

*Jus Civile*

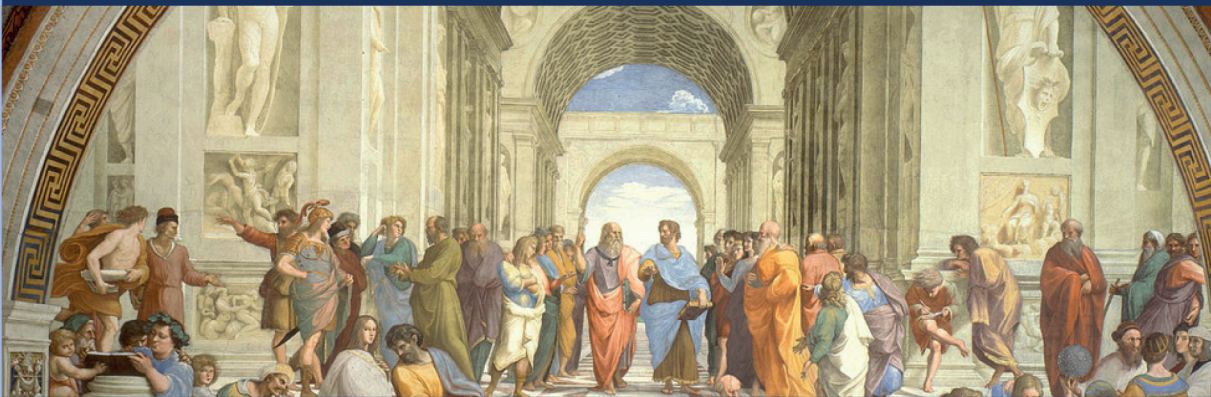
**Studi**

diretti da F. Addis, R. Alessi, C. Camardi, A.M. Benedetti, V. Caredda,  
R. Caterina, M. Confortini, G. D'Amico, G. De Cristofaro, M. Franzoni,  
E. Gabrielli, C. Granelli, M. Maggiolo, S. Monticelli, E. Navarretta,  
M. Orlandi, S. Pagliantini, P. Sirena, M. Trimarchi, S. Troiano

**Monografie**

Salvatore Monticelli

# Inerzia e attività nell'esercizio del diritto



**Giappichelli**

## *Prologo*

Il vocabolo “tempo” esprime un concetto di relazione del quale ci serviamo per rapportare tra loro fatti giuridici e non.

Per il diritto il tempo ha rilevanza in ragione del suo “decorso” che assume ragione di “fatto” al quale sono collegate conseguenze giuridicamente idonee ad incidere variamente sui diritti soggettivi.

Ciò accade, in special modo, allorquando il decorso del tempo si combina con altri fatti o atti, segnatamente l’inerzia o all’opposto la sopravvenuta attività del titolare del diritto nel fare valere la propria pretesa: elementi che, unitamente considerati, acquistano rilevanza giuridica e fondano dinamiche effettuali variegiate<sup>1</sup>.

È noto, infatti, che alla combinazione tra decorso del tempo e la protratta inerzia del titolare del diritto il nostro ordinamento, come moltissimi altri, ricollega l’istituto della prescrizione che variamente incide sul diritto soggettivo o, secondo taluni recenti approdi giurisprudenziali, fa discendere l’applicazione, in determinate condizioni, dell’istituto della cd. *Verwirkung*, preso in prestito dalla tradizione giurisprudenziale tedesca, quale causa di estinzione del diritto, in ciò, per quel che si dirà, differenziandolo dalla prescrizione.

All’opposto l’interruzione dell’inerzia da parte del titolare del diritto impedisce o può impedire tali vicende.

---

<sup>1</sup> A. FALZEA, voce “*Efficacia giuridica*”, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 498, efficacemente evidenzia che “Il fatto produttivo dell’affievolimento delle situazioni giuridiche è il tempo, quando non sia riempito dall’esercizio del diritto soggettivo”.

Invero, detto effetto impeditivo può conseguire altresì dal soggetto passivo del rapporto; anche in tal caso, dunque, è necessario che la stasi sia interrotta da un'attività sebbene non riconducibile al titolare del diritto soggettivo, che, piuttosto, ne prende atto e ne beneficia.

Le dinamiche che connotano la combinazione tra inerzia e decorso del tempo e, di contro, quelle che di tale inerzia sono variamente causa d'interruzione e punto di ricaduta sul diritto soggettivo rappresentano l'oggetto di queste riflessioni. Esse, nel ripercorrere molte vie già sapientemente tracciate, nascono dalla constatazione che la varia incidenza e correlazione tra inerzia ed attività nell'esercizio del diritto, nel quadro del "decorso del tempo", rappresenta tutt'oggi uno dei temi più tormentati e complessi del diritto civile; "terra" d'incertezze dogmatiche ed applicative e, perciò, di scontro e confronto degli interpreti ed in particolare oggetto di una continua evoluzione del dibattito giurisprudenziale, vera "palestra" per chi del diritto fa applicazione.

In questo scritto di tutto ciò si vuole cogliere qualche frammento, senza alcuna pretesa di completezza, nell'auspicio di poter dare un contributo ma con la certezza di condividere con il lettore l'intramontabile fascino di un confronto, di cui chi scrive, come tanti altri prima, è rimasto vittima.

## Capitolo I

### *L'inerzia*

*Sommario:* 1. Il decorso del tempo, l'inerzia e le situazioni giuridiche. – 2. Dalla prescrizione alla *Verwirkung* quali strumenti di stabilizzazione delle situazioni giuridiche. – 3. Il recente formante giurisprudenziale sulla *Verwirkung* tra buona fede, abuso del diritto ed equità: considerazioni critiche. – 4. Assonanze e dissonanze tra *Verwirkung* e prescrizione tra pesi e contrappesi. – 5. L'inerzia nell'esercizio del diritto e le conseguenze della prescrizione: la regola di prevalenza dettata dall'art. 2934 c.c. – 6. La prescrizione tra interesse pubblico ed interesse privato alla rimozione di una distonia tra diritto e fatto. – 7. Il *dies a quo* della prescrizione alla luce delle divergenze tra il dettato degli artt. 2935 e 2947 c.c. – 8. *Segue:* l'evoluzione interpretativa delle corti. – 9. *Segue:* dall'evoluzione interpretativa alle distorsioni interpretative. – 10. Il “*tempo flessibile*” in ragione della pretesa “*giustizia della decisione*” e lo sgretolamento dell'istituto della prescrizione.

#### 1. *Il decorso del tempo, l'inerzia e le situazioni giuridiche*

Il tema generale della prescrizione è connotato da molteplici fattori d'incertezza nell'operare di un istituto che in tesi lega ad un dato certo, il fattore tempo ed al suo decorso, la sua effettività ed il senso stesso della sua esistenza, rinvenibile in una precisa scelta legislativa volta alla stabilizzazione di certe relazioni giuridiche laddove sia ravvisabile un'inerzia nell'esercizio del diritto da parte del titolare, protrattasi per un arco temporale pre-determinato dal legislatore.

Tuttavia, la relazione tra il decorso del tempo, l'inerzia e le ricadute sul diritto soggettivo è resa fortemente incerta dalle mol-

teplici questioni interpretative che da sempre agitano l'istituto della prescrizione, prima di tutte quelle connesse all'oggetto del suo operare ed all'esordio di essa. Questione quest'ultima che presuppone come risolto il problema a monte se l'inerzia da parte del titolare del diritto vada considerata come mero fatto o, piuttosto, come atto, cioè come comportamento o, meglio, non comportamento, volontario ed intenzionale, che, al mero dato fattuale del non esercizio del diritto, colleghi quale elemento necessario, ai fini della rilevanza di quel comportamento in rapporto al tempo, la valutazione, con riferimento alle circostanze del caso concreto, della sussistenza o meno da parte del titolare del diritto di un obiettivo interesse attuale all'esercizio di esso<sup>1</sup>.

Questioni a tutt'oggi irrisolte che necessariamente sono sottese e condizionano la possibilità che la relazione tra il decorso del tempo e l'inerzia nell'esercizio del diritto possa da un lato realizzarsi, dall'altro essere efficacemente interrotta.

Un contesto magmatico che consente di convenire con i tanti studiosi che evidenziano quanto pochi siano i temi di studio che, come la prescrizione, si caratterizzano per un palpabile disagio degli interpreti nella ricostruzione dell'istituto, del suo fondamento, della sua funzione, delle stesse regole di operatività e funzionamento attraverso le quali opera<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sul punto cfr., per tutti, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione*, Napoli, 1971, 17 e ss., ma vedi, anche, di recente, F. CRISCUOLO, *Tempo, inerzia e disponibilità del diritto*, in *Riv. it. Scienze giur.*, 2021, fasc. 12, 400 e ss., che evidenzia la necessità "di qualificare l'inerzia alla stregua di un comportamento consapevole e concludente, nella misura in cui è in grado di determinare l'affidamento della controparte"; invece, nella prospettiva dell'inerzia come mero fatto al quale l'ordinamento attribuisce rilevanza ai fini della prescrizione cfr., da ultimo, S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020, 25 e ss. e, in particolare, 28 e ss.; ma si veda, anche, N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, 89.

<sup>2</sup> Le stesse regole di operatività e/o funzionamento dell'istituto, appaiono pervase da forte precarietà giacché la giurisprudenza, sempre più di frequente, anche se con alcune lodevoli eccezioni, sembra mostrare una sostanziale avversità all'effettivo operare della prescrizione, dilatandone di fatto, da un lato, il termine di compimento, inevitabilmente condizionato dalle incertezze in ordine al *dies a quo* della decorrenza, in quanto legato sempre più spesso a condizioni soggettive del creditore e, talvolta, neppure a quelle, dall'altro po-

L'uso di espressioni, divenute celebri per gli studiosi della materia che descrivono la prescrizione come qualcosa di “assolutamente inafferrabile, contraddittorio ed impalpabile” o che, con un'iconica formula, la “dipingono” come “una specie di miracolo per cui il diritto diventa non diritto e viceversa”<sup>3</sup>, od un “tormentoso rompicapo”<sup>4</sup>, sono riportate anche in recenti scritti che si occupano dell'istituto attestando, così, che, a tutt'oggi, trascorsi circa ottanta anni dalla risistemazione di esso nel vigente codice civile, la prescrizione si connota per un immanente stato di provvisorietà ed incertezza<sup>5</sup>.

Tale constatazione rappresenta la fotografia di un fallimento, che riflette il disagio delle Corti nell'assistere alla trasformazione del diritto nel “non diritto”, nell'assistere impotenti alla “morte” del diritto “per mano” del debitore, inadempiente e destinato a rimanere impunito in conseguenza di una ragione fattuale, inconsciamente avvertita come metagiuridica ed “ingiusta”<sup>6</sup>, da-

---

nendo paletti e regole, non sempre fondate su solidi dati normativi, alle modalità attraverso le quali il debitore, o i terzi interessati, possono efficacemente sollevare l'eccezione. Emblematica la *querelle* giurisprudenziale sulle modalità dell'eccezione di prescrizione delle cd. rimesse solutorie, su cui di recente, sembrerebbe, ma il condizionale è d'obbligo, aver messo “il punto”, la decisione delle Sez. Un. del 13 giugno 2019, n. 15895, in *Corriere giur.*, 2020.

<sup>3</sup> F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 32, cui fa eco S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Napoli, 1987, 27.

<sup>4</sup> F. MESSINEO, *Variazioni sul concetto di «rinunzia alla prescrizione»* (art. 2937, comma 1, c.c.), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 505.

<sup>5</sup> Lo evidenzia efficacemente E. MINERVINI, *La prescrizione ed i «terzi»*, Napoli, 1994, fin dalle prime pagine della monografia, ma, anche B. TROISI, *La prescrizione come procedimento*, Camerino-Napoli, 1980, 12, che sottolinea il paradosso secondo cui “un istituto destinato, secondo l'opinione dominante, a garantire la certezza del diritto sia esso stesso fonte di profonde incertezze”. Sul tema, nella prospettiva giuslavoristica, cfr., anche, il recente volume di AA.VV., *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro. Opinioni a confronto*, a cura di E. Balletti e R. Santucci, Torino, 2023.

<sup>6</sup> Significativamente ricorda G. TRAVAGLINO, *Le stagioni della prescrizione estintiva*, in *Questione giustizia*, 2017, 1, 51, che non “è mancato chi, della prescrizione, ha con forza predicato la contrarietà, oltre che al diritto naturale, alla morale e alla stessa logica giuridica, *car enfin, un droit existe*,

ta dal trascorrere del tempo accompagnato all'inerzia del creditore<sup>7</sup>.

Tutto ciò è gravido di conseguenze e inevitabilmente condiziona ed ha condizionato il dibattito degli interpreti, non solo nel nostro sistema giuridico.

Le nuove dinamiche degli scambi e l'esigenza sempre crescente volta ad assicurare certezza e stabilità alle situazioni giuridiche, infatti, poco si conciliano con un sistema da un lato connotato da tempi di prescrizione particolarmente lunghi, specie nella responsabilità contrattuale ma non solo, dall'altro sempre più caratterizzato, nella sua operatività, dalla constatazione che tale tempo è, di fatto, in molti casi, dilatato enormemente ed imprevedibile. Ed infatti, il *dies a quo* del decorso della prescrizione è sempre più legato nella prassi delle Corti a fattori soggettivi, come tali incerti, certamente lontani dagli intendimenti originari del legislatore allorquando, colmando una precedente lacuna, introdusse nel codice civile vigente l'art. 2935, con l'intento dichiarato, scolpito nella Relazione al Codice, di dirimere ogni incertezza circa il momento iniziale della decorrenza della prescrizione.

È per tali ragioni, volte ad assicurare certezza e stabilità alle situazioni giuridiche in un'economia mercantile sempre più intensa e dinamica, che in altri sistemi, in specie nel BGB, ove i tempi del maturare della prescrizione erano perfino decisamente più lunghi di quelli previsti nel nostro ordinamento, ha trovato terreno fecondo l'affermarsi dell'istituto della *Verwirkung*, appalesandosi l'inadeguatezza della prescrizione a rispondere efficacemente alle predette finalità<sup>8</sup>.

---

*ou n'existe pas*" (così R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruxelles, 1957, t. VII, 1024).

<sup>7</sup> G. TRAVAGLINO, *op. cit.*, 49 – sottolinea che “L'idea che la prescrizione, nello sforzo di coniugare il Tempo e il Diritto, sia uno dei più enigmatici istituti dell'ordinamento affiora già dal silenzioso ossimoro costituito dalla sua disciplina positiva – l'art. 2934 del codice civile, secondo cui ogni diritto si estingue per prescrizione – e dalla collocazione sistematica dell'istituto in seno al VI libro del codice civile, destinato alla tutela dei diritti: già si palesa la disarmonia concettuale tra *esistenza* di un diritto soggettivo, relativa tutela e sincronica estinzione, vicende (tutte) collocate nella medesima *sedes materiae*”.

<sup>8</sup> Sulla funzione svolta dalla *Verwirkung* nell'ordinamento tedesco cfr., per

Ed è per tali ragioni che in altri sistemi giuridici vicini, anche per tradizione, al nostro<sup>9</sup>, sono stati attuati specifici interventi legislativi<sup>10</sup>, volti a ridefinire il tempo della prescrizione, con l'introduzione di un doppio termine di prescrizione – molto breve decorrente dalla consapevolezza del danno in capo al danneggiato e della rapportabilità causale di esso all'operato del de-

---

tutti, S. PATTI, *op. ult. cit.*, 58, che, inoltre, ne evidenzia l'idoneità a soddisfare "un'esigenza equitativa, consentendo la valutazione degli interessi contrapposti e la composizione del conflitto secondo il principio di buona fede".

<sup>9</sup> In particolare in Germania ed in Francia. In Germania, in occasione della modernizzazione del diritto tedesco delle obbligazioni, è stata introdotta la previsione (§ 199 BGB) di un termine ordinario triennale di prescrizione decorrente dalla fine dell'anno in cui il creditore abbia conoscenza delle circostanze su cui la pretesa si fonda nonché dell'identità del debitore, ovvero tale conoscenza sia mancata per colpa grave. Accanto a tale termine breve è previsto un termine massimo di prescrizione, che varia a seconda del bene oggetto della lesione. Per i danni alla vita e all'integrità fisica il termine è di trent'anni dall'evento che ha dato origine alla lesione, mentre per gli altri danni il termine è decennale a far data dal verificarsi del danno, e comunque di trenta, anche in caso di danno lungo-latente, dall'evento che lo ha causato. Nella stessa prospettiva si è orientata la recente riforma della prescrizione in Francia, introdotta con la legge 17 giugno 2008, n. 581. Il novellato art. 2224 *Code Napoleon* stabilisce, non senza qualche significativa eccezione, un termine ordinario quinquennale condizionato alla conoscenza o conoscibilità dei fatti che consentono al titolare l'esercizio del diritto, e una previsione di chiusura (art. 2232) in virtù della quale il differimento del termine iniziale, la sospensione o l'interruzione della prescrizione non possono comunque dilazionare l'effetto prescrittivo oltre il termine massimo di venti anni dalla data in cui il diritto è sorto, previsione da cui sono tuttavia espressamente esclusi i diritti al risarcimento del danno alla persona, nonché conseguenti ad atti di barbarie, molestie sessuali contro i minori, responsabilità medica.

<sup>10</sup> Al riguardo, con particolare riferimento al diritto francese e tedesco, cfr., tra gli altri, S. PATTI, *Certeza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 21 ss. e, in particolare, 26 ss.; ID., *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit.; E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1088 ss.; R. CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corriere giur.*, 9, 2006, 1321 ss.; S. DELLE MONACHE, *Profili generali del nuovo sistema della prescrizione*, in G. CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, 123 Sul tema cfr., anche, i Principi Unidroit e il Draft Common Frame of Reference (DCFR).



bitore/danneggiante e più lungo, con decorrenza dal fatto produttivo del danno con espressa esclusione della valutazione di ogni altro elemento<sup>11</sup> –, con l'intento di dirimere una volta per tutte il regime d'incertezza in ordine al *dies a quo* della decorrenza della prescrizione<sup>12</sup>.

In questo articolato contesto si collocano e giocano un ruolo spesso decisivo anche le tante problematiche che animano il dibattito degli interpreti su gli atti idonei a interrompere la prescrizione; atti che, se ed in quanto idonei ad azzerare il tempo decorso, e ad impedire che l'inerzia del titolare del diritto durante l'arco temporale prefissato dal legislatore assuma rilevanza giuridica, realizzano ciò che in natura non è possibile, il riportare il

---

<sup>11</sup> Ad esempio, nel nostro sistema giuridico, sposa la logica del cd. doppio binario la normativa in tema di impiego pacifico dell'energia nucleare (legge 31 dicembre 1962, n. 1860) che prevede, all'art. 23, che le azioni per il risarcimento dei danni alle cose e alle persone dipendenti da incidenti nucleari si prescrivano nel termine di tre anni dal giorno in cui il danneggiato abbia avuto conoscenza del danno e dell'identità dell'esercente responsabile, oppure avrebbe dovuto ragionevolmente esserne venuto a conoscenza, fissando, tuttavia, al comma 2, un termine per così dire puramente oggettivo, di dieci anni dall'incidente. Analogamente, l'art. 125 c. cons., in materia di danno da prodotto difettoso, prevede una prescrizione triennale decorrente dal giorno in cui il danneggiato ha avuto o avrebbe dovuto avere conoscenza del danno, del difetto e dell'identità del responsabile, specificando altresì che, in caso di aggravamento del danno stesso, il termine decorre dal momento in cui esso ha assunto dimensioni tali da giustificare un'azione giudiziaria; fissa, accanto ad esso, un termine massimo decennale – qualificato nella rubrica dell'articolo di decadenza, come tale sottratto per definizione all'incidenza di cause di sospensione o di interruzione – dal giorno in cui il produttore o l'importatore europeo ha messo in circolazione il prodotto. Cfr., in argomento, M. GAZZARA, *La decorrenza della prescrizione dei crediti derivanti da rapporti assicurativi*, in *La decorrenza della prescrizione* a cura di E. Minervini, in *Giur. it.*, 2022, fasc. dicembre, 2805, nota 33.

<sup>12</sup> Sul punto, di recente, E. MINERVINI, *Il problema della decorrenza della prescrizione*, in *La decorrenza della prescrizione* a cura di E. Minervini, in *Giur. it.*, 2022, fasc. dicembre, 2790, che evidenzia, inoltre, significativamente, che “richiedere l'insussistenza di una situazione psicologica di debolezza del lavoratore, ovvero l'effettiva conoscenza del danneggiato, affinché decorra il *dies a quo*, mal si concilia con la lunghezza dei termini di prescrizione previsti nell'ordinamento italiano”.

tempo al punto di partenza<sup>13</sup>. Come si è efficacemente detto essi, “generando una fine e un nuovo inizio”<sup>14</sup>, pongono così rimedio, seppure transeunte, a quella disarmonia concettuale tra *esistenza* di un diritto soggettivo, il decorso del tempo e la sincronica *estinzione* (*rectius*, indebolimento), che nel contempo costituisce l'essenza e la “croce” della prescrizione.

## 2. Dalla prescrizione alla *Verwirkung* quali strumenti di stabilizzazione delle situazioni giuridiche

Si è fatto cenno che la complessa relazione che lega l'inerzia del titolare del diritto con la vigenza stessa di esso, in ragione del tempo decorso, è stata oggetto di un recente quanto inatteso *revirement* della Cassazione sull'istituto della *Verwirkung*<sup>15</sup>, istituto che, come la prescrizione, trova il suo presupposto nell'inattività del titolare del diritto (salvo quanto si dirà innanzi in ordine alle differenze che connotano i due istituti), e che, con cadenze periodiche, trova spazio negli arresti giurisprudenziali di merito come di legittimità, non solo con riferimento a questioni propriamente o in senso lato civilistiche<sup>16</sup>, ma anche relativamente a pronunce della giurisprudenza amministrativa<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Evidenzia che il tempo è una strada percorribile “à sens unique et irréversiblement” G. GABRIELLI, *Tempo e diritto. In memoria di Paolo Vitucci*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2010, 4.

<sup>14</sup> M. ORLANDI, *Prescrizione e riduzione*, in *Persona e Mercato*, 2023, fasc. 1, 14.

<sup>15</sup> Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Europa e Diritto Privato*, 2022, 1, 203.

<sup>16</sup> Cfr., sia pure per escludere l'applicazione dell'istituto della *Verwirkung* nel nostro ordinamento, Cass., 28 gennaio 2020, n. 1888, in *CED online*; Cass., 15 ottobre 2013, n. 23382, *ivi*; Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, 1397 ss.

<sup>17</sup> Cfr., ad esempio, Consiglio di Stato, sez. VI, 14 dicembre 2022, n. 10961; Consiglio di Stato, sez. VII, 07 novembre 2022, n. 9757; T.A.R. Lombardia, sez. II – Milano, 9 dicembre 2021, n. 2747, decisioni (riportate, per esteso, in *Banca dati DeJure*) che, comunque, con riferimento alle fattispecie considerate, escludono l'applicazione dell'istituto in parola.

In un recente arresto, infatti, la Cassazione ha riproposto l'applicazione nel nostro ordinamento, per il tramite della clausola di buona fede, del predetto istituto di matrice giurisprudenziale tedesca, attribuendo, così, un'inedita rilevanza all'affidamento indotto nel debitore dall'inerzia prolungata nel tempo del creditore nell'esercizio del diritto con consequenziali effetti in ordine alla possibile caducazione stessa di esso, indipendentemente dalla maturazione del tempo della prescrizione<sup>18</sup>.

Approdo interpretativo che, invero, se viene assunto a principio di diritto slegato dalle peculiarità del caso concreto, sembra ben poco convincente, per quanto appresso si dirà, e che da un lato si mostra come idoneo a minare il fondamento stesso dell'istituto della prescrizione, dall'altro ad introdurre nel nostro ordinamento, senza un solido fondamento normativo, un ulteriore fattore lesivo del principio della certezza del diritto, che l'istituto della prescrizione è pur sempre volto a tutelare.

Nel riproporre la definizione fornita da un attento studioso della materia, la *Verwirkung*<sup>19</sup> è un istituto “che comporta la

---

<sup>18</sup> Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, cit. ove si legge: “In tema di locazione di immobili ad uso abitativo, integra abuso del diritto la condotta del locatore, il quale, dopo aver manifestato assoluta inerzia, per un periodo di tempo assai considerevole in relazione alla durata del contratto, rispetto alla facoltà di escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del canone dovutogli, così ingenerando nella controparte il ragionevole ed apprezzabile affidamento nella remissione del debito per *facta concludentia*, formuli un'improvvisa richiesta di integrale pagamento del corrispettivo maturato; ciò in quanto, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata, trova applicazione il principio di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., quale canone generale di solidarietà integrativo della prestazione contrattualmente dovuta, che opera a prescindere da specifici vincoli contrattuali nonché dal dovere negativo di *neminem laedere* e che impegna ciascuna delle parti a preservare l'interesse dell'altra nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio”.

<sup>19</sup> L'istituto, elaborato dalla dottrina e giurisprudenza tedesca, della *Verwirkung*, come noto, trovò peculiare applicazione negli anni successivi alla prima guerra mondiale quando il deprezzamento della moneta avente corso legale spinse ad abbandonare il principio del valore nominale dei debiti pecuniari ammettendo la rivalutazione giurisprudenziale dei crediti e consentendo, pertanto, al creditore di ottenere la rivalutazione del credito tenendo conto,

perdita del diritto soggettivo in seguito alla inattività del titolare, durata per un periodo di tempo non determinato *a priori*, ed alla concorrenza di circostanze idonee a determinare un affidamento meritevole di tutela in base al principio di buona fede”<sup>20</sup>.

A differenza di quanto accade per la prescrizione, però, l'estinzione e/o la perdita dell'azionabilità del diritto da parte del titolare non consegue da una mera inattività nell'esercizio del diritto entro il tempo prefissato dal legislatore, bensì detta inattività è svincolata da un arco temporale predeterminato e rappresenta una componente di una fattispecie più complessa in cui giocano un ruolo determinante altri fattori parimenti essenziali ed oggetto di valutazione da parte del giudice e precisamente: l'atteggiamento tenuto dal titolare del diritto che, nella consapevolezza di essere tale<sup>21</sup>, pur tuttavia non lo eserciti, e l'affidamento consequenziale ingenerato nel soggetto debitore che il diritto non sarà più esercitato.

Questo insieme di elementi, che necessariamente vanno tutti insieme considerati in relazione al caso concreto, determinano che qualora il titolare del diritto, pur prima del maturare del termine di prescrizione, modifichi radicalmente il suo atteggiamento ed attui un comportamento volto ad esercitare il diritto, porrebbe in essere un atto suscettibile di essere considerato contrario a buona fede.

Tale mutato atteggiamento, a quanto si legge nella citata decisione della Cassazione, si prospetterebbe come lesivo dell'affi-

---

tuttavia, dell'esigenza del debitore di conoscere nel più breve tempo possibile l'entità della prestazione da eseguire. È in tale peculiare contesto che sorge la tesi che ritiene il creditore decaduto dal diritto alla rivalutazione nel caso di perdurante inerzia nell'esercizio del diritto che legittima il debitore a ritenere che questo non sarebbe stato esercitato. Una tesi che attecchisce in un ordinamento come quello tedesco segnato da termini di prescrizione particolarmente lunghi e che, in taluni casi, arrivano a trent'anni (*cf.*, § 197 BGB, non interessato dalla *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*).

<sup>20</sup> S. PATTI, *Verwirkung*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, 1999, XIX, 722 e ss., *ID.*, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit.

<sup>21</sup> Sulle differenze tra prescrizione e *Verwirkung* *cf.*, anche, S. MAZZAMUTO, *Tempo e prescrizione*, in *Tempo e diritto*, in *Scritti in memoria di Paolo Vitucci*, Napoli, 2010, 101 ss.

damento ingenerato nel debitore nell'abbandono della relativa pretesa creditoria; finirebbe, perciò, per integrare un abuso del diritto, nella forma del ritardo sleale nell'esercizio del diritto, con conseguente rifiuto della tutela, per il principio della buona fede nell'esecuzione del contratto che “impedisce che i diritti siano esercitati in modalità astratte, imponendo invece il rispetto dell'affidamento che la parte debitrice ha acquisito”<sup>22</sup> proprio in conseguenza dell'atteggiamento del soggetto creditore<sup>23</sup>.

È sulla base di queste argomentazioni che si è evidenziata la funzione eminentemente equitativa svolta dalla *Verwirkung* che, nel prescindere dalla rigidità delle regole dettate in tema di prescrizione – legate alla predeterminazione di un tempo in cui l'inerzia del creditore comporta l'estinzione del diritto o, secondo altra preferibile opinione, la possibilità che il diritto possa essere utilmente fatto valere in giudizio<sup>24</sup> –, permetterebbe una migliore valutazione degli interessi contrapposti raggiungendo risultati rispondenti ad esigenze di giustizia del caso concreto<sup>25</sup> che consentirebbe di soddisfare in maniera consona al progressivo mutamento della realtà sociale.

La *Verwirkung*, dunque, si prospetterebbe come un rimedio dinamico e duttile, proprio perché fondato su una clausola generale, quale il principio di buona fede<sup>26</sup> e il principio di solidarietà che impongono a ciascuna delle parti di un rapporto ob-

---

<sup>22</sup> Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, cit.

<sup>23</sup> Secondo A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, artt. 1173-1176, Bologna, 1988, 339, la *Verwirkung* rappresenta esplicitazione del principio del non venire *contra factum proprium* il che comporta che “un diritto, per effetto di un periodo d'inerzia prolungata, possa considerarsi ‘perduto’, comunque non esercitabile in danno di una parte che oramai ha fatto affidamento sul mancato esercizio di esso”.

<sup>24</sup> P. VITUCCI, *op. cit.*, 33.

<sup>25</sup> S. PATTI, *Verwirkung*, cit., 725.

<sup>26</sup> In proposito S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020, 59, evidenzia che nel BGB “La base normativa della *Verwirkung* ... deve ravvisarsi nel par. 242 BGB che prevede il principio di buona fede”, pur non mancando posizioni diverse della dottrina che riconducono la *Verwirkung* ad un'applicazione del principio di abuso del diritto.

bligatorio “di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra”<sup>27</sup>.

Conseguenza coerente con dette premesse è che, laddove ricorrano l'insieme di elementi che connotano la *Verwirkung*, essa, rappresentando un rimedio, con riferimento al caso concreto, volto a sanzionare un abuso nell'esercizio del diritto<sup>28</sup>, sarà rilevabile d'ufficio dal giudice, sempreché detto abuso risulti dalle allegazioni processuali, e, dunque, indipendentemente e differientemente dalla prescrizione che, ai sensi dell'art. 2938 c.c., esige per il suo operare l'eccezione del soggetto interessato<sup>29</sup>.

### 3. *Il recente formante giurisprudenziale sulla Verwirkung tra buona fede, abuso del diritto ed equità: considerazioni critiche*

Orbene, è noto che, malgrado le suggestioni che la teoria della *Verwirkung* possa suscitare pur a distanza di oltre cento anni dalla sua elaborazione, e benché tali suggestioni abbiano fatto breccia nella cultura giuridica di molti Paesi perfino di oltre oceano<sup>30</sup>, tuttavia essa ha registrato e registra più dissensi che consensi e ciò non solo nel nostro sistema giuridico ma financo in Germania ove ha trovato la sua nascita e principale elaborazione.

Si è perciò negata la configurabilità della *Verwirkung* in quanto si è osservato che il titolare di un diritto può legittimamente decidere come comportarsi nei limiti del proprio diritto

---

<sup>27</sup> Cass., 14 giugno 2021, n. 1673, cit., ma, vedi, anche, in senso adesivo, F. CRISCUOLO, *Tempo, inerzia e disponibilità del diritto*, cit., 405 e ss.

<sup>28</sup> In proposito S. PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, 57, sostiene la natura non negoziale della *Verwirkung* che rappresenta un “effetto legale di un comportamento”.

<sup>29</sup> In termini, S. PATTI, *Verwirkung*, cit., 729 e Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, cit.

<sup>30</sup> Cfr., ad esempio, per quanto concerne il Brasile, l'approfondita indagine condotta da J.G.A. NEVES, *A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*, Sao Paulo, 2016, 42 e ss.

soggettivo<sup>31</sup>; evidenziando che, per di più, essa contrasterebbe con la normativa in tema di prescrizione<sup>32</sup>, giacché, prima dello scadere del termine stabilito dal legislatore per il compimento di essa, il diritto può essere sempre fatto valere<sup>33</sup>.

Si è, inoltre, opportunamente rilevato che buona fede ed abuso del diritto non sono figure coincidenti presentando caratteristiche e *rationes* diverse; ricorre abuso del diritto allorquando il titolare di esso agisce per scopi diversi ed ulteriori, con l'intento di nuocere alla controparte, diversamente da ciò che accade nella condotta contraria a buona fede ove non rileva lo scopo perseguito dal titolare del diritto, bensì le modalità attraverso le quali il diritto è in concreto esercitato<sup>34</sup>.

Quanto poi al declamato stretto legame che intercorre tra la *Verwirkung* e l'equità va osservato che esso, quantomeno nel nostro sistema giuridico, costituisce non già un argomento a sostegno bensì un ostacolo all'applicazione dell'istituto: è da considerare, infatti, il ruolo del tutto residuale che il nostro legislatore riconosce al ricorso all'equità nella regolamentazione dei rapporti giuridici<sup>35</sup>, prevedendone in modo esplicito gli ambiti ove trova applicazione<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> In termini, E. WOLF, *Allegemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1976, 89 e ss.

<sup>32</sup> F. RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e buona fede*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 451.

<sup>33</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 1192, che, nel criticare il citato arresto della Cassazione del 14 giugno 2021, n. 16743, rimarca l'orientamento costantemente contrario della giurisprudenza italiana all'applicabilità dell'istituto in questione nel nostro ordinamento evidenziandone, peraltro, la scarsa utilità; analogamente, C.M. NANNA, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum Rivista di diritto dei contratti*, fasc. 2, 2022, 197.

<sup>34</sup> Sul punto C.M. NANNA, *op. cit.*, 196, che riprende le considerazioni espresse da G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 21 e ss.

<sup>35</sup> Cfr., in proposito, le belle pagine di G. IUDICA, *Lo Stato moderno e la codificazione*, Napoli, 2021, 73; vedi, anche, L. BOZZI, *La negozialità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 218.

<sup>36</sup> In argomento sia dato anche rinviare alle considerazioni svolte in S.

Considerazione alla quale si ritiene possa aggiungersi che, anche sotto il profilo strettamente equitativo – ovviamente, fatta salva ogni più opportuna valutazione in relazione a pochi casi concreti molto peculiari, quali ad esempio quelli rinvenuti da strettissimi legami di parentela tra le parti –, appare, invero, arduo sostenere che possa considerarsi equo che, a fronte della sussistenza di un'obbligazione liberamente e consapevolmente contratta dal soggetto debitore, che abbia piena coscienza della scadenza di essa e che, nonostante ciò, si renda deliberatamente inadempiente, consegua quale sanzione per il creditore inerte addirittura l'estinzione del proprio diritto. Di conseguenza, si determini un effetto premiale per il debitore inadempiente e ciò, per di più, avvenga al di fuori di qualsivoglia regolamentazione che individui con precisione l'ambito temporale da considerarsi e che il creditore stesso possa preventivamente valutare.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui un'obbligazione di pagamento di una somma di danaro rinveniente da un contratto – che sia certa, liquida ed esigibile – non venga azionata dal creditore non già perché questi voglia rinunciare al suo credito o voglia deliberatamente disinteressarsene ma, più semplicemente, perché, da indagini compiute, ha acquisito contezza che il debitore non ha redditi, non ha un patrimonio immediatamente aggredibile, sfugge ai creditori.

Ebbene, in tale ipotesi è ben possibile che il creditore non si adoperi per lungo tempo nell'esigere il suo credito e ciò, magari, è frutto di una deliberata scelta e valutazione economica sapendo che qualsiasi azione di recupero egli vada ad intentare da un lato rimarrà infruttuosa, dall'altro comporterà spese del tutto inutili.

Nella ricorrenza di una simile fattispecie qualora l'inerzia, in tal caso voluta ma in realtà *subita* dal creditore, si protragga ad esempio per nove anni dalla data in cui il credito è divenuto esigibile, e solo poco prima dello spirare del termine della prescrizione il creditore si determini a notificare al debitore, draconia-

---

MONTICELLI, *Il ruolo "ambivalente" della norma dispositiva nel contratto*, in *Nuovo dir. civ.*, fasc. 2, 2021, 31 e ss.



namamente e felicemente inadempiente, un atto interruttivo della prescrizione, può realisticamente sostenersi che tale inattività del creditore abbia ingenerato nella controparte un legittimo affidamento a che tale credito si sia estinto? O che non verrà mai azionato? O che sia stato tacitamente rinunciato? E, per di più, che l'atto interruttivo di cui trattasi rappresenti e sia qualificabile come un esercizio abusivo del diritto, contrario a buona fede, che addirittura ne determini l'estinzione?

Francamente, fornire una risposta in senso positivo a tali interrogativi urta, a parere di chi scrive, con i canoni più elementari della scienza giuridica e della ragionevolezza accreditando un inedito valore premiale all'inadempimento del debitore.

Aggiungasi, che così come è imprevedibile e foriero di inammissibili incertezze un decorso della prescrizione il cui *dies a quo* sia slegato da parametri oggettivi, a maggior ragione introduce inaccettabili incertezze la possibilità che la permanenza in vita di un diritto sia legato a fattori valutativi scollegati da qualsiasi dato oggettivo o parametro certo.

Con riferimento al concreto operare della *Verwirkung*, sorgono spontanee domande del tipo: dopo quanto tempo d'inattività del creditore potrà dirsi maturato l'affidamento del debitore a che il credito non sia più esatto? E tale valutazione è legittimo riferirla ad ogni credito o va tenuta distinta l'ipotesi in cui il credito origini da un rapporto di durata e, dunque, periodicamente divenga esigibile, rispetto al caso in cui esso nasca in un'unica soluzione?

Ad esempio, si faccia il caso, per rimanere alla fattispecie oggetto della più volte citata recente decisione della Cassazione, di un credito rinveniente da un rapporto di locazione, ove il locatore resti inerte nel richiedere il pagamento dei canoni al conduttore per un certo numero di anni, comunque inferiori al termine quinquennale di prescrizione, e detto locatore improvvisamente costituisca in mora il debitore, l'inerzia quando potrà dirsi che ingenererà l'affidamento del debitore? Al maturare di ogni scadenza, dopo un certo imprecisato tempo? Il giudice sulla base di quali parametri riterrà un dato arco temporale sufficiente?<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Sul punto efficacemente cfr. le note critiche di M. ORLANDI, *Ermeneu-*

Ancora, spontanea sorge l'ulteriore domanda se l'eventuale successivo atto interruttivo, asseritamente integrante un comportamento contrario alla buona fede o sleale tale da configurare un abuso nell'esercizio del diritto, comporterà la cancellazione anche per il futuro di ogni legittima pretesa creditoria, con un'inedita trasformazione, nella fattispecie portata ad esempio, del rapporto locatizio in comodato o in precario, distinzione per di più non certo priva di rilievo pratico. Oppure dovrà ritenersi che abbia efficacia solo per i canoni di locazione antecedenti all'atto interruttivo, ma per quali? Anche quelli maturati relativamente alle ultime mensilità immediatamente antecedenti all'atto interruttivo?

A questi interrogativi, peraltro piuttosto banali, la teoria della *Verwirkung* non fornisce risposte soddisfacenti atte a dipanare un totale stato di incertezza.

Si è, infatti, sostenuto che la *Verwirkung* “può determinare sia l'estinzione che la semplice limitazione del diritto”, effetti diversi che dipenderebbero “dal diverso modo in cui può realizzarsi l'inattività del titolare e dall'affidamento generato nella controparte”<sup>38</sup>. Sicché, mentre per il diritto di credito, nato in un'unica soluzione, l'inattività del creditore, unitamente agli altri elementi da prendere in considerazione per l'operare dell'istituto, la *Verwirkung* “determina l'estinzione del diritto”, diversamente, se trattasi del mancato adempimento di obbligazioni di pagamento derivante da un contratto di durata che veda a date predeterminate insorgere il credito, la tolleranza del creditore nel ritardo degli adempimenti “può determinare soltanto l'impossibilità di esigere la prestazione alla data convenuta”<sup>39</sup>, producendosi, così, soltanto una limitazione del diritto ma non l'estinzione di esso.

Ebbene, anche tale conclusione non convince; ed infatti, se forse potrebbe considerarsi contraria o buona fede la richiesta

---

*tica del silenzio*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 1181 e di G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del credito*, ivi, 1169.

<sup>38</sup> S. PATTI, *Verwirkung*, cit., 729.

<sup>39</sup> S. PATTI, *op. loc. cit.*

del creditore che, dopo aver tollerato per un periodo significativo l'altrui ritardo nell'adempimento, esasperato dal continuo ritardo del debitore, richieda la corresponsione degli interessi sui crediti periodicamente maturati ma adempiuti in ritardo rispetto alla scadenza, oppure invochi il costante ritardo nell'adempimento per fondare una richiesta di risoluzione del contratto per inadempimento, od anche l'applicazione di una penale, non si vede in base a quale principio il creditore dovrebbe considerarsi tenuto a tollerare anche per il futuro l'adempimento tardivo e quindi dovrebbe considerarsi limitato nell'esigere dal debitore la puntualità nei pagamenti futuri.

La clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), se consente di censurare quella condotta del titolare del diritto che, per le peculiarità attraverso le quali è in concreto posta in essere, appaia sleale verso l'altro contraente, nella fattispecie il conduttore/debitore, non può spingersi a negare l'altrui diritto<sup>40</sup> o a modificare i patti contrattuali ma solo a conformare le modalità di esercizio del diritto rinveniente da quei patti, in modo da escludere che essa sia pregiudizievole per l'altro contraente che, nella fattispecie, è il soggetto debitore<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Condivisibilmente si è affermato che “il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare del diritto stesso e per quanto tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria dello stesso, salvo che tale ritardo sia la conseguenza fattuale di un'inequivoca rinuncia tacita ...” (così, Cass., 28 gennaio 2020, n. 1888, in *Giust. civ. mass.*, 2020 e Cass., 15 ottobre 2013, n. 23382, in *Giust. civ. mass.*, 2013).

<sup>41</sup> Emblematico potrebbe essere l'esempio della clausola penale nell'ipotesi in cui il creditore, a fronte di una tale previsione contrattuale, constatato l'inadempimento del debitore, si astenga dall'invocare la penale per un certo tempo e poi improvvisamente ne chieda il pagamento per l'intero importo maturato. È innegabile che tale comportamento del creditore, prima inerte, poi attivo e pressante, possa essere considerato, alla luce delle modalità concrete con le quali è stato posto in essere, contrario a buona fede, giacché l'inerzia nel reclamare la penale, di fatto si è tradotta in un possibile danno per il debitore che se la veda richiedere in un'unica soluzione. Inoltre, in taluni casi, potrebbe nel contempo integrare un arricchimento per il creditore più interessato ad acquisire la penale che ad esigere l'adempimento dell'obbligazione principale cui essa è collegata. Tuttavia, in tal caso, è difficile so-

È proprio in ossequio a tale corretta interpretazione della clausola generale di buona fede che, ad esempio, in materia bancaria la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che “la tolleranza degli sconfinamenti da parte della banca non integra una manifestazione di volontà idonea a superare le clausole pattuite dalle parti perché l’aspettativa originata dal fatto che l’istituto di credito paghi assegni anche quando l’esposizione creditoria superi il limite del fido concesso non è di diritto, ma di fatto, priva di giuridica rilevanza”<sup>42</sup>.

#### 4. *Assonanze e dissonanze tra Verwirkung e prescrizione tra pesi e contrappesi*

Qualche ulteriore considerazione va fatta: è di immediata percezione che tanto l’istituto della prescrizione quanto quello della *Verwirkung* si fondano su un presupposto necessariamente comune, l’inattività del soggetto creditore, unitamente al decorso del tempo; detto connotato rappresenta il presupposto ineludibile

---

stenere che l’inerzia perdurante nel tempo abbia comportato l’estinzione del diritto del soggetto creditore, in applicazione della *Verwirkung*. Più ragionevolmente potrebbe sostenersi che, poiché la clausola penale rappresenta una liquidazione preventiva del danno derivante dall’altrui inadempimento, e costituisce, nel contempo, uno strumento indiretto per costringere il debitore all’adempimento, l’inerzia del creditore vada valutata alla stregua non solo della II parte dell’art. 1384 c.c., attestando uno scarso interesse all’adempimento, ma anche dell’art. 1227, comma 1, c.c., al fine di una sostanziale riduzione dell’importo della penale maturata, e, in determinate circostanze rinvenienti nel caso concreto, per escluderla del tutto a norma del comma 2, dell’art. 1227 c.c., anche in ragione del principio di buona fede di cui il predetto articolo è applicazione.

<sup>42</sup> Cfr., da ultimo, Trib. Napoli Nord, 26 agosto 2020, in *Ex parte creditoris*, sulla scia di Cass., 25 ottobre 1977, n. 4563, *Banca borsa e tit. cred.*, 1978, II, 18, ove si legge che “la mera tolleranza nell’accettazione del superamento del limite del fido concesso, non crea il diritto all’abuso rappresentato dalla emissione di assegni privi di copertura”; l’obbligo di comportamento secondo buona fede è difatti reciproco e deve essere valutato anche il prolungato e reiterato, accertato abuso da parte del cliente dell’altrui tolleranza, proprio in virtù di quei principi di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali che si impongono ad entrambi i contraenti.

nella produzione di una dinamica effettuale simile ma non identica<sup>43</sup>, ma che comunque è di ostacolo dirimente al soddisfacimento della pretesa del creditore.

Questo rilevante dato fattuale farebbe sì che i due istituti condividano il connotato di operare come un *impium praesidium*, potendo entrambi essere invocati da colui che, pur avendo ricevuto una controprestazione, non abbia poi onorato il suo impegno ad adempiere alla prestazione cui sarebbe stato obbligato.

Tuttavia, tale constatazione, che peraltro da sempre pesa nel sentimento e nel disagio degli interpreti quando si confrontano con il tema della prescrizione, giocherebbe un ruolo profondamente diverso nei due istituti. Solo nella *Verwirkung* ad una valutazione negativa della condotta inadempiente osterebbe il ricorrere di una serie di elementi che, se tutti presenti, nell'aggiungersi al presupposto della inattività, non solo farebbero perdere all'inadempimento il connotato di comportamento censurabile e suscettibile di condanna in sede giudiziale, ma addirittura comporterebbero un discutibile effetto premiale per il soggetto debitore che, di fatto, verrebbe liberato da ogni obbligo<sup>44</sup>.

Quanto tutto ciò contrasti, fatti salvi peculiarissimi casi, con ogni considerazione di proporzionalità e ragionevolezza appare difficile dubitare.

È infatti il caso di ricordare che nella prescrizione il legislatore, nel tenere in debito conto l'*impium praesidium* di cui innanzi, ha opportunamente apprestato una serie di cautele che giovano a riequilibrare il sistema<sup>45</sup>, mentre ciò non ricorre nell'istituto della *Verwirkung*, trattandosi di un istituto di esclusiva matrice giurisprudenziale ove è devoluta all'apprezzamento del magi-

---

<sup>43</sup> La *Verwirkung* incide direttamente sul fondamento del diritto comportandone l'estinzione, diversamente la prescrizione, per quanto si ritiene e si tenterà di argomentare, non comporta la "estinzione del diritto", incidendo piuttosto sulla pretesa che dalla persistenza del diritto trae fondamento.

<sup>44</sup> Non è un caso che una risalente dottrina, P. GIMONDI, *La prescrizione nel diritto canonico*, Roma, 1939, 3, evidenziava l'ingiusto arricchimento che consegue dalla prescrizione per il soggetto debitore.

<sup>45</sup> Lo sottolinea opportunamente P. VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da P. Schlesinger, I, artt. 2934-2940, Milano, 1990, 32.

strato, con riferimento al caso concreto, la valutazione dell'atteggiamento tenuto dal creditore in ragione delle circostanze, se ed in quanto idonee a determinare, nel debitore, un affidamento circa l'estinzione del diritto.

È perciò agevole rilevare che la prescrizione, non la *Verwirkung*, opera solo su eccezione di parte, generalmente il debitore, che si assume la responsabilità anche morale di farla valere, peraltro nei termini stabiliti dal codice di rito, vietando, nel contempo, che essa possa trovare applicazione in virtù di un'iniziativa officiosa del giudice.

La prescrizione, non la *Verwirkung*, coerentemente con il suo operare su eccezione di parte, consente al debitore di rinunciarvi e, nel contempo, non attribuisce a questi l'azione per la ripetizione del pagamento del debito prescritto.

Ed ancora, la prescrizione, non la *Verwirkung*, consente al creditore di azzerare il decorso del tempo, attraverso gli atti interruttivi, purché intervenuti entro il termine del maturare della prescrizione, assicurando, così, la sopravvivenza del diritto.

Tale regolamentazione innesta, dunque, rilevanti contrappesi, forse non sempre tenuti in sufficiente considerazione, che non solo marcano una significativa linea di confine tra i due istituti ma, nel contempo, giustificano la prevalente contrarietà degli interpreti a dare ingresso nel nostro ordinamento al predetto istituto, elaborato dalla giurisprudenza tedesca negli anni successivi alla fine della prima guerra mondiale, peraltro in un particolarissimo ed eccezionale contesto economico e sociale, ma anche normativo. Contesto che si connotava per un termine ordinario di prescrizione di ben trenta anni e che, come si è osservato<sup>46</sup>, attraverso la *Verwirkung*, consentiva di “superare le ‘barriere’, rappresentate dalla prescrizione, che lasciava per un tempo eccessivamente lungo il debitore sguarnito di tutela ed esposto all'incertezza della propria situazione, a fronte dell'altrui inerzia”.

Tuttavia, l'ammettere che nel nostro ordinamento possa trovare spazio applicativo l'istituto in questione non appare fondato su solide basi normative giacché si pretende di assegnare alla

---

<sup>46</sup> C.M. NANNA, *op. cit.*, 199.

clausola generale di buona fede un ruolo ed una funzione che non le competono; una sorta di magica porta di Ishtar – prendendo così a prestito l'efficace espressione usata ad altro proposito in un recente arresto della Cassazione<sup>47</sup> – attraverso la quale consentire al giudice di dichiarare l'estinzione di diritti soggettivi sulla base di parametri incerti e pretese e discutibili esigenze equitative, interferendo peraltro irrimediabilmente con l'istituto della prescrizione.

In definitiva, bisogna perciò concordare con chi ritiene che, fatta salva l'ipotesi in cui l'inerzia del creditore possa essere in concreto ricondotta ad una rinuncia tacita del credito<sup>48</sup> o ad una remissione tacita del debito – ma in tali casi è indispensabile che la volontà abdicativa risulti da una serie di circostanze concludenti e non equivoche, assolutamente incompatibili con la volontà di avvalersi del diritto di credito – solo dal maturare della prescrizione possa conseguire un ostacolo dirimente per il creditore che voglia fare valere la propria pretesa nei confronti del soggetto obbligato.

D'altra parte in tal senso si è espressa in più occasioni la giurisprudenza di merito come di legittimità, enunciando il seguente ricorrente principio di diritto: “il semplice ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello stesso e tale da generare nel debitore un ragionevole affidamento che il diritto non verrà più esercitato, non comporta una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non può costituire motivo per negare la tutela giudiziaria del diritto, salvo che tale ritardo sia la conseguenza di un'inequivoca rinuncia”<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Foro it.*, 2023, 4, I, 1070.

<sup>48</sup> Va ricordato al riguardo che la giurisprudenza costantemente ribadisce che “La rinuncia tacita a far valere un diritto può desumersi soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli in modo univoco la sua effettiva e definitiva volontà abdicativa”. Cfr., tra le tante, Corte appello Milano, 10 luglio 2020, n. 1760, in *De jure*, Redazione Giuffrè, 2020.

<sup>49</sup> Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, 1397, Cass., sez. lav., 28 gennaio 2020, n. 1888, cit.

5. *L'inerzia nell'esercizio del diritto e le conseguenze della prescrizione: la regola di prevalenza dettata dall'art. 2934 c.c.*

Nel ricondurre il perimetro di queste riflessioni nell'ambito più "domestico", se non meno problematico, dell'istituto della prescrizione e del suo operare, la questione dell'incidenza di quest'ultima sul diritto soggettivo oggetto dell'inerzia del suo titolare si ripropone.

Se la prescrizione è conseguenza dell'inerzia del creditore a fare valere il proprio interesse che trae fondamento in un determinato titolo, l'interruzione della prescrizione è normalmente, fatta salva l'ipotesi disciplinata dall'art. 2944 c.c., conseguenza dell'esercizio del diritto e della pretesa che da esso trae fondamento e giustificazione; è, dunque, attività che si contrappone ontologicamente all'inerzia che rappresenta il presupposto per l'operare della prescrizione.

L'interruzione della prescrizione, come l'inerzia, ruotano intorno al concetto di interesse.

L'atto d'interruzione, che sia giudiziale o stragiudiziale, è manifestazione dell'interesse del creditore di vedere soddisfatta la sua pretesa. Attraverso l'atto d'interruzione il creditore, dando per presupposto di essere titolare di un titolo valido a fondare un rapporto, manifesta in concreto l'interesse di voler far valere la pretesa che ritiene di poter vantare nei confronti dell'obbligato e che dal titolo consegue.

Il riconoscimento da parte del debitore dell'altrui diritto, benché non rappresenti un'attività riconducibile al creditore, incide comunque sulla relazione effettuale tra il decorso del tempo e l'inerzia, giacché è fonte esogena del riconoscimento dell'interesse del creditore e, nel contempo, per quanto si dirà più diffusamente innanzi, è atto negatorio dell'affidamento del debitore nel "venir meno" del diritto/della pretesa del soggetto attivo del rapporto<sup>50</sup>.

È antica e ricorrente la *querelle* intorno alla corretta inter-

---

<sup>50</sup> Cfr., in particolare, cap. III, par. 7 e ss.



pretazione da dare all'art. 2934 c.c., "ogni diritto si estingue per prescrizione"; si tratta probabilmente della questione cardine attorno alla quale ruota ogni altra problematica sul tema della prescrizione.

Su di essa la bibliografia è pressoché sterminata e non può essere questa la sede nemmeno per sintetizzare i termini dell'appassionante dibattito<sup>51</sup>; ci si limiterà, perciò, a talune considerazioni volte a dimostrare che, a parere di chi scrive, il maturare del tempo della prescrizione non incide sul titolo dell'obbligazione<sup>52</sup>, né sull'azione, solo in certa misura incide, invece, sulla pretesa fondata sul titolo, comportando l'insorgere in capo al debitore di un diritto potestativo idoneo a paralizzare la pretesa del creditore.

Sembra opportuno a tal riguardo chiarire che la questione dell'individuazione dell'oggetto dell'efficacia conseguente al maturare del tempo della prescrizione non ha valenza meramente teorica né è questione che può ridursi ad una differenza terminologica giacché essa, come si vedrà, rileva ed interferisce con la valenza da attribuirsi agli atti interruttivi della prescrizione ed in generale con le regole che dettano l'operatività dell'istituto.

Ciò premesso, si è anzitutto osservato che la terminologia usata dal legislatore "ogni diritto" correlato all'espressione "si estingue" non vincoli l'interprete, in quanto la legge "è valida solo per la soluzione di concreti conflitti d'interesse, e non già serve a proporre la definizione di concetti"<sup>53</sup>, ed inoltre che tale espressione sia impropria, potendosi più correttamente affermare "che la prescrizione realizzi, quale effetto tipico, più che l'estinzione del diritto, la mera liberazione del soggetto passivo"<sup>54</sup>.

La riferita conclusione è condivisibile ma con le puntualizzazioni che seguono.

---

<sup>51</sup> Sul punto, per una esaustiva ricognizione critica dei termini principali del dibattito, cfr., di recente, l'approfondito contributo di B. GRASSO, *Prescrizione e decadenza (dir. civ.)*, in *Treccani on-line*, 2015.

<sup>52</sup> Sul rapporto tra "titolo" ed "obbligo" cfr. le belle pagine di N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, cit., 24 e ss.

<sup>53</sup> A. AURICCHIO, *op. cit.*, 61.

<sup>54</sup> P. PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2022, 427.

Ricorrente è l'osservazione, che, se la prescrizione producesse l'estinzione del diritto, come pure da tanti autorevolmente sostenuto, al debitore dovrebbe spettare l'azione di ripetizione di quanto pagato<sup>55</sup>, il che è negato dall'art. 2940 c.c., che attesta la sopravvivenza del diritto alla compiuta prescrizione stante l'irripetibilità dell'adempimento spontaneo, previsione che sarebbe altrimenti incompatibile con l'estinzione del titolo, e che, nel contempo, attesta che il pagamento del debito prescritto genera proprio quell'effetto estintivo che il maturare della prescrizione non aveva prodotto<sup>56</sup>.

Anche il dettato dell'art. 2938 c.c. conferma l'esistenza del debito prescritto, considerato che al giudice è precluso rilevare d'ufficio la prescrizione ed il maturare del tempo di essa non produce automaticamente alcuna conseguenza se non quella di fare insorgere, nella disponibilità del soggetto passivo del diritto, la facoltà di decidere se sollevare o meno la relativa eccezione<sup>57</sup>. E, del pari, la pretesa efficacia estintiva del diritto all'esito del *solo* maturare del tempo della prescrizione appare inconciliabile con la possibile rinuncia alla prescrizione da parte dell'obligato ai sensi dell'art. 2937 c.c.<sup>58</sup>.

D'altra parte, la stessa possibilità comunemente ammessa di estinguere il debito prescritto con modalità diverse dall'adempimento, ne conferma l'esistenza.

In definitiva, al maturare della prescrizione il debito sopravvive ed è suscettibile di estinzione.

Non convince affatto neppure la tesi, di recente sostenuta, secondo cui nella vicenda prescizionale, per effetto del decorso del tempo, troverebbe estinzione il diritto soggettivo ma non il corrispondente obbligo; quest'ultimo, si sostiene, "non si estingue, permanendo in capo al debitore la disponibilità dell'effetto

---

<sup>55</sup> Cfr., tra i tanti, P. VITUCCI, voce *Prescrizione: 1) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, Roma, s.d., 2.

<sup>56</sup> P. VITUCCI, *op. e loc. ult. cit.*

<sup>57</sup> Il punto è efficacemente colto da Cass., Sez. Un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, 2659, con nota di R. Oriani.

<sup>58</sup> Cfr. E. MINERVINI, *La prescrizione e i «terzi»*, cit., 93.