

Capitolo I

Gli effetti del tempo sul diritto: dalla prescrizione alla Verwirkung

SOMMARIO: 1. Tempo e diritto. – 2. Gli effetti del decorso del tempo sul diritto. – 3. Il tempo nella codificazione del 1865 e nel codice vigente. – 4. Diritto vivente e tempo.

1. *Tempo e diritto*

Il rapporto tra diritto e tempo, sebbene sia attraente e ricco di problematiche, è stato scarsamente oggetto di indagine da parte della dottrina civilistica¹, la quale si è concentrata con molto più interesse sul rapporto tra diritto e spazio, anche perché tale rapporto è oggetto di una branca del diritto civile: il diritto internazionale privato. Ciò ha determinato una certa carenza teorica nel modo in cui si è affrontata la dimensione temporale del diritto, spesso relegata a categoria accessoria, o trattata incidentalmente all'interno di istituti come la prescrizione, la decadenza o la durata del contratto.

Tuttavia, non è possibile negare quanto il tempo incida sul diritto e quanto il decorso del tempo espliciti effetti sugli istituti giuridici. Il fenomeno può essere apprezzato da diversi punti di vista: da un lato il tempo comporta cambiamenti giuridici; le leggi, al cambiare della società nel tempo, si adeguano, cessano di presidiare valori non più attuali e ne tutelano

¹ Anche se il tema non è oggetto di numerose ricerche, è comunque possibile individuare alcuni contributi di rilievo, tra i quali si segnalano: R. CRISTIN (a cura di), *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998; L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, p. 636 ss.; M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari, 2004; P. MALAURIE, *L'homme, les temps et le droit. La prescription civile*, in *Etudes offertes au Professeur Malinvaud*, Litec, 2007, p. 393 ss.; T. DELAHAYE, *Le facteur temps dans le droit des obligations*, Larcier, 2013; L. Di Santo (a cura di), *Il diritto nel tempo il tempo nel diritto*, Padova, 2018; S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020.

di nuovi, rendendo l'ordinamento conforme al *Volksgeist* e alla sua trasformazione. Questa tensione evolutiva è connaturata alla funzione stessa del diritto, il quale non può restare indifferente alle trasformazioni economiche, culturali e tecnologiche che interessano la collettività. In tal senso, il diritto non è un sistema chiuso e immobile, bensì un organismo dinamico che si modella continuamente sulle esigenze che emergono nella prassi sociale.

Non solo: il decorso del tempo (*diuturnitas*), se è accompagnato dalla reiterazione di un determinato comportamento da parte della collettività, nella convinzione che si tratti di un comportamento giuridicamente obbligatorio (*opinio iuris ac necessitatis*), può addirittura determinare la nascita di regole giuridiche di tipo consuetudinario (art. 8 disp. prel. c.c.)². La consuetudine, dunque, costituisce uno degli esempi più emblematici dell'intreccio tra tempo e diritto: essa non nasce dalla volontà del legislatore ma dall'inerzia dello stesso rispetto a pratiche diffuse e ripetute che, nel lungo periodo, acquisiscono forza normativa.

D'altro canto, il tempo incide sui rapporti di diritto privato, contribuendo alla realizzazione di diverse fattispecie o determinando la nascita o l'estinzione (*rectius* l'affievolimento) dei diritti soggettivi. Si pensi, ad esempio, all'acquisto originario di un diritto per effetto del possesso continuato nel tempo (usucapione), oppure alla perdita di un diritto per il suo protratto mancato esercizio (prescrizione estintiva). In entrambi i casi è il tempo che interviene a mutare lo *status* giuridico di una situazione di fatto o di diritto. Ma non è solo la quantità del tempo a rilevare: anche la sua qualità, ossia il modo in cui un comportamento si protrae, può assumere un rilievo determinante. Il diritto, dunque, non si limita a misurare il tempo, ma lo interpreta, attribuendogli valore in base alle esigenze di certezza, stabilità e affidamento che caratterizzano i rapporti giuridici.

L'effetto del tempo sull'evoluzione del diritto oggettivo è stato un tema di studio principalmente per i filosofi del diritto: particolarmente espressiva in proposito l'affermazione di Roscoe Pound, nella sua *Introduction to the Philosophy of law* del 1922, per cui «the law must be stable but it must not stand still»³, che si potrebbe tradurre in italiano con la legge deve essere

² Sulla consuetudine cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 139 ss.; R. SACCO, *Il diritto muto*, Bologna, 2015, *passim*; ID., voce *Consuetudine*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, agg. 2010, p. 342 ss.; M. GRAZIADEI, *La legge, la consuetudine, il diritto tacito, le circostanze* e P. ROSSI, *Spunti critici sui rapporti tra consuetudine e diritto: un approccio eterodosso*, entrambi raccolti in R. CATERINA (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Torino, 2009, rispettivamente p. 49 ss. e 77 ss.

³ Cfr. M. MINER-H. RAWSON (a cura di), *The Oxford Dictionary of American Quotations*,

ferma, ma non ferma nel tempo. La dottrina civilistica si è invece soffermata, con maggiore attenzione, sulle conseguenze esplicate dal tempo sul diritto soggettivo. Puchta, ad esempio, nelle sue *Pandette*, ammoniva che tutte le fattispecie giuridiche si relazionano con il tempo e il giurista non può restare indifferente a esso⁴.

Entrambe le citazioni, sebbene da una prospettiva diversa, dimostrano efficacemente come il decorso del tempo incida sul diritto conformandolo al modificarsi della realtà. La frase di Pound evidenzia la necessità che le disposizioni legislative siano chiare e precise nell'enunciato e uniformi nell'applicazione, ma, nel contempo, in grado di adeguarsi ai cambiamenti della società⁵. Puchta, invece, più pragmaticamente, mette il giurista sull'avviso: il diritto e il tempo sono vasi comunicanti, una fattispecie giuridica non può essere correttamente valutata senza considerarla anche in una prospettiva temporale e senza considerare gli effetti che, su di essa, può esplicare il tempo.

Fadda e Bensa, nelle note di commento a Windscheid, affermavano che il tempo è una grande medicina, una forza inesorabilmente consumatrice, tant'è che il fatto «è in genere costretto ad abbassare le armi di fronte al diritto dimostrato; ma quando il suo protratto perdurare abbia intessuto e tenacemente avvinto il rapporto di fatto alla complicata rete degli interessi della vita, e d'altra parte sia venuto gradatamente strappandone il rapporto di diritto, giunge un momento in cui il voler sacrificare il fatto, pieno di vita e di energia, in omaggio a un diritto antiquato e cadente offenderebbe gravissimi interessi, porterebbe complicazioni pericolose»⁶.

Quanto scritto nelle note di commento a Windscheid è ancor più vero con riguardo alle moderne tendenze del diritto europeo, le quali, non solo confermano l'effetto conformante del tempo sul diritto, ma segnalano una generale drastica accelerazione del periodo necessario, affinché gli effetti conformanti del tempo sul diritto si producano.

Oxford University Press, 2005, p. 373. La citazione, piuttosto popolare nel mondo di common law, è anche ripresa nell'ABA Journal, 1959, p. 1060.

⁴ G.F. PUCHTA, *Pandekten*, IX ed., Leipzig, 1863, p. 112.

⁵ Su questo aspetto può risultare molto interessante la lettura di V. ITALIA, *Il tempo delle leggi*, Milano, 2010. La tesi che il libro intende dimostrare è sostanzialmente questa: le leggi sono frutto del tempo e il loro ciclo vitale è strettamente condizionato dal tempo. In una prospettiva simile, ma più filosofica, si ponevano già i cinque saggi di filosofia del diritto di Gerhart Husserl, pubblicati sotto il titolo comune di *Recht und Zeit*, Frankfurt, 1955.

⁶ Cfr. C. FADDA e P.E. BENSA, *note dei traduttori* a B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1902, p. 1074.

Un'efficace descrizione dell'effetto conformante del tempo sul diritto è offerta, di nuovo, dalla lettura di Puchta⁷. Il giurista tedesco osservava che gli effetti del tempo influenzano il diritto in tre modi. In primo luogo, impedendo che talune condotte giuridiche possano essere intraprese decorso un certo lasso di tempo. Speculare a questa ipotesi è quella delle condotte, che, invece, possono essere intraprese soltanto decorso un certo periodo di tempo⁸. Infine, il decorso del tempo può avere effetti sui rapporti giuridici, così come su quelli fattuali. Come esempi possiamo considerare il modificarsi dell'età nel corso della vita, il cambiamento della proprietà per mezzo del possesso esercitato in maniera prolungata o la perdita di un diritto a causa del suo mancato esercizio attraverso la prescrizione⁹.

2. Gli effetti del decorso del tempo sul diritto

Nel diritto privato, come si è appena osservato, accanto alle dichiarazioni di volontà e agli atti giuridici, assume una particolare rilevanza anche il tempo¹⁰. Tradizionalmente si afferma che tale elemento non sia altro che «una relazione, un modo d'essere del fatto», ma non è esso stesso un fatto; ne conseguirebbe che gli istituti che si basano sul decorso del tempo, quali, ad esempio, la prescrizione e l'usucapione «non sono effetto giuridico del fatto tempo, ma rispettivamente dell'inerzia e del possesso protratti per un certo periodo di tempo»¹¹. Anche nella manualistica istituzionale leggiamo che il tempo costituisce «elemento di alcune fattispecie» ben distinte e che producono effetti diversi: se il decorso del tempo «serve a far acquistare un diritto soggettivo, l'istituto che viene in esame è l'«usucapione»», mentre,

⁷ G.F. PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 4 ed., tomo 1, Leipzig, 1854, p. 164 e s.

⁸ Puchta si riferisce qui alle ipotesi di *Termine* e *Fristen*.

⁹ G.F. PUCHTA, *op. ult. cit.*, p. 165.

¹⁰ Così A. von TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II, München und Leipzig, 1918, p. 497.

¹¹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 111, ma si veda, nello stesso senso, anche M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, V ed., 1958, p. 366; E. MOSCATI, voce *Tempo (dir. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVIII, Torino, 1971, p. 1115 ss., in specie p. 1116, ove in nota 9 rimanda a MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, Torino, 1934, *passim*.

«l'estinzione del diritto soggettivo per decorso del tempo forma oggetto» della prescrizione e della decadenza¹².

In effetti, l'esperienza giuridica dimostra in modo inequivocabile che il trascorrere del tempo non è mai neutro all'interno dell'ordinamento, ma, al contrario, si configura come un elemento capace di incidere profondamente sulle situazioni giuridiche soggettive, talvolta contribuendo alla nascita, alla modificazione o all'estinzione di un diritto. Se così è, non si comprende per quale motivo esso non debba essere considerato, a tutti gli effetti, un fatto giuridico in senso proprio. A ben vedere, il tempo – in quanto fenomeno oggettivo e misurabile – produce effetti che il diritto non può ignorare, e proprio per questo motivo esso dovrebbe essere collocato nel novero dei fatti giuridici, cioè di quegli accadimenti rilevanti per l'ordinamento in quanto idonei a incidere sulla sfera giuridica dei soggetti.

Del resto, se si analizzano con attenzione i casi nei quali il tempo assume un rilievo giuridico diretto, si constata che istituti fondamentali del diritto civile ne presuppongono l'operatività. La prescrizione estintiva, ad esempio, si fonda non soltanto sull'inerzia del titolare del diritto, ma, più precisamente, sul protrarsi di tale inerzia per un periodo di tempo prefissato dalla legge. Non basta, dunque, che il titolare rimanga inattivo: occorre che questa inattività si prolunghi oltre una certa soglia temporale stabilita dal legislatore, affinché maturino gli effetti estintivi previsti. Il diritto soggettivo, in questo caso, si affievolisce progressivamente sino a divenire inesigibile: una forma di estinzione che trae origine non da un atto di volontà o da una causa sopravvenuta, ma semplicemente dal passaggio del tempo. In dottrina, peraltro, si discute se l'inerzia che fonda la prescrizione debba essere considerata un fatto o un atto giuridico, ossia se essa debba essere valutata alla stregua di un comportamento volontario, ovvero di un semplice accadimento al quale l'ordinamento collega conseguenze giuridiche¹³.

Lo stesso discorso vale, in senso speculare, per l'usucapione. Anche in questo caso il tempo si erge a condizione necessaria affinché il possessore

¹² Cfr. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, XXI ed., 2013, p. 213.

¹³ Cfr. A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 17 e ss. Nel senso dell'inerzia quale comportamento volontario F. CRISCUOLO, *Tempo, inerzia e disponibilità del diritto*, in *Riv. it. Scienze giur.*, 2021, fasc. 12, p. 400 e ss., il quale afferma che occorre «qualificare l'inerzia alla stregua di un comportamento consapevole e concludente, nella misura in cui è in grado di determinare l'affidamento della controparte». Nel senso che l'inerzia sia un mero fatto al quale l'ordinamento collega delle conseguenze cfr. S. PATTI, *op. cit.*, p. 25 e ss. e, in particolare, p. 28 e ss. e N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligazione)*, Napoli, 1973, p. 89.

possa divenire titolare del diritto: non è sufficiente, infatti, il possesso qualificato del bene, ma è necessario che tale possesso si protragga in modo continuato e indisturbato per il periodo stabilito dalla legge. In assenza del requisito temporale, l'acquisto del diritto non si perfeziona. È dunque evidente che il tempo non solo accompagna, ma struttura la fattispecie, contribuendo in modo determinante alla sua realizzazione.

Così è anche nel caso della consuetudine, dove il protrarsi nel tempo di un determinato comportamento collettivo, accompagnato dalla convinzione che esso sia giuridicamente doveroso (*opinio iuris ac necessitatis*), determina il sorgere di una regola giuridica non scritta, ma vincolante. Senza il requisito temporale – la *diuturnitas* – il comportamento sociale rimarrebbe un mero fatto privo di rilevanza normativa. Anche qui, dunque, è il tempo a trasformare la ripetizione di una determinata condotta in diritto.

Alla luce di questi esempi, appare evidente che il decorso del tempo, lungi dall'essere un elemento estrinseco al sistema giuridico, è invece un presupposto funzionale e strutturale di molteplici istituti. In tutti questi casi, infatti, il tempo assume un ruolo attivo e conformativo.

Si è affermato che il fattore tempo talvolta «si inserisce nel meccanismo diretto alla realizzazione della situazione ipotizzata dalla legge, venendo a costituire sotto il profilo della durata una delle componenti essenziali della fattispecie»¹⁴. Da tale corretta constatazione sembra potersi trarre solo una conseguenza: se il tempo è componente essenziale della fattispecie, esso costituisce anche una delle premesse dalle quali gli effetti della fattispecie derivano. Necessariamente, quindi, si tratta di un fatto giuridico¹⁵, posto che

¹⁴ E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 1116.

¹⁵ In questo senso anche MOSCATI, *op. cit.*, p. 1118, e in senso analogo anche D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, vol. I, Torino, VI ed., 1962, p. 262 e F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. 1, Milano, IX, 1957, p. 450. In senso contrario, però, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, p. 17 ss., il quale osserva che «presupponendo la prescrizione un comportamento giuridico permanente, destinato a durare normalmente per dieci lunghi anni» sarebbe una «finzione meramente legale immaginare la mancanza di una volontarietà del titolare del diritto». Correttamente si è però obiettato (S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit., p. 26) che «la volontà non rileva, nella disciplina del codice, quale volontà di non esercitare il diritto, quindi in senso negativo, bensì soltanto in senso positivo, precisamente per impedire gli effetti collegati ad una situazione meramente fattuale: l'inerzia, cioè il mancato esercizio del diritto durante il tempo previsto dalla legge». Correttamente, però, S. PATTI, *op. cit.*, p. 28 osserva che: «dalla disciplina della prescrizione... emerge che per determinare l'estinzione del diritto è sufficiente il suo mancato esercizio per il tempo determinato dalla legge (art. 2934 c.c.), non occorrendo quindi alcuna qualificazione o caratteristica dell'inerzia. In altri termini, la legge prende in considerazione unicamente il fatto oggettivo del mancato esercizio durato per il tempo previsto, non attribuendo alcuna rilevanza al significato che altri soggetti eventualmente conferiscano a questo fatto».

per fatto giuridico si intende: «qualsiasi avvenimento cui l'ordinamento ricolleghi conseguenze giuridiche»¹⁶. Come è stato correttamente osservato da Falzea la situazione di fatto (decorso del tempo) è chiamata fatto giuridico, perché entra a far parte dell'universo del diritto. Il fatto è giuridico «in quanto e nella misura in cui è giuridico, cioè rilevante per il diritto, l'interesse del quale esso è portatore. Il modo della appartenenza del fatto al diritto è la rilevanza giuridica» un fatto può essere considerato giuridicamente rilevante quando «è rilevante per il diritto l'interesse che lo sottende»¹⁷. Questo aspetto è confermato anche da Moscati, per il quale: «il tempo costituisce una delle modalità necessarie affinché l'adempimento possa ritenersi soddisfattorio» e, pertanto, dare luogo alla liberazione del debitore¹⁸. Dunque, se si accoglie la definizione di fatto giuridico che si è prospettata, non si può non riconoscere che il decorso del tempo sia un fatto giuridico e, come tale, che esso produca effetti giuridici, tra i quali, i principali, ma non esclusivi, sono sicuramente la prescrizione e l'usucapione.

Se il decorso del tempo è un fatto giuridico, resta da stabilire che cosa sia il tempo, inteso come concetto astrattamente considerato. Il tempo, in quanto tale, non è di per sé un elemento giuridicamente rilevante. Questo significa che il tempo, nella sua accezione più generica e priva di contestualizzazione, non produce effetti giuridici. Essendo una dimensione puramente quantitativa, se non è legato a un contesto normativo che ne stabilisca il significato, il tempo in sé non ha alcuna conseguenza con riguardo al sorgere di diritti o obblighi. In altre parole, la mera esistenza del tempo, come entità che scorre, non porta a modificazioni giuridiche. Tuttavia, il tempo diventa giuridicamente rilevante quando viene inserito all'interno di un contesto che prevede una specifica durata, piuttosto che il prodursi o il cessare degli effetti giuridici in un determinato momento. Così, ad esempio, il tempo produrrà effetti giuridici allo scadere del termine iniziale o finale di un contratto, o, nel caso di cambiale certo tempo data, nulla dovranno fare le parti se non attendere che decorra il periodo di tempo fissato. Decorso tale termine il titolo diventerà esigibile, ma fino a che esso non è scoccato, il fatto che sia decorso del tempo resta per il giurista completamente irrilevante.

Come si è efficacemente dimostrato, il tempo gioca un ruolo persino con

¹⁶ Cfr. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 196 e R. SACCO, P. CISIANO, *La parte generale del diritto civile* (vol. 1) – *Il fatto, l'atto, il negozio*, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2005.

¹⁷ A. FALZEA, *Situazioni giuridiche soggettive e tutela giurisdizionale*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. III, Milano, 2010, p. 434.

¹⁸ MOSCATI, *op. cit.*, p. 1116.

riferimento alla pubblicità. Si pensi, ad esempio al principio della continuità delle trascrizioni, in forza del quale ogni atto che viene trascritto si inserisce in una catena logico temporale. Più in generale è possibile osservare come la funzione della pubblicità nel nostro sistema sia quella di regolare il passato e ordinare il futuro¹⁹.

È quindi possibile trarre un'importante conclusione: il decorso del tempo, in linea di massima, diventa un fattore giuridico solo quando coincide con il periodo prefissato dalla legge o da un atto negoziale delle parti. In altre parole, se il legislatore o le parti hanno fissato un termine di durata, è solo quel periodo di tempo che assume valore giuridico, e solo all'interno di tale cornice temporale il decorso del tempo potrà produrre effetti concreti. In assenza di una previsione normativa o negoziale, il semplice scorrere del tempo non è, di regola, sufficiente per generare alcuna modificazione giuridica.

Occorre però interrogarsi se possano esserci situazioni particolari in cui il decorso del tempo generi effetti giuridici, anche in assenza di una previsione normativa esplicita. Più precisamente, dobbiamo chiederci se, in forza dei principi generali dell'ordinamento, possa attribuirsi valore al decorso del tempo anche in assenza di previsioni normative specifiche. La risposta a questa domanda è articolata e complessa. La giurisprudenza, infatti, in alcune occasioni ha riconosciuto l'efficacia del decorso del tempo, fondando tale riconoscimento sui principi generali dell'ordinamento, come quelli relativi alla buona fede e all'affidamento.

Una delle applicazioni più significative di questa teoria si riscontra nella figura della *Verwirkung* che si è sviluppata nell'ordinamento tedesco. In questo caso, il tempo diventa un elemento che può incidere sul diritto, non per effetto del maturare di un termine legislativamente predeterminato, come in caso di prescrizione, ma in virtù di un comportamento prolungato e di una situazione di fatto che legittima un affidamento della controparte sul mancato esercizio del diritto. Il principio alla base della *Verwirkung* è che, se il titolare di un diritto non lo esercita per un certo periodo, tale suo comportamento può ingenerare nel debitore un legittimo affidamento, degno di tutela, che il pagamento non sia più dovuto. In questo modo, il decorso del tempo non solo diventa rilevante, ma è esso stesso, in concorso

¹⁹ Il tema del rapporto tra tempo e pubblicità è stato in più occasioni approfondito da M. Francesca, si vedano in particolare M. FRANCESCA, *Tempo e pubblicità degli atti*, Napoli, 2019; EAD., *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 62 ss. ed EAD., *Tempo e legittimazione nella tutela pubblicitaria*, in P. Perlingieri, S. Polidori (a cura di), *Domenico Rubino*, Napoli, 2009, p. 207 ss.

con l'affidamento, a determinare degli effetti sul diritto, indipendentemente dalla prescrizione.

Il caso della *Verwirkung* offre l'occasione per una riflessione sul ruolo del decorso del tempo nel nostro ordinamento giuridico. La particolarità di questo istituto risiede nel fatto che esso si fonda sul decorso del tempo in modo più flessibile rispetto a quanto non avvenga in caso di prescrizione. Infatti, mentre per il nostro codice civile l'unico istituto che può estinguere un diritto o un credito per il solo scorrere del tempo è la prescrizione, la *Verwirkung* consente di andare oltre, dando valore al comportamento delle parti e alle loro legittime aspettative. In altre parole, se il titolare di un diritto non lo esercita per un periodo considerevole, attraverso la *Verwirkung* si può giungere a una forma di estinzione del diritto stesso, o quantomeno a una sua inesigibilità in sede giudiziale, se ciò risponde al principio di buona fede e alla tutela dell'affidamento.

Questo approccio risulta particolarmente interessante per il diritto italiano, poiché, sebbene il nostro ordinamento non preveda esplicitamente l'istituto, una parte della giurisprudenza ritiene che esso possa essere riconosciuto mediante il ricorso ai principi generali. In effetti, la giurisprudenza italiana ha talvolta mostrato apertura verso l'idea che il tempo, anche in assenza di una norma *ad hoc*, possa giocare un ruolo nell'estinzione di diritti o nell'impedire che una pretesa sia fatta valere.

L'ammissibilità della *Verwirkung* nell'ordinamento italiano merita una riflessione più approfondita. La sua introduzione nel nostro sistema, da un lato, potrebbe offrire tutela a situazioni che, pur non potendo ancora beneficiare della prescrizione, potrebbero essere bisognose di una tutela analoga. Dall'altro, però, occorre valutare con cura se sia davvero opportuna l'introduzione di un istituto che finisce per aggirare le disposizioni in materia di prescrizione, che il codice espressamente dichiara inderogabili (art. 2936 c.c.), e che introduce ampi spazi di discrezionalità per il giudice e, conseguentemente, di incertezza per le parti.

In conclusione, la *Verwirkung* dimostra come il tema del decorso del tempo e della sua rilevanza giuridica non sia univoco e si inserisce in un contesto più ampio che coinvolge la teoria generale del diritto e i principi generali quali la buona fede e l'affidamento, oltre alla capacità dell'ordinamento di adattarsi alle esigenze di giustizia e di equità.

Le ragioni per cui la *Verwirkung* sollecita interesse negli interpreti risiedono nel fatto che essa si fonda sul decorso del tempo e, attraverso il rinvio ai principi generali, consente addirittura di aggirare il diritto positivo: come noto, l'unico istituto basato sul decorso del tempo che il nostro

diritto positivo contempla e che è in grado di paralizzare le pretese di una parte nei confronti dell'altra è la prescrizione; tuttavia, qualora si ammettesse la possibilità per la *Verwirkung* di operare nel nostro ordinamento, il diritto trascurato per un certo lasso di tempo, ancorché non prescritto, potrebbe essere estinto o quanto meno non più azionabile di fronte a un giudice.

La *Verwirkung* e la giurisprudenza che su di essa si è formata pongono all'interprete domande estremamente affascinanti: può l'interprete dare rilevanza al tempo anche all'infuori delle ipotesi previste dal legislatore? Quali sono gli effetti che, in questi casi, il tempo può esplicare sul diritto? È davvero il tempo ad assumere rilevanza in questi casi, oppure, esso è solo uno degli elementi che contribuiscono a fondare l'istituto, ma rimane in posizione subalterna rispetto all'affidamento e alla tutela della buona fede?

3. *Il tempo nella codificazione del 1865 e nel codice vigente*

Come già più volte osservato, il decorso del tempo nelle codificazioni italiane assume particolare rilievo principalmente con riguardo all'istituto della prescrizione nelle sue varianti acquisitiva ed estintiva.

Il motivo per cui la prescrizione occupa una posizione di particolare rilevanza quando si discute degli effetti giuridici del tempo è stato efficacemente descritto da Carnelutti; secondo il celebre giurista, infatti, la prescrizione: «è, fra gli istituti del diritto, uno dei più suggestivi. È una specie di miracolo per cui il diritto diventa non diritto e viceversa. Per essa, soprattutto, si rende manifesto che anche il diritto, come un essere vivente, nasce e muore»²⁰. Attraverso la prescrizione (acquisitiva o estintiva) si produce quindi il principale e forse il più rilevante effetto giuridico del decorso del tempo, quello che potremmo definire in modo indubbiamente approssimativo, ma certamente suggestivo: la nascita e la morte di un diritto²¹.

²⁰ F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, p. 32.

²¹ Sul fatto che la prescrizione produca effettivamente la morte (estinzione) del diritto si può oggi ampiamente dubitare alla luce delle pagine che Falzea dedicò al tema. Si veda A. FALZEA, voce *Efficacia Giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 498 ss., ove si affermava che: «Sebbene sia tradizionalmente inquadrata tra le cause estintive dei diritti soggettivi, non si dubita della giuridica possibilità di invocare la prescrizione anche nel concorso di cause estintive che impegnino una prova più complessa e difficile. Si finisce così con l'assegnarle il compito di tutelare la libertà del soggetto, oltre che contro diritti effettivamente esistenti ma non esercitati per tutto il