *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1964, II, 705 ss.

⁸⁵ Linea argomentativa, risalente a F. FERRARA, *I negozi fiduciari*, in *Scritti in onore di V. Scialoja*, II, Milano, 1905, 745, e percorsa dalla giurisprudenza che ragione ora di un negozio unitario, caratterizzato da una causa di scambio, una vendita, adattata a scopi ulteriori e fiduciari (cfr., *ex multis*, Cass. 3 aprile 1980, n. 2159), ora di una pluralità di negozi collegati, uno traslativo e uno fiduciario secondo la risalente teoria della combinazione di un contratto positivo e di uno negativo (cfr., *ex multis*, Cass. 28 maggio 2015, n. 17785).



sempre «la soddisfazione di un bisogno in un determinato momento»⁸⁶. Con la conseguenza che, al pari del contratto preliminare, là dove non sia fissato un termine per la restituzione, il *dies a quo* della prescrizione inizierà a decorrere dal momento della conclusione del contratto. Neppure il più solido apparentamento del negozio fiduciario con il contratto di mandato⁸⁷ consentirebbe di risolvere in modo univoco il problema: la natura di durata del rapporto andrebbe desunta dal concreto rapporto, se conferito per uno o più affari predeterminati, ovvero per una determinata durata⁸⁸.

6. Prescrizione e responsabilità civile

Volgiamo lo sguardo alla responsabilità civile e alla decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno. L'art. 2947 c.c., com'è noto, fissa in cinque anni il termine di prescrizione, individuando il termine di decorrenza nel momento in cui il fatto si è verificato. La formulazione della norma richiama problemi classici della riflessione civilistica sulla responsabilità aquiliana: cosa si intende per fatto illecito? Una attenta, ma isolata, dottrina, riflettendo attorno al *dies a quo* del diritto al risarcimento del danno, assegna all'espressione "fatto" il significato di condotta illecita: «la prescrizione non decorre già dal momento del verificarsi del danno, né tanto meno dal momento in cui il danno si manifesta alla vittima, ma dal giorno in cui è stata compiuta l'azione o l'omissione donde il danno è disceso»⁸⁹. La ricostruzione in parola assegna un ruolo preminente al valore della certezza dei rapporti giuridici, al quale, si dice, la disciplina della prescrizione sarebbe funzionale. La critica è a quell'orientamento giurisprudenziale, divenuto *jus receptum*, che nel campo dei danni c.d. lungolatenti – quei danni cioè nei quali il momento di esteriorizzazione del danno segue, anche di molto, il momento del compimento dell'atto illecito – ha fissato il

dies a quo del termine di prescrizione nel momento in cui, per l'appunto, il danno si è manifestato.

La critica alla giurisprudenza è condotta sia sul piano teleologico, indugiando sulla *ratio* del termine breve di prescrizione, sia sul piano letterale: mediante la prescrizione breve, «il codice ha voluto limitare strettamente l'orizzonte temporale in cui l'azione in risarcimento poteva essere intentata, per ragioni processuali di formazione e attendibilità della prova». L'art. 2497 c.c. utilizza il termine fatto e non il termine danno, il quale «non rientra nella nozione di fatto illecito». La formulazione letterale dell'art. 2043 si incaricherebbe di dimostrare tale assunto: «l'art. 2043, distingue nettamente due membri della fattispecie produttiva di danno: da un lato "qualunque fatto doloso o colposo" e, dall'altro lato, "il danno ingiusto". Le due disposizioni, pur guardando la vicenda, ora dal lato del danneggiante, ora da quella del danneggiato, sarebbero concordi nel reputare che la fonte del risarcimento del danno vada individuata nella condotta (dolosa o colposa).

Emergono due alternative: darsi il *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento del danno (i) dal momento dell'esteriorizzazione del danno, ovvero (ii) dal momento in cui si è verificato l'atto illecito.

La giurisprudenza inclina nel primo senso e arricchisce la soluzione di ulteriori sfumature: l'istanza di tutela che agita il diritto della responsabilità civile non sarebbe soddisfatta se il danneggiato non avesse contezza che l'insorgenza della malattia trovi causa nella condotta del danneggiante e non in fattori a essa esterni. Cass. 11-1-2008, n. 581 consolida un principio che già aveva raccolto consenso nella giurisprudenza di merito: «l'individuazione del *dies a quo* ancorata solo ed esclusivamente al parametro dell'"esteriorizzazione del danno" può rivelarsi limitante ed impedire una piena comprensione delle ragioni che giustificano l'inattività (incolpevole) della vittima rispetto all'esercizio dei suoi diritti».

Si introduce, in tal modo, un'ulteriore alternativa: darsi il *dies a quo* della prescrizione (iii) da momento in cui il danno è percepito come causalmente collegato alla condotta del danneggiante; (iv) dal momento in cui esso è percepibile come causalmente collegato a tale condotta.

Consapevole del rischio di uno snaturamento della funzione della prescrizione la giurisprudenza, con lodevole sforzo argomentativo, distingue due parametri oggettivi che dovrebbero ovviare alla paventata "soggettivizzazione". Non può dirsi che il rischio, pur con tali accorgimenti, sia fugato: l'ordinaria diligenza del danneggiato e il livello di conoscenze scientifiche dell'epoca, in quanto ancorati alla percepibilità del soggetto, non avviano allo

⁸⁶ Secondo la tassonomia di OPPO, *op. cit.*, 209.

⁸⁷ E' la conclusione cui perviene G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme)*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V, Milano, 1998, 347: «il mandato appare come lo schema di riferimento più idoneo [...] ad evocare, già nell'ambito del sistema del nuovo codice civile, la realizzabilità, senza alcuno ostacolo di carattere normativo, di quelle forme di destinazione dei beni e di collaborazione al perseguimento delle correlative finalità, tradizionalmente considerate sotto il profilo della *fiducia*».

⁸⁸ Così A. LUMINOSO, *Il mandato*, in *Tratt. dir. privato*, diretto da P. Rescigno, XII, Torino, 2007, 42, 43, e pure OPPO, *op. cit.*, 238-239.

⁸⁹ P. G. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, nota a Cass. 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Danno resp.*, 2004, 389 ss.



scivolamento in senso soggettivo della prescrizione⁹⁰.

Nel prendere posizione in favore dell'una o dell'altra posizione, occorre fermare l'attenzione sul dato positivo. L'art. 2395 c.c. – secondo il quale la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere – è, secondo la Cassazione, norma «assolutamente aperta a molteplici e contrapposte interpretazioni». Tra i molteplici significati che alla norma è possibile attribuire va, tuttavia, prescelto quello che trova nel diritto positivo il proprio completamento: l'art. 2935 c.c., quale norma generale che fissa il termine di decorrenza del diritto dal giorno in cui il diritto può dirsi esistente ed esigibile, rinviene altrove il proprio contenuto.

Occorre riflettere, allora, sul significato di fatto illecito recato dall'art. 2043 c.c.: la sola azione (dolosa o colposa) o l'azione causativa del danno? Nella descrizione della fattispecie «qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto» sono fissati i concetti rilevanti: il fatto doloso o colposo; il nesso di causalità; il danno, nella duplice veste di evento naturalistico e di lesione di una situazione giuridica soggettiva. Il fatto, sul piano analitico, dei concetti, non può essere che riferito all'azione umana: precisamente all'azione dell'uomo, anche non volontaria. Al procedimento definitorio della fattispecie si accompagna un *procedimento di denominazione*⁹¹, in quanto la norma – per il tramite della sua rubrica, che non di rado oltre a confermare il carattere definitorio della disposizione è determinante nell'individuare il *definiendum*⁹² – designa in modo sintetico, con l'espressione 'fatto illecito', i concetti impiegati.

La lettura congiunta delle due norme indirizza verso una soluzione intermedia: il fatto illecito è assunto nell'art. 2947 c.c. come espressione non analitica ma sintetica, che comprende la condotta causativa di un danno. Non è sufficiente la sola condotta, giacché altrimenti si darebbe la possibilità che la prescrizione cominci a decorrere prima che il diritto venga e esistenza⁹³; ma neppure è necessaria la conoscenza del danno e della sua causa, quasi che

quest'ultima si collochi esternamente alla fattispecie dannosa. La causalità, si insegna, «è *interiore*, non *esteriore* al fatto giuridico⁹⁴: occorre la causalità affinché si dia un fatto, non un fatto affinché ci sia causalità»; il "fatto" fonte di responsabilità comprende, oltre la cosiddetta "azione" anche un qualche "evento"⁹⁵. Il danno, poi, non è qualcosa che si congiunge al fatto, in un nesso di derivazione causale: a dispetto del linguaggio causalista adottato dalla norma, le conseguenze di cui discorre l'art. 1223 sono la semplice traduzione patrimoniale del fatto, la perdita patrimoniale in uscita e in entrata⁹⁶.

Si dirà, allora, in conclusione, che il diritto al risarcimento del danno decorre dal momento in cui, col manifestarsi del danno, ricorrono tutti gli elementi costitutivi della fattispecie: il danno, quando si manifesta, reca con sé una causalità intrinseca, che ne dà già per compiuta la sua riferibilità ora alla condotta di un soggetto, ora al caso fortuito. Nel momento in cui il danno si esteriorizza, il danneggiato potrebbe non conoscerne la genesi causale e, nondimeno, il fatto rilevante ai fini della decorrenza del termine di prescrizione «si è verificato»: si sono cioè verificati tutti i fatti costitutivi del diritto.

7. Postilla conclusiva sul fondamento dell'obbligazione restitutoria tra disciplina dell'indebito, proprietà del *solvens* e autonoma rilevanza del contratto nullo.

Ritorniamo alla nullità e ai suoi effetti, per raccogliere qualche riflessione conclusiva sul fondamento dell'obbligazione restitutoria.

L'art. 1422 c.c. disciplina la fattispecie del contratto nullo eseguito, là dove nello stabilire che «l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione», fa salvi gli effetti «della prescrizione delle azioni di restituzione». L'opinione tradizionale scandisce così le conseguenze della nullità: i comportamenti esecutivi dell'atto nullo non sono davvero tali poiché del nulla non si dà esecuzione; il pagamento eseguito è, dunque, privo di causa sin dal momento in cui viene eseguito e da tale momento – recita l'art. 2033 c.c. – il *solvens* ha diritto di agire in ripetizione.

Il collegamento tra nullità e indebito, da cui discende la prescrittibilità dell'azione di ripetizione, non si dà senza problemi: non è certo, in particolare, se la disciplina recata agli artt. 2033 s. riguardi la sola ipotesi dell'isolato pagamento ovvero, se – in

⁹⁰ Così C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 788, secondo il quale «la Cassazione ci fornisce un esempio paradigmatico di "diritto debole"».

⁹¹ IRTI, *Norme e fatti*, cit., 38: «la norma designa, con una o più parole tecniche, i concetti impiegati. Il *nomen juris* evoca il contenuto della singola norma: mediante un giudizio di carattere involutivo, la definizione si converte in un nome».

⁹² A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Torino, 1974, 105. Naturalmente le rubriche degli articoli possono svolgere la funzione già esaminata anche se non si limitano a contenere il *definiendum* ma danno anche qualche indicazione della disciplina contenuta nell'articolo: risarcimento da fatto illecito individua oltre che la fattispecie anche l'effetto che ne deriva.

⁹³ In tal senso anche DI LORENZO, *op. cit.*, 131.

⁹⁴ F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum*, in *Foro it.*, 1952, 97 ss.

⁹⁵ G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 405 ss.

⁹⁶ CASTRONOVO, *op. cit.*, 872.



una prospettiva doppiamente neutrale, che prescinde dalla causa della restituzione, e, nell'ambito delle patologie contrattuali, pure dalla ragione, originaria o successiva, che ha portato alla dissoluzione del contratto⁹⁷ – abbia portata generale. L'unitarietà di trattamento – con il corollario di una 'bilateralità isolata' delle restituzioni – mostra difficoltà di convivenza e solleva un'obiezione di fondo: se, da un lato, il principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali ha tolto ogni spazio agli atti di trasferimento astratti, dall'altro la natura personale dell'azione di ripetizione parrebbe presupporre l'avvenuto trasferimento in capo all'*accipiens* della titolarità sul bene⁹⁸. Il confronto tra la disciplina dettata dagli artt. 2037 e 2038 c.c. e quella recata all'art. 948 c.c. conforterebbe, sostengono alcuni autori, tale conclusione: l'art. 2037, nel determinare il contenuto dell'obbligazione restitutoria a carico dell'*accipiens*, non fa alcun riferimento ad un criterio di imputabilità del perimento della cosa e detta un regime che si ispira alla regola *res perit domino*; l'art. 2038 c.c., per l'ipotesi di alienazione del bene al terzo, articola una disciplina delle restituzioni che presuppone la legittimazione a disporre dell'*accipiens* e lascia privo di azione diretta il *solvens*. La disciplina potrebbe dirsi contraddittoria degli effetti del contratto nullo, il quale non costituisce titolo idoneo a trasferire la proprietà in capo all'*accipiens*. Da generali, le regole sull'indebito diverrebbero, allora, residuali, applicabili alle sole ipotesi in cui il trasferimento della proprietà prescinde dalla validità del titolo⁹⁹; negli altri casi troverebbe applicazione l'azione di rivendicazione. L'alternativa è densa di conseguenze sul versante della prescrizione: l'azione di restituzione (fondata sul titolo di proprietà in capo al *solvens*) seguirebbe, di regola, il regime di imprescrittibilità dell'azione di nullità. Ma di tale conclusione si potrebbe dubitare, ove si sostenesse (con fondate ragioni) che il titolo contrattuale mette da parte quello proprietario, almeno tra le parti del contratto nullo. Anche l'opinione maggioritaria, incline ad individuare nell'azione di ripetizione il regime naturale delle restituzioni, ammette il *solvens* all'azione di rivendicazione per l'ipotesi in cui sia prescritta l'azione

di ripetizione¹⁰⁰. Così la prescrittibilità delle azioni di restituzione, affermata dall'art. 1421 c.c., si risolve nel suo contrario; e non ci si avvede che la norma, così formulata, assegna all'esecuzione una forza normativa capace di attribuire efficacia al negozio viziato¹⁰¹: non a torto si direbbe di una fattispecie complessa attributiva di un diritto di proprietà in capo all'*accipiens* a titolo originario. Che il contratto nullo sia improduttivo di effetti, persino consegnato all'irrelevanza giuridica, è affermazione scontata e abusata; renderebbe, tra l'altro, ragione dell'impossibilità di fondare sul contratto, ancorché invalido o inefficace, l'obbligazione restitutoria¹⁰². La differenza con il contratto risolubile (perché annullato o risolto) sarebbe irriducibile: nell'un caso l'inefficacia sopravvenuta, che dipende dall'eccezione della parte interessata, non compromette la pregressa rilevanza (ed efficacia) del contratto; nell'altro caso l'inefficacia originaria parrebbe impedire la possibilità di rinvenire nel contratto la fonte di effetti ulteriori e diversi dal potere (processuale) di impugnazione. Ma così come l'efficacia non è misura della rilevanza del fatto, la quale si dà come semplice conformità a una descrizione normativa¹⁰³, così la disimmetria tra gli effetti

¹⁰⁰ MOSCATI, *op. cit.*, 481, nt. 174. In giurisprudenza è nota Cass. 12 febbraio 1975, n. 556, in *Foro it.*, 2560 s., con nota di A. PROTO PISANI, *In tema di rivendica*. In senso contrario v., però, *ex multis*, Cass. 11 luglio 1981, n. 4507.

¹⁰¹ In questi termini, A. DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, 7, *Il contratto in generale*, Torino, 2002, 120; Sacco, *op. cit.*, 578. In termini non dissimili V. DONATO, *Appunti sulla natura della conversione dei contratti nulli (note sulle vicende prodotte dalle forme di invalidazione)*, in *Contributi di diritto civile*, Torino, 2004, 123 ss. (spec. 201 nt. 244), secondo il quale, in caso d'esecuzione spontanea, la fattispecie registra «un'attività esecutiva conforme ad una regolamentazione negoziale e, dunque, dotata di attitudini effettuali – rilevante proprio in quanto rispondente al programma invalido». Di conseguenza soltanto un escamotage «potrebbe indurre a qualificare [la stessa] alla stregua di element[o] di mero fatto, non qualificat[o] giuridicamente».

¹⁰² Soprattutto, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 348 ss., spec. 352, secondo il quale «ove le restituzioni siano la conseguenza di contratti caducati, esse hanno forma di obbligazioni (e azioni) contrattuali, governate dunque dai principi del contratto».

¹⁰³ ORLANDI, *op. cit.*, 169: «rilevante è il fatto suscettibile di determinare un processo predicativo, cioè l'attribuzione di qualifiche; qui non si ha riguardo al contenuto della qualifica od al tipo di contegno: che la norma implichi questo o quell'effetto»; IRTI, *Norme e fatti*, cit., 46: «fatto rilevante è il fatto che viene individuato nel diritto e che, come soggetto del giudizio, riceve un predicato normativo»; «il fatto rilevante è il fatto sussunto cioè il fatto che si lascia ridurre ad esempio di un tipo» (ivi, 56); «rilevante è, dunque, il fatto che riceve un predicato giuridico; irrilevante, il fatto che non riceve un predicato giuridico: cioè, che non si palesa omogeneo con il contenuto di una descrizione normativa» (ivi, 57); «la rilevanza esprime, dunque, la relazione logica tra concetto normativo e caso singolo, poiché il pensiero riconduce questo nell'ambito di quello. La produzione degli effetti riguardo il piano della norma, cioè il legale di con-

⁹⁷ Così E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restituito in integrum nella prassi giurisprudenziale, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 89; E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 438.

⁹⁸ Classico il riferimento a C. ARGIROFFI, *Sul concorso delle azioni di rivendicazione e di ripetizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 608 ss.; si v. più di recente, G. BARAGGIOLI, *Restituzione e declaratoria di nullità del contratto*, in *Le obbligazioni restitutorie*, a cura di A. D'Angelo, Torino, 2015, 101 ss.

⁹⁹ ARGIROFFI, *op. cit.*, 627.



giuridici e quelli economico-sociali voluti dalle parti non consegna il negozio nullo all'improduttività di effetti. L'interprete che ragioni in termini analitici scopre la relatività delle qualificazioni giuridiche: la fattispecie del contratto valido è individuata dall'art. 1325 c.c. per rinvio alle singole norme che disciplinano gli elementi necessari per la corretta formazione della fattispecie. La fattispecie del contratto invalido è individuata, a sua volta, dall'art. 1418 c.c. per relazione alla fattispecie di contratto valido e detrazione degli elementi di quest'ultima¹⁰⁴. La produttività degli effetti voluti dalle parti di un contratto valido dipende dalla conformità del contegno delle parti alla fattispecie di contratto valido assunta dagli artt. 1321 c.c. e 1372 c.c.; l'improduttività di effetti, dall'impossibilità di predicare tale conformità. Sparse nel sistema, si trovano altre norme nelle quali è la conformità a una fattispecie di contratto invalido a essere presa in considerazione, accanto ad altri fatti, in vista della produzione di effetti¹⁰⁵. Ora, diversi e contrari rispetto a quelli voluti dalle parti: l'art. 1422 c.c. detta una regola 'seconda' che sviluppa la *ratio* della regola prima sull'improduttività degli effetti programmati dalle parti: il contratto nullo e l'esecuzione della prestazione sono individuati come fatti costitutivi dell'obbligazione restitutoria. Ora, invece, effetti gradatamente corrispondenti a quelli voluti dalle parti. Conviene ragionare indistintamente di 'sanatoria' e di 'recupero' del contratto nullo: alle volte il recupero di effetti è parziale e limitato all'esecuzione avvenuta – art. 2126 c.c. –; altre volte, invece, il recupero o la sanatoria si dà integrale e illimitata: il contratto con causa turpe è nullo e, tuttavia, se eseguito impedisce la nascita dell'obbligazione restitutoria (art. 2035 c.c.)¹⁰⁶. La

conclusione, che potrà apparire controvertibile, ove si reputasse che il *solvens* disponga pur sempre dell'azione di rivendicazione, trova conferma – su un piano più generale - ancora nell'art. 1422 c.c.: dove si disvela un'ulteriore regola che individua nell'irripetibilità della prestazione riveniente da un contratto nullo (in ragione dell'intervenuta prescrizione) una fattispecie complessa attributiva del diritto di proprietà in capo al *solvens*. È un contrappunto di regole seconde e contro-regole che s'insediano nella parte generale dell'invalidità.

dizionalità tra giudizio ipotetico e giudizio assertorio. Altro è dire che il caso singolo rientra in un tipo generale, altro è dire che, essendosi avverata l'ipotesi, debbono seguire gli effetti. La rilevanza dipende da un *nesso di concetti* (il concetto particolare è riportato sotto il concetto generale); gli effetti dipendono da un *nesso di giudizi* (se si è verificato il soggetto della protasi, allora segue il soggetto dell'apodosi) (ivi, 59); «la rilevanza [...] si risolve nella sussunzione [...] e questa, a sua volta, è l'antecedente indeclinabile degli effetti» (ivi, 61); «il giudizio sussuntivo ha un valore logico autonomo; la produzione degli effetti postula, invece, il giudizio sussuntivo» (ivi, 60). Nel contesto specifico dell'invalidità la prospettiva originaria di Irti è sviluppata da S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995 e, più di recente, in chiave riassuntiva, Id., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notar.*, 2009, 174 ss.

¹⁰⁴ IRTI, *op. ult. cit.*, 152; MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, cit., 50-51.

¹⁰⁵ Diremmo con SACCO, *op. cit.*, 578 che «un fatto, privo di effetti quando è solo, può essere capace di effetti quando si combina con un fatto ulteriore».

¹⁰⁶ Tant'è che in dottrina – S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino 2007, 154 – si

osserva come «una vicenda attributiva coeve alla quale sono una preclusione (all'esperibilità della *condictio indebiti*) ed una intervensione (della situazione dominicale sulla res tradita) in tanto si giustifica in quanto si ammetta che il *solvens*, dando volontaria esecuzione alla prestazione convenuta, effettua una sorta di convalida del titolo (illecito) originario».

L'interprete, ancora, una volta scopre la relatività delle qualificazioni giuridiche: «Negozio nullo soggetto a sanatoria» (art. 799); «negozio nullo capace di produrre l'irripetibilità del pagato» (art. 2035); «negozio con effetto limitato alla irripetibilità del pagato» (artt. 1934 e 1935 c.c.); «negozio valido costante di una dichiarazione seguita da consegna» (è la fattispecie della donazione informale di modico valore); si darebbero «quattro formule diverse utilizzate comunemente per classificare quattro fattispecie strutturate in modo strettamente similari, e produttive di effetti strettamente similari!» (così SACCO, *op. cit.*, 504).

