

## ESTINZIONE DEL CREDITO TRA DOTTRINA DELLA *VERWIRKUNG* E PERDITA DEL DIRITTO COME “PENA PRIVATA”

Note a margine del recente *revirement* di Cass., (ord.), 26.04.2024, n. 11219

| 365

Di Francesco Longobucco

**SOMMARIO:** 1. Il recente *revirement* di Cass., (ord.), n. 11219/2024. - 2. Il problema della perdita del diritto e il suo controverso inquadramento: la c.d. *Verwirkung* quale atto volontario di rinuncia tacita (*renonciation tacite*). - 3. La tesi della “tolleranza qualificata” secondo buona fede oggettiva. - 4. La posizione della giurisprudenza italiana: dall’iniziale chiusura consolidata, al cambio di rotta del 2021, al recente *revirement* del 2024. Cenni comparatistici: la dottrina del *retrato desleal* e le sue applicazioni nella giurisprudenza spagnola. - 5. Le tesi tradizionali della rinuncia e dell’affidamento secondo buona fede: profili di comunanza. Obiettivi metodologici posti a base della successiva analisi: per una ricostruzione alternativa della *Verwirkung* quale la perdita del diritto come “pena privata”. - 6. La fonte legale del fenomeno: le fattispecie codicistiche di perdita del diritto a “funzione sanzionatoria” (l’ipotesi paradigmatica dell’eccesso di usufrutto). - 7. La fonte volontaria: il patto estintivo delle posizioni giuridiche soggettive. Una conferma a contrario: la c.d. clausola di tolleranza. Profili del controllo di liceità e di meritevolezza della “clausola sanzionatoria” con effetti estintivi del diritto in titolarità. Segue: eterogeneità rispetto al fenomeno della prescrizione e della decadenza propria (legata ad un parametro temporale). Il richiamo alle clausole di c.d. decadenza impropria con funzione “punitiva”. - 8. La perdita del diritto per il caso di eccesso di potere a confronto con l’abuso del diritto *contra fidem bonam*, con l’inadempimento risolutorio, con la clausola risolutiva espressa, e con l’illecito aquiliano. Differenze tra la “pena privata estintiva” e la c.d. *exceptio doli generalis*. - 9. La possibile utilità della tipizzazione sul piano dello *strictum ius* e la riconduzione della perdita del diritto nel novero del “giusto rimedio civile”.

**ABSTRACT.** Traendo spunto da un recente *revirement* della Corte di Cassazione, il contributo esamina, anche in chiave comparatistica, le elaborazioni tradizionali poste a fondamento della dottrina tedesca della c.d. *Verwirkung*. In questo contesto, la vicenda estintiva del diritto di credito muove tra atto volontario di rinuncia tacita (*renonciation tacite*) ed atto di “tolleranza qualificata” diretto ad ingenerare un affidamento secondo buona fede oggettiva. Di qui l’analisi si prefigge, al fine di evitare “la fuga verso le clausole generali”, di offrire una ricostruzione alternativa al problema della estinzione del credito, abbandonando lo stampo della buona fede oggettiva per ritagliare, invece, un autonomo *ubi consistam* al fenomeno della perdita del diritto intesa come “giusto rimedio civile” preordinato a “sanzionare” quelle condotte che - per legge o per volontà delle parti - integrino esclusivamente ipotesi di eccesso di potere, come tali quindi da tenere distinte dal terreno limitrofo (ma differente) dell’abuso del diritto *contra fidem bonam*, dell’inadempimento risolutorio e della clausola risolutiva espressa, dell’illecito aquiliano, della prescrizione e della decadenza propria (legate ad un parametro temporale).



*Starting from a recent revirement of the Court of Cassation, the issue examines, also from a comparative point of view, the traditional developments related to the German doctrine of the Verwirkung. In this context, the extinction of the right of credit moves between a voluntary act of tacit waiver (tacit renunciation) and an act of “qualified tolerance” aimed at generating an expectation according to objective good faith. Hence the analysis aims to offer an alternative reconstruction to the problem of the extinction of the credit in order to avoid the excessive use of the general clauses by abandoning the mold of the objective good faith and trying to configure the loss of the right as a suitable civil remedy aimed to sanction those conducts which exclusively integrate - by law or by the will of the parties - hypotheses of excess of power, as such, therefore, to be kept distinct from the neighbouring (but different) field of the abuse of law (contra fidem bonam), of the termination for breach or the express termination clause, of the civil tort, of the prescription and decay (both related to a time parameter).*

## 1. Il recente revirement di Cass., (ord.), n. 11219/2024.

La Suprema Corte, con un'ordinanza emessa nel mese di aprile 2024 [Cass., (ord.), 26.04.2024, n. 11219], è ritornata ad esaminare la portata dell'istituto della *Verwirkung* nell'ordinamento italiano, confermando il proprio il costante orientamento improntato alla cautela nel trapianto *sic et simpliciter* di un istituto - quello appunto della *Verwirkung* - fondamentale estraneo al nostro sistema codicistico. Per tale via il Supremo Consesso ha peraltro ribaltato il discusso approdo del 2021 - di cui si offrirà maggiore contezza nel prosieguo dell'analisi - che aveva invece legittimato pienamente l'operatività della *Verwirkung* alla stregua della teorica dell'abuso del diritto.

Con il suo recente *revirement*, infatti, la Corte di Cassazione ha statuito che, nelle locazioni commerciali, l'aver richiesto tutto in una volta, dopo oltre quattro anni di inerzia, il pagamento dei canoni di locazione arretrati (ben 52 mesi) non integra una condotta di abuso di diritto né, dunque, un'ipotesi di violazione della buona fede oggettiva. Invero, la Terza Sezione Civile, nel respingere il ricorso, ricorda il suo precedente del 2021 (Cass. 14.06.2021, n. 16743), di opposto tenore, e citato dal ricorrente a sostegno del proprio motivo, nel quale si era giunti alla conclusione che, in tema di locazione 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”*.

Di là dal fatto che, nel caso esaminato nel 2024, l'inerzia del creditore è apparsa giustificata in ragione *“di un pignoramento immobiliare che limitava la legittimazione ad agire della proprietaria [e che] certamente non poteva ingenerare nel conduttore alcun affidamento sull'eventuale remissione del debito per canoni scaduti”*, la Suprema Corte ha modo di rimarcare i limiti di *“un'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, di cui il codice civile tedesco tradizionalmente fa applicazione, in particolare, in materia di perdita del “praemium inventionis” (§ 971), della provvigione del mediatore (§654) e del diritto al pagamento della clausola penale (§339)”*. E ciò sull'assunto che *“la volontà tacita di rinunciare ad un diritto si può desumere soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli la sua univoca volontà di non avvalersi del diritto stesso, laddove l'inerzia o il ritardo nell'esercizio del diritto non costituiscono elementi sufficienti, di per sé, a dedurne la volontà di rinuncia, potendo essere frutto di ignoranza, di temporaneo impedimento o di altra causa, e spiegano rilevanza soltanto ai fini della prescrizione estintiva”*. Ne è, in definitiva, 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 un'inequivoca rinuncia tacita o di una modifica della disciplina contrattuale”.*

| 368

## **2. Il problema della perdita del diritto e il suo controverso inquadramento: la c.d. *Verwirkung* quale atto volontario di rinuncia tacita (renonciation tacite).**

Il suddescritto *revirement* torna ad imporsi sulla scena (questa volta condivisibilmente rispetto al richiamato precedente del 2021), giacché consente di guardare con maggiore rigore alla teorica della *Verwirkung* e dunque all'atto dismissivo del diritto di credito nonché ai c.d. “effetti estintivi” della buona fede, non soltanto sulla scorta di un'analisi inevitabilmente casistica, ma altresì facendo leva sulle peculiarità del nostro ordinamento giuridico in tema di efficacia estintiva degli atti.

Il legislatore italiano riconduce, infatti, l'effetto estintivo della situazione giuridica, ovvero del complesso rapporto giuridico, principalmente alla volontà delle parti (si pensi ai casi di maggiore rilievo del recesso, del mutuo dissenso, della risoluzione unilaterale, della rinuncia unilaterale). Vi è poi la precisa disposizione di legge: la vicenda relativa all'inadempimento e ai suoi rimedi, le ipotesi di estinzione dell'obbligazione diverse dall'adempimento, in presenza delle quali talora è la volontà delle parti, talaltra il fatto oggettivo (art. 1256 c.c.) a legittimare lo scioglimento del vincolo.

Vi è infine il caso della prescrizione e della decadenza in senso proprio, quali vicende estintive incentrate sul decorso di un termine.

In questo quadro composito si legittima una domanda: se cioè esista una “zona grigia” nella quale ubicare l'effetto estintivo delle situazioni giuridiche soggettive di là dai casi della rinuncia espressa al diritto e della prescrizione. L'interrogativo genera ansie e timori per l'interprete moderno: il timore, segnatamente, della più totale imprevedibilità e dell'incertezza dalla quale sarebbe travolto l'ordinamento ove si ammettesse in via indiscriminata l'estinzione del diritto. Forzare eccessivamente le maglie della vicenda estintiva significherebbe infatti consentire la perdita del diritto nei casi più imprevedibili anche ove difetti l'esercizio della volontà delle parti in senso propriamente dismissivo, ovvero il compimento di un termine certo di prescrizione<sup>1</sup>.

La questione così inquadrata richiama subito sul piano di indagine il problema attenzionato dalla sentenza in commento, ossia quello correlato alle declinazioni della buona fede oggettiva in chiave valutativa e, nella specie,

<sup>1</sup> V. le riflessioni di F. FESTI, *Il divieto di “venire contro il fatto proprio”*, Milano, 2007, 140 s., 142, spec. 243, per l'osservazione che «riconnettere la perdita del diritto al suo mancato esercizio per un periodo non predeterminato significherebbe introdurre una sorta di “prescrizione pretoria” con il termine rimesso all'arbitrio del giudice e senza alcuna possibilità di controllo».

alla figura dell'estinzione del diritto per ritardo sleale nel suo esercizio<sup>2</sup>, secondo appunto la teorica della *Verwirkung* ampiamente applicata dai giudici tedeschi nelle loro decisioni: ancor prima del decorso del termine di prescrizione, se si ritarda ad esercitare un diritto, ingenerando nella controparte la ragionevole convinzione che non verrà più esercitato, si può perdere il diritto stesso in forza dell'applicazione giurisprudenziale della clausola di buona fede<sup>3</sup>.

L'istituto della *Verwirkung* ha avuto fortuna anche in altri ordinamenti, precisamente nell'ordinamento spagnolo, ove è stata elaborata la teoria del c.d. *retraso desleal*<sup>4</sup>, come pure negli ordinamenti anglosassoni, con il riferimento al c.d. *estoppel (by representation ovvero by acquiescence)*<sup>5</sup>: tali elaborazioni pongono in luce - ancora una volta - una particolare fisionomia

<sup>2</sup> Gli studi monografici sul tema sono riferibili, sia pure con due approcci differenti, a F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung. Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971, 1 ss. (con successive riprese in ID., *Verwirkung et renonciation tacite. Quelques remarques de droit comparé*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian*, I, Librairies techniques, Paris, 1974, 427 ss.; ID., *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 311 ss., e, più recentemente, in ID., *Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law*, in *Rev. int. droit comp.*, 1998, 1055 ss.); nonché a S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 5 ss. (con successive riprese in ID., *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 1 ss.; ID., *Verwirkung*, *ivi*, XIX, 1999, 722).

<sup>3</sup> La letteratura tedesca in argomento è pure essa alquanto vasta. Si può dar conto in questa sede della principale riflessione che si deve a W. SIEBERT, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (226, 242, 826 BGB.), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (1 UWG.)*, Marburg: Elwert, 1934, *passim* (su cui, di recente, L. DI NELLA, *Lineamenti della dottrina dell'inammissibilità dell'esercizio del diritto nell'ordinamento tedesco sulla base del diritto comparato*, trad. it. di Addante, a cura di Di Nella, del *Zweiter Abschnitt* di W. Siebert, *Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung*, cit., 83-106, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 274 ss.). L'istituto della *Verwirkung* ha trovato penetrazione anche nella giurisprudenza e dottrina svizzere (v., per tutti, H. MERZ, *Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung*, in *Zeit. für schweizerisches Recht*, 1961, 360 s.). Nel panorama italiano v., oltre agli autori citati nella nota precedente e tra gli altri, V. TEDESCHI, *Decadenza*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, 778, e anche nota 47, il quale inserisce la *Verwirkung*, basata sull'inammissibilità del *venire contra factum proprium*, in una posizione intermedia tra la decadenza in senso proprio (incentrata sulla combinazione tra non-attività e momento temporale) e la c.d. acquiescenza (istituto il cui effetto giuridico estintivo si riporta ad un vero e proprio comportamento del soggetto, attraverso lo schema del negozio giuridico, ovvero, quanto meno, dell'atto giuridico in senso stretto, su cui v., *amplius*, ID., *L'acquiescenza del creditore alla prestazione inesatta*, in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, II, Milano, 1960, 1580 ss.).

<sup>4</sup> V., da ultimo, M.N. TUR FAÚNDEZ, *Prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Cizuz Menor, Navarra, 2011, *passim*; F. DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, *Buona fede e decorso del tempo nell'esercizio dei diritti soggettivi: la figura del «retraso desleal» nella giurisprudenza spagnola*, in F. RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazioni e fonti del diritto*, Milano, 2018, 563 ss.; A. PEREA GONZÁLEZ, *Verwirkung o el retraso desleal, el valor de la confianza*, in *Diario La Ley*, n. 9211, 6 giugno 2018. In giurisprudenza, sui **presupposti del retraso desleal**, **cfr.**, tra le molte pronunce, Trib. Supremo, 2 marzo 2017, n. 148, in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es); Trib. Supremo, 24.04.2019, n. 243, in *Aranzadi*.

<sup>5</sup> Compendiato nella massima elaborata da un giudice inglese nel 1862: “a man shall not be allowed to blow hot and cold to affirm at one time and deny at another making a claim on those to whom he has deluded to their disadvantage and founding that claim on the very matters of the delusion” (tratta da [www.duhaime.org/legal/dictionary](http://www.duhaime.org/legal/dictionary)).



estintiva della clausola di buona fede e di correttezza nei comportamenti dei privati.

L’approccio attraverso cui la dottrina italiana ha studiato il tema della *Verwirkung* - al fine di verificarne l’importabilità anche nel nostro ordinamento, così valorizzando le potenzialità applicative della buona fede oggettiva - è però illuminante della sensibilità di non abbandonare le più sicure categorie sulle quali poggia il nostro sistema: segnatamente quella della rinuncia al diritto. La dottrina ha infatti finito per relegare il fenomeno della *Verwirkung* nell’ambito della  *fictio*  della rinuncia tacita<sup>6</sup>, così restituendo una matrice volontaristica alla vicenda estintiva<sup>7</sup>.

L’analisi di Filippo Ranieri - che richiama i primi casi in presenza dei quali l’idea di una preclusione per ritardo sleale nell’esercizio di un diritto comincia a farsi luce nella giurisprudenza tedesca (nell’ambito propriamente valutario del diritto delle obbligazioni, e poi nel contesto del diritto del lavoro, e del diritto sui marchi e sui beni giuridici immateriali<sup>8</sup>) - pone infatti in evidenza come, nella prassi dei diritti latini, si rinvengano evidenti parallelismi funzionali con la dottrina tedesca della *Verwirkung*<sup>9</sup>. L’opinione in esame, attraverso la rassegna della giurisprudenza francese e italiana, sottolinea come i giudici degli ordinamenti latini, pur mantenendosi astrattamente fedeli al principio per cui la rinuncia dev’essere sempre un atto volontario e per cui le rinunce non si presumono, applicano talvolta, in realtà, l’idea della dismissione tacita (o di acquiescenza) del diritto da parte del titolare, mossi dalla reale esigenza di tutelare quell’aspettativa o quell’affidamento in un abbandono del diritto, che il contegno positivo o omissivo del titolare potrebbe aver ingenerato nella controparte: in sostanza, si tratterebbe, di là delle formule definitorie utilizzate, della medesima *ratio decidendi*, alla quale concretamente si ispira la giurisprudenza tedesca quando parla di *Verwirkung*<sup>10</sup>.

Pertanto, la rinuncia tacita costituirebbe soltanto una mera  *fictio*  per tutelare, alla luce del paradigma della buona fede oggettiva, uno stato di affidamento nell’abbandono di un diritto che il suo titolare abbia suscitato col proprio atteggiamento<sup>11</sup>. Parallelamente il collegamento della *Verwirkung*, assunta come mero effetto legale relativo ad un comportamento sleale<sup>12</sup>, che la giurisprudenza tedesca tende a realizzare con l’area di operatività della

<sup>6</sup> È l’idea sulla quale si incentra l’analisi di F. RANIERI, *Rinuncia tacita*, cit., *passim*, spec. 78 ss. Nell’ordinamento spagnolo è emersa altresì l’opinione che possa trattarsi di *novación extintiva di natura negoziale*: cfr. Trib. Supremo, 13 settembre 2016, n. 530.

<sup>7</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 126 s.

<sup>8</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 14 ss., 31 ss. (i *leading cases* RG 5 luglio 1923 e RG 27 gennaio 1925 sono riportati a p. 17) e, per l’analisi della giurisprudenza svizzera, v. p. 36 ss.

<sup>9</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 72 ss.

<sup>10</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 106; ID., *Eccezione di dolo generale*, cit., 327, 329, spec. nota 100.

<sup>11</sup> In ciò ritorna la rilevanza del paradigma della buona fede oggettiva. V, in particolare, F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 327; ID., *Rinuncia tacita*, cit., 122.

<sup>12</sup> V., nel senso di ridimensionare il ruolo dell’autonomia privata, W. FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hunder Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift für den deutschen Juristentag*, Karlsruhe: C.F. Müller, 1960, I, 135 ss.; ID., *Das Rechtsgeschäft und das rechtlich relevante Verhalten*, in *Arch. Für civ. Praxis*, 1962, spec. 71 ss. (richiamato sul punto da F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 29, nota 23).



buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto, mostrerebbe più di un addentellato con l'atto di rinuncia del privato<sup>13</sup>: prova ne sia che i giudici tedeschi non hanno mai ammesso un caso di preclusione all'esercizio del diritto in assenza dei requisiti necessari per configurare una rinuncia tacita (si pensi alle ipotesi di pretesa irrinunciabile o di titolarità del diritto in capo all'incapace), ovvero un atto giuridico del titolare del diritto<sup>14</sup>.

Una valutazione realistica del diritto applicato in Francia, ed in certa misura anche in Italia, consente, nell'indagine di Filippo Ranieri, di concludere dunque che l'idea del divieto di un *venire contra factum proprium*, almeno come *ratio decidendi* implicita di molte sentenze, non è affatto ignota agli interpreti latini (italiani e spagnoli)<sup>15</sup>.

### 3. La tesi della “tolleranza qualificata” secondo buona fede oggettiva.

Non sono mancati, invero, i tentativi di sganciare l'istituto della *Verwirkung* dal profilo volontaristico della rinuncia (presunta) al diritto, muovendo da una valutazione *ex fide bona*, in chiave esclusivamente oggettiva, del comportamento adottato dal titolare del diritto, e ciò anche sulla scorta della stessa dottrina tedesca<sup>16</sup>: si tratterebbe di dare risalto ad un atto di c.d. “*tolleranza qualificata*” (*Duldung*), in quanto presieduto dall'affidamento ingenerato da siffatto atto nella controparte del rapporto. Da questa angolatura di analisi, l'opinione in questione - che si compendia nello studio (*tout court* recettivo del pensiero tedesco) condotto da Salvatore Patti - considera l'istituto della *Verwirkung* non come «un'eccezione del principio secondo cui l'inerzia del titolare del diritto può determinare la perdita del diritto soltanto per prescrizione o decadenza, poiché nel caso in esame non è sufficiente una mera inattività ma occorre un certo atteggiamento del titolare del diritto che assume una precisa rilevanza alla luce delle circostanze»<sup>17</sup>.

Tanto viene affermato sulla base del presupposto che il mancato esercizio del diritto di fronte all'altrui intromissione nel godimento di un diritto reale o assoluto, oppure all'inesatto adempimento di un'obbligazione, può configurare, ricorrendo la conoscenza del titolare del diritto, un c.d. atteggiamento di tolleranza<sup>18</sup>.

Ne è per Salvatore Patti che, sebbene l'esigenza di prendere in considerazione il contrasto di interessi determinato dalla tolleranza sia stata avvertita dalla giurisprudenza italiana seguendo un indirizzo non convincente perché proteso a ricorrere a finzioni di dichiarazioni di volontà piuttosto che applicare il principio di buona fede<sup>19</sup>, in realtà, dovrebbe escludersi ogni rapporto

<sup>13</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 122.

<sup>14</sup> F. RANIERI, *op. ult. cit.*, 46 ss.

<sup>15</sup> F. RANIERI, *Eccezione di dolo*, cit., 327.

<sup>16</sup> V., in particolare, V.E. RIEZLER, *Venire contra factum proprium: studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1912, 146.

<sup>17</sup> S. PATTI, *Verwirkung*, cit., 724.

<sup>18</sup> Lo osserva PATTI, *Esercizio del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 660.

<sup>19</sup> PATTI, *op. loc. ult. cit.*

tra la *Verwirkung* tedesca ed il negozio di rinuncia tacita (e, dunque, ogni conseguente riferimento della tolleranza a presunzioni *iuris et de iure* di rinuncia)<sup>20</sup>.

In definitiva, ad imporsi è il rifiuto dello strumento della rinuncia tacita e viceversa la valorizzazione dell'imputazione di effetti giuridici, sulla base del solo principio di buona fede oggettiva, ad atteggiamenti che hanno determinato nell'altro un preciso affidamento. L'istituto della *Verwirkung* tedesca sarebbe dunque intimamente connesso con le epifanie applicative della tolleranza, dovendosi prescindere da ogni valutazione della possibilità dell'esistenza di un atto di rinuncia, ma esclusivamente fare leva sulla realizzazione di un comportamento del titolare nel quadro delle circostanze del caso concreto.

Il fine dell'indagine giudiziale è dunque quello precipuo di accertare un affidamento nella controparte giustificato dal precedente comportamento del titolare del diritto, trattandosi di un giudizio di tipo meramente obiettivo avulso dalla volontà (espressa o tacita) dell'avente diritto<sup>21</sup>: ciò dimostrerebbe, dunque, la natura non negoziale, ossia produttiva di effetti *ex lege* della *Verwirkung*. Anche quando, peraltro, i giudici tedeschi attribuiscono rilievo al ritardo sleale (c.d. *illoyale Verspätung*), lo fanno unicamente ove lo stesso abbia ingenerato un affidamento tutelabile nell'altra parte e non perché trattasi di ritardo nell'esercizio del diritto voluto dal titolare al fine di ricavarne un vantaggio maggiore<sup>22</sup>.

Effetto di tale accertamento di un affidamento ingenerato dall'altrui tolleranza è che la *Verwirkung* può determinare sia l'estinzione (essendo parificata soltanto sul piano degli effetti alla prescrizione, ma differendone per natura e funzione<sup>23</sup>), sia la semplice limitazione del diritto (sulla base del criterio della imprevedibilità: c.d. *Unzumtbarkeit*)<sup>24</sup>.

#### 4. La posizione della giurisprudenza italiana: dall'inziale chiusura consolidata, al cambio di rotta del 2021, al recente revirement del 2024. Cenni comparatistici: la dottrina del retraso desleal e le sue applicazioni nella giurisprudenza spagnola.

Dinanzi alle teoriche come sopra delineate, una facente leva sull'atto di rinuncia e l'altra sull'applicazione “*in chiave estintiva*” della buona fede, la

<sup>20</sup> È noto, d'altronde, che la stessa rinuncia tacita incontra nell'ordinamento tedesco due ostacoli insuperabili: l'uno costituito dal fatto che la rinuncia unilaterale non è idonea a determinare la dismissione di un diritto, occorrendo all'uopo un contratto ai sensi del § 397 *BGB*; l'altro rinvenibile nel § 119 *BGB* che consente di impugnare un negozio per errore ostativo indipendentemente dalla sua conoscibilità da parte dei terzi e che, pertanto, ove invocato dal titolare del diritto per contestare il significato concludente della sua inerzia, potrebbe paralizzare l'applicabilità della *Verwirkung*.

<sup>21</sup> S. PATTI, *Profili della tolleranza*, cit., spec. 120 ss.

<sup>22</sup> V., sul punto, S. PATTI, *op. ult. cit.*, 115 ss.

<sup>23</sup> PATTI, *op. ult. cit.*, 109, ed *ivi* nota 17, con riguardo al rifiuto nella dottrina tedesca di assimilare la *Verwirkung* ad una sorta di prescrizione abbreviata. Ammonisce di non voler parlare altresì di «prescrizione di fatto», anche, F. RANIERI, *Rinuncia tacita*, cit., 126.

<sup>24</sup> S. PATTI, *op. ult. cit.*, 119.



giurisprudenza italiana ha assunto un orientamento ondivago nel tempo, che conviene qui in sintesi ricostruire.

Fino a poco tempo fa, infatti, la Corte di Cassazione italiana si è mostrata restia ad accogliere l'istituto della *Verwirkung* tedesca: è emblematica, a tale riguardo, una nota pronuncia, secondo la quale “*il ritardo nell'esercizio del diritto, anche se imputabile al titolare e tale da ingenerare nel debitore il ragionevole affidamento che il diritto non verrà più esercitato, non può condurre al rigetto dell'azione di esercizio del diritto stesso salvo che vi sia stata un'inequivoca rinuncia e salvo naturalmente che sia decorso il termine di prescrizione*”<sup>25</sup>.

Siamo nel 2004, vertendosi in un caso di inadempimento di un contratto di finanziamento per acquisto di autoveicoli, in relazione al quale la Corte di Cassazione - giudicando che il ritardo di due anni nella richiesta di restituzione di una somma non dovuta (entro i termini della prescrizione) non potesse costituire abuso del diritto rilevabile d'ufficio - ha ribadito che 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; ciò sull'assunto che il semplice ritardo di una parte nell'esercizio di un diritto (nel caso di specie, diritto di agire per far valere l'inadempimento della controparte) può dare luogo ad una violazione del principio di buona fede oggettiva 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<sup>26</sup>.

Nella giurisprudenza di merito si è altresì rimarcato nel tempo che, non esistendo nel nostro ordinamento il principio della *Verwirkung* (o ritardo sleale nell'esercizio del diritto), la lavoratrice madre, la quale abbia proposto ricorso avverso il provvedimento di cancellazione dagli elenchi delle braccianti agricole, non ha l'onere di informare l'Inps di detto ricorso<sup>27</sup>. Sul piano degli argomenti, si esclude, anche in altre pronunce relative a casi differenti, la possibilità di desumere dal ritardo una rinuncia tacita all'esercizio della situazione in titolarità, ribadendosi che l'inerzia o il ritardo nell'esercizio di un diritto non possono, di per sé soli, reputarsi sufficienti a dedurre una volontà abdicativa<sup>28</sup>. E si osserva, del pari, che l'art. 2934 c.c.,

<sup>25</sup> In tali termini, Cass., 15.03.2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1397; in *Riv. dir. civ.*, II, 2004, (s.m.), 603 ss., con commento di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede* (osservazioni riprese da ID., *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006, *passim*); in *Giust. civ.*, 2005, I, 2179 ss., con nota di L. RACHELI, *Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione*.

<sup>26</sup> Cfr. Cass., 15.03.2004, n. 5240; in senso conforme, già, Cass., 9.08.1997, n. 7450, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Opere pubbliche*, n. 504.

<sup>27</sup> In tali termini, Trib. Vallo della Lucania, 2.03.1990, in *Nuovo dir.*, 1990, 769 ss.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. 20.01.1994, n. 466, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Contratto in genere*, n. 481; Cass., 27.06.1991, n. 7215, *ivi*, 1991, *Obbligazioni in genere*, n. 37; Cass., 15.12.1981, n. 6635, *ivi*, 1981, *Contratto in genere*, n. 281. In tema di clausola risolutiva espressa, si è in particolare precisato che la tolleranza della parte creditrice, la quale si può estrinsecare tanto in un comportamento negativo, quanto in uno positivo, non determina l'eliminazione della clau-

nell’affermare che ogni diritto si estingue per il non uso da parte del titolare, sottopone tale effetto ad un parametro temporale che opera indipendentemente dalla buona fede di quest’ultimo<sup>29</sup>.

Ne è, in definitiva, che il ritardo nell’esercizio della situazione giuridica assume rilevanza soltanto dinanzi ad un termine certo di prescrizione, ovvero ad un atto negoziale di rinuncia in senso proprio. Alla base di tale posizione di tendenziale chiusura vi è il ragionevole e sentito timore dei rischi connessi al trapianto *sic et simpliciter* di un istituto fondamentalmente estraneo al nostro codice civile<sup>30</sup>, nonché di un impiego non controllato della buona fede oggettiva e, dunque, di una fuga verso le clausole generali (*Flucht in die Generalklauseln*), come pure di un’imprevedibilità assoluta nella cessazione della situazione giuridica: siffatti timori, invero, non appaiono neppure estranei a taluna dottrina tedesca protesa a respingere il paradigma della *Verwirkung* già consolidatosi, come osservato, attraverso l’interpretazione della clausola di buona fede e il ricorso alla categoria dell’abuso del diritto<sup>31</sup>.

Senonché, a mezzo di una discussa pronuncia alla quale si accennava in apertura, la Corte di legittimità, nel 2021, ha mutato radicalmente orientamento (sebbene la relazione scritta depositata dalla Procura generale propendesse per la tesi contraria), di fatto legittimando l’ingresso nel nostro ordinamento dell’istituto della *Verwirkung* che viene ad essere totalmente assorbita nella nota (ma differente) teorica dell’abuso del diritto<sup>32</sup>. Il caso è

---

sola per modificazione della disciplina contrattuale, né è sufficiente ad integrare una tacita rinuncia ad avvalersene, ove la parte creditrice contestualmente o successivamente all’atto di tolleranza manifesti l’intenzione di avvalersi della clausola in caso di ulteriore protrazione dell’inadempimento (Cass., 31.10.2013, n. 24564, *ivi*, 2013, voce ult. cit., nn. 481 e 482).

<sup>29</sup> Cass., 26.05.1999, n. 5099, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2000, 399.

<sup>30</sup> Se ne è ravvisata, invero, una circoscritta applicazione nell’art. 48 r.d. 21 giugno 1942, n. 929, in tema di marchi d’impresa, nella misura in cui risulta preclusa l’impugnativa del brevetto quando il marchio sia stato pubblicamente usato in buona fede per cinque anni senza contestazioni. Per F. RANIERI, *Rinuncia tacita*, cit., 118, «tale norma contempera soddisfacentemente la tutela dell’affidamento altrui con l’esigenza della certezza del diritto ed elimina le difficoltà di prova e di valutazione cui in genere vanno incontro le applicazioni giurisprudenziali della dottrina della *Verwirkung*». V. già, nello stesso senso, E. BONASI BENUCCI, *Tutela della forma nel diritto industriale*, Milano, 1963, 57 ss.; M. ROTONDI, *La mancata difesa del marchio e l’art. 48 R.D. 21 giugno 1942 n. 929*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 74 ss.

<sup>31</sup> Occorre ricordare, nel senso di mettere in guardia da un uso equitativo della buona fede oggettiva in giurisprudenza, almeno J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1933, *passim*; W. FLUME, *Richter und Recht*, München-Berlin: C.H. Beck, 1967, *passim*. Sebbene in via minoritaria v., altresì, L. WOLF, *Allgemeiner Teil des BGB*, 2ª ed., Köln-Berlin 1976, p. 89, che rifiuta, in particolare, l’istituto della *Verwirkung* perchè ritenuto contrastante con la disciplina legale della prescrizione.

<sup>32</sup> Cfr. Cass., 14.06.2021, n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1043 ss., con commenti di G. D’AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, 1164; F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell’esercizio tardivo del diritto di credito*, 1171 ss.; M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, 1179 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, 1186, il quale, a p. 1132, discorre di «una sorta di esuberanza argomentativa» della pronuncia; in *Eur. dir. priv.*, 2022, 1, 203, con commento di F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell’esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*; in *Resp. civ. prev.*, 2022, 286, con commenti

quello di una locazione ad uso abitativo, con riguardo alla quale il creditore-locatore, dopo aver manifestato assoluta inerzia per un periodo di tempo assai considerevole se rapportato alla durata del contratto, formulava un'improvvisa richiesta al conduttore di integrale pagamento del canone dovutogli. Il giudice di Cassazione qualifica tale condotta come ipotesi di abuso del diritto, richiamando la portata applicativa della buona fede oggettiva ex artt. 1175 e 1375 c.c. in associazione al dovere di *neminem laedere* che impegna ciascuna delle parti a preservare l'interesse dell'altra nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio. Quanto all'istituto della *Verwirkung*, nella motivazione della pronuncia, trova ingresso sia l'argomento della remissione (rinuncia) *per facta concludentia* sia quello del ragionevole ed apprezzabile affidamento del debitore sulla condotta inattiva del creditore. In ultima analisi, la Suprema Corte si spinge oltre il campo delle sanzioni processuali (si pensi al divieto di frazionamento delle domande creditorie), assumendo, invece, che i comportamenti abusivi possano addirittura incidere sulla stessa esistenza, in termini di esigibilità, dei diritti di natura sostanziale, sebbene gli stessi essi non siano né prescritti né attinti da decadenza legale (c.d. propria).

Rispetto a tale isolata pronuncia la Suprema Corte, con la sentenza in commento, nel mese di aprile 2024, ha però nuovamente abbracciato l'orientamento già in passato consolidato ispirato ad una tendenziale chiusura verso l'applicazione dell'istituto della *Verwirkung* e dunque verso un "uso estintivo" della clausola di buona fede. E ciò sull'assunto, già dietro ricordato<sup>33</sup>, 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".

Giova rilevare, peraltro, che, anche in altri ordinamenti, l'atteggiamento giurisprudenziale appare improntato alla medesima cautela. Si pensi al caso significativo della Spagna, ove emerge che, al pari della *Verwirkung* tedesca, la teorica del *retraso desleal* si fonda essenzialmente sul ragionevole affidamento (*confianza*) che il diritto del creditore non sarà più esercitato sulla scorta di un comportamento imputabile al titolare del diritto (*acto proprio*); viceversa, nessun rilievo assume, nella dottrina del *retraso desleal*, né l'elemento volontaristico della rinuncia, poiché, in presenza di una dichiarazione (espressa o tacita) del titolare del diritto, tale dichiarazione di volontà comporterebbe *ex se* l'estinzione dello stesso<sup>34</sup>, senza dunque la necessità di

di R. MASONI, *Verwirkung e tolleranza in Cassazione*; e di E. STRACQUALURSI, *L'abuso del diritto del locatore, l'affidamento sulla rinuncia al canone e la Verwirkung: un buon bilanciamento tra gli interessi*, 297 ss. Sulla sentenza v., ancora, G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 185; A.M. BENEDETTI, *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, 2022, 349, il quale discorre di «un cattivo esempio di interventismo giudiziario».

<sup>33</sup> *Retro*, § 1.

<sup>34</sup> Se in alcuni provvedimenti il *Tribunal Supremo*, nel valutare il *retraso desleal*, aveva ritenuto necessario che dalla condotta del titolare del diritto emergesse una volontà estintiva, idonea appunto a generare un affidamento, a partire da una sentenza di legittimità

ricorrere al *retrato desleal*, né l'elemento intenzionale da parte di chi esercita il diritto, ovvero l'intento di causare un danno al soggetto passivo del rapporto giuridico (il c.d. *animus nocendi*).

Facendo applicazione di tali assunti, per esempio, il *Tribunal Supremo* spagnolo, di recente, ha statuito che non si configura una fattispecie di *retrato desleal* ove - in presenza di un *interés legítimo* - un soggetto abbia prima esercitato un'azione di mero accertamento (*merodeclarativa*) e soltanto successivamente abbia agito per ottenere la condanna all'esecuzione dell'obbligazione di cui si è stata accertata l'esistenza, essendo tale comportamento inidoneo al sorgere di un affidamento circa il non esercizio in futuro del diritto<sup>35</sup>. Deve aggiungersi, peraltro, che, in talune decisioni, il *retrato desleal* è ricondotto, come è accaduto in Italia nel richiamato e controverso precedente del 2021, al paradigma dell'*abuso de derecho*, individuato sulla base dell'art. 7, comma 2, *Código civil*<sup>36</sup>, con l'effetto che ci si trova di fronte ad un *derecho inadmisibile*, così ingenerandosi anche nel contesto spagnolo una dubbia commistione tra *Verwirkung* ed abuso del diritto.

##### 5. Le tesi tradizionali della rinuncia e dell'affidamento secondo buona fede: profili di comunanza. Obiettivi metodologici posti a base della successiva analisi: per una ricostruzione alternativa della *Verwirkung* quale la perdita del diritto come “pena privata”.

Il dibattito illustrato pone in luce la complessità del problema connesso al fenomeno della perdita del diritto nel quale la dottrina tedesca della *Verwirkung* e quella spagnola del *retrato desleal* si compendiano.

---

del 2016, i giudici spagnoli sembrano aver abbandonato tale strada: cfr. *Tribunal Supremo*, 13.09.2016, n. 530, in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es), ove si precisa che, in presenza di una dichiarazione tacita del titolare del diritto, il ricorso alla dottrina del *retrato desleal* non sarebbe necessario, poiché appunto il diritto si sarebbe già estinto per effetto di quella volontà. Analogamente, *Trib. Supremo*, 2.03.2017, n. 148, cit.

<sup>35</sup> Cfr. *Tribunal Supremo*, 21.06.2022, n. 491, con nota di D. MATERA, *Applicazione della Verwirkung nella giurisprudenza spagnola. La dottrina del retrato desleal*, in *Pactum*, 2022, 1 ss.

<sup>36</sup> Il quale recita che: “*Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*”. Distingue, tuttavia, il *retrato desleal* dalla figura dell'*abuso de derecho*, F. DE RETANA GOROSTIZAGOIZA, *Buona fede e decorso del tempo*, cit., 582 ss., per il quale, peraltro, mentre le dichiarazioni di volontà rinunciativa hanno un effetto estintivo del diritto, dalla *Verwirkung* deriverebbero soltanto conseguenze di tipo preclusivo. Rileva D. MATERA, *Applicazione della Verwirkung nella giurisprudenza spagnola*, cit., 8, che «un dialogo tra Spagna e Italia sul tema risulta dunque proficuo per un duplice scopo. Da un lato, esso può contribuire ad evitare il richiamo alla *Verwirkung* dove non sia necessario (perché le stesse esigenze di protezione vengono soddisfatte da altri istituti, maggiormente coerenti con il sistema) o corretto (perché le esigenze di protezione che emergono dal caso di specie non sono riconducibili alla tutela di un affidamento sul futuro non esercizio del diritto)».



Le due prospettive tradizionalmente proposte, l'una - propria dei diritti latini (italiano e francese) - connessa alla matrice volontaristica della rinuncia tacita (*renonciation tacite*) legittimante un affidamento nella controparte<sup>37</sup>, l'altra - propria del sistema tedesco - incentrata sulla valutazione oggettiva *ex fide bona* di un comportamento di tolleranza anch'esso fondante l'affidamento altrui, mostrano invero, pur muovendo da assunti differenti, almeno due punti di contatto.

Il primo punto di convergenza sta nella natura non eteronoma della costruzione proposta. Tanto si verifica sia nell'ipotesi di rinuncia tacita, rispetto alla quale la dismissione volontaria e autonoma del diritto (per fatto concludente) è connaturata, sia nel caso di atto di tolleranza, che legittima l'affidamento altrui soltanto in base alla cognizione del soggetto tollerante<sup>38</sup>. Sicché, anche in questa seconda ipotesi, pare potersi affermare che il titolare del diritto, tramite lo stato di fatto della tolleranza, abbandoni consapevolmente e volontariamente la propria situazione giuridica, conoscendo le conseguenze a cui andrà incontro, e dunque l'effetto della *Verwirkung* non sembra ancora essere eteronomo, ossia eteroimposto dal legislatore<sup>39</sup>.

Il secondo punto di convergenza sta nella natura fondamentale relazionale del giudizio connesso alla rilevazione, su istanza di parte ovvero *ex officio*<sup>40</sup>, della *Verwirkung*. Tale giudizio si incardina sulla violazione della regola di buona fede oggettiva che struttura il rapporto tra le parti e dunque non è un giudizio assoluto, bensì attiene ai comportamenti di entrambe le parti nonché, in ultima analisi, all'esecuzione del rapporto medesimo (arg. ex art. 1375 c.c.). Ne discende, altresì, che la *Verwirkung* viene spesso ravvisata ove il comportamento commissivo o omissivo<sup>41</sup> di una delle parti risulti qualificabile (anche) come vero e proprio inadempimento dell'obbligazione<sup>42</sup>.

È poi evidente il richiamo in senso correttivo alla buona fede c.d. valutativa dei comportamenti nell'ambito del rapporto negoziale. La funzione della *Verwirkung* è connessa infatti, in entrambe le prospettive in discorso, ad una giustizia del caso concreto che è propria, come è noto, del giudizio *ex fide bona*. La *ratio* dell'istituto è cioè ravvisata nella sua funzione evidentemente equitativa della perdita del diritto<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Lo stesso F. RANIERI, *Rinuncia tacita*, cit., 125, sottolineata, in modo non lontano dalla prospettiva di S. PATTI, che l'idea che la perdita del diritto possa avvenire soltanto attraverso un atto di volontà «ha ostacolato e rallentato il riconoscimento aperto del principio che una perdita del diritto può sussistere, indipendentemente dalla volontà del titolare, quando quest'ultimo abbia suscitato nella controparte, col proprio comportamento ambiguo, una giustificata aspettativa che il diritto non sarebbe più stato fatto valere».

<sup>38</sup> Nei casi decisi dalla giurisprudenza tedesca risulta evidente che le parti conoscevano lo svolgimento effettivo del rapporto: così S. PATTI, *Profili della tolleranza*, cit., 107.

<sup>39</sup> Lo rileva, condivisibilmente, P. CISIANO, *Atto non negoziale di autonomia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., I, Agg.*, Torino, 2003, 168 s.

<sup>40</sup> Ciò a differenza della prescrizione che, come è noto, non può essere rilevata d'ufficio. V., sul punto anche per riferimenti alla dottrina tedesca, S. PATTI, *op. ult. cit.*, 119, ed *ivi* nota 39.

<sup>41</sup> Ammette la rilevanza anche dei comportamenti positivi, F. FESTI, *Il divieto*, cit., 27 s.

<sup>42</sup> Si rinvia, in tal senso, alle osservazioni di L. PASCUCCI, *Ritrazione della volontà risolutiva e reviviscenza del contratto*, Torino, 2013, 174.

<sup>43</sup> P. GALLO, *Estinzione dei diritti*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Gabrielli, *Della tutela dei*

Occorre allora meditare su tali dati di partenza, tenendo conto dei limiti del trapianto di modelli stranieri nel nostro sistema codicistico e dei pericoli di facili generalizzazioni, così come dei rischi insiti in una ricezione *sic et simpliciter* delle formule sviluppate dai giuristi tedeschi sulla scorta della clausola generale di buona fede<sup>44</sup>. In tale direzione decostruttiva e ricostruttiva, un'indagine che pretenda di verificare se quella zona grigia, alla quale si faceva cenno in apertura, tra dismissione volontaria del diritto e prescrizione/decadenza propria (sottoposta a termine) esista effettivamente nel nostro ordinamento, dovrà muovere anzitutto dai dati positivi esistenti nel sistema normativo, al fine di rinvenirvi possibili indici che legittimano la perdita del diritto.

Successivamente, si dovrà procedere alla qualificazione giuridica di tali indici e ad una specifica individuazione della loro *ratio essendi* nonché dei loro tratti funzionali. Si dovrà verificare, inoltre, se la perdita del diritto possa formare oggetto non soltanto di previsioni legislative, bensì di pattuizioni di privati *poenae nomine*, in guisa da potersi predicare, come si ritiene, la natura prettamente rimediale dell'ablazione coattiva della titolarità connessa al fenomeno, quale tutela a sé stante nel variegato quadro delle pene civili private.

Si tratta, in ultima analisi e preliminarmente, di indagare anzitutto le fonti del fenomeno della perdita del diritto, per poi rintracciarne un minimo comune denominatore in termini di presupposto e sul piano funzionale (come si osserverà, in chiusura, l'eccesso di potere quale fondamento della sanzione civile della perdita del diritto).

## 6. La fonte legale: le fattispecie codicistiche di perdita del diritto a “funzione sanzionatoria” (l'ipotesi paradigmatica dell'eccesso di usufrutto).

Non può negarsi che le argomentazioni giurisprudenziali dietro rassegnate appaiono spesso confusionarie, non riuscendo a distinguere la *Verwirkung* da figure limitrofe, come quella dell'abuso del diritto o dell'illecito aquiliano, e concordemente - secondo gli interpreti - “abusando in senso estintivo” della stessa clausola di buona fede.

---

*diritti*, a cura di Bonilini e Chizzini, Torino, 2016, 513, per il quale, grazie all'istituto della *Verwirkung*, i giudici tedeschi si «[sono] riappropriati in materia di prescrizione di gran parte della discrezionalità che spettava loro nel diritto comune. Il dato pare sicuramente degno di considerazione anche se gli interrogativi che pone sono complessi; fino a che punto può infatti essere opportuno che il giudice dia voce alle esigenze dell'equità, e cioè della giustizia del caso singolo, a scapito delle ragioni dello stretto diritto? Quello che comunque appare innegabile è che dopo la parentesi costituita dal positivismo giuridico e dalla scuola dell'esegesi, in epoca più recente si assiste ad un netto recupero dell'equità» (corsivo aggiunto).

<sup>44</sup> A rilevare questi rischi sono, altresì, F. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1961, 713; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Roma-Bologna, 1967, 75 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 90 ss.

Tutto ciò non legittima, ad avviso di chi scrive, la necessità di abbandonare lo strumento della perdita del diritto, bensì piuttosto uno sforzo ermeneutico per inquadrare, in maniera più rigorosa e *per differentiam*, i profili strutturali e funzionali della stessa. Il primo passo verso una più corretta sistematizzazione del fenomeno in esame è quello di porre mente a talune ipotesi normative, che trovano disciplina nel codice civile italiano, le quali contemplano proprio, sul versante effettuale, la perdita della situazione giuridica e la connessa ablazione coattiva della titolarità; il che consente di verificare in senso positivo una possibile comunanza di *ratio* di tutela di tali norme sulle quali fondare un modello rimediabile unitario di perdita del diritto.

Muovendo anzitutto dal campo dei diritti reali, viene in rilievo l'art. 1015 cod. civ. 1942 (già art. 516 cod. civ. 1865), che, come è noto, ricollega l'estinzione del diritto di usufrutto all'abuso dell'usufruttuario realizzato per il tramite il compimento di precise condotte: l'alienazione di beni oggetto del diritto, il loro deterioramento, ovvero il loro perimento per mancanza di ordinarie riparazioni.

L'impostazione tradizionale ha individuato la *ratio* della disposizione in discorso nel generale divieto di abuso del diritto. Epperò la norma necessita di una rilettura. La dizione della legge “*abuso di usufrutto*” è corretta, infatti, se si riferisce al deterioramento del bene concesso in usufrutto (nella funzione dell'usufrutto, infatti, vi è il rispetto della destinazione economica della cosa: art. 981 c.c.); la dizione “abuso”, invero, non è corretta se utilizzata anche per l'ipotesi di alienazione del bene concesso in usufrutto (ipotesi non contemplata, peraltro, nel codice civile francese). Quest'ultima condotta rappresenta, a stretto rigore, un'ipotesi non già di abuso, bensì di eccesso, ovvero di esercizio di un potere carente, poiché l'usufruttuario aliena un diritto (la nuda proprietà) di cui non è titolare<sup>45</sup>.

In tale contesto, dunque, la perdita del diritto di usufrutto (quindi la sua estinzione) può considerarsi una pena privata che si esprime nella decadenza dal diritto per ipotesi esclusivamente di eccesso di potere (per esempio, nel caso su riferito di alienazione del bene da parte dell'usufruttuario)<sup>46</sup>; nelle

<sup>45</sup> La corretta intuizione si deve a P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 259 (riproposto in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 95 s.), ad avviso del quale le condotte *ex art. 1015 c.c.* costituiscono in realtà ipotesi di *eccesso del diritto*, ossia di condotte che stanno fuori del contenuto del diritto, con la conseguenza che in questi casi non si applica la disciplina del fatto illecito *ex art. 2043 c.c.*, come l'eccesso dal diritto richiederebbe, ma la decadenza dal diritto, come espressamente previsto dal legislatore. Limitano l'eccesso del diritto alla vendita del bene, condivisibilmente, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., con la collaborazione di Tullio, Napoli, 2004, 142, e già, in tal senso, G. PALERMO, *L'usufrutto*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, II, 8, Torino, 2002, 139. Sottolinea che l'alienazione deve riguardare anche la nuda proprietà, sulla quale l'usufruttuario non ha facoltà alcuna, con il conseguente «tentativo dell'usufruttuario di sottrarla al suo legittimo titolare», T. CARNACINI, *Sull'abuso dell'usufruttuario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, I, 468. Nel senso che l'usufruttuario alieni i beni e non il semplice usufrutto su di essi, A. DE CUPIS, *Usufrutto (Diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, 1124.

<sup>46</sup> V., tra gli altri, D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, 523; F. DE MARTINO, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 1978, 338; R. NICOLÒ, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Comm. cod. civ.* a cura di d'Amelio e Finzi, Firenze, 1942, 637; L. BIGLIAZZI GERI, *Usufrutto, uso e abitazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, 275 ss.; L. LUCHINI, *Abuso dell'usufruttuario e responsabi-*

diverse ipotesi di abuso del diritto di usufrutto in senso stretto (si pensi alle condotte di alterazione della destinazione economica del bene concesso in usufrutto, quali il danneggiamento o il perimento, che incidono propriamente sul contenuto del diritto), i rimedi di elezione da parte del giudice dovrebbero invece essere diversi e meno trancianti, ossia di natura cautelare, in attuazione del noto principio di proporzionalità dei rimedi civili.

Le due classi di condotte attive - da un lato, l'alienazione del bene e, dall'altro lato, il danneggiamento/perimento del bene - rispondono, pertanto, ad un inquadramento differente. Nel primo caso si prescinde, evidentemente, dal rapporto tra il nudo proprietario e l'usufruttuario, trattandosi di comportamenti che l'usufruttuario non ha il potere di compiere di là da ogni richiamo alla clausola della buona fede oggettiva. L'effetto della perdita del diritto si produce per il solo fatto oggettivo, a prescindere da ogni elemento soggettivo che presiede la condotta, della realizzazione di un comportamento che non si ha il potere di compiere; detto effetto identifica una sanzione eteronoma ed eteroimposta dal legislatore, peraltro non conseguente al mero inadempimento agli obblighi tra le parti: si tratta propriamente di eccesso di potere.

Al contrario, nel caso di abuso del diritto di usufrutto in senso proprio (si pensi alla condotta di alterazione della destinazione, ovvero di distruzione/perimento del bene), come prima suggerito, dovrebbero essere percorribili rimedi meno gravi rispetto alla decadenza sanzionatoria, incluso quello risarcitorio, individuati a discrezione del giudice in base alle circostanze concrete.

Lo stesso *modus operandi* - presieduto da una funzione sanzionatoria privatistica - presentano ulteriori norme contenute nel codice civile italiano: si pensi al caso della liberazione del garante nella fideiussione *omnibus* (art. 1956 c.c.), anche questo tradizionalmente ricondotto al dovere di buona fede oggettiva ed alla teorica dell'abuso del diritto da parte del creditore garantito; a quello della perdita del diritto di rinunciare all'eredità e a quello della perdita/decadenza del beneficio d'inventario (art. 505 c.c.); alla perdita del mutuante del diritto agli interessi in caso di pattuizione di interessi usurari (art. 1815, comma 2, c.c.); alla perdita della responsabilità genitoriale ed alla rimozione del tutore (art. 330 c.c.). In tutte queste ipotesi non può revocarsi in dubbio, da un lato, la realizzazione di comportamenti vietati dal legislatore, *id est*: che non si ha il potere di compiere (c.d. eccesso di potere), dall'altro lato, la funzione marcatamente punitiva della vicenda estintiva e, dunque, della perdita del diritto di fonte legale.

## 7. La fonte volontaria: il patto estintivo delle posizioni giuridiche soggettive. Una conferma a contrario: la c.d. clausola di tolleranza. Profili del controllo di liceità e di meritevolezza della “clauso-

---

lità *extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 214; G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Fiore e Brugi, V, 2, Torino, 1936, 865 ss. In giurisprudenza, la natura sanzionatoria del rimedio è avallata da Trib. Trani, 3.03.1953, in *Giur. it.*, 1951, I, 293; Trib. Brescia, 29.03.1954, *ivi*, 1954, I, 799; Cass., 2.03.1976, n. 699, in *Mass. giust. civ.*, 1976, 308.



**la sanzionatoria” con effetti estintivi del diritto in titolarità. Segue: eterogeneità rispetto al fenomeno della prescrizione e della decadenza propria (legata ad un parametro temporale). Il richiamo alle clausole di c.d. decadenza impropria con funzione “punitiva”.**

Ma la fonte della perdita del diritto, oltre che nelle ipotesi legali poc’anzi esaminate, può essere rinvenuta altresì nella volontà delle parti.

Ciò consente, a ben vedere, di ricondurre la matrice volontaristica del fenomeno della perdita del diritto ad un accordo di natura contrattuale e non, come sostenuto tradizionalmente, ad un atto di rinuncia unilaterale al proprio diritto; d’altronde, se è vero come è vero che alla perdita del diritto si accompagna l’effetto estintivo del credito, la stessa, in quanto basata su un accordo tra le parti del rapporto, assume i contorni della vera e propria remissione del credito (espressa o tacita), piuttosto che della mera rinuncia al credito (che produce l’effetto dismissivo dal patrimonio del rinunciante e che ha struttura unilaterale<sup>47</sup>); detta remissione, nel produrre l’effetto propriamente estintivo dell’obbligazione, assume tendenzialmente, sebbene non sempre, una struttura contrattuale<sup>48</sup>, sull’assunto che il debitore conservi il diritto all’adempimento (art. 1236 c.c.): il che conferma, ancora una volta, la difficoltà di importare nel nostro sistema la *Verwirkung* sulla base della teorica della rinuncia (unilaterale) tacita (la quale non produce, peraltro, effetto estintivo rispetto alla remissione).

È allora possibile ipotizzare che, al pari di quanto già si verifica per le fattispecie legali dietro evocate, vi sia uno spazio coltivabile anche per l’autonomia privata nella direzione di inserire all’interno degli atti negoziali apposite clausole che prevedano la perdita del diritto in funzione “punitiva” e, dunque, l’“*estinzione sanzionatoria*”, volontariamente concordata, delle situazioni soggettive attribuite alle parti: si tratterebbe di una particolare ge-

<sup>47</sup> V. in argomento, tra gli altri, F. ATZERI-VACCA, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Torino, 1910, 90 ss.; E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzione del diritto civile italiano*, IV, *Delle obbligazioni in generale*, Torino, 1927, 569; L. MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, 296; SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1936, 303; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1961, 855; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione. Spunti per una dottrina del negozio unilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1316 s.; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato, Appunti sulla rinuncia*, Napoli, 2003, 105 ss. (già in *Riv. not.*, 1968, 342 ss.).

<sup>48</sup> Emblematico della molteplicità delle strutture di una fattispecie estintiva è il regime della remissione del debito, la quale è normalmente una fattispecie bilaterale, anche se si perfeziona con il mancato rifiuto piuttosto che con l’accettazione (art. 1236 c.c.), ma si sostanzia nella dichiarazione unilaterale del creditore nelle c.d. obbligazioni potestative *ex parte creditoris* (sul punto, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1975, 188 ss.; ID., *Il diritto dei contratti*, cit., *Nuovi profili del contratto*, 427 ss.). Altri autori, pur ritenendo la remissione un atto unilaterale, ne sostengono ugualmente la possibile struttura bilaterale (cfr. diffusamente, ad esempio, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1958, § 125, n. 1 bis, 514; M. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio: corso di diritto civile*, Torino, 1952, 227; R. MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, I, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma IV, Torino, 1957, 215).

stione negoziale della vicenda estintiva *ex art.* 1321 c.c. che, tuttavia e come si osserverà, dev’essere sottoposta ad un attento controllo dell’interprete come per ogni clausola negoziale.

Sotto altro aspetto, anche a voler ritenere operante nel nostro ordinamento il meccanismo della tolleranza in grado di generare un affidamento nel debitore circa l’abbandono del suo diritto di credito, attenta dottrina ha osservato che le parti possono - sempre per il tramite di un accordo bilaterale - derogare al meccanismo della *Verwirkung* attraverso la c.d. clausola di tolleranza, così rendendo la tolleranza del creditore - anche quando possa essere fonte di affidamento per il debitore inadempiente - non opponibile all’esercizio dei diritti e dei rimedi affermati nel contratto<sup>49</sup>; il che *a contrario*, sia pure mediante una diversa angolatura rispetto a quella qui proposta, consolida comunque l’idea che le parti possano gestire pattiziamente l’effetto estintivo attraverso accordi (anche di tipo derogatorio) a ciò preordinati.

Venendo ora alla proposta ricostruttiva che qui si sta tentando di delineare, va osservato che, nel contesto dei modelli pattizi a caratura sanzionatoria, classicamente indagati in dottrina<sup>50</sup>, potrebbe ipotizzarsi la previsione ad opera delle parti di una decadenza impropria *poenae nomine* dalla titolarità del diritto, che dunque verrebbe a cessare, in caso di assunzione di una condotta, possibilmente predeterminata dalle parti nella clausola, configurante non già un mero inadempimento agli obblighi assunti (si pensi ad una clausola risolutiva espressa), bensì un’ipotesi, più grave, di eccesso rispetto ai poteri attribuiti dalla regola negoziale.

Una precisazione sul punto si impone. Mentre nel caso delle fattispecie legali sopra esaminate il limite esterno alla situazione è chiaramente eteroimposto dal legislatore (si pensi, per esempio, alla portata paradigmatica dell’art. 1105 c.c.) e concretamente applicato in sede giudiziale, in questa evenienza, il limite dovrebbe essere invece posto concordemente dalle parti attraverso l’individuazione nominativa di comportamenti che le stesse non possono tenere, *rectius*: non hanno il potere di compiere (eccesso di potere), ancora una volta, come nel caso delle fattispecie legali, attraverso un giudizio assoluto di esorbitanza dai limiti del potere (attribuito questa volta dal contratto) e non meramente relazionale *ex fide bona* (come anche nel caso del mero inadempimento alla regola negoziale).

Non deve trattarsi, peraltro, di condotte travalicanti la funzione negoziale (il c.d. limite interno alla situazione), perché, in tal caso, si verterebbe in un’ipotesi di abuso del diritto, né di condotte che violino obblighi imposti alle parti, dunque importino un comune inadempimento con le connesse conseguenze risarcitorie (art. 1218 c.c.), bensì, propriamente, di comportamenti che esulano totalmente dal campo delle obbligazioni assunte e che concretano esercizio di un potere non consentito; quanto a dire, in altri ter-

<sup>49</sup> Ci si riferisce all’interessante studio di D. IMBRUGLIA, *La clausola di tolleranza*, in *Pers. merc.*, 1, 2017, 219 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori citazioni in argomento.

<sup>50</sup> Si discute, se accanto alla clausola penale, «la più illustre delle pene private e che forse proprio per il suo *nomen iuris* ha attirato da sempre l’attenzione della dottrina» [E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, 774], possano annoverarsi altre ipotesi di pene private c.d. negoziali.



mini, che le parti ben potrebbero individuare una serie di comportamenti che le stesse non possono compiere, salvo l'ablazione della situazione in titolarità. La clausola dovrebbe esprimersi, cioè, nella forma di un divieto di *agere* atto a porre un limite esterno alle situazioni attribuite, avendo ad oggetto non tanto comportamenti contrari alla regola negoziale e dunque di chiaro inadempimento, né condotte ammissibili ma travalicanti la funzione negoziale, bensì, precisamente, condotte non contemplate affatto dalla regola negoziale e dunque configuranti un'ipotesi di eccesso di potere. L'effetto estintivo dovrebbe prodursi, in ultima analisi, sulla scorta di un patto sanzionatorio privato, ma contestualmente sulla falsariga del *modus operandi* delle fattispecie legali dietro evocate.

Ovviamente, allorché i comportamenti di eccesso di potere siano realizzati e debbano dunque essere sanzionati, l'autoimposizione del limite al potere da parte dei privati, non potendo essere del tutto arbitraria, va controllata da parte dell'interprete; ne discende, infatti, che una clausola, intesa come una pena civile atipica, la quale deduca nel contratto o nel testamento l'effetto estintivo a funzione sanzionatoria, debba essere ammissibile sul piano del rispetto del principio sia di liceità sia di meritevolezza<sup>51</sup>. Orbene, mentre, nelle fattispecie legali dietro esaminate, è il legislatore a individuare il limite esterno alla situazione nel caso di assunzione di determinate condotte, in presenza di condotte non tipizzate *ex lege* bensì individuate dai privati, il ruolo dell'interprete, in sede di controllo della ammissibilità della "clausola punitiva", diventa dirimente.

Anzitutto, la clausola in discorso non deve valicare i principi e le norme inderogabili dell'ordinamento e deve riguardare unicamente situazioni disponibili. Il problema della liceità appare alquanto delicato poiché viene in rilievo, come già emerso nel dibattito sulla *Verwirkung*, la possibile frizione tra l'esercizio dell'autonomia privata e la disciplina della prescrizione e della decadenza in senso proprio (soggetta, cioè, a termine temporale)<sup>52</sup>. È no-

<sup>51</sup> Dense di corollari importanti, in punto di metodo, sono le osservazioni svolte da E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, cit., 785 s., per il quale «la pena privata va incontro agli stessi limiti dell'autonomia privata» [...] e dunque «il primo problema è quello di accertare se la funzione sanzionatoria sia di per sé lecita; risolto positivamente il quesito, è da chiederti se risponda anche al canone della meritevolezza dell'interesse» (art. 1322, comma 2, c.c.). [...] «È solo se si risponde positivamente a tutti questi interrogativi che si può portare avanti un discorso sulla pena privata». Peraltro, anche la clausola di tolleranza, evocata nello studio richiamato alla nota 49, è correttamente assoggettata dall'autore al giudizio di meritevolezza (p. 231 ss., e p. 233, per la conclusione che «appare incongruo considerare come un qualcosa di poco serio l'accordo con cui le parti intendono salvaguardare la vincolatività del patto rispetto a possibili effetti giuridici connessi a loro eventuali comportamenti»).

<sup>52</sup> In tal senso militano le osservazioni di C. NANNA, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2022, 197, secondo la quale «il "desiderio" del giudice di perseguire una sorta di giustizia del caso concreto "ad ogni costo" [non] sembra poter legittimare interpretazioni scarsamente compatibili con il sistema ordinamentale complessivo. Si è in precedenza evidenziato come la *Verwirkung* si sia affermata, nella dottrina e giurisprudenza tedesca, principalmente per motivazioni di natura pratica: infatti, originariamente il par. 195 del *BGB* prevedeva un termine ordinario di prescrizione di trent'anni, che si mostrava sempre meno adeguato a rispondere alle esigenze di modernizzazione della società ed a garantire effettività di tutela». A seguito della riforma del diritto delle obbligazioni, avvenuta con la l. 26 novembre 2001, entrata in vigore il 1 gennaio 2002, da un lato, i termini di prescrizione sono stati abbreviati, dall'altro

to, infatti, che le norme sulla prescrizione sono inderogabili e, dunque, la decadenza impropria *poenae nomine* posta dai privati (sganciata, cioè, da un termine temporale), pervenendo all’effetto estintivo, potrebbe aggirare il divieto di modifica della disciplina legale della prescrizione.

Il timore è ragionevole, ma non insuperabile. Da un lato, infatti, deve osservarsi che la decadenza impropria di fonte pattizia non realizza una violazione di legge e, nella specie, della norma imperativa *ex art. 2936 c.c.*, perché la clausola teorizzata non pone termini (di prescrizione o decadenza) entro i quali esercitare il diritto, bensì si limita a configurare comportamenti di eccesso di potere sui quali fondare la sanzione della ablazione del diritto; il timore sembrerebbe invece maggiormente fondato, al contrario, in tema di *Verwirkung*, posto che l’inerzia prolungata per un certo lasso di tempo apprezzabile, su cui tale istituto notoriamente si basa, mima più da vicino il meccanismo della prescrizione rispetto all’impostazione qui teorizzata, la quale, al contrario, si fonda unicamente su comportamenti gravi di eccesso di potere (ma) avulsi da ogni dimensione temporale.

Per altro verso, ammettere la perdita sanzionatoria del diritto su base negoziale, *subspecie* di patto di decadenza impropria, non significa obliterare l’istituto della prescrizione, che continua parallelamente a doversi applicare. La situazione giuridica cioè, di là dalla possibile perdita per eccesso di potere, continua, infatti, a rimanere prescrivibile per non uso entro il termine imposto per legge. Così ricalibrata la questione, cogliendo cioè l’eterogeneità dei fenomeni - quello della perdita sanzionatoria del diritto per eccesso di potere e quello della prescrizione - viene meno il timore che la prospettiva di indagine in discorso possa alimentare una frode alle norme imperative sulla prescrizione.

Inoltre, il fenomeno delle clausole di decadenza (convenzionale o impropria) non è neppure allo stato ignoto in dottrina e in giurisprudenza: si pensi al caso delle clausole di decadenza testamentaria, ovvero a quelle clausole che richiedono al contraente assicurato di comunicare per iscritto alla società assicuratrice l’esistenza e la successiva stipulazione presso diversi assicuratori di altre polizze per il medesimo rischio, nonché, in caso di sinistro, di darne avviso a tutti gli assicuratori, indicando a ciascuno il nome degli altri.

---

lato, si è incrementata l’autonomia privata nella gestione dei termini prescrizionali. Sì che, secondo l’autrice (*passim*), anche per l’Italia, dinanzi all’«indolenza del legislatore (italiano), attualmente piuttosto restio a cogliere le innovazioni, pur cospicue, sull’istituto di questa “nuova tendenza”, diretta ad una “modernizzazione” dell’istituto, [preferendosi] l’utilizzo della clausola di buona fede ed il rinvio alle tecniche utilizzate dalla prassi tedesca, al fine di “superare” le rigidità della prescrizione, sembra invece assai opportuno riconoscere che siano ormai maturi i tempi per una riforma della prescrizione». In analoga prospettiva, sia consentito il rinvio a F. LONGOBUCCO, *Luci e ombre sulla delega al Governo per la riforma del Codice Civile*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 2019, Opinione del 24.07.2019. Nella dottrina tedesca v., tra gli altri, J. WIELING, *Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, (1976), 340, che evidenzia come la *Verwirkung* possa diventare un «comodo» *escamotage* per disapplicare una norma imperativa. In Italia, in critica a Cass., 14.06.2021, n. 16743, cit., rilevano il carattere inderogabile della prescrizione, G. D’AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, cit., 1170; C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, cit., 1193, spec. nota 33.



Tali ultime pattuizioni sanciscono, a ben vedere, una decadenza impropria dal diritto all'indennizzo anche per il caso di assenza di dolo, in quanto esse prevedono la perdita del diritto all'indennità per la mera inosservanza di un obbligo e prescindendo dall'elemento del tempo, mentre permane l'obbligo per l'assicurato di corrispondere il premio<sup>53</sup>. Esse sono ritenute ammissibili e, peraltro, soggette al controllo di onerosità e vessatorietà (artt. 1341, comma 2, c.c. e 33 c. cons.), giacché, come è stato correttamente rilevato, la disciplina sulle clausole onerose e vessatorie - che si aggiunge a quello dietro evocato di liceità e di meritevolezza - attiene non soltanto alle decadenze connesse al decorso temporale, bensì anche alle decadenze improprie ove queste generino un potenziale squilibrio normativo (*id est*, nel nostro caso, la perdita del diritto all'indennizzo)<sup>54</sup>.

#### 8. La perdita del diritto per il caso di eccesso di potere a confronto con l'abuso del diritto *contra fidem bonam*, con l'inadempimento risolutorio, con la clausola risolutiva espressa, e con l'illecito aquiliano. Differenze tra la "pena privata estintiva" e la c.d. *exceptio doli generalis*.

In tal modo riposizionati i termini dell'indagine, si riesce anzitutto a ritagliare un regolamento di confini, che deve necessariamente esserci, tra abuso di potere ed eccesso di potere e connesse conseguenze rimediali sul piano civile.

Come precedentemente osservato, ponendo mente alla giurisprudenza italiana e spagnola, la *Verwirkung*, in taluni arresti, viene infatti appiattita alla teorica dell'abuso del diritto; non può dubitarsi che i due fenomeni, come correttamente suggerito in dottrina<sup>55</sup>, debbono però essere mantenuti distinti, presentando presupposti applicativi differenti.

La violazione di limiti interni alla situazione, classicamente definita come abuso di potere, non legittima la perdita del diritto, dalla quale scaturisce l'effetto estintivo della situazione, bensì, semmai, la possibilità per il debitore di ricorrere alla paralisi processuale della pretesa "abusiva" tramite l'impiego della nota *exceptio doli generalis*. Tra i vari rimedi civili conseguenti all'abuso del diritto non si annovera, infatti, l'estinzione del diritto. In tema di abuso del diritto, rileva solamente la pronuncia di accertamento

<sup>53</sup> Esse sono poste in deroga all'art. 1910 c.c.: v., in argomento, A. CANDIAN, *In tema di clausole di decadenza "improprie" nel contratto di assicurazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 294 ss.; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, 184 ss. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 4.08.1995, n. 8597, in *Mass. giust. civ.*, 1995, 1486.

<sup>54</sup> Così P.M. PUTTI, *Le clausole vessatorie*, in G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, I, Torino, 2006, 1216.

<sup>55</sup> F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, cit., p. 286 ss., il quale, in critica a Cass., 14.06.2021, n. 16743, cit., osserva che «in presenza di elementi di fatto che sembrano delineare due dei connotati che, più o meno correttamente sul piano concettuale, identificano l'abuso del diritto, quali il comportamento contraddittorio e lo sviamento dall'interesse protetto, è davvero incomprensibile la ragione che ha indotto la sentenza in commento ad abbandonare la soluzione più lineare e, per di più, sorretta da un adeguato apparato dogmatico, e ad approdare invece a una soluzione contraddittoria, ambigua e priva di un sostegno concettuale».

come formula per fronteggiare un comportamento materiale nocivo, la pronuncia inibitoria per far cessare un abuso reiterato nel tempo, l'ordine di rimozione per realizzare l'eliminazione di opere illegittime, la pronuncia di adempimento in forma specifica in caso di omissioni abusive, il rigetto della domanda giudiziale nell'ipotesi di pretese azionate abusivamente, fino a giungere ai più classici e frequenti rimedi dell'invalidità del negozio già perfetto<sup>56</sup>, della pronuncia costitutiva in caso di rifiuto illegittimo, dell'inopponibilità (in caso di danno diretto o indiretto ai terzi), della pronuncia di risarcimento del danno aquiliano assunta sia come autonoma sia come accessoria alla statuizione principale<sup>57</sup>. Anche in tema di violazione del principio *ne venire contra factum proprium*, si è correttamente osservato che l'esercizio incoerente del diritto lascia propendere non già per l'ipotesi irrimediabile della perdita del diritto, bensì per l'obbligo risarcitorio ovvero, al più, per una perdita temporanea della possibilità di esercizio<sup>58</sup>.

Al contrario, la violazione di limiti esterni al diritto (tramite l'esercizio di facoltà che il titolare della situazione non ha), la quale configura propriamente l'eccesso di potere in senso stretto<sup>59</sup>, legittima l'*extrema ratio* della perdita del diritto. Dunque, la perdita del diritto, dal nostro punto di vista, assume unicamente una funzione sanzionatoria per la violazione di una regola di azione che configuri l'esercizio di potere non attribuito (eccesso di potere come fino ad ora chiarito). L'abuso di potere è, invece, vicenda che

<sup>56</sup> A tale proposito, rileva F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, cit., 1175, sempre in critica a Cass., 14.06.2021, n. 16743, cit., che «l'operatività della norma di condotta si svolge all'interno del rapporto tra le parti, non potendo incidere sulla fattispecie, sicché sono preclusi gli effetti estintivi, così come quelli eventualmente invalidanti (salvo che sia il legislatore stesso a prevedere che la validità dell'atto o del contratto possa dipendere dal rispetto della regola di correttezza, normalmente nella fase prodromica all'assunzione del vincolo), mentre la sua violazione comporterà, di norma, conseguenze di tipo risarcitorio, salva la tutela connessa all'inibitoria conseguente alla *exceptio doli*, come forma primaria di reazione alla condotta che appaia *prima facie* abusiva».

<sup>57</sup> R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., Agg.*, VII, Torino, 2012, 13, assume una posizione molto ampia fino ad abbracciare l'intera gamma dei rimedi civilistici. V., altresì, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, *ivi*, VII, Torino, 2012, 62, per il quale «i rimedi saranno diversi (e non sempre sufficienti a garantire gli interessi che si vogliono tutelare)».

<sup>58</sup> Così F. FESTI, *Il divieto*, cit., 243.

<sup>59</sup> V. la nota posizione di F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, 9ª ed., rist., Napoli, 2002, 77: «[l'abuso del diritto], oggi, non ha più ragion d'essere perché, per definizione, il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientrano nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, sia uno sviamento del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto e, in quanto tali, si intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali» (l'autore cita, in nota, Cass., 6.07.1948, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, 180). Nella dottrina francese, tra le voci critiche, si segnala la nota massima di M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1900, 269, secondo la quale *le droit cesse où l'abus commence*. Nel senso che l'eccesso di potere identifici non già un esercizio deviato di un potere (abuso), ma di esercizio di un potere che non si ha, v., coerentemente con quanto qui sostenuto, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, cit., 142 (come già *amplius* osservato in tema di abuso di usufrutto: *retro*, § 6).

presuppone la violazione della buona fede oggettiva nell'ambito del rapporto giuridico, con la conseguenza che detto abuso può rendere percorribili diversi rimedi, tutt'al più il risarcimento del danno, ovvero tutele civili ulteriori, ma meno trancianti della perdita della titolarità del diritto.

A tale riguardo, vale peraltro osservare che la pena privata estintiva non implica necessariamente l'antigiuridicità diretta del comportamento posto in essere dal privato e che l'illiceità del comportamento, scaturente dal giudizio relativo alla sussistenza di un'ipotesi di eccesso di potere, legittima una sanzione, nella quale appunto si concentra l'effetto estintivo punitivo, più grave di quella meramente risarcitoria (eventualmente concorrente)<sup>60</sup>. Peraltro, come è noto, tutti gli elementi volontaristici, dal dolo alla colpa al c.d. *animus nocendi* rimangono estranei al rimedio sanzionatorio della perdita del diritto, come qui messo a punto, mentre sono consustanziali all'illecito aquiliano.

Ancora, la perdita del diritto per eccesso di potere si distingue dal mero inadempimento risolutorio (la c.d. clausola risolutiva espressa), perché quest'ultimo produce sì un effetto caducatorio/estintivo (e, eventualmente, anche risarcitorio), ma funzionalmente neutro, ossia del tutto avulso da una connotazione in senso punitivo e deterrente. *Mutatis mutandis* la perdita del diritto, come già si è ribadito, è rimedio civile che prescinde dalla caratterizzazione in senso soggettivo del fenomeno (dolo o colpa) come accade nel caso dell'inadempimento, nella misura in cui l'elemento del dolo o della colpa è rafforzativo se c'è, ma non è essenziale; inoltre, la valutazione di gravità del comportamento, ancora una volta, non attiene alla relazione tra le parti, come nel caso dell'abuso del diritto o della risoluzione per inadempimento, circostanza quest'ultima evocata dal riferimento alla buona fede oggettiva, bensì discende esclusivamente da un giudizio assoluto di esorbitanza dai limiti del potere compiuto *apriori* dal legislatore o dalle parti medesime in contratto.

<sup>60</sup> In senso contrario a quanto qui sostenuto, riconduce l'eccesso di potere all'illecito civile e, dunque, al rimedio risarcitorio, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, 3ª ed., Milano, 1979, 40 (il quale, per inciso, sembra non ammettere la categoria dell'abuso del diritto). Anche P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 95 s., ritiene che le condotte che stanno fuori del contenuto del diritto debbano essere considerate illecite e, dunque, alle stesse dovrebbe applicarsi la disciplina del fatto illecito ex art. 2043 c.c. Nella dottrina spagnola, ritengono che il *retraso desleal* presupponga l'accertamento di un pregiudizio, A. VALQUER ALOY y N. CURRULL SERRA, *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*, in *Indret*, 2005, 7. Sul punto v., inoltre e sempre in critica a Cass., 14.06.2021, n. 16743, cit., la diversa posizione di M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, 1185, il quale rimarca che «il ritardo non è in sé un fatto illecito; né esso mena *tout court* a una dichiarazione di inammissibilità o d'inefficacia. Dipende dal pregiudizio aggiuntivo (effettivo o temuto) che il debitore dimostri di soffrire per colpa o per dolo del creditore (...), ossia dal diverso danno, che - ferma la prestazione dovuta - il debitore provi di aver incolpevolmente ed effettivamente subito quale conseguenza immediata e diretta delle condotte concludenti (e perciò affidanti) del creditore. In difetto di questa prova, l'inerzia negativa (mero e solo silenzio del creditore) è inconcludente. Il credito integro. L'azione ammissibile ed efficace».

## 9. La possibile utilità della tipizzazione sul piano dello *strictum ius* e la riconduzione della perdita del diritto nel novero del “giusto rimedio civile”.

| 388

La ricostruzione proposta questa sede riesce dunque a ritagliare un autonomo *ubi consistam* al fenomeno della perdita del diritto, distinto dal territorio proprio della prescrizione e della decadenza c.d. propria sul quale, peraltro, il legislatore italiano si mostra ancora molto indietro rispetto al generale quadro europeo<sup>61</sup>.

Il fenomeno indagato si coniuga nella sua dimensione di “giusto rimedio civile”<sup>62</sup> a caratura sanzionatoria, quale pena privata di fonte legale o pattizia; è questo un rimedio che si profila totalmente avulso, al fine di evitare incertezze e confusioni, dall’ambito di tradizionale operatività della buona fede oggettiva e consente di preservare l’elemento della certezza giuridica ove esso entri in frizione con il diverso rimedio *extra ordinem* - legato ad un parametro di tempo - della prescrizione e della decadenza in senso proprio<sup>63</sup>.

Tanto si realizza muovendosi sul piano dello *ius strictum* e, per tale via, abbandonando il terreno impervio delle clausole generali. In altri termini, fuori dal campo della buona fede, i comportamenti di eccesso di potere possono essere tipizzati, oltre che dal legislatore secondo una precisa modalità di costruzione della fattispecie astratta e dei suoi effetti (estintivi), anche dall’autonomia dei privati, in quest’ultimo caso concretizzandosi regole di azione idonee ad arricchire il novero delle condotte di eccesso di potere e a stabilizzare un quadro normativo che sembra andare indubbiamente nella direzione di sanzionare, tramite la rimozione coattiva della titolarità in senso estintivo, comportamenti gravi ed esorbitanti dal potere sottostante la posizione giuridica soggettiva.

L’appena richiamata tipizzazione appare utile e costituisce un primo passo, ma non è del tutto sufficiente, perché, ogni caso concreto, il comportamento al quale ricollegare l’effetto estintivo del diritto dev’essere attentamente valutato al fine di ravvisarvi la coerenza della soluzione qui vi proposta, ponendo mente: *a*) alla riconducibilità di tale comportamento alla categoria dell’eccesso di potere (distinto dall’abuso del diritto); *b*) alla proporzionalità e gravità dell’effetto che si vuole raggiungere (la produzione della vicenda estintiva e la conseguente ablazione della titolarità della situazione giuridica); *c*) all’esigenza di realizzare la precipua funzione sanzionatoria

<sup>61</sup> La Società Italiana degli Studiosi di diritto civile ha già formulato una proposta in tal senso, istituendo una Commissione di studio sulla “Prescrizione” (con il compito di sottoporre al Consiglio Direttivo proposte di modifica della disciplina): i risultati della riforma proposta sono pubblicati in *Annali SISDic*, Napoli, 2022, p. 161 ss.

<sup>62</sup> La ricerca del “giusto rimedio civile”, impostato sulle circostanze del caso concreto e funzionalizzato agli interessi che si intendono realizzare, è auspicio benemerito della più attenta civilistica contemporanea: v. P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss.

<sup>63</sup> Sia consentito il rinvio, nella prospettiva di configurare la prescrizione come rimedio civile e tecnica di difesa, a F. LONGOBUCCO, *La prescrizione come “rimedio civile”: profili di ragionevolezza dell’istituto*, in *Contratti*, 2012, 947 ss.; già, in simile prospettiva, taluni spunti in A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, in *in Corr. giur.*, 4, 2011, 488 ss.



del comportamento esorbitante dal potere. Sono tutti parametri, questi, diretti a controllare la pronuncia giudiziale nei vari gradi di giudizio, giacché, al di fuori delle condizioni poc'anzi poste, le vie percorribili dovranno essere differenti e meno trancianti - specie per il distinto caso dell'abuso di potere *contra fidem bonam* o del mero inadempimento ad obblighi presupposti - dovendosi prediligere il risarcimento del danno, la risoluzione contrattuale per inadempimento, la paralisi processuale (la c.d. *exceptio doli generalis*), l'inopponibilità, il rigetto della domanda giudiziale, ecc.

Così dunque ricondotta la perdita del diritto al campo della prevedibilità giuridica, lontano dall'eccessiva discrezionalità dell'interprete fondata sulle clausole generali, il monito resta in ogni caso sempre quello alla cautela<sup>64</sup>, perché, se è vero che, come autorevolmente sostenuto, «il problema del diritto è sempre la disciplina del potere»<sup>65</sup>, ogni situazione è diversa dall'altra ed «*il giusto rimedio civile*» dev'essere attentamente soppesato ed adeguato alla situazione di fatto che si intenda disciplinare, sì come all'aspetto funzionale della tutela civile e dell'effettività dei diritti che ci si prefigga di attuare.

<sup>64</sup> Già in tema di abuso del diritto, ammonisce alla prudenza, A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 331 (e ID., *Il diritto come discorso*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2013, 473 s.).

<sup>65</sup> Così T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 17, e 50, ove l'autore osserva, altresì, che il sistema di diritto privato è «strumento di una reale attribuzione di potere».

