

VERWIRKUNG, RINUNCIA E AFFIDAMENTO.
UN CORTOCIRCUITO ARGOMENTATIVO,
CON UNO SGUARDO AL *RETRASO DESLEAL* SPAGNOLO

Donato Maria Matera *

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il rinnovato interesse per la *Verwirkung* e l'utilità di un confronto con l'ordinamento spagnolo – 2. Brevi cenni sulla *Verwirkung* nell'ordinamento tedesco – 3. La *Verwirkung* nell'ordinamento spagnolo. La *doctrina del retraso desleal* – 3.1. Problematiche applicative: inerzia, 'condotta ulteriore' e volontà estintiva – 3.2. Il rapporto con l'*abuso de derecho* – 4. La *Verwirkung* nell'ordinamento italiano. Le tappe della figura – 5. Le difficoltà di recepimento della *Verwirkung* nell'ordinamento italiano – 5.1. Affidamento giustificato, circostanze ulteriori e rinuncia – 5.2. Sovrapposizione pratica tra *Verwirkung* e rinuncia tacita – 6. Spunti conclusivi. Ricorso alla *Verwirkung* tra opportunità e coerenza del sistema.

1. – Non è controvertibile che il tempo abbia un rilievo per le vicende giuridiche¹. Più dubbio è che esso possa concorrere, insieme ad altre circostanze, a dar luogo a una dinamica di preclusione o estinzione dei diritti soggettivi, di cui da qualche tempo si è tornati a discutere e che è comunemente denominata *Verwirkung*.

Si tratta, come è noto, di una figura di elaborazione tedesca: la protratta inattività del titolare del diritto – per un periodo di tempo non determinabile a priori e comunque insufficiente a integrare la prescrizione – unita al concorso di ulteriori circostanze, dà luogo a un affidamento del soggetto passivo sul fatto che il diritto non sarà più esercitato; affidamento che il principio di buona fede rende meritevole di tutela, sino a giustificare la perdita del diritto stesso o (secondo una ricostruzione alternativa) la preclusione al suo esercizio².

* Dottore di ricerca nell'Università LUM "Giuseppe Degennaro" di Bari-Casamassima..

¹ Solo per alcune riflessioni su questa vasta tematica, L. Mengoni, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, III, 635 s.; *Tempo e diritto. In memoria di Paolo Vitucci*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2010; G. Alpa, *Il calcolo del tempo e le regole del diritto*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2021, 189 s.

² Per questa definizione, v. S. Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1972, 105; nonché Id., *Verwirkung*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 722 s. Più di recente, Id.,



Le esigenze pratiche sottese a questa figura non sono certo circoscrivibili al solo ordinamento in cui essa è stata concepita. Non stupisce, allora, che la *Verwirkung* abbia trovato riscontro – pur con i necessari adattamenti – anche in altri sistemi giuridici³. Tra questi, un esempio di particolare rilievo è quello offerto dalla Spagna, ove a partire dagli anni '80 del secolo scorso il *Tribunal Supremo* ha elaborato la *doctrina del retraso desleal*, esplicitamente accostata in più occasioni alla figura tedesca. Ed è il caso, seppure con un percorso più incerto, dell'Italia, in cui dopo una lunga stagione di sostanziale chiusura, la giurisprudenza di legittimità è tornata a confrontarsi con la *Verwirkung*, dapprima nella nota decisione di legittimità del 2021⁴, e più di recente in un'ordinanza del

Tempo, prescrizione e Verwirkung, Modena 2020, 54 s.

³ Per uno sguardo di insieme, in chiave comparata, A. Vaquer Aloy, *Verwirkung versus Laches: A Tale of Two Legal Transplants*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 2006, 53 s. Cfr. poi *Good Faith in European Contract Law*, a cura di R. Zimmermann-S. Whittaker, Cambridge, 2000, spec. 515 s., ove si offrono riflessioni comparatistiche a partire da un *case study*, nel quale un conduttore paga al suo locatore un canone più basso rispetto a quello pattuito. Dopo tre anni di tolleranza, il locatore richiede il pagamento di tutte le parti di canone non versate. Per indicazioni relative ai sistemi tedesco e svizzero v. F. Ranieri, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971, 40 s.; Id., *Eccezione di dolo generale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 311 s., spec. 320 s.; sul recepimento della *Verwirkung* nel sistema portoghese, Vaquer Aloy, op. ult. cit., 66 s.; su quello brasiliano F. Sardenberg Guimarães Trés Henriques-G. Fachetti Silvestre, *Uma aplicação da Verwirkung (supressão) ao processo civil: a relação entre preclusão lógica e nulidades alegáveis a qualquer tempo*, in *XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - CE. Processo Civil*, a cura di D. Marques de Moraes-V. Moura Do Carmo-D. Gomes De Miranda, Florianópolis, 2023, 83 s. Alla *Verwirkung* tedesca pare, infine, per molti aspetti assimilabile la *rechtsverwirkung* belga. Tramite l'applicazione di questo istituto il titolare viene privato della possibilità di invocare il diritto, ove adotti un comportamento incompatibile con la volontà di esercitarlo e se, a seguito di quella condotta, il soggetto passivo legittimamente si sarebbe potuto aspettare che il diritto non si sarebbe più esercitato. I. Samoy-T. Hick, *Belgium, Contracts*, a cura di J. Herbots, *International Encyclopedia of Laws*, Alphen aan den Rijn, 2022, 156.

⁴ È la nota Cass. 14-6-2021, n. 16743, *Nuova giur. comm.*, 2021, 1043 s., con commenti di G. D'Amico, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, 1164 s.; F. Macario, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, 1171 s.; M. Orlandi, *Ermeneutica del silenzio*, 1179 s.; C. Scognamiglio, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, 1186 s.; in *Europa dir. priv.*, 2022, 203 s., 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 s., con commenti 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 s.; in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1099 s., con commento di A. Fachechi, *L'abuso dell'abuso e il ricorso improprio al principio di solidarietà*; in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, 10 s., con commento di N. de Luca, *Ritardo sleale ed "estinzione" del diritto. Riflessioni sul riconoscimento della Verwirkung nella giurisprudenza italiana, vent'anni dopo*; in *Danno resp.*, 2022, 91 s., con nota di

2024 che ha segnato una nuova chiusura ⁵.

Queste due decisioni hanno comunque acceso un rinnovato interesse per la *Verwirkung*. E si sono riproposte, in un contesto mutato, alcune questioni di fondo che tradizionalmente si accompagnavano alle analisi sulla figura di origine tedesca: dall'opportunità di ricevere istituti elaborati altrove, al ruolo che le clausole generali sono chiamate a svolgere nel nostro sistema. C'è però un interrogativo che precede e in parte assorbe questi ultimi: se vi sia, cioè, una reale necessità di importare un modello argomentativo come quello della *Verwirkung*, o se gli strumenti già offerti dal nostro ordinamento – a cominciare dalla rinuncia tacita – non siano già sufficienti a soddisfare le medesime esigenze di tutela, senza lasciare sprovvisti di protezione interessi meritevoli.

Per rispondere a questo interrogativo il confronto con l'esperienza spagnola è particolarmente utile. Infatti, l'applicazione giurisprudenziale del *retraso de-seal*, assai più abbondante di quella italiana, lascia emergere con chiarezza una difficoltà che, come si tenterà di dimostrare, si ripropone identica anche nel nostro ordinamento: l'individuazione di 'circostanze ulteriori' che siano al contempo idonee a giustificare l'affidamento del soggetto passivo e distinte da quelle che già configurerebbero una rinuncia tacita al diritto.

È questa la tesi che si intende sostenere nelle pagine che seguono: negli ordinamenti – come quello italiano e quello spagnolo – che riconoscono la ri-

A.M.S. Caldoro, *Inerzia del creditore, affidamento, rilancio improvviso delle pretese creditorie. Di buona fede (militante), abuso e Verwirkung*. Sul provvedimento v. anche A.M. Benedetti, *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum*, 2022, 349 s.; G. D'Amico, *Verwirkung ed esercizio abusivo del diritto di credito*, in *Contratti*, 2022, 129 s.; G. Vettori, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. comm.*, 2022, 185 s. Cfr. anche G. Grisi, *Brevi note sull'esazione della prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2023, 801 s.; Id., *Ancora sull'esazione della prestazione*, in *Jus Civile*, 2024, 222 s.; C.M. Nanna, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2022, 193 s.

⁵ Cass. 26-4-2024, n. 11219, in *Foro it.*, 2024, I, c. 2084; in *Nuova giur. comm.*, 2024, 1142 s., con nota di A. Renda, *La Cassazione torna sulla Verwirkung per negarla*; il provvedimento è stato commentato anche da F. Longobucco, *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*, in *Pers. merc.*, 2024, 365 s.; da F. Benatti, *Uno sguardo comparatistico sulla "Verwirkung"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2025, 694 ss.; E. Errigo, *Ancora sull'inerzia nell'esercizio del diritto di credito tra rigore argomentativo e istanze di giustizia*, in *Rass. dir. civ.*, 2025, I, 228 s. Sulla pronuncia v. anche S. Monticelli, *Verwirkung ultimo atto*, in *Accademia*, 2024, 551 s.; C. Scognamiglio, *La Corte di Cassazione supera (con una ratio decidendi concorrente) una 'isolata pronuncia' in materia di Verwirkung*, in *Pactum*, 2024, 487 s.

nuncia tacita quale strumento di estinzione unilaterale del diritto, i segni e i comportamenti idonei a fondare un affidamento giustificato sul suo mancato esercizio futuro coincidono, fondamentalmente, con quelli già sufficienti a rivelare una volontà abdicativa del titolare. Dal tentativo di ricercare un ambito di applicazione per la *Verwirkung* deriva allora un sostanziale cortocircuito argomentativo: laddove l'affidamento risulti effettivamente giustificato, il diritto si sarà già estinto per rinuncia tacita, senza che vi sia spazio per un autonomo ricorso alla *Verwirkung*. Il che non consente di rinvenire uno spazio logico di necessità o utilità reale per questa figura.

Il percorso che si propone muove dalle origini della *Verwirkung* nell'ordinamento tedesco ⁶, per poi esaminarne l'impiego in quello spagnolo ⁷ e, dopo aver analizzato il percorso della figura nel sistema italiano ⁸, soffermarsi sulle ragioni che ne rendono complessa la recezione ⁹.

2. – La figura tedesca della *Verwirkung*, il suo sviluppo e la sua applicazione in Germania sono già stati oggetto di studio da parte della dottrina italiana. Non avrebbe pertanto una particolare utilità riproporre integralmente in questa sede le considerazioni svolte dagli studiosi che se ne sono occupati, né riportare tutte le informazioni riferite dagli stessi. È tuttavia necessario, ai fini della nostra indagine, ripercorrere brevemente alcune fasi di elaborazione e sviluppo della *Verwirkung* nell'ordinamento tedesco, per chiarirne brevemente le origini, il fondamento normativo e la struttura, in modo da comprendere le esigenze pratiche alla base della sua diffusione.

Le origini, com'è noto, sono risalenti. La giurisprudenza tedesca ha infatti applicato l'istituto con maggiore consapevolezza a partire dagli anni successivi alla prima guerra mondiale, a seguito della forte svalutazione del marco, che portò al temporaneo abbandono del principio nominalistico in Germania ¹⁰. Nello stesso periodo l'istituto trovò una fiorente applicazione nel settore dei segni distintivi dell'impresa, come strumento utile a contrastare il comporta-

⁶ *Infra*, § 2.

⁷ *Infra*, § 3.

⁸ *Infra*, § 4.

⁹ *Infra*, §§ 5-6.

¹⁰ Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 102 s.; Id., *Verwirkung*, cit., 723; Ranieri, *Rinuncia tacita*, cit., 16 s. Il problema della svalutazione del marco dopo il primo conflitto mondiale è riportato da T. Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1959, 331 s.

mento abusivo di chi, dopo aver tollerato per anni l'uso di un marchio identico al proprio, agiva per richiederne l'interdizione, avvantaggiandosi della notorietà che tale marchio aveva nel frattempo ottenuto sul mercato ¹¹.

Al proliferare dell'utilizzo della *Verwirkung* fece seguito una progressiva revisione del suo fondamento normativo. Essa, che originariamente veniva ricondotta al § 826 BGB (sulla violazione dei buoni costumi), è stata successivamente ancorata al § 242 BGB, in cui è racchiuso il noto principio di *Treu und Glauben* ¹² (nel quale tuttora la dottrina tedesca ravvisa la fonte normativa della *Verwirkung*). I giudici tedeschi, quindi, piuttosto che ricercare un'intenzione del titolare del diritto di violare i buoni costumi, iniziarono a dare rilevanza all'obiettivo contrasto del comportamento con il dovere di buona fede ¹³.

Si andò pertanto definendo la struttura della *Verwirkung*: una fattispecie complessa caratterizzata dall'inattività del titolare del diritto protratta per un certo periodo di tempo – valutato di volta in volta e comunque non sufficientemente lungo da portare all'estinzione del diritto per prescrizione – (*Zeitmoment*) e da ulteriori circostanze (*Umstandsmoment*), che contribuissero a generare un affidamento sul fatto che il diritto non sarebbe più stato esercitato e che rendessero pertanto l'esercizio di tale diritto contrario al § 242 BGB ¹⁴. Il verificarsi di queste condizioni avrebbe comportato la perdita – o, secondo certe ricostruzioni, la preclusione o la mera limitazione – del diritto ¹⁵, indipendentemente dall'esistenza di una volontà estintiva. Il che, appunto, colloca la *Verwirkung* tedesca al di fuori delle fattispecie a carattere negoziale.

¹¹ Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 103 s.; Id., *Verwirkung*, cit., 723; Ranieri, *Rinuncia tacita*, cit., 18 s.

¹² Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 104 s.; Id., *Verwirkung*, cit., 723; Id., *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit., 54 s. e 58 s. Sul ruolo delle clausole generali – in particolare della violazione dei buoni costumi e del principio di *Treu und Glauben* – nell'ordinamento tedesco e sulla 'fuga' verso tale modello v. J.P. Dawson, *Gli onicoli del diritto*, a cura e con un saggio introduttivo di R. Giurato, Napoli, 2014, 548 s.

¹³ Ciò incideva anche sull'onere probatorio del convenuto, che non avrebbe più dovuto provare il dolo della controparte; cfr. Patti, *Verwirkung* cit., 723.

¹⁴ Patti, *Verwirkung*, cit., 724; Id., *Profili della tolleranza*, cit., 105; Ranieri, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit., 27 s.

¹⁵ Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 118 s.; Id., *Verwirkung*, cit., 728; Id., *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit., 62 s. L'Autore ritiene che la *Verwirkung* possa comportare 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.

La dottrina italiana che più approfonditamente si è occupata del tema ha individuato due principali ragioni che hanno portato all'affermazione della *Verwirkung* in Germania. Da un lato, il passaggio verso una società industrializzata aveva contribuito a incrementare l'intensità dei traffici, rendendo sempre più avvertite le esigenze di speditezza e certezza. In un simile quadro i lunghi termini di prescrizione dettati dal BGB – che com'è noto sono stati oggetto di riforma nel 2001¹⁶ – incominciavano a rivelarsi fortemente inadeguati e necessitavano pertanto di un temperamento¹⁷.

Dall'altro lato, la *Verwirkung* si rendeva – e tuttora si rende – utile ai giudici tedeschi per raggiungere risultati rispondenti ad esigenze che, pur contrastanti con lo *jus strictum*, meglio rispondessero a canoni di giustizia del caso concreto¹⁸. Essa quindi ha rivestito e continua a rivestire una funzione di natura sostanzialmente equitativa¹⁹.

Altra parte della dottrina italiana ha poi individuato un ulteriore motivo per spiegare l'affermazione della *Verwirkung* in Germania. A differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, nel sistema tedesco la rinuncia al diritto ha natura tendenzialmente contrattuale. Dunque, la semplice emersione della volontà del titolare – specie ove desumibile da comportamenti concludenti – non sarebbe sufficiente alla produzione di effetti estintivi. Tale circostanza avrebbe reso meno agevole il ricorso alla rinuncia tacita, favorendo il ricorso a una forma di tutela dell'affidamento come la *Verwirkung*²⁰.

¹⁶ Sulla riforma tedesca dei termini di prescrizione cfr. G. Magri, *La prescrizione. Ricodificazione degli ordinamenti giuridici europei e prospettive di modernizzazione del diritto italiano*, Napoli, 2019, 60 s. Sulle nuove esigenze legate al tema della prescrizione cfr. S. Patti, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012, spec. 135 s.

¹⁷ Patti, *Profili della tolleranza* cit., 8 s. e 108 s.; Id., *Verwirkung*, cit., 725. L'Autore osserva tuttavia che la *Verwirkung*, pur portando di fatto alla deroga della disciplina della prescrizione, non ha introdotto formalmente nell'ordinamento tedesco dei nuovi termini di prescrizione.

¹⁸ Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 109 s.; Id., *Verwirkung*, cit., 725 s.; Id., *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit., 58 s. Particolare enfasi alla funzione equitativa della *Verwirkung* è data anche da Ranieri, *Rinuncia tacita*, cit., 2 s. il quale, come meglio si dirà, argomenta che questa stessa funzione è spesso svolta negli ordinamenti latini dalla rinuncia tacita (120 s.).

¹⁹ Sembra in effetti questa la funzione prevalente dell'istituto, se si considera che – come recentemente osservato dalla dottrina – nonostante l'abbreviazione dei termini di prescrizione, che pure per ovvie ragioni ha ridotto l'applicazione della *Verwirkung*, i giudici tedeschi continuano ad applicarla per sanzionare comportamenti del titolare del diritto contrastanti con la buona fede. Patti, *Tempo, prescrizione e Verwirkung*, cit., 63.

²⁰ Sul punto, infatti, a proposito della remissione del debito il § 397 del BGB prevede che il

3. – Lo sviluppo di una riflessione sul *retraso desleal* in Spagna è più recente rispetto a quanto avvenuto in Germania: il primo provvedimento in cui il *Tribunal Supremo* spagnolo ha fatto esplicitamente riferimento alla figura è una sentenza del 1982²¹. Da qui in avanti sono stati numerosi gli interventi giurisprudenziali che hanno in qualche modo menzionato la figura e la loro stratificazione ha permesso di delineare la fisionomia dell'istituto, che pure ha conservato dei tratti incerti²². Decisamente più contenuta è stata invece l'attenzione rivolta alla figura dalla dottrina spagnola, come testimoniano i più limitati studi sul tema²³.

Si parla di *doctrina* del *retraso desleal* per identificare un istituto di matrice giurisprudenziale che comporta la preclusione all'esercizio di un diritto quan-

rapporto obbligatorio possa estinguersi mediante contratto (*Vertrag*) tra creditore e debitore. Diverso è il caso della rinuncia alla proprietà, per la quale tale accordo non si rende necessario (cfr. § 928 BGB). Questo dato è valorizzato specialmente da Ranieri, *Rinuncia tacita* cit., 52 s., per argomentare la sua tesi di cui si dirà, *infra*, al § 4. Ma lo stesso Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 58 non manca di osservare che «il negozio di rinuncia nell'ordinamento tedesco presenta a volte struttura contrattuale». Più di recente il punto è messo in evidenza da Piraino, *La protratta inerzia* cit., 211, nt. 17.

²¹ Il riferimento è alla sentenza, nota agli interpreti spagnoli, Trib. Supremo 21-5-1982, *www.poderjudicial.es*.

²² Tra i provvedimenti del Tribunal Supremo più recenti, Trib. Supremo 11-4-2023, n. 467, in *Pactum*, 2023, 173 s., con commento di D.M. Matera, *Inerzia, circostanze ulteriori e affidamento. Il retraso desleal (o Verwirkung) nella giurisprudenza spagnola*; Trib. Supremo 21-6-2022, n. 491, in *Pactum Online*. V. poi Trib. Supremo 18-3-2024, n. 389; Trib. Supremo 11-3-2024, n. 352; Trib. Supremo 30-1-2024, n. 109; Trib. Supremo 30-1-2024, n. 113; Trib. Supremo 18-1-2024, n. 57; Trib. Supremo 9-1-2024, n. 12; Trib. Supremo 3-10-2023, n. 1346 tutte in *www.poderjudicial.es*.

²³ Studio cardine sul tema è comunque ritenuto il lavoro di L. Díez-Picazo, *La doctrina de los actos propios. Un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2014. Si vedano poi il lavoro monografico di C. Tur Faúndez, *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Madrid, 2011, 1 s.; nonché D. Fernández de Retana Gorostizagoiza, *Buona fede e decoro del tempo nell'esercizio dei diritti soggettivi: la figura del «retraso desleal» nella giurisprudenza spagnola*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, 563 s.; F. Arnau Moya, *Inexistencia de retraso desleal en el ejercicio de la acción de reclamación de cantidades indebidamente cobradas. Comentario a la STS de España núm 243/2019, de 24 abril (RJ 2019/1583)*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 832 s.; A. Vaquer Aloy, *El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la Verwirkung en la jurisprudencia española*, in *Rev. Aranzadi de Derecho patrimonial*, 1999, 89 s.; A. Vaquer Aloy-N. Cucurrull Serra, *¿Solventia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*, in *Indret*, 2005, 2 s.; A. Perea González, *Verwirkung o el retraso desleal, el valor de la confianza*, in *Diario La Ley*, n. 9211, 6 giugno 2018.

do l'inerzia del suo titolare, per un periodo di tempo non determinato *a priori* (ma che in ogni caso non è idoneo ad estinguerlo per prescrizione), insieme ad ulteriori circostanze, abbia generato nel debitore un legittimo affidamento (*confianza*) sul fatto che tale diritto non sarebbe più stato esercitato²⁴. Si è concordi nell'affermare che un esercizio del diritto che leda questa specifica *confianza* si ponga in contrasto con il generale dovere di comportarsi «*conforme a la buena fe*», dovere che in Spagna trova un esplicito riscontro nell'art. 7, co. 1, del *Código Civil*. Proprio in questa norma viene ravvisato il fondamento normativo del *retraso desleal*.

Dunque, analogamente alla *Verwirkung* tedesca, anche nel caso del *retraso desleal* l'effetto preclusivo all'esercizio del diritto si origina al verificarsi di una fattispecie complessa, nella quale concorrono: *a*) il decorso di un periodo di tempo non determinato *a priori*, ma che in ogni caso non sia idoneo a far maturare la prescrizione; *b*) l'inerzia del titolare del diritto durante questo periodo; *c*) la presenza contestuale di circostanze ulteriori, riconducibili alla condotta del titolare; *d*) il sorgere di una *confianza* sul fatto che il diritto non verrà più esercitato, che si origini proprio dall'inerzia e da quelle circostanze²⁵.

L'inerzia del titolare del diritto – occorre subito metterlo in rilievo – è pertanto elemento necessario, ma non di per sé sufficiente al sorgere di una *confianza* tutelabile. Tale *confianza*, per ricevere questa specifica protezione, non deve originarsi dal mero decorso del tempo, essendo invece necessario anche il concorso di circostanze ulteriori. Il punto è di centrale importanza e su di esso si tornerà nel prossimo paragrafo.

Una parte della dottrina spagnola ritiene, poi, che tra i presupposti del *retraso desleal* debba rientrare anche un concreto e obiettivo pregiudizio per il soggetto passivo, derivante dall'esercizio non tempestivo del diritto, la cui volontarietà è tendenzialmente esclusa²⁶.

Da quanto sommariamente detto, emerge chiaramente come il *retraso desleal* ricalchi nella sua fisionomia la *Verwirkung* tedesca²⁷. E non a caso, in di-

²⁴ Fernández de Retana Gorostizagoiza, *Buona fede e decorso del tempo*, cit., 563 s.

²⁵ Tra le molte pronunce sul punto, Trib. Supremo 2-3-2017, n. 148, www.poderjudicial.es. Nella dottrina L. Díez-Picazo, *Prólogo*, in F. Wieacker, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1982, 22; Tur Faúndez, *La prohibición*, cit., 84 s., che include espressamente anche la intollerabilità dell'esercizio tardivo del diritto, per «*objetiva deslealtad*» del ritardo.

²⁶ Vaquer Aloy-Cucurull Serra, *¿Solvencia recuperada en buen momento?*, cit., 7.

²⁷ Secondo una linea argomentativa seguita da parte della dottrina spagnola, sebbene *Verwirkung*

versi provvedimenti, i giudici spagnoli hanno richiamato la figura utilizzando anche la denominazione tedesca.

3.1. – Sebbene la figura del *retraso desleal* sia definita con nettezza dagli interpreti spagnoli, a un'analisi dei provvedimenti del *Tribunal Supremo* – specie dei più recenti – ci si rende conto che essa trova scarsissime applicazioni nella pratica. Infatti, le decisioni dei giudici di legittimità tendenzialmente disapplicano la figura o comunque le negano spazio, cassando sentenze di secondo grado che la applicavano, respingendo motivi di ricorso fondati su quella *doctrina* o confermando le argomentazioni che non le concedevano spazio.

A una lettura di tali decisioni, ci si rende conto che le argomentazioni su cui esse si fondano sono generalmente riconducibili a un nucleo comune. In linea di massima, infatti, i giudici del *Tribunal Supremo* negano l'applicabilità del *retraso desleal* poiché non rintracciano quella *condotta ulteriore* del titolare del diritto, necessaria insieme alla sua inerzia a fondare la *deslealtad* del *retraso*. In assenza di tale condotta, la *doctrina* del *retraso desleal* non può essere applicata, perché – come si è chiarito – una *confianza* tutelabile sul futuro non esercizio del diritto non può derivare dalla sola inerzia del titolare²⁸.

Ad una riflessione più approfondita, l'identificazione della '*condotta ulteriore*' del titolare, che concorre insieme alla sua inerzia a generare una *confianza* tutelabile, si presenta complessa già su un piano teorico. Non è cioè facile chiarire – anche astrattamente – quale possa essere un contegno del titolare idoneo a rendere tutelabile l'affidamento sul futuro non esercizio del diritto, e la sua individuazione implica spesso un vizio logico.

In alcune decisioni di legittimità, i giudici spagnoli hanno precisato che la '*condotta ulteriore*' del titolare del diritto deve essere tale da supporre una '*clara e inequívoca renuncia de su derecho*'²⁹. La contraddittorietà di questa af-

e *retraso desleal* siano termini spesso utilizzati in senso analogo, non potrebbero essere confusi. Mentre il *retraso desleal* esprimerebbe un istituto giuridico, la *Verwirkung* esprimerebbe l'effetto giuridico derivante dall'esercizio ritardato (preclusione o estinzione, a seconda delle vedute). Fernández de Retana Gorostiza, *Buona fede e decorso del tempo*, cit., 571.

²⁸ In questo senso, quindi, la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* va da tempo affermando che «*la apreciación de la doctrina del retraso desleal exige que, además del transcurso de un dilatado plazo temporal, por más que no exceda del plazo de caducidad o de prescripción, concorra una conducta que, objetivamente haya creado en la otra parte la confianza en que la acción no se ejercitará y convierta en desleal el ejercicio de la acción*»

²⁹ Così, da ultimo, Trib. Supremo 18-1-2024, n. 57, cit., ove si ritiene di non poter dare appli-

fermazione è evidente. Se si suppone che la condotta del titolare, idonea insieme all'inerzia a far sorgere una *confianza* tutelabile, sia quella da cui è dato desumere un suo intento di rinunciare al diritto, non vi sarebbe bisogno dell'applicazione del *retraso desleal*. Essendo rinvenibile una volontà del titolare di rinunciare al suo diritto (non importa poi se manifestata in forma espressa o tacita), esso si estinguerebbe già per effetto di quella rinuncia e non si porrebbero problemi ulteriori di protezione della *confianza*.

Proprio su questo punto, il *Tribunal Supremo* si è pronunciato in un provvedimento del 2016, nel quale si è chiarito che la *confianza* rilevante ai fini del *retraso desleal* non può originarsi dall'emersione – ancorché in forma tacita – di una volontà estintiva del titolare, perché essa appunto già avrebbe l'effetto di estinguere il diritto³⁰. Dunque, secondo questa lettura, la 'condotta ulteriore' del titolare non può consistere in un contegno da cui emerga una simile volontà.

Tale linea interpretativa non è però seguita unanimemente dalla giurisprudenza, anche di legittimità, che di recente è tornata a ribadire la necessità, ai fini del *retraso desleal*, di un comportamento del titolare da cui sia possibile ricavare una sua volontà di rinunciare al diritto³¹.

Per non incorrere nello stesso errore, in altri provvedimenti i giudici spagnoli sono andati alla ricerca di elementi i quali, pur non consentendo l'emersione di una volontà di rinuncia, la lasciassero apparire, richiamando dunque la «*apariencia de derecho*». Così la condotta di chi, pur non rinunciando al diritto, fa apparire che vi «*renuncia o abona*», salvo poi esercitarlo, sarebbe contraria a buona fede e, ai nostri fini, sarebbe suscettibile di configurare un *retraso desleal*³². In questa prospettiva, la 'condotta ulteriore' del titolare sarebbe

cazione al *retraso desleal*, proprio perché il titolare del diritto avrebbe posto in essere una serie di condotte (nello specifico, una serie di richieste reiterate), dalle quali sarebbe stato possibile desumere la sua «*voluntad inequívoca*» di esercitare il diritto (si trattava nel concreto del diritto al risarcimento di danni).

³⁰ Trib. Supremo 13-9-2016, n. 530, in *www.poderjudicial.es*, che pure è richiamata da Trib. Supremo 18-1-2024, n. 57, cit. V., in particolare, *Quinto Fundamento de Derecho*, 6.^a): «*esta sala no se pronuncia en el sentido de declarar que los actos y omisiones de doña Estela que acabamos de exponer constituyeron un acuerdo novatorio extintivo de la cláusula penal, o una renuncia tácita de esa señora a su derecho [...]. De haber sido así, no habría habido necesidad de acudir a la doctrina de los propios actos o a la subespecie del retraso desleal*». Sulla distinzione tra *retraso desleal* e rinuncia tacita, cfr. anche Trib. Supremo 15-2-2022, n. 112, *www.poderjudicial.es*.

³¹ Da ultimo, v. la decisione già richiamata, Trib. Supremo 18-1-2024, n. 57, cit.

³² In questo senso espressamente Trib. Supremo 2-3-2017, n. 148, cit. ove si chiarisce che si considera contraria a buona fede «*aquella conducta contradictoria del titular del derecho que por un lado*

dunque quella idonea a *far apparire* una volontà di rinunciare al diritto. Senza poterci soffermare approfonditamente sul punto, ci limiteremo a osservare come, in presenza di una simile apparenza, potrebbe discutersi sull'applicabilità di altre figure come la *doctrina de los actos propios*³³ o il principio di *apariencia jurídica*³⁴. Il ricorso a tali figure avrebbe l'effetto di precludere al titolare l'esercizio del diritto, fornendo così tutela al soggetto passivo e rendendo superfluo un ricorso al *retrato desleal*.

In definitiva, manca nel panorama spagnolo una ricostruzione astratta della 'condotta ulteriore', necessaria insieme all'inerzia del titolare di un diritto a fondare la *deslealtad* del suo *retrato*. Le difficoltà correlate alla sua identificazione danno già ampio conto dei motivi per i quali la giurisprudenza spagnola continua a dare scarsissima applicazione alla figura del *retrato desleal*.

3.2. – Di particolare interesse è poi il rapporto che nel sistema spagnolo si è andato delineando tra la figura del *retrato desleal* e quella dell'*abuso de derecho*. Pur essendo entrambi gli istituti riconducibili alla comune radice del dovere di

da a entender a través de la expresión de su comportamiento, que renuncia o abandona determinado derecho y, contraviniendo esa apariencia creada, a su vez reclama su ejercicio».

³³ La giurisprudenza spagnola fa spesso riferimento al principio di apparenza anche per l'applicazione della *doctrina de los actos propios*. Cfr. Tur Faúndez, *La prohibición*, cit., 30 s., spec. 31 s.

³⁴ Nonostante alcune opinioni contrarie, secondo parte della dottrina anche in Spagna ci sarebbe un principio generale di protezione dell'apparenza, in forza del quale si giungerebbe a una equiparazione tra realtà ed apparenza. Non sembra esserci piena uniformità tra i requisiti necessari per l'applicazione del principio di apparenza. Per Tur Faúndez, op. ult. cit., 27, essi sarebbero: a) il riferirsi l'apparenza a una situazione di fatto; b) l'ingenerarsi di un errore e di un affidamento nel terzo; c) l'assenza di una condotta negligente; d) il carattere necessariamente oneroso dell'operazione che coinvolge il terzo. Secondo l'A. sarebbe dunque da escludere un ricorso al principio di apparenza nelle ipotesi in cui siano ravvisabili gli elementi tipici del *retrato desleal*. Ciò in quanto chi dovrebbe beneficiare della situazione dell'apparenza non sarebbe un terzo in buona fede a titolo oneroso, ma lo stesso soggetto passivo del rapporto giuridico. Diversamente J.E. Bustos Pueche, *La doctrina de apariencia jurídica. Una explicación unitaria de los artículos 34 de la Ley hipotecaria y 464 del Código civil, y otros supuestos de apariencia*, Madrid, 1999, spec. 68 s., il quale invece fa riferimento a: a) un requisito oggettivo (la presenza di segni esteriori che indicano una determinata situazione come esistente, spec. 68 s.); b) un requisito soggettivo, consistente nella buona fede del terzo (v. spec. 82 s.); c) un requisito formale (che molto spesso è un negozio a titolo oneroso che coinvolge il terzo che sarebbe pregiudicato dalla situazione reale. A tale proposito, l'A. argomenta a differenza di Tur Faúndez che l'apparenza può operare anche tra soggetti legati da un rapporto giuridico già esistente e dunque non necessariamente deve coinvolgere un terzo (v. spec. 89 s.); d) un requisito negativo (che non ci siano ragioni legali che impediscono l'operatività dell'apparenza, v. 93).

comportarsi secondo buona fede, essi non vanno sovrapposti. Anche questo punto è stato oggetto di pronunce da parte della giurisprudenza spagnola e non è privo di risvolti pratici.

Come si accennava, tra i dubbi che si sono posti riguardo all'applicazione del *retraso desleal* vi è quello relativo alla necessità o meno di una specifica volontà del titolare del diritto di ritardarne l'esercizio al fine specifico di ricavare un utile. E quindi se il *retraso* possa considerarsi *desleal* solo in presenza della volontà precipua di ottenere un vantaggio da tale condotta o di danneggiare la controparte. Esempio emblematico che non di rado emerge dalla prassi è quello del ritardo volto alla maturazione di una maggiore quantità di interessi ³⁵.

In effetti, la denominazione spagnola dell'istituto (che volendo fare un parallelismo con l'ordinamento tedesco, non è una traduzione fedele del termine «*Verwirkung*», ma piuttosto di «*illoyale Verspätung*», letteralmente «ritardo sleale» ³⁶) potrebbe indurre a pensare che la valutazione sulla «*deslealtad*» della condotta di chi ritardi l'esercizio del diritto includa una necessaria volontà di conseguire un vantaggio tramite la stessa. Tuttavia, le più recenti sentenze di legittimità spagnole vanno spesso ponendo in risalto che tra gli elementi che consentono di *apreciar* un *retraso desleal* non è ricompreso l'intento del titolare del diritto di trarre una illecita utilità, rilevando invece solo l'idoneità della sua condotta a ledere una *confianza* che aveva contribuito a generare. La valutazione sulla «slealtà» del *retraso* è dunque, in questo senso, *oggettiva* ³⁷.

Proprio la natura oggettiva della valutazione della condotta contribuisce a marcare il confine tra il *retraso desleal* e l'*abuso de derecho*. Questo istituto trova

³⁵ Un problema di questo tipo emerge, ad esempio, in Trib. Supremo 22-12-2022, n. 1011, in www.poderjudicial.es.

³⁶ Anche in Germania si era posta la questione relativa alla necessità ai fini della *Verwirkung* di una *illoyale Verspätung*, cioè di un ritardo nell'esercizio del diritto voluto dal titolare al fine di ricavarne un utile maggiore. Come è però stato osservato, nell'applicazione della *Verwirkung* i giudici tedeschi non vanno alla ricerca di tale requisito. Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 115 s. Il ritardo, infatti, è considerato «oggettivamente», cioè prescindendo da qualsiasi intenzione maliziosa del titolare, solo in quanto idoneo a suscitare un affidamento meritevole di tutela. In ciò un'altra analogia con il sistema spagnolo, per cui v. alla nota successiva.

³⁷ La giurisprudenza spagnola parla pertanto di «*retraso objetivamente desleal*». In questo senso, ad esempio, nella vicenda giudiziaria conclusasi con Trib. Supremo 11-4-2023, n. 467, cit., anche il magistrato A. Dueñas Campo, nel *voto particular* espresso in Aud. Provincial Ávila 11-6-2019, n. 277, in www.poderjudicial.es. V. poi Trib. Supremo 13-9-2016, n. 530, cit.; Trib. Supremo 2-3-2017, n. 148.

in Spagna un espresso riconoscimento all'art. 7, co. 2, del *Código Civil*, ove si prevede che «*Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifestamente 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*»³⁸.

Sebbene entrambi gli istituti abbiano fondamento nel dovere generale di buona fede, per aversi *abuso de derecho* è richiesta la presenza di un elemento intenzionale da parte di chi esercita il diritto («*la intención de su autor*»), consistente appunto nell'intento di causare un danno al soggetto passivo del rapporto giuridico (*animus nocendi*); volontà che è invece del tutto irrilevante ai fini della *Verwirkung*. Le due figure pertanto, nell'ordinamento spagnolo, presentano una struttura fondamentalmente diversa³⁹.

In linea teorica, non si pongono allora particolari dubbi sul tipo di valutazione da compiere per l'applicazione del *retraso desleal*, così come appare ben definita la differenza tra questa figura e l'*abuso de derecho*. Per ciò che è dato riscontrare nella pratica, non è tuttavia del tutto infrequente che i due istituti vengano tra loro confusi. Così avviene quando, sotto il *nomen* di *retraso desleal*, i giudici spagnoli indagano in realtà sull'esistenza di un abuso del diritto, svolgendo ad esempio una valutazione soggettiva sull'inerzia del titolare nell'esercizio del diritto e sulla slealtà di tale comportamento.

È il caso di un recente provvedimento, ove dinanzi al *Tribunal Supremo* si discuteva della *deslealtad* della condotta di un soggetto, che prima aveva esercitato un'azione di mero accertamento sull'esistenza di una responsabilità in capo a due banche, e solo successivamente aveva richiesto la condanna delle stesse al pagamento degli importi accertati⁴⁰. Nel cassare la sentenza di merito che aveva qualificato come scorretto questo comportamento e applicato il *retraso desleal*, l'*Alto Tribunal* ha ritenuto che dalle risultanze istruttorie non fosse emerso né dolo né alcuna forma di manifesta negligenza nell'esercizio dell'azione, tale da poter giustificare la *deslealtad* di questa condotta.

Come sarà evidente alla luce di quanto siamo andati dicendo, il problema

³⁸ Per un'analisi dell'*abuso de derecho*, nella letteratura spagnola, M. Atienza-J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, Madrid, 2000, spec. 33 s.

³⁹ Fernández de Retana Gorostiza, *Buona fede e decoro del tempo*, cit., 582; Tur Faúndez, *La prohibición*, cit., 89 s.

⁴⁰ Trib. Supremo 21-6-2022, n. 491, cit.

che si poneva in questo caso non riguardava un'ipotesi di *retrato desleal*, quanto piuttosto di *abuso de derecho*. Il comportamento di chi esercita prima un'azione di mero accertamento e solo dopo l'azione di condanna per gli importi accertati non rischia, in linea di principio, di ledere un affidamento sul fatto che il diritto non verrà più esercitato; quanto piuttosto di arrecare un danno ingiusto al soggetto passivo, laddove quella modalità di esercizio sia ad esempio finalizzata all'ottenimento di una somma maggiore a titolo di interessi. E infatti, in quel provvedimento, il *Tribunal Supremo* ha escluso il *retrato desleal* non per l'assenza di una *confianza* tutelabile del soggetto passivo o di altri requisiti caratterizzanti, quanto piuttosto per la mancanza di un dolo o colpa nell'esercizio dell'azione. Tali elementi soggettivi però, secondo gli interpreti spagnoli, non rilevano per il *retrato desleal*, ma consentono tutt'al più di considerare abusivo il comportamento del titolare. La confusione tra le due figure in cui sono incorsi i giudici di legittimità sembra evidente.

4. – Le riflessioni svolte in precedenza possono costituire una luce sotto la quale leggere e comprendere ancora più a fondo i problemi legati all'affermazione della *Verwirkung* nell'ordinamento italiano. Prima di svolgere questa lettura, è comunque utile ripercorrere brevemente le vicende dell'istituto all'interno del nostro sistema.

Se si eccettuano limitate analisi rivolte a specifici settori, fino alla seconda metà del secolo scorso è stata scarsa l'attenzione della dottrina italiana per la *Verwirkung*. In tal senso, un richiamo tanto significativo quanto isolato è rinvenibile nel noto scritto di Pietro Rescigno sull'abuso del diritto⁴¹. Sono invece degli anni '70 i primi lavori italiani che si sono più approfonditamente dedicati al tema. Si tratta dei due studi monografici di Filippo Ranieri⁴² e Salvatore Patti⁴³, che si sono differenziati sia per l'approccio metodologico seguito che per le conclusioni raggiunte.

Nel primo, si è affermata una sostanziale coincidenza tra le esigenze equitative che in Germania avevano portato alla teorizzazione e applicazione della *Verwirkung* e quelle che negli ordinamenti latini venivano soddisfatte median-

⁴¹ P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 205 s. Successivamente, v. G. Cian, *Tutela della controparte di fronte all'annullamento o alla ratifica del negozio*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 538 s., spec. 565 s.

⁴² Ranieri, *Rinuncia tacita*, cit.

⁴³ Patti, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit.

te il ricorso alla rinuncia tacita⁴⁴. Questa, si è argomentato, almeno in Francia e in Italia sarebbe stata lo strumento utilizzato dalla giurisprudenza per tutelare l'affidamento suscitato nella controparte da un comportamento inattivo del titolare del diritto, che ne avesse ritardato l'esercizio⁴⁵.

Il secondo lavoro è stato invece dedicato a un'analisi delle fattispecie di tolleranza, intesa come atteggiamento di mancata reazione da parte del titolare di un diritto, idoneo a generare un affidamento nella controparte⁴⁶. L'Autore ha ravvisato una corrispondenza tra queste ipotesi e quelle che in Germania configurano casi di *Verwirkung*, non ritenendo condivisibile una correlazione tra questo istituto e quello della rinuncia tacita⁴⁷. A sostegno di questa tesi si è argomentato che, mentre nella rinuncia tacita il comportamento del titolare del diritto costituisce mezzo di esternazione della volontà negoziale, nella *Verwirkung* – così come nelle fattispecie di tolleranza – il comportamento rileva solo quale elemento idoneo a determinare il sorgere di un affidamento sul fatto che il diritto non verrà più esercitato. La valutazione è qui di tipo oggettivo, poiché l'emersione di una volontà negoziale non verrebbe affatto presa in considerazione ai fini della produzione dei relativi effetti⁴⁸. Sulla base di queste osservazioni, si giunge ad affermare che anche la tolleranza si inserisce nella categoria dei meri fatti a cui l'ordinamento ricollega effetti giuridici (svantaggiosi per il soggetto che ha tollerato), a prescindere appunto dall'esistenza di una volontà⁴⁹. Gli approdi di questa ricerca hanno evidenziato la necessità di una valorizzazione delle fattispecie di tolleranza, il cui ricorso dovrebbe sostituire la tendenza a utilizzare finzioni di dichiarazioni di rinuncia, per ottenere effetti che invece dovrebbero derivare da meri fatti giuridici (di tolleranza).

La figura della *Verwirkung* ha continuato anche in seguito a suscitare interesse nella nostra dottrina, come testimoniato sia dalle menzioni ad essa rivolte dalla più autorevole manualistica⁵⁰, che dagli studi successivi che l'hanno pre-

⁴⁴ Ranieri, *Rinuncia tacita*, cit., spec. 2 s. e 65 s.

⁴⁵ Ranieri, *Rinuncia tacita*, cit., 72 s., 120 s.

⁴⁶ Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 2 s.

⁴⁷ Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 51 s.

⁴⁸ Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 56.

⁴⁹ Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 83. Per una critica all'impostazione che vede un parallelismo tra *Verwirkung* e tolleranza v. invece L. Bozzi, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, 211 s., spec. 213 s.

⁵⁰ P. Rescigno, *Manuale del diritto privato*, Napoli, 1989, 285; P. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*⁵⁰, a cura di G. Trimarchi, Padova, 2022, 338, nt. 3; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*¹⁸,

sa a oggetto ⁵¹. Pur innegabilmente interessata ai profili teorici dell'istituto, la dottrina prevalente si è comunque orientata verso l'esclusione della sua recezione nel nostro sistema.

L'interesse per la *Verwirkung* non ha invece trovato un riscontro analogo in giurisprudenza. Per ciò che è dato scorgere, la prima pronuncia di legittimità sul tema è la 5240 del 2004 ⁵², nella quale risolutamente si è affermato che «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». A questa sentenza hanno fatto eco pochi altri provvedimenti di legittimità ⁵³, i quali hanno però contribuito a dare avvio a un orientamento, rimasto a lungo costante, che sembrava escludere in radice l'applicazione di un istituto analogo alla *Verwirkung* tedesca nell'ordinamento italiano.

Un significativo richiamo alla *Verwirkung* è poi riscontrabile in un lodo arbitrale del gennaio 2009 ⁵⁴. In esso, in particolare, la maggioranza del Collegio arbitrale ha ritenuto di poter argomentare la propria posizione scegliendo tra due soluzioni: la prima, consistente nell'applicazione della *Verwirkung*, definita come «la perdita del diritto legata all'inerzia dei titolari [...], coniugata con lo-

Napoli, 2017, 116 s.

⁵¹ Tra questi F. Astone, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006, *passim*; F. Procchi, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, spec. 106 s.; L. Bozzi, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008, spec. 196 s.; F. Longobucco, *Eccesso di potere e perdita del diritto nel sistema delle pene civili*, Napoli, 2017. Cfr. poi A. Zaccaria, *La buona fede: da argine all'abuso del diritto a oggetto di un principio abusato*, in *Studium Iuris*, 2019, 1 s., spec. 3.

⁵² Cass. 15-3-2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, 1397 s., con nota di G. Colangelo; in *Riv. dir. civ.*, 2005, 603 s., con commento di F. Astone, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*; in *Nuova giur. comm.*, 2005, 444 s., con nota di F. Rinaldi, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*; in *Giust. civ.*, 2005, 2179 s., con nota di S. Racheli, *Ritardo sleale nell'esercizio del diritto (Verwirkung): tra buona fede, abuso del diritto e prescrizione*. Tra la giurisprudenza di merito, già prima della decisione della Cassazione, Trib. Milano, 3-1-2000, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2001, 608 s., con nota di N. de Luca, *Estinzione della fideiussione ex art. 1955 c.c. e ritardo sleale nell'esercizio del diritto*.

⁵³ Tra questi, Cass. 15-10-2013, n. 23382, in *OneLegale*; Cass. 28-1-2020, n. 1888, *ivi*.

⁵⁴ Coll. Arbitrale 9-1-2009, Portale *Presidente*, Schlesinger, Mazzoni, in *Giur. comm.*, 2009, 984 s., con commento di E. Macrì, *I patti a durata variabile e la risoluzione tacita*.

ro atti e fatti omissivi tali da suscitare nei soggetti passivi [...] l'affidamento che le asserite (presunte) pretese non sarebbero state più esercitate»⁵⁵; la seconda, reputata maggiormente congrua e per questo adottata dagli arbitri, portava invece a considerare la sequenza dei fatti e delle omissioni *de quo* come comportamenti taciti concludenti, idonei a manifestare in modo inequivoco una volontà negoziale (si trattava, in particolare, della volontà di risoluzione di un patto parasociale) e a ritenere configurata una dichiarazione tacita⁵⁶.

L'orientamento giurisprudenziale costante per il quale una figura analoga alla *Verwirkung* non sarebbe ammissibile nell'ordinamento italiano è stato però messo in discussione dall'ormai noto provvedimento n. 16743 del 2021⁵⁷. Con esso la Cassazione sembra essersi discostata dalle sue precedenti pronunce, affermando un principio di diritto secondo il quale in un contratto di locazione di immobile a uso abitativo dove vi sia stata l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo assai 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*, l'improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto e non può pertanto essere accolta.

La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti della dottrina, che per lo più ne ha criticato sia le argomentazioni che gli esiti⁵⁸. A tali commenti si sono progressivamente aggiunte voci, la cui intensità ha portato la *Verwirkung* al centro di un rinnovato dibattito⁵⁹. Le argomentazioni che vi si rinvergono sono distinte.

⁵⁵ Coll. Arbitrale 9-1-2009, cit., punto 4.1., lett. a).

⁵⁶ Coll. Arbitrale 9-1-2009 cit., punto 4.1., lett. b) e punto 4.2.

⁵⁷ Cass. 14-6-2021, n. 16743

⁵⁸ Rinviano ai commenti già richiamati, *supra*, alla nota 4, per una più compiuta analisi della decisione, ci limiteremo qui ad osservare come probabilmente nel caso di specie il problema non riguardava tanto l'applicazione della *Verwirkung*, quanto piuttosto la corretta ricostruzione della fattispecie. Da ciò che è dato desumere dalle articolate pagine della motivazione, infatti, nel caso deciso dalla Cassazione l'affidamento sul fatto che il diritto non sarebbe stato esercitato non derivava tanto da una inerzia circostanziata del titolare, quanto piuttosto dall'inesistenza di un contratto di locazione. Il debitore – così almeno pare – non aveva fatto affidamento sull'estinzione della sua obbligazione di pagare i canoni, quanto sulla natura dell'operazione negoziale, che assumeva essere gratuita. Il contratto di locazione in realtà dissimulava un comodato.

⁵⁹ Senza considerare i commenti al provvedimento del 2021 (o al successivo provvedimento della Cassazione del 2024), nella più recente letteratura v. già D. Imbruglia, *La regola di tolleranza*, in *Riv.*

In primo luogo vi è chi ha escluso anche un'astratta recepibilità della *Verwirkung* nel nostro ordinamento⁶⁰: essa, si è osservato, colliderebbe con le norme dettate in tema di prescrizione e attribuirebbe una discrezionalità eccessiva all'interprete, al quale sarebbe rimesso un giudizio preterlegale sull'estinzione (o preclusione) dei diritti⁶¹.

Vi è poi chi ha posto in discussione, più in generale, la stessa ipotizzabilità di fattispecie estintive 'atipiche' del rapporto obbligatorio, ricavate dal giudice in base a principi e clausole generali come la buona fede⁶². Si è giunti così ad escludere che un diritto possa estinguersi – salvi naturalmente i casi tipici – laddove, pur essendo il comportamento del titolare del diritto contrario a buona fede, dallo stesso non sia dato desumere una rinuncia tacita⁶³, e si è ritenuto piuttosto preferibile un uso maggiormente elastico di quest'ultima figura, per fornire protezione agli affidamenti riguardanti l'esistenza di una volontà abdicativa del diritto⁶⁴.

dir. priv., 2019, 75 s. Dopo la decisione di legittimità, R. Favale, *Comportamento del creditore fra rinuncia tacita e "Verwirkung"*, in *Comparaz. dir. civ.*, 2022, I, 209 s.; A. Renda, *La prescrizione tra tensioni evolutive e torsioni involutive*, in *Europa dir. priv.*, 2023, 83 s., spec. 123 s.; S. Monticelli, *Inerzia e attività nell'esercizio del diritto*, Torino, 2024, spec. 3 s.; G. Magri, *La Verwirkung nel diritto privato italiano*, Torino, 2025; E. Stracqualursi, *La tutela civile dell'affidamento*, Bologna, 2026, 315 s.

⁶⁰ Esplicite le posizioni di Scognamiglio, *La Verwirkung (ed i suoi limiti)*, cit., 1187; ma sembrano orientarsi in questa direzione anche le riflessioni di Benedetti, *Interventismo giudiziario*, cit., 351 s.; D'Amico, *Buona fede ed estinzione*, cit., 1169 s.; Nanna, *Prescrizione, Verwirkung*, cit., 197 s.

⁶¹ Scognamiglio, *La Verwirkung (ed i suoi limiti)*, cit., 1193. Cfr. anche Id., *La Corte di Cassazione*, cit., 493 s. Per posizioni analoghe, cfr. anche Monticelli, *Inerzia e attività*, cit., spec. 10 e 21 s., il quale peraltro afferma che un recepimento della *Verwirkung* nel nostro ordinamento minerebbe la certezza che invece la prescrizione è volta a tutelare. Peraltro, secondo questo A., la *Verwirkung* nemmeno risponderebbe a una logica realmente equitativa, poiché non potrebbe 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 che, di conseguenza, si determini un effetto premiale per il debitore inadempiente (le riflessioni sono contenute a pagina 15 di quel lavoro).

⁶² D'Amico, *Buona fede ed estinzione*, cit., 1166 s.; cfr. anche Benedetti, *Interventismo giudiziario*, cit., 352 s.; Orlandi, *Ermeneutica del silenzio*, cit., 1181 s. Critico sul ruolo attribuito alla buona fede anche Renda, *La prescrizione*, cit., 126 s., secondo il quale la questione problematica nella decisione della Cassazione del 2021 riguardava l'applicazione della clausola generale di buona fede al di fuori delle ipotesi in cui la legge la richiama e in cui si sarebbe autorizzati a concretizzarla.

⁶³ Benedetti, *Interventismo giudiziario*, cit., 352; D'Amico, *Buona fede ed estinzione*, cit., 1168 s.; Orlandi, *Ermeneutica del silenzio*, cit., 1181 s.

⁶⁴ D'Amico, *Buona fede ed estinzione*, cit., 1169.

Ancora, vi è chi, pur non negando la portata conformativa di principi e clausole generali, ha argomentato che nel caso deciso dalla Cassazione sarebbe stato comunque preferibile un ricorso alla remissione tacita, soluzione meglio integrabile nel sistema rispetto alla via dell'abuso del diritto privilegiata dai giudici, che invece è maggiormente tortuosa e insicura. In questo senso non si è escluso che la buona fede possa, in generale, assumere portata normativa, ma si è definito «esiziale» un uso disinvolto di tale clausola generale, ogni volta che essa si traduca in una via breve rispetto a modelli di soluzione maggiormente rigorosi ⁶⁵.

Più isolate le voci favorevoli, secondo cui la *Verwirkung* – riproponibile nell'ordinamento italiano attraverso una rilettura dell'*exceptio doli*, fondata sul dovere di buona fede oggettiva – potrebbe essere un modello sistematico per la tutela dell'affidamento ⁶⁶. A condizione, però, che la stessa sia configurata come limitativa di effetti e non estintiva di diritti ⁶⁷.

Al provvedimento del 2021 ha fatto comunque seguito una più recente ordinanza dell'aprile 2024, con la quale la Cassazione ha invece affermato il principio per cui «la condotta del locatore che, dopo essere stato inerte nell'escutere il conduttore - anche se per un fatto a lui imputabile e per un tempo tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato - richiede l'integrale pagamento dei canoni maturati non è sufficiente ad integrare un contegno concludente da cui desumere univocamente la tacita volontà di rinunciare al diritto, né rappresenta un caso di abuso del diritto, perché il semplice ritardo di una parte nell'esercizio delle proprie prerogative può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo ad alcun interesse del suo titolare, si traduce in un danno per la controparte» ⁶⁸. La decisione sembra dunque segnare un *revirement* rispetto a quanto affermato nel 2021: un mutamen-

⁶⁵ V. Piraino, *La proratta inerzia*, cit., spec. 212. L'A. ha valorizzato il ruolo della buona fede nel nostro ordinamento all'interno dello studio monografico Id., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, ai nostri fini spec. 343 s. Pur criticando nel merito la motivazione di Cass. 14-6-2021 n. 16743, cit., guarda con favore alla tendenza a valorizzare principi e clausole generali anche Macario, *Fattispecie estintiva*, cit., 1171.

⁶⁶ E. Stracqualursi, *La tutela civile dell'affidamento*, cit., spec. 328 s., per cui oggetto di tutela, in questi casi, sarebbe l'affidamento definito «relazionale». E già, in commento della decisione di legittimità del 2021, Ead., *Abuso del diritto del locatore*, cit., 313, in cui pure si criticavano esiti e argomentazioni del provvedimento.

⁶⁷ E. Stracqualursi, *La tutela civile dell'affidamento*, cit., 341.

⁶⁸ Cass. 26-4-2024, n. 11219, cit.

to di rotta che, per alcuni commentatori, avrebbe chiuso ancora una volta le porte all'accoglimento della *Verwirkung* nell'ordinamento italiano.

5. – Da quanto brevemente si è messo in risalto, emerge dunque che: *a)* nelle riflessioni degli interpreti italiani la figura definita come *Verwirkung*, da alcuni anche denominata «esercizio ritardato del credito», esprime un concetto sostanzialmente assimilabile a quello richiamato tanto dai giudici tedeschi quanto da quelli spagnoli; *b)* nel porsi il problema della sua ammissibilità nel nostro sistema, gli interpreti la riconducono alla più nota e studiata figura dell'abuso del diritto, in relazione col dovere generale di comportarsi secondo buona fede; *c)* nonostante la produzione giurisprudenziale sul tema non sia quantitativamente assimilabile né a quella tedesca, né a quella spagnola, dalle decisioni dei giudici italiani può comunque evincersi, in linea generale, una mancata recezione della figura della *Verwirkung* nel nostro ordinamento, con l'eccezione della decisione della Cassazione del 2021; *d)* una parte consistente della dottrina guarda con favore alla chiusura nei confronti della *Verwirkung*: il suo accoglimento attribuirebbe eccessiva discrezionalità all'interprete – per mezzo della valorizzazione delle clausole generali o di un inopportuno richiamo alle stesse – e violerebbe, di fatto, le norme dettate in tema di prescrizione.

Come si diceva, le osservazioni svolte sul *retraso desleal* e sulle vicende di questa figura nell'esperienza giuridica spagnola possono costituire un valido ausilio per comprendere con maggiore consapevolezza le difficoltà di recepimento della *Verwirkung* nel nostro sistema giuridico.

Tali difficoltà, a ben vedere, non sono tanto legate al ruolo delle clausole generali nel nostro ordinamento. Lo scetticismo degli interpreti nei confronti di questi termini normativi è infatti stato abbandonato da tempo, ed è un dato di fatto che essi rivestano oggi un ruolo centrale nelle argomentazioni dei giuristi, per ragioni tanto note e ampie da non richiedere ulteriori approfondimenti in questa sede ⁶⁹.

⁶⁹ Sulla crescente rilevanza delle clausole generali, nella vastissima letteratura e senza alcuna pretesa di esaustività, S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 s.; P. Rescigno, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 s.; E. Fabiani, *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 183 s., spec. 224 s.; F. Ricci, *Prolegomeni di teoria generale e sociologia del diritto a un discorso sulla metodologia giuridica*, in *Principi, clausole generali*, cit., a cura di F. Ricci, 735 s., spec. 777 s.; Id., *La rinascita del caso sulle ceneri delle leggi precise*, ivi, 851 s., spec. 855 s. Ma cfr. anche le posizioni di Astone, *Venire contra factum pro-*

Né l'accoglimento della *Verwirkung* si tradurrebbe in una violazione delle regole dettate in tema di prescrizione. Infatti, mentre ai fini della prescrizione rileva la sola inerzia del titolare nell'esercizio del diritto, come si è visto tale inerzia è solo uno dei fatti rilevanti ai fini della *Verwirkung*, essendo qui necessaria anche la presenza di circostanze ulteriori idonee a far sorgere un affidamento nel soggetto passivo. Dunque *Verwirkung* e prescrizione non operano in ambiti integralmente sovrapponibili ⁷⁰.

Le ragioni della difficile recepibilità – almeno allo stato attuale – della *Verwirkung* nel nostro sistema attengono invece a problematiche di *natura logica*. Come si chiarirà di seguito, non difformemente da quanto accade in Spagna, risulta complesso in un ordinamento come il nostro identificare quelle 'circostanze ulteriori', ritenute idonee al sorgere di un affidamento tutelabile, senza incorrere in contraddizioni o conflitti con altre figure maggiormente note e utilizzate dagli interpreti. Si verifica, come si avrà modo di chiarire, una sovrapposizione tra *Verwirkung* e rinuncia tacita al diritto, che pone gli interpreti dinanzi a una scelta argomentativa.

5.1. – Come più volte si è affermato nel corso di questo lavoro, l'operatività della *Verwirkung* tedesca o delle altre figure a essa riconducibili (come appunto il *retraso desleal* spagnolo) è finalizzata alla salvaguardia di un *affidamento meritevole* del soggetto passivo sul fatto che il diritto non verrà più esercitato in futuro. È dunque utile, prima di proseguire, chiarire in linea generale cosa debba intendersi per «affidamento» e quando tale stato di fiducia risulti «meritevole» di tutela da parte del nostro ordinamento giuridico.

Rinviando ad altra sede per un'analisi più approfondita sul punto ⁷¹, ci si può qui limitare ad osservare sinteticamente che:

a) La definizione maggiormente preferibile di «affidamento» sembra quella già rinvenibile nel linguaggio comune, per cui «fare affidamento su qualcosa» si-

prium, cit., 231 s. In generale, sulla diffusione di tecniche legislative elastiche, flessibili e sfumate, come caratteristica delle tecniche legislative proprie del nostro tempo, cfr. N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 7 s.

⁷⁰ In questo senso cfr. già Patti, *Profili della tolleranza*, cit., spec. 107. Ma anche Monticelli, *Inerzia e attività*, cit., 11.

⁷¹ Sia consentito a tal fine un rinvio a D.M. Matera, *Tutela degli affidamenti, criterio di giustificazione e rimedi*, in *Jus Civile*, 2024, 798 s.

gnifica dare quel qualcosa *per garantito*⁷². Ritenere cioè che quel qualcosa, con una prevedibile certezza, è accaduto o accadrà⁷³. In ciò si può cogliere la differenza tra l'affidamento e altri stati di fiducia che sono tradizionalmente contrapposti ad esso e che non ricevono la medesima protezione, come la *speranza* o l'*aspettativa di fatto*⁷⁴. Mentre nel caso dell'affidamento si tende a dare una determinata circostanza per garantita, negli altri due vi è solo un'aspirazione – pur accompagnata da una soglia di probabilità più o meno ampia – a che quella circostanza si verifichi⁷⁵.

b) Secondo quanto comunemente affermato dagli interpreti, non ogni affidamento riceve tutela dall'ordinamento giuridico, ma solo un *affidamento meritevole*. E sarebbe meritevole di tutela solo l'affidamento *giustificato*⁷⁶. Senza poter dedicare al tema argomentazioni esaustive, ci limiteremo qui a ribadire – tenendo conto dei casi in cui la giurisprudenza in diversi contesti ha considerato degli affidamenti degni di tutela – che un affidamento è giustificato quando, *sulla base dei segni ricevuti, il soggetto a cui la fiducia è riferibile non poteva pensare diversamente*. Posto nelle stesse condizioni, qualunque soggetto razionale avrebbe interpretato quei segni nello stesso modo, dando così una data circostanza per garantita. In questo senso il *criterio di giustificazione degli affi-*

⁷² Sebbene, com'è noto, ciò non costituisca un argomento dirimente, è comunque utile ricordare che nel vocabolario della lingua italiana, il significato di affidamento è identificato con «Assicurazione, garanzia», v. *Il vocabolario Treccani*, Roma, 1985, I, 78. Analogamente *Dizionario Garzanti della lingua italiana*, Milano, 1985, 41. Così come G. Devoto-G.C. Oli, *il Devoto-Oli. Vocabolario della lingua italiana*, a cura di L. Serianni-M. Trifone, Milano, 2007, 55 ove si riconduce al sostantivo «affidamento» il significato di «Fiducia, sicurezza, garanzia».

⁷³ E difatti, a conferma di ciò, nel linguaggio comune il termine garanzia assume il significato di assicurazione, promessa certa, fondata speranza dell'avverarsi di cosa futura, v. *Il vocabolario Treccani*², Roma, 1997, II, 595.

⁷⁴ In questo senso, si afferma in giurisprudenza che l'affidamento sarebbe connotato da «contorni più netti» rispetto a speranze o aspettative di fatto. Così espressamente, richiamando la giurisprudenza della Corte EDU, Corte cost. 27-1-2023, n. 8, pt. 7, in *Giur. it.*, 2023, 1027 s., con nota di S. Pagliantini, *Il pragmatismo di Enrico di Navarra: l'inesigibilità restitutoria del canone della Corte costituzionale*.

⁷⁵ Più approfonditamente, cfr. Matera, *Tutela degli affidamenti*, cit., spec. 804 s.

⁷⁶ In realtà, la giurisprudenza che nei diversi settori del diritto fa applicazione delle regole di tutela degli affidamenti, non utilizza uniformemente il termine «giustificato», ricorrendo spesso ad altri aggettivi come «meritevole», «incolpevole», «legittimo», «corretto», «ragionevole», «apprezzabile», etc. Si è proposto – in chiave postulativa – il termine «giustificato» proprio perché, in tutti i casi nei quali la giurisprudenza si occupa di tutelabilità di un affidamento indaga sull'esistenza di una qualche forma di giustificazione.

damenti è un *criterio semantico*, perché riguarda appunto l'attribuzione di significato a dei segni.

Chiarito ciò, possiamo tornare a occuparci dello specifico affidamento richiesto ai fini della *Verwirkung*, per comprendere ancora più dettagliatamente la figura. Come ormai si è più volte posto in risalto, si afferma comunemente che tale affidamento riguardi appunto la circostanza che il diritto non verrà più esercitato. Il che, accogliendo la definizione di «affidamento» che si è proposta, equivarrebbe ad affermare che il soggetto passivo dovrebbe *dare per garantito* che il diritto non verrà più esercitato dal titolare in futuro.

Pare tuttavia evidente che un soggetto può dare per garantito che un diritto non verrà più esercitato solo laddove pensi che il diritto si sia estinto. Fintantoché un diritto non si estingue, infatti, il titolare resta libero di esercitarlo o non esercitarlo in futuro; fino al momento dell'estinzione del diritto – e in assenza di ulteriori circostanze preclusive – il diritto può certamente essere esercitato e il soggetto passivo potrebbe tutt'al più *sperare* che ciò non avvenga, non farvi propriamente affidamento. Viceversa, se il soggetto passivo è stato indotto a pensare che il diritto si sia estinto, sorgerà in lui la convinzione sulla circostanza che la facoltà del titolare non verrà *più* fatta valere, poiché essa è appunto venuta meno.

Anche questa affermazione necessita, però, di un'ulteriore precisazione. A meglio vedere, infatti, l'affidamento necessario ai fini della *Verwirkung* non riguarda propriamente l'estinzione del diritto, ma più precisamente l'esistenza di un fatto idoneo a produrre quell'effetto estintivo. Si assume qui, in questi termini, lo schema logico-giuridico tradizionale, secondo cui gli effetti giuridici si producono a partire da fatti che l'ordinamento consideri idonei a tal fine⁷⁷. Su

⁷⁷ Lo schema tradizionale qui richiamato è stato di recente sottoposto a una critica radicale da A. Gentili, *Dagli 'effetti giuridici' al diritto come discorso*, in *Nuovo dir. civ.*, 2025, IV, 35 s. Nella prospettiva dell'A., il diritto, considerato da un punto di vista squisitamente giuridico, non sarebbe fatto ma discorso prescrittivo: ne deriverebbe che la stessa nozione di 'effetto giuridico' – inteso come realtà autonoma, prodotta da un fatto e da questo distinta – sarebbe priva di consistenza, tanto nella sua versione più risalente (l'effetto come dato ontologicamente autonomo) quanto in quelle più sofisticate che ne hanno tentato una rifondazione, sia in chiave assiologica (è la visione sostenuta da A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 s.) sia in chiave comportamentale (tra gli altri, lo stesso Orlandi, *Introduzione alla logica giuridica*, cit.). Il diritto sarebbe obbligatorio non perché un fatto produca un effetto, ma in quanto discorso dotato di piena tenuta razionale, la cui negazione risulti logicamente insostenibile per chi ne condivida le premesse. La critica alla teoria degli effetti giuridici era stata già proposta dallo stesso A. in A. Gentili, *L'effetto giuridico come valore*

questa base, non è logicamente possibile dare per garantita la verifica di un effetto senza fare affidamento sull'esistenza dello specifico fatto idoneo a produrlo. Così, ad esempio, fare affidamento sull'esistenza in capo a un soggetto di un potere di agire in nome e per conto altrui (effetto costitutivo di un potere) si traduce necessariamente nell'affidamento sull'esistenza di una valida procura, da cui quel potere deriva (fatto giuridico di tipo negoziale). In altri termini, l'affidamento non può riguardare direttamente e genericamente l'effetto, ma sempre il fatto che, in questo schema, lo produce.

In definitiva, quindi, un affidamento che nella sua veste esteriore è affidamento sul fatto che il diritto non sarà più esercitato, nel suo nucleo intimo è *affidamento sulla circostanza che è intervenuto un fatto estintivo*. Non sarà esercitato, perché è intervenuto un fatto estintivo.

Si è però detto che non ogni affidamento è tutelabile dall'ordinamento, ma solo quello che risulti *giustificato*, nel senso che qualunque soggetto razionale non avrebbe potuto pensare diversamente in quelle circostanze, sulla base dei segni ricevuti. In ciò, innanzitutto, si spiega ancora meglio l'insufficienza logica della mera inerzia ai fini di un affidamento giustificato e la necessità delle 'circostanze ulteriori', su cui tutti gli interpreti sono concordi: un soggetto razionale non potrà mai dare per garantito che un diritto si sia estinto solo sulla base della mera inerzia del titolare, poiché tale inerzia non è di per sé idonea a configurare un fatto estintivo del diritto, salvo che non sia intervenuta la prescrizione o la decadenza ⁷⁸. Il decorso del tempo deve invece combinarsi con

reale: una analisi, in *Angelo Falzea*, a cura di G. D'Amico-A. Gorassini, Napoli, 2023, 241 s. In continuità con le tesi più tradizionali e in dialogo con il primo lavoro citato, v. invece G. D'Amico, *L'effetto giuridico e il problema della "causalità giuridica"*, in *Nuovo dir. civ.*, 2025, IV, 3 s.; M. Orlandi, *Dogmatica dell'effetto*, ivi, 68 s. Ricostruisce il tema degli 'effetti giuridici' in chiave diversa, T. Gazzolo, *Esistono gli "effetti" giuridici?*, ivi, 17 s., il quale non nega che il diritto operi con fatti e conseguenze, ma nega che tra loro corra un rapporto di causalità: l'effetto non 'segue' al fatto, ne costituisce il significato stesso, restando al contempo la ragione che lo giustifica.

⁷⁸ L'inidoneità in generale della mera inerzia del titolare, cioè di un comportamento assolutamente passivo, ai fini del sorgere di un affidamento, è messa in risalto dallo stesso Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 65 s. Ma di recente, proprio nella giurisprudenza italiana, il punto è ribadito da Cass. 26-4-2024, n. 11219, cit., che in questo senso non sembra propriamente affermare la non recepibilità della *Verwirkung* nel sistema italiano, ma piuttosto ribadire l'insufficienza della mera inerzia del titolare a far sorgere un affidamento giustificato nel soggetto passivo. Già a proposito del provvedimento Cass. 14-6-2021 n. 16743, cit., sulla inidoneità della mera inerzia a valere come fatto estintivo o riduttivo del credito (fuori dai casi della prescrizione) o a suscitare un affidamento sulla sua estinzione, Orlandi, *Ermeneutica del silenzio*, cit., 1180 s. Ma sul punto basti rievocare le riflessioni

ulteriori indici, che insieme a esso possano indurlo a dare per garantita l'esistenza di quel fatto estintivo.

Sulla base del criterio di giustificazione degli affidamenti proposto, si comprende a questo punto quando l'ordinamento sia tenuto ad attivarsi per tutelare un affidamento sull'esistenza di un fatto estintivo del diritto, nei casi in cui potrebbe venire in rilievo un'ipotesi di *Verwirkung*: ogni volta che le circostanze ulteriori e l'inerzia del titolare costituiscano segni univoci e inequivocabili, dai quali qualsiasi soggetto razionale ricaverebbe l'esistenza di tale fatto.

Ora, l'unico insieme di segni che possa davvero arrivare a giustificare un simile affidamento sembra essere rappresentato da quegli indici idonei a far emergere una volontà del titolare di rinunciare al diritto (si usa il termine «rinuncia» in chiave volutamente ampia, senza cioè specificare se si tratti di rinuncia al diritto, in senso tecnico, o di remissione del debito)⁷⁹.

Ciò è vero, se si considera che i segni e contegni utili al sorgere di un affidamento tutelabile mediante la *Verwirkung* sono tradizionalmente ricondotti

sorte in ambito negoziale sul valore del mero silenzio o della mera inerzia (c.d. «silenzio in sé») tradizionalmente considerati inidonei di per sé a valere alcunché. Il silenzio dotato di significazione sarebbe invece solo quello colorato di circostanze («silenzio circostanziato»). In senso critico sul punto v. però F. Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, 262 s., spec. 270, il quale osserva che il circostanziamento del silenzio, in realtà, non sarebbe affatto fattuale, nel senso di consistere in fatti o atti dai quali, insieme al silenzio, per via di inferenza necessaria possa ricavarsi un significato; i criteri di qualificazione del silenzio richiamati dalla giurisprudenza avrebbero invece una natura essenzialmente «normativa», espressione di una *regula iuris* di fonte diversa (legale, consuetudinaria, convenzionale), ma pur sempre preventiva ed eventuale. La procedura di attribuzione di significato al silenzio si tradurrebbe pertanto in una normale sussunzione. Una critica alla ricostruzione di una categoria generale del silenzio e in particolare della distinzione tra «silenzio in sé» e «silenzio circostanziato» è espressa da E. Ferrero, «Dichiarazione espressa», «dichiarazione tacita» e «autonomia privata», Torino, 1974, 161 s., spec. 167 s., per il quale le circostanze del contesto non sarebbero elemento idoneo a colorare solo il silenzio, essendo invece tratti caratterizzanti tutti gli elementi di significazione. In generale, sul problema del silenzio anche in chiave storica e comparatistica, cfr. G.B. Ferri, *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, in *Il silenzio e le parole nella cultura del civilista*, a cura di G.B. Ferri, Milano, 2021, 473 s.; sempre in chiave generale, v. poi A. La Torre, *Silenzio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 543 s.; Patti, *Profili della tolleranza*, cit., spec. 93 s.

⁷⁹ Cfr. a tal proposito Orlandi, *Ermeneutica del silenzio*, cit., 1181, per cui «parrebbe non potersi giungere sino a considerare quale *causa legale atipica estintiva o riduttiva* il soggettivo affidamento in un abbandono che (per definizione) non c'è». E ancora, a pagina 1184, «dire "affidamento nell'abbandono" inevitabilmente postula la giuridica esistenza dell'abbandono». Analogamente Renda, *La prescrizione*, cit., 133 s. Sulla differenza tra rinuncia al credito e remissione di debito basti il rinvio a F. Macioce, *Rinuncia*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 931 s.

solo a segni e contegni che si trovino nella sfera di controllo del titolare del diritto: lo si è visto emergere con particolare chiarezza dalle argomentazioni della giurisprudenza spagnola. In questo senso, solo segni che lascino trasparire un intento di rinuncia del titolare possono essere considerati idonei a ingenerare un affidamento giustificato, poiché solo essi sono, al contempo: *a*) riconducibili alla sfera di azione del soggetto attivo; e *b*) idonei a far sorgere in un soggetto razionale l'affidamento sull'esistenza di un fatto estintivo del diritto (che pertanto non verrà più esercitato).

In ciò peraltro si coglierebbe meglio il senso del richiamo al dovere di comportarsi secondo buona fede. La violazione di tale dovere – come in generale nel tema della lesione dell'affidamento – è qui richiamata per indicare il comportamento di chi abbia predisposto dei segni o tenuto dei contegni obiettivamente idonei a fare sorgere un affidamento sull'esistenza di una rinuncia e poi abbia leso lo stato ingenerato nell'altro soggetto, esercitando il diritto. Il contegno, cioè, di chi abbia esercitato un diritto dopo aver predisposto dei segni o tenuto contegni che il soggetto passivo non poteva interpretare diversamente ⁸⁰.

Se così è, anche in un sistema come il nostro si propone lo stesso cortocircuito logico che emerge dalle pronunce dei giudici spagnoli. Se l'emersione di indici (derivanti da inerzia e circostanze ulteriori) da cui è dato razionalmente ricavare un intento di rinuncia del titolare è l'unico elemento idoneo a giustificare un affidamento sul futuro non esercizio del diritto e – astrattamente – a consentire l'applicazione della *Verwirkung*, anche nel nostro sistema l'ambito di applicazione di tale figura risulterebbe già invaso dal possibile richiamo alla rinuncia al diritto (sia essa resa in forma espressa o mediante comportamenti concludenti). Infatti, in presenza di indici che lascino emergere in maniera univoca una volontà del titolare di estinguere il diritto, tale diritto si estinguerrebbe già per effetto di quella stessa volontà, che configura appunto una rinuncia. Gli elementi di fatto considerati necessari al sorgere di un affidamento giu-

⁸⁰ In realtà, in questi casi, si può perfino dubitare che la buona fede possa considerarsi effettivamente una clausola generale. Infatti, qui il sintagma «buona fede» non è usato come tramite di un giudizio di valore, come avviene per tutte le clausole generali [sul punto basti il rinvio a V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, spec. 42]. Ma assume invece una connotazione rigida, caratterizzata da margini già definiti. A tal proposito, è stato infatti messo in evidenza come l'opera degli interpreti può contribuire a trasformare una clausola generale in una norma a fattispecie precisa e perfino rigida. Cfr. G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, 143 s.

stificato del soggetto passivo sarebbero gli stessi già idonei ad estinguerlo, senza il ricorso a meccanismi ulteriori di protezione dell'affidamento.

Ciò è vero se si tiene in considerazione che, come è ormai da tempo appurato, la *volontà* che gli interpreti ricercano – in generale e anche negli atti di rinuncia – non è certo una volontà reale ed effettiva del soggetto (cioè una volontà psicologica), ma piuttosto quella volontà che risulti dai segni e contegni riconducibili al soggetto che rinuncia al diritto⁸¹. Non ci si chiede se il soggetto abbia realmente voluto, ma se quei segni e contegni siano idonei a lasciar intendere una determinata volontà. E tale configurazione è stata elaborata nel corso del tempo proprio per tutelare l'affidamento dei terzi⁸².

Stando a queste conclusioni, anche nel nostro ordinamento giuridico, pertanto, sarebbe assai complesso individuare delle circostanze ulteriori che siano al contempo idonee al sorgere di un affidamento giustificato e che, tuttavia, non determinino già di per sé un'estinzione del diritto stesso.

Il punto emerge con chiarezza anche a una lettura del provvedimento del 2021, nel quale la Cassazione italiana avrebbe fatto ricorso alla *Verwirkung*. I giudici di legittimità, in uno specifico passaggio, hanno affermato che l'affidamento in cui sarebbe incorso il debitore nel caso affrontato riguarderebbe la «intervenuta sostanziale remissione per *facta concludentia* compiuta da controparte», derivante da inerzia protrattasi per un tempo assai considerevole e suffragata da elementi circostanziali idonei⁸³. In altri termini, come in diverse oc-

⁸¹ Sul punto sia sufficiente il richiamo a A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, *Storia e teoria*, Torino, 2015, 291 s., 306 s.

⁸² Cfr. G. Giampiccolo, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 794 s., per il quale la possibilità di attribuire valore di negozio a una forma di contegno, nella quale può anche mancare una coscienza del contenuto del valore dell'atto, è data proprio in funzione di tutela dell'affidamento. Afferma l'A. che se un contegno concludente può impegnare il soggetto al pari di una dichiarazione, ciò è proprio per gli affidamenti che quella presa di posizione può suscitare nei terzi e per la tutela che tali stati di fiducia meritano.

⁸³ V. Cass. 14-6-2021 n. 16743, cit., § 14 e § 36. In effetti, per non cadere nel cortocircuito logico che si è segnalato, i giudici tentano una distinzione tra l'effettiva abdicazione del diritto – avvenuta a mezzo di rinuncia tacita – e la «situazione di maturato affidamento della sua intervenuta abdicazione» (§ 29 della motivazione). Solo in questo caso potrebbe configurarsi un esercizio abusivo del diritto, poiché nel caso di rinuncia tacita il diritto sarebbe appunto estinto. Il punto è criticato da D'Amico, *Buona fede ed estinzione*, cit., 1169 s., il quale afferma che tale distinzione sarebbe in realtà «evanescente». Infatti, argomenta l'A., ove la rinuncia tacita risulti non dimostrata, ciò significherebbe che le circostanze ulteriori che hanno accompagnato l'inerzia non sono state tali da assumere il necessario grado di univocità e concludenza. E dunque non può configurarsi quella che i giudici

casioni ha fatto anche il *Tribunal Supremo* spagnolo, anche la nostra giurisprudenza afferma che la *Verwirkung* (richiamata sotto la forma di abuso del diritto) sarebbe concepibile solo in presenza di circostanze univocamente idonee a far pensare al soggetto passivo di un rapporto giuridico che sia intervenuta una remissione del debito. Ma, come si è detto, tale affidamento risulta meritevole di tutela solo se, da quelle circostanze, qualunque soggetto razionale avrebbe ricavato una volontà di remissione. E, se ciò avviene, si è già in presenza di una remissione (o rinuncia), idonea a estinguere il diritto.

5.2. – Le argomentazioni e i rilievi fin qui svolti portano a concludere che le ipotesi in cui potrebbero porsi problemi risolvibili con l'applicazione della *Verwirkung*, nel nostro ordinamento, sono sostanzialmente sovrapponibili a ipotesi in cui il diritto già si estingue per effetto di una rinuncia. Ciò perché, come si è tentato di dimostrare, non sembrano esservi circostanze diverse da quelle che consentano l'emersione di una volontà rinunciativa del titolare, che siano idonee a ingenerare un affidamento giustificato sul futuro non esercizio del diritto.

Fino a questo punto si è fatto genericamente riferimento a una rinuncia al diritto, termine utilizzato senza dar rilievo alla natura espressa o tacita della stessa. È tuttavia abbastanza chiaro che i problemi pratici di tutela dell'affidamento che occupano la nostra analisi si pongono principalmente nelle ipotesi riconducibili allo schema della rinuncia tacita, più che nei casi di rinuncia espressa. In quest'ultima forma di rinuncia, infatti, il titolare in via diretta manifesta il suo intento di rinunciare al diritto per cui, di regola, non si pongono problemi relativi a margini di discrezionalità o incertezza sull'avvenuta estinzione del diritto.

Diversamente avviene nel caso della c.d. rinuncia – o anche della remissione – tacita, resa cioè mediante comportamenti concludenti. Tralasciando il dibattito sui tratti distintivi delle forme tacite di dichiarazione (nelle quali la rinuncia si ascrive)⁸⁴, ci si può qui limitare ad osservare come i problemi di

definiscono «apparenza remittente», né può sorgere nel debitore un oggettivo affidamento meritevole. In questo senso, sembra che le argomentazioni da noi svolte sino a questo momento si pongano proprio nel solco di tali affermazioni.

⁸⁴ Com'è noto, infatti, la distinzione tra dichiarazioni espresse e dichiarazioni tacite o comportamenti concludenti, per quanto oggetto di numerose analisi, non è univoca. Si riporta in questa sede quella proposta da F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, rist. 2012, 140 s., per il quale sarebbe dichiarazione espressa quella resa mediante segni (non necessariamente parole o scritti) che denotino direttamente la volontà del soggetto. La dichiarazione tacita, per contro, si tra-

tutela dell'affidamento sorgono in questi casi proprio per l'assenza di una forma diretta di manifestazione della volontà e la presenza di comportamenti concludenti, che necessariamente richiedono un'attività più complessa per consentire l'emersione di una volontà, che si ritiene tradizionalmente rivelata solo per induzione⁸⁵. Da qui una maggiore necessità di tutela dell'affidamento.

Chiarito ciò, e alla luce di quanto si è messo in evidenza nel corso di questo lavoro, si può giungere alla conclusione che i presupposti fattuali richiesti per la *Verwirkung* possono portare già a configurare una rinuncia tacita, idonea a

durrebbe in un atto dichiarativo negoziale o non negoziale che includa necessariamente la dichiarazione di una diversa volontà, la quale non vi si trovi espressa. In questo senso il comportamento concludente sarebbe proprio quel comportamento consistente nella dichiarazione di una diversa volontà o fatto, la quale sia da ritenere implicitamente dichiarata attraverso la stessa. Non difformemente Giampiccolo, *Note sul comportamento concludente*, cit., 778 s., il quale mette in risalto che tutte le teorie che distinguono tra i contegni idonei a significare un fatto psichico concordano nel porre l'alternativa tra una forma di esteriorizzazione diretta o espressa, concepita come forma primaria, e una forma indiretta o tacita, concepita come forma secondaria e meno qualificata (pagina 779 s.); a questo proposito l'A., piuttosto che ricostruire questa dicotomia in termini di dichiarazione (espressa e tacita), preferisce parlare di dichiarazione, contrapponendo la figura al comportamento concludente. Così, la dichiarazione è il comportamento manifestativo scelto, con cui il soggetto esprime in termini di linguaggio il fatto interiore; mentre il comportamento concludente è un contegno oggettivamente orientato ad un diverso programma pratico dal quale è dato tuttavia inferire, per logica coerenza, un certo stato d'animo o d'intelletto dell'agente (pagina 781 s.). La ricostruzione è ripresa e condivisa da P. Schlesinger, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 371 s., spec. 384, secondo cui la dichiarazione tacita consisterebbe proprio in un comportamento concludente, in un comportamento dal quale il significato deve emergere – se emerge – direttamente dall'attività, senza che tra l'attività del dichiarante e il suo valore sociale si interponga alcun testo. Ma v. anche R. Sacco, *Consenso, silenzio e dichiarazione tacita*, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, 269 s. Le ricostruzioni tradizionali sono oggetto della critica di Ferrero, «*Dichiarazione espressa*», cit. L'A., nell'argomentare l'erroneità di una stessa categoria generale riconducibile alla dichiarazione tacita e nel criticare le ricostruzioni proposte fino a quel momento (tra cui anche quelle degli Autori citati alla nota precedente), preferisce piuttosto parlare di dichiarazioni «espresse» e «non espresse». In questo senso, il carattere espresso di una dichiarazione si sostanzierebbe nel fatto di essere strettamente legato proprio alla certezza e compiutezza dell'espressione, a prescindere da qualsiasi intrinseca composizione (v. spec. pagine 70 s., 74 s. e 84 s.).

⁸⁵ Secondo la teoria tradizionale, infatti, una delle differenze tra la dichiarazione espressa e i comportamenti concludenti è che mentre le prime sono oggetto di interpretazione, poiché appunto composte da segni destinati ad essere interpretati, i secondi consentirebbero solo illazioni, operazioni mentali mediante le quali si risale dal comportamento alla volontà, senza l'intermediazione di segni semantici [in questo senso cfr. Giampiccolo, *Note sul comportamento concludente*, cit., 782 s.; Schlesinger, *Dichiarazione* cit., 384; Sacco, *Consenso, silenzio e dichiarazione tacita* cit., 271]. Tale teoria è messa in discussione da Ferrero, «*Dichiarazione espressa*», cit., 92 s., per il quale, in quest'ambito, non

estinguere il diritto ⁸⁶. In entrambi i casi, infatti, è necessaria la presenza di segni o contegni oggettivamente idonei a lasciar emergere una volontà del titolare di rinunciare al diritto, con l'ulteriore condizione caratterizzante che in tali segni si inserisca anche un'inerzia del titolare, prolungata, ma inidonea al maturare della prescrizione.

La sovrapposizione pratica tra le due figure emerge con chiarezza da una decisione della giurisprudenza di legittimità ⁸⁷. Il socio di una s.r.l. agiva per ottenere la riscossione del compenso per l'attività di amministratore svolta nella stessa società. Tale richiesta arrivava però dopo che nessuna pretesa era stata avanzata, né durante i quattordici anni dell'incarico, né per i quattro anni successivi alla sua cessazione. La Cassazione, valutando questi elementi insieme alla circostanza che il socio, prima della liquidazione della società, mai aveva sollecitato l'assemblea dei soci sulla determinazione dello stesso pur avendone avuto la possibilità, ha ritenuto di poter qualificare tale comportamento come una rinuncia tacita al compenso. Gli elementi propri delle fattispecie di *Verwirkung* sembrano qui chiaramente riconoscibili: l'inerzia del socio nel richiedere la riscossione del compenso, protrattasi per un periodo di tempo inidoneo ad estinguere – completamente – il diritto per prescrizione; l'esistenza di circostanze ulteriori, tra le quali appunto la mancata sollecitazione della questione nell'assemblea dei soci; l'affidamento degli altri soci sul fatto che il compenso non sarebbe più stato richiesto. Gli stessi elementi sono stati dai giudici ritenuti idonei all'emersione di una volontà dell'amministratore di rinunciare al compenso.

vi sarebbe sostanziale differenza tra attività di interpretazione e di illazione, poiché per tutti i comportamenti – dichiarativi e non dichiarativi – sarebbe necessario compiere l'operazione di risalire da un determinato comportamento a un determinato autoregolamento di interessi.

⁸⁶ Sulla fungibilità fra *Verwirkung* e rinuncia tacita v. anche D'Amico, *Buona fede ed estinzione*, cit., 1168. Ma anche lo stesso Salvatore Patti, nel suo primo lavoro sulla tolleranza, giunge alla conclusione per cui gli atti negoziali di rinuncia e le fattispecie di lesione dell'affidamento che abbiano violato il principio di buona fede sono sostanzialmente sovrapponibili. In questo senso, chiarisce l'A. che l'aspetto innovativo della tesi per cui bisognerebbe abbandonare le «finzioni di volontà», in favore di tecniche di protezione degli affidamenti riconducibili a buona fede, «non riguarda tanto il tipo di conseguenze giuridiche ma soltanto la tecnica di imputazione. *Nelle stese fattispecie in cui viene ravvisata una violazione del principio di buona fede era infatti tradizionalmente individuato un atto negoziale al quale, salvando formalmente i principi volontaristici, volevano imputarsi determinati effetti*». Patti, *Profili della tolleranza*, cit., 87 s. (il corsivo è aggiunto).

⁸⁷ Cass. 12-9-2019, n. 22802, in *DeJure*.

Analogamente, la sovrapponibilità pratica tra *Verwirkung* e rinuncia tacita emerge espressamente dal lodo arbitrale di cui si è già fatta menzione⁸⁸. Come si è visto, infatti, in quel lodo la maggioranza dei membri del Collegio riteneva possibile giungere alle stesse conclusioni sia tramite l'applicazione della *Verwirkung* che mediante il ricorso alla rinuncia tacita, valutando entrambe le fattispecie astrattamente configurabili. Gli arbitri hanno tuttavia preferito applicare il secondo istituto, poiché maggiormente coerente con il nostro sistema.

Una precisazione. Asserire la sovrapponibilità pratica di *Verwirkung* e rinuncia tacita non implica, dalla nostra prospettiva, l'identità concettuale delle due figure. In questo senso, la *Verwirkung* – come ricostruita dagli interpreti degli ordinamenti considerati – non è una rinuncia (o remissione) tacita al diritto⁸⁹. Mentre infatti nella rinuncia l'accento si pone sulla volontà estintiva del titolare (comunque derivante da contegni idonei a rivelarla), riconducibile alla figura del negozio giuridico, nella *Verwirkung* a rilevare è il solo affidamento giustificato del soggetto passivo, e le circostanze che giustificano tale affidamento sono piuttosto riconducibili alla categoria dei meri fatti giuridici. In questo senso, ad assumere rilevanza diretta ai fini dell'estinzione del diritto, non è in sé la volontà del titolare, ma l'affidamento giustificato del soggetto passivo.

Ciò però non smentisce che, calati nella dimensione pratica di un ordinamento come il nostro, gli ambiti di operatività delle due figure siano fondamentalmente sovrapponibili. In questo senso, rimane vero che l'inerzia del titolare del diritto e i segni o contegni univoci da cui emerga un intento di rinuncia possono essere interpretati sia come manifestazione della volontà di rinunciare al diritto (e dunque il diritto si estingue per effetto della rinuncia tacita)⁹⁰; sia come condotta idonea a ingenerare nella controparte un affidamen-

⁸⁸ Coll. Arbitrale 9-1-2009, cit.

⁸⁹ In questo senso, Cian, *Tutela della controparte di fronte all'annullamento*, cit., 565, per il quale la *Verwirkung* «non deve essere confusa con una rinuncia tacita in quanto il decorso del tempo accompagnato dalle circostanze [...] opera di per sé, a prescindere da una volontà negoziale del soggetto titolare». La non identità tra *Verwirkung* e rinuncia tacita è poi rimarcata da Patti, *Profili della tolleranza* cit., spec. 51 s., 55 s.; Id., *Verwirkung* cit., spec. 729 s. Sembra invece accostare le due figure Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile* cit., 338, nt. 3, in cui si afferma che «c'è una tendenza che vorrebbe collegare all'inerzia anche un diverso, generico effetto estintivo, come prova di disinteresse o presunzione di rinuncia; è quella che i tedeschi chiamano la *Verwirkung*».

⁹⁰ Per costante giurisprudenza, infatti, perché si abbia rinuncia tacita è necessario un comportamento, privo di ogni altra giustificazione da cui possa desumersi in maniera *inequivocabile* la volontà del titolare. V., da ultimo, Cass. 3-12-2021, n. 38216; Cass. 25-11-2021, n. 36636; Cass. 14-12-

to giustificato sul futuro non esercizio del diritto (e dunque il diritto si estinguerebbe – o ne sarebbe precluso l'esercizio – per effetto della *Verwirkung*).

In sostanza, dunque, davanti a un problema pratico analogo, gli interpreti possono sostanzialmente scegliere se dare rilevanza immediata all'emersione di una volontà estintiva o se invece porsi nell'angolo prospettico della tutela oggettiva dell'affidamento e dunque applicare la *Verwirkung* (*retrato desleal*, abuso del diritto, etc.)⁹¹.

Ora, un'analisi casistica suggerisce che in ordinamenti come quello italiano o spagnolo, nei quali il ricorso a rinunce tacite di volontà è già di uso frequente e nei quali il richiamo a un elemento volontaristico storicamente assume un ruolo di particolare rilievo, si tende a preferire l'applicazione della figura della rinuncia tacita.

In Germania, invece, si tende piuttosto a dare rilievo all'affidamento del soggetto passivo, senza ricorrere allo schema della rinuncia del titolare. Ciò probabilmente dipende anche dal fatto che, come già si è detto, nell'ordinamento tedesco la rinuncia al diritto ha natura contrattuale⁹². Sicché, formalmente, il solo comportamento del titolare, pur idoneo a generare affidamento sull'esistenza di una volontà estintiva, non basterebbe a estinguere il diritto. A esso, infatti, dovrebbe necessariamente accompagnarsi la futura stipulazione di un contratto. In altri termini, in Germania la sola volontà estintiva del titolare di un diritto sarebbe inidonea alla produzione di un effetto estintivo e potrebbe generare nel soggetto passivo solo un affidamento sul fatto futuro che il diritto non si eserciterà più, coerentemente con quella volontà. Da qui, verosimilmente, la necessità di un istituto (come la *Verwirkung*) che non lasci un simile affidamento privo di tutela.

6. – Le conclusioni a cui siamo giunti nei paragrafi precedenti ci portano a

2020, n. 28439; Cass. 3-10-2018, n. 24139; Cass. 5-2-2018, n. 2739; Cass. 19-5-2014, n. 10955, tutte in *OneLegale*. Tra le decisioni di merito, v. App. Napoli 28-10-2020, n. 2670, in *OneLegale*.

⁹¹ Ciò è messo in risalto anche da RESCIGNO, *Manuale del diritto privato* cit., 285, che «in realtà si giunge, per altre vie, a risultati non diversi da quelli dell'esperienza tedesca se si pone mente al concetto di rinuncia tacita, spesso utilizzato per respingere la pretesa del titolare che voglia far valere il diritto dopo aver fatto sorgere nell'altra parte la ragionevole aspettativa della conseguita liberazione da ogni vincolo». L'idea che la funzione equitativa che la *Verwirkung* ricopre in Germania sia svolta in Italia dalla rinuncia tacita, come si è detto, *supra*, al § 4, è alla base dello studio di RANIERI, *Rinuncia tacita*, cit., 2 s., 65 s., 120 s.; Id., *Eccezione di dolo generale*, cit., 322 s.

⁹² V., *supra*, § 3.

comprendere che, in ordinamenti nei quali la figura della rinuncia tacita trova sviluppo e applicazione nella prassi, lo spazio logico per la *Verwirkung* risulta fondamentalmente assorbito dall'operatività di quella figura. Ciò perché i segni o conegni necessari al sorgere di un affidamento, e che consentono di considerarlo 'giustificato', sarebbero gli stessi che già portano all'emersione di una volontà estintiva del titolare, idonea a estinguere il diritto.

Riecheggiano dunque le argomentazioni proposte da quella dottrina per cui – come si è visto – le funzioni equitative alla base della *Verwirkung* non sarebbero diverse da quelle che nel nostro ordinamento sono svolte proprio dalla rinuncia tacita⁹³. Oltre a un'analogia di *funzioni*, nel corso di questo lavoro è però emersa, in maniera esplicita, anche una sostanziale analogia di *presupposti* tra le due figure: la presenza di segni o conegni univoci da cui sia dato ricavare una volontà del titolare di rinunciare (in senso ampio) al diritto. Solo tali segni sono infatti idonei a suscitare un affidamento giustificato sul futuro non esercizio del diritto.

Il confronto con l'esperienza spagnola ha lasciato emergere con particolare chiarezza che, in determinati sistemi, la convivenza tra *Verwirkung* e rinuncia tacita genera inevitabilmente cortocircuiti logici. L'affidamento rilevante ai fini della *Verwirkung* risulta infatti fondato su circostanze che, al tempo stesso, sono già idonee a configurare una rinuncia tacita: nell'invocare la prima, si finisce dunque per postulare i presupposti della seconda.

Ciò che sembra evidente, a questo punto della trattazione, è che, se le due figure svolgono funzioni analoghe e sono caratterizzate da elementi di fatto sostanzialmente sovrapponibili, si rende necessaria una scelta argomentativa. Occorre infatti decidere, in ipotesi come quelle di cui si è detto, se continuare a tutelare gli affidamenti mediante lo schema della rinuncia tacita al diritto, magari applicandolo con maggiore flessibilità⁹⁴. Oppure se virare verso un modello di tutela dell'affidamento più vicino alla *Verwirkung* tedesca, accogliendo l'invito formulato da quella dottrina che negli anni '70 del secolo scorso riteneva necessario superare il ricorso a «finzioni di volontà», per la tutela degli affidamenti generati da fattispecie riconducibili alla tolleranza⁹⁵.

⁹³ Ranieri, *Rinuncia tacita*, cit., spec. 65 s., 120 s.

⁹⁴ Questa peraltro la conclusione a cui giunge D'Amico, *Buona fede ed estinzione*, cit., 1169.

⁹⁵ Questa invece, come si è visto, è la posizione di Patti, *Profili della tolleranza* cit., 77 s. L'A.

La prima via sembra preferibile. Allo stato attuale, infatti, non sembrano esservi ragioni sostanziali per mutare le strutture argomentative di un sistema che non lascia sprovvisti di tutela gli affidamenti che si vorrebbero tutelare mediante l'impiego della *Verwirkung*⁹⁶.

Non è tanto un problema di incertezza riconducibile a confini più ampi o meno rigorosi della *Verwirkung*. È innegabile che, nella ricerca di quelle 'circostanze ulteriori' necessarie a giustificare un affidamento e a qualificare come abusivo l'esercizio del diritto secondo lo schema della *Verwirkung*, al giudice sia riconosciuto un margine di discrezionalità; ma un discorso analogo vale anche per la rinuncia tacita, poiché anche in questo caso l'interprete mantiene un margine di discrezionalità nel valutare gli indici rivelatori di una volontà di rinuncia del titolare.

La questione è piuttosto di metodo, di opportunità argomentativa e delle ripercussioni di tale scelta. Si tratta cioè di valutare se sia preferibile continuare a

ascrivere alle tesi soggettivistiche – da lui criticate e ritenute superate – tutti i tentativi di ricondurre allo schema del negozio fattispecie che, a suo avviso, dovrebbero restarne estranee. Secondo l'impostazione proposta da Patti, il comportamento del soggetto sarebbe dotato di valore negoziale solo se acquista questo significato nella comune valutazione dei consociati. Di conseguenza, un atto di tolleranza non potrebbe essere qualificato come negozio, poiché socialmente privo di un simile riconoscimento. Rispetto a questa posizione può tuttavia formularsi un'obiezione. Nel nostro caso, infatti, il problema non sta tanto nel forzare in uno schema negoziale un comportamento che sarebbe privo di tale qualificazione; quanto piuttosto quello di stabilire se quel comportamento sia idoneo a lasciar emergere una determinata volontà. La valutazione "sociale" non dovrebbe riferirsi alla qualificazione dell'atto come negozio, ma alla sua capacità di esprimere obiettivamente una volontà giuridicamente rilevante. Nel caso dei comportamenti concludenti (che solo per convenzione vengono considerati «dichiarazioni tacite», ma che in realtà – almeno in senso stretto – dichiarazioni non sono, perché non sono atti rivolti in via diretta a comunicare una volontà), ciò che rileva è proprio l'idoneità sociale del contegno di un soggetto a lasciar emergere una volontà. Non si tratta di una finzione, né di un ritorno alle teorie soggettivistiche. Più di recente v. anche le aperture di Astone, *Venire contra factum proprium*, cit., spec. 150 s., che guarda alla vicenda dal più generale angolo prospettico del divieto di contraddizione. In questo senso, l'A. osserva come il ricorso a quelli che sono definiti come «equivalenti funzionali» al divieto di contraddizione (tra cui la configurazione di negozi idonei a raggiungere lo stesso risultato che si raggiungerebbe mediante l'applicazione del divieto) non agevola l'emersione di un criterio o di una regola in tema di contraddizione.

⁹⁶ Analogamente cfr. Piraino, *La protratta inerzia nell'esigere il credito*, cit., 210 s. Nel criticare la menzionata decisione Cass. 14-6-2021 n. 16743, cit., l'A. ritiene che la scelta di non tentare di rintracciare la soluzione del caso in istituti tradizionali, integrati da categorie altrettanto sperimentate e consuete nello strumentario concettuale del civilista come quella della manifestazione tacita dell'intento negoziale, sia «sintomo di una perdita di spessore e di rigore tecnico da parte della giurisprudenza di legittimità».

muoversi entro un modello consolidato, come quello della rinuncia tacita, affinato nel tempo e gestibile con maggiore consapevolezza dagli interpreti; oppure se sia opportuno preferire il ricorso a uno strumento diverso, come appunto la *Verwirkung*, che pur rispondendo a esigenze analoghe imporrebbe comunque un cambio di paradigma. Con il rischio evidente di una minor destrezza nelle argomentazioni, determinata dall'introduzione di uno schema concettuale meno familiare. Sarebbe quindi concreto il rischio di un periodo iniziale di adattamento, durante il quale i giudici potrebbero trovarsi ad applicare la *Verwirkung* in modo disomogeneo o comunque meno rigoroso. Lo svantaggio sarebbe evidente e a risentirne sarebbe la stessa coerenza interna del sistema ⁹⁷.

Certo, la figura della *Verwirkung* continuerà verosimilmente a suscitare l'interesse dei giuristi, anche in ambiti diversi dal diritto privato. Si può a tal proposito tenere presente che, nel diritto amministrativo, vi è chi ha sostenuto l'esistenza di una forma di *Verwirkung*, quale strumento di tutela dell'affidamento generato dalla P.A. sul non esercizio di un potere amministrativo ⁹⁸. Questa prospettiva potrebbe in effetti offrire l'occasione per un dialogo tra discipline pubblicistiche e privatistiche, utile a comprendere somiglianze e tratti distintivi delle strutture argomentative e delle esigenze di protezione che emergono nei diversi settori. Sono spunti che aprono ulteriori linee di ricerca, nelle quali il richiamo alla *Verwirkung* potrebbe rivelarsi fruttuoso.

⁹⁷ Sembra invece questa la posizione espressa da Monticelli, *Verwirkung ultimo atto*, cit., spec. 558 s. Sui rischi dell'introduzione di una causa di estinzione dell'obbligazione esterna al nostro sistema, come appunto la *Verwirkung*, cfr. Renda, *La prescrizione*, cit., 134 s.

⁹⁸ Cfr. F. Merusi, *Alla ricerca di un istituto comune a tutti gli stati dell'Unione Europea: la decadenza dall'esercizio del potere*, in *Lo Stato*, 2022, 245 s. Un richiamo alla *Verwirkung* operato dallo stesso autore era già presente nel suo lavoro monografico F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 128 s.

Abstract

Muovendo dal rinnovato interesse suscitato dalla giurisprudenza italiana, il lavoro riprende il rapporto tra la figura tedesca della *Verwirkung* e la rinuncia tacita al diritto, proponendo anche riflessioni di confronto con il *retraso desleal* spagnolo. La tesi sviluppata è che, negli ordinamenti che riconoscono la rinuncia tacita, i presupposti della *Verwirkung* finiscano per coincidere con quelli già sufficienti a rivelare una volontà abdicativa del titolare: un cortocircuito argomentativo che priva la figura tedesca di un autonomo spazio applicativo e induce a preferire, anche nel nostro sistema, il ricorso allo strumento già consolidato della rinuncia tacita.

Prompted by the renewed interest shown by Italian case law, this paper revisits the relationship between the German doctrine of *Verwirkung* and the implied waiver of rights, drawing on a comparative analysis of the Spanish doctrine of *retraso desleal*. It argues that, in legal systems which recognise tacit waiver, the requirements for *Verwirkung* ultimately coincide with those already sufficient to establish the right-holder's intent to abandon the right. An argumentative circularity that leaves no autonomous scope for the German doctrine and suggests that, in the Italian system too, recourse should be had to the already well-established mechanism of implied waiver.