

## LA CLAUSOLA DI TOLLERANZA.

Di Daniele Imbruglia

| 219

**SOMMARIO:** 1. Nozioni della clausola di tolleranza e oggetto dell'indagine. - 2. Casistica della clausola di tolleranza. - 3. Classificazioni della clausola di tolleranza. - 4. Le ragioni della clausola di tolleranza: la rilevanza del comportamento tollerante. - 4.1. (...) nel diritto interno. - 4.2. (...) nella common law. - 4.3. (...) nelle fonti di armonizzazione. - 4.4. (...) e in quello uniforme - 5. Lo scopo della clausola di tolleranza. - 6. La forza vincolante della clausola di tolleranza: limiti alla pretesa delle parti di svincolarsi. - 6.1. La clausola di tolleranza come clausola di stile. Critica. - 6.2. La clausola di tolleranza come patto non meritevole di tutela. Critica. - 6.3. La clausola di tolleranza e la buona fede nell'esecuzione del contratto. - 7. Conclusioni.

**ABSTRACT.** L'articolo ricostruisce la clausola di tolleranza nel sistema di diritto privato interno. Nella prima parte, il saggio esamina gli effetti del comportamento tollerante sul contratto: il mancato esercizio di un rimedio previsto dal contratto potrebbe implicare la sua non esigibilità. Nella seconda parte, si indagano gli effetti della clausola con cui le parti cercano di evitare che il comportamento tollerante del creditore possa rilevare come ragione di non esigibilità della pretesa.

*This paper analyses in depth the no waiver clause under Italian Private Law. In the first section, the essay investigates the effects of tolerance on the contract: the failure or delay on the part of either Party to exercise a remedy under the contract may preclude the further exercise of such remedy. In the second part, the Author discusses the effect of the no waiver clause. By this clause parties try to prevent any failure or delay by the innocent party to enforce its rights from operating as an obstacle to its enforcement rights.*

## 1. Nozioni della clausola di tolleranza e oggetto dell'indagine.

| 220

L'espressione 'clausola di tolleranza' ricorre nella odierna prassi negoziale in almeno due accezioni. In seno al contratto di sponsorizzazione, con tale formula si intende il patto con cui lo *sponsor* riconosce allo *sponsee* la possibilità di concludere accordi con altri soggetti<sup>1</sup>. In questo modo intesa, la clausola può limitarsi a prevedere siffatta facoltà in capo allo *sponsee* oppure, come capita nella maggior parte dei casi, può aggiungere anche che ulteriori ed eventuali *sponsors* devono essere soggetti graditi a quello parte del contratto in cui la clausola è inserita e che sullo *sponsee* grava un dovere di informazione in merito ad ogni nuova sponsorizzazione<sup>2</sup>.

In un secondo significato, il sintagma in parola richiama la volontà delle parti di escludere che l'eventuale tolleranza dell'inadempimento da parte del creditore *i)* equivalga a una rinuncia dei diritti derivanti dalle clausole non osservate dal debitore e *ii)* costituisca ostacolo per una successiva richiesta di esatto adempimento nonché per l'esercizio di un diritto o di una facoltà prevista dal contratto. Nel prosieguo intendo occuparmi di questo secondo senso della clausola di tolleranza, rispetto al quale si registra tuttora l'assenza di una giurisprudenza interna rilevante o di trattazioni specifiche<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sulla figura di contratto di sponsorizzazione si vedano, tra i tanti, i contributi di B. INZITARI, *Sponsorizzazione*, in *Contr. Impr.*, 1985, p. 284; V. FRANCESCHELLI, *I contratti di sponsorizzazione*, in *Giur. comm.*, 1987, p. 288; M.V. DE GIORGI, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1988; M. COSTANZA (a cura di), *Sponsorizzazione e pubblicità*, Milano, 1989; S. GATTI, *Sponsorizzazione* (voce), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 509; V. AMATO, *Sponsorizzazione* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1993, p. 1; G. VIDIRI, *Il contratto di sponsorizzazione: natura e disciplina*, in *Giust. civ.*, 2001, p. 3; G. BERTI DE MARINIS, *Causa del contratto di sponsorizzazione ed inadempimento imputabile allo sponsee*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2015, p. 1. Con riferimento, invece, alla clausola di tolleranza in seno a questi tipi di accordi e il cui significato è quello di disciplinare l'eventuale successiva stipula da parte dello *sponsee* di ulteriori sponsorizzazioni si vedano, in particolare, M. MORMANDO, *I contratti di sponsorizzazione sportiva*, Firenze, 2000, p. 81 e I. MAGNI, *Merchandising e sponsorizzazione*, Padova, 2002, p. 115.

<sup>2</sup> A mo' d'esempio di questa clausola si veda la seguente formula: "La denominazione di "Sponsor tecnico esclusivo del ..." non limita peraltro il diritto dello *sponsee* di consentire a terzi, diversi dallo sponsor, ma comunque con essa non concorrenti in quanto produttori e commercializzatori di materiale tecnico, il diritto di utilizzare la denominazione di "sponsor" senza tuttavia l'aggettivazione "tecnico"".

<sup>3</sup> Tra gli Autori che riportano l'impiego della clausola, si vedano M. BIANCHI - D. SALUZZO, *I contratti internazionali*, Milano, 1997, p. 109; M. FONTAINE - F. DE LY, *La redazione dei contratti internazionali*, Milano, 2008, p. 216; M. BIANCHI, *Tecniche di redazione dei contratti internazionali*, Milano, 2011, p. 138; A. FRIGNANI - M. TORSSELLO, *Il contratto*

## 2. Casistica della clausola di tolleranza.

La clausola di tolleranza così intesa assume una sempre maggiore diffusione e ciò avviene sia nell'ambito del commercio internazionale (dove, riprendendo la definizione diffusa in ambiente di *common law*, essa va sotto il nome di '*no(n) waiver clause*') sia nella sfera della contrattazione domestica.

Un testo della pattuizione ricorrente è ad esempio quello che recita '*no failure or delay on the part of either Party to exercise any right or remedy under this Agreement shall be construed or operate as a waiver thereof, nor shall any single or partial exercise of any right or remedy preclude the further exercise of such right or remedy*'<sup>4</sup>. Un diverso testo della stessa clausola, contenuto nei principali modelli di contratti di locazione a viaggio di una nave, comporta invece che '*the failure of any party to insist upon strict compliance with or performance of any of the provisions of this Charter Party shall not constitute a waiver or abrogation of such provisions, or any other provisions, nor shall it constitute a waiver of compliance in any other instance*'<sup>5</sup>.

La disposizione ricorre nei contratti predisposti da una sola parte (professionista) e solo accettati dall'altra parte. Ad esempio, nei rapporti tra assicuratore marittimo e assicurato, è dato riscontrare una clausola del seguente tenore '*No representation, act or omission, conduct or forbearance by the Insurer nor any agreement or acquiescence to the conduct of the Assured, shall amount to a waiver of any right of the Insurer under this policy, nor shall it give rise to an estoppel in respect of any such right unless expressed in writing and addressed by the Insurer to the Assured*'<sup>6</sup>. Invece, nei contratti che regolano il rapporto di apertura di credito tra banca e cliente si rinviene una clausola con cui si afferma che '*l'eventuale tolleranza di una delle Parti di comportamenti dell'altra, posti in essere in violazione delle disposizioni contenute nel presente*

*internazionale*, Padova, 2011<sup>II</sup>, p. 480; F. Bortolotti, *Il contratto internazionale*, Padova, 2012, p. 227; P. MESSINA, *I contratti bancari e finanziari. Giurisprudenza, dottrina e modelli contrattuali*, Torino, 2013, p. 47; E. TARTAGLIA, *Acquisto di quote societarie e pacchetti azionari*, Milano, 2014, p. 188; G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2014<sup>II</sup>, p. 272; M. ANDERSON - V. WARNER, *Drafting and Negotiating Commercial Contracts*, Haywards Heath, 2016<sup>IV</sup>, p. 309; B. FAGES, *Droit de obligations*, Paris, 2017<sup>VII</sup>, p. 228.

<sup>4</sup> M. ANDERSON - V. WARNER, *op. cit.*, p. 359.

<sup>5</sup> BIMCO, *Standard Cruise Voyage Charter Party*, 1998, in [www.bimco.org](http://www.bimco.org).

<sup>6</sup> Il testo della clausola è tratto da [www.britishmarine.com](http://www.britishmarine.com).



contratto di finanziamento, non costituisce rinuncia ai diritti derivanti dalle disposizioni violate né al diritto di esigere l'esatto adempimento di tutti i termini e condizioni qui previste<sup>7</sup>; mentre negli accordi che regolano l'affiliazione di un soggetto ad una società di scommesse è possibile trovare la disposizione con cui, appunto, si prevede che *'L'eventuale mancato esercizio, da parte della Società, del diritto a far rispettare all'Affiliato una qualsiasi disposizione contenuta nel presente Contratto non comporterà la rinuncia del diritto della Società a far rispettare tale disposizione in qualsiasi momento'*<sup>8</sup>. Ancora, nei contratti di distribuzione che contengono una clausola risolutiva in favore del fornitore per l'ipotesi in cui il distributore non acquisti la quantità di prodotto indicata come minimo garantito, è frequente l'inserimento di una disposizione che afferma come *'l'eventuale decisione del fornitore di non esercitare il diritto di risoluzione non potrà essere considerata, neppure se ripetuta per molti anni, come rinuncia di avvalersi della clausola in futuro'*<sup>9</sup>. Infine, nei contratti che regolano l'accesso dell'utente alla consultazione dei quotidiani in formato digitale, è dato riscontrare la seguente disposizione *'L'eventuale tolleranza di una Parte di comportamenti dell'altra posti in essere in violazione delle previsioni contenute nel presente Contratto, non costituisce rinuncia ai diritti derivanti da disposizioni violate né al diritto di esigere l'esatto adempimento di tutti i termini e le condizioni ivi previsti'*<sup>10</sup>.

Anche nei regolamenti contrattuali di rapporti tra soggetti non professionisti si rinviene con una certa frequenza la clausola con cui le parti prevedono che *'l'adozione di comportamenti contrari al presente contratto non contestati dall'altra parte saranno qualificati come semplici atti di tolleranza e come tali non idonei ad incidere sul diritto di esigere ogni prestazione nei modi, tempi e termini indicati nel presente accordo'*. Oltre che nell'ipotesi di locazione, dove la clausola è estremamente diffusa, la dizione per cui *'l'eventuale tolleranza di una delle parti di comportamenti dell'altra Parte posti in essere in violazione delle disposizioni contenute nell'accordo non costituisce rinuncia ai diritti derivanti dalle disposizioni violate né al diritto di esigere l'esatto adempimento di tutti i termini e condizioni qui previsti'* si ripete con grande frequenza nei contratti di acquisto di pacchetti

azionari<sup>11</sup>, in specie in quelli che si dipanano lungo un certo arco temporale<sup>12</sup>.

### 3. Classificazioni della clausola di tolleranza.

La casistica ora riportata testimonia un utilizzo della pattuizione molto ampio e questo indica che la stessa sia da considerarsi come una clausola c.d. ancillare<sup>13</sup>, ossia una pattuizione indipendente dallo schema contrattuale e quindi in grado di essere ricompresa in una pluralità di accordi, siano essi alieni o meno, con professionisti e non.

Ciò detto, la casistica testé citata mostra come la clausola ricorra principalmente in seno a due regolamenti contrattuali. Da un lato, essa è impiegata negli accordi che disciplinano rapporti in cui le prestazioni dovute si *susseguono* nel tempo con o senza soluzione di continuità (ad esempio, nell'ipotesi di acquisto di un pacchetto azionario che si sviluppa in più fasi lungo un arco temporale di durata apprezzabile determinando un'operazione economica a formazione progressiva). Da un altro, essa è contenuta nei contratti che regolano rapporti in cui le prestazioni si *ripetono* mediante atti scaglionati nel tempo (come in quello di assicurazione, in quello bancario o in quello di locazione).

Sempre a partire dalla casistica sopra riportata, si può rilevare una ulteriore classificazione del patto, distinguendo tra clausola di tolleranza specifica e quella generica. Con la prima espressione si intende qui fare riferimento all'ipotesi in cui le parti formulano la clausola in modo tale che essa riguardi solo specifiche e determinate prestazioni. Tra le formule della pattuizione riportate in precedenza, un esempio di questo tipo (*clausola di tolleranza specifica*) è quella prevista nel contratto di distribuzione per l'ipotesi di mancato esercizio del diritto di risoluzione da parte del fornitore in caso di acquisto di prodotti da parte del debitore che sia

<sup>11</sup> S. DI DIEGO, *Formulario delle operazioni straordinarie*, Milano, 2008, p. 619. Sul punto, si veda anche la clausola riportata in G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., p. 272.

<sup>12</sup> Per una ipotesi di questo tipo si veda la clausola con cui le parti avevano affermato che *"Il fatto, anche ripetuto, di tolleranza od accettazione della mancata, ritardata o diversa applicazione od esecuzione di qualunque disposizione del presente contratto non ne può costituire modifica né renderla inoperante negli altri casi, nessuno eccettuato"* e che era contenuta nel contratto oggetto della decisione, inedita, del Tribunale di Trieste, 8 settembre 2016 in cui un soggetto aveva sottoscritto con due soci una scrittura privata che li obbligava a trasferirgli la proprietà delle loro partecipazioni societarie mediante due successive alienazioni.

<sup>13</sup> M. CONFORTINI, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Le clausole negoziali*, Milano, 2017, p. V.

<sup>7</sup> Testo come riportato da P. MESSINA, *op. cit.*, p. 47 (e, *ivi*, p. 145 identica in un testo di contratto di *project financing*).

<sup>8</sup> Il testo della clausola è tratto da *affiliazioni.betflag.it*.

<sup>9</sup> Il testo della clausola è tratto da F. BORTOLOTTI, *op.cit.*, p. 229.

<sup>10</sup> Il testo della clausola è tratto da *www.repubblica.it*.

inferiore al minimo garantito previsto dal contratto. Con la seconda formula, invece, si richiama il caso in cui le parti abbiano disancorato la clausola da una (o più) specifica ipotesi, così che la stessa coinvolga un qualunque caso di mancato o tardivo esercizio di un diritto o di una facoltà prevista dal contratto.

222 Come visto, tale *clausola di tolleranza generica* è il tipo di pattuizione più diffuso e costituisce un classico esempio di c.d. *boilerplate clause/miscellaneous provisio*, vale a dire quelle clausole standardizzate tipicamente poste nella parte finale dell'accordo<sup>14</sup>.

#### 4. Le ragioni della clausola di tolleranza: la rilevanza del comportamento tollerante.

Per individuare in modo esatto quali siano le ragioni sottese all'impiego e alla diffusione della clausola di tolleranza, è bene prendere le mosse domandandosi cosa accadrebbe se il fatto dedotto nel patto (mancato esercizio del diritto) si verificasse in un rapporto contrattuale regolato da un contratto che non contiene la clausola.

Si è visto in precedenza come la pattuizione in parola sia essenzialmente contenuta nei contratti in cui il tempo dell'esecuzione è in qualche modo distante da quello della conclusione dell'atto. In siffatte relazioni il regolamento contrattuale - ossia il tentativo "*la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un cadre de prévision*"<sup>15</sup> - cerca di disciplinare ogni possibile scenario, individuando facoltà e diritti per tutte le possibili ipotesi che si possono verificare durante l'esecuzione (inadempimento, totale o parziale, ritardo nell'adempimento, sopravvenienze, etc.) e, ciò, anche al fine di rafforzare il vincolo che le parti assumono in un dato momento. Ciò

nonostante, nella fase di attuazione del contratto ben può essere che le parti agiscano in modo diverso da quanto immaginato e fissato nel contratto. Più nello specifico, può accadere che davanti al fatto dell'inadempimento, il creditore (*innocent party*) decida di non attivare i rimedi che gli spettano *ex contractu* e che gli consentono di rimuovere le conseguenze negative dalla sua sfera in quella del creditore. Ad esempio, dinnanzi ad un distributore che acquista un numero di prodotti inferiore a quello pattuito nel contratto come minimo garantito, il fornitore, magari perché non trova sul mercato alternative valide a quella controparte, potrebbe ritenere preferibile mantenere il contratto e quindi non esercitare, in quel particolare momento negativo per il mercato, il diritto di risoluzione che le parti avevano posto a tutela di quella pretesa e adottare invece un comportamento differente, appunto di tolleranza dell'inadempimento, sopportando quelle conseguenze negative. Per quanto sia un fatto non previsto dalle parti, la tolleranza del creditore può avere degli effetti, i quali, si manifesteranno nel momento in cui il creditore decide di avvalersi del rimedio come previsto nel regolamento stesso, interrompendo il comportamento sino ad allora mantenuto.

A tal proposito occorre porre a mente come il rapporto tra le parti di un contratto non sia disciplinato esclusivamente dall'accordo, che, quale atto della volontà manifestata in un dato momento, non può escludere che nella fase di attuazione del vincolo si possano verificare fatti che le parti non hanno disciplinato. Così, evidentemente, ci si muove al di là del contratto quando, in assenza della clausola di tolleranza, il creditore non reagisca all'inadempimento del debitore mediante l'esercizio del rimedio fissato dall'accordo. Orbene, il dato per cui il comportamento tollerante del creditore non sia previsto dall'accordo non significa che lo stesso sia un qualcosa di necessariamente neutro e di non rilevante in quella relazione contrattuale. Infatti, la condotta in esame può assumere significato giuridico in base alla norma generale che regola il rapporto contrattuale al di là dell'accordo, fornendo appunto alle parti le direttive necessarie per le ipotesi non previste dal regolamento pattizio (art. 1375 c.c.). In particolare, quando il mancato esercizio da parte del creditore del rimedio previsto per l'inadempimento (tolleranza) determina nel debitore la convinzione che il primo non intenda avvalersene (affidamento), la condotta tollerante non è un qualcosa di giuridicamente neutro, ma è un fatto a cui è ricollegato un effetto giuridico<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Sul punto si vedano, M. BIANCHI, *op. cit.*, p. 134, G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase*, *cit.*, p. 40 e M. ANDERSON - V. WARNER, *op. cit.*, p. 242. Per un'analisi comparatistica della clausola nella sua versione *boiler plate*, si veda in G. CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, 2011, e, *ivi*, in particolare i contributi di E. PEEL, *The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law*, p. 144, X. LAGARDE, D. MEHEUT, J.M. REVERSAC, *The romanistic tradition: application of boilerplate clauses under French law*, p. 215 e I. ZIKIN, *The East European tradition: application of boilerplate clauses under Russian law*, p. 334. Interessanti spunti di riflessioni sulla generale tematiche delle *boilerplate clauses* in ambiente nordamericano si rinvengono in D.G. BAIRD, *The boilerplate puzzle*, in *Mich. Law Rev.*, 2006, p. 933; R. B. AHDIEH, *The Strategy of Boilerplate*, in *ivi*, p. 1033; S.J. CHOI - G. M. GULATI, *Contract as Statute*, in *ivi* p. 1129; M.J. RODIN, *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*, Princeton, 2012.

<sup>15</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1916<sup>II</sup>, p. 106.

<sup>16</sup> Sull'affidamento in generale, senza alcuna pretesa di completezza, si vedano M. D'AMELIO, *Apparenza del diritto*, in



Questo effetto (legale) della tolleranza del creditore che genera affidamento nel debitore, peraltro, non è recessivo rispetto al comportamento immaginato dalle parti per l'ipotesi di inadempimento e poi fissato nel contratto (e che, quindi, pure ha forza di legge tra le parti: art. 1372 c.c.). Nelle esperienze che riconoscono l'istituto c.d. *Verwirkung*<sup>17</sup>, la condotta tollerante quando ha determinato l'affidamento del debitore sul non impiego del rimedio è causa di spegnimento<sup>18</sup> o di perdita<sup>19</sup> del diritto non esercitato. Nei sistemi che, come il nostro, attribuiscono la capacità estintiva del diritto solamente alla intervenuta prescrizione e alla rinuncia del titolare, lo stesso comportamento è invece fonte di un obbligo che si risolve nella paralisi della disciplina rimediabile come fissata nel contratto rendendola non più esigibile (e ciò senza che questa diritto venga meno).

Una volta ribadito come sia a noi estraneo l'effetto legale dello spegnimento del diritto non esercitato per un periodo inferiore a quello "determinato dalla legge" (art. 2934 c.c.)<sup>20</sup>, è

opportuno verificare le conseguenze a cui le parti andrebbero incontro nelle relazioni contrattuali dove il regolamento non disciplina l'ipotesi in cui il creditore non reagisce all'inadempimento nei modi previsti dal contratto.

#### 4.1.(...) nel diritto interno

Per il nostro ordinamento, il mancato esercizio di un diritto *ex contractu* non ne comporta la sua venuta meno e ciò in quanto tra le cause estintive del diritto non vi può essere altro da prescrizione e rinuncia, espressa o tacita, del titolare. Peraltro, tale affermazione generale in merito all'esistenza della posizione sostanziale non vuole significare l'irrelevanza di ogni comportamento assunto del creditore nella fase di esecuzione del contratto e non previsto dalle parti, ben potendo le particolari modalità in concreto della condotta essere scorrette in relazione alle circostanze del caso<sup>21</sup>. Con riferimento all'ipotesi di mancato esercizio di una facoltà attribuita dal contratto alla parte per l'ipotesi di inadempimento, la migliore scienza afferma che "la tolleranza abituale del creditore impedisce che l'inadempimento del debitore conforme a ciò che fu fino qui tollerato conduca alla risoluzione"<sup>22</sup>.

In particolare, la giurisprudenza e la dottrina hanno individuato gli elementi essenziali della condotta tollerante del creditore, che, non prevista dalle parti, ingenera nel debitore inadempiente un affidamento tale per cui l'esercizio di quel rimedio sia precluso al primo<sup>23</sup>. Innanzitutto, la condotta *de*

*Nov. Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 714, R. SACCO, *Affidamento* (voce), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 661, A. Falzea, *Apparenza* (voce), in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 682; V. PIETROBON, *Affidamento* (voce), in *Enc. Giur.*, Roma, 1988; R. SACCO (con la collaborazione di P. Cisiano), *Il fatto, l'atto il negozio*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2005, p. 242 e R. SACCO [G. DE NOVA], *Il contratto, Tratt. Sacco*, Torino, 2016<sup>IV</sup>, p. 15.

<sup>17</sup> Sull'istituto, con esclusivo riferimento ai lavori in lingua italiana, si veda la ricchissima indagine di F. RANIERI, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971 nonché il contributo R. SACCO, *Il fatto, cit.*, p. 234, e, ovviamente, quello di S. PATTI, *Verwirkung* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIX, Torino, 1999, p. 722 e specialmente p. 729 dove si dà conto dell'orientamento dottrinario tedesco (maggioritario) che individua l'effetto tipico della figura nell'estinzione del diritto.

<sup>18</sup> R. SACCO, *Il fatto, cit.*, p. 234, dove la definizione dell'istituto come "spegnimento di un diritto in virtù del decorso di un certo tempo, accompagnato da modalità (condotta del titolare del diritto, affidamento, ecc.) che renderebbero ingiusta la condanna dell'obbligato o in genere del controinteressato"

<sup>19</sup> S. PATTI, *Verwirkung, cit.*, p. 727 (dove la definizione della figura come di "istituto, elaborato dalla giurisprudenza tedesca, che comporta la perdita del diritto soggettivo in seguito alla inattività del titolare, durata per un periodo di tempo non determinato a priori, ed alla concorrenza di circostanze idonee a determinare un affidamento meritevole di tutela in base al principio di buona fede") e P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017<sup>VIII</sup>, p. 438 ("istituto che comporta la perdita del diritto").

<sup>20</sup> Per una pronuncia giurisprudenziale interna che riconnette forza estintiva al mancato esercizio di un diritto si veda, in materia di contratto di lavoro, Cass., 28 aprile 2009 n. 9924, con nota di G. DE CRISTOFARO, *Estinzione dei diritti soggettivi - Abuso del diritto - Correttezza e buona fede - Verwirkung*, in *Studium iuris*, 2009, p. 1238. Per una decisione che, non senza un qualche eccesso, va invece nel senso della esclusione dell'istituto nel nostro ordinamento si veda, invece, Cass. 15 marzo 2004, n. 5240 in *Foro it.*, 2004, I, c. 1397 con nota di G. COLANGELO, con il commento di F. ASTONE, *Ritardo*

*nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 603 e di F. RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 448.

<sup>21</sup> *Ex multis*, L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 576; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. Schlesinger*, Artt. 1374-1381, Milano, 2013<sup>II</sup>, p. 269. In particolare sull'impiego della buona fede nel sindacato dell'esercizio dei diritti e facoltà attribuite dal contratto si veda F. D'ANGELO, *La Buona fede*, in *Contratto in generale*, IV \*\*, *Tratt. Bessone*, XIII, Torino, 2004, p. 108 e, specialmente, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 343-457. In giurisprudenza si veda, da ultimo, la decisione delle Sezioni Unite 19 ottobre 2017, n. 24675, con il commento (critico) di S. PAGLIANTINI, *L'usura sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1487 e quello (adesivo) di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, in *ivi*, p. 1495.

<sup>22</sup> R. SACCO [G. DE NOVA], *cit.*, p. 1602.

<sup>23</sup> Sul tema della tolleranza privatistica si vedano, le indagini di A. CANDIAN, *Atto autorizzato, atto materiale lecito, atto tollerato - Contributo alla teoria dell'atto giuridico*, in *Temi*, 1949, p. 311; U. BISEGNA, *Tolleranza (Atti di)* (voce), in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957, p. 400; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978; ID., *Tolleranza (atti di)* (voce), in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 701 (per comodità

qua deve essere conseguente ad un fatto che sia per lui lesivo (inadempimento) e ciò in quanto “non può parlarsi di tolleranza nelle ipotesi in cui il destinatario dell’attività non reagisce, ma l’effetto che si produce nei suoi confronti è favorevole”<sup>24</sup>. Inoltre, essa deve concretizzarsi nel mancato esercizio del rimedio previsto dal contratto per l’ipotesi di suo inadempimento, così da risolversi appunto nella sopportazione delle conseguenze dell’inadempimento in capo al creditore che non le rimuove nella sfera del responsabile come invece previsto dal contratto. Peraltro e al fine di produrre gli effetti paralizzanti di cui si discute, occorre che questo mancato esercizio del rimedio sia una manifestazione di inazione<sup>25</sup> e di pazienza<sup>26</sup> del titolare e non già di suo disinteresse o di sua inerzia<sup>27</sup>. In questo senso è bene osservare come il comportamento tollerante vada tenuto distinto dalla rinuncia tacita (con ciò intendendo il comportamento concludente del titolare che riveli, in maniera univoca, la sua definitiva volontà di non avvalersi del diritto stesso)<sup>28</sup> e da tutte quelle ipotesi di “partecipazione o immistione del paziente, simultanea o successiva” che hanno l’effetto di trasformare “il tollerare in un atto di diversa natura, e precisamente di natura negoziale”<sup>29</sup>. Infine, la condotta (del creditore) tollerante, che si può estrinsecare sia in un *non facere* sia in un *facere*, non deve essere sul piano della sua frequenza un qualcosa di sporadico, ma, un qualcosa di radicato “attraverso una condotta abituale”<sup>30</sup>.

Con risultati analoghi a quelli dell’esperienza inglese (*infra*), la giurisprudenza italiana ha da tempo affermato che la condotta tollerante del

locatore rispetto al ritardo del conduttore nel pagamento del canone abbia l’effetto di precludergli la possibilità di invocare la clausola risolutiva espressa prevista in punto di tempestività del pagamento<sup>31</sup>, almeno sino a quando il locatore sia stato informato che nel futuro il suo inadempimento non sarà più tollerato<sup>32</sup>. Ancora, fuori dai rapporti

<sup>31</sup> *Ex multis*, Cass., 17 settembre 2016 n. 18991, in *Arch. Locazioni*, 2017, p. 56; Cass., 14 febbraio 2012 n. 2111, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 2, 163; Cass., 17 dicembre 2009 n. 26508, in *Foro pad.*, 2010, p. 665 con osservazioni di A. FERRARA, *Tolleranza del creditore e clausola risolutiva espressa*; Cass., 15 luglio 2005, n. 15026 in *www.dejure.it*; Cass., 09 febbraio 1998 n. 1316, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3599; Cass. 08 gennaio 1991 n. 90, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 1. Sulla clausola risolutiva espressa, oltre a R. SACCO [G. DE NOVA], *op. cit.*, p. 1628, si vedano: F.D. BUSNELLI, *Clausola risolutiva (voce)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960; M. COSTANZA, *Clausola risolutiva espressa (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, II, Roma, 1988, p. 1; M. GRONDONA, *La clausola risolutiva espressa*, Milano, 1988; M. DELLACASA, *La clausola risolutiva espressa*, in *Tratt. Roppo*, V, *Rimedi*, 2, Milano, 2006; M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, I, 2; F. MICCIO, *Clausola risolutiva espressa*, in *Il diritto - Enc. giur.*, III, Milano, 2007, p. 180; G. SICCHIERO, *Clausola risolutiva espressa*, in *Digesto civ.*, VI, Agg., Torino, 2011; F. SARTORI, *Contributo allo studio sulla clausola risolutiva espressa*, Napoli, 2012; M. TAMPONI, *Clausola risolutiva espressa*, in M. CONFORTINI (a cura di), *Clausole negoziali, cit.*, p. 859; F.P. PATTI, *Due questioni in tema di clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2017, p. 695 (dove l’esatta critica di quell’isolato orientamento della giurisprudenza di legittimità che esclude la rilevanza del comportamento del creditore nell’esercizio della clausola risolutiva). Sulla non operatività della clausola espressa a seguito del comportamento tollerante del creditore, si veda, da ultimo, M. TAMPONI, *op. cit.*, p. 880.

<sup>32</sup> Cass., 18991/2016, *cit.*, §2.1.: “In riferimento alla clausola risolutiva espressa prevista in un contratto di locazione, la tolleranza del locatore nel ricevere il canone oltre il termine stabilito la rende inoperante, ma la clausola riprende la sua efficacia se il creditore, che non intende rinunciare ad avvalersene, provveda, con una nuova manifestazione di volontà, a richiamare il debitore all’esatto adempimento delle sue obbligazioni”. A mo’ di esempio, si vedano, in tema di art. 1456 c.c. e del c.d. principio di reviviscenza della efficacia della clausola risolutiva espressa, Cass., 31 ottobre 2013 n. 24564, in *Nuova proc. civ.*, 2013, 5, p. 193 e Cass., 15 luglio 2005 n. 15026, in *Mass. Foro it.*, 2005, 1521 e, in dottrina, F. MICCIO, *op. cit.*, p. 185 e M. TAMPONI, *op. cit.*, p. 880. Questa comunicazione evidentemente interrompe l’affidamento circa la mancata reazione che era stato ingenerato dal comportamento del creditore e che integra il presupposto a cui l’ordinamento fa corrispondere l’impossibilità di esercitare il diritto come disciplinato dal contratto. Va da sé che, per produrre tale interruzione, la comunicazione deve essere idonea a interrompere l’affidamento e deve pertanto essere chiara e ferma (e ciò, in particolare, nelle ipotesi di comportamenti di tolleranza che favoriscono parti c.d. deboli), sebbene non sia necessario che il tollerante adduca giustificati motivi a sostegno del suo mutamento. Ovviamente, poi, come pure è stato notato, “una cosa è il dire, un’altra il fare”: se successivamente alla comunicazione in questione, il creditore mostra di non reagire alla lesione del proprio credito e ciò fa per un periodo di tempo tale da ingenerare nella controparte l’affidamento circa la sua volontà di non reagire, nulla impedisce il (ri)verificarsi del

di consultazione si farà principalmente riferimento a tale secondo contributo); G. SICCHIERO, *Tolleranza (voce)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 373, nonché, tra i contributi più recenti, quello di A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, Bologna, 2013, p. 249 e quello di A. MUSIO, *Il principio di tolleranza nel diritto civile*, in *Contr. Impr.*, 2017, 2, p. 403).

<sup>24</sup> S. PATTI, *Tolleranza, cit.*, p. 714.

<sup>25</sup> R. SACCO, *Il fatto, cit.*, p. 248.

<sup>26</sup> S. PATTI, *Tolleranza, cit.*, p. 702.

<sup>27</sup> U. BISEGNA, *op. cit.*, p. 403.

<sup>28</sup> Cass., 27 giugno 1991 n. 7215, in *Foro it. Rep.*, 1991, *Locazione*, 397.

<sup>29</sup> A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 325; conformi, S. PATTI, *Tolleranza, cit.*, p. 713-714 e G. SICCHIERO, *Tolleranza, cit.*, p. 373. Non è superfluo osservare che nel caso in cui tale atto negoziale unilaterale anticipi l’inadempimento della controparte si parlerà di ‘consenso’, mentre nell’ipotesi in cui lo stesso intervenga successivamente si parlerà di ‘rinuncia’. Come detto, in entrambe le ipotesi siamo al di fuori dalla tolleranza: se nelle formule contrattuali si fa spesso riferimento a tolleranza e rinuncia come se fossero intercambiabili è unicamente perché la giurisprudenza non sempre distingue in modo esatto le due figure (ancora, R. SACCO [G. DE NOVA], *cit.*, p. 1628).

<sup>30</sup> Cass., 1316/1998, *cit.* e, in dottrina, A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 325-329.



locatizi, la giurisprudenza in materia bancaria ha di recente escluso che l'*acquirer* possa ottenere la restituzione del prezzo pagato a carico dell'esercente, contestando, dopo averne tollerato la trasmissione per una via diversa da quella pattuita, al convenzionato la violazione della disciplina contrattuale in punto di invio di ordini di pagamento<sup>33</sup>.

#### 4.2. (...) nella *common law*.

L'effetto paralizzante del comportamento tollerante assunto dal creditore nella fase esecutiva dell'accordo e da questo non previsto si manifesta anche fuori dall'ambito di applicazione della regola generale (art. 1375 c.c.) posta dal legislatore alle

meccanismo di produzione dell'affidamento (A. A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti*, cit., p. 264). Ciò detto, tale circostanza (reviviscenza del diritto non esercitato a seguito della comunicazione unilaterale del creditore di volersene avvalere per il futuro) dimostra come, in modo analogo a quello inglese (*infra*), per l'ordinamento interno la prassi del creditore di non esercitare i diritti che il contratto gli accorda contro il comportamento del debitore non ha l'effetto di modificare il contratto (esplicitamente, ABF Napoli, 03 marzo 2010 n. 80 e ABF Milano, 24 aprile 2012 n. 1312) e ne tanto meno quello di costituire di un nuovo vincolo (ABF Roma, 17 settembre 2010 n. 951 e ABF Napoli, 29 maggio 2013 n. 2954). Di tutta evidenza il dato per cui l'atteggiamento tollerante non rileva in punto di qualificazione del vincolo obbligatorio (Cass., 10 marzo 2011 n. 5734, in *Rep. Foro it.*, 2011, *Contratto in genere*, n. 508 e, in dottrina, L. PASCUCCI, *Ritrattezza della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, Torino, 2013, p. 38-39) che mantiene la propria rilevanza giuridica a prescindere dal comportamento (Cass. 18 marzo 2003, n. 3964 in *Contratti*, 2003, p. 869 e Cass. 18 giugno 1997 n. 5455, in *Mass. Foro it.*, 1997, 514) è pienamente conforme con il nostro sistema che distingue tra validità dell'atto e liceità della condotta (L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 28; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981<sup>IX</sup> (rist.), p. 171; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9; Id., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, I, p. 9; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 43; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 9, p. 2765; *contra*, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 59) e avvicina l'ipotesi in cui si trova il creditore tollerante, impossibilitato ad esercitare un diritto di cui pure non è dato dubitare della esistenza, a quelle situazioni in cui il legislatore esclude per il titolare dell'interesse riconosciuto l'esperimento del rimedio previsto a tutela della posizione sostanziale lesa da un atto tollerabile e ciò senza che né il riconoscimento giuridico di un tale interesse né la sua stessa titolarità siano in alcun modo venute meno (*ex multis*: artt. 844, 1455, 1497, 1538, 1564 e 1583 c.c.).

<sup>33</sup> Trib. Milano, 09 febbraio 2015, in *Banca borsa*, 2017, 2, p. 243 con nota adesiva di A. ABU AWWAD, *Clausole di charge back e "tolleranza"*.

parti come direttiva di comportamento per la fase attuativa del rapporto e idonea a "*justifier des obligations que la volonté des contractants ne permet pas de déceler*"<sup>34</sup>. In ambiente di *common law*, infatti, in deroga al principio generale per cui un diritto o una facoltà prevista dal contratto venga meno solo quando il suo titolare vi faccia rinuncia (*waiver*) o in modo esplicito o assumendo un comportamento incompatibile con quel diritto (*waiver by election*)<sup>35</sup>, si afferma, non senza confusione<sup>36</sup> in merito al vocabolo *waiver*<sup>37</sup>, il *broad principle* per

<sup>34</sup> Così, a proposito della buona fede nell'esecuzione del contratto si esprime, con riferimento al sistema francese, Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989, p. 82. Come è noto, anche nel diritto dei contratti francese, vi è un orientamento che impiega la clausola generale (*notion-cadre*) della buona fede (*bonne foi*) per paralizzare l'esercizio del rimedio previsto dal contratto per l'ipotesi di inadempimento quando ricorre la *mauvaise foi du créancier dans la mise en oeuvre de la clause* (come, appunto, avviene quando il creditore non vi ha fatto ricorso per un tempo tale da ingenerare nella controparte un affidamento circa il suo mancato esercizio). Sul punto, per la dottrina, con particolare riferimento alla clausola risolutiva, si vedano per il diritto antecedente alla riforma: ID., *La clause résolutoire et la règle morale*, in *Juris Class. Per.*, 1990, G, I, 3447, p. 499, D. MAZEAUD, *La confiance légitime et l'estoppel*, in *Rev. int. droit comp.*, 2006, p. 373; C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative*, Paris, 2008, p. 499 e R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Paris, 2016, p. 410; per la situazione attuale, B. FAGES, *op. cit.*, p. 256-257, O. DESHAYES - T. GENICON - Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2016, p. 499, G. CHANTEPIE - M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016, p. 95, F. CHÉNÉDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, 2016, p. 196, nonché D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, in *Rdc*, 2016, p. 353; M. MEKKI, *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat*, in *Rdc*, 2016, p. 400 e Y.M. LAITHIER, *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, in *Rdc*, 2016, HS, p. 39. Per la giurisprudenza, invece, si vedano, tra le tante, Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avr. 1987, in *Rtdciv.*, 1988, p. 122; Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1995, in *Bull.*, n. 57 e Civ. 3<sup>e</sup>, 10 nov. 2010, *Bull.*, n° 199.

<sup>35</sup> Per l'affermazione del principio, ad esempio con riferimento al *right to terminate* il contratto, si vedano, *Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v Shipping Corporation of India (The Kanchenjunga)*, [1990] 1 Lloyd's Rep, 391 e *Yukong Line Ltd of Korea v Rendsberg Investments Corp of Liberia*, [1996] 2 Lloyd's Rep, 604.

<sup>36</sup> Come si legge in J. BEATSON - A. BURROWS - J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 2010<sup>XIX</sup>, p. 466, ciò è dovuto alla circostanza per cui alle origini del fenomeno la giurisprudenza non prestò particolari attenzioni nell'individuare la fonte dell'istituto. L'esigenza di un ripensamento e di una chiarificazione è diffusa: *ex multis*, M. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston, Law of contract*, Oxford, 2012<sup>XVI</sup>, p. 859. La complessità del fenomeno è bene rappresentata in S. WILKEN - K. GHALLY, *The Law of Waiver, Variation and Estoppel*, Oxford, 2012, p. 30 oltre che in B.A. GARNER (ed.), *Black's law dictionary*, St. Paul (MN), 2010<sup>X</sup>.

<sup>37</sup> E. MCKENDRICK, *Contract law*, Oxford, 2014<sup>VI</sup>, p. 222. Per i diversi utilizzi di *waiver* si veda sia J. BEATSON - A. BURROWS - J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 466-470 sia S. WILKEN - K. GHALLY,

cui “[i]f one party, by his conduct, leads another to believe that the strict rights arising under the contract will not be insisted upon, intending that the other should act on that belief, and he does act on it, then the first party will not afterwards be allowed to insist on the strict rights when it would be inequitable for him to do so”<sup>38</sup>.

Le ipotesi in cui il giudice inglese nell’esaminare l’esercizio di un diritto contrattuale (per esempio, il *right to termination*) attribuisce rilevanza preclusiva del rimedio al comportamento tollerante tenuto dall’attore\creditore sono numerose. Così, in un caso di vendita di merci da trasportare in più viaggi, si è negato che il venditore, dopo che già diverse spedizioni siano state svolte e il relativo pagamento effettuato, possa esercitare il suo diritto *to terminate* il contratto, contestando che la garanzia prestata dal compratore sia diversa da quella prevista dal contratto<sup>39</sup>. Ancora, nei rapporti di locazione, nell’ipotesi di pagamento del canone in costante

*op. cit.*, p. 39-60. Tale incertezza è anche alimentata dal continuo utilizzo giurisprudenziale dell’istituto in relazione ad altri termini complessi e diversi (*estoppel*, *equitable forbearance*) come se fossero interscambiabili. Esempio, *Brikom Investments Ltd v Carr*, [1979] 2 All ER 753, dove i vari giudici pur concordi nella decisione ritengono di avere applicato istituti diversi (*promissary estoppel* o *waiver*). Il caso riguardava la pretesa dei proprietari di far rispettare i termini del contratto di locazione, il quale prevedeva che le spese di manutenzione dell’immobile fossero a carico dei vari conduttori. Orbene, poiché durante le negoziazioni i proprietari dissero che avrebbero provveduto a loro spese all’urgente riparazione di un tetto, la loro domanda di adempimento della prestazione contrattuale loro dovuta dai conduttori venne respinta. Nella letteratura italiana, una definizione di *estoppel* si legge in R. SACCO, *Il fatto, cit.*, p., 228: “un rimedio processuale, con cui una parte blocca una domanda della controparte, in virtù di circostanze che in primissima presentazione potremmo ridurre al carattere sleale o fedifrago della domanda o alla contraddizione fra il contenuto della domanda e l’affidamento della parte che si giova del rimedio”. Nella giurisprudenza inglese, per un tentativo di definizione unica della figura si veda *Taylor Fashions and Old & Campbell v Liverpool Victoria Trustees* [1982] QB 133; per una presa di posizione circa l’impossibilità di addivenire ad un simile risultato, invece, *First National Bank plc v Thompson* [1996] Ch 231. Per una panoramica sull’impiego dell’*estoppel* in funzione dell’affidamento, si veda J. CARTWRIGHT, *Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, in *Elec. Journ. Comp. Law*, 2006 (www.ejcl.org/103/art103-6.pdf).

<sup>38</sup> *Plasticmoda Società per Azioni v Davidson (Manchester) Ltd*, [1952] 1 Lloyd’s Rep, 538. In termini analoghi, già, *Birmingham and District Land Co v. London and North Western Rly Co*, [1888] 40 ChD 286: “If persons who have contractual rights against others induce by their conduct those against whom they have such rights to believe that such rights will not be enforced or will be kept in suspense or abeyance for some particular time, those persons will not be allowed by a court of equity to enforce the rights until such time has elapsed, without at all events placing the parties in the same position as they were in before”.

<sup>39</sup> *Panoutsos v Raymond Hadley Corporation of New York*, [1917] 2KB, 473.

ritardo rispetto alla previsione contrattuale (*persistent delay in paying rent*), il comportamento del creditore non è quello di esercitare il diritto e le facoltà che il contratto gli attribuisce, il diritto inglese esclude che lo stesso possa allegare tale inadempimento come causa di diniego di rinnovo, a meno che non comunichi al debitore tollerato di non più sopportare comportamenti difformi<sup>40</sup>.

Senza dilungarsi oltre nell’analisi dell’istituto, da quanto ora indicato è certamente possibile osservare come nel sistema anglosassone, pur senza il tramite della *notion-cadre* della buona fede, si protegga l’affidamento del debitore ingenerato dalla condotta difforme dal contratto che il creditore ha assunto nella fase esecutiva. In particolare, tale protezione si realizza attribuendo a questo fatto (comportamento tollerante che genera affidamento) una valenza paralizzante di quelle facoltà contrattuali non esercitate. Inoltre, va osservato come, sebbene sia simile dal punto di vista degli effetti (preclusivi/paralizzanti della pretesa contrattuale), il significato giuridico di questo comportamento sia diverso da quello proprio della manifesta rinuncia ad un diritto da parte del suo titolare<sup>41</sup> oppure dalla modifica unilaterale del contratto<sup>42</sup> ossia da fatti che determinano la venuta meno della posizione sostanziale come originariamente fissata nel contratto. Difatti, rilevando come la condotta qui in parola (tollerante) non alteri la validità dell’accordo che rimane valido e vincolante, il diritto inglese ammette che, qualora il creditore comunichi all’obbligato di mutare il proprio comportamento di inazione e di volere nel futuro dare esecuzione al patto secondo i termini previsti dal contratto, quella prestazione divenga nuovamente esigibile per come prevista nel patto, così che il debitore in caso di successivo inadempimento non potrà più opporre all’esercizio della disciplina contrattuale da parte del creditore il suo precedente comportamento tollerante<sup>43</sup>.

#### 4.3. Nelle fonti di armonizzazione

In più luoghi, tra le fonti di armonizzazione del diritto contrattuale europeo si realizza una tutela

<sup>40</sup> *Hazel v. Akhtar*, [2001] EWCA Civ 1883, CA, §37.

<sup>41</sup> *Brikom Investments Ltd v Carr*.

<sup>42</sup> Come esempio di comportamento che muta il contratto determinando l’ineroperatività di una clausola divenuta incompatibile, si prenda il caso dell’acquirente che postone il termine essenziale della consegna del bene acquistato (*Levey & Co v Goldberg* [1922] 1 KB 688 e *Charles Rickards Ltd v Oppenheim* [1950] 1 KB 616).

<sup>43</sup> *Hazel v. Akhtar, cit.*, §37.





dell'affidamento (*reliance*)<sup>44</sup> e ciò anche attribuendo al comportamento di una parte rilevanza tale da precluderle di invocare la disciplina pattizia e quindi da impedire l'esercizio del rimedio al creditore che non lo ha esercitato per un lasso di tempo tale da ingenerare nel debitore un affidamento apprezzabile circa il suo non utilizzo<sup>45</sup>.

Di particolare interesse è la disciplina contenuta nei Principi Unidroit 2016, dove si afferma che “una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto ad un determinato intendimento che ha ingenerato nell'altra parte, e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento a proprio vantaggio”<sup>46</sup>. La disciplina era assente nella prima edizione dei Principi (1994), ma era già presente, in

forma identica all'attuale, nella seconda (2004) e terza (2010) versione. Non è superfluo notare come nel commento della disciplina si individui esplicitamente la fonte della norma, che peraltro non è derogabile dalle parti, nella buona fede (art. 1.7 Principi Unidroit 2016), nonché la *ratio* della disposizione nella esigenza di “evitare uno svantaggio causato in conseguenza di un ragionevole affidamento”. Peraltro, nel dare conto della capacità di incidere sulla disciplina contrattuale propria del comportamento della parte che abbia ingenerato un certo intendimento nella controparte, non viene fornita una specifica definizione di tale condotta, limitandosi piuttosto a richiedere che essa sia idoneo a determinare un “ragionevole affidamento”<sup>47</sup>. Infine, il medesimo commento chiarisce come la inesigibilità non sia assoluta e che, in linea con le esperienze italiana e inglese che escludono la capacità estintiva della tolleranza, il creditore possa esercitare il diritto non utilizzato se avvisa la controparte “entro un tempo ragionevole” che agirà in modo contraddittorio<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Si veda l'ipotesi della irrevocabilità dell'offerta come disciplinata agli articoli 2:202(3)c PECL; II.-4:202:(3)c DCFR; 2.1.4.(2).b Principi Unidroit 2016. Una protezione nell'affidamento determinato dall'altrui comportamento è realizzata anche in tema di rappresentanza apparente (art. 2.2.5 Principi Unidroit 2016) con una disciplina che si ripete anche nelle altre fonti persuasive (3:201(3) PECL; II.-6:103:(3) DCFR).

<sup>45</sup> Si veda l'art. III.-1:103 DCFR, dove si afferma che: “(1) Ciascuno ha il dovere di agire secondo buona fede e correttezza nell'adempimento dell'obbligazione, nell'esercizio del diritto all'adempimento, nell'avvalersi di ogni mezzo di tutela contro l'inadempimento, in via d'azione o d'eccezione, o nell'esercizio del diritto ad estinguere un'obbligazione o a risolvere un rapporto contrattuale. (2) Il dovere non può essere escluso o limitato mediante contratto o altro atto giuridico. (3) La violazione del dovere non dà direttamente accesso ai mezzi di tutela contro l'inadempimento di un'obbligazione. Tuttavia, a colui che ha violato tale dovere può essere precluso il far valere un diritto, oppure il farvi affidamento, nonché l'invocare ogni tutela o eccezione di cui sarebbe altrimenti titolare” (nelle altre fonti persuasive, si vedano Si vedano gli artt. 1.7 Principi Unidroit 2016; 1:201 PECL; 7:102 Acquis). Ad esempio, l'affidamento determinato dall'altrui condotta come fondamento di una preclusione dell'esercizio della disciplina contrattuale è affermato dalla regola in seno ai Principi Unidroit 2016 sulla modifica del contratto (2.1.18), dove si afferma che “il comportamento di una parte può precluderle di invocare la clausola che impone la forma scritta per ogni modificazione, qualora l'altra parte abbia agito facendo affidamento su tale comportamento”. L'esempio è il seguente: “A, un appaltatore, conclude con B, l'amministrazione di una scuola, un contratto per la costruzione di un nuovo edificio scolastico. Il contratto dispone che il secondo piano dell'edificio debba essere portante in modo da sostenere il peso della biblioteca scolastica. Nonostante il contratto contenga una clausola che vieti la modifica verbale del contratto, le parti convengono verbalmente che il secondo piano dell'edificio non debba avere una struttura portante. A completa la costruzione secondo tale modifica, e B, che ha osservato lo stato di avanzamento dei lavori senza fare alcuna obiezione, solo a questo punto contesta le modalità di costruzione del secondo piano. Un giudice può decidere che B non ha diritto di invocare la clausola che vieta la modifica verbale del contratto, poiché A ha fatto ragionevole affidamento sulla modificazione verbale, e pertanto non è responsabile per inadempimento”. Similmente nelle altre fonti persuasive, si riscontra una disciplina sostanzialmente identica: 2:106 PECL; II.-4:105 DCFR.

<sup>46</sup> Art. 1.8. Principi Unidroit 2016.

#### 4.4. (...) e in quello uniforme.

Nella principale fonte di diritto materiale uniforme, la Convenzione sui contratti per la vendita internazionale di beni mobili (CISG), vi sono sì specifiche norme che, in tema di proposta irrevocabile<sup>49</sup> e di modifica del contratto<sup>50</sup>,

<sup>47</sup> Sul punto, invece, art. 1:302, PECL.

<sup>48</sup> Si veda, per tutti, l'esempio sub art. 1.8 Principi Unidroit 2016 n. 4: “A causa delle difficoltà che sta riscontrando con i propri fornitori, A non è in grado di rispettare i termini per le consegne previsti dal contratto stipulato con B. Il contratto impone il pagamento di una penale nel caso di consegna tardiva. Messo al corrente delle difficoltà di A, B lascia intendere che non insisterà sulla stretta osservanza dei termini di consegna. Un anno dopo, gli affari di B cominciano a risentire delle consegne tardive di A. B. tenta di ottenere il pagamento della penale per le consegne tardive fino a quel momento, e di richiedere il rispetto dei termini per il futuro. B non potrà ottenere il pagamento della penale, ma potrà insistere sul rispetto dei termini di consegna, se con un ragionevole avviso indicherà che l'osservanza di tali termini è richiesta per il futuro”.

<sup>49</sup> Art. 16(2) CISG. Sulla disposizione si veda G. EORSI, *Article 16*, in C. BIANCA - J.M. BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987, p. 157-158.

<sup>50</sup> Art. 29(2) CISG. Sulla disposizione si veda R.A. HILLMAN, *Article 29(2) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A New Effort at Clarifying the Legal Effect of "No Oral Modification" Clauses*, in *Cornell Intern. Law Jour.*, 1988, p. 449 e M.P. PERALES VISCASILLAS, *Modification and Termination of the Contract (Art. 29 CISG)*, in *Jour. Law Comm.*, 2005-06 p. 167; sul rapporto tra questa norma e la disciplina analoga contenuta nei principi Unidroit si veda: S. EISELEN, *Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*

attribuiscono rilevanza all'affidamento, ma non vi è un'espressa disposizione che affermi in termini generali un collegamento tra il comportamento della parte titolare del diritto, l'affidamento che tale condotta ha ingenerato nella controparte e l'effetto preclusivo dell'esercizio di quel diritto contrattuale<sup>51</sup>. Ciò non di meno, anche in questo sistema si è affermato che tra i principi che governano il commercio internazionale, e che come tali hanno l'effetto di integrare la CISG<sup>52</sup>, vi sia quello di buona fede e il "divieto, ad esso strettamente legato, di tenere un comportamento contraddittorio (*venire contra factum proprium*)", secondo il quale "una situazione giuridica si perde se il titolare abbia tenuto un comportamento tale, da ingenerare la convinzione che non farà uso del proprio diritto o eccezione, e se la controparte abbia fatto affidamento su tale nuova situazione"<sup>53</sup>.

## 5. Lo scopo della clausola di tolleranza.

In modo comune a tutti gli ordinamenti, la tutela dell'affidamento protegge il singolo consociato, assicurando che "l'effetto delle situazioni giuridiche

e di fatto si produca sempre e solo quando egli conosce, o quando egli erroneamente immagina come esistenti, tali situazioni giuridiche e di fatto"<sup>54</sup>. Nelle ipotesi esaminate nel paragrafo precedente si attribuisce, secondo meccanismi diversi, rilievo alla circostanza di fatto determinata da un certo comportamento (imprevista inazione di un diritto/facoltà *ex contractu*) imputabile al creditore che realizza un affidamento nel debitore circa l'esistenza di un dato (tale diritto/facoltà non verrà esercitato). Questa rilevanza conferisce un significato giuridico al fatto della tolleranza, che, ancorché non sia stato previsto dalle parti al momento della regolamentazione degli interessi, finisce per incidere nella relazione lì fissata.

La modalità della protezione dell'affidamento del debitore nel mancato esercizio del diritto contrattuale come ingenerato dal comportamento tollerante del creditore varia. Essa, per così dire, è massima nei Paesi che riconoscono l'istituto del *Verwirkung*, che, quale variante giurisprudenziale del principio *nemo contra factum proprium venire potest*<sup>55</sup>, individua "la perdita del diritto" come l'effetto legale della tolleranza che genera affidamento. Tale meccanismo non è però l'unico e, come visto *supra*, non esaurisce gli effetti legali che negli ordinamenti europei sono collegati all'affidamento del debitore nella tolleranza del creditore. In particolare, negli ordinamenti che separano la tolleranza che genera affidamento dalla figura dell'estinzione del diritto, l'effetto della protezione dell'affidamento del debitore nel mancato esercizio del diritto contrattuale come ingenerato dal comportamento tollerante del creditore è la paralisi (inesigibilità) di quello stesso diritto non esercitato. Pertanto, il creditore, ogni qualvolta intenda avvalersi del rimedio attribuitogli dal contratto per l'ipotesi dell'inadempimento interrompendo l'atteggiamento di tolleranza mantenuto sino ad allora e che aveva ingenerato nel debitore un ragionevole affidamento circa il suo mancato utilizzo, si espone all'eccezione del debitore che tende alla inesigibilità di quel diritto per contrarietà a buona fede.

Rispetto a questo quadro normativo, la ragione che spinge le parti ad inserirla nel regolamento contrattuale è sempre la medesima, quale che sia lo schema contrattuale a cui la clausola di tolleranza accede e anche fuori dal campo della contrattazione

*May Be Used to Interpret of Supplement Article 29 of the CISG*, in *Pace Int'l L. Rev.*, 2002, p. 379.

<sup>51</sup> Chiarissimo in tal senso era l'art. 2.2. della Proposta di regolamento europeo sulla vendita (COM/2011/0635), dove si affermava che "La violazione di tale dovere può precludere alla parte l'esercizio di un diritto, di un rimedio o di un'eccezione di cui potrebbe altrimenti valersi, oppure può renderla responsabile per qualsiasi danno derivante dalla violazione all'altra parte".

<sup>52</sup> Art. 7 CISG. Oltre al caso riportato *infra*, si veda tra la giurisprudenza che riconosce il principio di buona fede nell'art. 7 CISG, il caso *Compromex Arbitration*, 30 Novembre 1998, *Dulces Luisi v. Seoul International*, CLOUT 1184 (in <http://www.uncitral.org/>). Il problema della buona fede nella compilazione della norma è esattamente ricostruito in J.M. Bonell, *Article 7*, in C. BIANCA - J.M. BONELL, *op. cit.*, p. 65.

<sup>53</sup> Corte Arb. Vienna, Lodo arbitrale 15 giugno 1994 SCH 4318, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 487 con nota di A. MARI, *Le prime decisioni arbitrali in applicazione dei Principi Unidroit*. La questione riguardava un contratto di acquisto di merci tra un venditore austriaco e un compratore tedesco: successivamente al reclamo sollevato dal destinatario finale delle merci (portoghese), il compratore contestò la conformità delle merci acquistate rispetto alle caratteristiche pattuite nel contratto. Tale denuncia avvenne sei mesi dopo la consegna e comunque ben oltre il termine entro il quale il contratto di acquisto ammetteva la denuncia dei vizi. Nonostante l'eccezione di tardività della denuncia avanzata dal venditore (resistente) fosse quindi fondata, l'arbitro ritenne di non poter attribuirvi efficacia in quanto il resistente, con le proprie dichiarazioni e condotta, aveva lasciato intendere alla ricorrente che non avrebbe eccepito il ritardo della prima denuncia. Facendo affidamento su ciò, questa aveva rinunciato ad intraprendere immediate azioni legali non soltanto contro il proprio acquirente ma anche contro il venditore, il quale, quindi, aveva perso la possibilità di esercitare l'eccezione di tardività con il suo comportamento.

<sup>54</sup> R. SACCO, *Affidamento*, *cit.*, p. 664.

<sup>55</sup> In tal senso, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 279. Mentre è pacifico il collegamento dell'istituto con il § 242 BGB (*Treue und Glauben*), la sua riconduzione nel dovere di coerenza non è ugualmente condivisa: si veda, in particolare, S. PATTI, *Verwirkung*, *cit.*, p. 726-727.



internazionale, dove la tendenza del contratto a porsi come autosufficiente è particolarmente avvertita<sup>56</sup>. Attraverso la disciplina dell'ipotesi di tolleranza del creditore (mancato esercizio del rimedio) come di un qualcosa che non equivalga a rinuncia del diritto non utilizzato o precluda al creditore la possibilità di avvalersene in un momento successivo, le parti intendono cristallizzare il contenuto del vincolo e fissare il quadro rimediabile come assunto al momento della conclusione della negoziazione, senza che, in base alle generali regole del rapporto, i loro comportamenti successivi possano arrivare a modificarne il contenuto, determinando l'impossibilità di esercitare i diritti e le facoltà come disciplinati nell'atto<sup>57</sup>. Ad esempio, nel caso del distributore che acquista un numero di prodotti inferiore rispetto a quello pattuito come minimo garantito (*fatto dell'inadempimento*), le parti inseriscono una clausola di tolleranza specifica che stabilisca che il prolungato e ripetuto mancato esercizio del diritto di risoluzione da parte del fornitore (*comportamento della tolleranza*) non precluda l'esercizio della clausola risolutiva nelle forme e nei termini previsti dal contratto (*paralisi del rimedio ex contractu*). Così facendo, le parti intendono salvaguardare la loro possibilità di assumere un comportamento diverso (*tollerante*) da quello immaginato nel contratto per l'ipotesi di inadempimento (*clausola risolutiva*), senza che il mancato esercizio del rimedio contrattuale possa compromettere quella stessa facoltà (*risoluzione*)<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase*, cit., p. 8.

<sup>57</sup> Si veda G. CORDERO-MOSS, *Conclusion: the self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion but not fully useless*, in G. CORDERO-MOSS (ed.), *Boilerplate Clauses*, op. cit., p. 355.

<sup>58</sup> Si prenda ad esempio il caso *State Securities Plc v. Initial Industry Ltd. and Others*, [2004] All ER (D) 317 (Jan) in cui i giudici hanno ritenuto ammissibile l'esercizio del diritto di risoluzione da parte del creditore di un contratto di *leasing* per il mancato pagamento di una rata e ciò nonostante lo stesso avesse accettato due successivi pagamenti. La legittimità dell'esercizio di questo diritto è stata fondata a partire dalla clausola di tolleranza contenuta nel contratto, con cui, appunto, si prevedeva che il diritto di *to terminate* il contratto sarebbe stato compatibile con il suo precedente mancato esercizio. Oltre a costituire un valido esempio dell'effetto tipico della clausola in parola, *State Securities plc v Initial Industry Ltd* si fa apprezzare anche perché contiene, per un verso, l'affermazione generale per cui "*there is no general principle of law that one cannot restrict the operation of the doctrine of waiver by contract*" e per altro per individuare la legittimità della clausola nella possibilità di consentire a) al creditore di adottare un comportamento di incoraggiamento per il debitore senza che questo rimanga indietro nei pagamenti nel mentre tenta di adempiere (in ritardo) e b) al debitore di evitare una decisione anticipata nel senso della risoluzione (§57).

## 6. La forza vincolante della clausola di tolleranza: limiti alla pretesa delle parti di svincolarsi

La verifica di quali sarebbero le conseguenze per le parti in assenza della clausola mostra con chiarezza la ragione della pattuizione. Con essa le parti intendono reagire agli effetti della tutela dell'affidamento propri dei vari sistemi dichiarando di escludere che il loro eventuale e successivo comportamento tollerante possa modificare la disciplina del rapporto come prevista dal contratto. In particolare, fuori dagli ordinamenti che attribuiscono al mancato esercizio del diritto per un lasso di tempo tale da ingenerare un affidamento nel debitore capacità estintiva di quella posizione (dove, di tutta evidenza, l'obiettivo è perseguito dalle parti è evitare lo spegnimento del rimedio), con l'inserimento della clausola di tolleranza le parti intendono svincolare l'esigibilità dei rimedi dal loro eventuale atteggiamento di tolleranza, così che il debitore non possa in nessun caso opporre al creditore che esige quel diritto gli effetti tipici del suo precedente atteggiamento. Tale ragione non spiega solamente come mai la clausola sia formulata in modo tanto ampio e sia così tanto diffusa, ma restituisce anche il perché, generalmente, la disposizione pattizia sia posta tra quelle finali del contratto, condividendo l'obiettivo di fissare il contenuto del contratto. Spesso, addirittura, essa è posta sotto la medesima rubrica che contiene la "clausola di completezza" e il patto clausola che dispone il divieto di modifica del contratto se non per iscritto<sup>59</sup>.

La indicata ragione, però, non è garanzia di vincolatività della pretesa di esercitare il contratto a prescindere dal comportamento avuto sino ad allora. Come sempre, l'effetto giuridico desiderato e perseguito dai paciscenti - ossia, in questo caso l'irrelevanza del comportamento tollerante in sede di esercizio dei rimedi previsti dal contratto - dipende esclusivamente dall'eventuale riconoscimento del diritto positivo, aspetto questo che rappresenta "la condizione esclusiva per aversi una conseguenza giuridicamente importante"<sup>60</sup>. Tale indagine, come è ovvio, va svolta in rapporto alla legge nazionale applicabile al patto<sup>61</sup>. Quando alla disposizione in

<sup>59</sup> Si veda ad esempio la formula riportata da G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase*, cit., p. 272.

<sup>60</sup> F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914<sup>II</sup>, p. 1 e, *ivi*, il richiamo a F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, §32: "soltanto nel mondo corporeo l'uomo può colla sua forza produrre effetti: l'ideale potere giuridico è a lui accessibile mercé l'aiuto del diritto positivo".

<sup>61</sup> M. FONTAINE - F. DE LY, op. cit., p. 220. Invero, il punto è meno ovvio di quanto possa sembrare essendo nella nostra

parola risulta applicabile la legge italiana l'effetto che le parti vogliono perseguire è uno - evitare che al creditore sia opponibile la sua tolleranza anche quando ha generato affidamento nel debitore - e sono tre, invece, le questioni che vengono in evidenza nell'ambito del giudizio teso a verificare l'eccezione del debitore che contesta al creditore l'esigibilità della disposizione contrattuale prevista contro il suo inadempimento, opponendogli l'affidamento determinato dal precedente mancato esercizio.

### 6.1. La clausola di tolleranza come clausola di stile. Critica.

Un primo discorso che si può immaginare attiene all'eventualità in cui il debitore contesti l'efficacia della clausola di tolleranza osservando che la stessa sia in realtà una clausola c.d. di stile<sup>62</sup> e quindi non efficace e neanche rilevante nella costruzione del regolamento contrattuale<sup>63</sup>.

letteratura diffuso un indirizzo che, con riferimento al controllo dell'atto atipico ex art. 1322 c.c., afferma che il giudice debba porre in disparte l'ordinamento interno (F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. Impr.*, 1989, p. 361-365; di recente, in tal senso, milita F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011<sup>II</sup>, p. 101). Una esatta e vigorosa critica di questa lettura è offerta da E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, Milano, 2014, p. 140. In termini definitivi, è G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, p. 26 (ora in *Id.*, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Milano, 2011, p. 59) e *Id.*, *Il Sale and Purchase*, *cit.*, p. 13 e p. 42. In giurisprudenza, si veda invece Cass., 3 aprile 2014 n. 7776, in *Foro it.* 2014, I, c. 3229.

<sup>62</sup> Senza pretesa di completezza, sul tema delle clausole di stile si vedano: F. MESSINEO, *Considerazioni sulle clausole contrattuali "di stile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 27; R. BRACCINI, *Le clausole di stile*, in *Riv. not.*, 1962, p. 424; N. COVIELLO, *Appunti sulla clausola di stile nei contratti*, in *Foro it.*, 1963, IV, c. 116; G. BONILINI, *Le clausole contrattuali di stile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 1190; S.G. SIMONE, *Le clausole negoziali c.dd. di stile*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 339; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, p. 277; G. IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative - Profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 657 e *Id.*, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative - La prassi contrattuale*, in *ivi*, 2009, I, p. 49; R. SACCO, (voce) *Clausola di stile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, *agg.*, Torino, 2010, p. 258; E. CARBONE, *Le clausole di stile nei negozi giuridici: interpretazione utile e vizio oggettivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 68.

<sup>63</sup> Per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011<sup>II</sup>, p. 433 e R. SACCO, *Clausola*, *cit.*, p. 259. Come noto, il nostro ordinamento conosce altre ipotesi in cui la genericità e indeterminatezza della clausola priva la stessa di una capacità vincolante. Il riferimento è alla clausola risolutiva espressa che, quando risulta disancorata da una specifica prestazione, si distanzia dal modello legale (R. SACCO [G. DE

A sostegno di un tale argomento, si potrebbe addurre che, mentre è opinione diffusa quella che vorrebbe in declino tale tipo di qualifica delle pattuizioni (di stile)<sup>64</sup>, è estremamente frequente, come visto *supra*, rinvenire nella formulazione della clausola di tolleranza i caratteri tradizionali della clausola di stile (ossia la genericità, la ripetitività, la stilizzazione)<sup>65</sup>. Per l'effetto, atteso che la conseguenza della lettura della clausola di tolleranza come di stile è la sua inefficacia, aderendo a questa impostazione non vi sarebbero ostacoli affinché il debitore possa chiedere al giudice di accogliere la propria eccezione in ordine all'impossibilità del creditore sino ad allora tollerante di esigere il rimedio che il contratto gli attribuisce in ipotesi di inadempimento e che quello non aveva attuato sì da ingenerare un ragionevole affidamento nel debitore.

Invero, tale interpretazione della clausola di tolleranza non è sostenibile. Come ampiamente dimostrato dalla dottrina più recente, l'essere la formulazione della clausola generica, ripetitiva o stilizzata non comporta di per sé la sua inefficacia<sup>66</sup>. Infatti, le parti ben possono avere interesse ad una clausola che sia estremamente diffusa in quella stessa formulazione. Pertanto, fuori dalle ipotesi in cui il debitore riesca, tramite le regole generali sull'interpretazione<sup>67</sup>, a dimostrare che la clausola di tolleranza contenuta nel contratto non "sia mai concretamente entrata nella sfera della effettiva consapevolezza e volontà dei contraenti"<sup>68</sup>, la stessa non potrà essere considerata inefficace per il solo fatto di essere generica o ripetitiva.

NOVA], *cit.*, p. 1627), per divenire pleonastica (S.G. SIMONE, *op. cit.*, p. 352 nt. 83; V. ROPPO, *op. cit.*, p. 433) e comunque non vincolante (in tal senso, per la dottrina, si vedano F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 197; M. GRONDONA, *op. cit.*, p. 24; F. SARTORI, *op. cit.*, p. 98; M. TAMPONI, *op. cit.*, p. 886, per la giurisprudenza, si confrontino Cass., 06 aprile 2001 n. 5147, in *Foro it.*, *Rep.* 2001, voce *Contratto in genere*, n. 482; Cass., 1950/2009, *cit.*; Cass., ord., 11 marzo 2016 n. 4796 in [www.italgiure.giustizia.it/](http://www.italgiure.giustizia.it/)), se non, secondo taluno, in merito "alla volontà delle parti di risolvere il contratto al di fuori del processo" (F.P. PATTI, *op. cit.*, p. 707).

<sup>64</sup> Per tutti, S.G. SIMONE, *op. cit.*, p. 361.

<sup>65</sup> Per tutti, E. CARBONE, *op. cit.*, p. 73.

<sup>66</sup> Nel senso che la clausola di stile sia una clausola da interpretare al pari delle altre, senza che la genericità, la ripetitività, la stilizzazione della sua formulazione determinino di per sé la sua inefficacia è la maggioranza degli Autori che più di recente si sono occupati della questione (*ex multis*, G. BONILINI, *op. cit.*, p. 1190; S.G. SIMONE, *op. cit.*, p. 339; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, *cit.*, p. 285; E. CARBONE, *op. cit.*, p. 68).

<sup>67</sup> Per tutti, G. IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative - La prassi contrattuale*, *cit.*, p. 62.

<sup>68</sup> Cass., 27 gennaio 2009 n. 1950, in *Contratti*, 2009, p. 547, con nota di M. DELLA CHIESA, *Contenuto, effetti e funzione della clausola risolutiva espressa*.



## 6.2. La clausola di tolleranza come patto non meritevole di tutela. Critica.

Qualora si dovesse verificare che la clausola in parola sia stata effettivamente voluta dalle parti, il discorso in ordine alla capacità vincolante della pattuizione non è affatto esaurito e il debitore potrebbe ricorrere ad un ulteriore argomento che, sempre al fine di paralizzare l'esercizio da parte del creditore, contesti l'effetto della clausola di tolleranza perseguito dalle parti. Un secondo discorso possibile in tema di efficacia della clausola è, infatti, quello concernente la possibile non meritevolezza del patto con cui le parti escludono che un loro eventuale atteggiamento tollerante possa escludere o limitare l'esercizio del diritto come previsto dal contratto<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Così, ad esempio, muove la decisione Trib. Trieste, *cit.*, in cui la clausola in parola era inserita nella scrittura privata con cui due soci si erano obbligati a trasferire al promissario acquirente la proprietà delle loro partecipazioni societarie mediante due successive alienazioni. A garanzia di questo impegno, l'accordo in parola prevedeva una ingente clausola penale nonché, in occasione del primo dei due trasferimenti, il rilascio da parte dei soci di una procura irrevocabile a vendere le rimanenti quote. Al momento della prima scadenza, le parti avevano però trasferito un numero di azioni diverso da quello pattuito (perché inferiore e perché le quote trasferite appartenevano sostanzialmente ad uno solo dei due soci che si erano impegnati a vendere) e non veniva rilasciata alcuna procura in favore di chi si era obbligato a comprare. Successivamente, costui agiva in via monitoria per il pagamento della penale contenuta nella scrittura obbligatoria, lamentando l'inadempimento delle controparti contrattuali e ottenendo il richiesto decreto ingiuntivo. Nel tempestivo giudizio di opposizione, oltre a produrre una contestata quietanza in cui il convenuto-opposto dichiarava l'"annullamento" della prima scrittura privata, gli attori-opponenti rilevavano che, per come avvenuto (e cioè in una misura inferiore a quella pattuita nella scrittura privata posta a fondamento del procedimento monitorio), il definitivo trasferimento delle azioni aveva determinato il superamento e quindi l'inefficacia dell'accordo obbligatorio rendendo quindi inoperante la *ivi* prevista penale. Contro questa argomentazione, il convenuto-opposto eccepeva la clausola di tolleranza prevista in seno alla scrittura e, per l'effetto, affermava che la difformità tra l'atto di definitivo trasferimento delle quote e la prima scrittura che a tanto li obbligava non avrebbe potuto significare il superamento delle pattuizioni lì contenute e, quindi, della penale. Il Tribunale di Trieste ha revocato il decreto ingiuntivo concesso in virtù della penale prevista dalla scrittura privata con cui le parti si impegnavano a trasferire in un secondo momento le quote societarie. Questo risultato consegue al giudizio di inefficacia della scrittura privata che conteneva la penale azionata in via monitoria. Il collegio friulano ha costruito tale valutazione (di inefficacia) a partire dalla qualificazione della vicenda come di un rapporto a formazione progressiva, in cui le varie scritture che si sono susseguite tra le parti rilevano nei termini, rispettivamente, di preliminare e di definitivo. Rispetto ad un tale panorama negoziale, l'indirizzo maggioritario milita nel senso di

Sul punto, è bene prendere le mosse da un dato certo. La clausola *de qua* è una clausola atipica e, pertanto, è sottoposta alla regola di validità per cui il patto avrà capacità vincolante e forza contrattuale solo se realizza interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (ex art. 1322 c.c.)<sup>70</sup>. Orbene, tra i diversi significati che la dottrina<sup>71</sup> e la giurisprudenza<sup>72</sup> hanno riconosciuto

individuare la sola fonte del rapporto nel contratto definitivo, riconoscendovi, anche in assenza di una esplicita novazione, la capacità di modificare il programma negoziale delineato con il preliminare. Per l'effetto, il Tribunale ha correttamente ritenuto che la conclusione della seconda scrittura comportasse una "completa revisione" del programma negoziale stabilito con il preliminare e dunque "un sostanziale superamento dei termini dell'accordo". Di tutta evidenza, se è stato possibile revocare il decreto ingiuntivo e ancor prima valutare come inefficace il preliminare nonché definire la vicenda tutta nei termini di un rapporto a formazione progressiva è perché, in totale contrasto con quanto sostenuto dal convenuto-opposto, il collegio non ha ritenuto efficace la clausola di tolleranza così che la differenza tra il trasferimento previsto nel preliminare e quello effettivamente realizzato non potesse rilevare nei termini di un inadempimento tollerato che non comportasse la caducazione (della prima scrittura e quindi) della penale. Per il Tribunale, la clausola di tolleranza prevista nel contratto (e riportata *supra*, nt. 12) non era meritevole e ciò in quanto i suoi effetti erano intesi dalle parti come da riferirsi all'inadempimento di una "qualunque disposizione" contrattuale (c.d. *clausola di tolleranza generica*). Secondo quel giudice, "[u]na clausola del genere, astrattamente idonea a perseguire una finalità legittima ed oggettivamente apprezzabile in termini effettuali, quale quella c.d. di tolleranza, qualora attagliata a specifiche e rilevanti clausole, diviene in concreto immeritevole di tutela se per il suo tramite si finisca, in ragione della sua estensione a qualsiasi pattuizione, per compromettere valori come l'affidamento, o si svuotino di significato clausole come quella di buona fede o correttezza".

<sup>70</sup> Nel senso per cui il controllo sulla meritevolezza possa avere ad oggetto anche una singola pattuizione (peraltro anche quando inserita in un contratto tipico), da ultimo, è Cass. 9140/2016 *cit.*. In dottrina, si veda, per l'affermazione di principio, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 252 e, per l'interessante rilievo per cui "è raro che un contratto, valido fuori d'Italia, sia a lungo considerato nullo da noi: prima o poi lo si fa entrare. Il problema della nullità si pone dunque soprattutto per le singole clausole", G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009, p. 2.

<sup>71</sup> La riflessione scientifica sul significato della clausola generale contenuta nell'articolo 1322 c.c. è, al contempo, quanto di più interessante e di non appagante che si possa rinvenire nella nostra letteratura civilistica. Sul tema, per un verso, si registrano gli interventi dei principali Autori della ricerca sul contratto e si manifesta in modo compiuto la diversa sensibilità che muove le varie tesi e che caratterizza il tempo dell'interprete. Per altro verso, questo copioso sforzo non ha prodotto una posizione comune o comunque dotata di un certo consenso circa il significato del sintagma codicistico "realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" e sul punto permane una notevole distanza tra le varie posizioni. Per una panoramica delle varie letture si vedano, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi* in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 57-74, M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi*

ed equilibrio contrattuale, in *Contr. impr.*, 1987, p. 427-430, A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse* (voce), in *Dig. (Civ.)*, XI, Torino, 1994, p. 327-329, U. BRECCIA, *Interessi non meritevoli di tutela*, in G. ALPA, U. BRECCIA, A. LISERRE, *Il contratto in generale*, III, *Tratt. Bessone*, 1999, p. 89; C. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 789; A. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 572 e, tra la manualistica, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2017<sup>71</sup>, p. 251. Uno dei temi più controversi è il rapporto tra la meritevolezza dell'interesse (art. 1322 c.c.) e la liceità della causa (art. 1343 c.c.): in opposizione alla posizione espressa da Emilio Betti (*Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, p. 222; *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli (rist.) 1994, pp. 193 e 391-392), notoriamente ripresa dal legislatore (*Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942*, Roma, 1943, p. 132, §632), la dottrina liberale, aderendo all'impostazione contraria alla funzionalizzazione dell'autonomia privata (G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618, L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica* (1963), ora in *Id.*, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 174-175 e A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000<sup>72</sup>, p. 187 e *Id.*, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 764), ha svolto una vera e propria opera di traduzione, portando il significato proprio del disposto ex art. 1343 c.c. nel sintagma di cui al secondo comma dell'art. 1322 c.c., così che il contratto atipico non sia meritevole di tutela quando la causa contrasta con le norme imperative, con l'ordine pubblico e con il buon costume (G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 199-227 e G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 402 e 406, *Id.*, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 223 e *Id.*, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 81 e, di recente, M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 e V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 403). Tale assimilazione della meritevolezza con la liceità (a lungo condivisa dalla giurisprudenza in modo unanime, ex multis Cass., 06 febbraio 2004 n. 2288, in *Contratti*, 2004, p. 801, con nota di A. PALMIERI, *Liceità della clausola di beneficio di cambio nel contratto di assicurazione*) non è seguita da quanti leggono nella meritevolezza un riferimento ai principi costituzionali dell'ordinamento e, rilevata la distanza tra l'autonomia privata come configurata nel vigente sistema normativo e il suo concetto liberale (per tutti, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975), affermano che non sia meritevole di tutela il contratto che si ponga in contrasto con il sistema costituzionale (P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione», cit., p. 204; *Id.*, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 184; U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. Civ.*, 1987, p. 492; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi*, cit., p. 430). In tale secondo senso, tra la giurisprudenza, si veda Cass. 19 giugno 2009 n. 14343 (in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Locazione*, n. 126 e con commento di R. CALVO, *Locazione tra autodeterminazione e funzione esistenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 317).

<sup>72</sup> Tra la giurisprudenza più recente si vedano sin d'ora: Cass. 31 luglio 2017 n. 19013 (in [www.italgiure.giustizia.it/sncass/](http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/)), con commento di T. FEBBRAJO, *Contratti di Interest Rate Swap e giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti: l'intervento chiarificatore della cassazione*, in *dirittocivilecontemporaneo.com* (2018); Cass. 28 aprile 2017, n. 10506 (in *Foro it.*, 2017, I, c. 1919 con commento di M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso claims made*, in *ivi*, c. 3115, e con nota di S. MONTICELLI, *Il giudizio*

alla clausola generale dell'interesse meritevole vi è quello che risolve la valutazione rimessa al giudice nella verifica della "idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi"<sup>73</sup> e che afferma che con l'art. 1322 c.c. il legislatore abbia previsto un giudizio che tutela il principio per cui "non qualsivoglia interesse privato è protetto ma solamente quello che non sia indifferente giuridicizzare, cosicché risulti certa e sicura la volontà di vincolarsi secondo regole non esclusivamente morali e sociali"<sup>74</sup>.

*d'immeritevolezza della "claims made" agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno resp.*, 2017, p. 452); Cass. sez. Un., 17 febbraio 2017, n. 4424 (con nota di A. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1205); Cass. sez. Un., 06 maggio 2016, n. 9140 (con commento di R. CALVO, *Clausole "claims made" fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 727; con nota di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2014 e con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2016, p. 753); Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900 (con nota di G. VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ., comm.*, 2016, p. 855); Cass. 10 novembre 2015, n. 22950 (con osservazioni di M. COSTANZA, *"For you for nothing" o immeritevolezza*, in *Soc.*, 2016, p. 729); Cass. 30 settembre 2015, n. 19559 (con osservazioni di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca Borsa*, 2016, p. 141); Cass., 17 marzo 2015 n. 5216 (in [www.italgiure.giustizia.it/sncass/](http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/) con nota di F. FRATINI, *Rilevanza esterna delle norme endoassociative e validità dei contratti*, in *Rass. dir. econ. sport.*, 2015, p. 402); Cass. 08 febbraio 2013, n. 3080 (in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Farmacia*, n. 14 e con commento di S. TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1301); Cass. 19 luglio 2012 n. 12454 (in *Rep. Foro it.*, 2012, *Mutuo*, n. 13 e con commento di G. RISPOLI, *Clausole generali e regole settoriali*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1812) e Cass., 14343/2009, cit..

<sup>73</sup> F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 62. In posizione analoga, è A. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza*, cit., p. 580, il quale, al fine di evitare sia "un'interpretazione abrogante" sia "declivi antiliberali", avanza la proposta "di scorgere nell'art. 1322, comma 2°, c.c. il riferimento normativo attraverso cui elaborare un moderno sistema di *vestimenta*: e cioè di segnali al ricorrere dei quali un patto privato è "vestito" di giuridicità", nonché *Id.*, *Meritevolezza*, cit., p. 1205, dove l'affermazione per cui "la necessità che l'accordo, affinché sia contratto, coincida con un'operazione economico-giuridica completa, nonché intesa dalle parti, per le note che complessivamente presenta, come volta a fondare una coazione giuridica". Per una lettura estrapolatamente critica di questa impostazione si veda il contributo di G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, p. 1.

<sup>74</sup> F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 69, dove, appunto, così si legge: "Sia il giudizio sull'idoneità dello strumento che l'altro sulla *intenzione giuridicizzante* delle parti hanno caratteristiche peculiari e ben distinte dal giudizio in concreto sulla (liceità della) causa che comporta e presuppone una analisi dialettica del contenuto (in senso lato) del contratto raffrontato a singole



Di tutta evidenza, questa lettura della meritevolezza, da ultimo coltivata anche a livello di giurisprudenza di legittimità<sup>75</sup>, restituisce un parametro che, rilevando in punto di valutazione della clausola atipica, consente di escludere ogni efficacia all'accordo che sottrae quel rapporto contrattuale ai caratteri propri del vincolo giuridico. Da questo punto di vista si potrebbe allora argomentare che, ad esempio quando inserita in un regolamento contrattuale che realizza un rapporto a formazione progressiva, una clausola di tolleranza generica non sia meritevole (art. 1322 c.c.) di tutela in quanto avrebbe l'effetto di sottrarre la sottostante relazione a quella dimensione di correttezza e buona fede<sup>76</sup> che caratterizza ogni rapporto obbligatorio (art. 1157) contrattuale (art. 1375)<sup>77</sup>.

Tale interpretazione, a ben vedere, si presta ad almeno due obiezioni. Per un verso, se è vero che anche di recente la Cassazione ha avvicinato la clausola generale della meritevolezza a quella della

buona fede<sup>78</sup>, è pur vero che si tratta di figure distinte e che realizzano la prima una valutazione sull'atto e l'altra un giudizio sul comportamento<sup>79</sup>, così che la buona fede non può mai essere criterio che decide dell'esistenza di una clausola<sup>80</sup>. Per altro verso, appare incongruo considerare come un qualcosa di poco serio l'accordo con cui le parti intendono salvaguardare la vincolatività del patto rispetto a possibili effetti giuridici connessi a loro eventuali comportamenti. Per l'effetto, anche questa interpretazione della clausola di tolleranza come immeritevole va respinta.

### 6.3. La clausola di tolleranza e la buona fede nell'esecuzione del contratto.

Il dato per cui la clausola di tolleranza resiste alle letture che ne contestano l'efficacia e la capacità vincolante come sopra riportate non vuole dire che per il nostro ordinamento “*le contrat perdrait sa raison d'être si l'incertitude devait planer sans cesse sur sa réalisation et si le juge pouvait, au nom de l'utilité générale ou de la justice, en transformer les clauses*”<sup>81</sup>, sì che occorrerebbe sempre riconoscere in modo pieno e illimitato l'effetto che le parti intendono perseguire mediante l'inserimento della clausola di tolleranza (e cioè la volontà di svincolarle dalle conseguenze dei loro possibili comportamenti tolleranti).

Invero, è a dirsi che per il nostro sistema la verifica dell'eccezione del debitore sollevata con riferimento all'esercizio del rimedio contrattuale da parte del creditore sino ad allora tollerante pone al centro non già la clausola di tolleranza o la questione della forza vincolante dell'accordo, ma, bensì, l'affidamento che il creditore, agendo al di là di quanto previsto nel contratto, ha ingenerato nel debitore, così da giustificare la paralisi del rimedio. Se e quando nella fase di esecuzione dell'accordo si verifica un tale fatto, l'esercizio del rimedio contro l'inadempimento tollerato sarà precluso e, questo, nonostante l'esistenza della clausola.

La clausola di tolleranza - al pari di ogni altro atto di volontà - non può infatti escludere che, nel corso del rapporto regolato dal contratto, il comportamento del creditore sia tale da porsi come un qualcosa di diverso da quanto previsto nell'accordo (e nella clausola) e che, ingenerando

norme imperative o al più complesso sistema del buon costume e dell'ordine pubblico”.

<sup>75</sup> Qui, difatti, vi è chi ritiene che la clausola generale della meritevolezza si riferisca “specificamente alle ipotesi di difetto di una ragione giustificativa plausibile del vincolo, il quale non merita tutela e non è coercibile, restando indifferente per l'ordinamento” (Cass., 22950/2015, *cit.*). Se è innegabile in questo indirizzo l'eco del c.d. “atto di autonomia giuridicamente irrilevante” proprio della tripartizione bettiana in tema di valutazione del negozio da parte dell'ordinamento (E. BETTI, *Teoria generale, cit.*, p. 54), è altresì vero che, assumendo “la clausola generale della meritevolezza per il suo mero contenuto basilico e «minimo essenziale»”, questa lettura “viene a deprivere funzionalmente la stessa da una qualunque venatura idonea a renderla anche solo vagamente passibile di essere tacciata di esprimere un «manifesto ideologico»” (A.A. DOLMETTA, «My way», «For You», «Piano Visione Europa» e *Corte di Cassazione*, in *www.ilcaso.it*, luglio 2016, p. 11).

<sup>76</sup> Ad esempio, con riferimento alle clausole di tolleranza presenti nella modulistica bancaria, è stato esattamente detto che il loro senso sarebbe quello di “esonere la banca dalle conseguenze dei propri comportamenti, di svincolarle dalle stesse (tant'è che si potrebbe pure qualificarle come clausole «a tolleranza zero»)” (A. A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti, cit.*, p. 259-260). Il contrasto di un esercizio di un diritto contrattuale conforme alla clausola di tolleranza con i principi di buona fede è sottolineato in G. CORDERO-MOSS, *International Commercial Contracts*, Cambridge, 2014, p. 50. Tra gli ordinamenti che sembrano invece autorizzare comportamenti conformi alla clausola di tolleranza senza che si rinvenga nella buona fede un limite, si veda quello russo: I. ZIKIN, *op. cit.*, p. 334.

<sup>77</sup> Come detto, muove in questa direzione la sentenza Trib. Trieste, *cit.*, che, confondendo la buona fede e la meritevolezza, arriva a sostenere la non meritevolezza della clausola di tolleranza generica, in quanto essa avrebbe solo l'effetto di consentire “ad una qualsiasi delle parti la massima ed indiscutibile discrezionalità nello scegliere se sganciarsi dall'apparenza fino ad allora creata chiedendo alla fine l'adempimento, sebbene abbia mantenuto un costante atteggiamento di tolleranza dell'altrui inadempimento, protratto, generale e generalizzato”.

<sup>78</sup> Cass., 19013/2017, *cit.*.

<sup>79</sup> N. IRTI, *op. cit.*, p. 2765.

<sup>80</sup> L. MENGONI, *Spunti, cit.*, p. 9.

<sup>81</sup> E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté: contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, pp. 387-388.

nel debitore un affidamento nel mancato esercizio del rimedio, si ponga come fondamento dell'obbligo di tollerare le conseguenze negative dell'inadempimento, senza poterle rimuovere come da contratto.

234 In altre parole, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto del creditore, in un rapporto contrattuale regolato da un accordo che contiene la clausola di tolleranza gli scenari possibili rispetto alla eccezione del debitore sollevata con riferimento all'esercizio del diritto contrattuale da parte del creditore sino ad ora tollerante sono due. La prima ipotesi si realizza quando il mancato esercizio del rimedio da parte del creditore rientri nell'ipotesi prevista dalle parti con la stessa clausola. Qui, il giudice respingerà l'eccezione del debitore e si darà esecuzione al rimedio esercitato dal creditore sino ad allora tollerante. Per contro, qualora si fornisce la prova che la tolleranza del creditore vada oltre la previsione contrattuale e sia stata tale da ingenerare un affidamento del debitore circa il suo mancato esercizio, l'eccezione del debitore volta a paralizzare l'esercizio del rimedio da parte del creditore tollerante sarà accolta<sup>82</sup>.

Si esclude in assoluto la possibilità che il comportamento del creditore tenuto durante il rapporto vada oltre il contratto e, ingenerando un affidamento nel debitore, determini, in virtù delle norme inderogabili sul rapporto, la paralisi del rimedio.

## 7. Conclusioni.

Anche nei sistemi che, come il nostro, non riconoscono al mancato esercizio di un diritto o di una facoltà *ex contractu* la capacità di estinguere quella posizione, per le parti di un contratto la cui esecuzione si protrae nel tempo sorge l'esigenza di

chiarire quali siano le conseguenze giuridiche di un possibile eventuale comportamento tollerante. Difatti, anche se una tale condotta del creditore non è prevista nell'accordo, quando il suo verificarsi nella fase esecutiva determina nel debitore un ragionevole affidamento circa il mancato utilizzo del rimedio previsto per l'inadempimento, quello stesso comportamento incide sulla relazione, rendendo non esigibile la disciplina rimediata prevista nell'atto, ma sino ad allora non esercitata.

Al fine di evitare gli effetti paralizzanti, le parti inseriscono nel contratto una clausola di tolleranza. Sebbene l'intento perseguito dalle parti con questa pattuizione sia quello di salvaguardare il contenuto contrattuale rendendo la tolleranza del creditore - anche quando fonte di affidamento per il debitore inadempiente - non opponibile all'esercizio dei diritti e rimedi lì affermati, a tali clausole non si può attribuire la capacità di svincolare in assoluto l'esigibilità dei diritti previsti dal contratto dai comportamenti assunti dalle parti nella fase di esecuzione. Infatti, nonostante l'esistenza della clausola di tolleranza, la paralisi del rimedio e la non esigibilità del diritto non esercitato si verificherà ogni qualvolta il creditore assuma nella fase esecutiva un atteggiamento di tolleranza che, avuto riguardo alle concrete modalità, *i*) non rientri nella ipotesi disciplinata con la clausola e *ii*) ingeneri nel debitore un ragionevole affidamento circa il mancato esercizio del rimedio.

<sup>82</sup> L'idea per cui la clausola di tolleranza contenuta nell'atto non garantisca in assoluto (a prescindere dal comportamento) l'esercizio del rimedio trova una conferma, e ciò è certamente significativo, in ambiente di *common law*, dove si è recentemente affermato che una simile clausola di tolleranza non può "prevent the fact of an election to abandon the right to terminate from existing" (*Tele2 International Card Company SA & Ors v Post Office Limited* [2009] EWCA Civ 9). In particolare, nella pronuncia concernente l'esercizio del diritto di risoluzione di un contratto di fornitura commerciale, il collegio giudicante ha respinto la tesi per cui la clausola di tolleranza contenuta nell'accordo ("In no event shall any delay, neglect or forbearance on the part of any party in enforcing (in whole or in part) any provision of this Agreement be or be deemed to be a waiver thereof or a waiver of any other provision or shall in any way prejudice any right of that party under this Agreement") possa impedire al mancato esercizio della risoluzione per oltre un anno la capacità di rendere di precludere al creditore (*innocent party*) di risolvere il contratto.