

ALBERTO ROMANO

Straordinario dell'Università di Ferrara

Note in tema di decadenza

SOMMARIO: 1. Cenno alla frequenza con la quale il tema della decadenza è trattato dalla dottrina, e all'angustia dell'impostazione più comune del problema. Rilievo sulla connessione della nozione di decadenza con la teoria delle situazioni giuridiche soggettive e osservazioni sull'opportunità di sviluppare l'analisi del tema seguendo questo profilo. — 2. La genesi della nozione di decadenza, per distacco e per valutazione autonoma di una materia in precedenza ricompresa nell'ambito di un concetto assai vasto di prescrizione. La relativa «novità» della nozione di decadenza. — 3. I caratteri dell'ampia, originaria nozione di prescrizione. Prescrizione e effetti giuridici del decorso del tempo. Prescrizione acquisitiva e prescrizione estintiva. Interferenze tra il processo di approfondimento della distinzione tra i due aspetti della prescrizione, e il processo di distinzione della decadenza dalla prescrizione. — 4. La caratterizzazione dell'attuale concetto di prescrizione estintiva sotto un profilo funzionale. Cenno sulle dispute relative alla rilevanza da attribuire all'elemento teleologico nella definizione degli istituti giuridici. La prescrizione come istituto in funzione dell'interesse dell'ordinamento all'eliminazione dei contrasti tra stato di fatto e stato di diritto. — 5. Problemi relativi alla precisazione della situazione giuridica soggettiva incisa dalla prescrizione. Traduzione in termini di situazione giuridica soggettiva della precedente formula. La disciplina delle cause di interruzione della prescrizione. Gli atti interruttivi non sono atti di esercizio del diritto. Le cause di sospensione. — (6.) Precisazione della genesi della nozione di decadenza. Sua caratterizzazione sotto il profilo funzionale, correlativa a quella della prescrizione. La decadenza in funzione di interessi di varia natura, tutti riflettentisi sull'esigenza di limitare nel tempo la possibilità attribuita ad un soggetto di attuare una modificazione giuridica. Considerazioni conclusive sulla diversità di funzione della prescrizione e della decadenza. — 7. Comparazione tra la suaccennata caratterizzazione della decadenza sotto un profilo finalistico e la disciplina dettata dal codice civile. Rilievi sulla marginalità del dettato legislativo, nei confronti della normativa della prescrizione. — 8. La costruzione della decadenza su un piano dogmatico. Primi tentativi di precisazione della situazione giuridica incisa dalla decadenza. Decadenza e diritti a termine. Decadenza e *Präklusivfristen*. Carattere necessariamente dinamico della situazione giuridica incisa dalla decadenza. Impossibilità di risolvere adeguatamente il problema senza l'ausilio della teoria delle situazioni giuridiche soggettive nelle sue più evolute formulazioni. — 9. Cenni sulla rilevanza fondamentale della teoria delle situazioni giuridiche soggettive nella formulazione della dogmatica giuridica, e sull'insoddisfacente stato della dottrina al riguardo. Lo sviluppo della nozione di potere giuridico come tendenza dominante nel quadro delle situazioni soggettive. — 10. I profili di distinzione del potere giuridico dal diritto soggettivo. Il profilo contenutistico. Riferimento al potere di quegli aspetti dinamici una volta ricom-

presi nell'ambito del diritto. In particolare: il potere di azione e il potere di disposizione. Il potere come la nozione di base per una teoria generale dell'azione giuridica. — 11. La distinzione del potere giuridico dal diritto soggettivo sotto un profilo strutturale. Il diritto soggettivo legato al concreto rapporto giuridico. Il potere come sviluppo della capacità del soggetto. — 12. L'esercizio del potere giuridico come oggetto della decadenza. La teoria di Santi Romano. Genesi della correlazione. Conseguenze derivanti dalla differenziazione del potere giuridico dal diritto soggettivo sotto il profilo strutturale. Le vicende del diritto e le vicende dell'esercizio del potere. Cenno di un ampio concetto di cause di preclusione dell'esercizio del potere, come omologo del concetto di estinzione del diritto. Identificazione della decadenza con la preclusione all'esercizio del potere. — 13. Conseguenze derivanti dalla differenziazione del potere giuridico dal diritto soggettivo sotto il profilo contenutistico. Riferimento alla nozione di potere di tutte le posizioni aventi carattere dinamico. Costatazione della coincidenza di queste ultime con le posizioni nei confronti delle quali si può ipotizzare l'apposizione di termini di decadenza, data la funzione di tali termini. Dimostrazione dell'esattezza della teoria di Santi Romano. La prescrizione incide su diritti. Considerazioni relative ad esigenze di approfondimento della formula, anche in relazione a recenti nuove concezioni dell'autonomia privata. La teoria di Salvatore Romano. — 14. Valutazione di critiche rivolte alla teoria di Santi Romano. Loro base esclusivamente letterale. Il riferimento legislativo della decadenza al diritto. In particolare: gli artt. 1495 e 2966 cod. civ. Individuazione del significato del termine « diritto » impiegato dal legislatore come comprendente quegli aspetti dinamici che la dottrina più recente riferisce al potere. Rilievi relativi al condizionamento della formulazione legislativa e dei suoi mezzi di espressione al quadro concettuale offerto dalla dottrina dell'epoca. Necessità di tener conto di questo fattore nella precisazione del valore del testo della legge. — 15. Il riferimento legislativo della prescrizione all'azione. In particolare: la c.d. prescrizione delle azioni di annullamento del contratto per vizio del consenso. Varie possibili definizioni della situazione incisa dal termine previsto dalla legge, in relazione a diverse prospettive dogmatiche. I rapporti tra diritto e azione e tra prescrizione e decadenza. — 16. Rilevanza della costruzione dogmatica nella individuazione della disciplina da applicare a singole ipotesi di fissazione legislativa di termini. Prevalente importanza della valutazione degli aspetti funzionali. Applicazione al termine previsto per le azioni di annullamento del contratto: il termine è di decadenza. — 17. Valutazione dei termini nei quali viene correntemente impostata la diversità del decorso della decadenza rispetto al decorso della prescrizione. Il significato della espressa previsione di inapplicabilità alla decadenza delle cause di interruzione della prescrizione. Indicazione della possibile esistenza di diverse cause di interruzione della decadenza. — 18. Le cause di sospensione. Il problema del momento iniziale del decorso del termine. L'interpretazione della formula legislativa relativa alla prescrizione e questione della sua applicabilità alla decadenza. Cenno sulla possibile esistenza, nella decadenza, di un principio generale secondo il quale l'inizio del decorso del termine è fissato dal legislatore mediante una tipizzazione delle condizioni del titolare del potere, le quali volta a volta permettano l'effettivo esercizio di questo. La lacunosità della disciplina legislativa. La necessità di una indagine prevalentemente analitica delle singole ipotesi di termini di decadenza previsti dalla legge, al fine di individuare elementi comuni della loro disciplina. La decadenza in diritto amministrativo. L'apporto che possono dare i pubblicisti in una indagine del genere. Il problema della

applicabilità generale delle norme dettate dal codice civile. — 19. Considerazioni riassuntive. La teoria di Santi Romano trova la sua più profonda ragion d'essere in esigenze di carattere dogmatico. L'ampiezza della nozione di decadenza. Decadenza e esercizio del potere. Decadenza e termini di decadenza. Cause di decadenza diverse dai termini di decadenza. Parallelo con l'estinzione del diritto e con la prescrizione. — 20. La nozione della decadenza e la dottrina del diritto pubblico. Appartenenza della nozione alla teoria generale del diritto. Opportunità di una sua elaborazione in comune tra pubblicisti e civilisti.

1. — La scelta del tema richiede una spiegazione, quasi una giustificazione preventiva. Di regola, una introduzione del genere è quanto di più pleonastico si possa immaginare. Nel nostro caso, peraltro, non si può non tener conto di una circostanza che può motivare un'eccezione.

È innegabile: nuovi scritti a proposito della decadenza non vengono considerati affatto attraenti. Alla base di questo atteggiamento, sicuramente assai diffuso, sta una combinazione di fattori, che sotto un certo profilo possono sembrare anche contraddittori. Alla frequenza con la quale l'argomento è ripreso nella letteratura, anche la più recente ⁽¹⁾, si contrappone, infatti, la tendenza assai generalizzata a considerare i problemi che la materia offre come di scarsa portata, e rilevanti tutt'al più in sede di esegesi di qualche striminzito articolo del codice civile.

La dottrina meno vicina nel tempo aveva prospettato varie costruzioni del fenomeno della decadenza, alcune delle quali tutt'altro che ristrette e superficiali. Essa stessa, comunque, non sempre aveva saputo sfuggire al pericolo di esaurirsi in una analisi del particolare, perdendo di vista più ampie implicazioni concettuali. Soprattutto, è un vizio che afferrisce alla elaborazione del tema fin dalla sua origine, il marcatissimo carattere di marginalità dell'impostazione: la definizione del concetto di decadenza, la stessa ricostruzione della sua disciplina positiva sono state sempre viste in funzione di una contrapposizione e quindi di una differenziazione dalla nozione e dalla disci-

⁽¹⁾ Per la letteratura italiana del dopoguerra v. soprattutto: SARACENO, *Della decadenza*, in *Commentario al codice civile* diretto da D'Amelio-Finzi, *Libro della tutela dei diritti*, p. 1007 ss.; AZZARITI e SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario al codice civile* diretto da Scialoja e Branca, ad art. 2964 ss.; MAGAZZÙ, voce *Decadenza*, in *Novissimo digesto italiano*, V, Torino, 1960; TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza*, Milano, 1948 e, ora, voce *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962; TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, in *Jus*, 1956, p. 216 ss.; PELLIZZI, *In margine al problema della decadenza*, in *Giur. it.*, 1957, IV, p. 38; CANDIAN, *Decadenza e prescrizione*, in *Temi*, 1950, p. 1 ss.

plina della prescrizione. In breve: la dottrina è sempre stata preoccupata più di come la decadenza si distingua dalla prescrizione, che di che cosa la decadenza sia.

Pur rilevando come vecchio difetto questa limitazione di prospettiva, si deve notare che deriva dalla letteratura italiana più recente una sorta di esasperazione del processo di riduzione ai minimi termini della portata della problematica della decadenza. Paradossalmente, questa involuzione sembra essere stata facilitata proprio da un fattore che, sotto un certo profilo, potrebbe costituire un progresso nella tecnica legislativa: il raggruppamento, operato nel codice civile del '42, di una serie di norme dedicate espressamente all'istituto. Quel che sembra avere avuto tale influenza negativa è la particolare formulazione impressa agli artt. 2964 ss., per la quale essi paiono proporsi come una organica disciplina dell'intera materia. L'impressione, sotto un certo profilo, è ingannevole: se l'analisi della nozione di decadenza viene sviluppata su un piano dogmatico, la disciplina accennata inquadra solo una modesta porzione del tema, e forse neppure la più significativa. Ciò nonostante, l'indagine dottrinale che si è atteggiata in funzione di interpretazione del nuovo codice non si è posta il problema di una valutazione critica dei limiti dell'oggetto del dettato legislativo, e li ha senz'altro assunti come propri della nozione, anche e soprattutto in sede di ricostruzione dogmatica di questa.

Su quali basi, poi, tale ricostruzione venga tentata, è generalmente noto: la lacunosa disciplina dettata dal codice civile presenta senz'altro numerosi profili di incertezza, ma di questi uno solo è approfondito pressoché esclusivamente dalla dottrina: il suo ambito di applicabilità. In sostanza, oggi il problema della decadenza si considera circoscritto all'individuazione delle singole ipotesi di termini previsti qua e là dalla nostra legislazione e soprattutto dallo stesso codice civile, al cui decorso sia applicabile la normativa in parola; s'intende, che l'analisi è sempre condotta in relazione all'alternativa dell'applicazione della disciplina della prescrizione. A questa angusta impostazione, poi, viene anche attribuito, per così dire, un valore retroattivo: l'unico metro di valutazione della passata letteratura che trovi oggi cittadinanza in dottrina (sotto questo profilo, è veramente esemplare il lavoro del Trimarchi), è quello della maggiore o minore idoneità delle varie costruzioni formulate fin dalla pandettistica, a identificare l'ambito di applicazione degli artt. 2964 e ss. c.c.

Il panorama offerto dall'attuale stato della dottrina, dunque, non si può certo dire ricco di vaste prospettive; non ci sentiremmo di dare torto al lettore annoiato da una ennesima ripresa del tema della decadenza, se ogni sforzo di proposizione di nuove idee o di valutazione critica di vecchie elaborazioni, dovesse portare esclusivamente ad un solo risultato: a stabilire, cioè, se il decorso di un dato termine possa oppure non possa venire interrotto ovvero sospeso. Senonché, crediamo che il tema della decadenza investa problemi ben più ampi delle questioni indicate; per meglio dire, problemi ben più ampi e assai diversi: da un lato, le esigenze che hanno costituito la base dei più notevoli tentativi di formulazione della nozione di decadenza, solo in parte si ricollegano direttamente a necessità di esegesi di una normativa determinata, pur senza perdere per questo nulla in concretezza; d'altro canto, la questione dei limiti di applicabilità degli artt. 2964 e ss. c.c. solo in parte può essere risolta facendo ricorso ad un concetto formulato prevalentemente per altri fini e su un diverso piano.

La nozione dogmatica di decadenza trova la sua più profonda ragion d'essere nel suo inquadramento nella teoria delle situazioni giuridiche soggettive; essa, anzi, se compiutamente definita, dovrebbe occupare un posto centrale in tale teoria, il che equivale a dire un posto centrale nell'intero quadro concettuale di cui oggi possa disporre il giurista, data l'impostazione, appunto, soggettiva, sulla base della quale è attualmente formulata in misura pressoché esclusiva la dogmatica giuridica⁽²⁾. Se il tema della decadenza viene inquadrato in questa ampia prospettiva, esso può offrire ancora oggi una materia di ricostruzione concettuale interessante come poche. Di più: la stessa valutazione delle teorizzazioni meno recenti presenta spunti che vorremmo definire di estrema suggestione: per la connessione accennata, lo sviluppo della nozione di decadenza non può profilarsi se non di pari passo con lo sviluppo della dogmatica delle situazioni giuridiche soggettive, cosicché l'analisi della evoluzione dell'una porta a rilevare, disposte quasi come stratificazioni geologiche,

(²) Come è noto, di recente si è tentato di storicizzare, per così dire, tale impostazione (ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss.); peraltro, quanto essa sia presupposta in termini assoluti nella dogmatica giuridica contemporanea lo si può misurare proprio dalla vivacità delle reazioni che il tentativo accennato ha suscitato (v. soprattutto: CARNELUTTI, *Eccezione e analisi dell'esperienza*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 646). Il problema, comunque, affiora spesso nella letteratura: cfr., per esempio, GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, *Rass. dir. pubbl.*, 1959, p. 244.

le fasi del progredire dell'altra. È appena il caso di notare, d'altra parte, che il significato più profondo dei molteplici e spesso contraddittori sforzi ricostruttivi della nozione di decadenza, può essere colto solo a condizione che si abbandoni l'angusto angolo visuale criticato: non si possono costringere le faticose costruzioni dogmatiche, le teorie basate su più vaste impostazioni, in quella specie di letto di Procuste costituito dalle esigenze meramente esegetiche di una disciplina particolare, ad esse posteriore nel tempo, e spesso non di poco; lo sviluppo dogmatico deve essere valutato in tutta l'ampiezza dei suoi termini originari, e soprattutto nell'ambiente concettuale nel quale si è sviluppato.

Il presente lavoro, come indica il suo titolo, non intende proporre né una completa ricostruzione dell'istituto, così come è previsto dalle norme del codice civile, né una serie di soluzioni alle numerose questioni esegetiche che queste pongono: la stessa vasta letteratura sull'argomento non sarà valutata *ex professo*, ma solo nei limiti nei quali essa interferisce con la particolare linea di ragionamento che sarà svolta. L'attenzione sarà concentrata in misura prevalente sulla impostazione del problema; solo attraverso una correzione dell'angolo visuale tradizionale pare si possano superare quelle contraddizioni nelle quali la dottrina sul tema sembra non essere capace di uscire. La chiave per arrivare a tale obiettivo, senza dubbio, è costituita da una approfondita valutazione di quei presupposti concettuali solo nel cui quadro la nozione dogmatica di decadenza può avere un proprio significato.

2. — Un fattore di primaria importanza per la comprensione dei termini nei quali si pone attualmente la problematica della nozione di decadenza è la precisazione della impostazione originaria del problema.

Il punto meriterebbe indagini assai dettagliate; peraltro, pur nella sommarietà di richiami che è imposta dal carattere preliminare del presente lavoro, è possibile notare un tratto abbastanza peculiare: la possibilità di individuare in modo storicamente preciso l'origine del moderno concetto di decadenza.

La definizione di esso si cominciò a delineare nel corso dell'analisi che si sviluppò intorno alla metà del secolo passato, avente per oggetto gli effetti giuridici prodotti dal decorso del tempo. La materia che veniva allora considerata da tale angolo visuale era vastissima, e comprendeva ipotesi che oggi sono ritenute assai disparate;

ciò nonostante, essa veniva inquadrata concettualmente in modo tendenzialmente unitario, e con riferimento pressoché esclusivo ad un solo istituto: quello della prescrizione (3).

Questa situazione concettuale richiedeva di per sé un'analisi più dettagliata, della quale anzi ne indicava parimenti l'orientamento: si trattava di sceverare le singole ipotesi, tra di loro non omogenee, di effetti giuridici prodotti dal decorso del tempo, disegnando una più articolata classificazione che tenesse conto delle loro specifiche individualità. Fu appunto nella definizione di questi nuovi schemi che fece la prima comparsa la moderna nozione di decadenza.

Il problema veniva così impostato in un modo che, se è poco frequente in tutti i rami del diritto, è veramente straordinario nell'ambito della più tradizionale elaborazione privatistica: la dottrina dell'epoca si mostra consapevole, a torto o a ragione, di tentare l'analisi di un fenomeno nuovo, nel senso che esso precedentemente non era stato individuato dalla dogmatica giuridica. Si spiega così la mancanza di riferimenti diretti a precedenti costruzioni della nozione, e si comprende anche come la stessa precisazione del tema sia compiuta in relazione ad una casistica che si considera individuata per la prima volta, o quanto meno per la prima volta valutata sotto il profilo ad esso specifico.

Tale atteggiamento della dottrina della prima metà dell'800 trova una puntuale conferma nella letteratura dei decenni successivi: quest'ultima è concorde nel fissare l'origine del concetto in relazione all'epoca indicata. La data di nascita della nozione talvolta viene accennata solo implicitamente, e cioè non risalendo nella prospettiva storica oltre il termine anzidetto; ma spesso le indicazioni sono esplicite, e allora si arriva anche a precisare l'autore che per primo abbia delineato lo spunto ricostruttivo della nuova nozione, o almeno abbia iniziato l'analisi disgregatrice del precedente onnicomprensivo concetto di prescrizione (4).

È notevole che l'individuazione dell'istituto della decadenza venga considerata come una scoperta del tutto indipendente da mutamenti di quella che oggi chiameremmo disciplina positiva della mate-

(3) Questa impostazione era comunemente accolta dalla dottrina, sia francese che tedesca; si rinvia, pertanto, alle note trattazioni civilistiche generali dell'epoca, senza aggiungere inutili indicazioni bibliografiche.

(4) Cfr., per esempio: MODICA, *Teoria della decadenza nel diritto civile italiano*, I, Torino, 1906, p. 156, il quale attribuisce in misura prevalente tale merito al Savigny.

ria: la dottrina si dimostra convinta che la nuova nozione sia perfettamente adattabile ad ipotesi provenienti da ordinamenti di ogni epoca, anche se esse, come si accennava precedentemente, non erano state mai classificate secondo i loro caratteri specifici. In tal modo, dunque, nella letteratura dei decenni indicati, si sviluppa una specie di caccia ai casi di decadenza, i quali vengono correntemente individuati nel diritto romano classico e nella compilazione giustiniana, nel diritto canonico e nel diritto comune (5).

È veramente singolare come non fosse minimamente avvertita l'antistoricità di una simile indiscriminata applicazione degli schemi di nuovo conio. Del resto, l'intera impostazione descritta, evidentemente, deve lasciare scettici: non è verosimile che anteriormente la dottrina avesse sempre ignorato le esigenze di sistemazione di una casistica che pure veniva così diligentemente individuata come esistente in tutte le epoche e sotto tutte le latitudini. Di più: pare abbastanza arbitraria la pretesa di poter datare una specie di anno uno della elaborazione della nozione della decadenza, in relazione all'attribuzione della paternità della scoperta all'uno o all'altro giurista della pandettistica.

Nella dottrina della prima metà dell'800 si deve registrare effettivamente una innovazione: ma questa innovazione si svolge unicamente sul piano della dogmatica, della concettuologia che il giurista formula in funzione strumentale. È un vecchio istituto quello che viene valutato da un diverso angolo visuale, e ricompreso in una nuova nozione; ma d'altra parte è appunto tale nozione la quale, pur nelle sue modificazioni e sviluppi, profila i termini nei quali ancor oggi il problema viene impostato e dibattuto.

3. — Sviluppando brevemente lo spunto prima accennato, occorre anzitutto rilevare con maggiore precisione i caratteri della nozione di prescrizione, quale era comunemente accolta nella dottrina della prima metà del secolo scorso; quella nozione, cioè, che nell'ampiezza delle sue linee in ultima analisi condizionò gli stessi termini dell'impostazione originaria del problema della decadenza.

Nell'ambito dell'istituto della prescrizione, allora, veniva ricon-

(5) Sotto questo profilo è veramente significativo l'esempio del MODICA (*op. ult. cit.*, I, p. 93 ss.), il quale, sotto il profilo storico, non trascura neppure i diritti barbarici (ostrogoti, longobardi, franchi: p. 113 ss.), e sotto il profilo comparatistico tiene conto della legislazione praticamente di tutti i paesi conosciuti, dalle province baltiche al Cile (anzi: al Chili: p. 124 ss.).

dotto sostanzialmente l'intero fenomeno della produzione degli effetti giuridici da parte del tempo; si riconducevano così a questo comune denominatore svariatissime ipotesi, più o meno nettamente caratterizzate in tal senso, ma che sotto gli altri diversi aspetti potevano anche non presentare nessun ulteriore elemento utile ai fini di una loro omogenea tipizzazione.

Per un verso, così, la nozione di prescrizione veniva ad assorbire una serie di istituti, i quali oggi trovano una ben diversa classificazione: oltre alla decadenza, si deve citare almeno l'esempio dei c.d. diritti a termine (6). D'altro canto, la prescrizione veniva delineata come unitariamente comprensiva non solo del suo aspetto estintivo, ma anche del suo aspetto acquisitivo (usucapione): la distinzione relativa si trova accennata solo debolmente nella dottrina dell'epoca (7), mentre risulta addirittura del tutto estranea alla sistematica accolta dal codice napoleonico, e dagli altri codici posteriori, da esso più o meno nettamente influenzati: tra questi, di grande interesse per noi il codice civile italiano del 1865 (8).

Questa, la situazione di fondo nella quale si sviluppò un processo tendente a dare una più appropriata classificazione alle disparate ipotesi precedentemente ricomprese in modo indiscriminato nella vasta e non omogenea materia descritta; situazione, di cui si deve tenere il massimo conto nella valutazione del successivo sviluppo della elaborazione dottrinale, e nella quale, anzi, questa va costantemente inquadrata.

In una considerazione riassuntiva *ex post* di tale elaborazione, così come essa è imposta, tra l'altro, dalla sistematica accolta nel vigente codice civile, l'indagine appare essere stata chiaramente orientata verso una precisa direzione; soprattutto, essa ha avuto un ri-

(6) Cfr.: PUGLIESE, *Trattato della prescrizione estintiva nel diritto civile italiano*², Torino, 1903, p. 414 ss.

(7) Per lo stato della dottrina sul punto, cfr.: KORMANN, *Verjährung (im öffentlichen Recht)*, in STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, III, Tübingen 1910 p. 665; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traduzione di Fadda e Bensa, I, Torino, 1902, p. 422; DERNBURG, *Pandette*, traduzione italiana di B. Cicala, I, parte I, Torino, 1906, pp. 442, 443.

(8) Nel codice napoleonico, nel titolo XX del libro III, intitolato: *Della prescrizione* (art. 2219 ss.), assieme alla prescrizione estintiva, viene disciplinata in modo indifferenziato anche l'usucapione e il possesso; da notare che la perdita del possesso nell'usucapione è compresa tra le cause di interruzione della prescrizione (art. 2243). Cfr. anche l'identica impostazione accolta nel codice civile italiano del 1865, libro III, titolo XXVIII, art. 2105 ss.

sultato che prima di ogni altro deve essere ritenuto come il suo frutto più diretto e genuino: l'attuale nozione di prescrizione estintiva. Evidentemente, la precisazione in questi termini del lato concetto sopra descritto è il prodotto di una progressiva riduzione di esso sotto un duplice profilo: da un lato, l'espunzione dalla materia della prescrizione di istituti quali la decadenza e i diritti a termine, oggi diversamente classificati; dall'altro, l'approfondimento della distinzione tra prescrizione estintiva e usucapione; ma appare chiaro che la caratterizzazione più o meno marcata di queste altre nozioni si presenta come meramente incidentale, rispetto allo sviluppo dell'indagine lungo la sua direttrice principale.

La decadenza appare direttamente connessa con la prescrizione solo se questa è considerata unicamente nel suo aspetto estintivo; per questa implicazione solo parziale tra i due temi, si sarebbe portati a ritenere del tutto irrilevante per l'evoluzione della nozione di decadenza il progressivo approfondirsi della distinzione tra prescrizione estintiva e usucapione. Peraltro, non si sa quanto sarebbe opportuno accentuare rigide divisioni di argomenti, a tutto detrimento di una valutazione complessiva del filone concettuale, sostanzialmente unitario, nel quale si è sviluppata l'elaborazione dottrinale di tutti i profili indicati.

Senza dubbio, l'analisi della distinzione tra i due diversi aspetti della prescrizione ha portato a propri risultati autonomi: la consistenza di questi appare evidente da un semplice raffronto tra la netta differenziazione accolta al riguardo dal codice civile italiano vigente, e la diversa sistematica della codificazione napoleonica e degli altri codici cui si è sopra accennato. Ciò nonostante, la distinzione in parola risulta anche oggi tutt'altro che limpida⁽⁹⁾; non è affatto da escludere che alla base di queste perduranti incertezze si debbano rinvenire delle difficoltà di impostazione del problema, sostanzialmente analoghe a quelle che hanno reso così faticoso e contorto lo sviluppo della nozione di decadenza; del resto, è elemento probabilmente non casuale, la stessa contemporaneità con la quale, da un lato, si è approfondita la distinzione tra i due aspetti della prescrizione, e dall'altro si sono precisati i caratteri della decadenza. Questo spunto, comunque, risulterà più chiaro successivamente.

(⁹) Cfr. per tutti: ENNECCERUS, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*²⁴ (in ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*), riveduta e rielaborata da NIPPERDEY, II, Tübingen, 1955, p. 991; CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 32 ss.

Ma vi è una ragione ancora più forte, che consiglia di non ritenere come completamente avulsi l'uno dall'altro i due problemi indicati: è senz'altro da escludere che l'elaborazione dottrinale abbia proceduto lungo le due direttrici mantenendo loro una assoluta indipendenza reciproca. Al contrario, ci sono state interferenze, e numerose, e quasi tutte, paradossalmente, in senso negativo all'approfondimento delle differenziazioni in esame.

In realtà, l'approfondimento della distinzione tra usucapione e prescrizione estintiva è derivato da una più marcata considerazione del carattere, appunto, estintivo, che in quest'ultima ha l'effetto giuridico prodotto dal decorso del tempo; di quel carattere, cioè, che si rinviene ugualmente anche negli altri istituti, come la decadenza e i diritti a termine, dei quali si andavano precisando le linee specifiche. Ma, soprattutto, l'aspetto funzionale della prescrizione estintiva, sul quale, come si vedrà, è stato posto l'accento, ai fini di una contrapposizione di essa agli altri istituti suddetti, lo si ritrova parimenti anche nell'usucapione.

In tal modo, si è venuto a creare un singolare giuoco di interferenze reciproche tra le due principali direttrici di elaborazione della complicata materia: a causa di esso, ogni accentuazione di uno dei due profili di differenziazione non ha mancato di tradursi, più o meno direttamente e marcatamente, in una attenuazione dell'altro. Anche questo è un elemento, e non degli ultimi, di cui occorre tener conto per comprendere e spiegare come mai l'analisi della prescrizione, non meno di quella della decadenza, abbia proceduto in modo tanto tortuoso.

4. — La riduzione dell'ampio concetto originario di prescrizione fino ai limiti dell'attuale sua nozione, la correlativa espunzione di figure con quest'ultima non più omogenee, sono i risultati di una evoluzione dogmatica più che secolare, la quale si è sviluppata secondo una direttrice facilmente individuabile: la progressiva accentuazione di un aspetto della prescrizione, il quale, se in precedenza appariva di scarsa rilevanza, ha poi assunto un ruolo di elemento caratterizzatore della definizione di essa.

Tale elemento è quello funzionale: la parte di gran lunga dominante della dottrina recente e meno recente è decisamente orientata in questo senso.

Certo, richiamare tale profilo della prescrizione ci porta su un terreno di estrema delicatezza e incertezza: sono ben note le dispute

di fondo che si sono sviluppate sulla rilevanza da attribuire all'elemento teleologico nella definizione degli istituti giuridici: echi di esse, oltretutto, affiorano continuamente anche in scritti non specificamente dedicati a tale fondamentale questione di metodo⁽¹⁰⁾. Crediamo, peraltro, che nei limiti relativamente ristretti nei quali ciò è richiesto dalle esigenze di prosecuzione del discorso, si possa tener conto del profilo finalistico della prescrizione, senza per questo essere costretti ad affrontare temi e problemi di portata del tutto sproporzionata al carattere del presente lavoro. Del resto, come si accennerà meglio in seguito, di elemento teleologico nel nostro caso si può parlare in un senso del tutto particolare.

La precisazione dell'aspetto funzionale della prescrizione fu tutt'altro che pacifica⁽¹¹⁾. Una tesi, peraltro, assunse un carattere dominante nella evoluzione della dottrina fino ai nostri giorni, anche per la sua possibilità di ricomprendere, sia pure con maggiore o con minore esattezza, anche molti degli altri criteri proposti: la tesi, cioè, che ricollega il fine della prescrizione alle esigenze della c.d. certezza del diritto⁽¹²⁾.

Nel quadro di questo generico riferimento, la funzione specifica dell'istituto viene notoriamente determinata in modo assai preciso: si richiama una posizione di partenza nella quale si sia verificato un contrasto tra una situazione di fatto e l'assetto che viceversa di essa è voluto dalla norma; su questa base, si afferma, la prescrizione opera nel senso di consolidare la situazione di fatto in situazione di diritto, dopo il decorso di un dato periodo di tempo. Si tratta di concetti co-

(10) Come è generalmente noto, l'autore che di recente ha sostenuto con maggiore vivacità la soluzione positiva è CARNELUTTI, *Nuova riflessione intorno al metodo*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pag. 463; cfr. anche, *ivi*, la critica a Kelsen condotta da tale punto di vista; v., infine, a p. 229, la recensione a CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, ugualmente impostata in senso critico, per quel che riguarda tale profilo; per contro, per una energica negazione della rilevanza del fine v. soprattutto: ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, ora in *Problemi di diritto*, II: *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957, pp. 136 ss. e 147 ss.; cfr. anche gli scritti di FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, e di DE MARINI, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, p. 255 ss., valutati criticamente da ALLORIO, *loc. ult. cit.*

(11) Per una rassegna delle varie opinioni in proposito, cfr.: AZZARITI e SCARPELLO, *Della prescrizione*, cit., p. 543; TEDESCHI, *Lineamenti*, etc., cit., p. 19 ss.

(12) Cfr., però: CANDIAN, *Decadenza e prescrizione*, in *Temi*, 1950, p. 8.

munemente correnti nella dottrina dominante sull'argomento⁽¹³⁾, sia pure variamente formulati, talvolta con plastiche immagini⁽¹⁴⁾. Da rilevare che tale profilo funzionale è da attribuirsi ugualmente alla prescrizione estintiva come alla usucapione: si verifica qui il fenomeno cui si è sopra accennato, per il quale il principale elemento di differenziazione della prescrizione complessivamente considerata nei confronti della decadenza, dei diritti a termine, etc., si traduce in una attenuazione della distinzione tra i due diversi aspetti dell'istituto.

Può lasciare perplessi la genericità con la quale si è definita la posizione di partenza della prescrizione: situazione di fatto, assetto voluto dalla norma, possono sembrare, infatti, espressioni piuttosto vaghe, specie se si tiene conto della precisazione di esse che viene spesso compiuta in termini di situazioni giuridiche soggettive, e addirittura di diritto soggettivo. Pare, però, che questa ulteriore precisazione derivi solo dalla accennata impostazione soggettivistica della nostra dogmatica giuridica. In ogni caso, il punto verrà ripreso successivamente in modo meno schematico, quando si accennerà al problema della definizione della situazione giuridica che è oggetto di prescrizione.

Infine, occorre chiarire lo spunto relativo alla peculiarità dell'aspetto funzionale della prescrizione. Quando si parla di elemento teleologico di un certo istituto giuridico, di solito ci si riferisce ad un rapporto di strumentalità nel quale l'istituto stesso si pone, nei confronti del raggiungimento di una qualche esigenza pratica, che però rimane di per sé estrinseca rispetto alla norma giuridica. La prescrizione, viceversa, opera nel senso di eliminare le fratture che eventualmente si verificano tra situazione di fatto e situazione di diritto, per evitare una sempre maggiore e più larga incertezza della situazione giuridica esistente, e quindi, in ultima analisi, per impedire il

⁽¹³⁾ Specie di quella tedesca; cfr. ad esempio: VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 2^{er} Band, 2^e Hälfte, München und Leipzig, 1918, p. 507; LEHMANN *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*⁷, Berlin, 1953, p. 327. ENNECCERUS, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 993: *Die Verjährung dient der allgemeinen Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden, die fordern, dass veralteten Rechtsansprüchen einmal ein Ende gesetzt werde*. Per una maggiore accentuazione, come fondamento della prescrizione, del disinteresse alla prestazione che il creditore manifesterebbe con la sua inerzia, v.: WEISS, *Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem bürgerlichen Rechte des deutschen Reichs*, München, 1905, p. 8.

⁽¹⁴⁾ Cfr., per esempio: DERNBURG, *Pandette*, cit., p. 443: la prescrizione ha per scopo la difesa del presente contro il passato.

progressivo disfacimento dello stesso ordinamento giuridico. Questo è un riferimento che deve essere qui solamente accennato, per le sue dirette implicazioni con fondamentali problemi di teoria generale del diritto, i cui richiami sono tanto ovvi quanto in questa sede inopportuni. Per tale ragione, nella prescrizione l'elemento finalistico si ricollega ad una esigenza di conservazione dello stesso ordinamento giuridico in quanto tale: in altre parole, ad una esigenza che è intrinseca allo stesso fenomeno giuridico. È in questo senso che va intesa un'affermazione correntemente ripetuta, e di per sé esattissima: ossia che la disciplina della prescrizione è a tutela di interessi prettamente pubblicistici⁽¹⁵⁾, e come tale sottratta alla disponibilità dell'autonomia privata⁽¹⁶⁾.

5. — I precedenti, schematici rilievi intorno all'istituto della prescrizione, evidentemente non sono altro che sintetici richiami di un orientamento dottrinale d'altronde assai noto. La figura della prescrizione che ne risulta appare fortemente caratterizzata; tale, ad ogni modo, da poter costituire un valido elemento di contrapposizione nella definizione della nozione di decadenza. Senonché, l'orientamento richiamato, per quanto debba essere considerato largamente dominante, non è incontroverso: ciò obbliga a valutare sommariamente la solidità della base di ulteriori argomentazioni, al banco di prova della disciplina legislativa.

Questa, come si sa, è tutta basata sulla contrapposizione tra titolarità di un diritto e suo esercizio effettivo: titolarità che manca e esercizio che sussiste nell'usucapione (cfr. la formulazione degli articoli 1140 e 1158 c.c.); titolarità che sussiste e esercizio che manca nella prescrizione estintiva (art. 2934 c.c.).

La formula, nella sua apparente chiarezza, cela viceversa dubbi e problemi di notevole portata.

Si può anche prescindere, per il momento, da ogni considerazione relativa al valore da attribuire al termine « diritto » (*scil.*: soggettivo), oggi, come è noto, estremamente discusso. Non si può però trascurare la estrema multiformità di ipotesi nelle quali la prescrizione può operare: anche a non voler uscire dall'ambito tradizionale del diritto soggettivo (anche questo sottoposto, peraltro, a notissime cri-

⁽¹⁵⁾ Così: LEHMANN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 328, e, in genere, gli autori citati alla nota 13.

⁽¹⁶⁾ Cfr. l'art. 2936 c.c.; cfr. anche nello stesso senso, seppure in modo meno drastico, il par. 225 *BGB*; v., sul punto: ENNECCERUS, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 993.

tiche), la distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazione giuoca qui un ruolo di primaria importanza, per lo meno sotto un duplice profilo: da un lato, per le peculiarità di struttura di queste due diverse situazioni giuridiche soggettive, dall'altro, per la multiformità spesso correlativa di casi nei quali si concreta l'esercizio rispettivamente dell'una e dell'altra. Dato e non concesso, infine, che tutte le situazioni giuridiche che vengono definite come diritto soggettivo siano suscettive di un esercizio in senso proprio (17).

Si entra così in un terreno che appare di estrema delicatezza e incertezza, anche sotto profili diversi da quello sfiorato: la determinazione della nozione di esercizio del diritto. Le difficoltà si ricollegano alla precisazione del contenuto stesso del diritto soggettivo, oggi senza dubbio molto ridotto rispetto alla dottrina di un secolo fa. Si intende che le maggiori riduzioni di esso non sono opera del legislatore, ma del giurista, nello sviluppare l'evoluzione della dogmatica: basti pensare alla grande ampiezza che ha assunto attualmente la nozione di potere giuridico, figura comprendente elementi i quali precedentemente erano tutti ricompresi nel contenuto del diritto. Se si considera che la dottrina attualmente è pressoché unanime nel costruire l'azione come un potere distinto dal diritto che si tutela, e che si afferma sempre più la tendenza a configurare gli atti di disposizione parimenti come esercizio di un potere distinto dal diritto di cui si dispone, è lecito domandarsi in quali limiti si può definire la nozione di esercizio del diritto in senso proprio.

Ad ogni modo, se si prescinde da questi problemi di fondo, la contrapposizione tra l'esercizio del diritto, e la titolarità di esso, che la formulazione legislativa necessariamente presuppone, può essere valutata con maggiore sicurezza sotto il profilo che qui interessa. La

(17) Come è assai noto, è proprio la difficoltà di individuare nei diritti di credito una sfera di *agere licere* del titolare, che ha spinto una corrente dottrinale a negare ad essi il carattere di diritti soggettivi; v.: BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, pp. 1 ss., e *Guerra e pace fra l'« interno » e l'« esterno » del diritto soggettivo*, in *Jus*, 1952, pp. 350-351; SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 95 (con limitazione, peraltro, ai « rapporti di mero credito »); GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 269 (v. anche, ivi, la citazione del Pacchioni); *contra*: BALLADORE PALIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus*, 1952, p. 1 ss., il quale, peraltro, nega il carattere di diritto soggettivo al diritto di proprietà (v., ivi, p. 24 ss.; cfr., nello stesso senso, anche SPERDUTI, *op. ult. cit.*, p. 101 ss.); per una costruzione unitaria del diritto soggettivo, comprendente sia i diritti di credito come i diritti reali, v.: NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, *passim*, ma specialmente p. 22 ss.

chiave per una esatta interpretazione delle espressioni usate dal legislatore sembra essere costituita proprio da quella impostazione soggettivistica della nostra dogmatica alla quale si è sopra accennato: ove si consideri questo generale inquadramento, non è difficile individuare nella formulazione legislativa la riduzione in termini di situazioni giuridiche soggettive, e anzi di diritto soggettivo, della contrapposizione tra stato di fatto e stato di diritto sulla quale deve basarsi la prescrizione, se questo istituto viene caratterizzato sotto l'aspetto funzionale nel senso della dottrina dominante. Da un lato, infatti, l'esercizio effettivo di un diritto, considerato avulso dalla sua titolarità, deve essere inteso appunto come l'equivalente in termini di diritto soggettivo di quel che si è sopra indicata come situazione di fatto. Per contro, la titolarità di un diritto effettivamente non esercitato, o la non titolarità del diritto esercitato coincide correlativamente con quel che si è prima chiamato assetto voluto dalla norma.

Una riprova anche migliore della esattezza dell'orientamento qui accolto si ha dal riscontro di esso con la normativa del decorso del termine. La disciplina dettata dal codice civile vigente è tutta basata, come è noto, sulla previsione di cause di interruzione e di sospensione.

Vi è una ovvia interpretazione di queste ultime: il legislatore ha ipotizzato una serie di casi, nei quali i soggetti attivo e passivo del diritto si trovano per altro verso in un rapporto (art. 2942 c.c.), oppure il solo titolare attivo si trova in una posizione (art. 2942) tale, per la quale il non esercizio del diritto non può essere apprezzato univocamente come indice di un distacco che si sia venuto a creare tra situazione di fatto e situazione di diritto; in altre parole, in tali casi l'inerzia non è considerata come rivelatrice di una frattura per la cui eliminazione deve essere messo in moto, oppure deve seguire a funzionare il meccanismo della prescrizione.

Un po' meno semplice è l'inquadramento delle cause di interruzione. Anche qui vi è una spiegazione ovvia: esse sono costituite da atti i quali di per sé indicano positivamente la perdurante vitalità del rapporto. Le difficoltà sorgono, peraltro, in relazione ad un orientamento tradizionale in dottrina, volto a classificare tali atti nell'ambito della nozione di esercizio del diritto ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Cfr. in questo senso, sia pure con varie sfumature: WINDSCHEID, *Pandette*, cit., p. 435; MODICA, *Teoria*, cit., p. 235; TEDESCHI, *Lineamenti*, cit., p. 36; D'AVANZO, *Della prescrizione*, in *Commentario al codice civile* diretto da D'Amelio-Finzi, in *Libro della tutela dei diritti*, cit., p. 970.

In questa tendenza si avverte nettamente la suggestione di pervenire ad un disegno simmetrico, da ottenersi contrapponendo alla posizione di partenza del decorso del termine di prescrizione, definita in termini di non esercizio del diritto, le cause di interruzione, configurate come esercizio di questo. Senonché questo parallelismo non convince, ed anzi sembra da respingersi, in base ad argomenti di varia natura.

Da un lato, già l'analisi delle singole cause di interruzione appare di portata decisiva. Queste, come è noto, nella previsione del nostro codice civile vigente (artt. 2943, 2944), del resto sotto tale profilo sostanzialmente analogo al codice Napoleone (cfr. il sommario dettato degli artt. 2244, 2245, 2246), al codice italiano del '65 (cfr. gli articoli 2125 ss.), e al *BGB* (cfr. la disciplina molto dettagliata dettata dal par. 209), sono fondamentalmente tre: l'esercizio di una azione giudiziaria, sia pure di vario tipo, da parte del soggetto attivo del rapporto; un qualsiasi atto di costituzione in mora del debitore; il riconoscimento della sussistenza del diritto da parte del soggetto passivo. È necessario qui richiamare le considerazioni già sopra svolte a proposito delle incertezze relative alla nozione di esercizio del diritto. Ad ogni modo, si può aggiungere che la dottrina del processo civile, dal Windscheid in poi, fino ai nostri giorni, si è sempre più nettamente orientata nel senso di configurare l'esercizio di una azione giudiziaria, non importa di quale tipo, come esercizio di una situazione giuridica soggettiva del tutto distinta e autonoma rispetto alla posizione giuridica sostanziale da essa tutelata: ossia, nel nostro caso, al diritto della cui prescrizione si tratta. Sotto questo profilo, poco importa che l'opinione dominante, secondo la quale l'azione andrebbe definita come un potere, sia stata criticata, specie in tempi non più recentissimi, da alcuni autori, i quali preferiscono richiamare di nuovo la figura del diritto soggettivo ⁽¹⁹⁾.

D'altro canto, per quanto si voglia ampliare la nozione di esercizio del diritto, sicuramente essa non può essere dilatata fino a ricomprendervi atti compiuti da un soggetto diverso dal suo titolare attivo: perciò, a tacer d'altro, sembra potersi escludere da tale inquadramento il riconoscimento della sussistenza del diritto da parte del debitore.

⁽¹⁹⁾ Sul problema dei rapporti tra diritto soggettivo sostanziale e processo, v. da ultimo la fondamentale voce: *Azione*, di ORESTANO, nell'*Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959; per cenni sulla evoluzione della dottrina, cfr. anche A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, p. 77 ss.

Resterebbe, come unico caso dubbio di possibile esercizio del diritto, solo la costituzione in mora: approfondire il punto, pare di notevole difficoltà, e comunque inopportuno in questa sede. Comunque, anche prescindendo dalla considerazione che in ogni modo il parallelismo qui criticato varrebbe solo in una delle tre ipotesi previste dal legislatore, sembra che ogni rilievo analitico possa essere superato, con una osservazione di portata più riassuntiva.

Se si configura in termini di non esercizio del diritto la posizione di partenza della prescrizione estintiva, pare assurdo che debba essere previsto specificamente come causa di interruzione un atto di esercizio: l'effetto prodotto da un atto di questo tipo deve considerarsi scontato in partenza, proprio in base alla definizione stessa di prescrizione; senza contare, inoltre, che in casi del genere c'è qualcosa di più di una interruzione: viene meno addirittura il presupposto fondamentale dell'istituto.

È viceversa comprensibilissimo che il legislatore abbia ritenuto necessario tipizzare quegli atti che pur non costituendo esercizio del diritto producono una interruzione nel decorso del termine. Da un lato, questa tipizzazione, e la correlativa tassatività di elencazione, è imposta da una ovvia esigenza di certezza del diritto. Dall'altro, la *ratio legis* non può consistere altro che nel valore indicativo degli atti di cui si discorre, che il diritto il quale non viene esercitato, ciò nondimeno mantiene la sua vitalità ⁽²⁰⁾.

6. — A mano a mano che la prescrizione, specie nel suo aspetto estintivo, veniva caratterizzandosi nel senso sopra indicato in modo sempre più netto, sempre più netta appariva la non omogeneità con essa di istituti precedentemente ricompresi sotto il minimo comune denominatore degli effetti prodotti dal decorso del tempo.

Limitando il discorso alle ipotesi nelle quali tali effetti hanno carattere estintivo, dal vecchio concetto di prescrizione, come si è accennato, furono espunti, tra gli altri, tutti quei casi i quali sono oggi ricompresi in nozioni come quella di decadenza e quella di diritto a termine.

Il modo di impostazione del problema si rinviene in forma tipica presso quasi tutta la dottrina intorno alla metà del secolo scorso;

⁽²⁰⁾ Del resto, la tesi per la quale gli atti interruttivi della prescrizione non sono atti di esercizio del diritto in senso proprio, era già affiorata nella pandettistica (v. in questo senso: GRAWEIN, *Verjährung und gesetzliche Befristung*, Leipzig, 1880, p. 55; WEISS, *Verjährung*, cit., pp. 11, 12).

la dottrina, cioè, che per prima avvertì la impossibilità di ridurre ad un concetto unitario le varie ipotesi nelle quali il decorso del tempo produce un effetto giuridico: essa, nei limiti nei quali andava progressivamente marcando la caratterizzazione della prescrizione sotto il profilo funzionale, individuava varie fattispecie previste dal legislatore, nelle quali la disciplina chiaramente era ispirata da esigenze del tutto diverse da quelle che si ricollegano all'aspetto finalistico della prescrizione stessa.

Di qui, due tratti caratteristici della genesi della nozione di decadenza. Anzitutto (e questo è un profilo che la decadenza presenta in comune con le altre ipotesi espunte, per esempio i diritti a termine), il momento critico precedette nettamente il momento ricostruttivo: in un primo tempo si accertò che i casi poi raggruppati in tali concetti *non* potevano rientrare nella nozione di prescrizione, e solo successivamente si tentò di articolare schemi adeguati a classificarli. In secondo luogo, e in logica dipendenza di ciò, i primi sforzi volti a definire la nozione di decadenza furono compiuti avendo come elemento di contrapposizione non già la prescrizione, ma le altre ipotesi espunte dall'ambito di quest'ultima. Si spiega come mai abbiamo richiamato tanto frequentemente il concetto di diritto a termine: come vedremo meglio successivamente, una delle prime costruzioni della nozione di decadenza portava ad una sostanziale unificazione di questa e di quello: tutto ciò, evidentemente, non era casuale.

Si trattò, comunque, di una fase di breve durata: le maggiori analogie che la decadenza presenta con la prescrizione non tardarono a imporsi, e da allora in poi tutta la elaborazione dottrinale si è sviluppata nel senso di delineare la prima in distinzione e contrapposizione con la seconda.

All'inizio, dunque, il problema si pose in modo concettualmente semplice: vi era un numeroso gruppo di fattispecie, tutte genericamente caratterizzate dalla produzione di effetti da parte del decorso del tempo, e tutte negativamente definibili come *non* ricomprensibili nella nozione di prescrizione. La costruzione positiva di nuove, più adeguate nozioni presupponeva necessariamente il loro raggruppamento in varie serie, secondo certi elementi ai quali doveva essere attribuito il ruolo di elementi tipizzanti.

Teoricamente, queste nuove categorie potevano essere delineate nei modi più vari, in dipendenza della scelta che si voleva compiere del profilo di esse da considerare saliente. Non pare perciò azzardata l'affermazione che la genesi dell'attuale nozione di decadenza fu

marcata in modo decisivo da una circostanza la quale condizionò pesantemente la direttrice di sviluppo della elaborazione dottrinale: l'individuazione e quindi il raggruppamento di una serie di casi, nei quali la disciplina legislativa sembrava ubbidire ad esigenze unitarie. Non vi è dubbio che, nel solidificarsi della nozione di decadenza, il profilo finalistico giocò un ruolo pari, se non maggiore, di quello riscontrato a proposito della prescrizione.

In quale senso debba essere precisato tale profilo, almeno secondo la dottrina dominante, è poi generalmente noto: è previsto un termine di decadenza tutte le volte nelle quali si ritiene opportuno limitare nel tempo la facoltà attribuita ad un soggetto di provocare una modificazione in una data situazione giuridica; se si vuole, la facoltà di creare una situazione giuridica nuova. Ad ogni modo, usiamo espressioni per qualche aspetto generiche, che andranno successivamente indicate con maggiore esattezza (21).

I motivi che richiedono una simile limitazione temporale possono essere i più vari. Non è detto che tutti siano di natura pubblicistica: talvolta la decadenza può essere posta in funzione di interessi meramente privatistici (22). Ciò lo si deduce con certezza dal potere attribuito esplicitamente all'autonomia privata di disporre convenzionalmente casi di decadenza (23), o anche di modificare la disciplina prevista dal legislatore per certi casi di decadenza da questi fissati (24); da ultimo, è da ricordare che la decadenza, per regola che però ammette espresse eccezioni, non è rilevabile d'ufficio dal giudice (25).

Il quadro è vario. Ciò nonostante, senza dubbio normalmente la decadenza è prevista dalla legge a tutela di interessi pubblicistici. È in questa sola ipotesi, del resto, che essa può venire confusa con la prescrizione, e che ad ogni modo è stata considerata in tutti i faticosi tentativi di una sua costruzione dogmatica.

(21) Cfr.: AZZARITI e SCARPELLO, *Della prescrizione*, cit., p. 671; CANDIAN, *Decadenza*, cit., p. 2; MODICA, *Teoria*, cit., I, p. 56.

(22) Cfr. SARACIENO, *Della decadenza*, cit., p. 1025, che precisa che l'interesse tutelato dalla decadenza ha carattere meramente privatistico, quando essa è disposta nei confronti di un diritto disponibile; v., ivi, altri rilievi in argomento.

(23) Art. 2965 c.c., con la previsione dei limiti di validità della convenzione. Cfr., in argomento: MODICA, *Teoria*, cit., p. 258 ss., il quale accanto alla decadenza convenzionale prevede anche la decadenza testamentaria, e, in un senso particolare, anche la decadenza fissata dal giudice.

(24) Cfr. art. 2968.

(25) Cfr. art. 2969.

Se si vuole, la funzione della decadenza di limitare temporalmente la possibilità di creare una modificazione giuridica può anche essere ricollegata ad una generica esigenza di certezza del diritto, di stabilità delle situazioni giuridiche, e così via; ma proprio attraverso un approfondimento del diverso atteggiarsi di questa esigenza, rispettivamente, nella decadenza e nella prescrizione, risulteranno più evidenti le particolarità dell'istituto qui studiato.

Nella decadenza non vi è nessun contrasto tra una situazione di fatto e l'assetto di essa previsto dalla norma: vi è solo la possibilità di mutare un dato assetto giuridico in un nuovo assetto giuridico. Perciò non vi è incertezza su quale sia la situazione giuridica in una certa fattispecie, ma semplicemente l'eventualità che tale situazione sia mutata *giuridicamente* in una situazione nuova. Di conseguenza la decadenza non è in funzione di una esigenza di conservazione dell'ordinamento giuridico, o comunque intrinseca al fenomeno giuridico in quanto tale, ma è a tutela di fini di sicurezza e di certezza i quali sono esterni al diritto. Infine, come ultimo corollario, nella decadenza lo scopo considerato non è tipicamente unico in tutti i casi, ma viceversa varia, concretandosi nei singoli motivi, sia pure, ma non necessariamente, di carattere pubblicistico, i quali richiedano volta a volta che l'eventualità della creazione di una situazione giuridica nuova non rimanga illimitata nel tempo.

7. — Dai rilievi che precedono, i quali, del resto, non sono nient'altro che richiami di ben note posizioni dottrinali, risulta una nozione di decadenza notevolmente caratterizzata sotto il profilo funzionale. Tale caratterizzazione, peraltro, non fu affatto un risultato ottenuto istantaneamente per mezzo di una isolata costruzione dogmatica, ma si iscrive in un non breve processo di sviluppo concettuale, spesso tutt'altro che lineare, e comunque condotto mediante serie di analisi e di sintesi tra loro naturalmente interferenti.

Da un lato, la dottrina approfondì l'indagine delle singole ipotesi previste e disciplinate dalla norma, le quali erano suscettibili di un unitario raggruppamento, al fine di stabilire quali di esse potevano essere ricomprese nella nozione di decadenza; dall'altro, quest'ultima veniva continuamente completata, corretta, adattata in funzione di una adeguata classificazione dei singoli casi concreti, ma, ovviamente, nel momento nel quale veniva considerata come un dato rigido, condizionava logicamente la stessa ricomprensione di tali casi.

A tutto ciò, si aggiungeva la precisazione in un senso più organico della disciplina dell'istituto: non si deve dimenticare che la dottrina nelle prime fasi di elaborazione dell'argomento non si trovava di fronte ad un corpo di norme dedicate alla decadenza, ma solo ad una serie di ipotesi lacunosamente e soprattutto non unitariamente previste e disciplinate; parallelamente al faticoso raggruppamento di esse che si è accennato, si sviluppò una analisi di tali discipline particolari, al fine di enuclearne una normativa sistematica, logico e indispensabile completamento di una sistematica definizione. Solo per merito di una simile elaborazione dottrinale è stata resa possibile, per la prima volta nel codice del '42, la formulazione degli artt. 2964 e ss., la quale, pur con tutti i suoi difetti, incertezze e lacune, tuttavia costituisce un innegabile passo avanti nella sistematizzazione della delicata materia.

Nella decadenza, dunque, si è verificato un fenomeno il quale, se non è troppo raro, pure non è quello che si ha di solito: l'aspetto maggiormente saliente dell'indagine scientifica non è quello dell'interpretazione di disposizioni precedentemente emanate, ma la predisposizione di una più organica normativa successivamente recepita dal legislatore. Per tali ragioni, nel nostro caso la costruzione dottrinale ripete la propria validità dal suo accoglimento nella disciplina positiva, più che dall'esattezza delle argomentazioni esegetiche dalle quali essa è stata fatta derivare. Si tratta di elementi di cui occorre tener conto, nella valutazione della conformità dell'art. 2946 ss. a quella caratterizzazione della decadenza sotto il profilo funzionale cui si è sopra accennato.

Certo, l'orientamento dottrinale sul punto, che si è qui accolto, non è incontroverso; ma la sua sostanziale corrispondenza alla formulazione legislativa pare chiara. Questa, evidentemente, è tutta basata sulle interferenze tra l'analogia e le differenze tra i termini di decadenza e la prescrizione: analogia che si presuppone essere di fondo, valere come principio generale; differenze che si presumono quindi costituire il *quid proprium* della decadenza, e porsi così come eccezioni al principio suddetto. Anche per quel che riguarda la stessa impostazione della disciplina legislativa, nella quale la decadenza, per così dire, è contrappuntata alla prescrizione, il condizionamento operato dalla precedente elaborazione dottrinale è marcatissimo.

La norma di apertura, nella sua prima parte (art. 2964), in apparenza si limita a regolare un semplice aspetto del decorso del termine di decadenza: la inapplicabilità ad esso delle cause di inter-

ruzione della prescrizione. Ma nel modo della sua formulazione, nella stessa intitolazione, la disposizione mostra una portata ben maggiore, soprattutto per quel che chiaramente presuppone: appunto, l'atteggiarsi della disciplina della decadenza come speciale rispetto alla disciplina della prescrizione. Di più: l'esplicita affermazione della non interrompibilità della decadenza incide nettamente sui lineamenti tipici dell'istituto.

Certo, il disposto legislativo può valere direttamente, anzitutto, solo nel quadro della sua impostazione: ossia, può indicare in modo non mediato solo quel che la decadenza *non è*, nei confronti della prescrizione. Questo aspetto può essere dedotto chiaramente: se nel termine decadenza non acquistano rilevanza quelli che sopra si sono definiti come gli indici di perdurante vitalità del rapporto, malgrado il non esercizio del diritto da parte del suo titolare, è facile rilevare che l'istituto non può essere ricollegato a contrasti tra situazione di fatto e situazioni di diritto, a esigenze di certezza giuridica nel senso nel quale deve essere profilato l'aspetto funzionale della prescrizione.

Uno spunto più ricostruttivo di quel che la decadenza è, può essere dedotto solo dall'art. 2966 prima parte, il quale nettamente dichiara che « La decadenza non è impedita se non dal compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto ».

Questa pare essere la vera norma-chiave del sistema del codice: la norma che avrebbe dovuto essere collocata all'inizio della disciplina dell'istituto, in una impostazione meno preoccupata di stabilire in prima linea le differenze della decadenza dalla prescrizione; o, se si vuole, più orientata a trarre tali differenze come conseguenza della definizione, e non viceversa.

La formulazione della norma è drastica: in un certo senso, renderebbe di per sé superflua la stessa esplicita previsione di inapplicabilità delle cause di interruzione; d'altronde, la circostanza che, malgrado ciò, essa sia stata da questa preceduta, accentua il carattere positivo dell'indicazione ricostruttiva. La quale, in ogni caso, pare univoca: nella decadenza, quel che importa è che la modificazione giuridica che può essere provocata, non venga più operata oltre un certo termine. Onde la nota affermazione che nella decadenza il tempo rileva come *punctum temporis*, e non come durata⁽²⁶⁾.

Il profilo funzionale della decadenza sopra accennato pare quindi

(26) TEDESCHI, *Lineamenti*, cit., p. 8 e aa. ivi citt.; *contra*: CANDIAN, *Decadenza*, cit., p. 5.

confermato (al minimo: non contrastato), dagli elementi testuali fin qui considerati. Può lasciare perplessi, ad ogni modo, la esplicita previsione della ammissibilità, sia pure eccezionale, delle cause di sospensione. Soprattutto, pare a prima vista del tutto incompatibile con quanto sostenuto la seconda parte dell'art. 2966, nella quale è previsto che la decadenza possa essere impedita dal riconoscimento del diritto proveniente dalla persona contro la quale si deve far valere il diritto soggetto a decadenza. Tutti e due questi punti saranno ripresi successivamente, in un luogo più opportuno: tanto l'uno che l'altro possono essere spiegati, e non sarà di ostacolo neppure la contorta formulazione della disposizione citata da ultimo ⁽²⁷⁾. Sotto questo profilo, comunque, deve rimanere per il momento indimostrata la validità della costruzione qui accolta.

8. — La decadenza, così caratterizzata sotto l'aspetto funzionale, parrebbe delineata in modo sufficientemente marcato e in sé e nel quadro di una sua contrapposizione alla prescrizione. Partendo da questa impostazione, le questioni che si potrebbero considerare ancora aperte sembrerebbero circoscritte alla precisazione di qualche aspetto più o meno marginale della disciplina del decorso del termine, e, al massimo, alla individuazione delle ipotesi alle quali tale disciplina va applicata.

Senonché, le osservazioni e i richiami sin qui accennati si riferiscono solo ad uno degli angoli visuali dai quali la delicata materia è stata considerata dalla dottrina. Questa ha tenuto conto anche di altri profili di indagine, trovandosi di fronte a maggiori difficoltà: solo alla luce di questa circostanza si può comprendere come mai all'argomento sia stata dedicata una letteratura tanto copiosa, altrimenti inspiegabile, se la tematica toccata fosse limitata a quella sopra indicata.

In realtà, fin dalla pandettistica tedesca (e si sarebbe indotti ad aggiungere: proprio secondo metodi tipici di essa), fu tentata la costruzione della decadenza su un piano prettamente dogmatico al di là del suo elemento finalistico, e anche per larga parte indipendentemente dalla concreta disciplina del decorso del termine, si cercò così di ricomprendere l'istituto nel quadro concettuale che costituiva (e costituisce tuttora) lo strumento abituale di teorizzazione del giurista.

⁽²⁷⁾ Cfr., *infra*, p. 217.

Per molte ed evidenti ragioni, in parte connesse con la formulazione propria della nozione di decadenza, ma soprattutto discendenti da più generali impostazioni, la direzione di ricerca si presentò chiara fin dall'inizio: l'analisi dei caratteri della situazione giuridica (meglio: della situazione giuridica soggettiva), incisa dall'istituto.

La prima costruzione del concetto di decadenza, condotta da tale angolo visuale, è basata sulla valutazione dei termini relativi come dei limiti temporali apposti alla esistenza della situazione giuridica incisa. Quest'ultima, ovviamente, non può non avere un carattere attivo; poiché, all'epoca nella quale fu formulata la teoria in esame, la nozione di diritto soggettivo, come è noto, ricomprendeva indiscriminatamente tutte le varie posizioni giuridiche attive solo successivamente differenziatesi tra di loro: ecco dunque che il fenomeno della decadenza veniva costruito come la sottoposizione a termine risolutivo di un diritto soggettivo (28).

Nella valutazione di questa tesi, occorre tener conto del modo nel quale inizialmente il problema si poneva: si ricorderà quanto sopra accennato, sulla originaria confusione dei termini di decadenza con le altre ipotesi di effetti giuridici estintivi prodotti dal decorso del tempo, espunti dal precedente, amplissimo concetto di prescrizione. Certo, l'accostamento del fenomeno della decadenza ai casi di diritti a termine suona oggi sorprendente, ma ove si consideri lo stato della dottrina dell'epoca, esso può venire più facilmente compreso.

Ad ogni modo, la tesi in esame va valutata anche sotto altro profilo, di gran lunga più usuale: quello della distinzione della decadenza dalla prescrizione. Il quadro della contrapposizione tra questi due istituti era da essa arricchito di un ulteriore elemento: il termine di decadenza è misura temporale dell'esistenza di un diritto, e non dell'inerzia del titolare, che nella prescrizione è la vera causa dell'estinzione di una situazione giuridica di per sé di durata illimitata (29) (30).

(28) Tale costruzione, come è noto, è del GRAWEIN, *Verjährung*, cit., p. 23 ss.; nello stesso senso: WEISS, *Verjährung*, cit., p. 22 ss.; DERNBURG, *Pandette*, cit., p. 444; più recentemente: ENNECCERUS, *Allg. Teil*, cit., p. 994; LEHMANN, *Allg. Teil*, cit., pp. 327, 334.

(29) Così GRAWEIN, WEISS, *loc. ultt. citt.*

(30) Un ulteriore elemento di differenziazione dovrebbe consistere nella diversa qualificazione da dare all'inerzia del titolare del diritto: questa, mentre nella prescrizione è la *causa efficiens* dell'estinzione del diritto, nella decadenza è solo condizione perché l'estinzione stessa si verifichi (così: GRAWEIN, *Ver-*

Occorre rilevare subito che questa prima costruzione si basa su una impostazione la quale differisce sensibilmente da quella che è propria di teorizzazioni a noi più vicine nel tempo: la precisazione della situazione giuridica incisa dalla decadenza non è intesa come la ricerca dei caratteri specifici di quella posizione giuridica la quale per la sua natura, se non addirittura per la propria struttura, sia suscettibile di essere colpita dalla decadenza; del resto, probabilmente, sarebbe stato impossibile imprimere allora questa direzione all'indagine, per l'accennata non adeguata articolazione, propria della dottrina dell'epoca, della teoria delle situazioni giuridiche soggettive. Sta di fatto, che la teoria in esame, più che considerare la situazione giuridica incisa dai termini di decadenza così come essa si presenta di per sé, e quindi in un momento logicamente antecedente all'apposizione di questi, valuta in prima linea i caratteri di tale situazione, così come essi si presentano per effetto dell'apposizione dei termini stessi. La distinzione può sembrare sottile, ma in realtà la diversità di angolazione è di portata sostanziale non indifferente: tutto il successivo sviluppo della elaborazione dottrinale lo mostrerà assai chiaramente.

La costruzione del Grawein non ebbe molto seguito in Italia ⁽³¹⁾; e in realtà essa si presta a tutta una serie di rilievi critici che non appaiono superabili ⁽³²⁾.

Si può evitare, peraltro, di entrare in osservazioni di dettaglio, giacché sembrano già sufficientemente indicative delle valutazioni di ordine più generale. In primo luogo, si può notare che, secondo la

jährrung, cit., p. 57; WEISS, *Verjährung*, cit., p. 15; per una critica di questa affermazione: MODICA, *Teoria*, cit., I, pag. 240); quanto ciò sia conciliabile con la costruzione della decadenza come termine risolutivo non importa qui esaminare.

Il TEDESCHI (*Lineamenti*, etc., cit., p. 27), costruisce l'inerzia nella prescrizione come fatto giuridico, nella decadenza come condizione risolutiva, analogamente alla citata dottrina tedesca; ciò, però, va posto in relazione con tutta la teoria del TEDESCHI stesso, sulla quale cfr. la nota seguente.

⁽³¹⁾ In Italia, l'autore che si è più avvicinato alla costruzione della pandettistica tedesca è stato il TEDESCHI (*Lineamenti*, etc., cit., *passim*, ma soprattutto p. 29 ss.). Il Tedeschi ha rilevato l'inesattezza e l'incompiutezza di tale costruzione, e la ha modificata, sostenendo che nella decadenza si ha un diritto che appare strutturalmente sottoposto non a termine ma a condizione risolutiva. Questa correzione, peraltro, non pare salvare la tesi da quei rilievi di non aderenza a quel che vi è di peculiare nella situazione giuridica sottoposta a decadenza: sul punto, cfr. il testo.

⁽³²⁾ Cfr., infatti, in senso critico, tra gli altri: MODICA, *Teoria*, cit., p. 154 ss.; cfr., anche lo stesso TEDESCHI, *Lineamenti*, cit., p. 29 ss.

costruzione criticata, la situazione giuridica sottoposta a termine di decadenza verrebbe sostanzialmente assimilata a quelle ipotesi di diritti soggettivi che tradizionalmente sono considerati a termine, come, per esempio, il diritto di autore nei suoi aspetti patrimoniali: alla luce della recente e meno recente sistematica generalmente accolta in dottrina, già questo richiamo parrebbe avere tutto il sapore di una dimostrazione per assurdo ⁽³³⁾.

Ma soprattutto (e questa è la vera ragione della inaccettabilità dell'accostamento suddetto), l'orientamento in esame pare non cogliere affatto quel che deve essere ritenuto il *quid proprium* delle situazioni soggettive colpite dai termini di decadenza. Per precisare meglio questo spunto è necessario ricollegarsi a quanto sopra accennato, a proposito dell'aspetto finalistico dei termini di decadenza.

Nei limiti nei quali si attribuisca ai termini di decadenza la funzione di limitare nel tempo la possibilità che venga provocata una modificazione giuridica, non è possibile disconoscere alla situazione giuridica colpita da tali termini un marcatissimo carattere di dinamicità. Sotto questo aspetto, poco importa che tale carattere venga poi delineato in modo tendenzialmente oggettivo, ponendo l'accento sulla capacità intrinseca di una certa fattispecie di trasformarsi in una fattispecie diversa ⁽³⁴⁾, oppure, più esattamente, in senso più nettamente soggettivo, costruendo la situazione giuridica in parola come la possibilità soggettiva di creare una situazione giuridica nuova.

Il richiamo del profilo finalistico a questo punto del discorso può forse stupire. Certo, il ragionamento si svolge ora su un piano completamente diverso. Ma d'altra parte non si può ritenere che i due aspetti del problema possano essere valutati come completamente avulsi l'uno dall'altro. In realtà, la più rilevante interferenza tra di essi pare individuabile proprio in relazione all'accenno ora svolto: non pare possibile costruire dogmaticamente la decadenza, senza precisare la situazione giuridica incisa, in un modo tale che il carattere dinamico di questa non si rifletta in una maniera o nell'altra nella definizione di quella.

L'inadeguatezza della teoria del Grawein, da questo punto di vista, fu avvertita già dal suo stesso autore. La contraddizione, peraltro, fu risolta in modo inaccettabile.

⁽³³⁾ Cfr., naturalmente, in senso diametralmente opposto, per questo e per altri esempi: GRAWEIN, *Verjährung*, pp. 23, 24; WEISS, *Verjährung*, p. 7 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr., per riferimenti, i richiami alla teoria del GIUSIANA, *infra* nel testo e in nota.

Il Grawein, infatti ⁽³⁵⁾, notò l'esistenza di una serie di casi nei quali il decorso del tempo produce un effetto giuridico, in cui il profilo dinamico accennato è avvertibile in modo assai marcato; di casi, cioè, per dirla con questo autore, nei quali l'inerzia di un soggetto, protratta per un certo tempo, non porta alla estinzione di una situazione giuridica attiva di cui il soggetto stesso sia titolare, come accade nella prescrizione, e, in un senso diverso, nella decadenza, delineata come apposizione di un termine alla esistenza di un diritto; bensì alla impossibilità di acquisto di un diritto soggettivo. Di conseguenza il Grawein costruisce una categoria di termini di preclusione (*Präklusivfristen*), differenziata dai termini di decadenza non meno marcatamente che da quelli di prescrizione ⁽³⁶⁾.

È curioso notare, anzitutto, che tra tutte le possibili modificazioni giuridiche, alle quali in qualche modo può ricollegarsi l'apposizione di termini di decadenza, sia stata presa in considerazione pressoché esclusivamente quella consistente nell'acquisto di un diritto.

In secondo luogo, si deve osservare che in tal modo si arriva ad una moltiplicazione di concetti che appare inutile: del resto, proprio questo aspetto della costruzione del Grawein appare particolarmente criticato dalla dottrina ⁽³⁷⁾ la quale preferisce senz'altro eliminare un concetto ritenuto superfluo. D'altra parte, esso discende direttamente dalla impostazione adottata da tale autore: se il punto di partenza è l'effetto prodotto dall'apposizione di un termine di decadenza ad una data situazione giuridica, appare del tutto logico procedere ad una classificazione in relazione al carattere di questo effetto: estintivo in un caso, preclusivo nell'altro. Da questo angolo visuale, si può cogliere una delle conseguenze della diversità di prospettiva prima accennata, secondo che la situazione giuridica incisa dalla decadenza venga considerata in sé e per sé, oppure così come risulta a causa dell'apposizione del termine relativo.

L'analisi critica, peraltro, deve essere approfondita. Al Grawein deve essere riconosciuto un merito, la cui ampiezza risulterà tanto maggiore per la falsa direzione che prenderà successivamente la dottrina: quello, cioè, di avere avvertito l'esistenza di casi nei quali il termine si ricollega ad un aspetto dinamico della situazione giuridica

⁽³⁵⁾ *Verjährung*, cit., p. 34 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. anche: LEHMANN, *Allg. Teil*, cit., p. 327; cfr. in argomento le osservazioni di SARACENO, *Della decadenza*, cit., p. 1012.

⁽³⁷⁾ V. in questo senso: WEISS, *Verjährung*, cit., p. 17 ss.; MODICA, *Teoria*, cit., p. 262; TEDESCHI, *Lineamenti*, cit., p. 17.

incisa, nell'ambito delle varie ipotesi di effetti giuridici prodotti dal decorso del tempo, espunti dalla nozione di prescrizione. Sotto questo profilo, è da rilevare solo l'angustia della prospettiva, limitata alla sola acquisizione di un diritto.

Quel che non può essere condiviso è l'inquadramento dato ai casi in parola. Il più efficace spunto critico al riguardo balza lampante dalla stessa conclusione cui arriva il Grawein, la quale oggi appare non meno che paradossale: in ultima analisi vengono esclusi dal concetto di decadenza proprio quei casi nei quali l'aspetto dinamico peculiare dell'istituto risulta più evidente. S'intende che questa critica, oggi, è assai facile: ma il valore della costruzione in esame non può essere apprezzato, se non si tiene conto di tutte le difficoltà che presentava allora la sistemazione concettuale delle varie ed eterogenee ipotesi di effetti giuridici prodotti dal decorso del tempo, espunti dalla nozione di prescrizione.

Ad ogni modo, quel che vi era di positivo nell'opera del Grawein per lungo tempo non fu colto dalla letteratura successiva. Bisogna arrivare fino ad un'epoca relativamente recente per vedere nettamente riflesso nella costruzione dogmatica della decadenza l'aspetto dinamico della situazione incisa: ciò, come è noto, avvenne soprattutto per merito del Giusiana, in uno scritto del 1943 ⁽³⁸⁾.

In tale scritto viene anzitutto corretto, per così dire, l'errore di prospettiva del Grawein: il fenomeno che questo autore aveva cercato di precisare mediante la definizione della categoria dei *Präklusivfristen*, distinti dai termini di decadenza, viene qui risolutamente riconosciuto come viceversa proprio di questi ultimi. Naturalmente, ormai la problematica tenuta maggiormente presente dalla dottrina è mutata, ed è polarizzata soprattutto sui rapporti tra decadenza e prescrizione. Per tale ragione, la definizione del Giusiana, dei termini di decadenza come dei termini il cui decorso ha effetto preclusivo nei confronti dell'acquisto di un diritto, è tracciata come contrappunto alla definizione dei termini di prescrizione, come dei termini il cui decorso porta alla estinzione di un diritto già acquistato ⁽³⁹⁾.

Le modificazioni alla vecchia teoria non si fermano qui: in prima linea viene mantenuto il collegamento tra i termini di decadenza e la preclusione all'acquisto di un diritto, poi da varie parti e in vario modo criticato ⁽⁴⁰⁾; però talvolta il Giusiana, precisando la posizione

⁽³⁸⁾ *Decadenza e prescrizione*, Torino, s.d., ma 1943.

⁽³⁹⁾ GIUSIANA, *op. cit.*, pp. 12 ss., 33 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr., per esempio, BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*

incisa dalla decadenza, usa formulazioni come fattispecie in *fieri*, fattispecie in via di completamento, e simili ⁽⁴¹⁾, le quali, nella polivalenza del loro significato, lasciano intravedere prospettive più generiche, ma anche più ampie di quella, angusta, ordinariamente considerata.

Proprio sotto questo profilo, peraltro, si avverte il punto più debole della tesi del Giusiana: la relativa indeterminatezza della definizione della situazione giuridica che precede l'eventuale acquisto del nuovo diritto; meglio: della situazione giuridica la quale potenzialmente racchiude in sé il nuovo diritto, e che, in ultima analisi, è quella colpita in primo luogo dal termine di decadenza ⁽⁴²⁾.

Da notare che considerazioni del genere erano già state compiute in relazione alla stessa costruzione del Grawein dei *Präklusivfristen* ⁽⁴³⁾. L'insistenza della critica sul punto è più che comprensibile: il difetto rilevato non consiste solo nella mancata precisazione di uno degli aspetti della decadenza, la quale viene così definita solo per quello di nuovo che impedisce di acquistare, e non per quello di originario che fa perdere; esso rivela anche l'incapacità di tradurre questa posizione di partenza in termini di situazioni giuridiche soggettive: in altre parole, nel linguaggio che è usualmente impiegato nelle costruzioni dogmatiche.

Anche qui, peraltro, alla esattezza dei rilievi di partenza non fa riscontro la perspicuità delle conseguenze che da essi si vogliono trarre: gli autori da ultimo citati (con l'eccezione di Santi Romano, della cui teoria si parlerà successivamente), infatti, partendo dalla considerazione della non soddisfacente precisazione delle caratteristiche della situazione giuridica incisa dai termini di decadenza, si sono orientati verso la sostanziale identificazione di questa col concetto di diritto soggettivo. In altre parole, la possibilità di acquisto di un nuovo di-

italiano, I, s.d., ma 1955, p. 272 ss., il quale afferma che non è esatto limitare il campo di applicazione della decadenza a quei casi nei quali si tratta della possibilità di acquistare un diritto, ma che essa può incidere anche in ipotesi nelle quali si tratta di conservare delle posizioni ormai acquisite; il Barbero accoglie così un concetto di decadenza la quale pregiudica la possibilità di compiere «... un dato atto da cui dipende la conservazione o l'acquisto di un diritto o di una azione»; cfr. in questo senso anche: Cass., 10 giugno 1950, n. 1466, in *Rep. Foro it.*, 1950, voce «Decadenza», n. 3.

⁽⁴¹⁾ *Op. cit.*, *passim*, ma specialmente p. 36.

⁽⁴²⁾ Per questo rilievo, v. soprattutto: SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, voce «Decadenza», p. 50; e, successivamente: TEDESCHI, *Lineamenti*, cit., p. 17; per altri rilievi critici, v. anche SARACENO, *Della decadenza*, cit., p. 1020.

⁽⁴³⁾ Cfr. WEISS, *Verjährung*, cit., p. 17 ss.; MODICA, *Teoria*, cit., p. 262.

ritto è a sua volta configurata come un diritto soggettivo, sia pure visto in funzione prevalentemente strumentale; e la decadenza è in tal modo vista più che come preclusiva dell'acquisto del nuovo diritto, soprattutto come estintiva del diritto di partenza.

Le conseguenze sono gravi: in ultima analisi, la validità della costruzione del Grawein, dei termini di decadenza come limiti temporali alla durata di un diritto, viene sostanzialmente riconfermata, anche in mancanza di espliciti richiami ad essa, peraltro assai frequenti (44). Al riguardo, si devono richiamare le considerazioni critiche sopra svolte, e soprattutto quella relativa alla mancata attribuzione di rilevanza al profilo dinamico che è alla base del fenomeno della decadenza.

Di più: se si considera il quadro della contrapposizione della decadenza alla prescrizione, la quale è al centro della dottrina post-pandettistica, la definizione della decadenza come causa di estinzione di un diritto assottiglia molto pericolosamente il margine di differenziazione di essa con l'altro istituto.

In questa prospettiva, sono assai comprensibili le prese di posizione secondo le quali andrebbe negata la possibilità di precisare la decadenza, anche nella sua contrapposizione alla prescrizione, sotto un profilo diverso da quello funzionale (45). Ciò nonostante, appare possibile evitare conclusioni così negative.

La linea di sviluppo della dottrina, nelle sue tortuosità, è veramente caratteristica, e merita di essere più nettamente sintetizzata: Grawein definisce la decadenza in relazione al concetto di diritto a termine; egli stesso, peraltro, precisando la categoria dei *Präklusivfristen*, differenziati dalla decadenza, pone le basi per quel capovolgimento della sua costruzione, che sarà poi operato soprattutto dal Giusiana. Ciò nonostante, la dottrina dominante difende la tesi principale del Grawein, in un senso ancora più ampio e rigido, non solo contro la mutata impostazione del Giusiana, ma prima di tutto contro la medesima differenziazione di ipotesi prospettata dal suo stesso autore.

In tal modo, però, come del resto spesso capita, la primitiva formulazione della teoria, mantenuta formalmente inalterata nella disputa, viene ad acquistare una sostanza sensibilmente diversa, per effetto della valutazione degli argomenti dibattuti: il diritto alla cui

(44) Cfr., per es., la decisa impostazione di WEISS, *Verjährung*, cit., p. 17.

(45) Cfr.: CANDIAN, *Decadenza*, cit., p. 1 ss.; per qualche accenno critico, v. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 229.

esistenza è apposto un termine, secondo Grawein, è qualcosa di assai differente dal diritto a cui è apposto un termine secondo, per esempio, Weiss: il primo è tenuto distinto da quei casi nei quali è evidente un aspetto dinamico, il secondo, al contrario, è destinato a ricomprenderli. La portata del mutamento di prospettiva è evidente.

Il riassorbimento nel concetto del diritto a termine della sostanza dei *Präklusivfristen* era del resto inevitabile: se si può intravedere un risultato definitivamente acquisito nell'analisi della materia della decadenza, sia sotto il profilo finalistico, sia sotto quello più prettamente dogmatico, esso può essere precisato nella individuazione dell'aspetto dinamico della situazione giuridica soggettiva incisa dalla decadenza.

Se si riconsiderano alla luce di questa osservazione le cause di tutto il tortuoso procedere dell'indagine dottrinale, appare chiaro che essa, nella definizione della decadenza, sembra incapace di uscire da una *impasse*: o si classifica con precisione la posizione incisa dalla decadenza nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive, il che significa, dato lo strumento concettuale impiegato, la qualificazione di essa come diritto soggettivo; ma allora con questa ricomprensione in un concetto ancora troppo lato e impreciso si viene ad appiattare quel che è viceversa l'aspetto più marcato della situazione considerata, ossia il suo profilo dinamico. O si attribuisce tutta la rilevanza che merita a tale profilo della posizione incisa della decadenza, ma allora ci si trova davanti ad una incapacità a tradurre questa in termini di situazione giuridica soggettiva.

Ambedue le alternative appaiono largamente insoddisfacenti. In ambedue i casi, peraltro, le difficoltà sembrano avere una unica causa: la insufficiente articolazione della teoria delle situazioni giuridiche che si impiega, secondo la quale tutte le posizioni di tipo attivo vengono ricomprese nel concetto di diritto soggettivo. La soluzione del problema, perciò, non poteva venire se non da un affinamento di questo strumento dogmatico, e non può essere neppur oggi profilata, se di questo strumento non si fa una appropriata utilizzazione.

9. — La teoria delle situazioni giuridiche soggettive costituisce, senza dubbio alcuno, la base di formulazione della nostra dogmatica giuridica. Senonché, la rilevanza fondamentale di tali concetti, almeno di solito, è più presupposta, o attribuita tacitamente, che esplicitamente argomentata. Par di intuire che attualmente si fa più diffusamente sentita l'esigenza di un ripensamento dell'effettivo valore

della impostazione generale comunemente adottata, e ciò, del resto, in diretta relazione con un certo disagio metodologico che pure si avverte in un ambito sempre più vasto della nostra letteratura: ma solo raramente tutto questo si traduce in espliciti spunti ⁽⁴⁶⁾.

Se poi dal piano della valutazione critica dell'angolo visuale accolto, si passa all'esame delle concrete definizioni delle singole situazioni soggettive, il panorama non appare più chiaro. In verità, non si può certo dire che la dottrina sia in grado di offrire oggi un quadro completo di tali situazioni; soprattutto, un quadro coerente, il che è ancora più importante: è già stato osservato che le interdipendenze tra le nozioni delle varie posizioni del soggetto sono tante, e tanto strette, che la definizione dell'una non può essere condotta se non di pari passo con la definizione delle altre ⁽⁴⁷⁾.

Per meglio dire, tale rilievo deve essere svolto nei confronti della nostra letteratura, con l'esclusione di quella monografica specificamente dedicata all'argomento. Nei confronti di questa, viceversa, si deve notare una tendenza per qualche aspetto opposta: la tendenza, cioè, a tracciare un quadro delle situazioni giuridiche soggettive il quale sia scevro di contraddizioni interne, fino a sembrare di posporre a questo bisogno di rigore logico l'esigenza di aderenza ad una certa situazione che è effettuale prima ancora che concettuale; e ciò senza fornire convincente dimostrazione dell'impossibilità di conciliare questi profili apparentemente contraddittori ⁽⁴⁸⁾; si spiegano così le tesi, sopra ricordate, secondo le quali si dovrebbe escludere dal concetto di diritto soggettivo l'una o l'altra delle due grandi categorie di diritti che viceversa in esso dovrebbero rientrare, secondo la dogmatica tradizionale, incontrovertibilmente presupposta, poi, dalla nostra legislazione.

Forse proprio per questa ragione si verifica lo strano fenomeno ⁽⁴⁹⁾ per il quale le trattazioni di carattere generale paiono insensibili ai rilievi e agli orientamenti della letteratura monografica, con la conseguenza che la definizione dei concetti di base della nostra dogmatica sono più il risultato di indagini specializzate, diffusamente note ma non altrettanto diffusamente utilizzate, che patrimonio comune della dottrina che pure è su di esse fondata.

⁽⁴⁶⁾ Cfr., *supra*, p. 7.

⁽⁴⁷⁾ SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 172, 173.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. la letteratura citata *supra* alla nota 17; per una indagine monografica di marca nettamente amministrativistica v.: CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.

⁽⁴⁹⁾ Già rilevato dal BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo*, cit., pp. 1, 2.

Questa situazione concettuale così insoddisfacente deve essere anche spiegata tenendo conto delle innegabili difficoltà che si incontrano nel tentativo di raggiungere una visione d'insieme superando i singoli angoli visuali adottati nei vari rami del diritto, e le varie problematiche sicuramente tra di loro diverse, che in tal modo vengono adombrate. I civilisti, insistendo sulla definizione di diritto soggettivo, e attraverso le crisi ricorrenti di questo concetto, paiono sentire prevalentemente l'esigenza di una precisazione della relazione tra posizione attiva e posizione vincolata nel rapporto giuridico. Per contro, gli amministrativisti sentono maggiormente la necessità di una più sottile articolazione delle situazioni giuridiche attive. È del tutto superfluo accennare ai motivi i quali condizionano queste diverse impostazioni.

Infine, per quel che riguarda il metodo di analisi del problema, si deve rilevare una lacuna di carattere generale: l'indagine pare venire condotta, di solito, tenendo conto in misura pressoché esclusiva di un punto di vista rigidamente sistematico, e di regola si prescinde da profili di ricerca della evoluzione delle definizioni dei principali strumenti concettuali impiegati dalla pandettistica ai nostri giorni.

Le incertezze ed i dubbi accennati devono rendere quanto mai cauti nel toccare la delicata materia, e gli stessi riferimenti allo stato della dottrina, per la relativa frammentarietà di questa, talvolta possono sembrare poco meno che arbitrari. Malgrado ciò, crediamo che nel quadro delle situazioni giuridiche soggettive si possa individuare un profilo saliente: la grande importanza che oggi ha la figura del potere giuridico⁽⁵⁰⁾. Valutando l'evoluzione della dogmatica negli ultimi decenni, essa appare dominata, appunto, da una tendenza fondamentale: il progressivo affermarsi di questa nozione.

La mancanza di indagini condotte tenendo conto del profilo storico, che si è sopra lamentata su un piano più generale, si avverte a questo proposito in modo maggiormente acuto: sarebbe di grande interesse un'analisi che valesse a puntualizzare nelle sue singole fasi una evoluzione, la quale è nota comunemente solo nelle sue grandi linee.

Il merito di una organica formulazione del concetto dei *Rechte*

(50) La bibliografia in argomento è assai ricca; cfr. da ultimo: CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., p. 215 ss.; v., ivi, le indicazioni sullo stato della dottrina; cfr. anche: A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., pp. 80 ss., 106 ss.

des « *rechtlichen Könnens* » è di solito attribuito allo Zitelmann ⁽⁵¹⁾; ma, in realtà, il problema della definizione di questa nozione fu già affrontato diffusamente dalla letteratura degli ultimi decenni del secolo scorso.

L'evoluzione concettuale appartiene al tipo che, forse, è il più diffuso: all'inizio, nell'ambito di una vasta categoria, quale quella del diritto soggettivo, si individuarono dei casi che presentano tra di loro certe analogie; successivamente, questi vennero raggruppati, in una nozione la quale, rispetto a quella originaria, si pone come *species* a *genus*; infine, nell'ultima fase, si attua il distacco tra vecchio e nuovo concetto, o quanto meno questi vengono definiti in modo coordinato.

Come spesso accade, dunque, anche nel nostro caso la nuova figura nacque all'insegna della ambivalenza; da un lato, il riconoscimento della specificità dei suoi caratteri, dall'altro la tendenza ad essere comunque ricollegata al vecchio ceppo del diritto soggettivo, si contrapposero a lungo in un equilibrio instabile. Di qui, e per molti decenni, tutta una serie di formulazioni ambigue, puntualmente rispecchiantisi nella incerta terminologia adottata: il nome di diritto potestativo, tra tutti il più conosciuto in Italia, rivela chiaramente, nella contraddizione dei suoi termini, l'incertezza concettuale. Appartiene ad un momento relativamente recente il superamento dell'equivoco, e una più organica definizione della figura ⁽⁵²⁾.

Evidentemente, non è questa la sede adatta per affrontare *ex professo* il problema del potere giuridico. Qui è solo possibile, e d'altronde sufficiente, rilevare le incidenze che derivano dalla sua definizione, sempre più accentuatamente autonoma, ai fini della precisazione della nozione di decadenza. Solo entro questi ristretti limiti devono essere mantenute e valutate le considerazioni che seguono, relative ai profili sotto i quali il potere è andato differenziandosi dal diritto soggettivo.

10. — Come è assai noto, tali profili sono soprattutto due: l'uno, di carattere contenutistico, per così dire, il quale si rispecchia con grande evidenza in quel che può essere considerato come l'esercizio, l'estrinsecazione del potere; l'altro, viceversa, di ordine prettamente strutturale.

⁽⁵¹⁾ Di questo autore cfr. soprattutto: *Internationales Privatrecht*, 2^{er} Band, München u. Leipzig, 1912, p. 32 ss.

⁽⁵²⁾ SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., voce « Poteri. Potestà », p. 172 ss.

Quanto al primo punto, si può notare che già le prime formulazioni dei *Rechte des « rechtlichen Könnens »* nacquero all'insegna di una esigenza concettuale ben precisa: quella di approntare uno schema atto a raggruppare tutta una serie di situazioni giuridiche soggettive caratterizzate dalla peculiarità degli effetti del loro esercizio: l'attuazione di una modificazione giuridica. Le posizioni che così vennero fin dal primo momento riportate alla nuova nozione, hanno la particolarità che mediante esse il loro titolare può procedere alla costituzione di altre posizioni, di solito, ma non necessariamente, di tipo soggettivo.

Tenendo conto di questi aspetti della evoluzione dottrinale, è facile rilevare che i tentativi di formulare una situazione giuridica avente il carattere suddetto si inscrivono in una tendenza intimamente connessa, ma di respiro più vasto, e in ogni caso, sembra, manifestatasi storicamente qualche decennio prima: la tendenza, cioè, a svuotare progressivamente la nozione di diritto soggettivo dei suoi aspetti dinamici⁽⁵³⁾, per delle ragioni assai eterogenee tra di loro, taluna del tutto indipendente dalle esigenze di una più puntuale articolazione della teoria delle situazioni giuridiche soggettive, ma che si unirono nel provocare questa evoluzione concettuale. Va da sé che un orientamento del genere si è venuto affermando in modo assai tortuoso, talvolta con *revirements* improvvisi, e sempre attraverso una estesa gamma di sfumature nelle sue definizioni. Ciò nonostante, la vastità dell'ambito nel quale esso ha finito col prevalere è oggi rilevabile in tutta evidenza.

La tendenza a definire come posizioni giuridiche autonome elementi che in precedenza erano considerati come semplici aspetti, o momenti, del diritto soggettivo, viene alla luce forse per la prima volta con grande chiarezza in occasione del distacco dal diritto soggettivo stesso del suo profilo essenzialmente dinamico; o, meglio, del più dinamico dei suoi profili: la possibilità di agire in giudizio per la sua tutela. La distinzione dell'azione dal diritto soggettivo (sostanziale), fu affermata, come è assai noto, intorno alla metà del secolo scorso, e oggi è considerata pressoché unanimemente come un dato acquisito in modo irreversibile⁽⁵⁴⁾. Si potrà obiettare che le

(53) Per il rilievo che quanto viene attribuito al contenuto del potere viene sottratto al contenuto del diritto soggettivo, v. GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 241.

(54) Per riferimenti alla evoluzione della teoria dell'azione, v.: A. ROMANO, *La pregiudizialità ecc.*, cit., p. 67 ss.

prime definizioni dell'azione come posizione autonoma erano pur sempre formulate in termini di diritto soggettivo. È assai facile replicare, peraltro, che lo stato della dottrina dell'epoca non offriva diversa soluzione: i primi spunti ricostruttivi della nozione dei *Rechte des « rechtlichen Könnens »* sono storicamente posteriori.

Partendo da questo punto di vista, comunque, acquista un sapore tutt'altro che di casualità la circostanza per cui la fase della definizione dell'azione come un diritto soggettivo (distinto da quello sostanziale), cronologicamente fu di breve momento: ben presto i processualisti utilizzarono la nuova nozione, sia pure nelle ambigue formulazioni di essa proprie dell'epoca. L'evoluzione si sviluppò con una rapidità che le date pongono in evidenza: per esempio, la celebre prolusione bolognese del Chiovenda (*L'azione nel sistema dei diritti*) è del 1903, e del resto la dottrina tedesca già negli anni immediatamente precedenti si era mossa nella stessa direzione.

A questa tendenza di fondo dei processualisti, fa riscontro un altro orientamento, dovuto ai civilisti, di portata ancora più fondamentale, ma sfortunatamente meno puntualizzato nelle sue fasi, e meno precisato nelle sue ragioni profonde: l'orientamento per cui si tende a costruire gli atti di disposizione del diritto soggettivo non già come espressione di quest'ultimo, ma come esercizio di una diversa situazione giuridica. Per la verità, una conclusione del genere non è tratta comunemente in modo esplicito. D'altronde, come tutti sanno, la teoria del negozio giuridico costituisce la *maxima pars* della dogmatica privatistica; ora, tale teoria sarebbe niente di meno che assolutamente incomprensibile, ove non fosse completata col richiamo di un indispensabile presupposto: la nozione di una situazione giuridica tipica, di cui il negozio stesso costituisca esercizio: soprattutto, di una situazione giuridica differenziata dal diritto soggettivo, giacché proprio la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un diritto, è l'effetto normale del negozio.

Anche sotto questo profilo, dunque, si è indotti a ribadire il rilievo prima accennato: ossia, che la dogmatica delle situazioni giuridiche si evolve nel senso di distaccare dal diritto soggettivo quegli elementi di carattere dinamico, precedentemente in esso ricompresi come semplici momenti, o aspetti, di una posizione essenzialmente unitaria. Se ciò risultasse provato con maggiore sicurezza, se cioè indagini di ben altra profondità confermassero queste prime impressioni, una conseguenza si imporrebbe: la precisazione dei caratteri dei *Rechte des « rechtlichen Könnens »* non sarebbe stata causa, ma sem-

mai effetto del manifestarsi di questa tendenza di fondo; d'altro canto, e ciò non sarebbe contraddittorio, la formulazione della nuova situazione soggettiva avrebbe accelerato lo sviluppo del processo in parola, fornendo il necessario strumento per una sua più completa traduzione sul piano concettuale.

Ad ogni modo, quali che siano stati i moventi della evoluzione dottrinale, sta di fatto che attualmente la nozione di potere giuridico si è sviluppata in modo tale da ricomprendere un po' tutte le posizioni soggettive aventi carattere dinamico. Di più: appare ormai definitivamente acquisita la correlazione tra il potere, e il suo esercizio, e il compimento di atti giuridici. Anche sotto questo profilo, la citata voce: *Poteri, Potestà*, di Santi Romano, pur nella estrema concisione delle sue espressioni, può essere considerata una specie di teoria generale *in nuce* del potere giuridico: nelle varie categorie di poteri ivi delineate (cfr. p. 178 ss.) si rispecchiano i principali tipi di atti giuridici. In altre parole, dalla teoria generale del potere (e si sarebbe tentati di dire: solo da essa), può essere dedotta una teoria generale dell'azione giuridica, anche processuale, ma prima ancora, e essenzialmente, di carattere sostanziale: la migliore dimostrazione di questa possibilità può consistere nel richiamo degli sviluppi che da ultimo sono stati tratti dalla citata dottrina ⁽⁵⁵⁾.

11. — Fin qui, le considerazioni relative al profilo che si è chiamato contenutistico, della nozione di potere; ma, come si è sopra accennato, questo è solo uno dei punti di vista, sotto i quali la figura viene caratterizzata in dottrina: è necessario tener conto anche di un altro aspetto assai importante, ossia quello strutturale.

Gioverà richiamare ancora una volta, a questo proposito, la dottrina dei poteri di Santi Romano ⁽⁵⁶⁾, per la sua organicità e completezza. Secondo questa teoria, il potere giuridico si ricollegherebbe immediatamente alla capacità del soggetto, della quale, anzi, costituirebbe la più diretta esplicazione; per questa sua connessione, esso sarebbe inalienabile, e comunque intrasmissibile e imprescrittibile; di per sé, il potere stesso non potrebbe mai essere ricompreso in un

⁽⁵⁵⁾ Cfr. tutta la serie dei più recenti lavori di SALVATORE ROMANO; v., soprattutto: *Autonomia privata*, Milano, 1957; *L'atto esecutivo nel diritto privato*, Milano, 1958; e, in modo particolare, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961; tra i pubblicisti, si veda soprattutto la posizione assai interessante di MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., pp. 45 ss., 126 ss.

⁽⁵⁶⁾ *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pp. 180 ss.

singolo rapporto, o in una singola fattispecie, ma mediante il suo esercizio potrebbero essere creati nuovi rapporti o nuove situazioni in numero indefinito; esso sarebbe suscettibile di essere esercitato innumerevoli volte, in relazione a innumerevoli situazioni, ma esso non potrebbe considerarsi esaurito in un suo singolo atto di esercizio, e neppure nell'insieme dei suoi esercizi valutati nel loro complesso.

Di quanto il potere giuridico, così delineato, differisca nella sua struttura dal diritto soggettivo, è cosa di tutta evidenza: come tutti sanno, il diritto soggettivo viene comunemente definito come una situazione giuridica che si ricollega, e anzi si esaurisce nell'ambito di un singolo rapporto, e che ha delle vicende costitutive, modificative e estintive legate a concrete fattispecie, e senza nessun riferimento con le vicende della capacità del soggetto.

Naturalmente, una differenziazione così marcata anche sotto l'aspetto strutturale tra il potere giuridico e il diritto soggettivo non è condivisa da tutta la dottrina. Si può ricordare, ad esempio, la posizione del Miele⁽⁵⁷⁾, contraria ad una distinzione tra esistenza ed esercizio del potere, e favorevole a far esaurire l'esistenza stessa del potere, nelle vicende della singola fattispecie. Secondo questa impostazione, il potere presenterebbe una struttura sostanzialmente assimilabile a quella del diritto. Qualunque sia l'opinione che si intenda accogliere al riguardo, è necessario peraltro tenere conto di questa varietà di tesi, per poter valutare in tutta la sua ampiezza la gamma di possibili incidenze della teoria del potere sulla definizione della nozione di decadenza⁽⁵⁸⁾.

12. — Che la nozione di decadenza sia strettamente legata a quella del potere giuridico, non è certo affermazione nuova: prendendo posizione sulle eterne dispute a proposito della distinzione tra decadenza e prescrizione, Santi Romano propose come elemento di differenziazione tra questi due istituti la diversità delle situazioni sog-

(57) Cfr. *Principi di diritto amministrativo*, cit., pp. 45 ss.

(58) Per altre nozioni di potere giuridico, cfr.: NATOLI, *Il diritto soggettivo*, cit., *passim*, ma specialmente p. 76 ss.; CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., p. 218 ss.; per la distinzione tra poteri di autonomia e poteri di statuzione o d'integrazione delle fattispecie delle norme giuridiche, cfr.: SPERDUTI, *Contributo alla teoria*, etc., cit., p. 49 ss.; per la distinzione tra potere come fattispecie normativa e potere come situazione giuridica soggettiva, cfr.: GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 238 ss. (v. anche, ivi, la negazione della nozione del potere come situazione giuridica soggettiva).

gettiva incise: rispettivamente, la decadenza opererebbe sul potere, o meglio sul suo esercizio, la prescrizione opererebbe sul diritto soggettivo (59).

Nella letteratura civilistica posteriore, questa tesi è stata sottoposta a critiche (60), le quali, nel loro complesso, per la verità rivelano soprattutto incomprensione per i termini nei quali il problema si pone sul piano dogmatico. In particolare, la cornice concettuale che si è cercato di richiamare con i sintetici accenni che precedono, appare del tutto trascurata, se non addirittura ignorata.

Convieni rilevare, in primo luogo, come già una differenziazione del potere giuridico dal diritto soggettivo, la quale venga condotta sotto il profilo strutturale, è tutt'altro che priva di rilevanza per la materia qui specificamente considerata.

Per maggiore chiarezza del ragionamento, pare opportuno tenere conto della dottrina dei poteri di Santi Romano, sopra ricordata: in essa, infatti, la diversità di struttura tra le due situazioni soggettive appare più marcata che in qualsiasi altra teoria.

Santi Romano ha affermato esplicitamente che i poteri non sono suscettibili di prescrizione (61). Questa asserzione, considerata così isolatamente, può apparire non giustificata, e ad ogni modo scarsamente significativa. Essa, peraltro, acquista una ben altra rilevanza, se inquadrata nell'intera prospettiva delle vicende del potere, secondo la concezione del medesimo autore (62). Come si è cercato sopra di sintetizzare, secondo la dottrina in esame il potere è anzitutto uno sviluppo della capacità del soggetto, il quale non si esaurisce nei suoi atti di esercizio valutati nel loro complesso, e tanto meno considerati singolarmente; in particolare, l'esistenza del potere non appare condizionata dalle vicende delle specifiche fattispecie concrete, rispetto alle quali esso può essere esercitato.

In altre parole, è l'intera teoria delle cause costitutive, modificative e estintive del rapporto giuridico, o, se si vuole, del diritto soggettivo, che sembra sostanzialmente inapplicabile al potere, considerato nella sua esistenza. Istituzionalmente, la prescrizione viene

(59) *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., voce « Decadenza », p. 46 ss.

(60) Cfr. tra gli altri: SARACENO, *Della decadenza*, cit., p. 1020; CANDIAN, *Decadenza e prescrizione*, cit., in *Temì*, 1950, p. 3; TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione*, etc., cit., p. 45 ss. e *Decadenza*, cit., p. 774; TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 220 ss.; PELLIZZI, *In margine al problema della decadenza*, cit., in *Giur. it.*, 1957, IV, c. 38 ss.

(61) *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 201.

(62) *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 196 ss.

classificata tra le cause estintive del diritto soggettivo: orbene, tutte tali cause appaiono incapaci di incidere sull'esistenza del potere. È esatto dire che il potere è imprescrittibile, ma ciò non deve indurre a ritenere che il potere sia meno sensibile alla prescrizione che alle altre cause di estinzione: tra di queste, la prescrizione non acquista affatto una propria rilevanza particolare.

Certo, anche a proposito del potere si può e si deve individuare un collegamento con le singole fattispecie concrete; ma tale collegamento va riferito non all'esistenza del potere, ma al suo esercizio. È solo in relazione a questo esercizio che si può adombrare una problematica la quale, in un certo senso, può essere considerata equivalente a quella che si vuole inquadrare, a proposito del diritto soggettivo, col richiamo ai concetti di vicende di questa situazione giuridica. I limiti della equivalenza anzidetta sono, in ultima analisi, i limiti della stessa analogia tra incidenze sull'esistenza di una posizione giuridica, e incidenze solo sul suo esercizio.

Evidentemente, le incidenze sull'esercizio del potere, almeno in linea di principio, andranno ricercate analizzando le varie forme ipotizzabili di condizionamento della possibilità di procedere a tale esercizio, in dipendenza dal verificarsi di dati presupposti, positivi o negativi. È probabile che una indagine del genere possa riuscire più facile agli amministrativisti, per i quali è familiare il fenomeno di quella disciplina dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione, la quale attenga al solo esercizio di questi, e non riguardi i limiti della loro esistenza: si tratta di una disciplina che è posta da norme di un tipo particolare, le quali vengono denominate norme di azione, secondo una terminologia proposta dal Guicciardi, e ormai di uso comune in dottrina e in giurisprudenza.

In una prospettiva del genere, il concetto che in un certo senso si potrebbe atteggiare come simmetrico a quello dei fatti costitutivi del diritto soggettivo, sembra debba essere ricercato delineando una nozione di fatti i quali legittimino un dato, concreto esercizio di un certo potere; va da sé che l'uso del verbo « legittimare » in questa sede, non vuole costituire affatto una presa di posizione nei confronti del tanto tormentato problema della legittimazione, la quale vada oltre una generica quanto ovvia affermazione della stretta interdipendenza dei due temi.

Proseguendo in questo ordine di idee, è possibile tracciare anche un concetto simmetrico a quello di cause estintive del diritto soggettivo: esso pare debba essere ricercato definendo una nozione di

cause le quali, intervenendo in una concreta fattispecie successivamente ad una delle cause del tipo precedente, impediscano l'esercizio del potere prima possibile. A questo proposito, si potrebbe usare il termine di cause di preclusione (all'esercizio del potere): anche qui, peraltro, a questa locuzione andrebbe attribuito solo il senso che essa acquista nel quadro della impostazione descritta. Come si sa, l'espressione ha assunto altrove, e soprattutto nella dottrina del diritto processuale, altri significati, probabilmente perfettamente inquadabili nella prospettiva accennata: al riguardo, comunque, in questa sede preferiamo mantenerci agnostici.

Tutto sommato, peraltro, la soluzione preferibile pare quella di ricomprendere senz'altro tutte le cause di preclusione, sotto il nome di cause di decadenza.

13. — Riferendo il quadro dogmatico descritto alla tematica specifica degli effetti giuridici prodotti dal decorso del tempo, dalle considerazioni che precedono una conseguenza discende netta: per il solo fatto che si è delineata una nozione di potere giuridico, strutturalmente differenziata da quella di diritto soggettivo, automaticamente è stato posto il problema di definire per il potere giuridico, in modo corrispondentemente differenziato sul piano strutturale, un equivalente di quel che la prescrizione è per il diritto soggettivo.

Sotto questo profilo, la distinzione proposta da Santi Romano tra decadenza e prescrizione (la prima incide sul potere, la seconda sul diritto), appare già esaurientemente giustificata. Certo, la differenziazione della decadenza dalla prescrizione, se si basasse solo sui motivi fin qui portati, apparirebbe non dovuta a ragioni che si ricollegano immediatamente all'esegesi di norme di legge, o alla ricostruzione di qualche istituto: tale differenziazione sembrerebbe discendere esclusivamente dalla necessità di delineare un quadro concettualmente coerente, di tracciare un armonico completamento della nuova nozione di potere. Peraltro, tutto questo non crediamo che diminuisca in nulla la concretezza dell'esigenza che ha portato a definire la decadenza come nozione diversa dalla prescrizione: se, in base a impostazioni di ordine metodologico che qui non è neppure il caso di richiamare esplicitamente, si ritiene indispensabile da parte del giurista l'uso, e quindi la definizione, di certi strumenti concettuali, evidentemente si deve considerare non meno indispensabile che tali strumenti siano precisati sul piano logico in modo ineccepibile.

Piuttosto, se la prospettiva non venisse ampliata oltre i profili strutturali di differenziazione tra il diritto soggettivo e il potere giuridico, e quindi tra la prescrizione e la decadenza, contro la teoria di Santi Romano si potrebbe svolgere un diverso rilievo critico: ossia, che l'esigenza di differenziare strutturalmente dalla prescrizione l'effetto preclusivo rispetto all'esercizio del potere prodotto dal decorso del tempo, è tutt'altra cosa, rispetto all'esigenza di differenziare funzionalmente i termini di decadenza da quelli di prescrizione, secondo quella distinzione tra questi due istituti che si è tentato di delineare in precedenza, da un punto di vista finalistico. In altre parole, il medesimo nome di decadenza verrebbe usato a proposito di due concetti distinti: prima, per indicare l'effetto prodotto da quei termini, i quali non sono posti in funzione di eliminazione dei contrasti tra stato di fatto e stato di diritto, ma sono previsti per limitare nel tempo la possibilità attribuita ad un soggetto, di attuare una certa modificazione giuridica; poi, per indicare quell'effetto prodotto dal decorso del tempo e avente non già carattere estintivo (del diritto), ma preclusivo (dell'esercizio del potere). Del resto, della tematica accennata all'inizio, relativa alla diversità di funzione tra prescrizione e decadenza, non vi è traccia nella distinzione da un punto di vista strutturale tra potere e diritto: ciò concorrerebbe a far ritenere che i due concetti indicati con lo stesso termine di decadenza, oltreché distinti, fossero anche completamente estranei l'uno all'altro.

Senonché, è necessario richiamare a questo proposito anche l'altro profilo di differenziazione del potere dal diritto, che si è sopra accennato: quello che si è indicato come profilo contenutistico. Si è rilevato come la nozione abbia finito col comprendere tutte le posizioni soggettive aventi un carattere dinamico / tutte quelle posizioni, cioè, mediante il cui esercizio il soggetto può attuare una modificazione giuridica. Nei limiti nei quali si accetti tale costruzione, una conclusione si impone: quelle situazioni giuridiche, rispetto alle quali è ipotizzabile l'apposizione di termini che sono da classificare come di decadenza da un punto di vista funzionale, sono proprio le medesime che su un piano dogmatico vanno definite come poteri. Da tutti i punti di vista la coincidenza è perfetta.

In questa prospettiva concettuale va inquadrata la teoria di Santi Romano: nell'ambito di tale prospettiva, questa teoria appare incontrovertibile. Essa è stata accennata in un breve scritto, il quale, nella concisione della sua formulazione, appare a prima vista l'espressione di una intuizione. Senonché, tenendo conto dei presupposti con-

cettuali dai quali la tesi muove, tale scritto sembra essere soprattutto il completamento e la conseguenza dell'intera costruzione dogmatica descritta: deve ritenersi circostanza tutt'altro che casuale, che la definizione qui accolta della nozione di decadenza sia stata proposta da chi ha portato al più maturo sviluppo la teoria del potere giuridico.

Va da sé che, nei limiti nei quali si riscontri la correlazione tra decadenza e potere, risulti anche la correlazione tra prescrizione e diritto soggettivo. Da un lato, individuando la funzione dei termini di prescrizione nella eliminazione dei contrasti tra stato di fatto e stato di diritto, l'accento è posto su una posizione considerata staticamente, su un dato assetto giuridico. Dall'altro, il diritto soggettivo, dopo la sottrazione dal suo contenuto di quegli aspetti dinamici ricompresi nella figura del potere, si presenta come una situazione giuridica da considerare essenzialmente statica.

Naturalmente, osservando la perfetta coincidenza che si ha anche tra posizioni rispetto alle quali è ipotizzabile l'apposizione di un termine di prescrizione qualificato come tale da un punto di vista finalistico, e posizioni classificabili come diritti soggettivi, non si vuole affatto approfondire la questione del come la prescrizione incida sul diritto. Certo, il problema non è affatto chiaro, e in ogni caso è assai più complicato di quanto non appaia a prima vista: primo presupposto per la sua soluzione, infatti, è una più precisa definizione della nozione stessa di diritto soggettivo, il che, attualmente, non pare che la dottrina sia in grado di offrire. Probabilmente, un chiarimento della delicata materia può venire solo dal suo inquadramento in una più vasta prospettiva, quale quella che abbraccia in genere la tematica dei rapporti tra sfera dell'autonomia privata e ordinamento statale: ci si riferisce qui ad un recente indirizzo dottrinale civilistico⁽⁶³⁾. In questo ordine di idee, il meccanismo attraverso il quale opera la prescrizione discende forse dal modo stesso con cui l'ordinamento statale riconosce efficacia agli atti dell'autonomia privata, e attribuisce rilevanza all'assetto delle posizioni giuridiche in tale sfera. Ogni ulteriore approfondimento non può prescindere da una precisazione dei caratteri di questo assetto, da una individuazione di quanto vi è di obiettivo nell'ordinamento della sfera soggettiva⁽⁶⁴⁾. Il punto è di estremo interesse, e le sue interferenze con la materia qui trattata

(63) SALVATORE ROMANO, *opp. citt.* alla nota 51.

(64) Cfr. SALVATORE ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, Milano, 1955, p. 37 ss.

sono di grande rilevanza, anche se una sua più ampia valutazione in questa sede costituirebbe evidentemente un fuor d'opera.

14. — Le critiche che sono state rivolte alla teoria di Santi Romano, in linea di massima prescindono, come si è accennato, dalla valutazione delle implicazioni concettuali sopra descritte⁽⁶⁵⁾; esse, infatti, si limitano a rilevare pretese discordanze dal dato legislativo della costruzione proposta.

Un primo gruppo di tali discordanze si può riscontrare tutte le volte nelle quali il legislatore ricollega esplicitamente la decadenza ad un diritto soggettivo. A questo proposito, si deve citare anzitutto una norma, la quale acquista una particolare rilevanza, per essere compresa in quella serie di disposizioni che dovrebbero costituire la disciplina organica della decadenza stessa: l'art. 2966 c.c., ultima parte, che prevede che la decadenza venga impedita « ... dal riconoscimento del diritto proveniente dalla persona contro la quale si deve far valere il diritto soggetto a decadenza ».

Per una più precisa comprensione del significato di questa norma, sembra opportuno, anzitutto, cercare di individuare il suo ambito di applicazione. Essa pare riferirsi a delle ipotesi tipiche, le quali possono venire esemplificate in modo significativo dall'art. 1495, primo comma, c.c.: dalla disposizione, cioè, che subordina il diritto di garanzia del compratore, per i vizi della cosa acquistata, alla denuncia dei vizi stessi al venditore, entro il termine (evidentemente di decadenza), di otto giorni dalla loro scoperta⁽⁶⁶⁾. Merita di riportare la formulazione dell'articolo, nella parte che qui più interessa: « Il compratore decade dal diritto di garanzia, se non denuncia... ». Si noti anche qui il caratteristico e non casuale ricollegamento della decadenza al diritto.

La disciplina che deriva dall'applicazione dell'art. 2966 all'art. 1495 risulta evidente: la subordinazione alla tempestiva denuncia dei vizi, del diritto del compratore alla risoluzione del contratto o al risarcimento del danno, non vale più se il venditore stesso riconosce questo diritto. Generalizzando quel che si può dedurre dalla sua applicazione particolare all'art. 1495, si precisa meglio la stessa portata

⁽⁶⁵⁾ Per una esplicita rinuncia a considerare tali più ampie prospettive, cfr.: TEDESCHI, *Lineamenti della distinzione*, etc., cit., p. 48.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. in proposito: SALVATORE ROMANO, *Vendita*, Milano, s.d., ma 1960, p. 264 ss.

normativa dell'art. 2966: in sostanza, la norma dispone che, nei casi nei quali un diritto è subordinato al compimento tempestivo di un atto, tale subordinazione non vale più, se il diritto stesso viene comunque riconosciuto dall'obbligato.

Se si conviene che il contenuto della disciplina dettata dal legislatore possa essere così chiarito, il problema, evidentemente, riguarda solo il valore dell'espressione legislativa. Arrivati a questo punto, peraltro, è facile rilevare quali sono le cause del collegamento della decadenza al diritto: non è che il legislatore abbia solo accolto una nozione di decadenza diversa da quella qui accettata: è che è diverso l'intero sottofondo concettuale nel quale si inquadra e quest'ultima, e la formulazione legislativa.

È chiaro, infatti, che nella prospettiva dogmatica che si è in precedenza delineata, la portata normativa adesso precisata non sarebbe stata mai espressa nella formulazione degli artt. 1495 e 2966.

Quanto alla prima norma, si sarebbe anzitutto puntualizzato che la denuncia dei vizi, dalla quale dipende il diritto alla risoluzione o al risarcimento, non costituisce estrinsecazione del medesimo diritto di garanzia, ma viceversa è espressione di una diversa situazione soggettiva: quest'ultima, poiché ha carattere dinamico, e comunque si estrinseca in esercizi che costituiscono atti giuridici, deve essere qualificata come un potere. Non è il caso di precisare se l'esercizio di tale potere crei direttamente il diritto di garanzia, oppure si limiti a porre in essere il presupposto al quale la legge condiziona l'esistenza di questo diritto stesso: l'approfondimento della questione ci porterebbe verso una puntualizzazione dei possibili effetti dell'esercizio del potere, e delle relazioni tra esercizio del potere e vicende dei singoli diritti o rapporti, che purtroppo deve essere tralasciata in questa sede. Quel che qui importa rilevare è che, nella formulazione delineata, risulta evidente il riferimento della decadenza all'esercizio del potere di denuncia, e non all'esistenza del diritto di garanzia.

Applichiamo lo stesso linguaggio, generalizzando, alla stessa norma di base. La portata normativa dell'art. 2966 andrebbe dunque formulata così: nei casi nei quali l'esistenza di un diritto dipende dal compimento di un atto, quindi dall'esercizio di un potere, il quale sia sottoposto ad un termine di decadenza, questo perde rilevanza, quando il diritto stesso sia riconosciuto dall'obbligato. Anche qui: in questa traduzione in un diverso linguaggio, risulta chiaro che la decadenza si riferisce all'esercizio di un potere, e non all'esistenza di un diritto. Infine, un'ultima considerazione relativa alla norma in

esame: si era già accennato in precedenza all'art. 2966⁽⁶⁷⁾. Si era allora notato che questa disposizione, prevedendo apparentemente un trastare in modo insanabile col profilo funzionale dell'istituto, così come lo si è prima precisato: infatti, se i termini di decadenza hanno lo scopo di limitare nel tempo la possibilità attribuita ad un soggetto di attuare una data modificazione giuridica, questo scopo parrebbe frustrato, ove la limitazione temporale venisse meno, tutte le volte che l'altro soggetto del rapporto riconoscesse come esistente la possibilità suddetta. In precedenza, si era rinviato ad un momento successivo il chiarimento della questione: le considerazioni adesso svolte permettono di sciogliere la riserva. Risulta ormai evidente che il riconoscimento previsto dall'art. 2966 non riguarda la possibilità di provocare la modificazione giuridica, ma viceversa il diritto che in tal modo verrebbe costituito. Per tale ragione, non è che l'art. 2966 preveda un caso di impedimento della decadenza: solo, prevede l'irrilevanza di questa, quando l'effetto che dovrebbe scaturire dall'esercizio del potere, è senz'altro riconosciuto come esistente dall'obbligato.

Si possono adesso tirare le fila: da un lato, partendo dalla teoria qui accolta, appare come un incomprensibile contrasto il collegamento legislativo della decadenza al diritto; dall'altro, il contrasto viene superato, e la formulazione legislativa riacquista un più preciso significato, se si tiene conto che quel che è diverso è l'intera prospettiva concettuale nella quale essa si inquadra. Non vi è dubbio che il legislatore, per esprimere la propria disciplina positiva, si è servito di uno strumento dogmatico non troppo raffinato, e comunque appartenente ad uno stadio ormai superato della teoria delle situazioni giuridiche soggettive: allo stadio, cioè, nel quale venivano ancora ricompresi nell'ambito del diritto soggettivo quegli aspetti dinamici che oggi si tende a distaccare e a definire in termini di potere.

È esatto rilevare che il legislatore ha parlato di diritto, là dove secondo la teoria di Santi Romano si doveva parlare di potere. Ma questo rilievo viene mantenuto in superficie, se non viene completato con l'osservazione che il concetto di diritto adottato dal legislatore è completamente diverso da quello al quale, secondo Santi Romano, non si sarebbe dovuta applicare la decadenza. Corrispondentemente, si deve notare che, se si accoglie il concetto di diritto comprensivo anche degli aspetti dinamici prima indicati, non residua nessuna po-

(67) *V.*, *supra*, p. 26.

sizione giuridica che possa essere precisata come potere: in altri termini, viene a mancare un oggetto della decadenza differenziato da quello della prescrizione.

Partendo dalla non sviluppata prospettiva concettuale impiegata dal legislatore, la decadenza, ovviamente, non può non essere riferita che al diritto ed essa può differenziarsi dalla prescrizione solo sotto il profilo finalistico: si comprende perché nelle norme sopra esaminate si sia parlato di decadenza: in tali casi, effettivamente, la funzione alla quale adempiono i termini ivi previsti non è quella della prescrizione.

Si possono quindi svolgere alcune considerazioni conclusive: notando che il legislatore ha riferito la decadenza al diritto invece che al potere, si mette in luce solo una diversità dello strumento concettuale impiegato: ed è un rilievo che si esaurisce in se stesso. È ovvio, non si vuole qui riaffermare la libertà dell'interprete, come soluzione di un problema impostato nei termini ormai stantii della forza vincolante delle definizioni date dal legislatore. Solo, si vuole osservare che come è di tutta normalità riscontrare delle differenze di valore e di contenuto nelle dogmatiche adottate da scrittori e da scuole diverse, così parimenti deve essere considerato non meno normale rinvenire differenze del genere nelle dogmatiche impiegate, rispettivamente, dal legislatore e dallo studioso.

Di regola, la dogmatica adottata dal legislatore sarà sempre meno raffinata di quella dello studioso: non solo perché quest'ultima, almeno tendenzialmente, è sempre più ricca; ma anche perché, mentre rimane inalterata la lettera della legge, si evolvono non solo quegli elementi che vengono comunemente richiamati a proposito dell'interpretazione c.d. evolutiva, ma anche la stessa dogmatica giuridica in quanto tale.

È comune l'osservazione del vincolo dell'interprete alla legge, tanto che si è potuto dire che un tratto di penna del legislatore può mandare al macero intere biblioteche giuridiche. Il condizionamento, peraltro, almeno per quel che riguarda la prospettiva concettuale, non è affatto a senso unico: è facile rispondere che il legislatore, nei suoi mezzi di espressione, è pur sempre legato al quadro dogmatico che gli è offerto dalla dottrina. Così, per un verso, è probabile che senza le biblioteche giuridiche suddette non sia possibile, se non il singolo tratto di penna del legislatore, quanto meno lo sviluppo di una legislazione organica; d'altro canto, la formulazione legislativa

rispecchia pur sempre lo stato della dogmatica dell'epoca, ed è alla luce di questa che va compreso il suo valore.

Sotto questo profilo, la ricostruzione del significato delle espressioni legislative va impostata nello stesso modo della ricostruzione del significato di espressioni usate da giuristi e da scuole diverse. Al limite, peraltro, è solo un problema di semantica.

15. — Un altro argomento di critica contro la teoria di Santi Romano è dedotto da una diversa discordanza con la formula della legge. L'argomento principale in tal senso è tratto soprattutto da alcuni articoli del codice civile, come per esempio l'art. 1442, sulla annullabilità dei contratti, e l'art. 1449, sulla rescindibilità. Queste norme, come è noto, si riferiscono alle azioni, rispettivamente, di annullamento e di rescissione: ora, si osserva, proprio secondo la dottrina dei poteri di Santi Romano, l'azione deve essere qualificata come un potere, e non come un diritto ⁽⁶⁸⁾; d'altro canto, nelle norme citate, il legislatore richiama esplicitamente la prescrizione e non la decadenza ⁽⁶⁹⁾.

Tenendo conto delle considerazioni svolte al paragrafo precedente, si sarebbe indotti a tentare una replica nel medesimo ordine di idee. In verità, le possibilità che il legislatore, nelle norme del tipo indicato, si riferisca a concetti di azione diversi da quelli che Santi Romano definiva come un potere, sono molteplici, e involgono problemi di amplissima portata: al solito, è necessario tenere comunque conto del sottofondo concettuale della formulazione legislativa, se di questa ci si vuole servire per una critica che non sia del tutto superficiale.

Se si volesse imboccare la strada della ricerca di concetti di azione, ai quali si dovrebbe ricollegare la prescrizione e non la decadenza anche secondo la teoria qui accolta, non si dovrebbe fare altro che ricordare al riguardo circostanze ben note, e già in precedenza richiamate: ossia, che fino alla metà del secolo scorso non si pensava l'azione come qualcosa di distinto dal diritto soggettivo tutelato, nel

(68) SANTI ROMANO si è ripetutamente espresso in questo senso; cfr., per esempio: *Frammenti di un dizionario*, cit., p. 179; per indicazioni sullo stato della dottrina in argomento, v.: A. ROMANO, *La pregiudizialità ecc.*, cit., p. 80 ss.

(69) Per una critica del genere, v. da ultimo: TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 219 ss.; per altri rilievi, relativi a discordanze col dato testuale della teoria di SANTI ROMANO, cfr.: TEDESCHI, *Lineamenti*, cit., p. 44 ss.

quale, anzi, veniva ricompresa come un suo semplice aspetto. Che, comunque, anche posteriormente al distacco dell'azione dal diritto soggettivo tutelato, essa, fino alla fine del secolo scorso, non poteva a sua volta che essere definita come un diritto soggettivo, posto che la nozione di potere era allora ancora di là da venire. Che, infine, nei primi decenni del nostro secolo, quella posizione giuridica che adesso viene chiamata potere, veniva pur sempre considerata come una specie particolare di diritto soggettivo, come indica lo stesso termine più spesso usato al riguardo, ossia quello di diritto potestativo.

Di più: non è detto che nelle azioni di annullamento, rescissione, etc., ossia nelle azioni di tipo costitutivo, l'oggetto della prescrizione sia l'azione propriamente detta, e ciò secondo certe impostazioni concettuali che si riferiscono specificamente alle azioni di tale genere. Come è assai noto, la ricostruzione dogmatica del processo civile di tipo costitutivo si è presentata come assai difficile, e ha dato luogo a molte e ancora non sopite controversie⁽⁷⁰⁾. Secondo la dottrina largamente dominante, peraltro, la modificazione giuridica che viene attuata mediante il processo di tale tipo, si baserebbe anzitutto su una possibilità di operare in tal senso che la legge attribuirebbe direttamente al privato; la sentenza costitutiva avrebbe solo un ruolo di intermediazione, sia pure diversamente definito. Ora, quel che si è indicata genericamente come una possibilità del privato di attuare una modificazione giuridica, viene definito in termini di situazione giuridica soggettiva, di solito avente carattere sostanziale. Può darsi che, nei limiti nei quali si riferisca la prescrizione non all'azione, ma alla posizione sostanziale tutelata, proprio tale situazione soggettiva sia l'oggetto della prescrizione stessa nei casi in esame; non vi è dubbio che essa andrebbe definita come un potere, ma per lungo tempo è stata precisata, al massimo, come un diritto potestativo.

Si può anche dubitare, soprattutto, che il legislatore, negli articoli ora in esame, tenesse presente una precisa prospettiva concettuale. L'ipotesi che appare più probabile, infatti, è che l'immediato collegamento affermato tra azione e prescrizione, col suo sapore tralaticio, non sia nient'altro che una derivazione da una impostazione tradizionale, che in realtà è una reminiscenza romanistica.

(70) Cfr. in proposito: A. ROMANO, *La pregiudizialità ecc.*, cit., p. 265 ss.

Le spiegazioni della formulazione legislativa già abbondano, e potrebbero essere ancora ulteriormente moltiplicate. A nostro avviso, peraltro, non sarebbe questa la strada più opportuna. In realtà, al di là di qualche analogia superficiale, i termini con i quali il problema si pone nelle disposizioni ora all'esame, differiscono notevolmente da quelli del problema considerato nel paragrafo precedente: allora, si trattava di identificare come un potere o come un diritto la situazione incisa da termini che senza dubbio erano di decadenza; ora, viceversa, a ben guardare, quel che qui deve essere considerato dubbia è la stessa natura dei termini di cui si tratta: il legislatore li qualifica di prescrizione, ma l'ipotesi più probabile è che viceversa siano di decadenza, in perfetta coerenza, del resto, con la natura della situazione incisa, se questa, come sembra, deve essere classificata come un'azione, anche secondo la dogmatica qui accolta. Se tutto ciò è esatto, peraltro, si viene a toccare una tematica tutta diversa da quella fin qui considerata: si pone infatti il problema delle relazioni tra una definizione che scaturisce da una data prospettiva concettuale, e la disciplina positiva da applicare a una data fattispecie. A questo si accennerà molto brevemente nel paragrafo che segue. Sembra opportuno chiudere questo paragrafo, infatti, con qualche considerazione relativa ad un altro punto, strettamente connesso con i rilievi adesso svolti: quello dei rapporti dell'azione, rispettivamente, con la prescrizione e la decadenza.

Come si sa, l'angolo visuale dal quale il problema è visto più comunemente, è quello della situazione giuridica incisa dalla prescrizione. Il quadro è dominato, anzitutto, dalla tendenza di marca romanistica sopra ricordata, secondo la quale la prescrizione agirebbe sull'azione, e non sul diritto soggettivo da questa tutelato⁽⁷¹⁾. Si è già accennato che questo orientamento è evidentemente basato su una prospettiva di fondo dei rapporti tra diritto e azione che è assai lontana da quella oggi comunemente accolta. Infatti, la tesi attualmente dominante è nel senso che la prescrizione agisce sul diritto sostan-

(71) Da ultimo, in questo senso, v.: BARBERO, *Sistema*, cit., p. 256; cfr. anche: GANGI, *Il momento iniziale della prescrizione estintiva*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1904, p. 225; per l'affermazione che la questione, dibattuta sotto il vecchio codice civile, dovrebbe considerarsi adesso risolta nel senso che l'azione incide sul diritto, per l'esplicita indicazione in tal senso dell'art. 2934 c.c., cfr.: D'AVANZO, *Della prescrizione*, in *Commentario al codice civile* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro della tutela dei diritti*, p. 949.

ziale ⁽⁷²⁾. Il panorama, comunque, è tutt'altro che univoco. Fra l'altro, ha esercitato un notevole influsso anche la dottrina tedesca, la quale, in generale, è nel senso che la prescrizione incida non sul *Recht*, ma sull'*Anspruch*: si dovrebbe fare un lungo discorso per ricostruire l'esatto valore di questa espressione, alla luce dei termini nei quali è impostato dalla dottrina italiana il problema dei rapporti tra diritto e processo; sicuramente, peraltro, il concetto di *Anspruch* è senz'altro più vicino a quello di azione, che non a quello di diritto tutelato ⁽⁷³⁾. Infine, non si deve sottacere la tesi, secondo la quale la rilevanza della questione sarebbe da ritenersi di poco conto, anche per l'asserita inscindibilità dell'azione dal diritto ⁽⁷⁴⁾.

Evidentemente, trattando la questione nel quadro della prospettiva sopra delineata, essa appare per larga parte sganciata dai termini del problema dei rapporti tra diritto e azione. Non vi è dubbio: secondo la teoria di Santi Romano, l'azione non può mai essere oggetto di prescrizione, ma solo di decadenza. Ciò, peraltro, non si ricollega affatto alla natura processuale e non sostanziale dell'azione come situazione giuridica soggettiva: la sottoponibilità dell'azione alla sola decadenza deriva unicamente dalla sua qualificazione come un potere e non come un diritto. Sotto questo profilo, l'azione si trova esattamente nella identica posizione di qualsiasi altro potere a carattere sostanziale, come, per esempio, il potere negoziale.

Analogamente, il diritto c.d. tutelato sarà suscettibile solo di prescrizione e non di decadenza, non per il suo carattere sostanziale, ma unicamente in quanto abbia natura di diritto soggettivo e non di potere. Non si dovrebbe ragionare diversamente se, in ipotesi, la dottrina del processo civile individuasse delle posizioni soggettive processuali aventi natura di diritto soggettivo.

⁽⁷²⁾ Per una affermazione particolarmente efficace in questo senso, v.: CABNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 35; sorprendentemente, sulla questione ha avuto occasione di pronunciarsi anche la Corte Costituzionale, la quale ha accolto tale tesi, deducendone la legittimità costituzionale della normativa dettata dal codice civile per le c.d. prescrizioni presuntive: legittimità contestata per asserito contrasto con l'art. 24 Cost. (sent. 14 giugno 1962, n. 57, *Giur. cost.*, 1962, p. 660).

⁽⁷³⁾ Per il collegamento della prescrizione all'*Anspruch*, cfr.: VON TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 2^e Band, 2^e Hälfte, München u. Leipzig, 1918, p. 507; più recentemente: ENNECCERUS, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 995; particolarmente reciso: LEHMANN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 327, per il quale la prescrizione colpisce l'*Anspruch* e non gli «... ihnen zugrunde liegenden Rechte».

⁽⁷⁴⁾ In questo senso: WEISS, *Verjährung*, cit., p. 23; cfr. anche: AZZARITI e SCARPELLO, *Della prescrizione*, cit., p. 543.

Questo è tutto quello che si doveva e si poteva dire, in uno studio dedicato alla nozione di decadenza. Naturalmente, con la precisazione accennata non si vuole affatto pretendere che sia chiarito un quadro notevolmente complesso, il quale per altro verso è assai ricco di aspetti delicati. Per esempio, rimane piuttosto oscuro quali effetti abbia sull'azione la prescrizione del diritto tutelato. La questione non può neppure essere affrontata, se non si indica in via preliminare quale concezione si abbia dei rapporti tra diritto e processo, e quale definizione di azione conseguentemente si accolga. In quanto ci si orienti verso un concetto di azione che diremmo in senso concreto, un concetto di azione, cioè, come di una posizione processuale omologa al diritto soggettivo sostanziale, e suscettibile delle medesime vicende di questo, evidentemente l'estinzione per prescrizione dell'uno non può non comportare, in qualche modo, l'estinzione dell'altra.

Se viceversa si accetta una definizione di azione più conforme alla teoria dei poteri, allora la soluzione deve essere diversa. In quanto si precisi l'azione come un potere, esercitabile un numero indefinito di volte, in relazione ai singoli diritti soggettivi da tutelare sul piano processuale, l'estinzione di uno di questi diritti a causa della prescrizione, agisce sostanzialmente come una causa di preclusione dell'esercizio corrispondente del potere. Se si accoglie una terminologia sopra appena accennata, e che sarà ripresa tra poche pagine, secondo la quale le cause di preclusione suddette possono essere definite come casi di decadenza, si arriva ad una conseguenza che forse solo a prima vista è paradossale: alla prescrizione del diritto sul piano sostanziale, si accompagna sempre una decadenza dall'esercizio del potere di azione sul piano processuale.

In fondo, il problema non potrà dirsi completamente chiarito, finché non viene precisato il modo attraverso il quale la prescrizione opera sul diritto soggettivo; si è già avvertito che la correlazione prescrizione-diritto soggettivo, nella sua sicura esattezza, sotto la semplicità della formula cela dubbi di grande portata.

16. — Si devono ora precisare i limiti entro i quali la costruzione accolta sia idonea a risolvere il problema esegetico: il problema, cioè, di stabilire se ad una data ipotesi di termini previsti dalla legge, si debba applicare la disciplina dettata per la prescrizione oppure quella dettata per la decadenza.

In linea di principio, dobbiamo dire subito che siamo assai scettici su tale idoneità, e ciò non tanto per motivi inerenti al tema qui specificamente trattato, quanto per ragioni di ordine più generale: partendo da una data disciplina positiva, si può costruire uno schema dogmatico, atto a spiegarla e a sistematizzarla, per così dire. Il procedimento inverso, peraltro, appare assai più difficile e pericoloso: se si parte da una costruzione dogmatica, per precisare una data disciplina positiva, si rischia di scambiare un feticcio con la realtà, nell'ipotesi peggiore: quella, cioè, che l'apparato concettuale sia inappropriato o comunque insufficiente. Nell'ipotesi migliore, poi si sceglie una strada che è contorta. In realtà, la precisazione della disciplina positiva trova la sua più sicura base in una retta valutazione della norma sotto un profilo finalistico. Questa osservazione costituisce un richiamo ben preciso a certe impostazioni metodologiche, del resto assai note, le quali, comunque, per la loro imponenza, impediscono che l'accento fatto sia motivato, e tanto meno logicamente dimostrato.

Come si è accennato in apertura di questo lavoro, la dottrina italiana più recente, occupandosi della decadenza, sembra affaticarsi in modo pressoché esclusivo intorno alla questione se in una data ipotesi sia da applicarsi la disciplina della prescrizione o quella della decadenza; a tal fine ricorre, e spesso distorce, alle varie costruzioni dogmatiche che sono state proposte al riguardo. A nostro avviso, il modo più semplice e diretto per la soluzione del problema sta nell'analisi delle esigenze alle quali la disciplina positiva ha inteso ispirarsi: se il legislatore ha inteso mirare al consolidamento di uno stato di fatto in stato di diritto, si applicheranno le norme sulla prescrizione. Se viceversa si tratta di limitare nel tempo la possibilità di attuare una data modificazione giuridica, allora si applicheranno le norme sulla decadenza. Va da sé che la corrispondenza dogmatica prospettata esiste sempre, e che fatalmente nell'un caso la situazione incisa sarà un diritto, e nell'altro un potere. Ma ciò dipende solo dal fatto che si è concettualizzata in termini di diritto soggettivo quella posizione a carattere statico che, sola, può essere valutata diversamente da un punto di vista di diritto e da un punto di vista di fatto; e, correlativamente, che si è concettualizzata in termini di potere giuridico quella posizione a carattere dinamico, che, sola, può portare all'attuazione di una modificazione giuridica. D'altra parte, per quanto la corrispondenza indicata non possa non sussistere in tutti i casi, pure non ci pare metodologicamente corretto

dedurre l'applicabilità dell'una o dell'altra disciplina positiva, dalla qualificazione come diritto o come potere della situazione incisa.

Si è già accennato in precedenza ad alcuni casi nei quali è dubbia la disciplina da applicare. Si proseguirà il ragionamento, a titolo esemplificativo, in relazione a quello che forse è il più noto tra di essi: il termine che condiziona l'esperibilità dell'azione di annullamento dei contratti per vizio del consenso.

Non è dubbio che, secondo la costruzione qui accolta, la situazione incisa in tale ipotesi debba essere qualificata come un potere e non come un diritto; in perfetta corrispondenza con tale qualificazione, a noi pare che all'ipotesi in esame si debba applicare la disciplina della decadenza e non quella della prescrizione. Eppure, e questo è il punto, non deduciamo questa conseguenza dalla qualificazione suddetta. Solo, richiamiamo la disciplina della decadenza, perché ci pare chiaro che il termine di cinque anni è stato posto allo scopo di evitare di lasciare illimitata nel tempo la possibilità attribuita ad uno dei soggetti del contratto, di porre nel nulla il contratto stesso. Seguendo il medesimo ordine di idee, ci pare assurdo che l'esistenza di tale contratto potesse rimanere indefinitivamente sospesa, se l'altro soggetto, ogni quattro anni e undici mesi, riconoscesse formalmente che la controparte ha il diritto (si dovrebbe allora usare questo termine) di annullare il contratto stesso, oppure se questi, sempre con la stessa periodicità, spiccasse un atto di citazione, lasciando poi estinguere il processo: d'altra parte, questa è la conclusione alla quale si dovrebbe necessariamente arrivare, se si riconoscessero applicabili al caso in esame le norme relative alla interruzione della prescrizione. Ci rendiamo conto perfettamente che la dottrina e la giurisprudenza, in massima parte, sono viceversa proprio in questo senso. D'altro canto, crediamo che il significato del ragionamento rimanga comunque valido, al di là della dimostrazione della esattezza della soluzione proposta nel singolo caso, la quale perciò costituirebbe qui una inutile digressione.

17. — Comunque, qualunque sia il metodo che si vuole usare per arrivare a stabilire quale sia la normativa da applicare ad una concreta fattispecie, sembra che le differenze tra la disciplina del decorso dei termini di decadenza e la disciplina del decorso dei termini di prescrizione vada delineata in termini per qualche aspetto diversi da quelli comunemente considerati.

Come è noto, su un piano istituzionale tali differenze sono tratteggiate nel senso che il decorso del termine, nell'ipotesi della decadenza, almeno tendenzialmente è fissato in modo più rigoroso, ed esso si inizia, prosegue e si esaurisce prescindendo dalle condizioni soggettive e dal comportamento del titolare della situazione giuridica incisa; viceversa, nell'ipotesi della prescrizione, il decorso stesso, sempre tendenzialmente, avrebbe caratteri sostanzialmente opposti.

Il primo argomento a sostegno dell'orientamento accennato viene tratto dall'art. 2964, prima parte, il quale tassativamente prescrive la inapplicabilità alla decadenza delle norme che prevedono l'interruzione del decorso del termine di prescrizione. Che le cause di interruzione della prescrizione non esplichino nessuna rilevanza per quel che concerne la decadenza, è in realtà cosa che si può definire ovvia: è tutt'altro che casuale che, indipendentemente da disposizioni espresse in tal senso, la dottrina fosse già arrivata per proprio conto alla medesima conclusione⁽⁷⁵⁾. Tali cause, infatti, come si è sopra accennato, consistono in atti, i quali, pur non essendo riferibili all'esercizio in senso stretto del diritto soggetto a prescrizione, costituiscono comunque indice della persistente vitalità di questo. Ove si tenga conto che i termini di decadenza sono previsti in funzione di esigenze del tutto diverse da quella di eliminare contrasti tra lo stato di fatto e lo stato di diritto, risulta evidente che le circostanze suddette sono del tutto prive di significato per il decorso di questi termini.

Il rilievo della inapplicabilità alla decadenza della disciplina sul punto della prescrizione è quindi comunque esattissimo; se però da esso si vuole trarre la deduzione che i termini di decadenza non sono soggetti in ogni caso a interruzione, si compie un salto logico: è probabile che anche questa ulteriore conseguenza sia conforme alla disciplina positiva, ma il vizio del ragionamento deve comunque essere posto in luce.

Il presupposto normalmente inespresso, ma non per questo meno evidente, dell'orientamento dominante in materia di differenze tra le discipline della decadenza e della prescrizione, è che ambedue si riferiscano al decorso di termini di natura sostanzialmente analoga. Si può così parlare del minore o del maggiore rigore dell'una o dell'altra, quasi che la diversità tra di esse scaturisca nelle due ipotesi

(75) Cfr.: WEISS, *Verjährung*, cit., p. 14.

dalla diversità dei punti di componimento di interessi di differente intensità, ma della medesima natura. Viceversa, la diversità di funzione che si è identificata tra i due istituti costituisce una premessa, dalla quale può trarsi una unica corretta deduzione: la disciplina della prescrizione e la disciplina della decadenza costituiscono il punto di incontro, rispettivamente, di due distinte e diverse coppie di interessi. Nella prescrizione, evidentemente, il legislatore ha fissato il punto oltre il quale l'interesse del titolare del diritto di vedersi mantenuta tale titolarità anche nell'ipotesi di sua inerzia, cede all'interesse pubblico della conformità dello stato di fatto allo stato di diritto. Nella decadenza, d'altro canto, il legislatore ha fissato il punto, oltre il quale l'interesse del titolare del potere a procedere all'esercizio di questo nel tempo preferito, cede all'interesse pubblico di non lasciare illimitata nel tempo la possibilità di attuare la modificazione giuridica corrispondente.

Data la profonda non omogeneità delle esigenze alle quali si ispirano, rispettivamente, le due diverse discipline, da un punto di vista rigidamente funzionale non dovrebbero verificarsi interferenze o scambi tra l'una e l'altra. Sul piano concettuale, viceversa, la realtà si presenta completamente diversa: la genesi della nozione di decadenza dal concetto di prescrizione, la persistente falsa impostazione dottrinale, e soprattutto legislativa, secondo la quale la decadenza sarebbe qualcosa di minore, ma di sostanzialmente affine alla prescrizione, giustificano ampiamente sul piano logico, se non addirittura psicologico, un fenomeno effettivamente innegabile: l'utilizzazione, per esprimere la disciplina della decadenza, di schemi concettuali, di figure dogmatiche elaborate per la prescrizione; gli inconvenienti derivano soprattutto dal mantenimento a tali nozioni, malgrado la loro trasposizione, dei caratteri che sono validi solo in relazione all'istituto di origine.

A rigore, causa di interruzione del decorso del termine vuole dire solo causa al cui verificarsi il termine ricomincia a decorrere di nuovo fin dall'inizio. In questa che dovrebbe essere una vuota forma, peraltro, rimane calato il contenuto delle cause di interruzione del termine di prescrizione anche quando si discute della interrompibilità della decadenza. Il vizio logico è ormai evidente.

Dalla esclusione dell'applicabilità alla decadenza delle cause di interruzione della prescrizione non si deve quindi dedurre che il legislatore non possa prevedere delle cause, di natura completamente diversa, che interrompano la decadenza stessa: evidentemente, l'at-

tribuzione di questo effetto a date circostanze discenderà da una valutazione delle esigenze concrete che volta a volta saranno avvertibili nelle varie ipotesi di decadenza. È assai probabile che, per la particolare natura della funzione di questa, le cause della sua interruzione saranno comunque rare; ma ciò non è una buona ragione per escludere in via di principio la verificabilità di un fenomeno: l'analisi della estrema molteplicità di casi di termini di decadenza previsti nel nostro ordinamento giuridico dovrebbe porre in luce una grande varietà di ipotesi, una estesa gamma di sfumature e sfaccettature, che sembra assai pericoloso voler imprigionare *a priori* in rigidi schemi prefissati.

18. — La medesima multiformità di ipotesi si ritrova anche a proposito di quello che è un altro profilo fondamentale della disciplina del decorso del termine, tanto per quel che riguarda la prescrizione, quanto per quel che concerne la decadenza: la sospensione. Da questo punto di vista, peraltro, il problema è stato lasciato più aperto dallo stesso legislatore, il quale ha qui impiegato una formula relativamente indeterminata: la seconda parte del medesimo art. 2964 prevede la inapplicabilità alla decadenza delle norme sulla sospensione della prescrizione, ma fa salva esplicitamente la disposizione contraria. S'intende, che alla prospettiva che sta alla base del testo della legge va comunque apportata la correzione prima vista a proposito dell'interruzione: le esigenze considerate nella decadenza sono del tutto non omogenee rispetto a quelle valutate nella prescrizione. Specie tenendo conto anche di questa precisazione, si può facilmente intravedere quale varietà di soluzioni offra poi in concreto la disciplina delle singole ipotesi di decadenza.

Il quadro delle cause di sospensione non sarebbe tuttavia completo, se non si considerasse anche un altro profilo ampiamente interferente: quello relativo al momento iniziale del decorso del termine.

Per quel che riguarda la prescrizione, il punto è disciplinato dall'art. 2935, il quale prevede che il termine cominci a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere. Ci si discosta in tal modo da una regola generale, di carattere tradizionale ⁽⁷⁶⁾, valida

(76) Forse un'eco di essa si può vedere anche nel noto brocardo: *actio nondum nata non praescribitur*.

ancor oggi per altre legislazioni ⁽⁷⁷⁾, secondo la quale la prescrizione comincia a decorrere nel momento in cui nasce il diritto ⁽⁷⁸⁾, sia pure con qualche eccezione, in cui talvolta tale inizio è addirittura anticipato ⁽⁷⁹⁾.

Della portata dell'art. 2935 occorre tener conto, giacché la dottrina tende ad impostare il problema corrispondente per la decadenza in termini di estensibilità a quest'ultimo istituto dell'applicazione della norma suddetta; estensibilità che è generalmente affermata ⁽⁸⁰⁾, sia pure con qualche temperamento ⁽⁸¹⁾. Occorre quindi soffermarsi brevemente sul punto, sia pure avanzando riserva sulla bontà del metodo, per i motivi già più di una volta ripetuti, circa la non omogeneità dei due istituti.

La formulazione dell'art. 2035 è interpretata dalla dottrina in modo nettamente restrittivo: si ammette, cioè, che malgrado l'ampiezza della dizione impiegata dal legislatore ⁽⁸²⁾, e malgrado le incongruità alle quali potrebbe dar luogo l'applicazione rigorosa del

⁽⁷⁷⁾ V. il paragrafo 198 *BGB*; cfr. sul punto: MODICA, *Teoria*, etc., cit., I, p. 274.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. in questo senso: GRAWEIN, *Verjährung*, cit., p. 78 ss.; WEISS, *Verjährung*, cit., p. 46 ss.; cfr. anche: GANGI, *Il momento iniziale*, cit., p. 259 ss.

⁽⁷⁹⁾ Interessante quella del caso in cui la nascita stessa del diritto dipenda dalla nuda volontà di chi poi ne sarà titolare; in questa ipotesi, si è sostenuto che la prescrizione futura cominci già dal momento in cui il soggetto sia in grado di provocarne la nascita: in questo senso, GANGI, *Il momento iniziale*, cit., p. 254; LEHMANN, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 329; in senso contrario: ENNECCERUS, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 995, secondo il quale tale disciplina avrebbe avuto valore generale nel diritto comune, ma non più nel diritto moderno, tanto che il *BGB* la ammette solo in tre casi. Vedi anche: DERNBURG, *Pandette*, cit., p. 451, con richiami di bibliografia sul punto. Cfr. in genere in argomento: CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, cit., p. 39; VON TUHR, *Der allgemeine Teil*, cit., p. 515. In realtà, pare che nell'ipotesi in esame oggetto immediato della prescrizione sia non tanto il diritto ancora non costituito, quanto la posizione in base alla quale quest'ultimo può essere costituito. Del resto, poiché tale posizione avrà i caratteri del potere giuridico, in definitiva si tratterà di decadenza piuttosto che di prescrizione.

⁽⁸⁰⁾ Cfr.: TEDESCHI, *Lineamenti*, etc., cit., p. 49, 50.

⁽⁸¹⁾ SARACENO, *Della decadenza*, cit., p. 1027, ammette l'applicabilità anche alla decadenza dell'art. 2935, ma sostiene che nei casi nei quali il fatto che impedisce l'inizio della decorrenza del termine è previsto come causa di sospensione, allora l'applicabilità della norma in parola è sottoposta ai limiti dell'art. 2964 ultima parte.

⁽⁸²⁾ A tale ampiezza fa esplicitamente riferimento D'AVANZO, *Della prescrizione*, cit., p. 954, il quale rileva che la soluzione restrittiva accolta dalla dottrina dominante si giustifica solo in base a quanto esposto nella relazione al re,

principio ⁽⁸³⁾, solo ostacoli all'esercizio del diritto che sono di carattere giuridico, e non anche quelli di carattere materiale, possano ritardare l'inizio del decorso del termine ⁽⁸⁴⁾; praticamente, i casi più importanti di sfasatura tra tale inizio e l'esistenza del diritto sarebbero costituiti dalla sottoposizione dell'esercizio del diritto stesso a termine iniziale o a condizione sospensiva ⁽⁸⁵⁾.

Il parallelo con la decadenza, se da un lato è facilmente intuibile nelle sue grandi linee, dall'altro è difficilmente precisabile nei suoi particolari: anche sotto questo profilo si avverte la mancanza di una teoria delle vicende dell'esercizio del potere, la quale permetterebbe, appunto, di delineare con maggiore esattezza il problema.

Piuttosto, è da ricordare che, talvolta, specie in giurisprudenza ⁽⁸⁶⁾, è affiorata l'affermazione secondo la quale nella determinazione del momento iniziale del decorso del termine di prescrizione occorrerebbe tenere conto anche di quegli ostacoli di fatto che impedirebbero l'esercizio del diritto. Il ragionamento si basa sulla disciplina del termine di cinque anni nelle azioni di annullamento del contratto per vizio del consenso: è stato rilevato che esso decorre dal momento in cui è stato scoperto l'errore o il dolo, oppure è cessata la violenza, da quando, cioè, è venuto meno un ostacolo che è tipicamente di fatto; correlativamente, si è affermato che questa disciplina costituirebbe solo un'applicazione particolare dell'articolo 2935, il quale acquisterebbe così carattere di regola generale: di qui, l'interpretazione estensiva anche di quest'ultima norma. In linea di principio, la rilevanza delle possibilità di fatto di esercizio del diritto sottoposto a prescrizione da parte del suo titolare pare che vada senz'altro riaffermata: essa discende direttamente dall'elemento funzionale della prescrizione stessa, la quale entra in giuoco solo quando vi sia un non esercizio del diritto che possa essere apprezzato come

⁽⁸³⁾ Per quanto, come si è già osservato, la disciplina delle cause di sospensione della prescrizione tiene conto di ostacoli di carattere materiale di cui si prescinde nella regolamentazione che si riferisce specificamente al momento iniziale del decorso del termine; cfr. AZZARITI e SCARPELLO, *Della prescrizione*, cit., p. 561.

⁽⁸⁴⁾ Cfr.: AZZARITI e SCARPELLO, *Della prescrizione*, cit., p. 560 ss.; SARACENO, *Della decadenza*, cit., p. 1027; in senso meno rigoroso: WINDSCHEID, *Pandette*, cit., p. 440, 441; v. da ultimo: Cass., 7 giugno 1962, n. 1393, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1412, con nota, ivi, di RICCA, *Conoscenza del testamento e decorrenza dei termini per l'accettazione dell'eredità*.

⁽⁸⁵⁾ Cfr.: GANGI, *Il momento iniziale*, etc., cit., p. 246 ss.

⁽⁸⁶⁾ Cfr.: Cass., 31 ottobre 1947, n. 1620, in *Rep. Foro it.*, 1947, voce « Prescrizione », n. 11.

indice di un distacco dello stato di fatto dall'assetto di questo voluto dalla norma; come già si è notato in precedenza, in certe situazioni a tale non esercizio non può essere attribuito senz'altro un simile valore. Piuttosto, la rilevanza degli elementi di fatto che incidano sulle concrete possibilità di esercizio del diritto trova un insuperabile limite nelle ipotizzazioni tassative di essi che, per ovvie quanto inderogabili esigenze di certezza del diritto, la legge prevede in via generale.

Tutto ciò premesso, si deve rilevare peraltro che non sembra che l'argomento sopra richiamato possa validamente contrastare l'orientamento restrittivo della portata della norma in esame, il quale, come si è detto, è dominante in dottrina: in realtà, come si è sopra accennato, il termine relativo all'azione di annullamento suddetta è di decadenza, e non di prescrizione. Il rilievo prima accennato, peraltro, pare interessante sotto un profilo completamente diverso: da esso, cioè, sembra di poter intravedere che nella decadenza il momento iniziale del decorso del termine tiene sempre conto (in ogni caso non meno che nella prescrizione) delle condizioni di fatto le quali incidano sulla effettiva possibilità di esercizio del potere. Del resto, anche la disciplina di altri tra i più noti termini di decadenza pare confermare questa impressione. S'intende che tali condizioni, in linea di massima, non esplicano una rilevanza diretta, ma passano anche qui in ogni caso attraverso il filtro di una tipizzazione legislativa. Gli esempi che si possono addurre sono molto numerosi: dalla disciplina dei termini per le impugnative di sentenze, con particolare riguardo ai ricorsi per revocazione, nella varietà delle ipotesi previste dall'articolo 395 c.p.c., alla normazione del termine per adire l'autorità giurisdizionale amministrativa contro atti amministrativi, nella quale si tiene conto del momento in cui l'interessato ha avuto notizia dell'atto stesso (87).

La conferma della effettiva esistenza di un principio generale nel senso che si è accennato, può essere raggiunta attraverso un solo modo: la valutazione della disciplina delle numerosissime ipotesi di decadenza previste dal nostro ordinamento. Affiora così di nuovo una esigenza che era stata avvertita già in precedenza, a proposito delle cause di interruzione e di sospensione del termine: ossia, che la dot-

(87) Cfr. gli artt. 36 del t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, delle leggi sul Consiglio di Stato, e 1 e ss. del reg. 17 agosto 1907, n. 642, per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale: la disciplina della varietà delle ipotesi ivi previste pare comunque ispirarsi alla unica *ratio* di cui nel testo.

trina, prima e più ancora di una attenta esegesi della scarna normativa dedicata all'istituto, si dedichi ad una profonda indagine di carattere prevalentemente analitico, avente per oggetto tali numerosissime ipotesi, e successivamente proceda ad una sintesi degli elementi comuni tra di queste in tal modo individuati.

Non sembra che una esigenza del genere sia esclusiva della decadenza: è possibile che uno studio di questo tipo si riveli fruttuoso anche per quel che riguarda la prescrizione. Appare piuttosto improbabile, infatti, che gli artt. 2934 e ss., c.c., costituiscano effettivamente una specie di *summa* della disciplina prevista nelle singole ipotesi di prescrizione. Questo rilievo riguarda soprattutto, ma non esclusivamente, i casi di prescrizione nel diritto pubblico, per quanto essi non siano per la verità troppo numerosi. È un fatto, peraltro, che tali casi sono stati sempre scarsamente valutati, e la loro rilevanza nella elaborazione della teoria della prescrizione è stata pressoché nulla. La divisione della dottrina in diritto privato e in diritto pubblico ha giuocato qui un ruolo determinante: da un lato, i privatisti non si sono troppo interessati di una casistica appartenente ad un diverso ramo del diritto; dall'altro i pubblicisti hanno trascurato l'intero argomento, considerandolo di esclusiva pertinenza civilistica. È comune agli uni e agli altri la tendenza a ritenere che la disciplina dettata dall'art. 2934 c.c. trascenda i limiti del diritto privato; è anzi frequente l'affermazione che essa sia di per sé applicabile anche al diritto pubblico in generale e al diritto amministrativo in particolare⁽⁸⁸⁾. Il problema, peraltro, sembra che debba essere impostato in tutt'altri termini: si tratta di vedere se dall'analisi della disciplina delle singole ipotesi di prescrizione, individuate sia nello stesso diritto civile, come in altri rami del diritto, sia possibile rilevare una serie di punti comuni i quali coincidano con la normativa degli artt. 2934 e ss.; in altre parole, quel che è da verificare è la stessa validità di questa normativa come una normativa

(88) Vedi in questo senso nella dottrina italiana: CAMMEO, *La prescrizione nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 1922, IV, c. 22; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*³, I, Milano, 1958, p. 217; GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 370; per la dottrina tedesca: ENNECCERUS, *Allgemeiner Teil*, cit., II, p. 954; KORMANN, *Verjährung (im öffentlichen Recht)*, in STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, III, p. 665; cfr., in genere, le considerazioni che dedica alla prescrizione MEIER BRANECKE, in uno studio concernente l'applicabilità al diritto amministrativo di alcuni istituti civilistici: *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Neue Folge, 11^{er} Band, 1926, p. 245 ss.

effettivamente generale, prima nell'ambito del diritto civile, poi nell'ambito degli altri rami del diritto. Evidentemente, una conferma del genere potrà essere ottenuta solo nei limiti nei quali le coincidenze siano solo marginali, e le eccezioni abbiano un carattere residuale. A nostro avviso, solo in un momento successivo, e solo in caso di esito favorevole di un simile riscontro, si potrà affrontare e risolvere affermativamente il problema dell'applicabilità anche al diritto amministrativo della disciplina dettata dal codice civile: allo stato attuale delle ricerche, la soluzione positiva di esso pare tutto sommato improbabile, e in ogni caso prematura.

Tornando alla decadenza, è facile osservare che la questione della validità generale degli artt. 2964 ss. c.c., anche solo nell'ambito del diritto privato, appare estremamente più delicata che per quel che riguarda la prescrizione: in questo istituto, la tradizionalità e la secolarità della elaborazione costituisce di per sé solo una garanzia di completezza del risultato. Per la decadenza, viceversa, quel che era prevedibile sulla base della relativa novità del concetto risulta ampiamente confermato dalla grande lacunosità degli articoli in parola, lacunosità che è percepibile a prima vista. A ciò si aggiunga la falsità della prospettiva adottata, sulla quale si è detto prima.

Per la decadenza, quindi, è ancora più necessario e pressante che per la prescrizione compiere l'analisi indicata. In questa, i pubblicisti in generale, e gli amministrativisti in particolare, possono dare un proprio importante apporto: nel diritto amministrativo la figura fondamentale è senza dubbio quella del potere giuridico, e i casi di decadenza si presentano assai numerosi, in una estrema varietà di forme. Nel diritto amministrativo i casi di decadenza sono assai più frequenti di quelli di prescrizione, e con tutta probabilità anche assai più frequenti che nel diritto civile.

Non è il caso di anticipare i risultati di una analisi del genere. Solo, è facile immaginare che la figura di decadenza che ne risulterà sarà assai più complessa, e dai contorni molto più frastagliati di quella che è deducibile sulla sola scorta degli artt. 2964 e ss. Soprattutto, la disciplina del decorso del termine apparirà assai articolata, nella grande varietà delle singole ipotesi.

Può darsi che, a conclusione dell'indagine indicata, anche gli stessi rapporti tra disciplina della prescrizione e disciplina della decadenza risulteranno diversi da quelli che ora appaiono. Infatti, invece di costituire due rigidi paradigmi contrapposti, forse esse, pur nella

duplicità della prospettiva nella quale vanno inquadrate, appariranno piuttosto come due poli, verso i quali tenderanno tutta una serie di normative particolari, tanto che il passaggio dell'una all'altra avverrà solo insensibilmente, attraverso una vasta gamma di sfumature.

Per il momento, la disciplina dell'art. 2964 sembra avere solo un valore di massima ⁽⁸⁹⁾, e non è detto che anche il valore della normativa sulla prescrizione sia sostanzialmente molto diverso.

19. — Arrivati a questo punto, crediamo che risulti chiarito il senso e il valore della nozione di decadenza qui accolta. Essa, lungi dal contrastare col dato testuale, si armonizza completamente con questo, ove sia considerato nella sua giusta luce; di più, tale nozione ne costituisce un completamento sul piano dogmatico.

Detto ciò, non si può fare a meno, peraltro, di ripetere quanto già accennato in precedenza: la nozione di decadenza di Santi Romano non si pone in diretta funzione di esegesi della norma: a questi fini, serve sufficientemente, se non addirittura meglio, già la caratterizzazione della decadenza sotto un profilo finalistico. La nozione suddetta trae la sua più profonda ragion d'essere nell'evoluzione dogmatica della teoria delle situazioni giuridiche soggettive: è motivata da questa, e su di essa si riflettono immediatamente tutti gli sviluppi concettuali del tema. Si può discutere in quali limiti sia utile, per il giurista, disporre di un certo quadro concettuale nella interpretazione della legge, e più ancora nella schematizzazione e organizzazione del complesso normativo ⁽⁹⁰⁾. Se, peraltro, come a noi pare, tale quadro sia per certi aspetti assolutamente indispensabile, bisogna allora concludere che la predisposizione di un simile strumento pone delle esigenze non meno concrete di quelle che si ricollegano direttamente all'esegesi della norma: è prevalentemente a esigenze di questo tipo che si ispira la problematica della decadenza.

Si può ancora affrontare l'argomento dalla solita vecchia, inadeguata impostazione tradizionale, della differenziazione della decadenza dalla prescrizione. Si dirà allora che in tanto questa differen-

⁽⁸⁹⁾ Cfr. ENNECERUS, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 954: *Die Vorschriften über Fristen und Termine sind sämtlich nur Auslegungsregeln; sie kommen nur in Zweifel zur Anwendung, d. h. nur, wenn aus dem Gesetz, der richterlichen (behördlichen) Verfügung oder dem Rechtsgeschäft sich nicht ein anderer Willen des Gesetzgebers, des Richters oder der Parteien ergibt.*

⁽⁹⁰⁾ Cfr. le incisive parole di ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, p. 40.

ziazione può vedersi su un piano dogmatico, in quanto si differenzi il potere dal diritto. Di più: anche sotto questo profilo, non esiste solo un modo di distinzione della decadenza dalla prescrizione, ma esistono tanti modi, quanti sono i modi di distinzione del potere dal diritto ⁽⁹¹⁾.

La nozione accolta ha quindi una sua validità che è rigidamente condizionata all'accoglimento dei concetti di diritto e di potere che ne costituiscono il sottofondo. È difficile prevedere quale sarà l'evoluzione futura di questi due concetti. È possibile che la nozione di potere, la quale presenta oggi una caratterizzazione assai marcata, si sviluppi ancora per lungo tempo senza uscire dalla direttrice segnata da quelle linee fondamentali che si sono sopra accennate. Sarebbe assai più azzardato avanzare un simile pronostico anche a proposito del diritto soggettivo; questo concetto pare ancora non avere trovato una sua precisa definizione, dopo il distacco da esso degli elementi dinamici che precedentemente ricomprendeva; per questo, e per altre ragioni, oggi la nozione non ha più una fisionomia netta. È quindi probabile che in futuro la distinzione tra decadenza e prescrizione subirà oscillazioni soprattutto a causa di evoluzioni concettuali relative a questa seconda figura.

Speriamo, peraltro, che i presenti appunti abbiano raggiunto un risultato: la correzione della impostazione tradizionale. Speriamo, cioè, che risulti chiarito che la nozione di decadenza merita qualcosa di più di una valutazione che non sia meramente marginale: merita cioè una considerazione che la riguardi direttamente in sé e per sé, e che tocchi solo collateralmente la sua distinzione dalla prescrizione.

La nozione di decadenza, come portato dell'evoluzione della nozione di potere, presenta una grande ampiezza: essa coincide, in definitiva, col fenomeno della preclusione all'esercizio del potere in una singola fattispecie. Preferiamo riferire il nome di decadenza a tutti i casi di preclusione del genere: si potrebbe ritenere più opportuno limitare l'uso dell'espressione ai soli casi di termini di decadenza:

⁽⁹¹⁾ È chiaro, per esempio, che le correlazioni prescrizione-diritto soggettivo e decadenza-potere, acquistano un diverso valore quando sono accettate da MIELE (*Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 117), il quale ha un concetto di potere non coincidente con quello qui accolto (cfr., *supra*, p. 40).

L'interdipendenza indicata è riconosciuta esplicitamente da GUARINO (*Potere giuridico*, p. 317 ss.), il quale, pur ricollegando la decadenza alle « fattispecie dinamiche », respinge (alla nota 48) la teoria di SANTI ROMANO, proprio perché parte da nozioni di potere giuridico e di diritto soggettivo del tutto diverse da quelle formulate da tale autore, e accolte nel testo.

ia questione è solo terminologica, e quindi di nessuna rilevanza, purché rimanga chiara la sostanza del problema.

Ossia che i termini di decadenza, dogmaticamente, non esauriscono affatto il fenomeno della decadenza compiutamente considerato, ma inquadrano solo una delle cause di decadenza; la dottrina meno recente, assai attenta sotto il profilo analitico, distingueva esattamente, accanto alla decadenza per omissione, la decadenza per commissione, nella quale aveva una particolare rilevanza il compimento di un atto illecito⁽⁹²⁾. Da questo punto di vista, l'omologo della nozione di decadenza non è la nozione di prescrizione, ma la nozione di estinzione del diritto: di questa, la prescrizione è solo una delle cause. Può darsi che, per certi aspetti, la somiglianza tra termini di decadenza e termini di prescrizione si imponga, giacché in tutti e due giuoca un ruolo dominante il decorso del tempo. Ma questo fattore non deve far dimenticare le più profonde affinità strutturali che legano l'una e l'altra, rispettivamente, alle altre cause di preclusione all'esercizio del potere, e alle altre cause di estinzione del diritto.

20. — Partendo da questa prospettiva, lo studio della decadenza pare in realtà che sia ancora da cominciare. Il rilievo riguarda tanto la dottrina civilistica che quella pubblicistica.

Si è già osservato in precedenza, in relazione alla prescrizione, che dell'intera materia degli effetti giuridici prodotti dal decorso del tempo i pubblicisti sembrano essersi disinteressati: i loro contributi in proposito sono poco meno che sporadici, tanto che si sarebbe imbarazzati a dover indicare altri scritti, oltre quello già citato del Cammeo.

Volendo approfondire il profilo di ricerca delle ragioni che hanno spinto in una direzione piuttosto che in un'altra lo sviluppo della elaborazione dei concetti giuridici, sarebbe di grande interesse individuare i motivi di questo atteggiamento di indifferenza dei pubblicisti nei confronti di una problematica la quale, seppur considerata tradizionalmente di marca privatistica, ciò nonostante è ritenuta di generale rilevanza. Un esame del genere, molto probabilmente, metterebbe in luce un piccolo campionario dei motivi che più di fre-

⁽⁹²⁾ Cfr.: MODICA, *Teoria*, cit., p. 64 ss.; cfr., invece nella dottrina più recente, la rinuncia ad una costruzione unitaria del fenomeno: TEDESCHI, *Decadenza*, cit., p. 771; SANTANIELLO, voce Decadenza (*dir. amm.*), in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962.

quente incidono sulla evoluzione dei dogmi giuridici: l'elemento della tradizione; l'elemento della collocazione particolare delle norme dedicate al tema, indipendentemente dal loro ambito di applicabilità; l'elemento della frequenza con la quale tale norme vengono applicate: non vi è dubbio che la disciplina della prescrizione, ossia dell'istituto che ha totalmente dominato la materia degli effetti giuridici prodotti dal decorso del tempo, ricorra molto più spesso in rapporti di diritto privato, piuttosto che in rapporti di diritto pubblico. Ma soprattutto, in questo costante rinvio alla elaborazione civilistica si può vedere un perdurante riflesso di un atteggiamento mentale tipico delle prime fasi di formazione del diritto amministrativo: di quelle fasi, cioè, nelle quali questo nuovo ramo del diritto veniva profilato come un diritto speciale, nei confronti del diritto privato inteso come un diritto comune, alle cui norme, e quindi ai cui concetti e teorizzazioni ci si doveva riferire, nei limiti nei quali queste non urtassero contro disposizioni e principi specifici: s'intende che la questione della specialità o della generalità del diritto amministrativo, che un tempo fece scorrere fiumi d'inchiostro, è ormai vieta⁽⁹³⁾, ma non si può escludere, peraltro, che residui della passata impostazione rimangano qua e là, magari inconsapevolmente.

Si è già accennato in precedenza all'apporto che i pubblicisti potrebbero dare nella ulteriore elaborazione della materia, contribuendo a far conoscere un nuovo materiale, una casistica non ancora classificata, la quale è particolarmente ricca per quel che riguarda il fenomeno della decadenza.

Si deve aggiungere che da una approfondita valutazione della problematica di questa nozione emergono altri e ancora più profondi motivi perché la materia costituisca un punto di incontro tra civilisti e pubblicisti. La nozione di decadenza è compiutamente definibile solo sul piano della teoria generale del diritto⁽⁹⁴⁾, intesa, quest'ultima, come ricerca ed elaborazione di principi i quali abbiano validità per tutti i rami del diritto; di più: come ricerca ed elaborazione di strumenti concettuali aventi una portata generale: il ri-

(93) Essa, peraltro, presenta ancor oggi spunti di notevole interesse dall'angolo visuale dello sviluppo dei concetti; v., in proposito, le penetranti osservazioni di RETORTILLO, *El derecho civil en la genesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960; dello stesso autore, vedi anche l'articolo dal medesimo titolo comparso nella *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 697 ss.

(94) Il rilievo era già stato fatto da SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., p. 46.

ferimento, tra l'altro, alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive, deve essere qui esplicito. Una problematica di questo tipo non può non interessare anche gli amministrativisti. Anzi, non è nuova l'osservazione che proprio per problemi del genere gli amministrativisti dimostrano una particolare sensibilità ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ Per un rilievo in tal senso, accompagnato dalla notazione che attualmente sembra si sia invertita la tendenza per la quale il diritto pubblico una volta era tributario del diritto privato per quel che concerne l'elaborazione della teoria generale del diritto, v. da ultimo: GARCIA DE ENTERRIA, *Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto statutario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 318; cfr. anche, per qualche accenno: SANTI ROMANO, *L'insegnamento del diritto pubblico nella facoltà di giurisprudenza*, ora ripubblicato in: *Scritti minori*, II, Milano, 1950, p. 347 ss.