



Verwirkung ultimo atto

Salvatore Monticelli

Prof. ord. dell'Università di Foggia



SOMMARIO: **1.** La *Verwirkung* nella contrastante giurisprudenza della terza sezione della Cassazione, tra buona fede, abuso del diritto ed equità. – **2.** Le censure mosse nella ordinanza della Cassazione ad un'applicazione generalizzata della *Verwirkung* sulla base della clausola generale di buona fede. – **3.** *Verwirkung*: *impium praesidium* e premialità del debitore inadempiente, i contrappesi della prescrizione. – **4.** Considerazioni critiche sulla pretesa valenza equitativa della *Verwirkung*. – **5.** I parametri incerti dell'operare della *Verwirkung* e il discutibile ricorso alla clausola di buona fede. – **6.** Conclusioni.

1. La *Verwirkung* nella contrastante giurisprudenza della terza sezione della Cassazione, tra buona fede, abuso del diritto ed equità

La terza sezione della Cassazione, con l'ordinanza del 14 marzo 2024, n. 11219, ritorna, a distanza di un triennio¹, a pronunciarsi sul discusso istituto della *Verwirkung*² la cui

¹ Il precedente arresto rispetto a quello in commento è rappresentato dalla decisione della Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Europa e Diritto Privato*, 2022, 1, 203.

² L'istituto della *Verwirkung*, elaborato dalla dottrina e giurisprudenza tedesca, com'è 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, 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, inerzia che legittima il debitore a ritenere che questo non sarebbe stato esercitato. Per un'attenta ricostruzione della *Verwirkung*, delle ori-

applicazione è invocata dal ricorrente che assume che la società locatrice avrebbe violato i canoni di correttezza e buona fede, incorrendo in un abuso del diritto, per aver preteso in un'unica soluzione il pagamento di un rilevante numero di canoni di locazione, di cui in precedenza non aveva mai chiesto l'adempimento.

All'analisi dei principali passaggi argomentativi che connotano la pronuncia in commento motivando il rigetto del ricorso giova premettere qualche breve accenno ricostruttivo dell'istituto in questione e del precedente della medesima sezione della Cassazione, in differente composizione, che, con una decisione molto criticata, che, peraltro, si poneva in discontinuità con precedenti di epoca più risalente, prospettava un'apertura ad una applicazione generalizzata della *Verwirkung* nel nostro ordinamento.

È noto che la *Verwirkung*, come la prescrizione, trova il suo presupposto nell'inattività del titolare del diritto ma, pur tuttavia, da essa si distingue in ordine agli altri elementi ritenuti necessari a consentirne l'applicazione ed alle conseguenze.

A differenza della prescrizione, la *Verwirkung* attribuisce all'inerzia del creditore nell'esercizio del diritto una rilevanza idonea ad incidere sull'*esistenza* del diritto non esercitato dal titolare³ per un certo lasso temporale non breve ma non meglio determinato, comportandone la perdita⁴. Tale effetto dirimente si produrrebbe sempreché la

gini dell'istituto e della funzione svolta nell'ordinamento tedesco, cfr., PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, Modena, 2020, 54 e ss.; ID., *Verwirkung*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, 1999, XIX, 722 e ss.

³ È fin troppo nota l'antica *querelle* circa l'interpretazione da darsi al dettato dell'art. 2934 c.c. "ogni diritto si estingue per prescrizione"; al tema, qui neppure riassumibile, ho dedicato alcune riflessioni nel recente volume *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Torino, 2024, 23 e ss., alle quali mi permetto di rinviare. In estrema sintesi in esso giungo a sostenere che la prescrizione non estingue il diritto e che l'art. 2934 c.c. detta solo una **regola di prevalenza**. L'espressione "ogni diritto si estingue per prescrizione" allude, senza dirlo, all'insorgenza, in virtù dell'inerzia del titolare del diritto per un ben definito arco temporale, di un **contro-diritto del debitore di eccepire la prescrizione precludendo così l'accoglimento della domanda; contro-diritto di natura potestativa e, dunque, di possibile ma non necessario esercizio**. Laddove esso sia però in concreto esercitato prevarrà rispetto al diritto primigenio del soggetto creditore che, con il maturare del tempo della prescrizione, prima che la stessa sia eccepita, si connota per essersi solo **potenzialmente indebolito**. Per una prospettiva non molto dissimile cfr. il fondamentale contributo di VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da P. Schlesinger, I, artt. 2934-2940, Milano, 1990, 33, che evidenzia che il maturare del tempo della prescrizione non estingue il diritto del creditore incidendo piuttosto sulla possibilità che il diritto possa essere utilmente fatto valere in giudizio, comportando la relativa eccezione ritualmente sollevata dal debitore che la domanda venga respinta.

⁴ Invero, sul punto non vi è assoluta convergenza di opinioni; riferisce PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit., 62, che se l'orientamento prevalente ritiene che la *Verwirkung* determini l'estinzione del diritto, altri ritengono che, invece, ne determini soltanto una limitazione in quanto il fondamento dell'istituto deriva dal principio di buona fede "la cui violazione conduce normalmente all'inammissibilità dell'esercizio del diritto". L'Autore a sua volta sostiene che la *Verwirkung* "può determinare sia l'estinzione che la semplice limitazione del diritto. La diversità degli effetti dipende dal modo in cui può realizzarsi l'inattività del titolare e dall'affidamento generato nella controparte".

prolungata inerzia del creditore abbia fatto sorgere nel soggetto debitore un ragionevole ed apprezzabile affidamento sul definitivo non esercizio del diritto medesimo. Ciò farebbe sì che qualora il titolare del diritto intenda, successivamente, interrompere l'inattività e fare valere la propria pretesa, porrebbe in essere un comportamento sleale o, comunque, non coerente, integrante un'ipotesi di abuso nell'esercizio del diritto, siccome lesivo dell'affidamento indotto nel debitore ed in preteso contrasto con il principio di buona fede. Di qui, la perdita consequenziale della tutela giudiziaria.

In base a tali argomentazioni la Cassazione, appena tre anni or sono⁵, ed in discontinuità con precedenti decisioni in materia⁶, finiva per prospettare un possibile ingresso generalizzato al predetto istituto nel nostro ordinamento affermando che “Il principio di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., coniugato con l'obbligo generale di solidarietà sociale, rende legittimo l'affidamento che, nell'esecuzione di un contratto con prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, ciascuna parte agisca in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del “neminem laedere”. Ne consegue che ... [se ricorre] l'assoluta inerzia del locatore nell'esigere dal conduttore il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore per *facta concludentia*, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce abuso del diritto. Sul modello della *Verwirkung*, elaborata nell'esperienza tedesca, il diritto così esercitato deve ritenersi tacitamente rinunciato”.

Sulla scorta di analoghe argomentazioni è stata anche prospettata la funzione eminentemente equitativa svolta dalla *Verwirkung* che, nel prescindere dalla rigidità delle regole dettate in tema di prescrizione – legate anzitutto alla predeterminazione di un tempo in cui l'inerzia del creditore comporta l'insorgenza del diritto del debitore di sollevare l'*exceptio praescriptionis* –, permetterebbe una migliore valutazione degli interessi contrapposti raggiungendo risultati rispondenti ad esigenze di giustizia del caso concreto⁷.

La *Verwirkung*, dunque, rappresenterebbe un rimedio dinamico e duttile, proprio perché fondato su una clausola generale, quale il principio di buona fede⁸, e il principio

⁵ Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, cit.

⁶ 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.; cfr., anche, per la giurisprudenza amministrativa, 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 che, comunque, con riferimento alle fattispecie considerate, escludono l'applicazione dell'istituto in parola.

⁷ PATTI, *Verwirkung*, cit., 725.

⁸ In proposito PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit., 59, evidenzia che nel BGB “La base normativa della *Verwirkung*... deve ravvisarsi nel par. 242 BGB che prevede il principio di buona

di solidarietà che impongono a ciascuna delle parti di un rapporto obbligatorio “di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra”⁹.

Conseguenza coerente con dette premesse è che, laddove ricorrano l'insieme di elementi che connotano la *Verwirkung*, essa, costituendo un rimedio volto a sanzionare, con riferimento al caso concreto, un abuso nell'esercizio del diritto¹⁰, sarà rilevabile d'ufficio dal giudice, sempreché detto abuso risulti dalle allegazioni processuali, e, dunque, indipendentemente e differentemente dalla prescrizione che, ai sensi dell'art. 2938 c.c., esige per il suo operare l'eccezione del soggetto interessato¹¹.

2. Le censure mosse nella ordinanza della Cassazione ad un'applicazione generalizzata della *Verwirkung* sulla base della clausola generale di buona fede

Malgrado le suggestioni che la teoria della *Verwirkung* continui a 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 oceano¹², tuttavia essa ha registrato e registra più dissensi che consensi.

In particolare la citata pronuncia della Cassazione è stata oggetto di condivisibili critiche da parte della pressoché unanime dottrina, argomentate, soprattutto, dal tenore delle motivazioni adottate in quella decisione che, astraendosi fin troppo dalle effettive peculiarità del caso concreto, finivano per dare ingresso in via generale all'istituto della *Verwirkung* nel nostro ordinamento sulla base di una censurabile lettura della clausola generale di buona fede.

Critiche che, sia pure con il consueto garbo istituzionale che connota il dialogo tra i giudici della Corte – garbo in tal caso rafforzato dalla circostanza che il contrasto si consuma nell'ambito della stessa sezione – sono riprese dalla ordinanza in commento. In essa, nel prendere le distanze dalla precedente pronuncia – definita “isolata” –, fin dai primi passaggi della motivazione, si afferma che:

fede”, pur non mancando posizioni diverse della dottrina che riconducono la *Verwirkung* ad un'applicazione del principio di abuso del diritto. Vi è anche chi ricostruisce la *Verwirkung* come un'applicazione del divieto di contraddizione, espressione della formula *nemo contra factum proprium venire potest*, cfr., in questa prospettiva, da ultimo, CALONI, *Risoluzione per inadempimento e comportamento concludente*, Torino, 2024, 112.

⁹ Cass., 14 giugno 2021, n. 1673, cit., ma, vedi, anche, in senso adesivo, CRISCUOLO, *Tempo, inerzia e disponibilità del diritto*, in *Riv. it. Scienze giur.*, 2021, fasc. 12, cit., 405 e ss.

¹⁰ In proposito PATTI, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, 57, sostiene la natura non negoziale della *Verwirkung* che rappresenta un “effetto legale di un comportamento”.

¹¹ In termini, PATTI, *Verwirkung*, cit., 729 e Cass. 14 giugno 2021, n. 16743, cit.

¹² Cfr., ad esempio, per quanto concerne il Brasile, l'approfondita indagine condotta da J.G.A. NEVES, *A Supressio (Verwirkung) no Direito Civil*, Sao Paulo, 2016, 42 e ss.

in generale l'orientamento espresso dalla richiamata pronuncia non pare in assoluto condivisibile al Collegio. Esso orientamento si traduce, infatti, in una incondizionata apertura all'operatività, nell'ordinamento italiano, di un istituto ad esso sconosciuto, consistente nella Verwirkung del diritto tedesco, quale consumazione del diritto collegato all'inattività (Rechtsverschweigung) del titolare.

E sebbene

anche nell'ordinamento italiano analoghe conseguenze siano state talora collegate da questa Corte a fattispecie peculiari di ritardo sleale nell'esercizio del diritto, in particolare in talune fattispecie in materia lavoristica, tuttavia nel nostro ordinamento non può darsi ingresso in via generale al principio della Verwirkung.

Successivamente alla recisa presa di posizione di cui innanzi sono declinati i due passaggi argomentativi che ne costituiscono il fondamento. E così, quanto all'applicazione della clausola generale di buona fede, la Corte precisa che:

il semplice ritardo nell'esercizio del diritto (nel caso di specie, diritto di agire per fare valere l'inadempimento della controparte) può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo esso ad alcun interesse del suo titolare, correlato ai limiti e alle finalità del contratto, si traduca in un danno per la controparte

quanto alla valenza da attribuirsi all'inerzia del titolare del diritto puntualizza che:

la volontà tacita di rinunciare ad un diritto si può desumere soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli la sua volontà univoca di non avvalersi del diritto, volontà univoca non ravvisabile nell'inerzia o nel ritardo nell'esercizio del diritto che possono assumere rilevanza soltanto ai fini della prescrizione estintiva.

Coerentemente con tali premesse, la Corte giunge alla conclusione che:

il solo ritardo nell'esercizio del diritto, per quanto imputabile al titolare dello 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 una inequivoca rinuncia tacita o di una modifica della disciplina contrattuale.

3. *Verwirkung*: *impium praesidium* e premialità del debitore inadempiente, i contrappesi della prescrizione

La sostanziale condivisibilità delle conclusioni cui approda la Cassazione nell'escludere ingresso generalizzato nel nostro ordinamento all'istituto della *Verwirkung* meritano, però, qualche riflessione ulteriore volta ad una più approfondita considerazione del limitato ruolo d'incidenza sulle situazioni giuridiche attribuito dal nostro ordinamento al decorso del tempo unitamente all'inattività del soggetto titolare del diritto.

Ruolo limitato, come sopra solo accennato nella ordinanza in commento, che il legislatore ha opportunamente circoscritto all'istituto della prescrizione, prevedendo una minuziosa quanto articolata disciplina, anche distinta per tipologie di diritti prescrivibili, nella considerazione che essa "può operare, e spesso opera, come un *impium praesidium*" potendo essere invocata anche da chi, pur avendo beneficiato della controprestazione, non abbia poi onorato i propri impegni¹³.

Come si è evidenziato¹⁴ è, infatti, da 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, mentre ciò non ricorre nell'istituto della *Verwirkung*, trattandosi di un istituto di esclusiva matrice giurisprudenziale ove è devoluta all'apprezzamento del magistrato, 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 siccome non esercitato per un certo tempo.

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

La prescrizione, coerentemente con il suo operare su eccezione di parte, non la *Verwirkung*, 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 (art. 2943 e ss.), purché intervenuti entro il termine del maturare della prescrizione, assicurando, così, la piena sopravvivenza del diritto entro quel termine, dando certezze ad entrambe le parti del rapporto obbligatorio, nonché consente di rendere irrilevante il decorso del tempo in rapporto all'inerzia nell'esercizio del diritto, attraverso le cause di sospensione dettagliate negli artt. 2941 e 2942 c.c.

¹³ Cfr., VITUCCI, *La prescrizione*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da P. Schlesinger, cit., 32.

¹⁴ MONTICELLI, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, cit., 20 e ss.

Infine, la prescrizione, non la *Verwirkung*, al rapporto inerzia – decorso del tempo attribuisce valenza diversa a seconda del diritto di che trattasi, con una tempistica opportunamente differenziata, anche in relazione al *dies a quo*, che tiene conto delle specificità che connotano i vari diritti prescrivibili ed il bilanciamento degli interessi in gioco.

Tale minuziosa regolamentazione, rafforzata dalla previsione d'inderogabilità delle norme sulla prescrizione contenuta nell'art. 2936 c.c., innesta dunque dei rilevanti contrappesi, forse non sempre tenuti in sufficiente considerazione, che non solo marcano una rilevante 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 della *Verwirkung*. Istituto che, si è ricordato in nota, è stato 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, che si connotava per un termine ordinario di prescrizione di ben trenta anni¹⁵.

4. Considerazioni critiche sulla pretesa valenza equitativa della *Verwirkung*

A tali considerazioni critiche su un'applicazione generalizzata dell'istituto in questione se ne possono aggiungere altre di pari rilevanza a confutazione della pretesa funzione equitativa svolta dalla *Verwirkung*.

A tal riguardo, nel premettere che notoriamente nel nostro ordinamento il ricorso all'equità svolge un ruolo assolutamente residuale nella regolamentazione dei rapporti giuridici, è dato comunque dubitare che detto ruolo possa, in via generale, attribuirsi alla *Verwirkung*. Ed infatti, fatta salva ogni più opportuna valutazione in relazione a pochi casi concreti molto peculiari, quali ad esempio quelli rinvenienti 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 e, di conseguenza, si realizzi un pari effetto premiale per il debitore inadempiente. Senza trascurare che ciò, per di più, avverrebbe 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 azio-

¹⁵ Si è osservato – NANNA, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum Rivista di diritto dei contratti*, fasc. n. 2, 2022, 199 – che attraverso la *Verwirkung* si 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».

nata 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, draconianamente 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 che trattasi rappresenti e sia qualificabile come un esercizio abusivo del diritto, contrario a buona fede, che addirittura ne determina 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.

5. I parametri incerti dell'operare della *Verwirkung* e il discutibile ricorso alla clausola di buona fede

La *Verwirkung* è foriera anche d'inaccettabili incertezze determinando la consumazione del diritto conseguente all'inattività del titolare in ragione di fattori valutativi scollegati da qualsiasi dato oggettivo o parametro certo.

Ed infatti, 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 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?¹⁶.

Ancora, spontanea sorge l'ulteriore domanda se l'eventuale successivo atto interruttivo, cd. 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, o 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”¹⁷. 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, consente alla *Verwirkung* di determinare “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”¹⁸, 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 del creditore che, dopo aver tollerato per un periodo significativo l'altrui ritardo nell'adempimento 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 fat-

¹⁶ Sul punto efficacemente cfr., anche, le note critiche di ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 1181 e di D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del credito*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, 1169.

¹⁷ PATTI, *Verwirkung*, cit., 729.

¹⁸ PATTI, *op. e loc. ult. cit.*

tispecie il conduttore/debitore, non può spingersi a negare l'altrui diritto¹⁹ 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 debitore²⁰.

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”²¹.

¹⁹ Il concetto è, condivisibilmente, ribadito nell'ordinanza in commento, ma cfr., anche, Cass. 28 gennaio 2020, n. 1888, in *Giust. civ. mass.*, 2020 e Cass., 15 ottobre 2013, n. 23382, in *Giust. civ. mass.*, 2013.

²⁰ 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 e, 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 sostenere 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, rappresentando, nel contempo, uno strumento indiretto per costringere il debitore all'adempimento, l'inerzia del creditore vada valutata alla stregua non solo della II^a 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.

²¹ 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.

6. Conclusioni

In definitiva, l'ammettere che nel nostro ordinamento possa trovare uno spazio applicativo generalizzato l'istituto della *Verwirkung* non appare fondato su solide basi normative²² giacché, come pure si evidenzia nell'ordinanza in commento, si pretende di assegnare alla clausola generale di buona fede un ruolo improprio ed una funzione che non le competono. Tendenza spesso abusata, che, come si è detto²³, si traduce in una sorta di magica porta di Ishtar – prendendo così a prestito l'efficace espressione usata ad altro proposito in un recente arresto della Cassazione²⁴ – 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, con riferimento alla fattispecie in oggetto, 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 credito²⁵ o ad una remissione tacita del debito – ma in tali casi è indispensabile, come sottolinea la Cassazione nella ordinanza in commento, che la volontà abdicativa risulti da una serie di circostanze concludenti e non equivoche²⁶, 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.

ABSTRACT

La terza sezione della Cassazione con l'ordinanza del 14 marzo 2024, n. 11219, in contrapposizione con il precedente arresto della medesima sezione del 2021, ritorna a pronunciarsi sull'istituto della *Verwirkung* escludendo che ad esso possa darsi ingresso in via generale nel nostro ordinamento e ponendo in evidenza le limitatissime ipotesi in cui il semplice ritardo del creditore nell'esercizio del diritto possa dar luogo ad una

²² In tal senso, di recente, anche le considerazioni espresse da SIRENA, *Sul libro VI: della tutela dei diritti*, in *Del permanente e del transeunte. Per gli ottant'anni del Codice civile* a cura di MAGGIOLIO e MIELE, Torino, 2024, 163.

²³ MONTICELLI, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, cit., 22.

²⁴ Cass, Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Foro it.*, 2023, 4, I, 1070.

²⁵ 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.

²⁶ In proposito condivisibilmente evidenzia CALONI, *Risoluzione per inadempimento e comportamento concludente*, cit., 110, che la principale differenza tra la *Verwirkung* e la rinuncia tacita “risiede nel carattere negoziale di questa e in quello non negoziale della prima, tal per cui la *Verwirkung* produce l'effetto preclusivo-estintivo a prescindere o contro la volontà del titolare del diritto”.

violazione della regola di buona fede nell'esecuzione del contratto e che da tale comportamento inattivo possa dedursi una volontà implicita di rinuncia al diritto.

*The third section of the Cassation with the ordinance of 14 March 2024, n. 11219, in contrast with the previous arrest of the same section in 2021, returns to rule on the institution of *Verwirkung*, excluding that it can be generally included in our system and highlighting the very limited hypotheses in which the simple delay of the creditor in the exercise of the right may give rise to a violation of the rule of good faith in the execution of the contract and that an implicit desire to renounce the right may be deduced from such inactive behavior.*