



**SCUOLA DOTTORALE TULLIO ASCARELLI
DIRITTO EUROPEO SU BASE STORICO COMPARATISTICA**

XXII CICLO

La Clausola Penale

Coordinatore:

Chiar.mo Professore

Paolo Maria Vecchi

Dottoranda:

Veronica Fatmata Sheriff

Anno Accademico 2010 /2011

Indice

INTRODUZIONE: Programma della ricerca.....	3
1 Capitolo I: PROFILO STORICO.....	3
1.1 L'esperienza giuridica romana: La pena privata nell'ordinamento romano.....	3
1.1.1.....La pena privata da inadempimento della prestazione dovuta: la <i>stipulatio poenae</i>	10
1.1.2 La funzione della pena privata.....	14
1.2 Diritto intermedio	17
1.3 La disciplina nel Codice Civile del 1865	20
2 CAPITOLO II: La clausola penale nel codice del 1942.....	36
2.1 La clausola penale. Nozione.....	36
2.2 Funzione risarcitoria e funzione sanzionatoria della clausola penale	39
2.3 Aspetti pratici della disputa circa la funzione, risarcitoria o sanzionatoria, della clausola penale.....	60
2.4 Accessorietà della clausola penale all'obbligazione.....	63
2.5 Imputabilità dell'inadempimento sanzionato con la clausola penale.....	66
2.6 L'oggetto della clausola penale	68
2.7 Penale per il ritardo nell'adempimento.....	70
2.8 Divieto di cumolo della prestazione principale con la penale	71
3 CAPITOLO III. LA <i>REDUCTIO AD EQUITATEM</i> DELLA CLAUSOLA PENALE ..	74
3.1 Il fondamento della riducibilità della clausola penale nell'art. 1384 del codice civile 74	
3.2 L'inderogabilità della riduzione: profili dottrinali e giurisprudenziali.	82
3.3 Il criterio valutativo della manifesta eccessività della penale e l'interesse del creditore.....	91
3.3.1 La riduzione d'ufficio della clausola manifestamente eccessiva: La sentenza n. 18128/2005 della Cassazione: un punto di approdo.....	102
3.4 Riducibilità della clausola nei contratti stipulati con la Pubblica Amministrazione. 115	

4	CAPITOLO IV. CONFRONTO CON ALTRE FIGURE GIURIDICHE.....	118
4.1	Confronto con altre figure giuridiche	118
4.2	La caparra confirmatoria. Nozione	124
4.3	Funzione della caparra confirmatoria	127
4.4	Accessorietà e realtà del patto di caparra confirmatoria	130
4.5	Effetti della consegna della caparra	132
4.6	La caparra e la multa penitenziale	135
	BIBLIOGRAFIA	137

INTRODUZIONE: Programma della ricerca

1 Capitolo I: PROFILO STORICO

1.1 L'esperienza giuridica romana: La pena privata nell'ordinamento romano¹.

Nell'ordinamento romano, la concezione della pena non solo varia secondo le epoche, ma si presenta diversa nei vari campi ed ha avuto una notevole evoluzione.

Nel diritto romano più antico, nei casi più gravi, dovettero dominare due concetti: quello della necessità della purificazione del gruppo che il singolo aveva macchiato col suo atto illecito e quello della consacrazione alla divinità, che era stata offesa dal crimine.

L'espiazione a scopo di purificazione avveniva mediante la *crematio*, ovvero la vivi combustione, mentre la consacrazione alla divinità poteva essere attuata con la sospensione del colpevole all'*arbor infelix* (la croce, in origine avente la forma di una T). E' tipico il caso del "*frugem pavisse ac secuisse*", reato gravissimo per quel popolo di

¹ TALAMANCA M., *Pena Privata (dir. rom.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 712 – 733; per un'analisi dell'istituto per il diritto intermedio si veda DIURNI G., nella stessa Enciclopedia, 739 – 751; TALAMANCA M., *Colpa civile (dir. Rom e inter.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 517 – 533; VOCI P., *La responsabilità del debitore da "stipulatio poenae"*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milano, 1971, 319 – 358 e *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939 – XVII; sempre dello stesso Autore, *Una "Quaestio" di Papiniano in tema di "Stipulatio poenae": D. 45, 1, 115* in *Scritti in onore di Antonio Giuffrè*; BRASIELLO U., *Pena (dir. rom.)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XII, Torino, 1965, 808– 813; per il diritto intermedio, ivi, GHISALBERTI C., 813 - 816

agricoltori, considerato come offesa alla dea Cerere, alla quale veniva dedicato il colpevole.

Anche antichissima sembra essere stata la pena del *culleus*, cioè della sommersione in acqua (probabilmente in origine, nel Tevere) del condannato, chiuso in un sacco (*culleum*) con animali che lo straziassero.

Si ritiene che fosse comminata al parricida e che nel sacco fossero messi un cane, un serpente velenoso, e in seguito, anche una scimmia.

Questa pena realizzava contemporaneamente più finalità. Da un lato, assicurava una morte atroce per il colpevole, e dall'altro negava qualsiasi forma di sepoltura allo stesso, impedendo ai suoi resti contaminati di toccare il suolo.

La morte dunque, non era concepita tanto quanto una pena, ma come la completa eliminazione del colpevole. Del morto non doveva rimanere alcuna traccia, onde la perdita di tutti i diritti e di tutti i beni, l'invalidazione del testamento, la cessazione delle potestà familiari, anche quando il condannato si sottraeva alla morte con l'esilio.

Occorre precisare, che anche quando in seguito, l'esilio divenne una pena a sé stante, esso venne considerato come una morte civile, che produceva la perdita della cittadinanza, di ogni diritto della persona e la perdita dei beni: queste non come pene accessorie, bensì come

conseguenze necessarie, perché nulla doveva rimanere alla persona e nulla della persona.

I fatti meno gravi ed anche i più gravi, quando non presentavano un carattere particolarmente malefico, venivano lasciati per la punizione al capo, e poi al magistrato supremo, il quale doveva intervenire avvalendosi della *coercitio*².

Questa derivazione dell'*imperium*, comprendeva tutto un insieme di poteri.

Era limitazione di libertà, costrizione, correzione, ed anche quindi, punizione.

Non si parla perciò ancora di *poena* e di *punire*, espressioni che presuppongono un concetto, per dir così, più formato, ma si usano termini come *coercere*, *animadvertere in*, *multare*, i quali indicano l'attività effettiva, materiale, del colpire.

² Si precisa come sarebbe troppo poco dire che si trattasse di un richiamo all'obbedienza, quasi che il colpevole fosse considerato solo come un disobbediente, un dispregiatore del magistrato, perché invece nel *coercere* una idea punitiva doveva esservi (e ciò prescindendo dal significato etimologico delle parole "*coercere*", "*coercitio*"), perché l'esperienza dimostra che anche in latino, come nelle altre lingue, spostamenti ed ampliamenti di significato possono esservene facilmente. Si trattava quindi di una punizione che poteva attuarsi di volta in volta, senza presupposti di regole o di principi; che poteva avere finalità di vendetta del pubblico potere o di espiazione o di segregazione o di afflizione, ma una finalità concreta, positiva, materiale, che si esplicava di volta in volta.

Cicerone adopera l'espressione *poena* o *poene* al plurale, ma quando parla della punizione, in genere si esprime così: “ *vitia hominum atque fraudes, damnis, ignominii, vinculis, verberibus, exiliis, morte multantur*”³.

Da questa espressione qualche autore ha ricavato che anche in seguito alle leggi di Silla, che avevano determinato le pene, non doveva essersi formato ancora un concetto preciso della pena quale afflizione – retribuzione, né in genere della *poena*, affermando che l'oratore unisce l'*exilium*, che forse allora era solo un modo per sottrarsi alla morte, l'*ignominia* che si configurava come una situazione speciale, a volte conseguente alla pena, ma non pena, a volte addirittura indipendente, i *vincla*, che erano piuttosto dei mezzi di coercizione, i *verbera* che accompagnavano la pena, ed il *damnum*, che certo doveva limitarsi alla diminuzione patrimoniale⁴.

Si è ritenuto quindi, che solamente quando qualcuno poneva in essere un'azione che colpiva l'individuo nei suoi beni e nella sua persona in maniera meno grave, si parlava di *poena*, che veniva assumendo un'accezione particolare.

³ Si veda, *De orat. I, 43, 194*

⁴ In tal senso, BRASIELLO U., *op. cit.*, 809. Contrariamente si potrebbe ritenere che il concetto di pena, quale sanzione, fosse già presente. A questo proposito appare agevole osservare come la *verberatio* consistesse comunque in una pena corporale.

Al di fuori di questa situazione dunque, alla vittima era consentito vendicarsi, talora uccidendo il colpevole, o talora cagionandogli il medesimo danno che essa avesse ricevuto.

Tra la vittima e il colpevole si stabiliva come un rapporto che consentiva alla vittima di produrre al colpevole un nocumento, proporzionato al danno ricevuto⁵.

Gli atti che conducevano a questo rapporto erano l'attentato alla persona, nelle sue varie forme, orali e materiali, (*iniuria*, che può essere "re" e "verbis"), o l'attentato ai beni (*furtum*, con quella derivazione, che fu poi delitto autonomo, i *bona vi rapta*). Più tardi si aggiunse il danneggiamento (*damnum iniuria datum*), e poi, i numerosi illeciti colpiti dal pretore.

Le XII tavole consentivano l'uccisione del ladro sorpreso di notte e del ladro sorpreso di giorno *si se telo defendit*, e se fossero chiamati testimoni.

Si chiami vendetta, si chiami il farsi giustizia da sé, certo è che l'azione del privato era quella che determinava la punizione, anche in questi casi gravissimi dove la punizione poteva essere gravissima.

⁵ Quando il responsabile si assoggetterà ad una riparazione pecuniaria, che gli permetteva di evitare altre sanzioni, il rapporto avrà come oggetto la prestazione pecuniaria, la quale resterà per altro, proporzionata all'entità del delitto, e non al danno.

Nell'attentato alla persona, l'applicazione del *talio*, mostra ancora più chiaramente la facoltà data di farsi giustizia da sé, purché ci si contenesse entro certi limiti. È ben noto il versetto relativo delle XXII Tavole: “*Si membrum rupserit, ni (= nisi) cum eo pacit, talio esto*”.

L'iniziativa quindi, era della vittima, e non tarderà a trasformarsi in azione, quando l'attentato alla cosa sarà colpito con diminuzione patrimoniale proporzionata al mal tolto, e per l'attentato alla persona vi sarà stata la *pactio* (dal “*ni cum eo pacit*”) e alla *pactio* non si sarà data esecuzione; o quando, evidentemente in mancanza di *pactio*, sarà il giudice ad *aestimare* la gravità del fatto.

La prima concezione della pena dunque, presupponeva un rapporto, e consisteva nel pagamento che derivava da esso. E quindi la concezione astratta, indeterminata di *poenale*, come ciò che attiene alla pena, concerneva il campo del diritto privato ed era destinata, con l'affermarsi delle sanzioni pubbliche, gradatamente a venir meno.

La pena concepita dunque come reale, effettivo pagamento, veniva espressa in un primo tempo con *poenae* al plurale.

Con riferimento all'*iniuria* infatti, già le XII Tavole affermavano: “*si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque poenae sunt*”.

Nel pagamento che derivava da un rapporto, vi era in sostanza il concetto di retribuzione. La pena doveva essere, quando era possibile, come nell'*iniuria*, ragguagliata all'entità dell'illecito, e quindi era tanto più grave, quanto più grave era stato il fatto.

La pena privata dunque ha rappresentato per lungo tempo, una delle modalità tipiche di repressione del danno privato e dell'illecito.

Occorre precisare che i comportamenti che erano sottoposti all'applicazione di una pena, si distinguevano in due categorie parallele e complementari. Sul versante pubblico, i *crimina* – i delitti pubblici – dall'altro, i *delicta* o *maleficia*, ossia i delitti privati.

I delitti pubblici colpivano l'intera *civitas* in quanto configuravano un attentato all'ordine sociale, come ad esempio il parricidio e il tradimento.

Questi atti erano colpiti attraverso una persecuzione pubblica, esercitata da parte del magistrato o da un'azione popolare, e una *poena publica*, variabile dalla morte ad una multa da pagarsi all'erario⁶.

I delitti privati invece, come il furto, la lesione personale e il danneggiamento, autorizzavano una reazione personale della parte offesa,

⁶ ARANGIO – RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1993, p. 364

mediante l'applicazione di una pena privata in quanto considerati eventi che afferivano in primo luogo, alla sfera individuale di chi li aveva subiti.

Da qui la libera vendetta, in epoca preistorica, al regime del taglione. Tale istituto si evolve poi, in una pena pecuniaria inflitta dal giudice al reo a seguito dell'azione intentata dall'offeso⁷.

Tratto caratteristico della pena privata è quindi quello di essere, almeno nella sua configurazione originaria, una reazione completamente rimessa al soggetto leso, in primo luogo in ordine alla opportunità della reazione, ed in secondo luogo quanto alla modalità della reazione.

In un primo momento quindi sotto il profilo dell'identificazione del tipo di tutela, è pertanto rilevante, chi promuove l'azione – lo Stato o il privato – e il soggetto destinatario della sanzione pecuniaria.

1.1.1 La pena privata da inadempimento della prestazione dovuta: la *stipulatio poenae*⁸

La *stipulatio poenae* è una particolare applicazione della *verborum obligatio*⁹, sottoposta a condizione, in cui il debitore prometteva di pagare

⁷ Per lo sviluppo storico dell'illecito si veda ALBANESE B., voce *illecito (storia)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 50 ss.

⁸ Sulla *stipulatio poenae*, si veda TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp.564 ss

⁹ La *verborum obligatio* è un atto formale, che consiste nello scambio fra l'interrogazione del creditore (*centum dari spondes? O promittis?*) e la risposta positiva del debitore fatta, a pena di nullità, adoperando lo stesso verbo usato dal creditore (*spondeo, o promitto*).

Le *obligationes verbis contractae* conosciute da Gaio sono la *stipulatio*, la *dotis dictio*, la *promissio iurata liberti*.

una somma di denaro¹⁰, subordinatamente all'inadempimento di una prestazione. Questa subordinazione poteva assumere due schemi.

Il primo, designato come *stipulatio poenae* principale o semplice, collegava l'obbligazione *pecuniam dare* direttamente all'inadempimento della prestazione; nel secondo, nella stessa *conceptio verborum*, si assumeva anche, e principalmente, l'obbligazione avente ad oggetto la prestazione primaria, aggiungendo a questo impegno, una seconda clausola, detta stipulazione penale congiunta, con cui si prometteva, nel caso, di inadempimento di detta prestazione, la *pecunia*.

La forma della stipulazione principale era: “*si Stichum non dederis, centum dari spondes?*” (“se non darai Stico, prometti di dare cento?”); quella della stipulazione congiunta: “*Stichum dari? Si non dederis, centum dari spondes?*” (“Prometti di dare Stico e, se non lo darai, di dare cento?”).

Codesta diversità di forme è stata a partire soprattutto dall'inizio del XX secolo, versata nella contrapposizione fra pena convenzionale

La categoria ha origine in un'epoca assai risalente, in cui la *sponsio* era un giuramento e, come tale, aveva forma verbale. All'epoca delle XII tavole, assumevano il vincolo *verba solemnia* anche i *vades* ed i *praedes*, che come ostaggi, venivano precedentemente costituiti con un atto a struttura reale. Negli ultimi secoli della repubblica, sorgono le figure della *dotis dictio* e della *promissio iurata liberti*, mentre, nei rapporti privati, i *vades* ed i *praedes* sono già obsoleti, o in completa decadenza, nel I sec. A. C. Nel periodo postclassico e giustiniano, scomparsi il *iusiurandum liberti* e la *dotis dictio*, la stipulatio diventa, nella prassi prima e nella legislazione poi, un contratto a forma scritta, l'*instrumentum*, nel quale, come residuo dell'antica forma verbale, è richiesta la contemporanea presenza delle parti alla redazione dell'atto.

¹⁰ Oggetto della promessa poteva essere anche una *res vice poenae*, come è indirettamente attestato da Cels. 26 dig., D. 45, I, 97 pr., e Paul. 3 quaest., D. 45, I, 126, 3, e direttamente con una problematica particolare al *compromissum* ed al *receptum arbitri*, in Ulp. 13 ad ed., D. 4, 8, II, 2.

propria, in cui la promessa della somma di denaro accede ad un'obbligazione per l'*id quod interest*, e pena convenzionale impropria, in cui l'unico effetto è quello dell'assunzione dell'obbligazione a prestare la pena.

La *stipulatio poenae* si differenziava notevolmente dai caratteri oggi propri della clausola penale. Perché la *stipulatio poenae* fosse valida, era sufficiente che il fatto posto *in condicione* potesse essere oggetto della condizione stessa, mentre non era necessario che fosse valido oggetto di un'obbligazione.

Stante la struttura condizionale, la *poena* anche in caso di esecuzione parziale, era sempre dovuta per l'intero, come anche la perdita per caso fortuito del bene oggetto della prestazione non impediva al creditore di ottenere la penale; né era necessaria la messa in mora del debitore.

Almeno inizialmente, quando fosse usata la formula “*si Pamphilius non dederis, centum dari spondes?*”, al realizzarsi dell'evento posto in condizione il creditore aveva diritto non solo alla penale, ma anche al risarcimento del danno per l'inadempimento.

La *stipulatio* progressivamente si è tuttavia, orientata verso una funzione riparatoria e per questo il carattere più oppressivo, quello del

cumulo tra pena e risarcimento, era evitato attraverso il ricorso alla diversa formula di stipulazione, “*Pamphilium dari spondes? Si non dederis, centum dari spondes?*”. In questo modo la *stipulatio* veniva a sanzionare una obbligazione anteriore e distinta da quella dedotta come penale¹¹.

Per evitare l’effetto del cumulo anche nel primo caso, i giuristi romani, avevano ipotizzato, in materia di obbligazioni *stricto iure*, che l’obbligazione principale, subisse una sorta di novazione nel momento in cui diveniva esigibile la penale.

In materia invece, di obbligazioni fondate sulla buona fede, si affermò il principio che il cumulo fosse contrario alla buona fede stessa e, pertanto, il creditore dovesse scegliere una tra le due azioni.

Anche il legato penale poteva seguire due schemi, a seconda che il testatore imponesse all’erede una determinata prestazione, condizionandola al mancato adempimento del legato; oppure imponesse una prestazione all’erede e, nel caso di inadempimento, fosse previsto il pagamento di una somma¹².

¹¹ In verità nonostante, la diversa struttura formale della *stipulatio poenae*, in questa sede non si ritiene di poter affermare che la formula “*si Pamphilium non dederis, centum dari spondes?*” fosse tale da poter giustificare il diritto di cumulo per il creditore della penale e del risarcimento del danno. Le due formule infatti, di poco differenti nella struttura, appaiono identiche nella sostanza di guisa che, l’inadempimento dell’obbligazione dedotta in condizione, sembra poter ammettere solamente il diritto a quanto pattuito nella *stipulatio poenae*.

¹² Il legato penale consiste nella trasposizione nella forma tipica del legato *per damnationem*, dei formulari più comunemente esemplificati per la *stipulatio poenae*. Nell’una che si può chiamare il legato penale principale, il testatore impone all’erede di pagare una somma di denaro nel caso in cui non sia eseguita una prestazione dedotta della condizione del legato stesso (“*si penum non dederit, decem dato*”); nell’altra, da designare come legato penale congiunto, il testatore compie anzitutto la

Infine la clausola penale, poteva essere un *pactum adiectum* di un contratto tutelato da *actiones bonae fidei*.

Essa aveva la caratteristica di essere a tutela prevalentemente di pattuizioni accessorie e non ha avuto, quindi, come invece si ritiene ebbe principalmente la *stipulatio poenae*, la funzione di valutazione sostitutiva dell'interesse all'adempimento.

In particolare la penale, in queste ipotesi, valeva soprattutto a rendere patrimoniale un rapporto che di tale carattere era sfornito o a sanzionare il ritardo nell'adempimento.

1.1.2 La funzione della pena privata

Oggetto di analisi della dottrina romanistica, è stata la funzione svolta da queste pene private.

Pacifico è apparso il carattere sanzionatorio delle stesse, tuttavia, si è rilevato che per le lesioni personali, la pena poteva svolgere anche una funzione risarcitoria dei danni morali la cui liquidazione sarebbe stata altrimenti impossibile.

damnatio alla prestazione *in dando* (o *in faciendo*), e poi per il caso questa non sia adempiuta, impone all'erede il pagamento di una somma di denaro (“*Heres meus penum Seio dato; si non dederit, centum dato*”). Non v'è dunque da sorprendersi se la problematica del legato penale coincida ampiamente con quella della *stipulatio poenae*, ma è da rilevare contemporaneamente che esiste anche una tematica propria alla prima figura concernente la questione sull'ambito di applicazione di questo istituto, di cui non si ritiene opportuno soffermarsi in questa analisi.

Parte della dottrina ha addirittura sostenuto, che la peculiarità degli ordinamenti antichi, è data dalla stretta connessione tra sanzione e compensazione del danno¹³.

Altra dottrina ha tenuto tuttavia a rimarcare, che presupposto della pena privata, rimaneva esclusivamente l'offesa che la vittima aveva ricevuto e non il pregiudizio patrimoniale sofferto.

La pena privata, rappresentava dunque, un castigo per l'offensore e l'appagamento di una vendetta per l'offeso. Conferma ne è che, se ne fosse risultato un danno patrimoniale, esso era risarcito in modo autonomo¹⁴.

Si è altresì osservato che la pena privata, contrariamente a quanto avviene nel sistema vigente, aveva carattere strettamente personale in quanto, mirava essenzialmente a colpire il reo ed il suo patrimonio ed era,

¹³ In questo senso si è pronunciato STOLL H., *Schadenersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, in *Festschrift für M. Rheinstein*, vol. II, Tübingen, 1969, pp. 570 e 579 ss.

Si è altresì osservato che la pena privata, contrariamente a quanto avviene nel sistema vigente, aveva carattere strettamente personale in quanto, mirava essenzialmente a colpire il reo ed il suo patrimonio ed era, conseguentemente, intrasmissibile agli eredi del responsabile dell'illecito. A questo proposito si veda VOCI P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano e classico*, Milano, 1939, p. 12; INVREA F., *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 654; TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954, pp. 142 e 145s.

¹⁴ In questo senso, ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, in *Studi di diritto civile*, 38, Milano, 1991, p. 22 e ARANGIO – RUIZ, *op. cit.*, p. 364.

conseguentemente, intrasmissibile agli eredi del responsabile dell'illecito¹⁵

La scuola storica tedesca invece, ha ravvisato nel ristoro del danno, la funzione principale di ogni azione, tanto da riconoscere questo carattere, anche proprio delle azioni penali.

A questa impostazione è stato obiettato di aver comportato una eccessiva estensione del concetto di risarcimento, con conseguente abbandono della categoria della pena¹⁶.

La stessa *stipulatio poenae*, nasce dal sistema delle pene private, nel quadro di un più generale superamento della reazione del soggetto leso, cui è subentrato progressivamente un sistema di responsabilità pecuniaria generalmente determinata con il metodo del multiplo, passaggio che segna un modo tipico di transizione dal regime del taglione verso forme di compensazione legate al denaro¹⁷.

Nel contesto illustrato, la *poena* convenzionale, avrebbe originariamente costituito “il prezzo del riscatto” che il debitore

¹⁵ A questo proposito si veda VOCI P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano e classico*, Milano, 1939, p. 12; INVREA F., *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 654; TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954, pp. 142 e 145s.

¹⁶ Così VENTURINI C., *Premessa romanistica*, in *Le pene private*, Milano, 1985, p. 24.

¹⁷ Si veda MOSCATI E., voce *pena (dir. priv.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 772. Una reazione tipicamente costruita sul modello del multiplo era quella prevista dall'*actio de effusi set deiectis*, che prevedeva la condanna *in duplum* quando la caduta di oggetti avesse causato la distruzione o il danneggiamento di una cosa e la condanna a cinquantamila sesterzi quando avesse causato la morte di un uomo libero. A questo proposito si veda PROVERA G., voce “*Actio de effusi set deiectis*”, in *Nss. D. I.*, vol. I, Torino, 1957, p.260 s., che ne sostiene la natura penale.

prometteva per evitare, in caso di inadempimento, le conseguenze dell'esecuzione personale¹⁸, in quanto gli effetti della sanzione erano prodotti attraverso la promessa di una penale, fatta dal debitore al momento della stipulazione.

Dunque si può affermare che la *poena*, abbia costituito il surrogato storico della vendetta, di cui ha perso il profilo eversivo sul piano dell'assetto sociale, ma ne ha conservato i caratteri in termini di funzione.

D'altronde l'idea stessa della pena, da cui la *stipulatio* prende il nome, è un concetto sicuramente molto più risalente, in quanto molto più immediato di quello del risarcimento del danno che implica un ordinamento giuridico più progredito.

Diritto intermedio

Il ricorso alle clausole penali, sia in materia contrattuale che in materia testamentaria, era largamente diffuso anche nel diritto provinciale e nella pratica del Medio Evo¹⁹.

¹⁸ Questa è l'impostazione di BETTI E., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, p. 153, per il quale l'*obligatio* si origina dalla *pactio* nella quale il pagamento di una somma di denaro sostituisce la consegna del reo o la rappresaglia della *gens* offesa. In senso dubitativo sull'origine della *poena*, TALAMANCA M., voce *pena privata (dir. rom.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 714, testo e nota 17.

¹⁹ Si vedano: ROTONDI G., *Dalla "lex Aquilia" all'art. 1151 c.c. Ricerche storico – dogmatiche*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, p. 70 ss., per la ricostruzione della "pena civile" nel diritto intermedio; BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937, p. 118 ss. Per la diffusione delle penali nel diritto e nella pratica del Medio Evo, si veda PIOLA, voce *Clausola penale*, in *Dig. It.*, VII, Torino, 1897 – 1902, p. 364 ss; TALAMANCA M., voce *Colpa civile (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 517 ss., CRIFÒ, voce *Danno (Premessa storica)*, in *Enc.*

La pratica della clausola penale si diffonderà al punto da potersi “dire che nessun contratto, nessun atto della vita civile, affrancamento, adozione, ecc., non si formasse senza che una clausola penale non ne garantisce l’esecuzione”²⁰.

La dottrina cristiana tuttavia, ha svolto un ruolo centrale nel plasmare l’istituto, nel quadro di una più generale tendenza volta ad evitare immorali approfittamenti di una parte sull’altra, in ossequio al principio del *favor debitoris*²¹; si è affermato dunque il divieto canonistico delle usure.

L’influenza della dottrina canonistica ha operato in due direzioni.

In un primo momento alla affermazione della riduzione ad equità delle penali eccessive, ed in un secondo momento, alla dichiarazione di nullità della penale usuraria.

È quindi proprio di questo periodo, il riconoscimento della tutela del debitore inadempiente a fronte della tutela dell’interesse di un creditore – usuraio.

dir., XI, Milano, 1962, p. 615 ss; BELLOMO, voce *Diligenza (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 528 ss; GHISALBERTI, voce *Pena (diritto intermedio)*, in *Nov. Dig. It.*, XXII, Torino, 1965, p. 813 ss.

²⁰ Così GORLA G., *Il contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, vol. I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 241, nota 3, riferisce di GLASSON, *Histoire du droit français des institutions de la France*, nella citazione di FLINIAUX, *L’evolution du concept de la clause pénale chez les canonistes du moyen – age*, in *Mélanges P. Fournier*, Paris, 1929, p. 236, nota 9.

²¹ SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1989, p. 151 ss. L’Autore, sottolinea il divieto di stipulare interessi, ricostruendo e storicizzando il divieto nel contesto dell’evoluzione economica della società medioevale.

Questa tutela trovava il suo fondamento giuridico o nell'attestazione del vizio del consenso o in una valutazione di oggettiva ingiustizia.

Si gettano così le basi della moderna riducibilità delle penali onerose, ma soprattutto per altro verso, si accentua il conflitto tra il principio di conservazione del nudo consenso (e dello schema afflittivo, o *pro contumacia* della penale) ed il principio di commutatività del contratto (e dello schema risarcitorio, o *loco interesse*, della penale)²².

Infatti, fatto salvo il codice austriaco, che non conteneva alcuna disciplina sulla clausola penale, sia i codici preunitari²³, che il codice del 1865 e anche del 1942, hanno riproposto le controversie problematiche scaturenti dall'autonomia contrattuale, reiterando le tradizionali e antiche questioni.

²² Su questi aspetti, ZOPPINI A., *la pena contrattuale cit.*, p. 31 – 38. In particolare, sulla ricostruzione dei principi moderni del risarcimento del danno contrattuale, BARCELLONA M., *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano, 1980, p. 23 ss., p. 32 ss. e AA. Ivi citati.

²³ V. gli artt. 1179 – 1186 del codice delle Due Sicilie; artt. 1203 – 1210 del codice parmense; artt. 1316 – 1323 del codice albertino e artt. 1279 – 1286 del codice estense.

Si tratta di discipline fra di loro identiche e che riproducono quella francese degli artt. 1226 – 1233 del *Code civil*.

Le uniche differenze di rilievo, riguardano quanto, da una parte, prevedevano gli artt. 1230 cod. franc., 1183 cod. delle Due Sicilie, 1320 cod. albertino e 1283 cod. estense rispetto a quanto, dall'altra, disponeva l'art. 1207 del cod. parmense, in relazione all'efficacia della penale, a seconda che l'obbligazione principale contenesse o meno un termine, e quindi, in relazione al diverso modo in cui nel primo insieme di codici, a differenza di quello parmense, si disciplinava la costituzione in mora del debitore (cfr. PIOLA, voce *Clausola penale cit.*, p. 364 ss., soprattutto p. 365).

La disciplina nel Codice Civile del 1865

Gli articoli 1209 – 1217 del codice civile del 1865, erano dedicati alle “*obbligazioni con clausole penali*”, analogamente alla disciplina del *Code Civil*, che a parte l’art. 1152, sul danno contrattuale, considera, agli artt. 1226 – 1233, “*Des obligations avec clauses pénales*”.

Intensa fu infatti l’influenza che il Codice Napoleone ebbe sui codici preunitari, unitario del secolo scorso, su quello belga e spagnolo.

Nel primo codice unitario, le norme sulle penali, erano contenute nella Sezione VI del Capo II, “*diverse specie di obbligazioni*”, del Titolo IV, riservato alle obbligazioni ed ai contratti in genere, del libro III sui “*modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*”.

Nel codice del 1865, la clausola penale e la caparra erano disciplinate unitariamente²⁴, tuttavia, la prima sembrava assumere un ruolo prevalente sulla seconda che, per certi versi, sembrava configurare una sorta di penale ad effetti reali, dato il contemporaneo versamento di

²⁴ Sulla disciplina della penale e della caparra nel primo codice civile italiano, si vedano: LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, in FIORE (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Parte Decima, *Delle obbligazioni*, I, 1887, ma si veda in particolare la seconda edizione, con appendici di DEGNIF., Napoli – Torino, 1912, p. 446 – 461; PIOLA, voce *Clausola penale cit.*, p. 364 – 373; SCEVOLA, voce *Caparra*, in *Dig. It.*, VI, Parte prima, Torino 1888, p. 725 – 728; PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1880, ma si veda la terza edizione, IV parte, *Delle obbligazioni in generale*, Firenze, 1886, p. 160 ss., specialmente p. 179 – 182 per l’inquadramento della clausola penale nelle “modalità delle obbligazioni” e per la distinzione di una “doppia specie di clausola penale, propria ed impropria”, laddove, tuttavia, p. 182, “la penale impropria, consiste nella caparra”; LONGO, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, I, Napoli, 1906, p. 447 ss; DELOGU, *Sui diritti del creditore nelle obbligazioni con clausola penale*, in *Il Gravina*, I, Catanzaro, 1883, in particolare per la teoria della risarcibilità del danno ulteriore, malgrado il tenore dell’art. 1230 del codice civile del 1865.

denaro o di altra cosa fungibile al momento della sottoscrizione del contratto.

In particolare l'art. 1217, primo comma, norma di chiusura della disciplina delle penali, conteneva la definizione di caparra intesa come ciò che veniva versato “anticipatamente nella conclusione del contratto” e che salvo diversa volontà delle parti, si considerava versato a titolo di “cautela per il risarcimento dei danni in caso di inadempimento della convenzione”.

La disposizione al primo capoverso inoltre, legittimava la parte adempiente, che non fosse più interessata all'adempimento dell'obbligazione, a trattenere la caparra ricevuta o a richiedere il doppio di quella data.

La disciplina della caparra, era completata dall'art. 1230, norma che si riferiva in modo imprescindibile, anche alla clausola penale.

La suddetta norma infatti, vietava la possibilità per il creditore, di vedersi riconoscere, dal debitore inadempiente, “una somma maggiore o minore” di quella concordata, quando tale somma sia stata indicata “a titolo di danni”.

Al secondo comma, si precisava che “lo stesso ha luogo, se l'accertamento dei danni è fatto sotto forma di clausola penale o mediante caparra data al tempo del concluso contratto”²⁵.

Gli articoli 1217 e 1230 pertanto, si prestavano a considerare la caparra (confirmatoria) una particolare forma di penale.

A questo proposito si può ricordare che qualche autore qualificava la caparra come una “clausola penale impropria”²⁶, e la dottrina dominante riteneva che alla stessa si applicassero “tutte le norme che regolano una penale convenzionale”²⁷.

Non è altresì casuale che, in uno dei primi commentari al codice civile del 1942, si leggesse di una clausola penale pattuita con il contemporaneo versamento di denaro o di quantità di altra cosa fungibile, a titolo di caparra, che dava luogo, in caso di inadempimento, al diritto di ritenere la caparra stessa a titolo di danni (caparra confirmatoria)²⁸.

Una disposizione cardine era dunque quella contenuta nell'art. 1230 che riguardava sia la clausola penale che la caparra.

²⁵ Data la presenza del secondo comma, comunque, non è di immediata comprensione l'ambito oggettivo di applicazione del primo, o viceversa.

Il secondo comma infatti, appare come una mera reiterazione di quanto già chiaramente statuito nel primo comma.

²⁶ SCEVOLA, voce *Caparra cit.*, p. 727.

²⁷ POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano. Corso di lezioni*, I, VeroPna – Padova, 1898, p. 398.

²⁸ Così GHIRON, *Delle obbligazioni in generale e dei contratti in generale cit.*, I, p. 534 - 535, il quale afferma che le due specie di caparra, nel nuovo codice del '42, “non sono nemmeno più designate come clausole penali” e che dei due tipi di caparra “la prima è chiamata confirmatoria ed appartiene alla famiglia della clausole penali che si pattuiscono per l'ipotesi di inadempimento”.

Tale norma corrisponde al cosiddetto effetto limitativo del risarcimento del danno, riportato esplicitamente nell'attuale art. 1382, ma nel codice del 1865, diversamente che nel codice del '42, la dottrina più che dominante non riteneva ammissibile la risarcibilità del danno ulteriore, malgrado l'opposto insegnamento del diritto romano.

Sulla mancata previsione della risarcibilità del danno ulteriore, poi accolta nel codice del 1942, è stato osservato che “nondimeno si era sostenuto da qualcuno (riguardo al codice civile del 1865) che, nonostante il citato art. 1230, si potesse ammettere un diritto del creditore ad un pieno risarcimento dei danni, anche in misura maggiore della penale, perché questa dovrebbe rafforzare l'obbligazione garantendone l'adempimento, e perciò non dovrebbe essere mai meno gravosa dell'obbligazione principale; ma tale opinione, se pur conforme a ciò che si ammetteva in diritto romano, contrastava apertamente con il disposto dell'art. 1230 e non era allora accettabile nel nostro diritto positivo. Oggi, in base all'art. 1382 del nuovo codice, la detta opinione si può accogliere in quanto nel singolo caso sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore”²⁹.

Quanto alla configurabilità di vere e proprie penali “pure”, oltre alle consuete prerogative che, anche in tal senso, si riconoscevano all'autonomia contrattuale delle parti, in realtà concorrevano alcune

²⁹ SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, p. 394.

norme speciali, poi non più riprodotte, contenute nell'art. 1767 del codice civile del 1865, in materia di contratto di transazione, e nell'art. 414 del codice di commercio, in materia di contratto di trasporto.

L'art. 1767 del codice civile del 1865, in riferimento ad una antica questione di cui è traccia già nelle fonti romane, stabiliva che “*Nelle transazioni si può stipulare una pena contro chi non le adempie*” (comma 1) e che “*Questa pena tiene luogo di compenso per i danni cagionati dal ritardo, fermo tuttavia l'obbligo di adempiere la transazione*” (comma 2).

La non chiara formulazione della norma, tuttavia, non lasciava ben intendere se la penale convenuta per l'inadempimento si cumulasse comunque all'adempimento della prestazione principale o, in realtà pur convenuta per l'inadempimento si convertisse in penale dovuta per il ritardo nell'adempimento, o più semplicemente, la penale fosse convenuta e dovuta per il solo ritardo.

L'art. 414 del codice del commercio, in modo apparentemente più chiaro ed espresso sul cumulo della penale e dell'obbligazione principale, stabiliva, per ogni specie di trasporto, ad eccezione di quello ferroviario necessariamente vincolato alle cosiddette “tariffe”³⁰, che “se al contratto di trasporto fu aggiunta una clausola penale per l'inadempimento o per il

³⁰ MARCHESINI, *Del contratto di trasporto su strada ferrata*, II, Torino, 1888, p. 351 – 352.

ritardo alla riconsegna, si può sempre domandare l'esecuzione del trasporto e la pena”.

In realtà, tale norma veniva interpretata restrittivamente e riferita alla sola penale per il ritardo.

A prescindere da tale condivisibile delimitazione operativa della norma, in realtà quel che importa soprattutto rilevare è che l'art. 414 cod. comm., nel disposto di cui al secondo capoverso, fu in deroga al codice civile allora vigente, anticipatore della norma sulla risarcibilità del danno ulteriore, poi accolta, per ogni clausola penale, nell'art. 1382 dell'attuale codice civile.

Tale capoverso stabiliva, infatti, che: “Qualora si provi che il danno sofferto è superiore alla pena, può chiedersi il supplemento”.

Norma quest'ultima che, a parte il riferimento pleonastico, contenuto nel primo capoverso dello stesso articolo, alla non necessaria prova del danno per la richiesta della semplice penale³¹, già in sede di lavori preparatori del commercio si proponeva di estendere la risarcibilità del danno ulteriore a tutti i contratti commerciali e di non limitare la stessa al solo contratto di trasporto³².

³¹ MARGHERI, *Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, II, Napoli, 1886, p. 459, a differenza di altri Autori che, singolarmente, ritenevano l'eccezionalità o la specialità della previsione commercialistica della non richiesta prova del danno, come CALUCI, *Codice di commercio italiano commentato*, IV, Verona, 1883, p. 400 – 401 e VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IV, 4° ed., Milano, 1895, p. 69.

³² Così in *Atti della Commissione incaricata di studiare le modificazioni da introdursi nel Codice di commercio*, 2° ed., I, Roma, 1884, p. 485 – 488.

Quel che sul piano della produzione degli effetti, derivava dalla norma generale dell'art. 1230 e dalle altre norme speciali, già esaminate, presupponeva, tuttavia, l'impianto strutturale che della clausola penale approntavano gli articoli 1209 – 1217, che pure vanno esaminati per le proiezioni sulle norme del codice civile del '42.

Nell'art. 1209 è già traccia sia dell'attuale delimitazione positiva della penale alle "obbligazioni", sia dell'attuale indeterminazione positiva dell'"oggetto" della clausola.

Per tale norma, infatti, la clausola penale si qualificava in "quella con cui una persona, per assicurare l'adempimento di una obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione".

Definizione, invero, che risentiva di quella data dal legislatore francese (art. 1226 *Code Civil*), ed ispirata, a sua volta, a quella, ancora più generica, perché priva del riferimento al ritardo ed all'inesatto adempimento, di Pothier, secondo cui: " l'obbligazione penale è quella che nasce dalla clausola di una convenzione, con la quale una persona, per assicurare l'esecuzione di una obbligazione primitiva, si obbliga, in via di pena, a qualche cosa in caso di inadempimento di questa stessa obbligazione"³³.

³³ È la traduzione che SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni cit.*, p. 386, dà della definizione di POTHIER contenuta nel *Traité des obligations*.

Definizione, alla quale la dottrina *sub* codice del 1865 ed almeno quella immediatamente successiva al codice del '42, non attribuivano una interpretazione né vincolata alla lettera, né collegata ad un principio (generale e non scritto, ma immanente al nostro sistema) di tipicità delle “sanzioni”, ancorché “civili”, così da reiterare un modello sanzionatorio della clausola penale ben più vasto di quanto non trasparisse dalle disposizioni codicistiche.

In sintesi, non senza contrasti, ma prevalentemente, si riteneva che la penale potesse manifestare un ampio spettro di riferimento ed essere posta a sostegno tanto di obbligazioni contrattuali, quanto di obbligazioni testamentarie; tanto di fatti costituenti un totale inadempimento, quanto fatti costituenti solo una modalità dell'adempimento; tanto di obblighi patrimoniali non contrattuali, quanto di obblighi non patrimoniali di cui, anzi, “costituire un indice di patrimonialità”³⁴ così da “trasformare in vera obbligazione un semplice debito”³⁵; tanto di obbligazioni valide ed esistenti, quanto di obbligazioni che avessero a risultare invalide o inesistenti; tanto di obbligazioni relative al fatto proprio del debitore contraente, quanto di obbligazioni relative al fatto del terzo; tanto di obbligazioni contrattuali nascenti tra le parti, quanto di obbligazioni

³⁴ SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*, sia nell'edizione citata del 27, sia, p. 388, nella 3° edizione citata del '50.

³⁵ Pacchioni, *Delle obbligazioni in generale*, 3° edizione cit., p. 283

contrattuali a favore di terzi³⁶; tanto di vere e proprie responsabilità contrattuali, quanto di responsabilità precontrattuali, al fine, in particolare, di “valutare anticipatamente i danni che uno dei contraenti avesse a risentire nella formazione del contratto in seguito alla colpa dell’altro”³⁷; tanto di fatti illeciti imputabili a dolo o colpa del debitore, quanto di inadempimenti non imputabili ed ascrivibili ad una assunzione dei rischi da parte del debitore.

Nell’articolo 1210, rispettivamente al primo ed al secondo comma, si poneva un principio apparentemente ovvio, ma in realtà già funzionale a circoscrivere la penale ad una semplice obbligazione “accessoria” di altra obbligazione “principale”, con esclusione pressoché implicita di una autonoma, o non accessoria, stipulazione penale di cui, invece, tuttora si discute per qualificate configurazioni sanzionatorie di specie.

Per tale norma, infatti, “*la nullità dell’obbligazione principale produce la nullità della clausola penale*” (comma 1) e “*la nullità della clausola penale non produce quella dell’obbligazione principale*” (comma 2).

³⁶ Malgrado il disposto dell’art. 1128, c. 1, che in corrispondenza all’art. 1119 del *Code Civil*, recitava “Nessuno può stipulare in suo proprio nome fuorché per se medesimo”, si vedano, per le realizzazioni che si ritenevano possibili mediante clausola penale, PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi secondo il diritto romano e civile cit.*, p. 171 – 172 e POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano cit.*, p. 380.

Contra, tuttavia, TARTUFARI, *Dei contratti a favore terzi*, Verona, 1889, p. 90 – 92 e p. 122 – 128.

³⁷ POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano cit.*, p. 378 – 379. Ma si veda anche, BORSARI, *La caparrae la clausola penale*, in *Commentario del codice civile italiano cit.*, III, 2, p. 521 – 522.

La coerenza del disposto normativo, peraltro, non a caso, non più riprodotto nel codice del '42, si coglieva appieno se misurata sul presupposto dell'accessorietà della penale ad una obbligazione principale (*accessorium sequitur principale*); ma, forse inconsapevolmente, la stessa coerenza franava rovinosamente all'impatto dottrinale che riteneva riferibile la penale anche ai casi in cui l'obbligazione risultasse nulla od inesistente, proprio perché volta a sanzionare non l'inadempimento di una valida obbligazione assunta, ma perché volta a garantire la stessa validità ed esistenza dell'obbligazione convenuta.

Per tal verso, la dottrina, più o meno volutamente, ha in parte disatteso, o, comunque, non ha interpretato restrittivamente, l'espressa disciplina codicistica dell'accessorietà della penale, reiterando anche il modello di una "autonoma" stipulazione penale "non accessoria" ad obbligazione principale.

Nell'art. 1211 si poneva il principio, poi confermato nel codice del '42, della facoltà del creditore di chiedere l'esatto adempimento, anziché la penale, in ciò escludendo, come si esclude tuttora, che la penale sia da considerare un'obbligazione alternativa, o facoltativa, o recessiva del debitore³⁸; ma la formulazione letterale della norma, confermata poi dal successivo art. 1213, era tale da deporre per la necessaria costituzione in

³⁸ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano* n. 454, p. 467 ss.; CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale* n. 261, p. 589, nota 4; POLACCO, *Le obbligazioni cit.*, p. 395 – 397.

mora del debitore che, invece, altrettanto letteralmente, non è stata riproposta nell'attuale codice civile di cui, pertanto, oggi si dubita.

Tale articolo statuiva, infatti, che *“il creditore può domandare al debitore che è in mora l'esecuzione dell'obbligazione principale, invece della pena stipulata”*.

L'art. 1213, a sua volta, disponeva che: *“Se l'obbligazione principale contiene un termine nel quale deve eseguirsi, la pena s'incorre quando il termine viene a scadere; se l'obbligazione non contiene un termine, la pena non s'incorre dal debitore se non quando è costituito in mora”*.

Qui è da notare, se non altro per chiarire da dove origina l'odierna questione della (non) necessaria costituzione in mora del debitore, perché questi risponda a titolo di penale, che il codice del 1865 accolse, nell'art. 1223, i principi della *mora debendi* contenuti nell'art. 1112 del codice parmense, che in materia si differenziava sia dal *Code Civil*, sia dagli altri codici preunitari.

Per l'art. 1223, c. 1, del codice unitario del Regno, il debitore *“è costituito in mora per la sola scadenza del termine stabilito nella convenzione”*, e, per il comma 3 dello stesso articolo, solo *“se nella convenzione non è stabilito alcun termine, il debitore non è costituito in mora che mediante una intimazione o altro atto equivalente”*.

Diversamente, nel *Code Civil* e negli altri codici preunitari “per la costituzione in mora vi era sempre bisogno della intimazione od altri atti equivalenti, ancorché la convenzione non avesse stabilito che il debitore fosse in mora alla scadenza del termine convenuto, senza la necessità di altri atti”³⁹.

Pertanto, in materia di penale, sia che questa fosse stata stabilita per il ritardo, sia che la stessa fosse stata stabilita per l’inadempimento, l’art. 1213, che ancorava l’efficacia della penale alla scadenza del termine o, in mancanza di termine, all’intimazione, non faceva altro, sostanzialmente, che subordinare l’efficacia della penale (per il ritardo o per l’inadempimento) alla necessaria costituzione in mora del debitore.

Altrettanto, tuttavia, non si può ricavare dall’attuale sistema codicistico: né gli art. 1382 – 1384 c.c. fanno alcun riferimento ad una efficacia della penale (sia per il ritardo, sia per l’inadempimento) subordinata alla mora del debitore; né l’art. 1218 c.c. sottopone l’inadempimento alla preventiva costituzione in mora del debitore o esclude che il semplice ritardo od ogni altro inesatto adempimento dia diritto al risarcimento dei danni per illecito contrattuale; né l’attuale art. 1219 c.c. riproduce la semplice distinzione fra obbligazioni sottoposte e non sottoposte a termine.

³⁹ PIOLA, voce *Clausola penale cit.*, p. 365, paragrafi 3 -4.

L'attuale art. 1219 c.c., in particolare, distingue in modo diverso dal codice del 1865, la mora automatica e quella intimazione del debitore, così che almeno nei casi di *mora ex persona* non può escludersi che, o per volontà delle parti o per la stessa natura dell'obbligazione principale, l'efficacia della penale possa prescindere dalla necessaria costituzione in mora del debitore.

L'art. 1212 del codice del 1865, analogamente all'attuale art. 1382 c.c., positivizza la funzione penale in senso prevalentemente risarcitorio, malgrado non preveda anche la risarcibilità del danno ulteriore, ed in modo coerente sancisce il divieto di cumulo con l'esatto adempimento.

L'art. 1212 infatti, considera la clausola penale come “*la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale*” (comma 1) e vieta al creditore di “*domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata per il semplice ritardo*” (comma 2).

La dottrina non mancò di rimarcare il moderno indirizzo risarcitorio della penale, specie sotto il profilo della liquidazione preventiva e convenzionale dei danni, ma non abbandonò mai del tutto, neppure dopo la codificazione del '42, l'idea di una funzione penale orientata “anche” alla compulsorietà del comportamento dovuto e, quindi, sostanzialmente, all'afflittività comminatoria della sanzione convenuta.

Sulla funzione di “stimolo all’adempimento” si osservava come essa, in realtà, fosse da ritenere quella “principale” e che, anzi, “ in origine essa dovette essere l’unica”; ma si osservava pure che “anche quando non si voglia negare alla penale il carattere di una pena *sui generis*, o pena privata, bisogna riconoscere che oggi la funzione pratica principale è piuttosto la liquidazione preventiva e *à forfait* dei danni”⁴⁰.

L’art. 1214 limitava la riducibilità della penale al solo caso dell’adempimento parziale del creditore e, diversamente dall’attuale art. 1384 c.c., non la consentiva anche nel caso di penale manifestamente eccessiva⁴¹, né prevedeva, come invece lo stesso art. 1384, che il giudice avesse riguardo all’interesse del creditore all’adempimento.

Tale norma infatti, consentiva, la diminuzione giudiziale della pena “*allorché l’obbligazione principale è stata eseguita in parte*”.

Nell’ipotesi di trasmissibilità agli eredi dell’obbligazione principale ed ai fini della efficacia della penale, gli artt. 1215 – 1216 del codice del 1865 distinguevano, rispettivamente, il caso che l’obbligazione principale avesse ad oggetto una cosa indivisibile dal caso che avesse ad oggetto una cosa divisibile.

Per l’obbligazione principale indivisibile, l’art. 1215 stabiliva che “*la pena s’incorre per la contravvenzione di uno solo degli eredi del*

⁴⁰ SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni cit.*, 3° ed. cit., p. 387.

⁴¹ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano cit.*, n. 452, p. 564 – 566; POLACCO, *Le obbligazioni cit.*, p. 385 – 386.

debitore e può domandarsi o per intero contro il contravventore, ovvero contro ciascun coerede per la sua parte, e coll'azione ipotecaria per tutto, salvo il regresso contro colui pel fatto del quale si è incorsa la pena”.

Per l'obbligazione principale divisibile, l'art. 1216 al 1 comma stabiliva che *“non s'incorre la pena che da quello degli eredi del debitore che contravviene a tale obbligazione (cioè, all'obbligazione principale), e per la solamente dell'obbligazione principale per cui era tenuto, senza che si possa agire contro coloro che l'anno eseguita”*; ma il secondo comma escludeva l'applicabilità del primo se *“essendo stata apposta la clausola penale al fine che non si potesse fare il pagamento in parte, un coerede ha impedito che l'obbligazione venisse per intero adempiuta”*, perché *“ in questo caso può esigersi da esso la pena intera, e dagli altri eredi la sola porzione, salvo a questi il regresso”*.

Gli artt. 1215 e 1216, di cui non è più traccia nel codice odierno, avevano una loro ragion d'essere in un sistema codicistico sul quale gravava ancora l'eredità culturale del diritto romano, nel quale, in particolare, la pena privata aveva carattere strettamente personale e si riteneva intrasmissibile agli eredi del soggetto responsabile dell'illecito⁴²; ma tali norme erano pressoché scontate già nel sistema civilistico del codice del 1865, e dunque, della loro mancata produzione nel codice del

⁴² INVREA, *I rimedi contro il torto cit.*, p. 654.

'42 non si avverte alcuna particolare normativa che non si possa colmare con i principi generali in materia di obbligazioni divisibili o indivisibili (artt. 1314 – 1320 c.c.).

Infine, l'attuale scelta sistematica, che, sulla scorta delle elaborazioni fin qui richiamate, ha portato il legislatore del '42, come quello del 1865, a disciplinare unitariamente la clausola penale e la caparra, induce, per un verso, a valutare la rilevanza di una persistente unificazione positiva delle clausole, ma, per altro verso, induce a differenziarne l'analisi delle configurazioni strutturali, delle destinazioni funzionali e dell'efficacia rimediale di specie.

2 CAPITOLO II: La clausola penale nel codice del 1942

La clausola penale. Nozione⁴³

Rispetto al Codice previgente, l'istituto della clausola penale, nell'attuale sistema, ha trovato una collocazione più sintetica e unitaria⁴⁴.

Le novità, introdotte dal codice del 1942, sono essenzialmente due: il principio della risarcibilità del danno ulteriore, previsto dall'art. 1382, 1 comma, ed il principio della riduzione ad equità della penale eccessiva, regolato dall'art. 1384 c.c.

⁴³GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, nel *Commentario del cod. civ.* a cura di D'Amelio e Finzi, I, Firenze, 1948, 533 ss.; GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in ALPA e BESSONE, *I Contratti in generale*, III, Torino, 1991, 405; MOSCATI, *Pena (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 770; TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954; TRIMARCHI V.M., *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. It.*, III, s.d., ma Torino, 1959, 351 ss.; CARRARO, *Recensione Trimarchi, La clausola penale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1955, 186 ss.; GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 244 ss.; MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1960, 186 ss.; GABRIELLI E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1984, 917 ss.; MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; MARINI, *clausola penale*, in *Enc. Giur.*, VI, 1988; DRAETTA, *La prassi dei contratti internazionali in tema di clausole penali e di clausole limitative della responsabilità*, in *Dir. Comm. Int.*, 1987, 527 ss.; CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato Cicu Messineo Mengoni*, Milano, 1987, 252 ss.; MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990; MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1999; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; SANTARONI, *Spunti comparatistica in tema di clausola penale*, in *Scritti Sacco*, I, Milano, 1994, 1057 ss.; BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, 545 ss.; MATTEI, *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1996, 603 ss.; DE NOVA, *Clausola penale*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, II, Torino, 1988, 377; DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. Rescigno*, X, Torino, 1988, 303; FREZZA, *La clausola penale*, in *Studi in memoria di Mossa*, II, Padova, 1961, 269.

Per i diritti francese e spagnolo: D. MAZEAUD, *La notion de clause penale*, Paris, 1992; G. DE CASTRO VITORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, in *Colección Monografías de Derecho Civil, II, Obligaciones y contratos*, Madrid, 2009.

⁴⁴ ZOPPINI A., *op. cit.*, 192. Non sono, quindi, ripetute le norme sulla penale divisibile e indivisibile - art 1215 e 1216 c.c. 1865- considerate non necessarie, né quella inerente gli effetti della nullità dell'obbligazione principale e della penale - art. 1210 c.c. 1865 - né quella sulle obbligazioni a termine - art. 1213 c.c. 1865 - problemi tutti per i quali si ritiene sufficiente la normativa di carattere generale; PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER M. e DALLARI, *Codice civile (Lavori preparatori). Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942, 200 ss; STOLFI N. e F., *Il nuovo codice civile commentato: Libro IV. Delle obbligazioni*, Tomo I, Napoli, 1949, 202: "Con l'introduzione del nuovo codice, il principio dell'autonomia dei privati, massima espressione della volontà dei soggetti nell'ordinamento, ha subito una radicale trasformazione, perché al principio individualistico, è stato sostituito con un principio sociale, che ha plasmato la formazione e l'esecuzione dei contratti".

Per ricostruire la nozione di clausola penale è dunque necessario muovere dal dato legislativo

È clausola penale quella “con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione” (art. 1382 c.c.)⁴⁵.

La penale di cui all’art. 1382 c.c. costituisce infatti una prestazione che uno dei contraenti si è preventivamente obbligato ad eseguire in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento dell’obbligazione principale.

La clausola penale produce un effetto tipico: “la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno” (art. 1382, 2° comma c.c.). Ciò significa che il creditore può ottenere la penale senza dover provare di aver subito alcun danno; e che il debitore non può liberarsi dall’obbligo di prestare la penale provando l’inesistenza del danno⁴⁶.

La clausola penale produce poi un effetto naturale, quello di “limitare il risarcimento alla prestazione promessa” (art. 1382, 1° comma, c.c.). Effetto naturale, perché, prosegue il 1° comma dell’art. 1382, esso si verifica “se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore”.

⁴⁵ ZOPPINI, *op. cit.*, 192 ss.: «All’art. 1382 il legislatore accoglie la definizione, tecnicamente più corretta di quella dettata dal codice previgente, che era stata formulata per il progetto del codice italo-francese delle obbligazioni (art. 165); MAGAZZÙ, *op. cit.*, 186; MARINI A., *op. cit.*, 66 ss; GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 184-186. Sulla nozione di clausola GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. II, Torino, 1988, 384.

⁴⁶ L’Opinione contraria di Butera, *Cod. civ. it., Obbligazioni*, I, Torino, 1943, 353, e di GHIRON, *op. cit.*, è rimasta isolata. Per una confutazione si veda MAGAZZÙ, *op. cit.*, 188.

La funzione della clausola è pertanto soprattutto quella di esonerare il creditore, che chieda il risarcimento al debitore inadempiente, dalla prova dell'ammontare del danno.

Qualche autore, argomentando dal 2° comma dello stesso art. 1382, in base al quale “la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”, ha sottolineato che la clausola esonera altresì, dalla prova sull'esistenza del danno⁴⁷.

La clausola dunque opera a favore del creditore, che può pretendere la determinata prestazione, anche se dall'inadempimento sia derivato un danno di valore inferiore o addirittura se non sia derivato alcun danno; ma, se non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore, può risolversi in favore della parte inadempiente giacché il danno effettivo, può essere superiore alla prestazione convenuta.

La stessa funzione di liquidazione preventiva del danno caratterizza la caparra confirmatoria, prevista nell'art. 1385 c.c.

⁴⁷ In questa sede, non appare tuttavia privo di fondamento l'interrogativo se data una lettura combinata del primo e del secondo comma dell'art. 1382 c.c., la penale volta a “limitare il risarcimento (all'ammontare della) prestazione promessa, non esoneri il creditore esclusivamente dalla prova dell'ammontare del danno subito.

Il che equivale a chiedersi se sia ammissibile il riconoscimento della penale pattuita, qualora il creditore non abbia subito alcun danno.

La risposta a queste considerazioni, è strettamente collegata, come si avrà modo di spiegare nelle pagine seguenti, alla questione circa la natura della clausola penale, di guisa che, ove si accedesse alla natura meramente risarcitoria della penale, dubbi sorgono in ordine all'attribuzione della prestazione, in mancanza di un qualsivoglia danno, diversamente ove si aderisse alla tesi della natura sanzionatoria o alla tesi della duplice funzione, plausibile appare il diritto del creditore alla penale, a prescindere dalla esistenza del danno.

Questa esercita però, una maggiore funzione di stimolo all'adempimento poiché il contraente non inadempiente, anziché ritenere la caparra ricevuta o pretendere il doppio della caparra data, può pretendere l'esecuzione o la risoluzione del contratto, ed in tal caso il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali, ossia dagli artt. 1223 ss. c.c. (art. 1385 cit., c. 3°).

Assai diversa è invece la funzione della caparra penitenziale, di cui al successivo art. 1386.

Questa, a differenza della clausola penale e della caparra confirmatoria, non rafforza il vincolo contrattuale ma lo indebolisce poiché accede ad una pattuizione del diritto potestativo di recesso: la caparra viene perduta, se fu data, o viene restituita nella misura del doppio, se fu ricevuta, dal recedente, il quale esercita così il diritto di pentirsi della stipulazione del contratto (*ius poenitendi*, da cui il nome di caparra penitenziale).

Funzione risarcitoria e funzione sanzionatoria della clausola penale

Questione, assai dibattuta, è stata ed è tuttora quella riguardante la funzione⁴⁸ della clausola penale.

⁴⁸ Sul tema si veda: BIANCA C. M., *Diritto civile 5, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 222 – 226; BIANCA C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4; MARIBELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile UTET*, Torino, 1980, p. 332; SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni*,

Vi è chi pone sullo stesso piano la funzione risarcitoria e quella penale⁴⁹. La giurisprudenza ritiene infatti che la clausola penale adempie la duplice funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione del debitore inadempiente, con l'effetto di contenere la prestazione risarcitoria nei limiti della somma a tale titolo pattuita, indipendentemente dalla prova dell'effettivo pregiudizio economico verificatosi.

Vi è tuttavia chi ritiene che la clausola abbia esclusivamente funzione penale⁵⁰.

Altri attribuiscono invece funzione penale alla cosiddetta penale pura – convenuta dalle parti senza alcun riferimento al risarcimento del danno, ma prevedendo l'effetto di sommare la penale all'integrale risarcimento del danno – e funzione insieme penale e risarcitoria alla cosiddetta penale non pura – convenuta dalle parti con riferimento al risarcimento dei danni, con l'effetto di limitare il risarcimento alla misura della penale e, se convenuti, ai danni ulteriori⁵¹.

p. 385, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, p. 480; MAZZARESE S., *Clausola penale*, in *Il codice civile Commentario*, diretto da PIERO SCHLESISINGER, artt. 1382 – 1384, 1999, p. 150 ss; MAGAZZÙ, voce *Clausola penale cit.*, p. 188; TRIMARCHI, *La clausola penale cit.*, p. 44, 59, 141, MOSCATI E., voce *pena (dir. priv.) cit.*, p. 783; MARINI, *La clausola penale cit.*, p. 34; GORLA, G., *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 250; TALAMANCA M., voce *pena privata cit.*, p. 730

⁴⁹ Così Mirabelli, *Delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ. (art. 1321-1469)*, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980 e Cass. 5122/85.

⁵⁰ In tal senso Magazzù, *op. cit.*

⁵¹ Così, Trimarchi, *op. cit.*

Vi è ancora chi considera essenziale la funzione risarcitoria, e solo eventuale la funzione penale⁵²; chi precisa che le funzioni risarcitorie e penali, sono mutuamente esclusive ma congiuntamente esaustive⁵³; chi nega che la clausola penale abbia funzione risarcitoria o funzione penale, e conclude nel senso che la funzione della clausola penale consiste “nella determinazione anticipata (rispetto all’inadempimento o al ritardo) e convenzionale di una sanzione a struttura obbligatoria quale conseguenza dell’inadempimento o del ritardo nell’inadempimento di un’obbligazione”⁵⁴. L’autore assegna alla clausola la funzione di predeterminare una tipica e autonoma sanzione civile, non riconducibile né al risarcimento né alla pena. Secondo l’autore, infatti “è l’ordinamento a riconoscere espressamente all’autonomia privata la possibilità di predeterminare in concreto una specifica sanzione (obbligazione penale) astrattamente prevista quale conseguenza dell’inadempimento di un obbligo primario di condottaSe si vogliono fissare i criteri propri dell’obbligazione penale quale sanzione civile tipica ed alternativa a quella risarcitoria si può far senz’altro riferimento, da un lato, alla sua indipendenza dal danno arrecato al creditore e dall’altro alla predeterminazione di tale sanzione, operata attraverso la clausola penale, e, conseguentemente, alla semplicità della sua attuazione”.

⁵² Si veda De Cupis, *op. cit.*

⁵³ Mazzaresse, *op. cit.*

⁵⁴ Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984

L'idea che nega il carattere risarcitorio alla clausola penale, trae il principale argomento dal secondo comma dell'art. 1382 c.c. che sancisce l'obbligo di pagare la penale indipendentemente dalla prova del danno.

È sembrato agevole dedurre che la clausola non può avere a suo presupposto un elemento, il danno, che può mancare e che è comunque irrilevante.

Si è ancora obiettato che di risarcimento potrebbe parlarsi, al più, nella misura in cui la penale corrisponda al danno effettivamente sofferto dal creditore ma non certo per la parte della penale che acceda l'ammontare del danno.

Questa impostazione non è stata insuscettibile di critiche⁵⁵.

Si è difatti obiettato che tali argomentazioni non sono sufficienti a negare alla clausola penale, la funzione di preventiva liquidazione del danno.

Si è precisato infatti, come l'irrilevanza del reale ammontare del danno è insita nel carattere forfettario della liquidazione, intesa per l'appunto a fissare la prestazione risarcitoria prescindendo dall'entità reale del pregiudizio subito dal creditore.

Una diversa funzione della clausola, non potrebbe poi essere desunta dalla eccezionale eventualità che il creditore reclami la penale pur non avendo sofferto di fatto alcun danno.

⁵⁵ Si veda Bianca C.M., *La Responsabilità op. cit.*, 224 ss

A seguito dell'inadempimento, il creditore può certamente esigere la penale anche se manchi un danno effettivo, cioè può limitarsi ad esercitare il diritto attribuitogli dalla clausola, ma la causa di questa rimane pur sempre causa risarcitoria, e precisamente la ragione pratica di definire in anticipo e vincolativamente la riparazione dovuta al creditore.

Analogamente alla definizione transattiva che interviene dopo l'inadempimento, la penale dunque, fissa negozialmente la pretesa risarcitoria spettante al creditore, rendendo irrilevanti le contestazioni sull'ammontare di essa.

I sostenitori della funzione risarcitoria della clausola penale hanno altresì rimarcato la pregnanza del principio costituzionale di uguaglianza tra i cittadini, quale limite dell'autonomia privata.

Siffatto principio pertanto, precluderebbe la creazione di posizioni autoritarie di un privato nei confronti di un altro.

Ne consegue che l'originaria esclusione della funzione risarcitoria della clausola, come nel caso in cui la penale sia fissata in aggiunta al diritto di risarcimento del danno, rende infondata la pretesa del creditore.

La liceità delle pene private non può essere desunta dalla previsione normativa della clausola penale. Quella che la norma prevede è, infatti, una clausola che attiene al risarcimento del danno, il cui effetto è di limitare il risarcimento nella misura della prestazione promessa, ove

non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. D'altro canto, il dubbio che la legge abbia qui concesso alle parti il potere di comminare sanzioni punitive a carico dell'inadempiente, deve essere superato privilegiando l'interpretazione non contrastante con i principi costituzionali.

Sotto il vecchio codice, la funzione coercitiva, o secondo alcuni, penale, si reputava espressa dalla definizione normativa della clausola come quella, con cui una persona, per assicurare l'adempimento di una obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione" (art. 1209).

La formula seguiva quella del codice francese (art. 1226), che a sua volta riproduceva la definizione, datane dal Pothier.

Il Pothier aveva accolto l'idea romanistica della prestazione *poenae nomine* ma, al tempo stesso, tendeva a darne una spiegazione moderna in termini risarcitori.

Ne risultava in tal modo, l'ambigua formula della pena stipulata con l'intenzione di risarcire il creditore per il danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione (*peine...stipulèe dans l'intention de dèdommager le crèancier de l'inexècution de l'obligation principale*).

Va ancora rilevato che il codice vigente ha evitato il modello del BGB, che ha disciplinato l'ipotesi di un patto avente ad oggetto il

pagamento di una somma di denaro quale pena per l'inadempiente, configurando un'ipotesi di pena contrattuale.

La dottrina e la giurisprudenza tedesca reputano che rispetto alla pena contrattuale prevista dal codice, andrebbe distinta la preventiva liquidazione forfettaria del danno. A quest'ultima si riconosce una funzione esclusivamente risarcitoria. È tuttavia difficoltoso inquadrare le fattispecie concrete nell'una o nell'altra ipotesi, ed è controversa l'opinione secondo la quale, nel dubbio, si dovrebbe presumere che si tratti di liquidazione forfettaria.

Altra dottrina ha diversamente ritenuto vano sforzo quello di individuare una funzione tipica, precisando come la clausola penale possa esercitare di volta in volta funzioni diverse⁵⁶.

Le parti possono inserire una clausola penale per creare convenzionalmente una sanzione che altrimenti l'ordinamento non garantirebbe, così attraendo nell'ambito del contratto convenzioni che altrimenti ne esulerebbero⁵⁷.

Possono prevedere una clausola penale per indurre chi sarà debitore, ad adempiere: e questa funzione sarà esercitata qualora la penale sia fissata in misura superiore al danno prevedibile e non si convenga il risarcimento del danno ulteriore.

⁵⁶ Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 244

⁵⁷ Giorgianni, *L'obbligazione*, Milano, 1951, 39

La possono al contrario prevedere per limitare il risarcimento e ciò avverrà quando la penale sarà fissata in misura inferiore al danno prevedibile (e naturalmente, non si convenga il risarcimento del danno ulteriore).

La possono prevedere per evitare controversie sulla misura del possibile danno, o quantomeno, qualora si convenga il risarcimento del danno ulteriore, per evitare controversie su una parte (o una voce) del danno risarcibile.

Chiaramente, alcune di queste finalità possono essere contemporaneamente perseguite, altre invece sono tra loro confliggenti.

Secondo la dottrina⁵⁸ e la giurisprudenza più accreditate⁵⁹, la penale avrebbe una funzione risarcitoria, volta, cioè, alla determinazione di una liquidazione preventiva del danno.

Il creditore, sollevato dall'onere di provare il danno e avvantaggiato dalla riduzione dei tempi connessi all'individuazione dell'ammontare dello stesso, vedrebbe così rinforzata la propria posizione

⁵⁸ MESSINEO, *Dottrina generale*, cit., 131 ss.; BIANCA, *op. cit.*, 222; v. anche MAZZARESE, *op. cit.*, 159, dove l'A. afferma: « Per corrispondenza sostanziale non si intende l'uguaglianza formale della penale con la sanzione (vera e propria o in senso stretto) del risarcimento, ma si intende la corrispondenza sostanziale della stessa con ragioni creditorie di reintegrazione patrimoniale che restano affidate all'autonomia privata (c.d. 'clausola accordo') e che sono avulse dal consueto onere probatorio della quantificazione dei danni (c.d. 'indipendenza dalla prova del danno')».

⁵⁹ Cass., 31 dicembre 1953, n. 3872, in *Foro it., Rep.*, 1953, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 200; Cass., 8 agosto 1962, n. 2645, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1127; Cass., 2 aprile 1966, n. 852, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1966, I, 1074; Cass., 2 marzo 1972, n. 995, in *Giust. civ., Rep.*, 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, n.54; Cass., 4 giugno 1976, n. 2020, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2663; Cass., 17 dicembre 1976, n. 4664 in *Foro it., Rep.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 217; Cass., 26 maggio 1980, n. 3443, *Foro it., Rep.*, 1980, voce *Contratto in genere*, n. 217; Cass., 30 gennaio 1982, n. 590, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 206; Cass., 20 ottobre 1984, n. 5305, in *Arch. Civ.*, 1985, 710; Cass., 17 ottobre 1985, n. 5122, in *Not. giur. lav.*, 1986, 540; Cass., 21 giugno 1995, n. 6976, in *Giur.it.*, 1996, II, c. 488.

giuridica soggettiva⁶⁰. Siffatta costruzione è stata, tuttavia, criticata da coloro i quali ravvisano nella clausola la coesistenza di una duplicità di funzioni⁶¹: una funzione risarcitoria e, al contempo, sanzionatoria.

In tal senso vi è chi, sostenendo la parità di incidenza e di importanza del contributo apportato dalle due funzioni alla pattuizione privata, sottolinea due indici di tale assunto.

Il primo indice va rintracciato nell'esonero della prova del danno previsto dal secondo comma dell'art. 1382 c.c., in quanto "suscettibile di essere inteso tanto come esonero dall'onere di provare l'entità del danno subito tanto come irrilevanza del danno"⁶².

Il secondo si identificherebbe con l'esercizio di quella facoltà attribuita al giudice dall'art.1384 c.c., che consente la riduzione "*ad aequitatem*" dell'ammontare della clausola.

Questo potere correttivo, proprio in quanto guidato dall'equità, non comporta necessariamente una corrispondenza della penale con l'entità

⁶⁰ Tale concezione, nel segno di continuità con il codice del 1865, che all'art. 1212 faceva riferimento alla penale come compensazione dei danni che soffre il creditore, e avvalorata dalla lettura della Relazione al codice civile che richiama per l'esegesi dell'art. 1382 c.c. la funzione di liquidare il danno subito dal creditore a causa dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento. Al riguardo si veda PANDOLFELLI SCARPELLO, STELLA RICHTER M. e DALLARI, *op. cit.*, 200 R.R. n. 95: «Il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 211 è quello di limitare il danno, salvo che le parti non ne abbiano convenuto il risarcimento integrale. Nell'art. 211 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegnava l'art. 1209 c.c. 1865, perché tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale, mentre direttamente la coazione all'adempimento viene dall'obbligo di risarcire il danno di cui la clausola agevola l'esecuzione: la agevola evitando la prova del danno».

⁶¹ DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1966-1970, 521 e ss.; TRIMARCHI, *op. cit.*, 89 ss.; ZOPPINI, *op. cit.*, 99 ss.; MIRABELLI, *op. cit.*, 343 ; MAZZARESE, *op. cit.*, 149.

⁶² GALGANO, *op. cit.*, 165.

del danno effettivamente verificatosi, ma una riconduzione della stessa all'interesse patrimoniale del creditore all'adempimento.

Altri autori, considerando la c.d. "funzione dualistica"⁶³ da un diverso punto di vista ritenendo che le due funzioni, "mutuamente esclusive, ma congiuntamente esaustive", siano coniugate in un'unica «obbligazione penale».

Quest'ultima, difatti, sanzionando l'inosservanza di un comportamento principale contrattualmente dovuto, si concretizzerebbe in una prestazione, frutto dell'autonomia privata ovvero di una previsione legislativa (penale legale e penale giudiziale).

La sanzione, il cui effetto concorre con il risarcimento dei danni ulteriori e con il parziale adempimento, sarebbe qualificabile come "forfetariamente risarcitoria, nel senso che, in presenza di veri e propri danni, l'ammontare della penale esaurisce la misura del risarcimento che sarebbe stato dovuto dal debitore inadempiente o coesiste solo con il risarcimento del maggior danno"⁶⁴.

Nel contempo, essa sarebbe, anche, «meramente afflittiva», in quanto ugualmente dovuta indipendentemente dalla presenza di veri e propri danni patrimoniali e dall'espressa volontà delle parti di prescindere da ogni previsione risarcitoria.

⁶³ MAZZARESE, *op. cit.*, 181

⁶⁴ MAZZARESE, *op. cit.*, 187

Alla clausola penale, dunque, verrebbe così attribuita una valenza sanzionatoria dall'atteggiamento ora punitivo, ora risarcitorio, a seconda dell'intenzione dei contraenti⁶⁵.

Nella duplicità delle funzioni attribuite alla clausola penale, alcuni autori ritengono prevalente, nonché presente in ogni caso, l'aspetto risarcitorio; altri, invece, come il Trimarchi, pongono l'accento sul ruolo sanzionatorio della clausola⁶⁶.

Esisterebbero, così, una "clausola penale pura", tipizzata nel codice e caratterizzata dall'elemento punitivo, ed una "clausola penale non pura". Questa impostazione ritiene, infatti, che nell'art.1382 c.c., nulla si dice nel senso di una compensazione del danno, mentre si dichiara che la clausola penale ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, indipendentemente dall'esistenza e dalla misura del danno stesso.

Non sarebbe, inoltre, corretto parlare di liquidazione preventiva del danno "quando ancora la relativa obbligazione sia astratta e potenziale, e la liquidazione non sia né impegnativa per le parti né definitiva"⁶⁷.

Resterebbe, comunque, operante la funzione di coazione indiretta – e quindi punitiva – sul soggetto cui è allocata l'obbligazione principale di adempiere⁶⁸.

⁶⁵ DE CUPIS, *op. cit.*, 521 e ss.

⁶⁶ TRIMARCHI, *op. cit.*, 89 e ss.

⁶⁷ TRIMARCHI, voce *Clausola penale*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 352

Questo è l'unico tipo di clausola penale, che può però arricchirsi di un contenuto ulteriore, mediante il quale le parti, con dichiarazione espressa, attribuiscono alla clausola un elemento risarcitorio, la cui esistenza comporta la genesi del modello di penale «non pura»⁶⁹.

Il creditore, a questo punto, avrebbe due alternative: con l'una, egli avrà la facoltà di chiedere l'adempimento della prestazione dedotta nella clausola stessa; con l'altra, potrà, in virtù di un'interpretazione analogica dell'art. 1385, 2° comma, c.c., non avvalersi della penale e utilizzare il regime di “default” previsto dal codice civile in materia di risarcimento del danno.

I fautori della “funzione esclusivamente sanzionatoria” della clausola penale mettono in discussione la citata tesi del Trimarchi nella parte in cui quest'ultimo, coniando la clausola penale «non pura», coniuga l'elemento risarcitorio con la funzione punitiva, considerata come imprescindibile e sempre presente⁷⁰.

Le argomentazioni addotte si fondano, da un lato, sull'inconciliabilità della funzione risarcitoria con l'assenza dell'onere di

⁶⁸ TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 11: «La funzione punitiva ci sembra insopprimibile. Essa ricorre sia nel caso in cui le parti dalla clausola (e più precisamente il creditore) vogliono ottenere l'adempimento dell'obbligazione principale e comminano, per la ipotesi in cui non si dovesse verificare, una situazione punitiva, e sia in quello in cui le stesse parti considerano l'eventuale risarcimento del danno».

⁶⁹ TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 11: «La fattispecie della clausola penale è così unica. Se la penale è dovuta a puro e solo titolo di pena ovvero anche a titolo di risarcimento, non interessa perché possa sussistere la clausola penale. In entrambi i casi, ricorre un minimo di elementi essenziali: l'accordo e la funzione punitiva».

⁷⁰ MAGAZZÙ, *op. cit.*, 189.

provare il danno subito, e, dall'altro, con l'applicabilità della clausola stessa, indipendentemente, dall'effettivo accertamento di un danno.

Con la clausola penale, pertanto, l'ordinamento offre alle parti il mezzo per comminare una sanzione dell'inadempimento, diversa da quella "normale" di risarcimento del danno; si potrebbe, anzi, affermare che la clausola penale dia vita ad vera e propria pena privata, caratterizzata da una duplice finalità, di prevenzione e di punizione⁷¹.

La prima sarebbe assicurata dalla "pressione" sul comportamento di una parte per garantire, con maggior forza, l'adempimento dell'obbligazione principale; punizione, invece, esisterebbe in quanto non incompatibile con l'eventuale riduzione ad opera del giudice⁷².

Vi è poi chi intravede nella penale una pluralità di funzioni, precludendo l'individuazione di qualsivoglia funzione tipica⁷³.

Le parti, infatti, possono inserire la clausola nel contratto per creare una sanzione, fissando una penale superiore al danno prevedibile; possono limitare il risarcimento determinandola in misura inferiore ed escludendo il risarcimento del danno ulteriore; possono, infine, voler

⁷¹ PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Milano, 1990, 1 ss.; GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 33 ss.; MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private* a cura di BUSNELLI e SCALFI, Milano, 1985, 235 e ss.

⁷² PONZANELLI, *op. cit.*, 2, dove l'A. afferma che la possibilità di dichiarare coercibile l'obbligazione di pagamento di una somma superiore ai danni subiti sarebbe spia del «persistente carattere punitivo posseduto dall'obbligazione in questione».

⁷³ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 160 ss.; GORLA, *op. cit.*, 240 ss.; MAZZARESE, *op. cit.*, 191, propone un'impostazione omnicomprensiva delle due funzioni di clausola penale, lasciando neanche poi tanto implicitamente intendere che la funzione varia a seconda delle contingenze. Tale funzione, tuttavia, non potrà che oscillare tra la "punitiva" e la "risarcitoria".

evitare le controversie sulla misura del risarcimento, anche relativamente ad una sola voce di danno⁷⁴.

Sebbene la disputa dottrinale sulla validità della clausola penale cosiddetta pura, che prevede, cioè, a carico del debitore inadempiente una prestazione a solo titolo di pena, abbia avuto un limitato rilievo pratico e, comunque, non sia mai stata avvalorata dalla giurisprudenza⁷⁵, la dottrina più recente nota, al contrario, come le norme del codice prevedano la pattuizione di risarcibilità del “danno ulteriore”, ma non anche del danno totale in aggiunta alla penale⁷⁶.

Un dato, sicuramente, è incontestabile.

Il legislatore ha previsto “un effetto tipico” della clausola penale, laddove la prestazione⁷⁷, che ha per oggetto normalmente il pagamento di una somma di denaro⁷⁸, ma che può avere anche diversa natura⁷⁹, è dovuta indipendentemente dalla prova dell’esistenza del danno⁸⁰.

⁷⁴ DE NOVA, *op. cit.*, 413 e MAZZARESE, *op. cit.*, 181 ss.; ZOPPINI, *op. cit.*, 143-150, dove l’A. afferma che non può escludersi che esse diano vita alla clausola per salvaguardare un interesse non patrimoniale del creditore (cfr. art. 1174 c.c.), che altrimenti rimarrebbe irrimediabilmente sacrificato dall’inadempimento; la clausola potrebbe così servire anche a superare l’irrisarcibilità del danno non patrimoniale stabilita dall’art. 2059 c.c.

⁷⁵ cfr. *ex multis* Cass., 5 luglio 1963, n. 1807, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2033. Non si tratta di clausola pura quando nel contratto siano stabilite due obbligazioni, l’una delle quali munita della clausola e l’altra tutelata con l’integrale risarcimento o con l’esecuzione forzata.

⁷⁶ MARINI, *La clausola penale*, cit., 29; MIRABELLI, *op. cit.*, 334

⁷⁷ SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 160.

⁷⁸ JANNARELLI, *op. cit.*, 295 ss., per il quale è comune opinione in dottrina che si sia di fronte ad un debito di valuta e non di valore, come tale, soggetto al principio nominalistico di cui all’art. 1277 c.c. in tal senso cfr. pure DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 191; ZOPPINI, *op. cit.*, 218 ss.; PERSICO, *La clausola penale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 74; DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, II, Torino, 1980, 1346 ss; DE CUPIS, *op. cit.*, 475. In giurisprudenza Cass., 8 agosto 1962, in *Foro it.*, 1962, I, 2801 «la prestazione oggetto della penale normalmente consiste nel pagamento di una somma di denaro, ma può anche consistere nell’estinzione di un credito o avere ancora natura diversa»; Cass., 10 aprile 1995, n. 4126,

Significa che il creditore può ottenere la penale senza dover provare di aver subito un danno⁸¹; e il debitore non può liberarsi dall'obbligo di prestare la penale provando l'inesistenza del danno⁸².

Per la sua operatività, secondo l'orientamento dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, la clausola penale postula, fatta salva la

in *Contratti*, 1995, 570 ss. dove si evidenzia come il principio nominalistico della clausola penale è consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte; Cass., 11 giugno 1981, n. 3789, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 231: «avendo la penale ad oggetto una somma di denaro, essa dà luogo ad un debito di valuta, come tale in suscettibile di rivalutazione»; Cass., 23 novembre 1983, n. 6995, in *Giur. it.*, 1984, I, 1202; Cass., 17 ottobre 1985, n. 5122, cit.; Cass., 9 luglio 1991, n. 7603, in *Foro it., Rep.*, 1991, voce *Contratto in genere*, n. 307; Cass., 13 luglio 1996, n. 6356, in *Contratti*, 1996, 546.

⁷⁹ Cfr. DE NOVA-SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, X, Torino, 2002, 443; MAZZARESE, *op. cit.*, 367 ss.; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1968, 209; MAGAZZÙ, *op. cit.*, 191: «La clausola può avere a oggetto il dare una somma di denaro, o anche, il dare qualche altra cosa, o un facere»; *Contra* MARINI, *La clausola penale*, cit., 132, il quale limita l'oggetto della penale alle somme di denaro al fine di coordinare la clausola penale con il divieto di patto commissorio.

In Giurisprudenza Cass., 8 agosto 1962, in *Foro it.*, 1962, I, 2801: «la prestazione oggetto della penale normalmente consiste nel pagamento di una somma di denaro, ma può anche consistere nell'estinzione di un credito o avere ancora natura diversa»; App. Napoli, 30 settembre 1968, in *Diritto e Giustizia*, 1969, 318, dove si afferma che l'oggetto della penale può consistere nella perdita di un diritto di credito vantato dall'inadempiente verso l'altro contraente; App. Messina, 31 gennaio 1956, in *Rass. giust. civ.*, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 130; Cass., 23 novembre 1983, n. 6995, in *Rass. giust. civ.*, 1984, I, 1, 1202; Cass., 17 ottobre 1985, n. 5122, in *Notiz. giur. lav.*, 1986, 540; Cass., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, 1621; Cass., 8 aprile 1998, n. 3641, in *Arch. civ.*, 1998, 795.

⁸⁰ Cfr. *ex multis*, JANNARELLI, *op. cit.*, 266 ss.

In giurisprudenza Cass., 20 dicembre 1968, n. 4036, in *Giust. it.*, 1969, I, 1, 1086: «La penale, a norma dell'art. 1382 c.c. ultima parte codice civile, è dovuta indipendentemente dalla prova del danno e quindi indipendentemente dalla sua effettiva entità: con la conseguenza che, essendo irrilevante ai fini dell'applicazione della penale l'esistenza di un danno risarcibile, risulta oziosa l'indagine circa l'evitabilità del danno stesso e, l'unica indagine da compiersi riguarda l'esistenza del ritardo, della sua durata e la sua imputabilità»

⁸¹ DE NOVA- SACCO, *Obbligazioni*, cit., 443, per cui l'onere di provare che l'inadempimento o il ritardo non sono a lui imputabili grava sul debitore. Cass., 20 dicembre 1968, n. 4036, in *Giust. it.*, 1969, I, 1, 1036; Cass., 6 novembre 1998, n. 11204, in *Foro it., Rep.*, 1998 voce *Contratto in genere*, n. 419.

⁸² Cfr. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 188; GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Comm. cod. civ.* a cura di D'AMELIO e FINZI, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, 537 ss.; *contra* BUTERA A., *Libro delle obbligazioni*, in *Cod. civ. it. comm.*, I, Torino, 1943, 353: «La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno. Non si deve confondere il danno con la prova. Di fronte alla clausola penale, il creditore è dispensato dall'onere di provare il danno; il debitore può, a mio modo di vedere, dimostrare che nessun danno si è avverato, com'è ad es., il caso di un'ipoteca non iscritta tempestivamente, quando risulti che il creditore sarebbe sempre rimasto incapiente. Lo stesso art. 1384 c.c. non conduce ad altra logica soluzione. Se in dipendenza dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento dell'obbligazione, il giudice può ridurre la penale, ognuno vede che può anche sopprimerla, quando emerge la prova inerente al difetto di qualsiasi danno».

possibilità di riduzione ex art. 1384 c.c., unicamente l'accertamento giudiziale dell'inadempimento o del ritardo nell'inadempimento, che rappresentano l'elemento costitutivo della fattispecie⁸³, sicché la sua applicazione non richiede un'ulteriore motivazione⁸⁴.

Mentre per quanto riguarda l'onere della prova a carico delle parti il creditore, ai sensi dell'art. 2697 c.c., dovrà provare solamente il suo diritto alla penale quando ricorrano le ipotesi di inadempimento e di ritardo⁸⁵. Diversamente, il debitore dovrà dedurre e provare i fatti e le situazioni che rendano la sua condotta immune dalla responsabilità ex art. 1218 c.c., escludendosi, comunque, una sua responsabilità in relazione *all'exceptio inadimpleti contractus*⁸⁶.

La clausola produce, poi, a norma dell'art. 1382, 1 comma, un "effetto naturale", quello, cioè, di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, qualora non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

⁸³ TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 36 ss. per il quale sia la clausola che la fattispecie prevista per l'inadempimento sono elementi costitutivi dell'istituto.

⁸⁴ Cfr. *ex multis* MIRABELLI, *op. cit.*, 335. *Contra* GHIRON, *op. cit.*, 538, il quale aveva sostenuto che la penale configurava un esempio di patto che condizionava l'efficacia del patto, cioè l'efficacia del patto era sospesa fino all'avverarsi dell'inadempimento.

⁸⁵ Cass., 6 novembre 1998, n. 11204, in *Foro it.*, *Rep.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 419.

⁸⁶ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 631: «In presenza di un inadempimento o di un ritardo nell'adempimento il creditore (che non sia a sua volta, inadempiente, potendo il debitore invocare l'art. 1460) ha bensì diritto al risarcimento del danno ma la liquidazione del c.d. *quantum debeatur*, [...] può essere concordata preventivamente con il debitore, stipulando una clausola penale»; Cass., 30 gennaio 1995, n. 1097, in *Giust. it.*, 1996, I, 403.

Nella prospettiva offerta dal codice, in difetto di espressa previsione, la clausola penale non consente il risarcimento del danno ulteriore: qualora le parti decidessero in tal senso, per danno ulteriore, allora, dovrà intendersi quello effettivamente prodotto ed accertato, il cui ammontare ecceda i limiti dell'importo dedotto nella clausola.

Rispetto al codice del 1865, che all'art. 1230, 2 comma, non prevedeva tale possibilità, la previsione dell'ulteriore danno è una novità dettata dall'esigenza di tutelare la parte che subisca un nocumento patrimoniale eccedente l'importo della penale.

Come emerge dalla Relazione del guardasigilli la penale non può esaurire l'importo dei danni perché le parti al momento della conclusione del contratto non potevano prevedere l'entità del danno che sarebbe derivata dall'inadempimento.

Il nostro legislatore ha, quindi, previsto che il creditore possa essere risarcito del maggior danno e con ciò ha voluto arginare il pericolo di inadeguatezza della penale riservando all'autonomia privata il potere di apportare una deroga rispetto alla clausola convenuta.

Pertanto, la funzione del patto è quella di attribuire rilevanza al danno ulteriore e parziale non coperto dalla penale e il creditore verrà

risarcito secondo le norme generali previste dagli artt. 1223 e seguenti del Codice civile⁸⁷

Le fattispecie tipizzate dal legislatore, a seconda che la penale per l'inadempimento o per il ritardo abbia l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa o faccia salva la risarcibilità del danno ulteriore, producono effetti diversi sul piano della disciplina in ordine all'onere probatorio della penale o dell'ulteriore risarcimento; in ordine al diverso riferimento del divieto di cumulo con la prestazione principale ex art. 1383 c.c. e, infine, in ordine al diverso modo di rapportare alla penale i criteri della riduzione.

Il compito di stabilire quando ricorra la prima o la seconda ipotesi, si risolve in un accertamento di fatto, riservato alla competenza del giudice di merito ed è insindacabile in sede di Cassazione⁸⁸, ma nulla esclude che le parti possano stabilire in uno stesso contratto la clausola penale sia per il ritardo che per l'inadempimento⁸⁹.

⁸⁷ JANNARELLI, *op. cit.*, 265; BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, 549-551. DE LUCA, *op. cit.*, 103.

⁸⁸ MIRABELLI, *op. cit.*, 339; MAZZA, *Brevi cenni sulla clausola penale*, in commento a Cass., 19 maggio 1948, n. 746, in *Giur. Cass. civ.*, 1948, II, 131: «La clausola penale può essere convenuta per il caso di inadempimento o per il caso di ritardo nell'adempimento. L'accertare se ricorra l'una o l'altra ipotesi è compito del giudice del merito insindacabile in sede di Cassazione»; Cass., 27 dicembre Cass., 20 febbraio 1958, n. 551, in *Giur. it., Rep.*, 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 381-382; Cass., 17 ottobre 1969, n. 3387, in *Giur. it., Rep.*, 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 298; Cass., 28 marzo 1972, n. 995, *ivi*, 1972, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 191-192.

⁸⁹ Cass., 28 febbraio 1986, n. 1300, in *Foro it., Rep.*, 1986, voce *Contratto in genere*, n. 279 secondo cui la clausola penale, la quale configura una concordata e preventiva liquidazione del danno in favore del creditore, può essere stipulata, secondo la previsione dell'art. 1382 c.c., per il caso di inadempimento ovvero per il caso di ritardo nell'adempimento, ferma restando la possibilità di contemplare per lo stesso rapporto due diverse penali, per l'uno e per l'altro degli indicati casi.

Se la penale è prevista dalle parti per l'inadempimento, il creditore non potrà chiedere insieme la prestazione principale e la penale, perché lo esclude espressamente l'art. 1383 c.c., il quale stabilisce che il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo⁹⁰; mentre, nel caso in cui il debitore sia inadempiente, potrà preferire che venga adempiuta l'obbligazione principale alla penale⁹¹; nel caso in cui le parti abbiano previsto la risarcibilità dell'ulteriore danno potrà chiedere, invece, la penale⁹².

Se la clausola penale, al contrario, è prevista per il ritardo del debitore all'adempimento, il cumulo tra la prestazione principale e la penale per il ritardo è consentito⁹³.

⁹⁰ N. e F. STOLFI, *op. cit.*, 200; MIRABELLI, *op. cit.*, 337.

⁹¹ Cass., 26 maggio 1954, n. 1686, in *Foro it., Rep.*, 1954, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 18.

⁹² Cass., 6 giugno 1968, n. 1702, *Foro it., Rep.*, 1968, voce *Obbligazioni e contratti*, n.249; Cass., 13 luglio 1984, n. 4120, *Foro it., Rep.*, 1984, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 189.

⁹³ JANNARELLI, *op. cit.*, 274 ss.; MIRABELLI, *op. cit.*, 337; TRIMARCHI, *op. cit.*, 97, per cui la giustificazione della diversità di trattamento circa il divieto di cumulo tra la penale per l'inadempimento e la prestazione principale e l'ammissione, invece, per la penale per il ritardo, va ricercata nel diverso interesse del creditore all'adempimento; mentre infatti nel caso di ritardo il fatto stesso causa una lesione all'interesse creditorio che con l'adempimento non viene eliminato, nel caso di adempimento totale tale interesse viene soddisfatto. In ordine al probabile conflitto tra le due domande non cumulabili in caso di penale per l'inadempimento cfr. POLLAROLI, *Domanda di adempimento e successiva richiesta della penale*, in *Contratti*, 2002, 573 ss. L'A. nel commentare una delle poche pronunce che si occupa del rapporto tra l'azione diretta a conseguire la penale contrattualmente pattuita e quella diretta a conseguire la prestazione principale, il cumulo delle quali è espressamente vietato dall'art. 1383 c.c., sottolinea come il legislatore non abbia chiarito quale delle due domande debba prevalere, qualora il creditore agisca per ottenere sia la prestazione principale, sia la penale, e se la preclusione operi con la proposizione della domanda giudiziale o con l'effettiva esecuzione di una delle due prestazioni. Nel caso di specie la Cassazione ha ritenuto che se il creditore agisce con due distinte domande, il giudice deve ritenere che, in analogia a quanto previsto per le obbligazioni alternative, l'attore con la proposizione della prima domanda ha operato una scelta, con la preclusione della possibilità di chiedere successivamente l'altra prestazione. Nell'ipotesi, invece, di proposizione delle due domande nello stesso giudizio da parte del creditore, queste vanno rigettate, non potendo il giudice

I limiti in cui la penale può incorrere sono essenzialmente due: il primo attinente alla riducibilità *ex art.1384 c.c.* ed il secondo, nel disposto dell'art.1229 c.c., dal quale si deduce l'impossibilità di fissare una somma irrisoria onde poter sfuggire alla responsabilità per dolo o colpa grave⁹⁴.

effettuare una scelta che compete alla parte. Cass., 13 luglio 1984, n. 4120, in *Foro it., Rep.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 189; Cass., 21 luglio 1945, n. 586, in *Foro it.*, 1944-1946, 846.

⁹⁴ In questo senso CORSALE, *Clausola penale stabilita in misura inferiore al tasso legale degli interessi*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1247, nota a Cass., 3 dicembre 1993, n.12013, dove l'interessante caso commentato dall'Autore riguardava una convenzione tra la Regione Lazio e la Società Cliniche Moderne. Le parti in questione avevano fissato la misura degli interessi moratori al di sotto di quelli legali *ex art. 1284 c.c.* per il caso di ritardo nei pagamenti dei conguagli delle rette di degenza. La Cassazione adita ha ritenuto che la clausola penale non fosse affetta da nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico, considerando nel caso di specie che il risarcimento preconcordato del danno non era né irrisorio, né tale da limitare la responsabilità della p.a. e che il comportamento della stessa, nel caso di specie, non era ascrivibile a dolo o colpa grave. L'Autore non condivide la decisione della Suprema Corte nella parte in cui nessuna responsabilità fu addossata alla p.a., la quale probabilmente si era giovata della maggiorazione dell'importo dovuto inferiore al tasso legale, per ritardare il pagamento a tempo volutamente indefinito. Altro interrogativo della decisione annotata concerneva la legittimità della condotta del debitore che, facendo affidamento sulla misura irrisoria degli interessi contrattualmente convenuti, protraeva a tempo indefinito l'adempimento della sua obbligazione. Secondo l'opinione del commentatore, la quaestio veniva risolta dalla nuova normativa in tema di clausole abusive nei contratti stipulati dai professionisti con i consumatori, nei cui confronti le stesse non sono vincolanti, in quanto determinano un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti; Cass., 10 luglio 1996, n. 6298, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1257; Cass., 2 giugno 1992, n.6716, in *Giust. civ., Mass.*, 1992. In dottrina SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 162; TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 137 e ss., dove l'Autore sostiene tale tesi facendo notare come il legislatore abbia previsto una fattispecie di clausola penale ed una fattispecie di clausola di esonero (totale o parziale) da responsabilità: «per le due fattispecie sono richiesti due intenti tipici diversi, e sono predisposte conseguenze giuridiche opposte. Se le parti hanno inteso realizzare il risultato proprio della clausola penale, questa non può non essere valida, qualunque possa essere l'ammontare della penale. Se le parti, invece, hanno perseguito uno scopo ulteriore (limitare ad esempio la responsabilità per dolo o colpa grave ovvero per violazioni di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico) la pattuizione urta contro il divieto di cui all'art.1229. Verificandosi quest'ultima ipotesi, però, non vi è dubbio che non siamo in presenza di una semplice clausola penale, ma di una combinazione di negozi, la cui reciproca forza attrattiva non può non portare alla nullità della pattuizione complessiva». *Contra* MARINI, *La clausola penale*, cit., 119. L'Autore, sostenendo che la clausola penale non abbia esclusivamente funzione limitativa del risarcimento, afferma a p.121 che le parti «cui è rimessa la determinazione in concreto dell'illecito penale, possono liberamente condizionare l'applicazione della sanzione alternativamente alla colpa o al dolo del debitore».

Tale caratteristica comporta che l'invalidità dell'accordo principale travolga, anche, la clausola ed i suoi effetti, mentre non necessariamente l'invalidità di questa compromette il contratto principale⁹⁵.

In entrambi i casi, la penale può essere diminuita equamente dal giudice.

Indipendentemente dalla concezione che si vuole accogliere, resta la volontà del legislatore che ha attribuito al giudice il potere di riduzione al fine di ripristinare la necessaria proporzione della sanzione rispetto all'illecito, quale esigenza imposta dal principio costituzionale d'eguaglianza.

L'art. 1384, costituisce, quindi, rispetto al passato, una novità non di poco conto.

Come emerge, infatti, dalla Relazione del Guardasigilli al codice civile⁹⁶ “con la previsione ex art. 1384 c.c. si è portato un temperamento del dogma «*pacta servanda sunt*», attraverso il medium logico del patto usurario.

⁹⁵ In questo senso v. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 163, dove gli Autori affermano che: «nella prospettiva offerta dal codice la clausola penale accede ad un contratto: lo dice la collocazione sistematica delle norme che stiamo esaminando e lo conferma il riferimento ai “contraenti” ex art.1382, 1 comma [...] rispetto alla obbligazione contrattuale cui è riferita, la clausola penale ha natura accessoria, non a caso il 1383 parla di “prestazione principale” ed il 1384 di “obbligazione principale”. Ne consegue che le vicende della obbligazione principale incidono sulla obbligazione accessoria derivante dalla clausola penale»; GALGANO, *op. cit.*,166; MARINI, *La clausola penale*, cit., 81.

⁹⁶ *Relazione del Guardasigilli*, cit., n. 632.

Ciò perché il legislatore temeva che l'eccessività manifesta della penale, potesse raggiungere fini illeciti.

Sul punto si precisa infatti che il potere conferito al giudice di ridurre la penale eccessiva era «disposizione fondata sull'equità» e «mirava a contenere l'autonomia dei contraenti in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario».

Aspetti pratici della disputa circa la funzione, risarcitoria o sanzionatoria, della clausola penale.

In realtà, e specie se si guarda all'esperienza, la disputa ha avuto un limitato rilievo pratico.

È rimasta confinata nell'ambito dottrinale la questione della validità di una clausola penale cosiddetta pura, ossia che preveda a carico del debitore inadempiente una prestazione a solo titolo di pena, da aggiungere all'integrale risarcimento del danno.

Validità sostenuta in tempo ormai non recente dal Trimarchi, ma mai affermata in giurisprudenza.

La dottrina successiva nota, al contrario, come le norme del codice prevedano la pattuizione di risarcibilità del «danno ulteriore» ma non anche del danno totale in aggiunta alla penale .

Altro aspetto pratico della disputa riguarda il potere giudiziale di riduzione della penale manifestamente eccessiva, previsto nell'art. 1384 c.c. e di cui si dirà nei paragrafi seguenti.

La concezione risarcitoria porta a limitare il criterio di valutazione della misura eccessiva, e quindi della riduzione, al solo interesse patrimoniale del creditore, mentre la concezione sanzionatoria giunge a dar rilievo anche ad aspetti soggettivi dello svolgimento del rapporto obbligatorio, quale ad esempio lo stato di buona o di mala fede delle parti.

Secondo un autore il «preteso carattere sanzionatorio» della clausola sarebbe ravvisabile in concreto soltanto quando l'interesse del creditore, cospicuo nel momento della conclusione del contratto, impedisca la riduzione della penale, e tuttavia il danno si riveli inesistente nel momento dell'inadempimento.

Quanto alla questione della riducibilità della pena quando il fatto colposo del creditore abbia concorso alla produzione del danno (art. 1227 c.c.), la soluzione è indipendente dalla funzione, risarcitoria o sanzionatoria, della clausola. Chi sostiene la funzione risarcitoria, nega tuttavia l'applicabilità dell'art. 1227, ritenendo che l'interesse del creditore, giustificante la riduzione, sia da valutare solo con riferimento al

momento di conclusione del contratto (art. 1384 c.c.) e non con riferimento alle sopravvenienze, quali il successivo fatto colposo del creditore stesso.

Chi, all'opposto, sostiene la funzione sanzionatoria, ammette tuttavia la riducibilità per fatto colposo del creditore, o considerandolo analogo al parziale adempimento di cui all'art. 1384, c. 1°, oppure perché ritiene che l'interesse del creditore alla riduzione debba essere apprezzato come interesse morale all'applicazione della sanzione.

Riprendendo la tesi di Gorla, si è recentemente e in definitiva osservato che la clausola può esercitare funzioni diverse, sì che è vano lo sforzo di individuare la funzione tipica.

Le parti possono inserirla nel contratto per creare una sanzione, fissando una penale superiore al danno prevedibile; possono limitare il risarcimento determinandola in misura inferiore ed escludendo il risarcimento del danno ulteriore; possono infine voler evitare le controversie sulla misura del risarcimento, anche relativamente ad una sola voce di danno.

Né può escludersi che esse diano vita alla clausola per salvaguardare un interesse non patrimoniale del creditore (cfr. art. 1174 c.c.), che altrimenti rimarrebbe irrimediabilmente sacrificato

dall'inadempimento; la clausola potrebbe così servire anche a superare l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale stabilita dall'art. 2059 c.c.

Questa funzione per così dire promiscua della clausola penale nel diritto italiano non sussiste nella *common law*, dove si distingue tra *liquidated damages*, liquidazione forfettaria e anticipata dei danni da inadempimento, suscettibile di riduzione giudiziale, e *penalty*, sanzione per l'inadempimento.

Accessorietà della clausola penale all'obbligazione

Le espressioni «clausola» e «contraenti», contenute nell'art. 1382 c.c., fanno pensare che la pattuizione della penale possa accedere soltanto ad un contratto. Non solo perciò la clausola penale servirebbe a rafforzare le obbligazioni civili ma essa si riferirebbe soltanto a quelle pattizie.

Su questo punto però le opinioni non concordano.

Secondo alcuni le espressioni letterali riportate non sarebbero decisive e comunque l'analogia permetterebbe di riferire l'art. 1382 c.c. alle obbligazioni extracontrattuali, come pure al patto d'opzione⁹⁷.

⁹⁷ Si veda BIANCA C. M., *Diritto civile 5, cit.*, p. 224

Altri ritiene che la clausola possa accedere soltanto ad un contratto, al massimo ammettendo che, se questo è nullo, la penale possa essere dovuta per la responsabilità precontrattuale (art. 1338 c.c.).

Si nega in particolare che presupposto della clausola possa essere un'obbligazione risarcitoria ex art. 2043 c.c.: se infatti questa già esiste e viene concluso un negozio che fissa un termine e stabilisce una penale, si tratta di un contratto modificativo.

Anche l'esempio, addotto di solito, della persona che, in procinto di svolgere un'attività pericolosa, promette una penale per i danni che potrà arrecare, fa dubitare che l'eventuale obbligazione risarcitoria nasca dall'art. 2043 c.c. e non piuttosto dal tacito impegno di non arrecare danno, assunto in corrispettivo della tolleranza dell'attività pericolosa; impegno contrattuale dunque.

L'individuazione di una propria funzione economico-sociale, vale a dire di una causa, della clausola penale permette di considerarla come un contratto distinto rispetto a quello a cui accede, e che a sua volta può essere caratterizzato dalle cause più diverse.

La necessità del contratto, o quanto meno dell'obbligazione principale, implica che la clausola conservi il carattere di accessorietà, con la conseguenza che la nullità dell'obbligazione principale rende nulla,

per difetto di causa, la clausola, la quale non può neppure operare in difetto del presupposto, ossia dell'inadempimento dell'obbligazione principale.

Né la clausola può sopravvivere quando il rapporto obbligatorio sia rimasto privo di effetto per il mancato verificarsi della condizione a cui era subordinato.

La clausola non può essere considerata come patto aggiunto al contenuto del documento contrattuale, onde non vale il divieto di prova testimoniale posto dall'art. 2722 c.c.

L'art. 1210 c.c. del 1865 stabiliva non solo la nullità della clausola penale per nullità dell'obbligazione principale (c. 1°) ma anche la sopravvivenza dell'obbligazione principale alla nullità della clausola (c. 2°).

Secondo alcuni questa seconda disposizione non è stata riprodotta nel codice del 1942 perché superflua, ossia perché l'ininfluenza dell'elemento accessorio su quello principale discende già dai principi.

Ad altri questa conclusione non sembra valida in ogni caso, dovendosi valutare, in applicazione analogica dell'art. 1419 c.c., se il creditore avrebbe concluso il contratto principale anche in difetto della

penale, ossia senza una garanzia di effettività dell'impegno assunto dal debitore.

Quanto alla forma, la natura accessoria della clausola indurrebbe a credere che la prescrizione legale di forma solenne per il contratto principale debba valere anche per la pattuizione accessoria.

Ma qui prevale l'autonomia della causa, alla quale è legata la forma: la forma *ad substantiam* è giustificata dalla funzione del negozio giuridico onde non si estende alle clausole non riferibili a quella funzione.

Libertà di forma per la clausola penale, dunque, salva diversa e specifica disposizione di legge, come nel caso in cui gli interessi vengano previsti in misura superiore al tasso legale (art. 1284, c. 3°, c.c.).

Imputabilità dell'inadempimento sanzionato con la clausola penale

L'art. 1218 c.c. connette l'obbligo di risarcire il danno all'inadempimento, o al ritardo nell'adempimento, imputabile al debitore.

Che l'irrogazione di una qualsiasi sanzione, non soltanto penale, presupponga un illecito imputabile è affermazione che discende dai principi generali del diritto punitivo, a loro volta subordinati al principio costituzionale di ragionevolezza.

Pertanto, sia che si voglia attribuire alla clausola penale una funzione risarcitoria sia una funzione punitiva, essa non può operare se non in conseguenza di un inadempimento imputabile.

Se la previsione di una sanzione per fatto non imputabile, la cui legittimità è stata pure sostenuta in tempo non recente, è contraria al principio costituzionale ora detto, si ritiene tuttavia valida una clausola contrattuale che imponga un effetto sfavorevole al debitore inadempiente, o in ritardo nell'adempimento, ancorché non versante in colpa: si tratta però, in tal caso, di clausola atipica di assunzione di rischio e non di clausola penale.

Così, ad esempio, quando un contratto d'appalto preveda il pagamento immediato del prezzo anche per lavori ritardati per forza maggiore.

Da tutto ciò discende che la pena è dovuta quando l'inadempimento derivi dal mancato conseguimento di un'autorizzazione amministrativa, tuttavia prevedibile dal debitore, ma non è dovuta quando questi possa opporre al creditore l'*exceptio inadimpleti contractus*.

In relazione alla possibilità che l'ammontare della clausola penale risulti inferiore al danno effettivo, alcuni autori ne escludono l'efficacia nel caso in cui l'inadempimento sia dovuto a dolo o colpa grave.

L'oggetto della clausola penale

Poiché l'art. 1382 c.c. individua l'oggetto della clausola penale in una «determinata prestazione», prevale la tesi che riconduce a questa generica espressione non soltanto il pagamento di una somma di denaro ma anche prestazioni di dare o di fare, purché determinate o determinabili, ed anche l'estinzione di un debito, o, ancora, la compensazione con importo dovuto ad altro titolo.

Nel caso in cui tanto la prestazione principale quanto la penale consistano nel pagamento di una somma di denaro, occorre distinguere.

A) Se viene ritardata la prestazione principale, il risarcimento del danno è costituito dalla penale, che può essere stata pattuita anche in misura proporzionale ai giorni di ritardo. Se è stata convenuta anche la risarcibilità del danno ulteriore ai sensi del c. 1° dell'art. 1382 c.c., il debitore inadempiente dovrà pagare gli interessi di mora ed eventualmente il maggior danno (art. 1224 c.c.), ma non nel loro intero ammontare (data l'impossibilità di cumulare penale e risarcimento integrale) bensì nella differenza tra l'ammontare di questo e la penale.

Questa può consistere anche nel pagamento di interessi inferiori al tasso legale, ma se la sua misura risulti irrisoria può essere nulla in quanto

idonea ad escludere o a limitare la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave (art. 1229 c.c.).

B) Se viene ritardato il pagamento della penale, essa non è rivalutabile poiché costituisce debito di valuta; né ciò contrasta con la sua finalità risarcitoria, che è propria anche degli interessi moratori, pur essi oggetto di un debito di valuta. Tuttavia sono dovuti gli interessi e l'eventuale maggior danno ai sensi dell'art. 1224, il quale si applica in luogo dell'art. 429 c.p.c. se la penale si riferisca ad un credito di lavoro.

Gli interessi sulla penale, moratori e non compensativi, sono dovuti dal momento della domanda.

La penale può consistere anche nel trasferimento del diritto su una cosa (clausola con effetto reale), né a ciò è d'ostacolo il potere di riduzione attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c.: di fronte all'impossibilità di esercitare questo potere per l'indivisibilità della cosa, il giudice può disapplicare la clausola eccessiva ed applicare le norme codicistiche sul risarcimento del danno.

L'invalidità della clausola con effetto reale può piuttosto derivare dalla violazione del divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

Nel diritto tedesco, se il creditore ottiene la penale non pecuniaria, non può pretendere l'ulteriore risarcimento (paragrafo 342 BGB).

Penale per il ritardo nell'adempimento

La clausola penale può riferirsi all'inadempimento per ritardo oppure a quello definitivo.

Qualora la penale sia prevista insieme ad un termine non essenziale di adempimento dell'obbligazione principale, essa è dovuta se il superamento del termine superi i limiti della normale tolleranza oppure vi sia stata diffida ad adempiere.

Nonostante un remoto precedente contrario, la giurisprudenza è attualmente orientata nel senso di non richiedere la costituzione in mora per la nascita del diritto alla penale, in ciò trovando l'adesione di tutta la dottrina, la quale tuttavia non esclude che l'indugio del creditore nel pretendere possa equivalere a tolleranza.

È possibile che al ritardo segua l'inadempimento definitivo ed in tal caso alla penale per il ritardo potrà aggiungersi quella per l'inadempimento definitivo, se prevista, oppure il risarcimento del danno ulteriore.

È vero anche l'inverso: stipulata la penale per l'inadempimento non definitivo, il creditore può chiedere il risarcimento del danno ulteriore da ritardo.

Nelle obbligazioni di durata la penale può essere chiesta più volte, in conseguenza dei diversi periodi di inadempimento.

Divieto di cumolo della prestazione principale con la penale

A norma dell'art. 1383 c.c. il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stipulata per il semplice ritardo.

In dottrina si è assimilato l'adempimento da ritardo a quello inesatto per il modo o per il luogo, in ciò seguendo l'esempio del codice civile tedesco, che nel paragrafo 341 permette il cumulo della penale con la prestazione, se questa non è stata eseguita in modo esatto ed in particolare nel tempo debito (nicht in gehöriger Weise, ins besondere nicht zu der bestimmten Zeit).

Il creditore può chiedere l'adempimento del contratto e, in subordine o successivamente, la penale: la domanda del primo non preclude la domanda della seconda.

Non può il creditore, però, proporre entrambe le domande senza graduarle giacché il giudice non può sostituirsi alla parte nella scelta.

Ci si chiede se sia vero il contrario, ossia se, chiesta la penale, possa poi chiedersi l'adempimento.

Punto di partenza per rispondere al quesito è l'art. 1453, c. 2°, c.c., secondo cui la risoluzione del contratto può essere chiesta quando è stato già chiesto l'adempimento, ma questo non può chiedersi quando si è chiesta la risoluzione.

È evidente la *ratio legis*: fallita la domanda d'adempimento, la parte non inadempiente ben può liberarsi dal proprio debito attraverso la risoluzione, oppure ottenere in restituzione quanto già dato in esecuzione del contratto.

Per contro, chiesto lo scioglimento del vincolo contrattuale, il debitore non ha più interesse ad apprestare l'adempimento.

Si conviene che, su tal punto, la situazione di chi chiede la penale sia analoga a quella di chi chiede la risoluzione.

Ma, come spesso avviene nelle dispute in diritto, la norma, ossia il capoverso dell'art. 1453 c.c., viene usato da alcuni come argomento a contrario e da altri come argomento per analogia.

E così gli uni dicono che, se il problema è stato risolto espressamente per la risoluzione, il silenzio del legislatore sulla clausola

penale significa che l'adempimento può essere chiesto anche dopo la domanda della penale.

Gli altri sostengono che questa domanda basta a distogliere il debitore dall'eseguire la prestazione onde, adducendo anche ad esempio il paragrafo 340 del codice civile tedesco, sostengono che essa precluda la domanda d'adempimento.

La domanda di risoluzione del contratto può essere accompagnata da quella di pagamento della penale a titolo di risarcimento del danno, ma l'una non contiene implicitamente l'altra.

3 CAPITOLO III. LA *REDUCTIO AD EQUITATEM* DELLA CLAUSOLA PENALE

Il fondamento della riducibilità della clausola penale nell'art. 1384 del codice civile

L'introduzione della riduzione ad equità della clausola penale manifestamente eccessiva é stata una delle novità più rilevanti introdotte dal legislatore del '42.

Si tratta di un rimedio giudiziale che nel previgente codice non trovava espresso riconoscimento⁹⁸.

L'attuale disciplina della riducibilità della clausola penale prevede due ipotesi tipiche: da un lato, quella dell'inadempimento parziale dell'obbligazione principale e, dall'altro, quella della manifesta eccessività della sanzione⁹⁹.

⁹⁸ Trib. Milano, 23 maggio 1911, in *Temì lomb.*, 1911, 628, dove si afferma che il magistrato, di fronte ad una clausola penale manifestamente eccessiva, ha facoltà di ridurre la valutazione del danno. App. Roma, 7 maggio 1910, in *Monitore trib.*, 1912, 463; App. Trani, 3 agosto 1898, in *Riv. giur. Trani*, 1898, 894: «Quando la penale vedesi chiaramente comminata al fine di intimorire l'obbligato e per la sua enormità va al di là di ogni onesto e razionale confine, non è dovuto il pagamento»; *Contra* Cass. Napoli, 19 dicembre 1877, in *Foro it.*, 1878, I, 301, dove la Suprema Corte afferma che il giudice non ha facoltà di ridurre come eccessiva una pena a titolo di danni ed interessi, se non nel caso che l'obbligazione sia adempiuta in parte in quanto ammettere che il giudice possa variare le condizioni del contratto, è surrogare la sua volontà al consenso dei contraenti, in violazione del principio dell'art. 1123 c.c. 1865 per il quale i contratti legalmente formati hanno forza di legge tra coloro che li hanno fatti e non possono essere revocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge. Conformi le sentenze dei giudici di merito App. Cagliari, 5 settembre 1912, in *Giur. sarda*, 1912, 269; App. Roma, 7 luglio 1896, *cit.*; App. Venezia, 11 settembre 1874, in *Monitore giur. ven.*, III, 649; App. Torino, 17 marzo 1873, in *Giur. tor.*, 1873, 457; App. Torino, 25 giugno 1872, in *Giur. it.*, 1872, I, 2, 400.

⁹⁹ Cfr. GHIRON, *op. cit.*, 542 ss., per cui la prima regola della riduzione della clausola penale per parziale esecuzione ha carattere dispositivo, e sviluppa lo svolgimento del rapporto, in armonia col il disegno contrattuale.

Nel caso in cui l'obbligazione non è suscettibile di obbligazione parziale, la riduzione è impossibile. Invece, la seconda regola, che prevede la riduzione per ammontare manifestamente eccessivo, ha carattere cogente e ha la funzione di opporsi alla attuazione della comune volontà delle parti.

Questa seconda regola opera il suo impero sul contratto, come le parti lo vollero originariamente, e abilita il giudice, a modificarlo con un intervento costitutivo al fine di armonizzare i

La dottrina prevalente ritiene che si debbano trattare unitariamente le due ipotesi, laddove l'art. 1384 c.c. attribuisce al giudice il potere equitativo di ridurre la penale, sempre che questa si riveli eccessiva, avuto riguardo, in entrambi i casi, all'interesse che il creditore aveva all'adempimento¹⁰⁰.

Una parte della dottrina, al contrario, ritiene di dover considerare separatamente le ipotesi richiamate¹⁰¹, rapportandole alla diversa

contrastanti interessi, avuto sempre riguardo all'interesse che aveva il creditore all'adempimento. L'esagerazione deve essere manifesta ed emergere dal raffronto fra l'interesse all'esecuzione e l'ammontare della penale, inoltre cfr. Cass., 21 aprile 1965, n. 699, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1339. La piana lettera della norma «Avuto sempre riguardo», rende riferibile tale elemento, integrativo della fattispecie e all'una o all'altra circostanza giustificativa della riduzione.

¹⁰⁰ COLAGROSSO E., *Il libro delle obbligazioni*, in *Commenti al nuovo codice civile italiano*, XXI, Milano, 1943, 342, dove l'A. avverte che la norma è ispirata da ragioni di ordine pubblico; GHIRON, *op. cit.*, 543 che spiega come l'intervento sul rapporto del giudice è una facoltà ad efficacia costitutiva ispirata a criteri di equità. Così, TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 133; JANNARELLI, *op. cit.*, 313; MAGAZZÙ, *op. cit.*, 196; GAZZONI, *op. cit.*, 633; MARINI, *La clausola penale*, cit., 135.

¹⁰¹ MIRABELLI, *op. cit.*, 340. Secondo l'A. la norma attribuisce al giudice la facoltà di ridurre l'ammontare della penale, su domanda, in due ipotesi ben diverse tra loro e per ragioni egualmente differenti. «Nella prima ipotesi la riduzione è prevista per il caso di adempimento parziale; in tale ipotesi, infatti, molteplici potrebbero essere le soluzioni dell'eventuale conflitto: mantenimento della penale, essendo mancato l'adempimento pieno, riduzione proporzionale all'adempimento effettuato, eliminazione della penale e valutazione del danno; ma tutte condurrebbero a risultati poco soddisfacenti, perché sacrificerebbero indiscriminatamente l'interesse di una delle due parti; la legge ha preso in considerazione, invece l'interesse preminente, che è quello del creditore, e ne ha imposto la valutazione caso per caso, in concreto. *Contra* TRIMARCHI, *op. cit.*, 135; BETTI, *op. cit.*, 117, per i quali la norma ha contenuto eguale a quella posta nella codificazione precedente (art. 1214 cod. 1865) e va applicata tenendo presente l'interesse che il creditore avrebbe avuto all'esecuzione totale, di guisa che la riduzione si inquadra pienamente nella funzione risarcitoria della penale: non può essere escluso, quindi, che ove scarsa utilità il creditore abbia ricevuto dalla prestazione parziale, la penale sia dovuta egualmente per intero; la valutazione equitativa si esplica, in tal caso, esclusivamente nella determinazione della misura dell'indennizzo, in base a criteri meramente economici. Nella seconda ipotesi, ignota alla precedente codificazione, la riduzione è prevista qualora la misura della penale appaia eccessiva. Anche in questa ipotesi la norma impone che la riduzione sia compiuta in relazione all'interesse del creditore; l'interesse che qui è preso in considerazione non può essere, però, quello relativo al risarcimento del danno, ma è piuttosto a quello che il creditore aveva all'esecuzione della prestazione principale. È, quindi, solo di questa ipotesi che può essere affermato che la valutazione deve essere compiuta in relazione alla funzione sanzionatoria, più che alla funzione risarcitoria, giacché una penale di notevole gravità, sproporzionata al danno effettivo che il creditore riceve dall'inadempimento, può essere giustificata dall'esistenza di un rilevante interesse alla prestazione principale. La valutazione equitativa del giudice investe qui l'intero equilibrio del rapporto nascente dalla clausola penale e tiene conto della posizione reciproca delle parti, nel momento in cui il rapporto è stato costituito.» Per l'A. tale norma deve essere ricondotta direttamente al fenomeno usurario, che è stato posto a base degli istituti previsti nell'art. 1448 e 1825 c.c., solo in questo modo potrebbe trovare

funzione, che di volta in volta, si é assegnata alla clausola penale: nell'ipotesi di adempimento parziale, a cui corrisponde la funzione risarcitoria della penale, l'interesse preminente è quello meramente economico che il creditore aveva all'adempimento totale, cosicché non può escludersi che la penale sia dovuta per intero qualora il creditore abbia ricevuto scarsa utilità dall'adempimento parziale.

Nel caso di clausola penale manifestamente eccessiva, l'interesse preso in considerazione dalla norma è quello relativo all'esecuzione della prestazione principale; la valutazione deve essere compiuta in relazione alla funzione sanzionatoria, cosicché, una penale di notevole gravità rispetto al danno effettivo, può essere giustificata da un rilevante interesse del creditore alla prestazione principale.

L'art. 1384, oltre a rendere generale il rimedio della riduzione per manifesta eccessività della penale, ha generato molti problemi interpretativi, dando adito ad un'abbondante produzione scientifica¹⁰².

una piena giustificazione logica così come si richiamava nei lavori preparatori il Guardasigilli nella Relazione, n. 632.

¹⁰² JANNARELLI, *op. cit.*, 315, il quale riferisce che la clausola penale opera in presenza di una obbligazione principale che può anche non essere di origine contrattuale, inoltre aggiunge che la norma sulla riduzione è destinata ad operare per qualunque tipo di contratto ed a prescindere dalla qualità soggettive dei contraenti. Conformemente la giurisprudenza in Cass., 6 febbraio 1987, n. 1209, in *Foro it., Rep.*, 1987, voce *Contratto in genere*, 330, per cui: «il principio della riducibilità della penale eccessiva, avendo carattere generale, è applicabile in tutti i contratti nei quali sia inserita la suddetta clausola e, quindi anche quando si tratta di un contratto di transazione; né a tale operatività osta il disposto dell'art. 1970 c.c. - che esclude l'impugnabilità della transazione per causa di lesione - trattandosi di norma eccezionale non suscettibile di estensione analogica e non essendo assimilabili a fattispecie della lesione *ultra dimidium* e quella dell'eccessività della penale»; MAZZARESE, *op. cit.*, 605, la norma è di ben più ampia portata di quanto non fosse quella contenuta nell'art. 1214 del codice del 1865 e tuttavia, l'espansione legale del rimedio, peraltro entro un rinnovato tessuto di clausole generali e di disciplina unitaria dei rapporti privati, non sempre fa esprimere condivisibili regioni del

Per quel che concerne la possibilità di riduzione della penale eccessiva, storicamente, si sono contrapposte due diverse correnti dottrinali.

Secondo la prima corrente, sulla scorta della canonistica e del diritto comune, il fondamento della riducibilità sarebbe dato dalla preoccupazione dell'usura o dall'indebito sfruttamento dello stato di bisogno del debitore¹⁰³.

Mentre, secondo l'altro indirizzo di pensiero¹⁰⁴, la giustificazione della riducibilità si riferirebbe ad un vizio del volere sotto l'aspetto dell'errore o di una leggerezza o illusione del debitore¹⁰⁵: di siffatta tendenza resta traccia nei codici che, pur ammettendo la riducibilità, non

suo autentico fondamento ideale; RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, 3 ss, 17 ss. e 137 ss. Cfr. Cass., 21 luglio 1945, n. 586, in *Foro it.*, 1944-1946, 846.

¹⁰³ GORLA, *op. cit.*, 258, MARINI, *La clausola penale*, cit., 138, e all'usura allude pure *Relazione del Guardasigilli al Codice civile*, Roma, 1943, n. 632 sull'art. 1384 :«Si è conferito al giudice il potere di ridurre la penale eccessiva, ossia sproporzionata all'interesse che ha il creditore all'adempimento. Tale disposizione, fondata sull'equità, mira a contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario». Sulla spiegazione della riducibilità della penale in termini di repressione del negozio usurario aveva concordato anche la Corte di Cassazione, in una decisione rimasta peraltro isolata, che ricollegava l'art. 1384 all'art. 1526, comma 2°, c.c. «Qualora sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo di indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta», Cass., 30 ottobre 1959, n. 3185, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 1361; vedi in senso contrario Cass., 30 marzo 1951, *Foro it.*, *Rep.*, 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 228: «La fissazione convenzionale attuata senza che una parte approfitti dello stato di bisogno dell'altra, di una penale a rafforzamento di una determinata obbligazione, non può rientrare nello schema giuridico dell'usura»;

¹⁰⁴ POTHIER, *op. cit.*, n. 346; TRIMARCHI, *op. cit.*, 135.

¹⁰⁵ POTHIER, *op. cit.*, n. 346. In realtà il fondamento del vizio del volere del debitore inadempiente ha precedenti ancora più remoti ed è lo stesso POTHIER che l'attribuisce a MOLINEO, *De eo quod interest*, n. 159 ss.

ne accettano l'aumentabilità¹⁰⁶, salvo che il creditore abbia provveduto con patto espresso.

La riducibilità della penale eccessiva, essendo fondata sull'esigenza di una volontà libera e cosciente, poteva, in tal modo, conciliarsi con il principio dell'immutabilità delle convenzioni, le quali “solo in quanto liberamente formate hanno forza di legge tra le parti¹⁰⁷”.

Il tramonto, nella scienza giuridica, del mito ottocentesco dell'onnipotenza della volontà individuale e del dogma dell'intangibilità delle convenzioni, non poteva non avere ingerenze sulla qualificazione giuridica della riducibilità della penale eccessiva.

Questo stato di cose non poteva non influire sulle codificazioni successive e, nel caso del Codice civile del '42, la riducibilità ha ricevuto un'espressa disciplina legislativa con la regola dell'art. 1384, anche se, probabilmente, il fondamento della norma va ricercato altrove.

Mentre infatti, secondo la Relazione¹⁰⁸ al codice civile del 1942 “la norma mira a contenere l'autonomia dei contraenti in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario”, la dottrina successiva ha,

¹⁰⁶ L'aumentabilità della clausola penale è prevista dal paragrafo 340 del codice civile germanico, dall'art. 161c codice svizzero obblig., art 225 cod. civ. egiziano invece non è prevista dal codice civile del 1942.

¹⁰⁷ Cfr. infatti la Relazione Pisanelli sul progetto del terzo libro del codice civile n. 146 che esclude la riducibilità della penale sulla base del principio che « i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno posti in essere»prospettando la riducibilità quale limite al principio dell'autonomia dei privati.

¹⁰⁸ *Relazione del Guardasigilli al Codice civile, op. cit., n. 632.*

soprattutto, evidenziato l'esigenza di impedire che l'obbligato venga a trovarsi in una posizione di assoluta inferiorità nei confronti dell'altro soggetto del rapporto che ha una posizione di vantaggio¹⁰⁹.

Nell'odierna disciplina si è dunque affermato che, il fondamento è un altro¹¹⁰, e la penale eccessiva si riduce a prescindere dalla rilevabilità delle situazioni di usura, o, più genericamente, dello sfruttamento dell'altrui stato di bisogno, nonché dai vizi del volere.

Il fondamento sarebbe da individuare in un'esigenza di giustizia e proporzione in relazione al contenuto di una clausola che fissa una sanzione: la regola, dunque, porrebbe un controllo alla libertà riconosciuta ai privati di fissare convenzionalmente delle sanzioni, per evitare che queste, per il loro ammontare, possano urtare contro le più elementari esigenze di giustizia¹¹¹.

Si afferma dunque che la disposizione stabilirebbe un limite alla misura della sanzione: limite imposto, data la varietà degli illeciti che le

¹⁰⁹ Cfr. al riguardo TRIMARCHI, *op. cit.*, 133, dove l'A. accenna all'esigenza di impedire che la clausola si risolva in uno strumento di sopraffazione a danno del contraente meno forte; MIRABELLI, *op. cit.*, 262 e da ultimo MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 1787, nota a Cass., 24 aprile 1980, n. 2479; *contra* MAZZARESE, *op. cit.*, 607, dove l'A. asserisce che per quanto sia condivisibile, dal punto di vista ideale e astratto, riconoscere nel rimedio della riduzione l'avversione del nostro ordinamento per l'arricchimento senza causa, in realtà non si può ritenere altrettanto dal punto di vista della sembra pertinenza tecnica dello stesso rimedio, perché una valida *stipulatio poenae*, ancorché eccessiva, è «giusta causa» (art. 2041, c.1, c.c.) di autotutela sanzionatoria e di attribuzione di un diritto alla prestazione penale, che infatti, non può essere del tutto eliminata dal giudice.

¹¹⁰ GORLA, *op. cit.*, 258 ss., infatti la riducibilità si applica anche se risulta che non vi sono stati usura, sfruttamento di bisogno o vizi, in senso generico, del volere.

¹¹¹ MOSCATI, *Pena privata*, cit., 511 ss.; ZOPPINI, *op. cit.* 255; DE LUCA, *op. cit.*, 118 ss; MARINI, *La clausola penale*, cit., 142; GORLA, *op. cit.*, 260 - 261, il quale esclude anche che qui rilevi una generale esigenza di proporzione tra prestazione e controprestazione. Conformemente GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 924; 511 ss.; DE NOVA- SACCO, *Obbligazioni*, cit., 453; PERSICO, *op. cit.*, 80.

parti possono produrre nella clausola penale, attraverso un criterio generale ed astratto, riferibile a tutte le fattispecie che in pratica potrebbero verificarsi¹¹².

La giurisprudenza, dal canto suo, ha valutato attentamente e, poi, confermato che la misura della penale debba essere determinata in rapporto sia alla volontà delle parti, che all'obbligazione contrattuale inadempita¹¹³.

Il fondamento, pertanto, del potere di riduzione giudiziale va ravvisato, nella riconduzione, mediante l'equo temperamento degli interessi contrapposti¹¹⁴ delle parti, dell'autonomia privata, dalla quale la clausola penale è espressione, nei limiti in cui è meritevole di tutela

¹¹² MARINI, *La clausola penale*, cit., 134 ss.

¹¹³ Cfr. *ex multis*, Trib. Bergamo, 9 aprile 1991, in *Dir. pr. lav.*, 1991, 2647 ss. La sentenza affronta il tema della riduzione della clausola penale in un contratto di lavoro in cui le parti avevano previsto anticipatamente una penale di L. 100.000.000, quale corrispettivo del recesso del dipendente. Il giudice del lavoro ha operato la riduzione della clausola penale perché eccessiva e squilibrata nell'economia di un semplice rapporto di lavoro dipendente sebbene si trattasse di un manager cui l'azienda riconosceva un alto compenso (L. 70.000.000 annui + accessori e *benefits*). Nel ridurre la penale il pretore ha valutato tutti gli aspetti soggettivi e oggettivi che qualificano, in astratto e in concreto, la volontà contrattuale delle parti nel contesto delle finalità generali e particolari perseguite. Nel caso di specie il recesso era avvenuto prima dell'inizio della collaborazione lavorativa manifestato nel giro di pochi giorni dalla conclusione del contratto (il 10 gennaio era stato stipulato il contratto di lavoro e il 21 gennaio il manager aveva espresso una dichiarazione di volontà opposta) e il pregiudizio del datore di lavoro era stato individuato nel disagio di dover ricercare un'altra persona adatta a sostituire l'incarico ma che non aveva procurato uno sconvolgimento organizzativo di apprezzabile entità. Sulla base di questi elementi il pretore aveva concluso nel condannare il dipendente al pagamento di una penale pari al doppio dell'indennità di preavviso pari al L. 10.769.230.

¹¹⁴ Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, I, 363, dove si afferma che: «Il fondamento del potere di riduzione viene generalmente individuato nella riconduzione dell'autonomia privata, dalla quale la causa penale è espressione, nei limiti in cui è meritevole di tutela nell'ordinamento giuridico mediante un equo temperamento degli interessi contrapposti»; MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1784, nota a Cass., 24 aprile 1980, n. 2479, dove l'A. afferma che: «Il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva si fonda sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata, che, esercitato al di fuori dei limiti riconosciuti meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico, si risolve in un abuso contrario ai principi di libertà e di uguaglianza tra i contraenti»; Cass., 9 novembre 1994, n. 9304 in *Giur. it, Mass.*, 1994.

nell'ordinamento giuridico¹¹⁵, costituendo, quindi, espressione dell'equità non già suppletiva, bensì integrativa o più esattamente correttiva.

Partendo dal presupposto sostanziale che il potere di riduzione è esercitabile, esclusivamente, al verificarsi alternativo di due condizioni, ossia che la prestazione sia stata eseguita in parte oppure per la manifesta eccessività della penale, si può sostenere che la scelta interpretativa più corretta sia da ravvisare nella tutela della figura del creditore e del debitore che risulterebbero garantite dalla disciplina normativa della penale.

Da un lato l'art. 1383 c.c., che vieta il cumulo della penale con la richiesta dell'adempimento, dall'altro l'art. 1384 c.c., grazie al quale si riduce la penale, tendono entrambi ad un bilanciamento di interessi, affinché si eviti un sostanziale aggravamento della posizione sia del debitore che del creditore¹¹⁶.

In relazione a quanto evidenziato, è pacifico, in dottrina, che il presupposto logico per la riducibilità della penale sia la validità della

¹¹⁵ Ciò avviene riconducendo l'autonomia dettata dall'art. 1322 c.c. nell'ambito del «meritevole di tutela» secondo l'ordinamento giuridico. Al di fuori di quest'ambito si deve fermare anche l'autonomia delle parti.

¹¹⁶ Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, cit.

penale stessa¹¹⁷: se la clausola penale è nulla, allora, non produrrà alcun effetto e, dunque, non potrà essere ridotta¹¹⁸.

In coerenza con tale impostazione, la giurisprudenza di legittimità ha negato che la manifesta eccessività della clausola penale possa determinarne la nullità¹¹⁹: al giudice spetta un mero potere di equo adeguamento, non anche la facoltà di eliminare completamente la clausola penale in ragione della ritenuta eccessività¹²⁰.

L'inderogabilità della riduzione: profili dottrinali e giurisprudenziali.

Se la valida stipulazione della clausola è da assumere con certezza a presupposto necessario della riducibilità della penale, non è altrettanto certo, in dottrina ed in giurisprudenza, che ulteriore presupposto di operatività della riduzione sia la natura inderogabile ed eccezionale della norma contenuta nell'art. 1384 c.c.

¹¹⁷ GORLA, *op. cit.*, 259, MARINI, *La clausola penale*, cit., 140 ss.; ZOPPINI, *op. cit.*, 245 ss.; GALGANO, *op. cit.*, 165, poi sottolinea come l'equità del giudice sia, in questo caso, indirizzata a correggere una manifestazione dell'autonomia contrattuale, che, altrimenti porterebbe ad una clausola nulla; MAZZARESE, *op. cit.*, 608.

¹¹⁸ Conformemente TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002, 31, il quale adduce l'improprietà del ricorso all'illecito usurario per garantire la riduzione di una penale non equa e ravvisa altri precetti quali l'art. 1339 o l'art. 1418 di più ampia portata per la repressione dell'usura

¹¹⁹ Cass., 23 maggio 1985, n. 3120, in *Foro it., Rep.*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 195 «Non è configurabile l'invalidità per eccessiva onerosità della clausola penale la quale concretandosi in una anticipata liquidazione del danno, non ha carattere vessatorio stante la possibilità della sua riconduzione ad equità ad opera del giudice, ai sensi dell'art. 1384 c.c.»

¹²⁰ Cass., 5 agosto 1989, n. 3600, in *Foro it., Rep.*, 1989, voce *Contratto in genere*, n. 294 per cui in tema di danni da inadempimento contrattuale, la penale concordata dalle parti può essere diminuita equamente dal giudice ma non del tutto eliminata.

Riguardo al primo punto, si è affermato che la norma, essendo posta a tutela di un interesse puramente individuale del debitore, dovrebbe considerarsi dispositiva, cioè, liberamente derogabile attraverso una contraria manifestazione di volontà dei soggetti interessati¹²¹.

Tale posizione, però, è rimasta isolata ed è opinione dominante¹²², che la norma abbia carattere cogente ed inderogabile. Può osservarsi, infatti, come l'esigenza di giustizia o adeguatezza della sanzione su cui, come si è visto si fonda la riducibilità della penale, rifletta un interesse primario dell'ordinamento, distinto da quello meramente individuale della parte che alla sanzione è soggetta¹²³.

La disciplina legale, essendo posta a tutela di siffatto interesse, viene ad assumere uno spiccato carattere cogente e comporta, quale

¹²¹ Cfr. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 195; DISTASO, *op. cit.*, 1360; singolare la posizione di GHIRON, *op. cit.*, 542, per il quale la norma avrebbe carattere cogente solo per l'ipotesi della riducibilità per manifesta eccessività, l'A., inoltre, ricorda che sull'art. 1214 c.c. 1865, aveva eguale opinione GIORGI, *op. cit.*, 565. Per la natura derogabile dell'art. 1214 c.c. 1865 cfr. BOZZI, *op. cit.*, 73. Per la natura dispositiva cfr. App. di Cagliari 23 luglio 1957, in *Giust. civ., Mass.*, 1957, 28.

¹²² MIRABELLI, *op. cit.*, 341 ss; MOSCATI, *Riduzione della penale*, cit., 1788; MARINI, *La clausola penale*, cit., 150 ss.; BIANCA, *op. cit.*, 233; DE NOVA, *op. cit.*, 381; DE NOVA- SACCO, *Obbligazioni*, cit., 441 ss. spec. 453; ZOPPINI, *op. cit.*, 276; BUTERA, *op. cit.*, 356; MAZZARESE, *op. cit.*, 617 ss; per la giurisprudenza si cfr. Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, in *Foro pad.*, 1961, I, 320: «L'inderogabilità della norma di cui all'art. 1384 c.c. va intesa nel senso che le parti possono liberamente pattuire penali manifestanti eccessive senza che ne derivi la nullità della convenzione, ma non nel senso che possano disporre del potere di riduzione riconosciuto dalla legge al giudice a salvaguardia dell'interesse particolare del singolo debitore»; conformemente App. Bari, 16 aprile 1947, in *Foro it., Rep.*, 1948, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 233; App. Roma, 11 novembre 1960, in *Giust. civ., Rep.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 65; App. Cagliari, 20 giugno 1964, in *Foro it., Rep.*, 1966, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 314; Trib. Roma 14 aprile 1966, I, in *Foro pad.*, I, 835.

¹²³ Cfr., Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, *cit.*, secondo cui la riduzione «ha una funzione equitativa che la legge affida al giudice per prevalenti ragioni di *interesse pubblico*».

logico corollario, la nullità di qualsiasi patto esclusivo o limitativo del potere del giudice¹²⁴.

Appurata la natura inderogabile dell'art. 1384 c.c., la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria ammettono l'applicabilità della riduzione per manifesta eccessività della clausola penale nel caso di penali previste a favore della pubblica amministrazione nei capitolati generali avente natura regolamentare, richiamati e recepiti nei contratti stipulati con il privato¹²⁵.

In passato, la questione aveva dato luogo ad una diatriba dottrinale e giurisprudenziale giacché la Suprema Corte aveva escluso che il giudice potesse ridurre le penali quando la clausola fosse inserita in un contratto della Pubblica Amministrazione.¹²⁶

¹²⁴ In conformità del resto a quanto espressamente sancito in taluni ordinamenti, come quello francese, molto simili al nostro, cfr. il nuovo testo degli art. 1152 e 1231 del Code Civil, i quali espressamente ribadiscono l'invalidità dei patti modificativi o limitativi della riducibilità.

¹²⁵ Così Cass., 6 aprile 1978, n. 1574, in *Foro it., Rep.*, 1978, voce *Contratto in genere*, n. 188 per cui la norma sulla riduzione della penale è applicabile «alle penali previste a favore della pubblica amministrazione in un capitolato avente natura regolamentare»; Cass., 22 novembre 1976, n. 4386, in *Foro it.*, 1977, I, 382, per cui «non varrebbe contro l'applicabilità dell'art. 1384 alla P.A. sostenere che diversa è la funzione della clausola medesima nei contratti tra privati ed in quelli stipulati dalla P.A. nell'espletamento di attività amministrativa di diritto privato». Al riguardo si confronti anche ANNUNZIATA, *Riduzione della clausola penale nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1978, 950, nota a Cass., 5 dicembre 1977, n. 5261, dove si afferma che «Il giudice ha il potere di ridurre la penale manifestamente eccessiva stabilita in favore della p.a. in un contratto disciplinato da capitolato d'oneri avente carattere regolamentare, ancorché la riducibilità della penale non sia prevista dal capitolato»; Cass., 21 aprile 1965, n. 699, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1339; Cons. Stato, 30 marzo 1967, n. 83, in *Foro amm.*, 1967, I, 2, 57; Cass., 11 gennaio 1967, n. 1703, in *Giust. civ., Rep.*, 1968, voce *Pubblica amministrazione*, nn. 52-53; Cass., 14 febbraio 1974, n. 419, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1615; Cass., 7 agosto 1992, n. 9366, in *Foro it.*, 1992, *Rep.*, voce *Contratti della P.A.*, n.177; in dottrina cfr. MAZZARESE, *op. cit.*, 619; MIRABELLI, *op. cit.*, 341 ss; MOSCATI, *Riduzione della penale*, *cit.*, 1788; MARINI, *La clausola penale*, *cit.*, 150 ss.; DE NOVA, *op. cit.*, 381; DE NOVA-SACCO, *Le clausole penali*, *cit.*, 453; ZOPPINI, *op. cit.*, 276; BUTERA, *op. cit.*, 356.

¹²⁶ Cass., 23 luglio 1969, n. 2766, in *Foro it., Mass.*, 1969, dove la Corte ritenne precluso qualsiasi sindacato sull'interesse pubblico che avrebbe portato ad una valutazione del potere

Si riteneva, infatti, che essa fosse oggetto di una determinazione discrezionale della parte pubblica, non sindacabile da parte del giudice ordinario, stante il divieto contenuto nell'art. 5, l. 20 marzo 1865, all. E., laddove veniva riservata all'amministrazione il potere di concedere la riduzione, qualora la clausola risultasse sperequata rispetto all'inadempimento del contraente privato¹²⁷.

L'orientamento contrario, già manifestatosi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato negli anni sessanta¹²⁸, si affermò, poi, in Cassazione. Secondo la Corte, l'inderogabilità dell'art. 1384 c.c. si rifletteva in tutti i rapporti negoziali, ancorché, come avviene nei capitolati d'oneri, il regolamento del rapporto sia contenuto in un atto autoritariamente imposto alla parte privata; in tal caso anzi, lo strumento equitativo opera a maggior ragione.

discrezionale esercitato dagli organi della Pubblica amministrazione, cioè un sindacato di merito non consentito ai sensi dell'art. 5 della l. 20 marzo 1965, n. 2248, all. E; Cass., 14 febbraio 1974, n. 419, cit., dove si affermava che: «Negli appalti pubblici la p.a., nel pattuire un determinato ammontare della penale per il caso del ritardo dell'ultimazione dei lavori commessi all'appaltatore, fa uso di un potere discrezionale con riferimento ai fini pubblici da essa perseguiti; l'interesse pubblico da essa insindacabilmente valutato al momento della stipulazione del contratto d'appalto non può formare oggetto d'indagine da parte del giudice ordinario neppure sotto il profilo e per gli effetti di cui all'art. 1384 c.c., giacché tale indagine si risolverebbe inevitabilmente in una sostituzione della volontà del giudice a quella della p.a. nella sfera di attività e di determinazioni discrezionali ad essa riservate»; Cons. Stato, sez. III, 29 maggio 1979, n. 296, in *Cons. Stato*, 1981, I, 624, dove si statuisce che: «L'art. 1384 c.c., che consente al giudice di ridurre l'ammontare della penale quando essa sia eccessiva non è applicabile alle clausole penali inserite nei contratti dello Stato, dato il prevalente interesse pubblico all'efficienza sanzionatoria della penale».

¹²⁷ Così Cass., 14 febbraio 1974, n. 419, cit. Nella specie si trattava di una pubblica amministrazione che aveva concesso in appalto la costruzione di alloggi popolari e nel determinare in concreto l'ammontare della penale per il caso di ritardo nell'ultimazione dei lavori commessi all'appaltatore, aveva fatto uso di un potere discrezionale con riferimento ai fini pubblici da essa perseguiti. Secondo la Cassazione, l'interesse pubblico valutato insindacabilmente dalla P.A., al momento della stipulazione del contratto di appalto, non poteva formare oggetto di indagine da parte del giudice, neppure sotto il profilo dell'art. 1384 c.c., giacché si risolveva inevitabilmente in una sostituzione della volontà del giudice a quella della P. A. : il potere di riduzione era perciò in capo alla P.A.

¹²⁸ Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 1967, n. 1703, in *Cons. Stato*, 1968, I, 1394.

Quanto alla l. n. 2248/1865, essa permette la disapplicazione degli atti illegittimi da parte del giudice ordinario e, del resto, l'interesse all'adempimento, che il giudice civile prendeva in considerazione ai fini dell'art. 1384, era di carattere patrimoniale e da bilanciare con quello, egualmente patrimoniale, della controparte, e ciò escludeva ogni ingerenza del giudice nella valutazione di interessi pubblici¹²⁹. Tale giurisprudenza, poi, accolta dalla dottrina prevalente¹³⁰, è espressione del movimento di riduzione della materia delle obbligazioni pubbliche ad un "diritto comune", ossia ad un diritto privato capace di integrare le lacune di diverso genere¹³¹, risultanti nell'ordinamento pubblicistico delle obbligazioni e dei contratti¹³².

Inizialmente, anche, la dottrina sostenne la tesi contraria¹³³, basandosi essenzialmente su un duplice ordine di argomenti: la natura regolamentare del capitolato generale dello Stato comportante uno "status

¹²⁹ Cass., 22 novembre 1978, n. 4386, in *Giust. civ.*, 1977, I, 250: «Il potere del giudice di ridurre equamente la penale, ai sensi dell'art. 1384 c.c. sussiste anche con riguardo alla penale stipulata a favore della pubblica amministrazione in un contratto di vendita con un privato, senza che ciò comporti la violazione del divieto imposto al giudice ordinario dagli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo di sindacare l'uso del potere discrezionale della pubblica amministrazione nel campo della sua attività amministrativa; la valutazione degli interessi delle parti contraenti è operata, infatti in termini esclusivamente patrimoniali, in un rapporto in cui la pubblica amministrazione interviene su base paritetica rispetto all'altro contraente, senza compromettere la valutazione dell'interesse pubblico generale riservato all'autorità amministrativa». Cass., 5 dicembre 1977, n. 5261, *cit.*

¹³⁰ Cfr. *ex multis* MARINI, *La clausola penale*, *cit.*, 155.

¹³¹ RESCIGNO, *op. cit.*, 148, dove l'autore afferma che l'obbligazione, sebbene regolata nel libro delle obbligazioni del codice civile, costituisce altresì uno degli istituti che appartengono al diritto privato comune pertanto nel caso in cui sia incompleto il regime degli strumenti e delle attività della pubblica amministrazione è alla disciplina di diritto privato che occorre guardare.

¹³² ROSELLI, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. BESSONE, Torino, 2002, vol. XIII, 5, 458.

¹³³ Cfr. *ex multis*, MAZZEO, *La clausola penale nei contratti della p.a.*, in *Amm. it.*, 1982, 1052-1053.

subiectionis” del privato ed il carattere puramente discrezionale dell’attività della pubblica amministrazione che precludeva, ai sensi dell’art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, la possibilità di un sindacato del giudice ordinario riguardo ai fini pubblici perseguiti dalla stessa pubblica amministrazione¹³⁴.

Diversamente, altra parte della dottrina ammetteva la riducibilità della penale stabilita a favore della p.a. sostenendo che, essendo i capitoli generali norme interne nei confronti degli organi della pubblica amministrazione, i quali sono obbligati ad adottarli, nei confronti dei terzi acquistano una rilevanza solo indiretta per effetto ed in conseguenza dell’accordo delle parti¹³⁵.

Si risolse, così, il primo ostacolo all’applicabilità della disciplina dell’art. 1384 c.c. qualificando in termini negoziali la clausola penale prevista nei capitoli.

L’altro ostacolo all’estensione che si faceva derivare dall’art. 5 della legge sull’abolizione del contenzioso amministrativo, venne smentito dal Sandulli¹³⁶, il quale osservò che vi era stato un errore di prospettiva giacché gli artt. 4 e 5 della l. n. 2248/1865 concernevano

¹³⁴ Cfr. MAZZEO, *op. cit.*, 1053, dove l’A. afferma che: «L’autorità giudiziaria ordinaria per poter ridurre la penale manifestante eccessiva dovrebbe condurre un’indagine per valutare le ragioni addotte dal debitore. Tale indagine finirebbe col sindacare proprio quell’interesse pubblico che è sempre presente e predominante nei contratti stipulati dall’Amministrazione statale».

¹³⁵ In tal senso CIANFALONE, voce *Capitolato*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 212; STOLFI M., voce *Appalto*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 663; MARINI, *La clausola penale*, cit., 155.

¹³⁶ Cfr. *ex multis*, SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1962, 638 ss.

esclusivamente gli atti amministrativi e non gli atti posti in essere dalla p.a. nei rapporti con i privati.

Il giudice ordinario, quindi, non aveva alcun sindacato sull'attività discrezionale della P.A.

Il principio della riducibilità è destinato ad operare per qualunque tipo di contratto ed a prescindere dalle qualità soggettive dei contraenti¹³⁷.

Attualmente, invero, se ne prevede l'applicabilità alle penali bilaterali¹³⁸ ed ai contratti di transizione¹³⁹.

Sul tema della inderogabilità dell'art. 1384, la dottrina ha molto disputato, soprattutto, in relazione all'ipotesi in cui il debitore potesse preventivamente rinunciare al potere di chiedere la riduzione prima del verificarsi dell'inadempimento.

Al riguardo si contrappongono due correnti di pensiero che rispettivamente tendono ad ammettere o a negare la natura cogente dell'art. 1384 c.c.

¹³⁷ Cfr. *ex multis*, JANNARELLI, *op. cit.*, 315.

¹³⁸ Cass., 6 aprile 1978, n. 1574, cit., la norma dell'art. 1384 non ha la funzione di proteggere il contraente economicamente più debole dallo strapotere del più forte, bensì mira alla tutela e ricostituzione dell'equilibrio contrattuale, pertanto, non osta alla sua applicazione il fatto che la clausola penale sia stata stipulata a favore e contro entrambi i contraenti o che non ricorra un'ipotesi di usura; TATARANO, *op. cit.*, 87.

¹³⁹ JANNARELLI, *op. cit.*, 315; MAZZARESE, *op. cit.*, 619; Cass., 6 febbraio 1987, n. 1209, *in Foro it., Rep.*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 330: «Il principio della riducibilità della penale eccessiva, avendo carattere generale, è applicabile in tutti i contratti nei quali sia stata inserita la suddetta clausola e, quindi anche quando si tratta di un contratto di transazione; né a tale operatività osta il disposto dell'art. 1970 c.c. – che esclude l'impugnabilità della transazione per causa di lesione-trattandosi di norma eccezionale non suscettibile di estensione analogica e non essendo assimilabili la fattispecie della lesione *ultra dimidium* e quella dell'eccessività della penale ».

Coloro che considerano la predetta norma come dispositiva, e quindi derogabile, affermano la validità del patto e, pertanto, l'ammissibilità della rinuncia¹⁴⁰.

Di contro, la dottrina maggioritaria, sostenendo la natura cogente - inderogabile della norma, sottolinea pertanto l'invalidità della rinuncia preventiva alla riduzione¹⁴¹.

Una parte minoritaria della dottrina ritiene che la rinuncia del debitore a chiedere la riduzione della penale, sarebbe in ogni caso inammissibile, non sussistendo un diritto in capo al debitore, laddove la riduzione della penale è un potere tipico del giudice ed è rimesso alla sua equa valutazione, in relazione all'interesse del creditore al tempestivo ed integrale adempimento tenuto ad esercitare¹⁴².

La giurisprudenza, al riguardo, si è pronunciata in senso sfavorevole, ritenendo che non sia possibile ritenere efficace la rinuncia del debitore a una riduzione che non rientra nell'ambito del suo potere dispositivo e che, se ammessa, verrebbe ad annullare una funzione

¹⁴⁰ In dottrina sostiene l'ammissibilità della rinuncia MAGAZZÙ, *op. cit.*, 195 e sulla stessa scia DISTASO, *op. cit.*, 1360.

¹⁴¹ Cfr. *ex multis* MIRABELLI, *op. cit.*, 262 e MOSCATI, *Riduzione della penale*, cit., c. 1788; inoltre MARINI, *La clausola penale*, cit., 151, ritiene che, per ragioni di ordine pubblico, la rinuncia preventiva del debitore realizzi un semplice patto derogativo della disciplina risultante dall'art. 1384 c.c. ed in quanto tale nullo ex art. 1418 c.c.; in giurisprudenza v. sopra nota 138.

¹⁴² Per l'espressa affermazione dell'inesistenza di un diritto del debitore alla riduzione della penale cfr. Cass., 7 luglio 1981, n. 4425, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Contratti in genere*, n. 236; TATARANO, *op. cit.*; MAZZARESE, *op. cit.*, 618. L'affermazione dell'inesistenza di un diritto del debitore è, nella dottrina risalente cfr., infatti, POLACCO, *op. cit.*, 676, il quale riconduce la riduzione della pena ad una semplice facoltà del giudice.

equitativa che la legge affida al giudice per prevalenti ragioni di interesse pubblico¹⁴³.

L'eccezionalità della norma è, poi, strettamente collegata alla natura inderogabile della stessa, perciò la dottrina¹⁴⁴ e la giurisprudenza dominanti¹⁴⁵ attribuiscono all'art. 1384 c.c. anche la natura di norma eccezionale, così da non consentire al giudice né di applicare la norma per analogia ad obbligazioni sanzionatorie che non siano anche obbligazioni penali, né di utilizzare, per la riconduzione ad equità della stessa clausola, altri rimedi correttivi dell'eccessività delle prestazioni debitorie.

Secondo costante giurisprudenza, il potere di riduzione della clausola penale eccessiva non sarebbe suscettibile di applicazione analogica, poiché la riduzione si presenterebbe come una violenza alla autonomia dei privati ed, allora, non potrebbe ammettersene l'applicabilità che alle sole ipotesi previste dalla legge¹⁴⁶.

Nella dottrina più recente emerge, tuttavia, un orientamento volto a riconoscere l'estensibilità analogica della riduzione della penale ad altre

¹⁴³ Cfr. *ex multis*, Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, *cit.*

¹⁴⁴ Cfr. *ex multis*, MAZZARESE, *op. cit.*, 620.

¹⁴⁵ App. Firenze, 4 maggio 1950, in *Giur. Tosc.*, 1950, 216: «L'art. 1384 c.c. è norma eccezionale e pertanto non applicabile a istituti giuridici diversi da quello rispetto al quale fu espressamente considerato».

¹⁴⁶ Cfr. Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, in *Foro it., Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, 208: «La norma dell'art. 1384 c.c. sul potere del giudice di ridurre equamente la penale, ha carattere eccezionale e, pertanto non è applicabile analogicamente oltre l'ambito della clausola penale, cui testualmente si riferisce»; Cass., 10 novembre 1977, n. 4856, in *Giur. it., Mass.*, 1977; Cass., 8 settembre 1978, n. 4052, in *Foro it., Rep.*, 1978, voce *Contratto in genere*, n. 189 e 190; Cass., 23 maggio 1995, n. 5644, in *Foro it., Rep.*, 1995, *Contratto in genere*, n. 368.; App. Roma, 30 novembre 1993, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 193; ZOPPINI, *op. cit.*, 277.

clausole, sia tipiche, come la caparra confirmatoria e quella penitenziale, sia atipiche, come le clausole di liquidazione dei danni o quelle contenenti pene private negli statuti delle associazioni non riconosciute, in quanto esse prevedono una prestazione obbligatoria o una misura afflittiva eccessivamente sproporzionata rispetto all'interesse leso¹⁴⁷.

In particolare, si è considerato non condivisibile il divieto di estensione analogica fondato sul presupposto che l'intervento del giudice, esterno al contratto, abbia natura eccezionale, poiché esso è un semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento riserva a sé stesso su tutti gli atti di autonomia privata¹⁴⁸.

Il criterio valutativo della manifesta eccessività della penale e l'interesse del creditore.

Relativamente alla configurazione del potere del giudice, la nozione di manifesta eccessività e di interesse del creditore all'adempimento sono particolarmente importanti.

Secondo la lettera della norma, il criterio normativo di riferimento, ai fini della riduzione della penale manifestante eccessiva o in conseguenza di un parziale adempimento della obbligazione, è l'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

¹⁴⁷ Un'ampia analisi è quella prospettata da ZOPPINI, *op. cit.*, 277-293; JANNARELLI, *op. cit.*, 316; su particolari altri aspetti applicativi, si vedano MORACE PINELLI, *Promessa del fatto del terzo e clausola penale*, in *Rass., dir. civ.*, 1996, 194 ss.. *Contra* DE NOVA, *op. cit.*, 241.

¹⁴⁸ MORACE PINELLI, *op. cit.*, 213 ss.

Tale interesse gioca un ruolo decisivo in punto di determinazione dell'ammontare della penale eccessiva, ma, sul piano interpretativo, si sono profilate non poche difficoltà nell'individuare gli indici che devono essere posti a fondamento del giudizio in ordine all'interesse del creditore.

La dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo confrontate dando, peraltro, soluzioni differenti al problema.

Secondo alcuni autori, l'unico parametro per l'apprezzamento del carattere manifestamente eccessivo deve essere riferito all'interesse che il creditore aveva all'adempimento al momento della conclusione del contratto¹⁴⁹.

L'interesse, cui fa riferimento l'art. 1384 c.c., sarebbe quello che il creditore mirava a realizzare attraverso la prestazione principale e a tutelare attraverso la clausola penale.

Si tratterebbe di un interesse a non subire un pregiudizio, considerato in senso naturalistico, che deriverebbe dall'inadempimento¹⁵⁰.

¹⁴⁹ ZOPPINI, *op. cit.*, 262 ss., il quale indica come termine individuante la penale eccessiva, l'interesse del creditore; MAGAZZÙ, *op. cit.*, 195; MARINI, *La clausola penale*, cit., 159; MOSCATI, *Riduzione della penale*, cit., 1787; BIANCA, *op. cit.*, 232; DE NOVA, *Clausola penale*, cit., 171; MAZZARESE, *op. cit.*, 630, ha la medesima impostazione. L'A. sostiene che, anche nel giudizio di riduzione per manifesta eccessività, rileva l'interesse all'adempimento che il creditore aveva al momento della conclusione del contratto. In senso contrario TRIMARCHI, *op. cit.*, 129 ss. per il quale si deve considerare sia la manifesta eccessività *ab origine* che quella sopravvenuta per la determinazione della eccessività.

¹⁵⁰ ZOPPINI, *op. cit.*, 266.

Altra parte della dottrina, decisamente minoritaria, ritiene, invece, che la manifesta eccessività vada valutata con riguardo al danno conseguito all'inadempimento. In questa ipotesi, la manifesta eccessività si verificherebbe allorché presenti sproporzioni tali da superare il danno verificato¹⁵¹.

Altri autori ritengono che non esista un criterio determinativo dell'attività del giudice, preordinata alla riduzione, e che la manifesta eccessività dovrebbe essere apprezzata in forza di un criterio soggettivo del giudice ancorato alle concezioni correnti nella coscienza sociale¹⁵².

La giurisprudenza dominante accoglie l'impostazione¹⁵³ secondo la quale l'apprezzamento in ordine all'eccessività dell'importo fissato con la clausola penale, per il caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, riflette la valutazione dell'interesse del creditore

¹⁵¹ DE CUPIS, *op. cit.*, 483. Per l'A. se c'è uno scarso margine di superiorità rispetto al danno verificatosi, non è danno manifesto; se invece la superiorità è grande, appare con evidenza ed allora il giudice potrà esercitare il suo potere di equa riduzione.

¹⁵² MARINI, *La clausola penale*, cit., 148; GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 927.

¹⁵³ Cass., 30 luglio 1956, n. 2967, in Cass., *Foro it., Rep.*, 1956, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 275 «Poiché il potere di ridurre la penale, deve essere esercitato dal giudice, a norma dell'art. 1384 c.c., con riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, il criterio cui all'uopo il giudice deve fare riferimento non è la valutazione della prestazione in sé, astrattamente considerata, ma l'interesse della parte, secondo le circostanze, all'adempimento della prestazione cui ha diritto»; Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, in *Temi nap.*, I, 586, pone quale indice per la valutazione sulla manifesta eccessività della penale l'interesse che il creditore aveva all'adempimento all'obbligazione; in senso conforme si sono successivamente espresse: Cass., 2 luglio 1960, n. 1739, in *Foro pad.*, 1960, I, 1352; Cass., 21 aprile 1965, n. 699, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1339; Cass., 17 agosto 1973, n. 2349, in *Foro it., Rep.*, 1973, voce *Contratto in genere*, n. 283; Cass., 6 novembre 1975, n. 3748, in *Foro it., Rep.*, 1975, voce *Contratto in genere*, n. 231; Cass., 24 aprile 1980, n. 2740, in *Foro it., Rep.*, 1980, voce *Contratto in genere*, n. 219; Cass., 11 giugno 1981, n. 3789, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 237; Cass., 25 giugno 1981, n. 4146, in *Arch. Civ.*, 1981, II, 864; Cass., 4 dicembre 1982, n. 6643, in *Foro it., Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 206; Cass., 27 febbraio 1996, n. 1541, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 802; Cass., 8 maggio 2001, n. 6380, in *Foro it., Rep.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 53.

all'adempimento con riguardo all'effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale¹⁵⁴, indipendentemente da una correlazione con l'entità concreta del danno subito¹⁵⁵ poiché la riduzione è affidata all'apprezzamento discrezionale del giudice e deve essere collegata all'equità anche se si deve tener conto del fatto che sia stata parzialmente eseguita la prestazione principale o che l'ammontare prefissato ecceda l'interesse del creditore.

Per quanto riguarda il momento di valutazione di detto interesse, parte della dottrina, con il sostegno della giurisprudenza, sostiene che il momento rilevante sia quello della lettera della norma, cioè il momento della stipulazione della clausola¹⁵⁶, sebbene alcuni non escludano che si possa far riferimento al momento della sua applicazione¹⁵⁷, anche se la prestazione attesa sia stata eseguita in ritardo o sia rimasta definitivamente ineseguita¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Cass., 4 dicembre 1982, n. 6643, *cit.*

¹⁵⁵ Cass., 14 luglio 1976, n. 2716, in *Foro it., Rep.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 218: «L'entità concreta dei danni conseguenti all'inadempimento è circostanza irrilevante quando sia stata pattuita una clausola penale a carico dell'inadempiente, e ciò anche nel caso in cui venga richiesta la riduzione della penale ai sensi dell'art. 1384 c.c., poiché la riduzione è affidata all'apprezzamento discrezionale del giudice e deve essere collegato all'equità»; Cass., 25 giugno 1981, n. 4146, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 234, per cui deve escludersi che l'apprezzamento relativo alla manifesta eccessività possa fondarsi sul raffronto tra l'ammontare della penale ed il pregiudizio realmente subito da chi la pretende; inoltre Cass., 29 marzo 1976, n. 1130, in *Giust. civ., Mass.*, 1976, 490; Cass., 21 aprile 1965, n. 699, *Giust. civ., Mass.*, 1965, 354.

¹⁵⁶ Cfr. *ex multis* ZOPPINI, *op. cit.*, 270. *Contra* TRIMARCHI, *op. cit.*, 136.

¹⁵⁷ MARINI, *La clausola penale*, *cit.*, 158.

¹⁵⁸ FUSCAS, *Brevi osservazioni in materia di riduzione della clausola penale manifestamente eccessiva e di riconoscimento dei vizi da parte dell'appaltatore*, in *Riv. giur. sarda*, 1995, 42, nota a App. Cagliari, 29 novembre 1993, dove si afferma che il caso affrontato dal giudice d'appello concerneva un contratto d'appalto per la costruzione di un fabbricato ad uso commerciale, tale contratto inoltre, prevedeva una penale giornaliera per il ritardo nella consegna dell'immobile. Stipulato il contratto le parti dopo una previsione iniziale dell'opera pari a L. 40.000.000, decisero di

Altri, per di più, considerano che il dato normativo non permetta di identificare la manifesta eccessività con l'interesse del creditore stante la struttura dell'art. 1384 c.c., che mostra, infatti, sia nel caso di parziale adempimento sia nel caso di manifesta eccessività, che il giudice, nel ridurre la penale, debba aver riguardo all'interesse del creditore¹⁵⁹, ma l'interesse del creditore viene ad operare esclusivamente nella successiva fase in cui il giudice, dopo averne verificato la manifesta eccessività, esercita il potere di riduzione¹⁶⁰.

Inoltre, la norma è volta a tutelare la parte assoggettabile ad una misura afflittiva manifestamente eccessiva piuttosto che l'interesse del creditore all'irrogazione della penale, quale strumento di coazione all'adempimento¹⁶¹.

chiudere il rapporto all'esecuzione di una parte dei lavori pari a L. 19.000.000. L'appaltatore, condannato in primo grado al pagamento della penale, proponeva appello e per la prima volta l'eccessività della clausola pattuita pari a L. 20.000 per ogni giorno di ritardo. Il giudice di merito accolse l'eccezione, e ritenne che per la misurazione della penale deve aversi riguardo, non all'oggetto originariamente previsto dal contratto, ma a quello poi concordemente definito nel corso dell'esecuzione del rapporto. Inoltre accogliendo, l'interpretazione costante ai fini della riduzione della penale, ritenne che la valutazione dovesse riguardare non la prestazione in sé astrattamente considerata, ma il pregiudizio realmente subito da chi pretende la penale cioè si deve considerare l'interesse all'esatto adempimento della prestazione, tendendo conto delle ripercussioni dello stesso sull'equilibrio delle contrapposte prestazioni e la reale incidenza dell'inadempimento sulla situazione contrattuale concreta. Ebbene alla luce di tali considerazioni la penale venne ridotta equamente e proporzionalmente della metà, così come le parti avevano ridotto in concreto l'oggetto del contratto. Conformemente Cass., 3 settembre 1999, n. 9298, in *Giur. it., Mass.*, 1999; Cass., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Foro it., Rep.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 422;

¹⁵⁹ MEDICI, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 321.

¹⁶⁰ MARINI, *La clausola penale*, cit., 148, dove l'A. osserva che la manifesta eccessività costituisce il risultato di un giudizio di valore.

¹⁶¹ In giurisprudenza Pret. Trento, 19 luglio 1991, cit. si rinviene nella pronuncia di merito la tutela di valori etico - giuridici di equità, a cui tende l'art. 1384 c.c., che trascendono gli interessi dei contraenti. Il pretore, chiamato a pronunciarsi sulla riduzione della penale, ha, infatti, osservato che «il potere discrezionale di ridurre la penale manifestamente eccessiva costituisce una manifestazione della funzione equitativa del giudice che è prestata nell'interesse del debitore ma per finalità che lo superano,

Se, quindi, la possibilità di intervento giudiziale fosse fondata su una valutazione attinente alla sola sfera del creditore, rimarrebbe esclusa qualsiasi indagine sulla posizione del soggetto che, seppur indirettamente, la norma ritiene di tutelare.

Si giungerebbe, così, alla paradossale conseguenza che una penale, il cui ammontare non sia manifestamente eccessivo, se valutato con riguardo al solo interesse del creditore, ma che potrebbe diventarlo se considerato in relazione all'intero rapporto contrattuale, non legittimerebbe il giudice ad esercitare il potere di controllo.

L'interesse del creditore attiene, dunque, esclusivamente alla fase di riduzione della penale, costituendo un parametro di quantificazione della misura della riduzione e, quindi, opera in un diverso momento rispetto al preliminare giudizio sulla manifesta eccessività della clausola penale.

La valutazione sulla manifesta eccessività non può fondarsi su elementi soggettivi inerenti alla sfera del creditore, ma deve basarsi su una valutazione oggettiva riferita alla compatibilità economica tra l'ammontare della penale e i termini dello scambio contrattuale. In concreto il giudice, in sede di valutazione della eccessività, è chiamato a

lo trascendono». Tale argomentazione ha portato poi il giudice a ridurre *ex officio* la clausola penale a difesa di interessi superiori che devono essere tutelati indipendentemente da un'istanza di parte.

verificare che non sussista uno squilibrio tra la penale, concretamente convenuta, e l'intera operazione economica divisata dalle parti medesime.

Il giudizio sulla manifesta eccessività viene in tal prospettiva ancorato ad un parametro oggettivo sulla base di un giudizio "ex ante", da riferirsi al valore delle rispettive controprestazioni¹⁶².

La recente giurisprudenza ha confermato siffatto orientamento a tal punto che si è ritenuta manifestante eccessiva una penale predisposta dal mutuante a carico del mutuatario perché sproporzionata rispetto alla somma dovuta¹⁶³ oppure nel caso di un contratto di leasing si è ritenuta manifestamente eccessiva una clausola penale relativa all'utilizzazione di

¹⁶² PALMIERI-PARDOLESI, *Dalla parte di SHYLOCK: vessatorietà della clausola penale nei contratti dei consumatori?*, in *Danno e Resp.*, 1998, 275, nota a Pret. Bologna, 20 gennaio 1998. Il caso riguardava un contratto di intermediazione immobiliare di una società del gruppo Tecnocasa – rete in franchising, la quale aveva ricevuto l'incarico di reperire un acquirente per un immobile. Nella lettera di conferimento di incarico veniva prevista una clausola penale per il caso di revoca dell'incarico prima della sua scadenza pari a £ 8.925.000. Il cliente dopo aver stipulato il contratto successivamente con due fax aveva aumentato l'importo richiesto per la vendita dell'immobile. La società incaricata ritenne che il comportamento del mandatario integrasse sostanzialmente gli estremi di un recesso unilaterale, indi per cui, preso atto della revoca tacita dell'incarico chiedeva il pagamento della pattuita penale. La decisione del giudice di merito ha dichiarato inefficace tale clausola vessatoria, in quanto manifestamente eccessiva tenendo conto dell'interesse del creditore, che in tale specifico caso è stato valutato *ex post* all'eccessività della penale. Secondo gli autori che commentano tale sentenza, il pretore, una volta accertato che il mediatore non aveva posto in essere alcuna attività materiale finalizzata a realizzare l'incarico conferito, ha ritenuto l'ammontare del risarcimento predeterminato nella penale eccessivo in quanto copre dei costi mai sostenuti dall'imprenditore. Siffatta affermazione giurisprudenziale, che valorizza l'effettiva incidenza dell'inadempimento sulla situazione contrattuale concreta, ha però ceduto il passo ad un orientamento volto a valutare *ex ante* le rispettive controprestazioni cfr. in proposito Cass., 25 giugno 1981, n. 4146, in *Foro it., Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 204, secondo cui il corretto esercizio del potere discrezionale del giudice del merito postula la valutazione della posizione reciproca della parti individuata al momento in cui il rapporto obbligatorio è stato costituito sicché deve escludersi che l'apprezzamento relativo possa fondarsi sul raffronto tra l'ammontare della penale e il pregiudizio realmente subito da chi la pretenda.

¹⁶³ Trib. Firenze, 17 settembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1050, dalla quale si evince che il presidente del tribunale, in sede di emanazione di decreto ingiuntivo, ha ritenuto di dover ridurre la penale prevista per il caso di inadempimento del contratto di mutuo, perché ritenuta eccessiva (sproporzionata) rispetto alla somma mutuata (e nella specie il presidente del tribunale provvedeva nonostante mancasse un'istanza di parte).

un'autovettura avuto riguardo al tempo di utilizzazione del mezzo; alle sue condizioni e ad ogni altra modalità del rapporto¹⁶⁴.

Pur tuttavia resta prevalente l'orientamento per cui l'unico parametro cui il giudice deve attenersi, nell'esercizio del potere discrezionale circa la valutazione della eccessività o meno della penale, è costituito dall'interesse del creditore esistente al momento in cui è avvenuta la stipulazione della penale.

La lettura tradizionale della legge, si riferisce, soltanto, ad interessi di carattere patrimoniale, senza che possano venire in considerazione gli

¹⁶⁴ CARUSO, *Leasing e clausola penale*, in *Quadrimestre*, 1998, 167, nota a Cass., 26 novembre 1987, n. 8766. In particolare, la giurisprudenza di merito si è più volte occupata della clausola penale con riguardo al contratto di *leasing*. Generalmente il rapporto si svolge con tre soggetti: le società concedenti, un locatore della cosa oggetto del leasing, il conduttore. La clausola penale è inserita per lo più al fine di far acquisire al locatore, in caso di inadempimento dell'utilizzatore, le somme di denaro comunque pagate dal conduttore. Il problema che si è presentato ai giudici è quello della riducibilità della penale ai sensi dell'art. 1526, 2 comma o dell'art. 1384 c.c.. Tale duplicità di opinioni è collegata direttamente alla interpretazione della diversa natura del contratto di *leasing* come contratto di vendita con riserva di proprietà, o come contratto innominato con una sua identità causale e con connotazioni miste con la vendita con riserva della proprietà e la locazione. Si sono così profilate due diversi orientamenti. Se si accoglie la prima qualificazione, il contratto trova la sua causa nel trasferimento della proprietà e generalmente si accoglie la soluzione per cui la società concedente deve restituire i canoni percepiti *ex art. 1526 c.c.*, salvo l'equo compenso per l'uso dei beni (Trib. Milano, 16 maggio 1988, in *Riv. it. Leasing*, 1989, 419; Trib. Monza, 21 maggio 1988, in *Riv. It. Leasing*, 1991, 221; Trib. Roma, 6 dicembre 1986, in *Temi Rom.*, 1986, 703; Trib. Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 1625; Cass. 15 ottobre 1988, n. 5623 in *Riv. it. Leasing*, 1988, 688; Cass., 6 maggio 1986, n. 3023, in *Riv. it. Leasing*, 1986, 147); se si segue la qualificazione mista, la causa è ravvisata essenzialmente nella concessione della disponibilità del bene e si ritiene applicabile l'art. 1458, 1 comma, c.c., e si ammette la possibilità di riduzione ad equità della penale eventualmente convenuta ai sensi dell'art. 1384 c.c. nel caso di inadempimento si vedano Cass., 24 giugno 2002, n.9161, in *Arch. civ.*, 2003, 445; Trib. Napoli, 17 gennaio 2000, in *Banca Borsa*, 2002, II, 352; Trib. Milano, 28 gennaio 1999, in *Contratti*, 1999, 828; Trib. Torino, 19 aprile 1988 in *Riv. It. Leasing*, 1989, 197), in dottrina IOZZO, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto di leasing: un'alternativa della giurisprudenza di merito all'orientamento della Cassazione*, in *Giur. It.*, 2003, 511, in nota a Trib. Monza, 7 ottobre 2002.

ulteriori scopi cui l'oggetto della prestazione avrebbe dovuto essere destinato, secondo l'intenzione del creditore¹⁶⁵.

L'interesse cui il giudice deve aver riguardo per stabilire, ai fini della possibile riduzione equitativa, se l'ammontare della penale debba ritenersi manifestamente eccessivo, non è quello al risarcimento del danno subito dal creditore in dipendenza dell'inadempimento, ma quello che il creditore stesso aveva all'esecuzione della prestazione contrattuale.

A differenza del codice del 1865, oggi, non è dato rinvenire, all'interno del dettato normativo, alcun riferimento al danno sofferto nelle more dell'adempimento, ovvero nell'adempimento "*tout court*".

Si prescinde, pertanto, da qualsiasi valutazione sul pregiudizio subito per l'inadempimento.

Qualora la penale risulti adeguata all'interesse del creditore all'adempimento, al momento della stipulazione, nessun rilievo può assumere l'eventuale eccessività della penale stessa per la sopravvenienza di fatti che riducano quell'interesse del creditore, ovvero l'entità del pregiudizio che lo stesso venga in concreto a subire per effetto dell'inadempimento del debitore.

¹⁶⁵ Cass., 21 ottobre 1991, n. 11115, in *Foro it., Rep.*, 1991, voce *Contratto in genere*, n. 306; Cass., 23 ottobre 1979, n. 5337, in *Foro it., Rep.*, 1979, , voce *Contratto in genere* n. 234; Cass., 21 aprile 1965, n. 699, in *Giust. civ.*, 1965, I, 1339; Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, cit.

Il giudice, nel ridurre la penale, dovrebbe avere riguardo anche alla sfera degli interessi strettamente individuali, cioè, c.d. interessi privi del carattere della patrimonialità¹⁶⁶.

La giustificazione va ricercata nella tutela degli interessi delle parti con l'autotutela accordata dal legislatore non solo agli illeciti contrattuali espressamente previsti, ma pure a quegli interessi a cui l'ordinamento non concede normalmente ristoro¹⁶⁷.

I criteri in base ai quali il giudice esercita il potere di riduzione della clausola penale, nel caso di illecito contrattuale, vanno ricondotti alla regola dell'art. 1223 c.c. per gli interessi di natura patrimoniale.

Questo è l'unico parametro normativo di cui il giudice si avvale nella fase di giudizio sulla misura della penale.

Si potranno avere così due diversi risultati: l'ammontare della penale corrisponderà al danno patrimoniale ovvero risulterà ad esso superiore.

Mentre nel primo caso la penale si sostituisce al rimedio legale, poiché il giudice non potrà ridurre la penale costituente, in ogni caso, misura del danno prevista dalla legge.

¹⁶⁶ GORLA, *op. cit.*, 262; GABRIELLI, *op. cit.*, 926, il quale esclude la necessaria patrimonialità dell'interesse creditorio in quanto una diversa opinione "condurrebbe da un lato ad affermare l'irrelevanza della penale ogni volta che l'interesse del creditore del creditore all'adempimento sia privo del carattere della patrimonialità, dall'altro a vanificare la funzione di assicurare la sanzionabilità della promessa nei casi in cui l'interesse non abbia carattere patrimoniale".

¹⁶⁷ GORLA, *op. cit.*, 242, il quale ricorda come numerosi sono gli esempi di scuola che dimostrano l'idoneità della penale a tutelare non solo interessi patrimoniali del creditore ma pure interessi personalissimi.

Nella seconda ipotesi, la maggior somma avrebbe natura afflittiva, ma non è predeterminata dalla legge, diversamente dalla componente risarcitoria.

In quest'ultimo caso si può spiegare il potere di riduzione del giudice che si deve basare sull'equità intesa quale criterio di giudizio.

Si è affermato che, nella specie, si tratti di equità suppletiva o integrativa diretta alla determinazione dell'oggetto dell'obbligazione derivante dalla clausola penale¹⁶⁸.

Proprio alla stregua di ciò si è affermato che il giudice può utilizzare altri criteri nel giudizio discrezionale¹⁶⁹, tra cui la valutazione del comportamento del creditore¹⁷⁰, ove abbia concorso alla produzione del danno ex art. 1227 c.c.

¹⁶⁸ DISTASO, *op. cit.*, 1360.

¹⁶⁹ MARINI, *La clausola penale*, cit., 142.

¹⁷⁰ La dottrina non è unanime cfr. MARINI, *La clausola penale*, cit., 160; ZOPPINI, *op. cit.*, 274. In giurisprudenza Cass., 24 aprile 1980, n. 2479, in *Foro it., Rep.*, 1980, voce *Contratto in genere*, n. 225; Cass., 20 dicembre 1968, n. 4036, in *Giur. it.*, 1969, I, c. 1086.

3.1.1 La riduzione d'ufficio della clausola manifestamente eccessiva: La sentenza n. 18128/2005 della Cassazione: un punto di approdo.¹⁷¹

Prima della sentenza n. 18128/2005 non poche diatribe dottrinali e giurisprudenziali si erano avute in ordine alla sussistenza in capo al giudice, del potere d'intervenire d'ufficio nella riduzione della penale manifestamente eccessiva, laddove i più ritenevano che l'unico presupposto necessario per addivenire ad un siffatto riequilibrio fosse l'istanza di parte¹⁷².

¹⁷¹ Per una pronuncia più recente si veda Corte di Cassazione, sez. III civile – sentenza 28 marzo 2008, n. 8071, la Cassazione conferma l'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite (Cass. sez. un. n. 18128 del 2005) secondo cui:

- in tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 cod. civ. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, **può essere esercitato d'ufficio**;
- ciò al fine di **riconurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela**;
- sia con riferimento alla **penale manifestamente eccessiva**, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché **l'obbligazione principale è stata in parte eseguita**, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita;
- l'esercizio di tale potere è subordinato **all'assolvimento degli oneri di allegazione e prova, incombenti sulla parte**, circa le circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale, che deve risultare "*ex actis*", ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, senza che il giudice possa ricercarlo d'ufficio" (Cass. n. 24166 del 2006).

¹⁷² MAGAZZÙ, *op. cit.*, 195; MIRABELLI, *op. cit.*, 262; MOSCATI, *Riduzione della penale*, cit., 1788; DE NOVA, *Clausola penale*, cit., 381; TRIMARCHI, *op. cit.*, 134; GHEDINI FERRI, *La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento*, in *Nuova giur. civ.*, 1991, 556, nota a Pret. Trento, 19 luglio 1991, SACCO, *La clausola penale*, cit., 453; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* A. CICU E F. MESSINEO, XXV, 2, Milano, 1987. In giurisprudenza tra le tante: Cass., 20 luglio 1966, n. 1968, in *Foro it., Rep.*, 1966, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 313: «La norma contenuta nell'art. 1384 c.c., attribuendo al giudice il potere di ridurre la penale ritenuta eccessiva, implica indubbiamente una limitazione della autonomia contrattuale, ma non comporta affatto una deroga al principio generale secondo cui il giudice, fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, non può pronunciarsi d'ufficio ed oltre i limiti delle domande e delle eccezioni proposte dalle parti»; conformemente Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, *Foro it., Rep.*, 2002, voce *Lavoro e previdenza*, n. 80, dove si afferma che nel processo del lavoro l'istanza di parte deve essere avanzata nel corso del ricorso introduttivo o nella comparsa di risposta, oppure nel primo atto difensivo successivo al verificarsi di fatti sopravvenuti idonei ad incidere sull'ammontare della penale, ma in nessun caso può essere presentata nel giudizio di legittimità; Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, in *Foro it.*, 2002, *Rep.*, voce *Contratto in genere*, n. 41; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Giust. civ.*, 2001, I, 104; Cass., 15

La Suprema Corte aveva al riguardo inaugurato un radicale mutamento interpretativo con la sentenza n. 10511 del 24 settembre 1999 ove si affermava: "Il potere del giudice di ridurre la penale manifestante eccessiva risponde ad una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata - in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali, e con la clausola di buona fede, inerente anche alla fase della formazione del contratto - e può di conseguenza essere esercitato d'ufficio, anche in difetto di istanza della parte interessata"¹⁷³.

Le argomentazioni a sostegno della decisione erano essenzialmente due. La prima era costituita dal fondamentale ruolo dei doveri di correttezza e buona fede nell'ambito del rapporto contrattuale, ruolo già da tempo riconosciuto dalla Cassazione, la quale ha avuto modo di statuire che "la legge pattizia non può ritenersi svincolata dal dovere di

gennaio 1997, n. 341, in *Foro it., Rep.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 425; Cass., 25 gennaio 1997, n. 771, *Foro it., Rep.*, 1997, voce *Contratto in genere*, n. 16; Cass., 25 marzo 1995, n. 3549, *Foro it., Rep.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 357; Cass., 23 novembre 1990, n.11282, *Foro it., Rep.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 283; Cass., 21 gennaio 1985, n. 218, *Foro it., Rep.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 197; Cass., 26 giugno 1981, n. 4157, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 235; Cass., 10 aprile 1980, n. 2299, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1500; Cass., 21 ottobre 1969, n. 3437, in *Foro it., Rep.*, 1969, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 292-293; Cass., 30 marzo 1967, n. 686, in *Monitore Trib.*, 1967, 825; Cass., 2 luglio 1960, n. 1739, in *Foro pad.*, 1960, I, 1352; Trib. Torino, 23 gennaio 1980, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, 572.

¹⁷³ GIOIA, *Riducibilità "ex officio" della penale eccessiva d'ufficio della penale manifestante eccessiva*, in *Giur. it.*, 2000, 1155 ss., nota a Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, ove, per la prima volta, i giudici di legittimità hanno espressamente ammesso l'esercizio del potere di riduzione in assenza di un'istanza di parte; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Giust. civ.*, 2001, I, 104 ss., secondo cui il potere di riduzione è previsto nell'esclusivo interesse del debitore, gravato anche dell'onere di allegare le ragioni della propria richiesta, mentre l'esercizio officioso del giudice violerebbe il divieto di ultrapetizione. Per una completa disamina della dialettica instaurata dalla due pronunce dei giudici di legittimità cfr. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 297 ss.; da ultimo VALLEBONA, *Buona fede e riduzione d'ufficio della penale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 465, in nota a Cass., 23 maggio 2003, n. 8188.

correttezza”¹⁷⁴ e che vi è un principio di inesigibilità che funge da limite alle pretese creditorie discendenti, appunto, dai doveri di buona fede oggettiva e di solidarietà.

Il secondo argomento, invece, si basava sul nesso essenziale che lega il potere di riduzione alla funzione tipica della clausola penale. In particolare dal momento che - si affermava - la clausola adempie sostanzialmente alla funzione di pena privata, verrebbe in rilievo l'interesse oggettivo dell'ordinamento all'adeguatezza e proporzionalità della sanzione; tale interesse, avendo natura “*latu sensu*” pubblicistica, potrebbe trovare tutela attraverso la riducibilità *ex officio* della penale manifestamente eccessiva¹⁷⁵.

Il potere di riduzione giudiziale della penale, allora, doveva di volta in volta raffrontarsi, da un lato, con la tutela dell'interesse del debitore, per cui era necessaria un'istanza di parte, e, dall'altro, con la tutela di un interesse oggettivo dell'ordinamento dell'adeguatezza e della

¹⁷⁴ Cfr. *ex multis*, MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2168, in nota a Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, dove si ribadisce che il principio di buona fede, che si specifica nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte, si pone come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determina un'integrazione al contenuto del contratto e degli effetti del contratto. Nella specie, in applicazione di tale principio, la Cassazione ha annullato la decisione del giudice di merito che - di fronte al denunciato comportamento dell'Ente Fiuggi, il quale aveva aumentato più volte il prezzo di vendita al pubblico delle bottiglie di acqua minerale, mantenendo fermo quello di vendita alla distribuzione, cui andava commisurato il canone dovuto al comune per l'utilizzazione dalla fonte termale - aveva escluso il controllo di buona fede, per l'esistenza ostativa di una clausola negoziale sulla libera determinabilità del prezzo in questione da parte dell'ente medesimo.

¹⁷⁵ Per un'affermazione giurisprudenziale della riducibilità *ex officio* come conseguenza della funzione sanzionatoria della penale e, quindi, dell'esigenza di assicurare l'adeguatezza della stessa, cfr., Pret. Trento, 19 luglio 1991, cit.

giustizia della sanzione, che portava alla giustificazione di una riduzione“ex officio”¹⁷⁶.

La precedente giurisprudenza continuava costantemente ad affermare che la riduzione della penale a norma dell'art. 1384 c.c. era stata prevista dalla legge nell'esclusivo intento di riequilibrare in via eccezionale il contenuto del contratto, cosicché, valendo le regole generali secondo le quali il giudice non può andare oltre quanto effettivamente chiesto dalla parti nel processo¹⁷⁷, in ottemperanza al principio del chiesto e del pronunciato ai sensi dell'art. 112 c.p.c., la riduzione della penale poteva essere effettuata dal giudice solo a seguito di domanda della parte¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Trib. Firenze, 12 settembre 1995, cit. La *quaestio* concerneva un contratto di mediazione atipica, che comportava anche nell'ipotesi di mancata conclusione dell'affare, il diritto ad un corrispettivo da parte del mediatore e la previsione di una clausola penale dovuta per il ritardato pagamento sotto forma di interessi pari al 24% annuo. Il giudice di merito accolse l'orientamento minoritario della riducibilità d'ufficio adducendo che: l'art. 1384 c.c. non richiede espressamente una domanda di parte, e che la valutazione equitativa del giudice sia espressione del potere discrezionale nell'interesse del debitore ma per ragioni che lo trascendono e che attengono a più alti profili di giustizia e di equità, onde eliminare o quanto meno attenuare gli squilibri o le sperequazioni che in virtù di una posizione di forza di uno dei soggetti contraenti può essere ingiustificatamente imposto alla parte più debole del rapporto.

¹⁷⁷ Cfr. *Relazione del Guardasigilli al Codice di procedura civile*, Milano, 1940, XIX, Titolo V, *Sui poteri del giudice*, 137: «Si sono conservati nel codice gli art. 112 e seguenti [...] sopprimere questi principi avrebbe voluto dire, più che riformare il processo, riformare il diritto privato: dare al giudice il potere di iniziare d'ufficio una causa che gli interessati vorrebbero evitare, o di giudicare su fatti che le parti non hanno allegati, vorrebbe dire ritogliere in sede processuale quell'autonomia individuale che in sede sostanziale, è riconosciuta dal diritto vigente. con ciò non si vuole escludere, ben s'intende, che anche tale autonomia possa essere limitata o anche soppressa tutte le volte in cui l'interesse pubblico lo richiama: si vuol dire soltanto che tali limitazioni debbono essere esplicitamente stabilite dal diritto sostanziale, e non già essere introdotte indirettamente, con un espediente che ripugnerebbe alla chiara e coraggiosa tecnica alla quale si è ispirata la codificazione fascista, attraverso il processo».

¹⁷⁸ Cass., 21 ottobre 1998, n. 10439, in *Foro it., Rep.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 417: «La riduzione della penale a norma dell'art. 1384 c.c. può essere esercitata dal giudice solo a seguito di domanda di parte».

La giurisprudenza precisava, inoltre, che l'esercizio da parte del giudice del potere di diminuire equamente la penale il cui ammontare fosse manifestante eccessivo postulava, non solo una specifica richiesta, ma anche la allegazione da parte del soggetto obbligato delle ragioni dell'asserita manifesta sproporzione della penale rispetto all'interesse del creditore, nonché della prova delle circostanze che rendano "*ictu oculi*" rilevabile l'eccessività della sanzione convenzionalmente prevista per l'inadempimento o l'inesatto adempimento¹⁷⁹.

Tale indirizzo, particolarmente rigido nell'escludere l'intervento del giudice, aveva peraltro giustificato una prassi, per la verità poco coerente, tendente a modificare le possibilità di ricorso alla disposizione da parte del debitore¹⁸⁰.

Così, se da un lato, si ribadiva che il potere discrezionale conferito al giudice dall'art. 1384 c.c. di ridurre ad equità la penale, ritenuta eccessiva, pur implicando indubbiamente una limitazione dell'autonomia contrattuale delle parti, non poteva essere esercitato d'ufficio, dall'altro si ammetteva che l'eccessività della penale poteva essere fatta valere in via

¹⁷⁹ Cass., 23 novembre 1990, n. 11282, cit.

¹⁸⁰ Cass., 25 marzo 1995, n. 3549, cit.

di azione o di eccezione, anche per la prima volta in appello¹⁸¹ e pure, implicitamente, attraverso la contestazione di nulla dovere a tale titolo¹⁸².

In realtà del tutto pacifico appariva solo l'orientamento secondo cui la riduzione della penale può essere invocata tanto in via di azione, quanto in via di eccezione, ove risulti diretta a paralizzare, sia pure in parte, la domanda di attribuzione della penale stessa¹⁸³.

Decisamente incerto è, viceversa, l'indirizzo, ancor più favorevole al debitore, secondo il quale la richiesta di riduzione dovrebbe essere ritenuta implicita anche nella semplice contestazione della parte di non dovere nulla a tale titolo¹⁸⁴.

Si è più volte affermato, in giurisprudenza, che la domanda di riduzione debba essere formulata in maniera esplicita, non potendosi ritenere contenuta nella semplice contestazione dell'obbligo di pagamento della stessa e senza alcuna riserva circa il suo ammontare¹⁸⁵.

¹⁸¹ Cass., 26 gennaio 1982, n. 519, cit.; Cass., 9 gennaio 1984, n. 138, in *Foro it., Rep.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 191; Cass., 24 settembre 1994, n. 7859, *Foro it., Rep.*, 1994, voce *Appello civile*, n. 32.

¹⁸² Cass., 2 agosto 1968, n. 2775, in *Giur. it., Mass.*, 1968, 1010; Cass., 18 maggio 1971, n. 1484, *Giur. it.*, 1971, *Mass.*, 1076; Cass., 30 marzo 1984, n. 2112, in *Foro it., Rep.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 190.

¹⁸³ Cass., 4 giugno 1997, n. 4976, in *Studium iuris*, 1, 1997, 962 per cui l'istanza di riduzione è proponibile anche nel giudizio di appello; Cass., 24 settembre 1994, n. 7859, *Foro it., Rep.*, 1994, voce *Appello civile*, n. 32.

¹⁸⁴ Cass., 10 aprile 1980, n. 2299, cit., con questa decisione, la Suprema Corte respinge la richiesta di riduzione della penale poiché da una più rigorosa valutazione dei presupposti emerge la diversità dei presupposti tra istanza di riduzione della clausola penale e eccezione di inesistenza del del debito; Cass., 26 gennaio 1982, n. 519, cit.

¹⁸⁵ Trib. Roma 9 giugno 1993, in *Gius*, 1994, 104; Trib. Roma, 1 agosto 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 482; Cass., 10 aprile 1980, n. 2299, cit.: «L'eccezione del convenuto che, richiesto del pagamento della penale, sostiene di nulla dovere a tale titolo, non può ritenersi comprensiva dell'istanza di riduzione della penale medesima: le due deduzioni difensive, ancorché la seconda abbia

Anche la dottrina¹⁸⁶, sebbene non in maniera univoca¹⁸⁷, si presentava prevalentemente orientata a favore della tesi secondo cui la riduzione della penale pattuita potesse intervenire solo su domanda di parte.

In coerenza con tale interpretazione, si giustificava la necessità dell'istanza di parte sulla base del divieto fatto al giudice di pronunciarsi d'ufficio fuori dei casi previsti dalla legge¹⁸⁸, laddove l'istanza di parte doveva contenere la specificazione delle ragioni della dedotta eccessività, non essendo sufficiente una contestazione meramente generica ed inidonea a consentire al giudice la valutazione della manifesta sproporzione della penale, avuto riguardo agli interessi di entrambe le parti¹⁸⁹.

La ragione di questa scelta, però, non dipendeva dal solo richiamo alla regola generale in materia contrattuale, secondo la quale, in ipotesi di

una portata minore, hanno infatti fondamenti diversi ed inconciliabili, in quanto la prima esclude necessariamente l'esistenza dell'inadempimento, che è invece presupposto della seconda».

¹⁸⁶ Cfr. *ex multis*, ZOPPINI, *op. cit.*, 252

¹⁸⁷ *Contra*, MARINI, *La clausola penale*, cit., 152 ss; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 235; BIANCA, *op. cit.*, 234, che ricorda come la norma non fa menzione della richiesta di parte e non è dato riscontrare alcun principio che precluda al giudice di avvalersi d'ufficio del suo potere per disattendere la pretesa del creditore; ALPA, *L'equità*, in *I contratti in generale* diretto da ALPA E BESSONE, I, Torino, 1999, 133.

¹⁸⁸ MAGAZZÙ, *op. cit.* 195, dove l'A. afferma che la pronuncia sulla riduzione (sentenza determinativa) presuppone che il debitore abbia chiesto la riduzione stessa non essendo il giudizio di equità sottratto al generale principio per cui il giudice non può pronunciare se non nei limiti delle domande ed eccezioni proposte dalle parti. A codesto principio la legge, nella specie, non deroga e pertanto il giudice non può procedere d'ufficio alla riduzione.

¹⁸⁹ Cass., 21 gennaio 1985, n. 218, cit.; nello stesso senso Cass., 10 aprile 1980, n. 2299, *cit. Contra*, Cass., 26 gennaio 1982, n. 519, *cit.*; Cass., 30 marzo 1984, n. 2112, *cit.*

squilibrio delle prestazioni ovvero di interventi volti a ridefinire l'entità della prestazione, il ripristino dell'equità contrattuale richiede l'impulso dell'interessato¹⁹⁰.

Si riteneva, infatti, che, pur prescindendo dal dato testuale, il giudice nell'ambito del suo accertamento dovesse valutare esclusivamente la validità del patto, laddove l'equità dello stesso veniva lasciata alla libera valutazione delle parti, sicché l'eventuale sproporzione doveva essere denunciata solo dal debitore¹⁹¹.

Secondo altri autori¹⁹², invece, proprio sotto quest'ultimo profilo, essendo demandato al giudice il controllo sull'equità della sanzione predeterminata dai privati, questi poteva procedere alla disapplicazione della penale, fermo restando i limiti che la legge impone, senza necessità della domanda di parte.

Si attribuiva al giudice, non una semplice facoltà¹⁹³, ma un potere vincolato dalla ricorrenza dei presupposti dall'art. 1384 c.c.¹⁹⁴, che

¹⁹⁰ IZETTA, *L'equità nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, 14, per il quale il potere conferito al giudice di ridurre ad equità la penale ritenuta eccessiva, pur implicando indubbiamente una limitazione dell'autonomia contrattuale delle parti, «non può essere esercitato d'ufficio», richiedendosi che l'eccessività della penale sia dedotta dalle parti, in via d'azione o d'eccezione, anche per la prima volta in appello.

¹⁹¹ MARINI, *La clausola penale*, cit., 152. dove si afferma che nella dottrina meno risalente, tuttavia, la questione della riducibilità d'ufficio è stata considerata una petizione di principio, perché si tratta di accertare se la riducibilità della penale rientri tra i casi in cui la pronuncia “*ex officio*” sia prevista dal legislatore. Il criterio risolutore richiamato affonda le radici nella natura degli interessi che la penale è diretta a tutelare, oltre che nella funzione, fondamentalmente sanzionatoria, che tale rimedio è destinato ad assolvere.

¹⁹² GABRIELLI, *op. cit.*, 927.

¹⁹³ Opinione diffusa in dottrina. Ad esempio già sotto il vigore del codice previgente POLACCO, *op. cit.*, 676 e sotto il vigore del codice attuale da ultimo MOSCATI, *Riduzione della penale*, cit., 1788.

soddisfacesse non un interesse personale, bensì un superiore interesse dell'ordinamento.

Tale orientamento dottrinale¹⁹⁵, fino a qualche tempo fa minoritario, avvallato da sparute pronunce di merito¹⁹⁶ e di legittimità¹⁹⁷, ha, dunque, statuito il principio secondo cui la riduzione della penale può essere esercitata anche d'ufficio, a prescindere da un atto di iniziativa del debitore.

Tale ultimo filone interpretativo, ha indotto recentemente le Sezioni Unite della Cassazione a risolvere un conflitto interpretativo emerso tra le varie sezioni della suprema corte, statuendo che il potere di diminuire equamente la penale, attribuito dall'articolo 1384 Codice Civile al giudice può essere esercitato d'ufficio. Nella ricostruzione in fatto la vicenda fu la seguente. Un condominio, convenne in giudizio, davanti al Giudice di pace, il condomino G.S. e ne chiese la condanna al pagamento della somma di lire 3.562.355, a titolo di sanzione pecuniaria, dovuta, in base agli artt. 18 e 23 del regolamento condominiale, per il mancato pagamento di lire 1.045.281, dovute per spese di condominio. Il

¹⁹⁴ MAZZARESE, *op. cit.*, 623.

¹⁹⁵ MARINI, *La clausola penale*, cit., 152 ss; GAZZONI, *op. cit.*, 235; BIANCA, *op. cit.*, 234; ALPA, *op. cit.*, 133; FEBBRAJO, *op. cit.*, 607 ss., il quale, muovendo dal presupposto che la norma contenuta nell'art. 1384 c.c. abbia carattere imperativo, ravvisa nel potere di riduzione giudiziale una sorta di sostituzione automatica della clausola il cui giudizio di manifesta eccessività sottenderebbe una, seppur, implicita, dichiarazione di nullità.

¹⁹⁶ Per un'applicazione in tema di contratti sportivi si rinvia a GALLAVOTTI, *In tema di riduzione d'ufficio della clausola penale eccessiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 333, nota a Coll. arb., 19 dicembre 2000.

¹⁹⁷ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.; Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, cit.

sig. G.S. chiese il rigetto della domanda, sostenendo che le clausole del regolamento comportavano l'obbligo di corrispondere un interesse usurario per il ritardato pagamento dei ratei relativi alle spese condominiali e, in via riconvenzionale, chiese che dette clausole fossero dichiarate nulle.

Dinanzi alla condanna inflitta dal giudice adito, il convenuto - soccombente propose appello insistendo perché fossero dichiarate nulle le norme del regolamento ai sensi dell'art. 1815, secondo comma, c.c., applicabile in tutte «le convenzioni di interessi» e «quindi anche in quelle contenute in un regolamento condominiale di natura contrattuale».

Chiese, altresì, che le suddette clausole fossero dichiarate nulle, perché prevedevano che la sanzione fosse applicata per il mancato pagamento dei ratei entro venti giorni dall'approvazione del bilancio preventivo senza una formale messa in mora.

Il Tribunale di Roma, in sede di appello respinse *in toto* i motivi presentati dall'appellante.

Esperito ricorso in Cassazione, la causa veniva assegnata alla seconda sezione civile e con ordinanza del 30 marzo 2004 gli atti venivano trasmessi al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, avendo ravvisato l'esistenza di un contrasto, all'interno delle sezioni semplici, in ordine al potere del giudice di ridurre d'ufficio

la penale ai sensi dell'art. 1384 c.c., questione dedotta con il primo motivo del ricorso.

La Cassazione nel motivare il proprio *decisum* pone l'accento sul fatto che il potere del giudice di ridurre la penale può essere esercitato d'ufficio, "e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata eseguita, giacché in quest'ultimo caso, la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione, si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita".

L'altro dato di rilievo che la sentenza pone, consiste nel fatto che le Sezioni Unite, a chiare lettere, hanno ribadito che il potere di riduzione esercitato dal giudice non è volto alla tutela dell'interesse del contraente debole bensì alla tutela di superiori interessi che in quanto tali vengono riconosciuti e difesi dall'ordinamento.

Il percorso a livello di argomenti intrapreso dalle Sezioni Unite tende a smontare punto per punto le tesi della giurisprudenza prevalente che, salvo l'isolata pronuncia della Cassazione del 1999, è sempre stata contraria alla riduzione effettuata di ufficio da parte del giudice.

Appare evidente, dunque, come l'affermato principio di diritto sia in grado di rompere schemi e meccanismi collaudati infrangendo il principio dell'intangibilità della volontà contrattuale.

Uno dei punti centrali della sentenza delle Sezioni Unite, richiamato non a caso in vari passi, è che la riduzione di ufficio della penale non è volta a tutelare l'interesse di un presunto soggetto debole ma di superiori interessi dell'ordinamento: solo così si giustifica l'intervento del giudice.

Le Sezioni Unite, peraltro, hanno fatto chiarezza su un tema che in passato era stato oggetto di vivi contrasti operando una precisa scelta di campo.

Il cosiddetto divieto di riduzione d'ufficio, infatti, in precedenza era stato per così dire aggirato considerando presente l'eccezione in ogni caso quando vi è l'affermazione di non dover niente, oppure ammissibile l'eccezione proposta per la prima volta in sede di appello.

Venendo alle argomentazioni della Corte, viene ribadito nella sentenza come il cosiddetto principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., in realtà, nel caso di specie, sta a significare che il giudice non può liquidare alla parte richiedente una somma maggiore di quella richiesta ma può, invece, lecitamente stabilire una somma inferiore.

Secondo le Sezioni Unite, dunque, la riduzione di ufficio, in assenza di apposita eccezione della parte, non configura un “*ultra petitum*”.

Il nodo, però, centrale che regge tutto l'impianto motivazionale della sentenza appare il richiamo operato ai principi generali che regolano l'intero ordinamento.

Le Sezioni Unite, infatti, rilevano come l'art. 112 c.p.c. affermi che "Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti della stessa, e non può pronunciarsi d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti".

Posto che con la sentenza in epigrafe, la Suprema Corte ha voluto sottolineare e ribadire come, attraverso un mezzo di riequilibrio qual è la riduzione della penale, gli interessi tutelati siano non solo quelli del debitore, inteso come soggetto debole del rapporto, ma più in generale quelli dell'ordinamento in sé considerato, il potere di riduzione della penale attribuito al giudice, allora, potrebbe configurarsi come un dovere attribuito di realizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento, non in chiave di intervento eccezionale¹⁹⁸, ma come semplice aspetto del

¹⁹⁸ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.: «Interesse che assume, anzi, in questo caso connotati di ancor più spiccata valenza, poiché – a fronte dell'innegabile (anche concorrente, se non prevalente) funzione sanzionatoria assolta dalla clausola penale – quell'interesse si specifica e consolida nell'esigenza (che si radica nel cuore della *giustizia del caso concreto*, che il giudice è chiamato ad assicurare) di garantire l'adeguamento e proporzione della sanzione all'illecito che essa è destinata a prevenire o reprimere».

normale controllo che l'ordinamento si riserva sugli atti di autonomia privata.

La disposizione codicistica potrebbe presentarsi, quindi, come la chiave di lettura del bilanciamento tra il valore dell'iniziativa economica privata, enucleata nell'art. 41 della Costituzione ed espressa attraverso il contratto, ed il valore rappresentato dal dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi espresso dall'art. 2 della Costituzione¹⁹⁹.

Riducibilità della clausola nei contratti stipulati con la Pubblica Amministrazione.

Come accennato nei paragrafi precedenti, in tempo meno recente la giurisprudenza era orientata nel senso di escludere il potere giudiziale di riduzione quando la clausola penale fosse inserita in un contratto della P.A.

Si riteneva che essa fosse oggetto di una determinazione discrezionale della parte pubblica, non sindacabile da parte del giudice

¹⁹⁹ FRANCESCHETTI, *Il fondamento della clausola penale e il problema della riducibilità da parte del giudice*, in www.legalisulweb.it, dove l'autore afferma che in questi ultimi anni il rapporto tra autonomia privata, ordinamento e controllo giudiziale è profondamente mutato. Mentre un tempo, l'intromissione del giudice nel rapporto contrattuale era ridotto al minimo, l'evoluzione dell'ordinamento ha portato ad un'inversione di tendenza e sempre più spesso il giudice è chiamato ad intervenire nel contenuto del contratto, in funzione di arbitro delle parti, per evitare abusi a danno di un altro contraente. Le clausole generali (buona fede, correttezza, solidarietà e uguaglianza) sono utilizzate con sempre maggiore disinvoltura dalla dottrina e dalla giurisprudenza in funzione di correttivo degli squilibri contrattuali. Pertanto l'intervento del giudice non è più visto come un mezzo eccezionale, ma come uno strumento ordinario per proteggere gli interessi dei contraenti più deboli e per equilibrare il contenuto in conformità a quei principi di solidarietà, uguaglianza e rispetto della persona umana sanciti dalla Costituzione. Conformemente TATARANO, *op. cit.*, 30; MEDICI, *op. cit.*, 344. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, *cit.*

ordinario, stante il divieto contenuto nell'art. 4 L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

Era riservata all'amministrazione il potere di concedere la riduzione, qualora la clausola risultasse sperequata rispetto all'inadempimento del contraente privato.

L'orientamento contrario, già manifestatosi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato negli anni sessanta, si affermò poi in Cassazione.

Secondo La Corte, l'inderogabilità dell'art. 1384 c.c., si riflette in tutti i rapporti negoziali, ancorché, come avviene nei capitolati d'onori, il regolamento del rapporto sia contenuto in un atto autoritariamente imposto alla parte privata; in tal caso, anzi, lo strumento equitativo opera a maggior ragione.

Quanto alla L. n. 2248/1865, essa permette la disapplicazione degli atti illegittimi da parte del giudice ordinario e, del resto, l'interesse all'adempimento, che il giudice civile prende in considerazione ai fini dell'art. 1384, è di carattere patrimoniale e da bilanciare con quello, egualmente patrimoniale, della controparte, ciò che esclude ogni ingerenza del giudice nella valutazione di interessi pubblici.

Tale giurisprudenza, poi approvata dalla dottrina, è espressione del movimento di riduzione della materia delle obbligazioni pubbliche ad un «diritto comune» ossia ad un diritto privato capace di integrare le lacune di diverso genere, risultanti nell'ordinamento pubblicistico delle obbligazioni e dei contratti.

4 CAPITOLO IV. CONFRONTO CON ALTRE FIGURE GIURIDICHE

Confronto con altre figure giuridiche

La clausola penale non può essere confusa con i patti che aggravino o limitino la responsabilità del debitore, ossia che in diverso modo condizionino la formazione della fattispecie di inadempimento e perciò non attengano all'ammontare del danno; oppure che riguardino questo ammontare, ma si limitino a porre un tetto massimo di risarcibilità, così permettendo la prova che il danno è minore.

La differenza tra la clausola penale e questi patti, ai quali è estraneo ogni scopo di facilitazione probatoria, risulta più evidente quando li si accosti alle limitazioni o aggravamenti di responsabilità talvolta stabiliti dalla legge (ad esempio, l'art. 1710, c. 1°, c.c. dice che, se il mandato è gratuito, la responsabilità del mandatario per colpa viene valutata con minor rigore; per contro, a norma dell'art. 1839, nel servizio di cassette di sicurezza la banca è esonerata dalla responsabilità soltanto per caso fortuito).

L'art. 1229 c.c., commina la nullità dei patti di preventiva esclusione o limitazione della responsabilità del debitore per dolo, per colpa grave o per violazione di norme di ordine pubblico.

Le clausole di decadenza da un diritto possono costituire uno stimolo all'adempimento e, quando ciò si verifici, può essere applicata per analogia la disciplina della clausola penale.

Clausole contrattuali di limitazione della responsabilità (*exemption clauses*), da non confondere con le previsioni di penali di ammontare inferiore al danno prevedibile, sono poi frequenti nel commercio internazionale: esse possono escludere la responsabilità per inadempimento causato da *force majeure*, sostanzialmente corrispondente all'impossibilità sopravvenuta del nostro codice civile (artt. 1256, 1463, 1464), oppure possono limitare la responsabilità al dolo o alla colpa grave (*willful misconduct or gross negligence*) oppure ancora porre un limite massimo di risarcibilità, anche fissandolo per *relationem*.

Il problema maggiore che queste clausole pongono è dato dal possibile contrasto con le norme imperative della legislazione nazionale applicabile al contratto.

La clausola penale viene distinta in dottrina dalla dichiarazione di valore, che, inserita nel contratto, serve a calcolare l'ammontare di una futura prestazione pecuniaria, ad esempio, il risarcimento del danno per mancata consegna di una cosa.

Una dichiarazione del genere suole essere inserita nel contratto di assicurazione contro i danni, ad opera del solo assicurato o di entrambi i contraenti (e allora si parla di polizza «stimata» o «tassata»), e concerne il valore della cosa assicurata: funzione della dichiarazione unilaterale è di limitare in ogni caso l'indennizzo al valore dichiarato, ma senza esonero dell'assicurato dalla prova del danno; la dichiarazione nella polizza stimata (dichiarazione di volontà e non di scienza) avrebbe invece l'effetto di invertire l'onere della prova, ossia di porlo a carico dell'assicuratore che, verificatosi il danno, ne contesti l'ammontare.

Non può essere considerata come clausola penale, ma presenta piuttosto i caratteri della transazione, la stipulazione con cui le parti stabiliscono la misura di un danno già verificatosi.

Talvolta la dottrina parla di penale testamentaria con riferimento a casi eterogenei di disposizioni *mortis causa* con cui il testatore si propone di spingere l'erede o il legatario a determinati comportamenti, con la comminatoria di certi svantaggi patrimoniali; tale comminatoria viene formulata attraverso la previsione di una decadenza dal lascito, eredità o legato, oppure della risoluzione giudiziale di cui all'art. 648, c. 2°, c.p.c., oppure ancora attraverso l'imposizione di una condizione risolutiva.

Questi casi non sono però riconducibili alla clausola penale poiché in essi la volontà testamentaria impone oneri e non obblighi.

In ogni caso la clausola penale accede ad un'obbligazione.

Tale non è la cosiddetta obbligazione naturale (art. 2034 c.c.), nella quale manca il *vinculum iuris*, e perciò l'azione giudiziaria nonché la tutela risarcitoria; una convenzione che imponesse una penale per il mancato assolvimento di un dovere morale o sociale potrebbe tuttavia trasformare questo in un'obbligazione civile, ossia contrattuale, e mantenere così la sua validità.

L'attitudine di una clausola penale a rendere valida un'obbligazione, che altrimenti rimarrebbe giuridicamente irrilevante, è affermata già nell'epoca del diritto comune.

Pothier accomuna quest'ipotesi a quella in cui una persona prometta il fatto del terzo: l'obbligazione a carico del terzo non sorge ma, se la promessa è munita di clausola penale, il promittente deve pagare la penale al promissario.

In questa seconda ipotesi è evidente l'origine dell'art. 1381 del nostro codice civile attuale.

Oggi si è al di fuori della clausola penale quando si fa riferimento a prestazioni dovute per inadempimento di un'obbligazione altrui: ipotesi in cui si è talvolta parlato di clausola penale impropria (*uneigentliche Vertragstrafe*).

Altri ha parlato di clausola impropria con riferimento a quella che imponga la prestazione al debitore inadempiente solo se il creditore provi di aver sofferto un danno, restando così limitata la sua funzione alla fissazione dell'ammontare.

La clausola penale non dà luogo ad un'obbligazione alternativa: il debitore non potrebbe liberarsi dall'obbligazione principale (art. 1285 c.c.) offrendo la prestazione prevista nella clausola, come avverrebbe se si trattasse di multa penitenziale.

Particolari figure di clausole penali sono quella con cui i contraenti convengano la misura degli interessi moratori ai sensi dell'art. 1224, c. 2°, c.c. (penale per il «ritardo nell'adempimento»: art. 1382 cit., 1° c.), oppure quella con cui venditore e compratore con riserva di proprietà stabiliscano che in caso di risoluzione del contratto le rate pagate restino acquisite dal venditore a titolo d'indennità (art. 1526, c. 2°, c.c.).

Non rientrano nella previsione dell'art. 1382 c.c. le penali legali, comminate sia nel codice civile (per esempio, gli interessi moratori, per il

caso di ritardo nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria: art. 1224, c. 1°, c.c.) sia in leggi speciali (per esempio, le cinque mensilità di retribuzione, dovute al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 18, c. 4°, l. 20 maggio 1970, n. 300). Però le relative problematiche spesso coincidono con quelle proprie della clausola pattizia.

Le penali giudiziali vengono imposte dal giudice alla parte soccombente onde rafforzare la sentenza di condanna, come avviene ai sensi dell'art. 86, c. 1°, r.d. 29 giugno 1939, n. 1127 in materia di brevetti per invenzioni o dell'art. 66, c. 2°, r.d. 21 giugno 1942, n. 929, in materia di marchi.

Qui la funzione afflittiva della penale prevale in modo evidente su quella risarcitoria (vedi il § seguente), ciò che ha indotto la dottrina a considerarle poco in armonia col sistema privatistico italiano.

Le pene giudiziali possono accostarsi alle *astreintes* del diritto francese, vale a dire alle sanzioni pecuniarie, provvisorie o definitive, che assicurano l'esecuzione di una sentenza e vengono imposte dallo stesso giudice che l'ha pronunciata o, eccezionalmente, da altro giudice; esse possono aggiungersi ai «*dommages intérêts*» (l. 9 luglio 1991, n. 91-650, artt. 33-37 e decreto 31 luglio 1992, n. 92-755, artt. 51-53).

L'art. 79 c.c. vieta la clausola penale per il caso di violazione della promessa di matrimonio.

La caparra confirmatoria. Nozione

La caparra confirmatoria è una somma di denaro o una quantità di altre cose fungibili che, al momento della conclusione del contratto, una parte dà all'altra, allo scopo di rafforzare l'impegno di garantire l'adempimento. Infatti, in caso di inadempimento, l'altra parte può recedere dal contratto, ritenendo la caparra, mentre, se inadempiente è la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere ed esigerne il doppio (art. 1385, c. 2°, c.c.).

È possibile che denaro o cosa vengano dati non a titolo di caparra ma a titolo di anticipo, ossia soltanto come parte della prestazione dovuta, con la conseguenza che la risoluzione del contratto ne comporta esclusivamente la restituzione (salvo il risarcimento del danno se la risoluzione avvenga per inadempimento imputabile). Nel silenzio delle parti, il versamento del denaro o la consegna della cosa sono da considerare come anticipo e non come caparra: questa aggrava la posizione dell'inadempiente onde non si può presumere che le parti vi si siano assoggettate tacitamente.

Né al giudice di merito è dato di scindere la funzione della somma versata dal debitore al momento della nascita dell'obbligazione, considerandone una parte quale caparra e un'altra parte quale acconto sul prezzo.

La caparra confirmatoria non deve poi essere confusa con la cauzione di cui il codice civile fa più volte menzione (artt. 381, 515, 647, 1002, 2387, 2535) senza tuttavia darne la specifica disciplina.

Quest'ultima può essere anche volontaria, ossia non imposta dalla legge, ed ha per oggetto denaro. La sua funzione è di garantire un credito, attuale o futuro, come quello risarcitorio per un eventuale inadempimento.

Se sorge il credito, il creditore lo compensa in tutto o in parte con il debito di restituzione verso colui che ha versato la cauzione.

Per alcuni oggetto della cauzione può essere anche un bene mobile, fungibile o infungibile, ma in questo caso si è piuttosto nell'ipotesi del pegno.

L'inadempimento che giustifica il recesso dell'adempiente, e la conseguente ritenzione della caparra, o consegna del doppio, è quello di non scarsa importanza, che permette la risoluzione del contratto a

prestazioni corrispettive ex art. 1455 c.c.; solo una minoranza della dottrina ritiene che le parti possano convenire di dar rilievo all'inadempimento lieve e addirittura non imputabile.

Nel caso di inadempimento da ritardo, se il ritardo è di gravità tale da dar luogo al rifiuto della prestazione e quindi alla risoluzione del contratto ex art. 1453 c.c., non si dubita che la pattuizione di caparra possa esplicare i propri effetti; per contro, nel caso di ritardo non giustificante la risoluzione, è fortemente dubbio che per la caparra possano valere analogicamente le norme sulla clausola penale.

In ogni caso non sussiste il potere giudiziale di riduzione.

Ai diritti di ritenzione e di ottenere il doppio, corrispondono obbligazioni di valuta, soggette al principio nominalistico di cui all'art. 1277 c.c.

La caparra forma oggetto di un contratto accessorio a quello, sempre a prestazioni corrispettive, che ne viene rafforzato. I soggetti dell'uno e dell'altro sono di regola gli stessi, ma è possibile che la caparra sia stipulata da alcune soltanto delle parti del contratto principale.

Funzione della caparra confirmatoria

Interpretando alla lettera la denominazione «confirmatoria», una dottrina ormai risalente attribuiva alla caparra la funzione di «attestare» ossia di provare l'esistenza del contratto principale; essa successivamente, ossia in caso di inadempimento, si trasformava in penale.

Alla dottrina più recente questa funzione probatoria, ravvisabile quando il contratto accedeva ad una convenzione consensuale di compravendita, sembra non più attuale in un ordinamento caratterizzato dalla libertà delle forme e dall'analitica disciplina dei mezzi di prova del contratto, seppure non si escluda che in qualche raro caso il giudice da un patto di caparra possa inferire in via presuntiva l'esistenza del contratto principale (art. 2729 c.c.).

Altra parte della dottrina equipara clausola penale e caparra confirmatoria quanto alla loro funzione risarcitoria, ossia di liquidazione preventiva del danno da inadempimento: la caparra però, a differenza della clausola penale, lascia alla parte adempiente in ogni caso, ossia senza bisogno di apposita pattuizione (art. 1382, c. 1°, c.c.), la possibilità di ottenere il risarcimento integrale del danno secondo le norme generali (art. 1385, c. 3°).

V'è, ancora, chi sostiene la funzione compulsiva, ossia sanzionatoria, della caparra, la quale permette all'*accipiens* di appropriarsi definitivamente della somma o delle cose consegnate, in conto di sanzione per l'inadempimento del *tradens*, prescindendo totalmente dalla concreta esistenza del danno, o chi ravvisa le due funzioni, risarcitoria e sanzionatoria, come coesistenti.

Dalla concezione sanzionatoria, poi, non si discostano gli autori che vedono come rara la funzione risarcitoria, considerato che di regola l'ammontare della caparra è modesto e dunque inferiore al prevedibile danno da inadempimento, onde affidano alla relativa pattuizione solo lo scopo di rafforzare l'impegno del debitore.

Il fatto stesso che il legislatore consideri la caparra come possibile anticipo o acconto per il caso in cui la controprestazione venga eseguita (art. 1385, c. 1°) indica come il valore di essa sia inferiore alla prestazione dovuta e quindi, malgrado il suo carattere di realtà, sia meno idonea della clausola penale a rafforzare il credito.

Più realistica sembra la posizione di chi ritiene che la caparra assolva l'una o l'altra funzione, a seconda dei casi.

Non si dubita infine che il patto di caparra confirmatoria possa presentare caratteri tali da ricomprenderlo tra le clausole vessatorie di cui all'art. 1469 bis c.c.

Se si scorrono i repertori non risulta che le dispute dottrinali circa la funzione della caparra abbiano trovato molti riscontri nella pratica.

Un riflesso di esse si trova in alcune *rationes decidendi*: e così quando si è negata la configurabilità di una clausola di caparra confirmatoria inserita in un patto di opzione, stante la possibilità che essa rafforzi soltanto contratti a prestazioni corrispettive, se ne è affermata la funzione compulsiva, ossia di coazione indiretta all'adempimento, sia per il soggetto che la dà sia per quello che la riceve.

Idem quando si è detto che tale funzione non può risultare da una manifestazione tacita della volontà, la quale può far presumere soltanto che il versamento anticipato di una somma di denaro da parte del debitore abbia la funzione non di caparra ma di acconto sul prezzo.

La funzione risarcitoria è stata invece ritenuta quando si è affermata la risarcibilità del danno ulteriore solo in caso di esplicita pattuizio

Accessorietà e realtà del patto di caparra confirmatoria

Il patto di caparra costituisce un contratto con una propria causa, ossia con una propria funzione economico-sociale (vedi il § precedente), distinta da quella del contratto da essa confermato.

Si è detto come quest'ultimo possa essere solamente un contratto a prestazioni corrispettive.

Dal carattere accessorio del patto deriva la sua nullità o risoluzione per impossibilità sopravvenuta, nel caso di nullità o inefficacia del contratto principale.

L'autonomia causale ne fa un contratto a forma libera, come la clausola penale ma esso viene definito come contratto reale, nel senso che la sua esistenza è subordinata alla consegna del denaro o della cosa fungibile.

Ha un valore prevalentemente teorico la questione se la caparra possa costituirsi attraverso una *traditio ficta* e in particolare con la *traditio brevi manu*: l'importante è che denaro o cosa passino nella materiale disponibilità del creditore, che ne acquista la proprietà per effetto dell'inadempimento.

Anche la questione se la consegna della cosa basti a determinare il passaggio della proprietà non ha pratica rilevanza, stante che il perimento della cosa non esonera l'*accipiens* dall'obbligo di restituzione (*genus numquam perit*).

Non è necessario che la caparra sia data nel momento di conclusione del contratto principale, purché la consegna avvenga prima dei momenti in cui debbono essere eseguiti prestazione e controprestazione.

Essa deve accedere ad un contratto ad effetti obbligatori, i quali ben possono coesistere con effetti reali, come nel caso di una vendita definitiva, in cui al trasferimento della proprietà della cosa venduta si unisca l'obbligo di pagare il prezzo.

Al denaro non può essere equiparato il vaglia cambiario mentre sono beni fungibili i titoli di Stato.

Occorre che la cosa sia di proprietà del *tradens*; in caso contrario l'*accipiens* è tutelato dalla regola possesso vale titolo di cui all'art. 1153 c.c.

Il fatto che la caparra equivalga solo ad una parte della prestazione dovuta impedisce che sorgano questioni di riduzione giudiziale, ossia di applicabilità per analogia dell'art. 1384 c.c.

Effetti della consegna della caparra

L'art. 1385, c. 1°, c.c. prevede che, nel caso di esecuzione del contratto, la caparra venga restituita alla parte che l'ha data, ovvero che resti all'*accipiens* con imputazione del valore alla prestazione a lui dovuta, ossia come anticipo o acconto.

Il c. 2° dello stesso art. 1385 prevede nella prima parte l'inadempimento di colui che ha dato la caparra e stabilisce, quale effetto, il recesso della controparte e la perdita della caparra. L'inadempimento che giustifica tale effetto è quello di cui all. 1455 c.c., ossia di non scarsa importanza.

A norma dell'art. 1373, c. 1°, c.c., il recesso non è possibile quando il contratto abbia avuto un principio d'esecuzione; considerando l'art. 1455, se sia iniziata l'esecuzione da parte del debitore, è necessario che l'inizio sia di importanza tale da escludere l'inadempimento e, qualora sia il creditore ad avere iniziato l'esecuzione della controprestazione, se tale inizio non significhi implicita rinuncia ad avvalersi del patto di caparra.

Promosso il giudizio per ottenere l'adempimento del contratto, la parte non inadempiente può esercitare la facoltà di recedere ex art. 1385, c. 1°, in applicazione analogica dell'art. 1453, c. 2°, c.c., il quale vieta anche il contrario: esercitato il recesso, non può chiedersi l'adempimento.

La Cassazione ha ritenuto che, intimata la diffida ad adempiere entro un certo termine ex art. 1454 c.c., prima della scadenza l'intimante possa assegnare un nuovo e più lungo termine, nelle more del quale può esercitare il recesso ex art. 1385, con ritenzione, o con richiesta del doppio, della caparra quale risarcimento completamente soddisfattivo; anzi, l'esercizio del recesso ex art. 1385, c. 2°, costituisce un *minus* rispetto all'azione di risoluzione ex art. 1453 e di integrale risarcimento del danno, onde la relativa domanda può essere proposta per la prima volta in appello.

Qualora la parte non inadempiente abbia chiesto la risoluzione del contratto secondo le regole generali, la caparra conserva la sua funzione di garanzia fino alla conclusione del procedimento di liquidazione dei danni, con conseguente compensazione con il credito risarcitorio, oppure con restituzione della caparra stessa per mancata prova dei danni.

La seconda parte del capoverso dell'art. 1385 prevede l'inadempimento di colui che ha ricevuto la caparra: in tal caso la

controparte può recedere esigendo il doppio della caparra, la quale funge da liquidazione del danno.

Qualora entrambe le parti siano inadempienti, il giudice deve procedere ad una valutazione comparativa onde stabilire a chi delle due spetti il diritto di recesso ex art. 1385; i criteri sono gli stessi da usare nel caso di reciproche istanze di risoluzione.

Nel contratto preliminare di vendita di immobili una causa di recesso del promittente compratore, con diritto alla restituzione del doppio della caparra, viene di solito ravvisato nella non conformità dell'immobile agli strumenti urbanistici.

Il c. 3° dello stesso articolo prevede che, se la parte adempiente preferisce chiedere la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali, ossia dall'art. 1223 ss., c.c.

A differenza della clausola penale, dunque, il patto di caparra non preclude mai al creditore di chiedere il risarcimento del danno, fornendone la prova ex art. 2697 c.c.: in tal caso la caparra perde la funzione di liquidazione preventiva del danno e mantiene solo quella di garanzia per il conseguimento del risarcimento totale.

Fallita completamente la prova del danno, la parte adempiente deve restituire la caparra.

La caparra e la multa penitenziale

Se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha solo funzione di corrispettivo per il recesso (art. 1386, c. 1°).

In questo caso il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuto (art. 1386, c. 2°).

Qui, a differenza che nella caparra confirmatoria, il recesso non è giustificato dall'inadempimento della controparte ma costituisce esercizio di uno *ius poenitendi*, ossia di un diritto di pentirsi di avere concluso il contratto; la caparra penitenziale costituisce dunque il prezzo dell'esercizio di tale diritto (cfr. art. 1373, c. 3°) e deve essere restituita non appena il recesso non sia più esercitabile.

Stabilire se ci si trovi davanti ad una caparra confirmatoria o ad una caparra penitenziale è questione di interpretazione del contratto.

Come s'è detto, la caparra penitenziale non serve a rafforzare il vincolo obbligatorio ma caso mai ad indebolirlo, anche se si è obiettato

che la vera causa dell'indebolimento non è il patto di caparra ma l'attribuzione dello *ius poenitendi* a cui essa accede.

Se è pattuita una penale, il contraente in regola è pur sempre arbitro di pretendere invece l'adempimento coattivo; se è convenuta una caparra penitenziale, arbitro di decidere la prosecuzione del rapporto è il titolare dello *ius poenitendi*.

La multa penitenziale si differenzia dalla caparra perché suole essere pagata non prima che venga esercitato il diritto di recesso, secondo la previsione del l'art. 1373, c. 3°, c.c.; qui il recesso si perfeziona dunque con una dazione e non con una dichiarazione ricettizia, assumendo così il carattere di atto reale; secondo una non recente giurisprudenza, poi, il corrispettivo per il recesso può essere costituito da un'utilità diversa dal denaro.

BIBLIOGRAFIA

AQUARONE, *L'unificazione legislativa e il codice del 1865*, Milano, 1960.

ALBANESE B., voce *illecito (storia)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XX, Milano, 1970, p. 50 ss.

ALPA, *L'equità*, in *I contratti in generale* diretto da ALPA E BESSONE, I, Torino, 1999.

ANNUNZIATA, *Riduzione della clausola penale nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1978, I, 950.

ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, 66 nt. I;

ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1993, p. 364 (1998)

BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948.

BARCELLONA M., *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, 1980.

BELLINI, *Respublica sub Deo : Il primato del Sacro nella esperienza giuridica della Europa preumanistica*, Firenze, 1984.

BELLOMO, voce *Diligenza (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 528 ss;

BERTOLOTI, *La riducibilità d'ufficio della clausola penale*, in www.dir.com.it, 2004.

BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1937, p. 118 ss

BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 150 ss;

BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, 2° ad., Milano, 1955.

BIANCA C. M., *Diritto civile, V, La responsabilità*. Milano, 1994.

BIANCA C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977.

BIANCA C. M., “*Riflessioni sulla pena privata*”, in BUSNELLI/SCALFI, *Le pene private*, Milano, 1985.

BIANCA C. M./BUSNELLI D., *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999.

BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano, 1954.

BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, 549.

BOZZI, voce *Penale clausola*, *Enc. giur. it.*, XII, 2, Roma, 1936, 74.

BRASIELLO, voce *Pena (diritto romano)*, in *Nov. Dig. It.*, XXII, Torino, 1965, p. 808 ss.

BUTERA A., *Libro delle obbligazioni*, in *Cod. civ. it. comm.*, I, Torino, 1943.

CALUCI, *Codice di commercio italiano commentato*, IV, Verona, 1883, p. 400 – 401

CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 297.

CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* A. CICU E F. MESSINEO, XXV, 2, Milano, 1987.

CARUSO, *Leasing e clausola penale*, in *Quadrimestre*, 1998, 167.

CASTRONOVO C. e MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.

CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

CELSIO. 26 dig., D. 45, I, 97 pr., e Paul. 3 quaest., D. 45, I, 126, 3, e direttamente con una problematica particolare al *compromissum* ed al *receptum arbitri*, in Ulp. 13 ad ed., D. 4, 8, II, 2.

CIANFALONE, voce *Capitolato*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 212.

COLAGROSSO E., *Il libro delle obbligazioni*, in *Commenti al nuovo codice civile italiano*, XXI, Milano, 1943.

CORSALE, *Clausola penale stabilita in misura inferiore al tasso legale degli interessi*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1247.

CRIFO', voce *Danno (Premessa storica)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 615 ss

DE CASTRO VITORES G., *La clàusula penal ante la armonizaciòn del derecho contractual europeo*, in *Colecciòn Monografias de Derecho Civil*, II, *Obligaciones y contratos*, Madrid, 2009

DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1966-1970.

DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998.

DELOGU, *Sui diritti del creditore nelle obbligazioni con clausola penale*, in *Il Gravina*, I, Catanzaro, 1883,

DE NOVA, *Clausola penale*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, II, Torino, 1988, 377;

DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. Rescigno*, X, Torino, 1988, 303;

DE NOVA-SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. RESCIGNO*, X, Torino, 2002.

DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, I, Napoli, 1915.

DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, II, Torino, 1980.

DIURNI G., *Pena privata (diritto intermedio)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, 739 ss;

DUMAS, *Les origines romaines de l'article 1150 du code civil*, in *Etudes d'Histoire offertes à P.F. GIRARD*, II, Paris, 1913.

FEBBRAJO, *La riducibilità d'ufficio della penale*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 612.

FERRINI, voce *Obbligazione*, in *Enc. giur. it.*, XII, Milano, 1900, 346.

FLINIAUX, *L'evolution du concept de la clause pénale chez les canonistes du moyen – age*, in *Mélanges (origine des art. 1152, 1226 e ss. du Code Civile français)*, P. Fournier, Paris, 1929, p. 236

FRANCESCHETTI, *Il fondamento della clausola penale e il problema della riducibilità da parte del giudice*, in www.legalisulweb.it.

FREZZA, *La clausola penale*, in *Studi in memoria di Mossa*, II, Padova, 1961, 269;

FUSCAS, *Brevi osservazioni in materia di riduzione della clausola penale manifestamente eccessiva e di riconoscimento dei vizi da parte dell'appaltatore*, in *Riv. giur. sarda*, 1995, 42.

GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 927.

GALGANO, *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare : art. 1372-1405. Libro quarto: Delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* SCIALOJA E BRANCA, Bologna - Roma, 1993.

GALLAVOTTI, *In tema di riduzione d'ufficio della clausola penale eccessiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 333.

GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II. Torino, 1988, 384.

GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003.

GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.

GHEDINI FERRI, *La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento*, in *Nuova giur. civ.*, 1991, 556.

GHIRON, *Delle obbligazioni in generale e dei contratti in generale cit.*, I, p. 534 - 535,

GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Comm. cod. civ.* a cura di D'AMELIO E FINZI, *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948.

GHISALBERTI, voce *Pena (diritto intermedio)*, in *Nov. Dig. It.*, XXII, Torino, 1965, p. 813 ss.

GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in ALPA e BESSONE, *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, 405;

GIOIA, *Riducibilità "ex officio" della penale eccessiva d'ufficio della penale manifestante eccessiva*, in *Giur. it.*, 2000, 1155.

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, Firenze, 1899.

GIORGIANNI, voce *Obbligazione*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 613.

GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica. Lineamenti generali*, I, Milano, 1955.

GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 184. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1981, 729;

IZETTA, *L'equità nella giurisprudenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, 14.

LAURENT, *Principi di diritto civile*, trad. it., Napoli, 1882.

INVREA F., *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 654;

IOZZO, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto di leasing: un'alternativa della giurisprudenza di merito all'orientamento della Cassazione*, in *Giur. It.*, 2003, 511.

JANNARELLI, *La clausola penale*, in *I contratti in generale* a cura di P. CENDON, VIII, Torino, 2000.

LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, in FIORE (a cura di), *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, Parte Decima, *Delle obbligazioni*, I, seconda edizione, con appendici di DEGNI F., Napoli – Torino, 1912, p. 446 – 461;

LONGO, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, I, Napoli, 1906, p. 447 ss;

MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 186.

MARGHERI, *Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, II, Napoli, 1886, p. 459,

MARICONDA, *Delle obbligazioni e dei contratti: commentario*, Milano, 1984.

MARINI A., voce *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 4.

MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984 (sul quale riferisce ampiamente E. Gabrielli, in *Rass. Dir. Civ.* 1984, 901);

MAZEAUD D., *La notion de clause penale*, Paris, 1992;

MAZZA, *Brevi cenni sulla clausola penale*, in *Giur. Cass. civ.*, 1948, II, 131.

MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999.

- MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1986 (ed. provv.);
- MAZZEO, *La clausola penale nei contratti della p.a.*, in *Amm. it.*, 1982, 1052.
- MEDICI, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 321.
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 cod. civ.)*, Milano, 1952.
- MIRABELLI, *Delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ. (art. 1321-1469), Dei contratti in generale*, Torino, 1980.
- MORACE PINELLI, *Promessa del fatto del terzo e clausola penale*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 194.
- MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2168.
- MOSCATI E., voce *pena (dir. priv.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 772.
- MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1784.
- MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private* a cura di BUSNELLI E SCALFI, Milano, 1985.
- PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, III, Firenze, 1873.
- PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, terza edizione, IV parte, *Delle obbligazioni in generale*, Firenze, 1886, p. 160 ss.,

PALMIERI-PARDOLESI, *Dalla parte di SHYLOCK: vessatorietà della clausola penale nei contratti dei consumatori?*, in *Danno e Resp.*, 1998, 275.

PANDOLFELLI, SCARPELLO, STELLA RICHTER M. e DALLARI, *Codice civile (Lavori preparatori). Libro delle obbligazioni*, Milano, 1942.

PATERNÒ DI BICOCCA, *La pena convenzionale (clausola penale) nel diritto italiano*, Milano, 1900.

PERSICO, *La clausola penale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 69.

PIOLA, voce *Clausola penale*, in *Dig. It.*, VII, Torino, 1897 – 1902, p. 364 ss;

POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano, I*, Roma, 1915.

POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano. Corso di lezioni, I*, Verona – Padova, 1898, p. 398.

POLLAROLI, *Domanda di adempimento e successiva richiesta della penale*, in *Contratti*, 2002, 573.

PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Milano, 1990, 1.

POTHIER, *Traité des obligations*, in *Opere di G.R. Pothier contenenti i trattati del diritto francese a cura di DUPIN*, Livorno, 1841.

PROVERA G., voce “*Actio de effusi set deiectis*”, in *Nss. D. I.*, vol. I, Torino, 1957, p.260 s.

ROTONDI G., *Dalla “lex Aquilia” all’art. 1151 c.c. Ricerche storico – dogmatiche*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, p. 70 ss.,

SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1989, p. 151 ss.

SCEVOLA, voce *Caparra*, in *Dig. It.*, VI, Parte prima, Torino 1888, p. 725 – 728;

STOLL H., *Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze*, in *Festschrift für M. Rheinstein*, vol. II, Tübingen, 1969, pp. 570 e 579 ss

SCHLESINGER, in *Corr. Giur.* 1986, 854 (Commento a sentenza C. 6 maggio 1986 n. 3023)

SPOTO G., “*La clausola penale eccessiva tra riducibilità di ufficio ed eccezione di usura*”, in *Europa e Diritto Privato*, 1 – 2006, 353 ss.

TALAMANCA, ‘*Conventio*’ e ‘*stipulatio*’ nel sistema di contratti romani, in *Le droit romain et sa réception en Europe. Actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et Administration de l’Université de Varsovie en collaboration avec l’Accademia Nazionale dei Lincei*, Versovie, 1978, 200 ss;

TALAMANCA, *Ricerche in tema di ‘compromissum’*, Milano, 1958, 41 nt. 17;

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp.564 ss

TALAMANCA M., voce *Colpa civile (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 517 ss.,

TALAMANCA M., voce *pena privata (dir. rom.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 712, ss

TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954;

VENTURINI C., *Premessa romanistica*, in *Le pene private*, Milano, 1985, p. 24.

VOCI P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939;

VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, IV, 4° ed., Milano, 1895, p. 69.

ZENO ZENCOVICH, in *Nuova Giur .civ.*, 1986, I, p. 577 (Commento a sentenza C. 6 maggio 1986 n. 3023)

ZIMMERMANN R., *The Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co., Kenwyn, 1990, ristampa 1992.

ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, in *Studi di diritto civile*, 38, Milano, 1991, p. 22

ZOPPINI A., “*La clausola penale e la caparra*”, *Trattato dei contratti* (RESCIGNO – GABRIELLI), *I Contratti in generale*, II, 2° ed., Torino, 2006, 1011 e ss.