

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



**DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTO COMUNE PATRIMONIALE
XXV CICLO**

Coordinatore: Ch.mo Prof. Enrico Quadri

TESI

**Pattuizioni in vista dell'inadempimento:
clausola penale e *reductio* giudiziale**

**Tutor:
Ch. Mo Prof. Enrico Quadri**

**Candidato:
Dott. Roberto Galasso**

ANNO ACCADEMICO 2012- 2013

Introduzione	5
---------------------	---

CAPITOLO I

La penale e la caparra come patti con funzione modificativo-conformativa degli effetti del contratto (e dell'inadempimento)

1.1 La penale e la caparra come strumenti di deviazione degli effetti "normali del contratto"	8
1.2 La funzione specifica della caparra confirmatoria.	13
1.3 Rapporti fra risoluzione e recesso in presenza della caparra confirmatoria	17
1.4 Proponibilità della domanda di risoluzione in via subordinata a quella di accertamento della legittimità dell'intervenuto recesso	22
1.5 La penale, premesse definitive: introduzione al problema della funzione	30
1.6 La tesi risarcitoria	32
1.7 L'alternativa alla teoria risarcitoria: tesi punitiva, tesi dualistica e tesi della sanzione tipica	35
1.8 La penale come patto novativo dell'obbligazione risarcitoria futura. Critica	40
1.9 Un diversa proposta ricostruttiva: la penale come transazione preventiva alla lite che può sorgere	49
1.10 La penale come negozio distorsivo-conformativo degli effetti del contratto e dell'inadempimento. Rapporti con i rimedi ordinari.	56

Capitolo II

La riducibilità come tutela avverso le asimmetrie soggettive alla luce della ricostruzione della penale come patto stipulato in funzione della determinazione dell'equilibrio contrattuale.

2.1 Autonomia privata e limiti all'intervento del giudice: introduzione al problema della riducibilità della penale ex art. 1384 c.c. alla luce delle diverse proposte ricostruttive della sua funzione	65
2.2 La riducibilità della penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e nella dottrina	69

2.3 Il problema generale della “discrezionalità” giudiziale e dei relativi limiti: la sentenza costitutiva <i>ex art.</i> 2932 e l’intervento nel diritto di famiglia.	77
2.4 Autonomia collettiva e sindacato del giudice: il giudizio di validità delle delibere in contrasto con lo scopo comune	86
2.5 Sindacato del giudice e autonomia contrattuale: dal principio di intangibilità dell’accordo, all’intervento integrativo, alla luce delle clausole generali di buona fede ed equità. Necessità di una riconsiderazione dell’intervento come strumento di correzione delle asimmetrie soggettive	88
2.6 La tutela avverso le asimmetrie soggettive. Il patto commissorio come accordo “preventivo” all’esigibilità della prestazione e “distorsivo” degli effetti del contratto: la <i>ratio</i> del divieto e le analogie con la clausola penale	100
2.7 La funzione solutoria del patto commissorio e della <i>datio in solutum</i> . Nullità del primo, validità della seconda e intervento correttivo mediante lo schema marciano	107
2.8 Patto commissorio e clausola penale: la riducibilità come controllo sulla sproporzione oggettiva che costituisce conseguenza dell’asimmetria soggettiva	110

CAPITOLO III

La pena nel contratto di consumo e nel testamento: il problema della riducibilità alla luce del suo effettivo fondamento

Sezione I

3.1 La clausola penale nei contratti di consumo: vessatorietà e nullità della clausola. Deroghe al regime ordinario di riducibilità	113
3.2 L’interesse del consumatore a mantenere in piedi la clausola	118
3.3 La penale a carico del professionista: coordinamento fra i rimedi di diritto comune (art. 1229 c.c.) e la nullità consumeristica, in vista della migliore realizzazione dell’interesse del consumatore	123
3.4 Il giudizio di vessatorietà da parte del notaio rogante	127

Sezione II

3.5 La funzione sanzionatoria nel testamento	131
3.6 Il legato <i>poene nomine</i>	139
3.7 Introduzione al problema dell'applicabilità al legato <i>poene nomine</i> delle norme in tema di clausola penale	143
3.8 Sull'applicabilità al testamento delle regole in tema di contratto	145
3.9 Il legato <i>poene nomine</i> come disposizione (negoziale) indiretta (mente penale): conseguenze applicative	147
3.10 Limiti di liceità del legato <i>poene nomine</i> : il problema dell'oggetto	150
3.11 L'intervento del giudice alla luce del patto marciano	153
3.12 La riducibilità come controllo di asimmetrie soggettive: limiti di applicazione nella disciplina testamentaria	157

INTRODUZIONE

In un sistema socio-economico attraversato da una ricorrente asimmetria informativa fra gli attori del mercato, «l'idea secondo la quale solo ed esclusivamente l'individuo può essere giudice dei suoi interessi non ha più riscontro»¹.

Anche nel contratto si assiste, in effetti, nel nostro tempo, ad una libertà soltanto formale, dal momento che l'aderente, di fatto, non è in grado di determinare concretamente il contenuto del regolamento «pattizio»².

Sembra inevitabile, allora, colmare il divario di forza contrattuale «riarmando la libertà dei privati (e dunque l'autonomia) nella formazione del contratto, con la predisposizione di strumenti in grado di garantire informazione e trasparenza, sì da consentire l'apporto volitivo consapevole e perciò effettivamente negoziale di entrambe le parti» e, dall'altro lato «*intervenendo autoritativamente* sulla determinazione del regolamento contrattuale (e dunque sull'*eteronomia*), amputando e/o manovrando il contenuto del contratto secondo parametri ritenuti equi, sì da ristabilire l'equilibrio contrattuale leso a danno di una parte»³.

E così, accanto alla pluralità di statuti proprietari in grado, ciascuno, di assicurare, a seconda delle caratteristiche proprie di categorie di beni, la universalmente riconosciuta funzione sociale della proprietà⁴, si assiste ad una pluralità di statuti di contraenti e di tipi contrattuali⁵.

¹ Osserva BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Giuffrè, 2000, 33 come «il riconoscimento della libertà del singolo s'inserisce ormai in una concezione dell'ordinamento che s'ispira al prevalente valore della *solidarietà sociale*, quale valore di fondo della nostra Costituzione», sottolineando, inoltre, che «il principio di solidarietà giustifica e anzi impone l'intervento della legge là dove il principio dell'autonomia privata non è sufficiente ad assicurare giusti rapporti»

² In tal senso v. KRAMER, *Die «Krise» des liberalen Vertragsdenkens*, Munchen- Salzburg, 1974, 20

³ Così, BOCCHINI, in *Diritto privato* BOCCHINI-QUADRI, Giappichelli, 2011, 662

⁴ In proposito, v. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, 1964, *passim*.

⁵ Spaziando la disciplina di settore dalla tutela del consumatore a quella dell'imprenditore debole, avendo assunto, ormai, «rilevanza sociale e giuridica un c.d. *terzo contratto* stipulato tra imprese con divario di

Anche il codice - pur nato dal grembo di un legislatore maturo e sensibile alle nuove istanze sociali - subisce, oggi, l'influenza di un rinnovato e generalizzato spirito "interventista" che, valorizzando il ruolo del giudice nella regolazione del rapporto contrattuale, impone la rilettura di alcune sue norme che pur sembravano contenere il germe dell'interpretazione più moderna, per lungo tempo, tuttavia (e pur apprezzabilmente, per certi versi), osteggiata dalla più prudente dottrina e giurisprudenza, alla luce del tradizionale principio dell'autonomia privata, spazio invalicabile dal potere statale, e giudiziale in particolare.

Lo studio si propone, quindi, di ripercorrere lo scenario normativo e giurisprudenziale entro il quale si è svolta l'avanzata dell'intervento del giudice nello *spatium* dell'autonomia privata, esaminando in particolare, il fondamento dell'intervento equitativo, specie con riferimento alla riducibilità della penale eccessiva e soffermandosi, peraltro, sui nuovi criteri di intervento nell'ambito consumeristico.

Tuttavia, la libertà di autodeterminazione, anche nella sfera contrattuale, resta un principio irrinunciabile nel nostro ordinamento (soprattutto alla luce del carattere personalistico della Costituzione), onde quando si ammetta l'intervento del giudice nel regolamento privato, occorre pur sempre, con prudenza, stabilirne i limiti, evitando applicazioni generalizzate dell'ingerenza giudiziale.

In questo senso, il lavoro è finalizzato a ricostruire, in primo luogo, la funzione effettiva della clausola penale, ritenendosi che soltanto partendo da una simile impostazione sia possibile tracciare limiti sicuri all'intervento del giudice nell'autonomia privata.

Lo studio è orientato a ricostruire la peculiare natura della clausola penale nei termini di una pattuizione con efficacia conformativo - distorsiva degli effetti normali

potere contrattuale, più spesso correlato ad una situazione di dipendenza economica tra le parti». Così, BOCCHINI, cit., 667

dell'accordo e dell'inadempimento. In funzione, peraltro, della determinazione dell'equilibrio contrattuale e, quindi, stipulata contestualmente al contratto principale.

In questo senso, risulta evidente come la natura "preventiva" del patto si presti a generare uno squilibrio dipendente dall'asimmetria soggettiva fra creditore e debitore.

Chi si obbliga alla prestazione penale, ha bisogno di quella principale e, pertanto, potrebbe accettare condizioni sanzionatorie inique per il caso del suo inadempimento.

In questi termini la *reductio* sembra istituzionalmente posta a tutela delle parte debole nella fase della stipulazione.

In una simile prospettiva, pertanto, il potere riduttivo del giudice (che, in linea di massima, dovrebbe costituire ipotesi eccezionale, alla luce del principio di autodeterminazione) non dovrebbe sussistere per quegli schemi negoziali estranei al contatto fra sanzionante e sanzionato e, quindi, aldilà di una logica di asimmetria soggettiva.

Il pensiero va, quindi, alle disposizioni testamentarie a titolo di pena che, pur potendo perseguire lo scopo sanzionatorio, dovrebbero sottrarsi al giudizio di riduzione, stante l'unilateralità del testamento.

Capitolo I

La penale e la caparra come patti con funzione modificativo-conformativa degli effetti del contratto (e dell'inadempimento)

1.1 La penale e la caparra come strumenti di deviazione degli effetti normali del contratto

Come già anticipato in apertura di questo lavoro, non è possibile tracciare compiutamente i limiti all'intervento del giudice sull'assetto di interessi programmato dai privati nell'ambito della loro sfera di autonomia (in materia "sanzionatoria"), senza prima analizzare i profili strutturali e funzionali del patto penale. Soltanto partendo dalla ricostruzione degli effetti e della causa tipica della clausola "sanzionatoria", diventa agevole individuare il fondamento del potere di *reductio* attribuito al magistrato quando il valore della prestazione penale sia manifestamente eccessivo, tenuto conto dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Ed è altrettanto evidente che i limiti ad un simile intervento riduttivo risultino enucleabili soltanto alla luce della sua stessa *ratio*, poiché risulterebbe esorbitante, in effetti, proprio quel potere che venisse esercitato in carenza delle circostanze poste dall'ordinamento (anche solo implicitamente) a presupposto della tutela riduttiva.

Al riguardo, pare significativo, allora, che l'art. 1382 c.c. sia collocato nel capo V del libro sulle obbligazioni, intitolato "Degli effetti del contratto", sotto la sezione II, dedicata, specificamente, alla clausola penale e alla caparra. Altrettanto illuminante è che l'articolo *de quo* sia poi rubricato con l'espressione "Effetti della clausola penale".

Quel che appare, perciò, a chi si misuri con la disciplina della clausola penale, è che essa assume rilievo, all'interno del codice, nel momento relativo alla produzione degli effetti che discendono dal negozio.

A dispetto del *nomen*, poi, è stato osservato come essa rappresenti una convenzione autonoma rispetto al contratto principale al quale è collegata.⁶

Con la pattuizione *de qua* «si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore». Peraltro, «la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno».

E tuttavia, è evidente che, tanto la collocazione della norma nel capo relativo agli «effetti» del contratto, quanto la sua rubricazione e la stessa formulazione, lascino intendere che la clausola penale (insieme alla caparra), rappresenti, per un verso, una eccezionale strumento di deviazione - modificazione degli effetti spiegati dal negozio, per altro, uno mezzo di rafforzamento sostanziale al precetto già formalmente espresso dall'art. 1372 c.c., a norma del quale il contratto ha forza di legge tra le parti.

In effetti, come si vedrà di qui a breve, la penale e la caparra, servono la causa dell'adempimento, sollecitando il debitore ad eseguire quanto promesso.

E, in questo senso, appaiono, indiscutibilmente, come strumenti di sostegno agli effetti del contratto.

⁶ Sul punto, v. MARINI, *La clausola penale*, Jovene, 1984, 68 e 70 il quale, in relazione alla problematica attinente alla natura di elemento accidentale della clausola o di negozio autonomo, sottolinea come «la penale, considerata e valutata in rapporto alla sua funzione, si collochi su un piano necessariamente diverso da quello del contratto cui accede così come, in generale, la sanzione si distingue dal precetto al quale inerisce e che va a rafforzare». Le parti, infatti, «ponendo in essere la clausola, hanno di mira l'attuazione di uno scopo pratico a sé stante diverso da quello del contratto principale (locazione, compravendita, appalto, etc.) e precisamente vogliono che una di esse (il debitore dell'obbligazione contrattuale) dia, faccia o non faccia alcunché nel caso in cui non venga adempiuta quella obbligazione (o ne venga ritardato l'adempimento)»

Per altro verso, il legislatore, a fronte di questo vantaggio, predispone un contrappeso, dato che la clausola si risolve indubbiamente in una deviazione dei normali “effetti” negoziali.

La risoluzione e il risarcimento, infatti, per quanto presuppongano un inadempimento (e, quindi, la mancata realizzazione della scopo che i contraenti intendono perseguire, rappresentandone, perciò, la negazione), costituiscono, pur sempre, effetti del contratto.

Effetti destinati a spiegarsi nella fase patologica del rapporto e a presidio dello stesso, perché soltanto la tutela avverso l’inadempimento può svolgere la funzione compulsoria all’adempimento e, comunque, attribuire, alla parte fedele, il bene della vita (in forma eventualmente sostitutivo-monetaria) che intendeva conseguire.

Orbene, con le dovute eccezioni, la penale e la caparra sono in grado di incidere su questi effetti secondari del contratto - sugli effetti, cioè, relativi alla fase patologica - eventualmente modulandone la portata e, dall’altro lato, facilitandone la produzione.

La penale, infatti, per il caso di inadempimento, assicura alla parte fedele una certa prestazione, in luogo del risarcimento secondo gli ordinari criteri, e con la preclusione a ottenere la liquidazione del maggior danno (salvo che sia diversamente pattuito).

Tuttavia, sorge un diritto a quella prestazione indipendentemente dalla prova del danno e per il solo fatto dell’inadempimento.

Perciò è chiaro che, da un lato, si assiste ad una deviazione degli effetti del contratto che andrebbero, altrimenti, nel senso di legittimare la richiesta di risarcimento del danno.

Dall'altro, si semplifica la via della tutela residuale, riconoscendo, alla parte fedele, il diritto di ottenere la prestazione in luogo del risarcimento, senza l'onere di provare la ricorrenza di un danno.

Così come la caparra "confirmatoria" consente alla parte non inadempiente di recedere dal contratto e di trattenere quanto ricevuto dalla (o esigere il doppio di quanto versato alla) parte infedele, lucrando, in tal modo, il vantaggio di un ristoro, senza l'incombenza di dover provare il danno.

A fronte di questo vantaggio, però, si assiste ad una deviazione dei normali effetti del contratto nella fase patologica del rapporto.

L'esercizio del recesso e la ritenzione della caparra, infatti, impediscono di ottenere la liquidazione (anche ove si riuscisse a provare il danno) del risarcimento che normalmente spetterebbe all'attore, per il caso in cui dimostri di avere subito un pregiudizio a causa dell'inadempimento.

La caparra "penitenziale", poi, consente, fuori dall'inadempimento, alla parte che l'abbia versata, la facoltà di sciogliere il vincolo contrattuale in via unilaterale.

La caparra, perciò, è qui il *pretium* del recesso e, ancora una volta, risultano devianti gli effetti del contratto, in quanto, in contrasto col disposto di cui all'art. 1372 c.c., a norma del quale il contratto ha forza di legge fra le parti, una di esse si vede attribuita la facoltà di porre nel nulla la cogenza dell'accordo, mediante il recesso.

A fronte della conformazione-deviazione degli effetti legali del contratto, in danno della controparte, è attribuito a quest'ultima il vantaggio di ritenere la caparra.

Può perciò sostenersi, innanzitutto, che la disciplina in questione, come è dato apprezzare già dalla prospettiva sistematico-testuale, inerisce alla materia degli effetti del contratto e si pone, rispetto ad essa, come eccezione, pur con l'evidente fine di assicurare la massima realizzazione dell'interesse creditorio.

E, proprio nella logica di questa ottimizzazione, il principio di ragionevolezza impone un bilanciamento, che si attua mediante deroghe volte a ridurre il campo di applicazione della tutela risarcitoria.

E' questa la matrice comune degli istituti *de quibus*.

Non si può omettere, tuttavia, di delineare, al pari, le profonde differenze fra i due istituti poiché, date le profonde analogie, non sempre risulta agevole stabilire se le parti abbiano inteso stipulare una penale o, piuttosto, una caparra.

Ciò soprattutto alla luce della teoria della causa in concreto, che impone di superare lo schermo del *nomen* e della struttura del negozio, per spingersi ad individuare lo scopo economico-individuale che le parti hanno inteso perseguire e, per questa via, la disciplina effettivamente applicabile.

Va ricordato che, in passato, la caparra è stata a lungo considerata una mera penale, sebbene reale e ad effetti reali.

Ferma l'identità della funzione, la differenza sarebbe stata semplicemente in ciò che, mentre la penale costituisce mera convenzione ad effetti obbligatori (perché vincolava la parte infedele ad eseguire la prestazione promessa, in caso di inadempimento), la caparra si perfeziona con la dazione della cosa al momento della stipula del contratto, onde, per il caso di inadempimento, non si porrebbe il problema di eseguire un'ulteriore prestazione, vantando, *l'accipiens*, il diritto di ritenere la caparra⁷.

Pare il caso, perciò, di stabilire, con maggiore chiarezza, l'ambito di operatività proprio di ciascuna dei due istituti.

⁷ Sul punto, v. la diffusa analisi di MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Il Codice Civile, Commentario, artt. 1382-1384*, a cura di Schlesinger, Giuffrè, 1999, 39 ss.

1.2 La funzione specifica della caparra confirmatoria

Preliminarmente, va ribadito che la caparra è capace di deviare gli effetti naturali del contratto *sub specie* di tutela dei relativi effetti nel momento patologico.

Avvalendosi della caparra “confirmatoria”, infatti, come anticipato, la parte non infedele può recedere dal contratto e ritenere (o esigere il doppio di) quanto versato al momento dell'accordo.

Ciò non implica, tuttavia, una definitiva e irretrattabile rinuncia agli effetti “normali” del contratto.

I contraenti si vedono attribuita semplicemente la facoltà di avvalersi di questo effetto conformativo-distorsivo, residuando, tuttavia, la possibilità di agire in risoluzione, chiedendo il risarcimento dell'intero danno patito, con l'onere di provare il pregiudizio.

Ciò impone di verificare quali siano le sorti della caparra nel caso in cui la parte che l'abbia ricevuta non intenda avvalersi del suo effetto tipico, ma preferisca agire in risoluzione per conseguire il ristoro integrale dei danni⁸.

In primis, va osservato come, secondo parte della dottrina, la caparra, in generale (e anche prima che si ponga un problema circa le sue sorti per il caso in cui sia esperita l'azione di danni), non potrebbe svolgere alcuna funzione di garanzia⁹.

⁸ Le considerazioni che seguono sono riprese da un precedente lavoro. Si veda in proposito GALASSO, *Recesso, risoluzione del contratto e ritenzione della caparra confirmatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 9, 826 ss

⁹ Contro la pretesa funzione di garanzia della caparra, v. BAVETTA, *La caparra*, Giuffrè, 1963, 76 ss., il quale, con riferimento al trasferimento della proprietà della cosa data in caparra, sottolinea come « tale effetto è in palese contrasto con la stessa nozione di garanzia, comunemente ammessa, secondo cui questa si sostanzia nel potere di soddisfarsi su un bene, che resta specificamente vincolato a tutela del mancato pagamento del debitore».

Con riferimento alle varie funzioni della caparra, si vedano, inoltre: BIGLIAZZI GERI- BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, in *Diritto civile*, III, Utet, 2003, 162; ROSELLI, *Clausola penale e caparra*, in *Tratt. Bessone*, Giappichelli, 2002, 435; DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. Rescigno*, 10, Utet, 1995, 420; MARINI, voce «Caparra», in *Enc. giur. Treccani*, V, Ed. Enc. It., 1990,1.

Essa, infatti, viene al più trattenuta in base al titolo previsto nel comma 2 dell'art. 1385 c.c., attraverso un meccanismo di imputazione al risarcimento, mentre la circostanza che la *res*, oggetto della caparra, divenga di proprietà dell'*accipiens* dovrebbe escludere che si possa parlare di garanzia¹⁰.

Una rapida riflessione sulla *ratio* della ritenzione della caparra nei casi in cui sia ancora pendente il giudizio per la risoluzione o sia intervenuta la sentenza di condanna al risarcimento del danno per la parte inadempiente, pare opportuna.

Per la verità, non si manca di sottolineare come solo in termini generici possa comunque parlarsi, in tali circostanze, di funzione di garanzia¹¹.

Ciò perché, al più, può accadere, in fatto, che la parte continui a ritenere la caparra in quanto, fino alla pronuncia di risoluzione, questa ha comunque la facoltà di recedere, trattenendola¹².

¹⁰ Così come, a fugare ogni dubbio a riguardo, sarebbe la stessa funzione confirmatoria della caparra, posta a tutela del vincolo e, dunque, a vantaggio di entrambi i contraenti.

¹¹ Si veda TRIMARCHI, voce «Caparra», in *Enc. Dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 202, per il quale «se la parte opta per il risarcimento del danno secondo le norme generali, non può giovare della caparra o dell'ammontare di essa come limite minimo alla liquidazione dei danni. Avvenuta la scelta solo in fatto si può verificare una ritenuta della caparra, o più precisamente la parte incolpevole ha ad esempio il diritto di recedere e ritenere la caparra fino a quando non intervenga la sentenza definitiva che dichiara risolto il contratto. La caparra in tal caso non svolge funzione di garanzia, perché essa viene trattenuta o in fatto o tutt'al più in base al titolo previsto nel comma 2 dell'art. 1385 c.c. Intervenuta la decisione definitiva ed esecutiva di condanna e sempre che la caparra in fatto sia ancora nelle mani dell'*accipiens* questi può, dovendo restituire la caparra, opporre in compensazione, ricorrendone i presupposti, il proprio credito per il risarcimento (accertato e liquidato con la sentenza passata in giudicato)».

In giurisprudenza, con riguardo alla possibilità di fondare la ritenzione della caparra, anche a seguito della richiesta del risarcimento del danno, sulla sua pretesa ulteriore funzione di garanzia dell'adempimento dell'obbligazione risarcitoria v., invece: CASS., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Contratto in genere», n. 513; CASS., 19 aprile 2006, n. 9040, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Contratto in genere», n. 514; CASS., 29 gennaio 2003 n. 1301, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 213; CASS., 24 gennaio 2002, n. 849, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Contratto in genere», n. 428; CASS., 4 agosto 1997, n. 7180, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce «Contratto in genere», n. 804; CASS., 30 marzo 1995, n. 3805, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 742; CASS., 14 febbraio 1994, n. 1464, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce «Contratto in genere», n. 369; CASS., 19 novembre 1993 n. 11267, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce «Contratto in genere», n. 364; CASS., 21 giugno 1983, n. 4241, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Contratto in genere», n. 248; CASS., 21 novembre 1981, n. 6217, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce «Contratto in genere», n. 241. In senso contrario v. CASS., 6 maggio 1988, n. 3371, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce «Contratto in genere», n. 318

Una volta che, invece, sia stata pronunciata la risoluzione, l'*accipiens* potrà opporre il suo credito risarcitorio in compensazione del suo debito restitutorio, relativo alla caparra.

Orbene, tanto premesso, è effettivamente chiaro che, presupponendo la compensazione legale la coesistenza di due crediti certi, liquidi ed esigibili e richiedendo quella giudiziale, a norma dell'art. 1243 c.c., che il credito opposto in compensazione sia di facile e pronta liquidazione¹³, in mancanza della determinazione o almeno della facile liquidazione del risarcimento, sarebbe inoperante il meccanismo di estinzione dell'obbligazione restitutoria e, dunque, la ritenzione non apparirebbe giustificata¹⁴.

Se, però, si attribuisce alla caparra una funzione di garanzia dell'obbligazione risarcitoria, in senso tecnico, non sembra vi possano essere ragioni per negare la ritenzione sulla base dell'indeterminatezza del credito risarcitorio.

La liquidità, in questo caso, non pare presupposto imprescindibile, in quanto la ritenzione non viene giustificata come effetto indiretto della compensazione, ma come strumento di garanzia dell'obbligazione risarcitoria, non sembrando che sia sufficiente a precluderla l'indeterminatezza della obbligazione in questione¹⁵.

¹² Ma v., in senso contrario, CASS., SEZ. UN., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 680, con nota di LEGGIERI

¹³ Per i presupposti della compensazione, anche nella sua forma giudiziale, BIANCA, *Diritto Civile*, 4, *L'obbligazione*, Giuffrè, 1993, 505, per il quale «se manca una prova sicura del credito opposto, la compensazione non può essere pronunciata».

¹⁴ Nel senso che occorra la prova del *quantum* del danno per poter trattenere la caparra a garanzia dell'obbligazione risarcitoria v. CASS., 23 agosto 2007, n. 17923, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Contratto in genere», n. 469. In una diversa prospettiva, e nel senso dell'ammissibilità della ritenzione, in vista della liquidazione del risarcimento, ai fini compensatori, ove sarà provato il danno nel *quantum*, v. CASS., 16 marzo 2006, n. 5846, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Contratto in genere», n. 516.

¹⁵ Orientata verso la possibilità di ritenere la caparra anche a seguito di una mera condanna generica, almeno fino alla conclusione dell'autonomo giudizio per la liquidazione del danno CASS., 21 giugno 1983, n. 4241, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Contratto in genere», n. 248 per la quale «la caparra confirmatoria non perde la sua funzione di garanzia per la concreta realizzazione dell'indennizzo che verrà eventualmente liquidato, con conseguente diritto del creditore a trattenere la caparra stessa sino alla conclusione del giudizio sulla liquidazione dei danni»

Ciò che, invece, a ben vedere, pare costituire un limite alla ritenzione è, piuttosto, la circostanza che il danno neppure sia già accertato e che, dunque, essendo solo eventuale l'esperimento dell'azione volta, appunto, all'accertamento e alla liquidazione, sia inammissibile la garanzia dell'adempimento di un'obbligazione (quella risarcitoria) di dubbia esistenza.

Ove, poi, il danno sia pure accertato nell'*an*, ma non nel *quantum*, e la parte che abbia ottenuto condanna generica *ex art. 285 c.p.c.* si sia riservata di agire per tale liquidazione, in autonomo giudizio, risultano prospettabili due differenti soluzioni.

Se, infatti, un giudizio per l'accertamento già sia pendente, sembrerebbe ammissibile una ritenzione fino a chiusura del processo di liquidazione dell'eventuale danno.

Se, invece, un giudizio per la liquidazione non sia stato neppure ancora promosso, nonostante la pronuncia di condanna generica in sede di risoluzione, come pare possibile *ex art. 285 c.p.c.*¹⁶, non sembrerebbe plausibile la ritenzione in quanto, in una simile prospettiva, non solo è meramente eventuale la liquidazione di un danno, ma persino l'instaurazione del relativo giudizio.

La ritenzione risulterebbe, dunque, *sine die* e, sembrerebbe, perciò, *sine causa*.

Ma, alla luce di queste considerazioni, pare, allora, che l'inammissibilità della ritenzione, per mancanza di causa, non si fondi tanto sull'indeterminabilità

¹⁶ Per l'ammissibilità di una dissociazione fra giudizio di condanna e giudizio di accertamento e liquidazione dei danni, VERDE, *Profili del processo civile*, 2, Jovene, 2006, 153, il quale sottolinea come «la prassi ha ulteriormente potenziato le possibilità applicative dell'art. 278 c.p.c. ammettendo che l'attore possa perfino iniziare il processo per chiedere la c.d. condanna generica, con riserva di chiedere in un successivo processo la liquidazione del *quantum*».

del risarcimento¹⁷, né sulla sua mera eventualità, quanto sulla circostanza che non penda neppure un giudizio volto al relativo accertamento¹⁸.

Alla luce di quanto su esposto, si può, quindi, concludere che, nella fase fisiologica del rapporto, la caparra svolge una funzione di rafforzamento del vincolo (compulsoria) e non già di garanzia in senso tecnico, dal momento che essa rafforza la posizione di entrambe le parti ed è vicenda costitutiva (almeno nei confronti dell'*accipiens*) di un diritto su quanto ricevuto.

Essa, poi, non preclude alla parte fedele la facoltà di avvalersi degli ordinari rimedi risolutori e risarcitori, costituendo, in questi casi, la caparra ricevuta (e non ancora restituita), un acconto sul risarcimento (per ottenere il quale si dovrà dimostrare l'*an* e il *quantum* dei danni)¹⁹.

1.3 Rapporti fra risoluzione e recesso in presenza della caparra confirmatoria

E' ormai evidente che, la caparra costituisca un meccanismo di conformazione-deviazione dei normali effetti (in termini rimediali) del contratto, ma non preclude, però, alla parte fedele, di inibire tale distorsione, consentendole di avvalersi delle tutele ordinarie di risoluzione e risarcimento.

¹⁷ Dovendosi convenire sul punto che ciò che il giudice può accertare è per ciò stesso determinabile.

¹⁸ E che, dunque, sarebbe rimessa al mero arbitrio del danneggiato, fino alla prescrizione del credito risarcitorio, l'eventuale instaurazione del processo.

¹⁹ Ribadendo che, secondo alcuni la ritenzione si giustificerebbe attraverso il meccanismo della compensazione, potendo opporre, l'*accipiens* cui sia richiesta la restituzione della caparra, il suo credito risarcitorio. Escludendo, invece, che possa parlarsi di compensazione, a causa della illiquidità del credito risarcitorio, può sostenersi che la ritenzione si giustifica a garanzia dell'adempimento dell'obbligo risarcitorio purché l'azione di danni sia stata già incardinata.

L'identità sostanziale, poi, fra risoluzione e recesso, non sempre rende agevole, all'interprete, stabilire se la domanda processuale della parte sia nel senso di chiedere la risoluzione ordinaria o, semplicemente, di accertare l'intervenuto recesso stragiudiziale.

Proprio la persistente alternatività dei due rimedi (e le relative conseguenze in termini di disciplina), allora, rende assai rilevante la qualificazione della domanda giudiziale che possa apparire, appunto, ambigua²⁰.

Orbene, tale operazione, può risultare, per il giudice del merito, particolarmente complessa, dal momento che, ferma l'incompatibilità fra ritenzione della caparra e risarcimento del danno (arg. *ex art.* 1385, co. 3 c.c.), non appare sempre di sicuro inquadramento l'istanza del convenuto che abbia ad oggetto, per un verso "l'accertamento" della risoluzione, per altro, la condanna al "risarcimento del danno", previa declaratoria di legittimità della "ritenzione" della caparra.

Va precisato che una volta accertata, secondo l'insindacabile apprezzamento di merito, la natura di istanza di risoluzione, *ex art.* 1453 c.c., della domanda giudiziale, il giudice non può, in una, pronunciare lo scioglimento, condannare la controparte al risarcimento del danno e riconoscere la legittimità della ritenzione della caparra, se non, quando sia possibile, a scopo di garanzia dell'obbligazione risarcitoria.

Tuttavia il riferimento dell'istanza giudiziale all'accertamento della "risoluzione", in sé, non è sufficiente a far dedurre che il *petitum* attenga alla sentenza costitutiva dello

²⁰ E' una simile qualificazione, infatti, che risulta decisiva, individuando l'intenzione del richiedente e, dunque, circoscrivendo l'ambito dell'istanza principale, col conseguente eventuale rigetto di quelle secondarie e incompatibili.

Ciò, in particolare, quando si ritenga sussistere un divieto di cumulo fra i rimedi di cui intende avvalersi la parte e risulti, quindi, necessario comprendere in che direzione sia realmente orientata l'istanza giudiziale, con carattere da considerare principale.

In proposito, va osservato che è inammissibile il cumulo di risarcimento e caparra così come – si avrà modo di osservare più avanti – è inammissibile la domanda di ritenzione della caparra per il caso in cui il richiedente non sia riuscito a provare i danni per ottenere l'integrale risarcimento.

scioglimento e alla condanna al risarcimento *ex art. 1453 c.c.*, piuttosto che all'accertamento dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra *ex art. 1385 c.c.*

Appare opportuna, allora, qualche considerazione, per fugare ogni dubbio al riguardo.

Nell'ipotesi prospettata, infatti, le soluzioni qualificatorie sembrano essere più d'una: oltre a quella che si risolve nella qualificazione della riconvenzionale in termini di domanda di risoluzione *ex art. 1453 c.c.*, come sembrerebbe doversi evincere dalla congiunta richiesta di risarcimento dei danni²¹, onde la ritenzione della caparra svolgerebbe solo una funzione di garanzia, sembrerebbe potersi accogliere, in altra prospettiva, quella in virtù della quale l'istanza andrebbe qualificata come di accertamento del recesso, con legittima ritenzione della caparra, per cui, a dover essere rigettata, sarebbe l'ulteriore domanda di risarcimento.

Va sottolineato, preliminarmente, come non si debba trascurare la comune essenza risolutiva dei due distinti rimedi contro l'inadempimento, giungendo alla discutibile conclusione secondo la quale con l'impiego del *nomen* "risoluzione" non si possa che alludere allo scioglimento del vincolo contrattuale per mezzo della sentenza di natura costitutiva emessa dal giudice *ex art. 1453 c.c.*²²

Recesso e risoluzione sono ambedue, in effetti, forme di scioglimento del vincolo contrattuale, l'una di carattere stragiudiziale e l'altra di carattere giudiziale²³.

²¹ La domanda di risarcimento può rappresentare, in effetti, quasi un argomento *ad abundantiam*, una circostanza ulteriore (e non, invece, essenziale) per qualificare la risoluzione quale giudiziale, *ex art. 1453 c.c.*

²² A conferma dell'omogeneità ontologica fra recesso e risoluzione (sebbene per mancata osservanza del termine essenziale), si veda come, secondo CASS., 3 marzo 1997, n. 1851, in *Vita not.*, 1997, 254, non precluda la ritenzione della caparra la circostanza che la parte non inadempiente abbia agito per far accertare l'intervenuta risoluzione di diritto per omessa osservanza del termine essenziale, ostando alla ritenzione soltanto una richiesta di risoluzione *ex art. 1453 c.c.*

²³ Si veda, inoltre, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, III ed., Cedam, 1999, 509

Nel senso che l'inadempimento su cui deve essere fondato il recesso sia lo stesso richiesto ai fini della risoluzione, sia in termini di imputabilità che di gravità, v. CASS., 23 gennaio 1989, n. 398, in *Rep. Foro it.*,

Dunque, pur dovendosi negare, se non in funzione di garanzia (e alle condizioni su esposte), il cumulo di caparra e risarcimento, la circostanza che sia stata chiesta la risoluzione non impedisce, se non per un consueto, ma discutibile, criterio di interpretazione della domanda, che ad essere rigettata sia l'istanza di risarcimento, piuttosto che quella di ritenzione, previo accertamento della legittimità del recesso.

In particolare, considerando che, in ogni caso, quest'ultimo consente alla parte di liberarsi dell'onere probatorio relativamente al danno, lucrando comunque con assoluta certezza la caparra.

L'unica differenza è in ciò che, mentre la risoluzione non preclude la liquidazione del danno integrale, la caparra rappresenta un limite per la parte non inadempiente, cui è inibito l'accertamento del danno effettivo e il relativo risarcimento²⁴.

Quando, poi, la domanda sia volta all' "accertamento"²⁵ e non già alla "pronuncia" della risoluzione, se ne potrebbe dedurre che il *petitum* consista proprio nella dichiarazione di uno scioglimento stragiudiziale, tanto più considerato che tale richiesta risulta formulata nell'ambito di una riconvenzionale.

Infatti, pare evidente come la domanda di risoluzione, in via riconvenzionale, possa ritenersi integrare effettivamente un'istanza di accertamento del recesso

1989, voce «Contratto in genere», n. 297 e CASS., 21 agosto 1985, n. 4451, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce «Contratto in genere», n. 201. Con riferimento alla qualità dell'inadempimento ai fini del recesso, BAVETTA, cit., 128, il quale rileva come, se la funzione della caparra è quella di rafforzare il vincolo contrattuale, essa stesa risulterebbe frustrata dall'eventualità che una parte approfitti di un inadempimento lieve per recedere dal contratto.

²⁴ Pertanto, se da un lato l'impiego di un certo *nomen* – sotto il profilo formale - non vale a rendere inequivocabile la volontà espressa dalle parti, la qualifica sostanziale effettuata dal giudice, in un senso o in un altro, del rimedio di cui le parti abbiano inteso effettivamente avvalersi, non è irrilevante, considerando le notevoli differenze in termini risarcitori. Quindi, fino a quando non sia chiarita, la reale volontà della parte non inadempiente di avvalersi della caparra come conseguenza del recesso, oppure come mero acconto sul risarcimento del danno, non si può, insomma, dedurre dal semplice riferimento della domanda alla "risoluzione" in quanto tale, una rinuncia alla ritenzione della caparra.

²⁵ Cfr., in proposito, CASS., 22 febbraio 2011, n. 4278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 821

stragiudiziale, da parte di chi sia stato convenuto, nonostante l'intervenuto scioglimento del vincolo²⁶.

Pur a voler negare - in contrasto con quanto peraltro recentemente espresso dalle Sezioni Unite²⁷ e da parte della dottrina²⁸ - la ritenzione della caparra a chi agisca per la risoluzione giudiziale, ancorché non abbia chiesto il risarcimento, dal momento che, incardinando un giudizio, il richiedente provocherebbe la lite che il meccanismo della caparra è volto ad evitare, sembra innegabile come la proposizione dell'istanza nell'ambito di una riconvenzionale rappresenti la manifestazione fisiologica, all'interno del processo, della facoltà attribuita dall'art. 1385 c.c. ed esercitata stragiudizialmente²⁹.

In altri termini, la circostanza che una simile domanda, per di più prospettata come di "accertamento", venga articolata nell'ambito di una riconvenzionale, dovrebbe lasciare presumere che il *petitum* attenga all'accertamento di una risoluzione

²⁶ Nel senso, poi, che il convenuto, ai fini della ritenzione della caparra, possa limitarsi anche solo ad eccepire l'inadempimento dell'attore, senza dover proporre una domanda riconvenzionale di accertamento del suo diritto di ritenere la v. CASS., 4.3.2005, n. 4777, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Contratto in genere», n. 527

²⁷ Orientata verso la possibilità di accogliere « la domanda di ritenzione della caparra » ancorché il giudizio sia stato intrapreso per la risoluzione, previa conversione, da parte del giudice, della domanda stessa di risoluzione in « azione di recesso » CASS. SEZ. UN, 14.01.2009, n. 553, cit.

²⁸ Per una fungibilità fra rimedi sinallagmatici (risoluzione e recesso) e un'alternatività fra rimedi risarcitori (caparra e risarcimento del danno) per cui non vi sarebbe incompatibilità fra risoluzione e ritenzione della caparra, ma soltanto fra risarcimento e ritenzione stessa, si veda, per tutti, DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. Contratto*, diretto da Roppo, V, Rimedi-2, a cura di Roppo, Giuffrè, 2006, 366 ss., per il quale « anche il contraente che si limita a domandare la risoluzione senza chiedere il risarcimento del danno è legittimato a ritenere la caparra »

In senso contrario, LOMBARDI, *La funzione della caparra secondo il nuovo codice*, in *Giur. it.*, 1946, IV, 47, ha sostenuto l'inammissibilità di un accostamento del recesso alla risoluzione, osservando come occorra, ai fini dello scioglimento del vincolo, nei casi in cui sia stata pattuita una caparra, almeno una diffida ad adempiere, potendo l'effetto risolutivo riconnettersi unicamente alle ipotesi tipiche previste dal codice.

²⁹ Altro si potrebbe dedurre, invero, da una domanda introduttiva del giudizio, in quanto, in assenza di contestazioni da parte dell'inadempiente sulla legittimità del recesso e della ritenzione della caparra, il recedente non avrebbe ragioni per adire l'autorità giudiziaria, dimostrando, con la domanda di risoluzione, di non volersi avvalere del recesso (non contestato), ma, piuttosto, di una pronuncia giudiziale (questa volta costitutiva), con la possibilità di far valere anche il proprio diritto all'integrale risarcimento del danno.

stragiudiziale, onde la ritenzione della caparra potrebbe essere considerata legittima, mentre non lo sarebbe una contestuale condanna al risarcimento del danno.

E', dunque, questa seconda domanda, e non già quella di ritenzione, che andrebbe rigettata nel giudizio di merito, a meno che non si deduca motivatamente *aliunde* l'intenzione di chiedere la risoluzione giudiziale *ex art.* 1453 c.c., piuttosto che quella di opporre il recesso³⁰.

1.4 Proponibilità della domanda di risoluzione in via subordinata a quella di accertamento della legittimità dell'intervenuto recesso.

L'alternatività fra i rimedi ordinari (della risoluzione e del risarcimento) e quelli speciali (recesso con ritenzione della caparra), anche alla luce del recente arresto delle Sezioni unite della Cassazione³¹, rende opportuna anche l'analisi dei rapporti fra le relative domande.

Va sottolineato come, a ben vedere, non sia forse da escludere la possibilità di subordinare alla domanda di accertamento dell'intervenuto recesso la domanda di risoluzione *ex art.* 1453 c.c.

³⁰ La conclusione dovrebbe essere, insomma, quella che solo ove dalla domanda di risarcimento si deduca il carattere costitutivo e non dichiarativo della sentenza richiesta al giudice, sarebbe possibile dedurre una rinuncia ad avvalersi della caparra e l'intenzione, al più, di ritenerla come acconto sul risarcimento del danno da liquidare.

Ove ciò non sia possibile, sarebbe, invece, preferibile ritenere che vada rigettata, per il principio di alternatività fra i rimedi, la domanda risarcitoria e non già quella di ritenzione della caparra.

La prospettazione di una domanda come di "risoluzione", nonostante il *nomen juris*, del resto non antinomico rispetto a quello di "recesso", pur restando nell'ambito di una corretta esegesi, può essere intesa come richiesta di accertamento dell'intervenuto scioglimento stragiudiziale, attraverso una sentenza di carattere dichiarativo e non costitutivo.

Altrimenti, si corre il rischio di attribuire al simulacro formale del *nomen* "risoluzione" una forza in grado di condizionare la qualificazione sostanziale della vicenda processuale.

³¹ CASS. SEZ. UN, 14.01.2009, n. 553, cit.

Un chiarimento circa tale affermazione pare opportuno, perché dalla veridicità di questo assunto scaturirebbero conseguenze rilevanti.

Basti osservare che, ove si ritenesse ammissibile l'articolazione in via subordinata di entrambe le domande, si dovrebbe giungere alla conclusione che il giudice, nell'interpretare l'istanza, debba innanzitutto valutare se le richieste di parte, pure nell'ambito di una riconvenzionale, siano cumulative o piuttosto subordinate.

Nel primo caso, infatti, con ogni probabilità, verrà rigettata la domanda di ritenzione della caparra, stante il divieto di cumulo delle due domande e la tendenza, pur non del tutto giustificata, a riconoscere a quella di risoluzione e risarcimento un valore prevalente nelle intenzioni del proponente.

Se, invece, risulti sussistere un nesso di subordinazione, la parte dimostra di nutrire un interesse apprezzabile in entrambe le domande, onde il giudice non potrà ignorare quello ad ottenere una declaratoria di legittimità del recesso e di ritenzione della caparra, indipendentemente dal fatto che la caparra stessa, come accade in genere, ammonti ad un valore inferiore a quello degli eventuali danni subiti per l'inadempimento, considerando, comunque, la convenienza di non dover provare i danni.

Tanto premesso, tornando all'esame delle ipotesi di subordinazione della domanda di risoluzione a quella di accertamento del recesso, *in primis*, va distinto il caso in cui quest'ultimo sia esercitato validamente, da quello in cui esso risulti, invece, illegittimo, giacché solo nella prima ipotesi è palese l'incompatibilità fra esercizio del recesso prima, e domanda di risoluzione, poi, tale contraddittorietà essendo di ordine logico e sostanziale.

Più precisamente, il recesso esclude la possibilità di agire per l'esecuzione o per la risoluzione, prima ancora che per motivi di ordine processuale, attinenti ai limiti

relativi alla *mutatio libelli*, per il semplice fatto che, una volta intervenuto, esso produce l'estinzione del vincolo contrattuale, a prescindere dalla circostanza che la parte non inadempiente abbia esercitato il diritto mediante una domanda di accertamento giudiziale, cui abbia poi desistito, restando fermo l'effetto sostanziale.

Ciò, dunque, conduce all'affermazione che, una volta intervenuto il recesso, la parte che se ne sia avvalsa non può chiedere né l'esecuzione né la risoluzione del contratto, indipendentemente dall'eventualità che, a seguito del rifiuto della controparte di restituire il doppio della caparra, abbia prima proposto la domanda volta all'accertamento della legittimità del recesso e non abbia, poi, proseguito nel giudizio³².

Orbene, fermo un simile rilievo, non pare che da esso possa dedursi anche l'inammissibilità di una proposizione della domanda di risoluzione in via subordinata a quella di accertamento della legittimità del recesso³³.

L'irrevocabilità del recesso, infatti, ne presuppone la validità, onde, se lo stesso dovesse risultare illegittimo, a seguito di accertamento giurisdizionale, esso non sarebbe in grado di precludere l'esperimento dei normali rimedi contrattuali, fra cui la risoluzione³⁴.

³²E' da notare, però, come, aderendo all'impostazione di BAVETTA, cit., secondo cui il recesso sarebbe una forma di esecuzione del contratto relativamente alla clausola che lo prevede, e figurandosi la caparra come una sorta di corrispettivo per l'inadempimento, si potrebbe giungere a ritenere proponibile, in via principale, il recesso e in via subordinata la risoluzione.

Ciò in virtù della regola per cui può essere chiesto l'adempimento e, successivamente, la risoluzione, ma non viceversa, *ex art. 1453, co. 2 c.c.*

³³ In generale, con riferimento ai rapporti fra i rimedi contro l'inadempimento in presenza della caparra, v. : CAVANNA, nota ad APP. GENOVA, 24.11.1994, *Cumulabilità degli effetti di risoluzione e recesso nella caparra confirmatoria*, in *Giur. Merito*, 1995, I, 949; PALMA, *Rapporti tra caparra confirmatoria e integrale risarcimento del danno*, in *Contratti*, 2004, 987; COLASANTINI-COREA, *Caparra confirmatoria e inadempimento fra rimedi generali e speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 524; DELLACASA, cit., 362

³⁴ Come già precisato, il recesso sarebbe irrevocabile in quanto causa di scioglimento definitivo del vincolo, onde risulta inammissibile chiedere la risoluzione o l'esecuzione di un contratto, che, in effetti, è oramai sciolto.

Tuttavia, non sempre alla ritenzione della caparra da parte del contraente che si reputi legittimato a recedere, corrisponde un valido recesso.

Non può, infatti, escludersi l'eventualità che tale scioglimento non sia mai intervenuto in quanto, al tempo in cui fu esercitato stragiudizialmente il diritto di recesso, non ne esistevano i presupposti.

Perciò, l'assunto secondo cui il recesso è irrevocabile va inteso come riferito ad un valido recesso.

Se il recesso è, invece, illegittimo, un problema di revocabilità neppure si pone perché, non essendo intervenuto alcuno scioglimento del vincolo, al contratto va applicata, interamente, la disciplina che regola il rapporto e, quindi, anche quella relativa alla risoluzione per inadempimento.

Orbene, se un recesso illegittimo non si presenta di ostacolo alla proposizione di un'autonoma domanda di risoluzione *ex art. 1453 c.c.*, non può neppure escludersi l'ammissibilità di una proposizione della stessa domanda in via subordinata a quella volta ad ottenere la declaratoria di legittimità del recesso.

Infatti, come anticipato, la relativa domanda presuppone l'esistenza dei presupposti per il recesso al momento in cui fu esercitato e, dunque, anteriormente all'instaurazione della causa³⁵.

Inoltre, è chiaro che, se inadempimento non vi sia stato, al momento dell'esercizio del recesso, la parte che abbia chiesto di accertarne la legittimità potrebbe vedersi condannata al pagamento delle spese di lite.

Conseguentemente, colui che abbia illegittimamente esercitato il recesso, se al momento della pronuncia si sia, intanto, materializzato il grave inadempimento di controparte³⁶, potrebbe avere senz'altro interesse ad ottenere la risoluzione, con risarcimento integrale del danno, soprattutto considerando che, in ogni caso, non gli sarebbe preclusa l'azione in un autonomo giudizio.

³⁵ La domanda volta all'accertamento della legittimità del recesso è, allora, destinata ad essere rigettata e il vincolo contrattuale va ritenuto attualmente efficace, onde non sussistono impedimenti alla proposizione di una domanda di risoluzione, pure in un autonomo giudizio.

³⁶ Circa la possibilità che il grave inadempimento, ai fini della pronuncia di risoluzione, si verifichi al momento della sentenza, v. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, 1994, 274.

Il giudice, da parte sua, poi, non potrebbe dichiarare comunque risolto il contratto *ex art. 1385, co. 2 c.c.*, deducendo dalla domanda iniziale di accertamento della già operante risoluzione stragiudiziale, per l'appunto rigettata, la volontà del richiedente di sciogliere comunque il vincolo, avvalendosi, ora che ne sussisterebbero i presupposti, della sua facoltà di recesso. Andrebbe, infatti, *ultra petita*.

Di contro, come detto poc'anzi, in vista di una eventuale condanna al pagamento delle spese di lite, connessa all'accertamento negativo della legittimità del recesso, potrebbe sussistere un apprezzabile interesse all'articolazione, in via subordinata alla domanda di accertamento della legittimità del recesso, di una domanda di risoluzione, con risarcimento integrale dei danni.

Inoltre, è da sottolineare come una simile prospettiva non possa essere esclusa neppure alla luce dell'orientamento espresso di recente delle Sezioni Unite, relativamente all'inammissibilità del mutamento della domanda di risoluzione in domanda di accertamento del recesso con ritenzione della caparra, per l'eventualità in cui non siano provati i danni.

Preliminarmente, va sottolineato, per quel che qui interessa, come, sebbene la sent. n. 553/2009 Sez. Un. Cass, abbia affrontato soltanto il problema del mutamento della domanda in corso di causa, da essa si possa ragionevolmente dedurre un principio applicabile anche ai casi di proposizione, in via subordinata, delle due domande.

In quella sede, la Cassazione ebbe modo di sottolineare come la soluzione negativa si fondasse su due ordini di motivi.

Da un lato, è palese la necessità di salvaguardare il diritto di difesa della controparte, che sarebbe altrimenti colta impreparata in ordine al *thema probandum*, in quanto, impostata una strategia difensiva sulla non ricorrenza dei presupposti per la

risoluzione, avrebbe assistito ad un mutamento dell'oggetto del giudizio, relativo, stavolta, all'accertamento della legittimità dell'intervenuto recesso.

Dall'altro, è opportuno impedire un abuso del diritto attribuito dall'art. 1385, co. 2 c.c. alla parte non inadempiente, cui è accordata la facoltà di recesso in un'ottica privilegiata, consentendogli di incassare la caparra senza la necessità di provare il danno.

Il recesso, infatti, consente alla parte fedele di sciogliersi dal vincolo e, rinunciando alla liquidazione integrale del danno, di ritenere la caparra.

quest'effetto agevolato del recesso, però, è ammissibile sempreché la parte abbia *ab origine* rinunciato alla prova del danno integrale, risolvendosi, altrimenti, non già in uno strumento deflattivo del contenzioso, ma, piuttosto, incentivante, in quanto, certo di poter lucrare almeno la caparra, il creditore provverebbe, preliminarmente, ad ottenere il risarcimento del danno integrale³⁷.

³⁷ CASS. SEZ. UN, 14.01.2009, n. 553, cit., per cui «con riferimento al rapporto tra i due rimedi previsti dall'art. 1385 c.c. e nel confronto con le posizioni dottrinarie espresse in materia – anche alla luce del principio di ragionevole durata del processo (art 111, co 2, Cost) – una volta che sia stata proposta domanda di risoluzione e risarcimento integrale del danno, non può ritenersi consentita la trasformazione della domanda medesima in domanda di recesso con la ritenzione della caparra, ponendosi i rapporti fra le due azioni in termini di incompatibilità strutturale e funzionale, altrimenti vanificando la funzione della caparra di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno, volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, e consentendosi alla parte non inadempiente di scommettere senza rischi sul processo»

In senso contrario, con riferimento alla possibilità di manifestare la propria volontà di recedere per la prima volta in appello, pur avendo agito in primo grado per la risoluzione e l'inadempimento, costituendo il recesso, rispetto alla risoluzione, un'istanza più limitatata, v.: CASS., 10 febbraio 2003, n. 1952, *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in genere», n. 396; CASS., 24 febbraio 2002, n. 849, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Contratto in genere», n. 428; CASS., 11 gennaio 1999, n. 186, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 42; CASS., 6 settembre 2000, n. 11760, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Appello civile», n. 63; CASS., 3 settembre 1994, n. 7644, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce «Contratto in genere», n. 367; CASS., 18 settembre 1992, n. 10683, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce «Contratto in genere», n. 357; CASS 5 marzo 1986, n. 1391, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Appello civile», n. 40.

In dottrina, per la preclusione della ritenzione a seguito della domanda di risoluzione, BAVETTA, cit., 166. La scelta della risoluzione implica una rinuncia alla caparra, qualsiasi sia l'esito del giudizio in punto di liquidazione dei danni. Con riferimento alla stessa possibilità di revocare la risoluzione e di esercitare il recesso, avvertiva già come fosse compito dell'interprete «determinare e valutare caso per caso i limiti entro cui tale tutela è riconoscibile alla parte non inadempiente, essendo anche in questo caso da negare la possibilità di ogni speculazione a danno del debitore »

Sulla base di queste considerazioni e in un'ottica di sistema, la Corte ha escluso che sia possibile mutare in corso di causa la domanda di risoluzione in domanda di accertamento del recesso.

Per la verità, è da notare come, se si ritenga che i presupposti del recesso siano gli stessi della risoluzione, e cioè un inadempimento grave e imputabile, il problema non sembra tanto sussistere in merito all'oggetto della prova, che resterebbe invariato (se non esclusivamente con riferimento ai danni per l'ulteriore domanda di risarcimento), quanto al comportamento speculativo della parte ritenuta fedele.

A prescindere da quest'ultima considerazione, va sottolineato come, sebbene non affrontato specificamente, alla luce dell'affermato principio possa ritenersi risolto anche il problema dell'ammissibilità di un'articolazione, in via subordinata, delle domande di risoluzione e risarcimento dei danni, da una parte, e di accertamento del recesso e ritenzione della caparra dall'altro.

Pure in una tale evenienza, la risposta parrebbe dover essere negativa.

Se è vero, infatti, che la subordinazione non crea problemi in termini di lesione del diritto di difesa, in quanto la controparte *ab initio* è edotta di quale sia il *thema probandum*, la subordinazione, non diversamente dalla *mutatio libelli*, consentirebbe alla parte di lucrare quel vantaggio che le deriva dalla possibilità di vedersi liquidato l'intero danno e, in mancanza, con assoluta certezza, almeno la caparra.

Diversamente, con riferimento alla proponibilità della domanda di ritenzione in via subordinata a quella di risoluzione, TRIMARCHI, voce «Caparra», cit., 200, il quale sottolinea che «tra le relative domande ed azioni non sussistono ragioni di incompatibilità e se anche non ne è possibile il cumulo è perfettamente possibile l'esperimento di entrambe, in posizione alternativa o subordinata fino alla precisazione delle conclusioni nelle sede giudiziali prelude alla decisione di merito (destinata a passare e successivamente passata in giudicato)».

Ritenendo, invece, che la risoluzione sia un *maius* rispetto al recesso, si dovrebbe proporre la risoluzione e in subordine il recesso, il che, come si è visto, sembrerebbe escluso, almeno implicitamente, dall'intervento delle Sezioni Unite.

Ora, se alla base di una simile inammissibilità si pone l'opportunità di negare quei comportamenti che integrino un abuso del diritto, dal punto di vista sistematico, invece, non sembra potersi escludere il passaggio dal recesso alla risoluzione.

A tale conclusione si può agevolmente giungere considerando che, articolata in questo ordine, la subordinazione non si presta a intenti speculativi, perché il richiedente si sobbarca di un onere ulteriore, che è quello della prova dei danni e non realizza, invece, un vantaggio a fronte di un fallimento del suo tentativo di lucrare dall'azione giudiziale un profitto maggiore, come accade quando chiede almeno la caparra se non sia riuscito a provare i danni.

La subordinazione della domanda di risoluzione a quella di declaratoria di recesso andrebbe, dunque, ammessa³⁸.

Come anticipato, infatti, un recesso invalido è un non recesso e, dunque, a seguito del giudizio volto all'accertamento della sua legittimità, conclusosi negativamente, il contratto resta pienamente efficace e soggetto alle comuni regole sul rapporto, anche in tema di risoluzione per inadempimento.

Non può dunque escludersi, successivamente alla sentenza di rigetto della domanda di accertamento, la proposizione di un'autonoma domanda di risoluzione per l'inadempimento di cui si siano poi verificati i presupposti.

Nell'eventualità, allora, che i presupposti dell'inadempimento si verificino nel corso del giudizio instaurato per l'accertamento della legittimità del recesso, il principio di economia processuale deporrebbe nel senso della subordinazione della domanda di

³⁸ Essa, infatti, non incentiva alcun abuso e risponde ad un interesse apprezzabile del contraente ad ottenere la risoluzione giudiziale con condanna della controparte al risarcimento integrale dei danni, ricorrendone gli estremi al momento della sentenza, tenendo presente come l'esito negativo del giudizio di accertamento della legittimità del recesso comporti la sua condanna alle spese di lite. Ciò, tralaltro, alla luce di un principio di economia processuale.

risoluzione giudiziale a quella principale, poi rigettata, al fine di ottenere lo scioglimento e il risarcimento nell'ambito dello stesso processo³⁹.

1.5 La penale, premesse definitorie: introduzione al problema della funzione

Ben altri problemi pone l'inquadramento della penale.

La clausola in questione, che pur condivide, della caparra, il carattere compulsorio, stimolando il debitore all'adempimento, presenta dei caratteri peculiari, che non rendono del tutto agevole l'individuazione della sua funzione tipica e, con essa, della *ratio* cui risultano ispirate talune norme di contenimento dei suoi effetti.

Si fa qui riferimento, in particolare, al profilo dell'intervento del giudice che si concreta nell'esercizio del potere riduttivo della penale eccessiva.

A norma dell'art. 1384 c.c., infatti, «la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento».

Orbene, l'indagine relativa alla natura e alla causa giustificativa di un simile intervento (oltre ai problemi in punto di operatività del rimedio), pare dover partire da una questione assolutamente preliminare: quella relativa alla struttura della clausola in questione e alla funzione che essa assolve.

Solo un corretto inquadramento della struttura e della causa consente di rinvenire il fondamento del potere riduttivo e i suoi limiti, nonché di individuare quel

³⁹ E, allo stesso modo, anche ove la domanda di declaratoria di legittimità dello scioglimento stragiudiziale sia contenuta nell'ambito di una riconvenzionale.

gruppo di norme che regolano ipotesi in qualche modo connesse per natura e per materia alla clausola penale.

Il principio di organicità e coerenza dell'ordinamento giuridico impone, infatti, all'interprete, di ricercare tutte le norme che, in concorso, governano la materia, assicurandone il razionale coordinamento.

Anche l'intervento del giudice dovrà confrontarsi, inevitabilmente, col complesso quadro normativo entro cui la fattispecie è inserita.

La funzione della clausola penale è stata da sempre oggetto di un vivace dibattito in dottrina.

Il che, peraltro, sembrerebbe del tutto ingiustificato nella misura in cui l'art. 1382 c.c., nel descrivere la fattispecie, fa chiaramente riferimento proprio agli effetti che ne scaturiscono, con ciò prendendo, almeno apparentemente, posizione sulla funzione della clausola.

Agli effetti dell'art. 1382 c.c., infatti è penale la clausola con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione. Essa, testualmente, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa (se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore, però).

Inoltre il creditore, a norma dell'art. 1383 c.c., non può cumulare la prestazione principale e la penale se essa non sia stata pattuita per il semplice ritardo.

Va rilevato, poi, come la penale, per espressa previsione dell'art. 1384 c.c., può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Dall'analisi delle norme, pare doversi sostenere insomma, almeno in prima battuta, che la funzione della penale sia quella di determinare forfettariamente il risarcimento del danno da inadempimento.

1.6 La tesi risarcitoria

Per un verso è lo stesso art. 1382 c.c. a chiamare in causa il risarcimento, quando ne prevede - per effetto della pattuizione penale - la relativa limitazione.

Per altro, nell'imporre il divieto di cumulo fra prestazione principale e penale, se ne confermerebbe la funzione risarcitoria poiché *ratio* della disposizione sembrerebbe quella di evitare una duplicazione di utilità, in spregio al principio secondo cui il risarcimento è un surrogato della prestazione mancata e, dunque, il presupposto del diritto ad esso è il mancato adempimento dell'obbligazione⁴⁰.

Alle stesse conclusioni sembra dover condurre la circostanza che presupposto della riduzione sia l'adempimento parziale.

Se la penale non fosse ridotta, infatti, si finirebbe per ratificare quel cumulo fra penale e prestazione, vietato *ex art.* 1383 c.c, proprio considerando che il risarcimento deve sostituirsi alla prestazione non eseguita e non aggiungersi ad essa⁴¹.

Da ultimo, l'art. 1384 c.c., individuando come parametro della riduzione di una penale eccessiva "l'interesse" che il creditore aveva all'adempimento, parrebbe

⁴⁰ Sul tema, v. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, 5, Giuffrè, 1994, 112, secondo il quale «nelle ipotesi di inadempimento totale e definitivo l'obbligazione risarcitoria si sostituisce a quella originaria. Questa sostituzione si qualifica come una surrogazione oggettiva, che non estingue l'obbligazione, ma ne muta legalmente l'oggetto. Si tratta della vicenda usualmente indicata come *perpetuatio obligationis*»

⁴¹ Pertanto, ove sia intervenuto l'adempimento parziale, pare eccessiva la penale prevista per la "totale" inesecuzione della prestazione, realizzandosi - per il *quantum* della prestazione penale corrispondente al valore del parziale adempimento - quella locupletazione non consentita in materia risarcitoria.

confermare l'omogeneità fra i criteri di riduzione e quelli di determinazione del risarcimento.

D'altra parte, non sono mancate in dottrina definizioni della clausola in questione decisamente orientate a sottolinearne la funzione eminentemente risarcitoria.

E' stato osservato come «funzione della clausola penale è quella della liquidazione preventiva e forfettaria del danno» essendo essa «diretta a fissare preventivamente e vincolativamente l'ammontare del danno».⁴²

Il rafforzamento della posizione creditoria costituirebbe soltanto un effetto indiretto della clausola che, fissando anticipatamente l'ammontare del danno ed evitando contestazioni del debitore, rende più agevole il rimedio risarcitorio.

La tesi secondo la quale la penale svolgerebbe una funzione eminentemente risarcitoria, in effetti, è stata a lungo sostenuta dalla dottrina maggioritaria⁴³ e dalla giurisprudenza e, ancora oggi - pur di fronte all'inesorabile avanzamento della teoria sanzionatoria, di cui si dirà di qui a breve - non risulta abbandonata, ma semmai a quest'ultima associata, in un'ottica dualistica secondo la quale la causa penale sarebbe, in una, afflittiva e risarcitoria⁴⁴.

Un argomento a sostegno della tesi risarcitoria, peraltro - come è stato giustamente sottolineato⁴⁵ - sarebbe da rinvenire anche nella Relazione al Codice civile

⁴² Così BIANCA, *La responsabilità*, cit., 222, il quale, in punto di definizione, sostiene a chiare lettere che «la clausola penale è il patto che determina in via preventiva e forfettaria il risarcimento del danno per il ritardo o per l'inadempimento dell'obbligazione»

⁴³ Così GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Codice civile, Libro delle obbligazioni*, in *Comm. D'Amelio Finzi*, I, Barbera, 1948, 537; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, 1948, 131; MAZZA, *Brevi cenni sulla clausola penale*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, 132; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, 1948, 480; SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, 1969, 5 ss.; GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 207; DE CUPIS, *Il danno*, Giuffrè, 1979, 520.

In giurisprudenza, in tal senso si sono espresse: CASS., 29.12.1952, n. 3273, in *Mass. Foro it.*, 1952; CASS., 31.12.1953, n. 3872, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce «Obbligazioni e contratti», n. 200; CASS., 2.2.1966, n. 852, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1044; CASS., 17.12.1976, n. 4664, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce «Contratto in genere», n. 217; CASS., 17.10.1985, n. 5122, in *Not. giur. lav.*, 1986, 540; CASS., 21.06.1995, n. 6976, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 488

⁴⁴ In quest'ultimo senso MAZZARESE, *Le Obbligazioni penali*, Cedam, 1990, 152-156

⁴⁵ Cfr. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 159

secondo la quale « 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»

E, tuttavia, ad altre conclusioni pare portare l'enunciato secondo il quale la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

Sembra, infatti, in tal senso, potersi prescindere dall'esistenza stessa di un'obbligazione risarcitoria.

L'esigibilità della penale dipenderebbe, cioè, dal sol fatto dell'inadempimento, mentre la ricorrenza di un danno effettivo sarebbe del tutto irrilevante.

Allo stesso modo, la norma che, ai fini della riducibilità, e quindi del giudizio di eccessività, richiede la valutazione dell'interesse che il creditore "aveva" all'adempimento, ad una più attenta lettura, pare smentire la tesi risarcitoria che più propriamente sarebbe sostenibile ove il raffronto, preliminare alla riduzione, fosse fra entità della penale e l'interesse "attuale" all'adempimento, perché è in virtù soltanto di esso che va liquidato il risarcimento del danno⁴⁶.

Peraltro, è stato acutamente osservato come risulti «l'insostenibilità dell'esclusiva funzione risarcitoria», considerandosi come, se funzione unica della penale fosse la forfezzazione dell'obbligazione risarcitoria (che ne rappresenterebbe presupposto indefettibile), dovrebbe essere necessaria quanto meno la prova dell'*an* del ristoro e cioè della sussistenza di un danno⁴⁷.

Il creditore sarebbe, cioè, esonerato soltanto dalla prova dell'esatto ammontare e, a favore del debitore, dovrebbe essere riconosciuta la possibilità di dimostrare

⁴⁶ In proposito si consideri la posizione di BIANCA, *La responsabilità*, cit., 158 il quale individua il momento rilevante per la determinazione del danno al momento della sentenza sussistendo «l'esigenza che la prestazione risarcitoria corrisponda il più possibile al danno effettivamente subito dal danneggiato». In tal senso v. anche MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, 198

⁴⁷ Così MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 171.

l'insussistenza del danno (che renderebbe illegittima la richiesta di adempimento della prestazione penale).

E' stato sottolineato, inoltre, come la penale valga spesso ad assicurare un ristoro a fronte della lesione di un interesse non patrimoniale, a causa dell'inadempimento e aldilà dei limiti (individuati peraltro di recente dalle Sezioni Unite⁴⁸) per la relativa risarcibilità.

«La funzione risarcitoria della clausola penale non può essere giustificata con l'intrinseca dannosità della condotta illecita del debitore che non abbia osservato il comportamento dovuto: può sussistere un inadempimento, un ritardo, o un inesatto adempimento, senza che gli stessi fatti rechino alcun danno e , quindi, senza che si determini alcun obbligo di risarcimento»⁴⁹

A ben vedere, quindi, non è assolutamente risolta univocamente la questione relativa alla natura della funzione⁵⁰.

1.7 L'alternativa alla teoria risarcitoria: tesi punitiva, tesi dualistica e tesi della sanzione tipica

Secondo una diversa opinione, la clausola penale svolgerebbe una funzione c.d. punitiva.

⁴⁸ Si fa qui riferimento a CASS., SEZ. UN. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1, 38 con nota di MONATERI. La Cassazione, in particolare, ha stabilito come non siano meritevoli di tutela risarcitoria, invocata a titolo di danno esistenziale, i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale. Al di fuori dei casi determinati dalla legge ordinaria, solo la lesione di un diritto inviolabile della persona concretamente individuato è fonte di responsabilità risarcitoria non patrimoniale.

⁴⁹ Così MAZZARESE, *ivi*, il quale, in proposito, richiama le tesi di MARINI, *La clausola penale*; cit., 17-19 e GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 906

⁵⁰ Per un compiuto raffronto anche con l'ordinamento comunitario e col sistema francese, tedesco e anglosassone v. MAZZARESE, *ivi*, 97 ss

L'accordo penale *ex art. 1382 c.c.*, non avrebbe natura risarcitoria, ma «lo scopo immanente di preconstituire una vera e propria sanzione, o , più decisamente, una vera e propria pena per l'inosservanza del comportamento dovuto»⁵¹.

La clausola penale risulterebbe, insomma, riconducibile alle c.c. d.d. pene private.

A tal proposito, è stato sottolineato in dottrina come andrebbe superata quella «diffidenza, per così dire, epidermica nei confronti di una funzione punitiva dei privati», che «ha portato inevitabilmente a sottovalutare le potenziali capacità espansive del meccanismo della clausola penale»⁵² e a sostenere la natura eminentemente risarcitoria dell'accordo in parola⁵³.

Invero, è stato osservato come anche l'obiezione, secondo la quale il disfavore legislativo per la funzione punitiva si evincerebbe chiaramente dalla previsione di un potere di intervento riduttivo della penale eccessiva, da parte del giudice⁵⁴, risulti, a ben vedere, superabile, considerando che «il potere riduttivo del giudice non è incompatibile con la natura penale della clausola»; semmai «la riduzione della penale, lungi dall'essere il sintomo di un disfavore legislativo, è soltanto una delle normali tecniche attraverso le quali si realizza il controllo che la legge ha voluto riservarsi su tutti gli atti di autonomia privata»⁵⁵.

⁵¹ L'impostazione in parola è illustrata, nei suddetti termini, da MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 171, il quale riporta l'opinione di: TORRENTE, *A proposito di clausola penale nei contratti*, in *Ann. Dir. comp.*, XIII, 2, 1938, 220; TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, 1954, *passim.*; BAVETTA, cit., 193

⁵² MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 514 il quale, passando in rassegna le posizioni di contrasto alla funzione punitiva, peraltro, riporta l'espressione del FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, 390, secondo cui la penale con finalità tipicamente sanzionatorie si rivelerebbe «un corpo estraneo» al sistema di diritto privato. Espressione, quella del FLUME che ha, peraltro, trovato fortuna anche presso la dottrina italiana. V., ad esempio, GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, cit., 901

⁵³ La penale costituirebbe mera tecnica di liquidazione convenzionale e preventiva del danno, secondo l'impostazione che già risale al POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere* (trad. it.), I, Livorno, 1841, n. 343, 177

⁵⁴ Si fa qui riferimento all'opinione espressa da DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 319

⁵⁵ «Soltanto che qui il parametro di riferimento non è quello stesso dell'art. 1322, ult. cpv., c.c. Non si tratta, infatti, di sindacare la liceità e la meritevolezza di una funzione punitiva dei privati nell'area del

La riduzione della penale avrebbe la precipua funzione di assicurare l'equilibrio nella sanzione, poiché risulterebbe sproporzionata (e pertanto ingiustificata) una pena a carattere afflittivo esorbitante rispetto all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

La funzione afflittiva, poi, sarebbe confermata dalla assoluta indifferenza del meccanismo penale rispetto alla ricorrenza di un danno patrimoniale risarcibile. La penale attribuirebbe un certo rilievo ad interessi normalmente non tutelabili in via risarcitoria (e nel cui soddisfacimento mediante l'adempimento, tuttavia, il creditore confidava).

In questi termini, pertanto, la penale avrebbe una funzione "esclusivamente" punitiva.

Anche una simile impostazione, però, ha trovato i suoi limiti nel «procedimento stesso seguito nell'elaborazione della pretesa funzione punitiva».

La teoria della funzione "esclusivamente" punitiva, in effetti, «anziché muovere dal dato positivo per venire all'individuazione della funzione, ha finito per assumere a premessa dell'indagine una nozione precostituita ed astratta di funzione della clausola ed adattato ad essa l'interpretazione della disciplina»⁵⁶.

L'impostazione in parola, in effetti, prende l'abbrivo da un postulato che, tuttavia, non è dato rinvenire nel sistema normativo: quello secondo il quale la penale, appunto, ha funzione punitiva.

Se così fosse, però, dovrebbe ammettersi anche una penale c.d. pura, cioè stipulata dalle parti «in modo indipendente dal risarcimento, in quanto, in aggiunta alla

contratto. Essendo la clausola penale uno schema legale tipico, liceità e meritevolezza sono da considerarsi *in re ipsa* ». In questo senso, MOSCATI, cit., 517.

D'altra parte, come sottolinea lo stesso A., 516, all'epoca dei lavori preparatori, «non poche erano state le riserve manifestate proprio in ordine a questo potere del giudice, ritenuto non conciliabile con la funzione istituzionale della clausola»

⁵⁶ Così, MARINI, *La clausola penale*, cit., 27

pena contrattuale, il creditore si riservi il diritto di chiedere gli eventuali ed interi danni, dei quali, pertanto, dovrà dimostrare l'entità secondo le regole ordinarie»⁵⁷.

Essa, infatti, rappresenterebbe autenticamente una pena perché, aggiungendosi al risarcimento (liquidato in funzione di reintegrazione dell'interesse leso) risulterebbe giustificata soltanto sotto il profilo affittivo.

E, tuttavia, una clausola del genere mal si concilia col dato codicistico.

Va osservato, in proposito, che a norma dell'art. 1383 c.c. la prestazione penale non può essere cumulata con quella principale.

Orbene, se il risarcimento è un surrogato della prestazione dedotta in obbligazione e non adempiuta, allora non dovrebbe risultare, nella sua integralità, cumulabile con la penale, arg. *ex art.* 1383 c.c.

La verità è che «si può parlare dunque di una tipica e congrua funzione “dualistica”, del tutto propria ed originale, che la clausola (per autonomia privata) o la legge (per speciale integrazione positiva) manifesta, nel nostro sistema ordinamentale, mediante l'obbligazione penale»⁵⁸.

Sembra, in effetti, necessario partire dal dato codicistico, prima di attribuire alla clausola *de qua* una funzione astratta che si riveli (se considerata prima del riscontro normativo) con esso incompatibile.

La teoria della funzione “esclusivamente” risarcitoria, così come quella della causa “eminentemente” punitiva, evidentemente scontano l'errore metodologico di non

⁵⁷ MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 212

⁵⁸ Infatti la clausola penale è collocata «entro un sistema di sanzioni concrete realizzabili dalle parti e governate da una disciplina in parte imperativa ed in parte dispositiva: l'ordinamento non esclude (e l'autonomia delle parti ha) la possibilità di orientare la funzione penale sia in senso risarcitorio, sia in senso meramente punitivo, in relazione così al comune interesse delle parti, come alla natura delle obbligazioni sostenute». In tal senso, MAZZARESE, *Clausola penale*, cit. 187

D'altra parte, nella stessa esperienza giuridica romana si assiste ad un lento passaggio, nel lungo periodo, dalla funzione affittiva a quella risarcitoria, risultando, così, dimostrata, l'attitudine dello schema astratto a servire diverse cause. Per la funzione della penale nel diritto romano, v. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, in *Studi e documenti di Storia e Diritto*, Anno XV, Roma, 1894

considerare come la lettera della legge, da un lato escluda la rilevanza del danno (e con essa, di conseguenza, la funzione di ristoro della prestazione penale), dall'altro, non consentendo – arg. *ex* art. 1383 c.c. - il cumulo fra penale e risarcimento, renda inammissibile la c.d. penale pura (e con essa la funzione puramente afflittiva).

In una diversa prospettiva, poi – e considerando principalmente il profilo strutturale dell'accordo penale e il problema della tipicità della sanzione penale - , una parte autorevole della dottrina, allora (dopo aver ribadito il limite delle teorie esclusivistiche), ha sottolineato come debba escludersi «che la funzione della clausola possa individuarsi nella creazione di una sanzione affatto nuova e diversa da quelle già predisposte dall'ordinamento e, pertanto, atipica rispetto alle stesse»⁵⁹.

In altri termini, si è sottolineato come la previsione dell'art. 1382 c.c. non valga a introdurre una generalizzata potestà punitiva riconosciuta ai privati (previo accordo), ma, piuttosto, «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 condotta» essendo «lo stesso ordinamento a dettare una disciplina di tale obbligazione»⁶⁰.

La differenza fra la sanzione risarcitoria e quella penale sarebbe in ciò che, «nell'obbligazione risarcitoria la determinazione del contenuto e, quindi, la specificazione della sanzione, dovrà essere effettuata dal giudice successivamente al verificarsi del fatto sanzionato (e cioè all'inadempimento o al ritardo) ed in base a criteri prefissati dal legislatore che servono a restringere anche se non ad annullare la discrezionalità del giudice», mentre, nell'obbligazione penale, « il contenuto è

⁵⁹ MARINI, *La clausola penale*, cit., 34

⁶⁰ MARINI, *ivi*, 35, il quale sottolinea come «occorre considerare che l'obbligazione penale, come l'obbligazione risarcitoria, è una sanzione predisposta in via astratta e generale dall'ordinamento, nel senso che si tratta di una sanzione non prevista dalla legge in relazione ad un fatto specifico, bensì in relazione a tutta una serie di fatti possibili purché dotati di certi caratteri preventivamente fissati dall'ordinamento (inadempimento o ritardo di un'obbligazione)»

determinato antecedentemente all'inadempimento o al ritardo attraverso uno specifico accordo delle parti del rapporto obbligatorio principale che l'ordinamento riconosce e tutela proprio quale specificazione concreta della sanzione», essendo «il criterio di determinazione perciò rappresentato *dall'accordo delle parti*»⁶¹.

La funzione della penale, pertanto, 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'adempimento di un'obbligazione»⁶².

Nei termini su esposti la penale assurge a sanzione “tipica” (alternativa alle altre sanzioni previste dall'ordinamento avverso l'inadempimento) e, pertanto, insuscettibile di un'applicazione che debordi dallo schema e dalla disciplina dettata dal codice.⁶³

1.8 La penale come patto novativo dell'obbligazione risarcitoria futura. Critica.

Secondo una più recente impostazione, la clausola penale rappresenterebbe un negozio su obbligazione futura⁶⁴.

Si parla, in proposito, di funzione novativa del patto penale, intendendosi sottolineare che la clausola si atteggia come contratto novativo della futura obbligazione

⁶¹ «Sicché, la specificazione della sanzione penale è, da un lato *anticipata* rispetto al verificarsi del fatto sanzionato e dall'altro è *volontaria* nel senso che l'applicazione della sanzione è possibile solo se ed in quanto si raggiunga un accordo tra le parti sulla misura concreta della sanzione» MARINI, *La clausola penale* cit., 36

⁶² Risulta in questi termini irrilevante sia il danno che l'intenzione di punire il debitore inadempiente.

⁶³ Pertanto risulterebbe irrinunciabile la struttura bilaterale. Così come sarebbe presupposto indefettibile di operatività della clausola, l'inadempimento di un'obbligazione civile, onde l'accordo penale non potrebbe essere utilizzato per sanzionare l'inadempimento dell'obbligazione naturale così come non potrebbe ricomprendere «la violazione degli obblighi generici diversi dalle obbligazioni imposti a salvaguardia di beni esposti a pregiudizio nella vita di relazione (illecito c.d. extracontrattuale)». MARINI, *ivi*, 106

⁶⁴ RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Esi, 2010, 119 ss.

risarcitoria, sostituendo alla prestazione che discende dall'inadempimento, quella contemplata a titolo di penale⁶⁵.

Non verrebbe a porsi, in effetti, alcun problema relativamente all'inesistenza dell'obbligazione da novare che renderebbe nullo il patto novativo per mancanza di oggetto.

Ciò, in particolare, perché l'effetto novativo sarebbe "sospeso" fino all'avveramento dell'inadempimento, fino cioè al momento in cui non sorga l'obbligazione risarcitoria che all'inadempimento è inscindibilmente legata.

«Il passaggio dall'obbligo risarcitorio a quello penale è il frutto di una novazione tipica, oggettiva, non aleatoria, avente per oggetto un'obbligazione, futura rispetto alla stipulazione, ma attuale al momento dell'efficacia del patto»⁶⁶.

Questo particolare tipo di novazione si caratterizzerebbe, perciò, per la futurità del punto di riferimento oggettivo dell'effetto estintivo.

La funzione novativa giustificerebbe, in questi termini, allora, anche la penale a favore del terzo.

Se, infatti, la funzione fosse risarcitoria non sarebbe ammissibile che la relativa prestazione venisse eseguita a favore di un soggetto diverso dal danneggiato.

Allo stesso modo, dovrebbe escludersi la funzione sanzionatoria, che pretenderebbe l'identità fra soggetto leso e soggetto cui venga rivolta la prestazione con finalità punitiva⁶⁷.

⁶⁵ Con riferimento all'ammissibilità di una novazione su obbligazione futura, v., fra gli altri: FERRINI, voce «Obbligazione», in *Enc. giur. it.*, XII, Sel, 1900, 856; SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 356; LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Utet, 1950, 232; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, in *Comm. Scialoja Branca*, IV, Zanichelli, 1968, 541; PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja Branca*, artt. 1230 - 1259, Zanichelli, 1975, 90; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, 1939, 406

⁶⁶ RUSSO, *Il patto penale*, cit., 159, il quale sottolinea come sia possibile «che anche la novazione operi con riguardo ad un'obbligazione futura, restando così la sua efficacia *medio tempore* sospesa»

⁶⁷ RUSSO, *ivi*, 166

Il creditore, poi, alla luce dell'effetto novativo, non si vedrebbe attribuita una facoltà di la scelta dello stesso tipo di quella *ex art. 1385 c.c.*

Non potrebbe, cioè, scegliere di conseguire alternativamente la penale o il risarcimento, dal momento che, sorta l'obbligazione risarcitoria e intervenuto l'effetto novativo, quest'ultima sarebbe definitivamente estinta, onde il creditore, in relazione all'adempimento di essa, perderebbe qualsiasi pretesa giustiziabile⁶⁸.

D'altra parte, l'art. 1382 co. 2 c.c., consentendo la pattuizione relativa al risarcimento ulteriore rispetto alla penale, evidentemente fonda un meccanismo diverso rispetto a quello di cui all'art 1385 c.c., secondo il quale il creditore, che avrebbe diritto alla caparra, se desidera la liquidazione di un risarcimento più cospicuo, deve rinunciare alla stessa e provare il danno.

La funzione novativa spiegherebbe anche il divieto di cumulo fra penale e risarcimento.

La clausola, infatti, nella sua portata novativa, estingue e sostituisce l'obbligazione risarcitoria, onde la prestazione che ne discende non potrebbe esistere, senza che prima risulti eliminata quella compensativa, tipica del risarcimento.

Allo stesso modo, non è immaginabile il cumulo fra penale e prestazione principale.

Adempiuta la prestazione principale, infatti, viene meno la sostanza della novazione operata dalla penale (e cioè un'obbligazione risarcitoria che trovi la sua fonte nell'inadempimento)⁶⁹.

⁶⁸ «La possibilità di scelta in favore del creditore (ma anche del debitore), tra l'operare della penale o del risarcimento del danno, può essere piuttosto l'effetto di un patto, ad esempio assunto al momento della programmazione dell'obbligo penale. In tal caso è comunque da escludere un rapporto di giuridica alternatività giacché la penale è da intendere subordinata nella sua efficacia (novativa) ad una condizione potestativa», in tal senso, RUSSO, *Il patto penale*, cit., 170.

⁶⁹ Non risulterebbe infatti esigibile un risarcimento e dunque si verrebbe a configurare una inefficacia successiva della penale, quanto all'esplicarsi della sua funzione tipica, appunto sostitutiva.

Quest'ultima considerazione richiede, infine, una breve riflessione sulla struttura del patto penale.

Se la penale costituisce, infatti, patto novativo dell'obbligazione risarcitoria futura, c'è da chiedersi quale sia il ruolo assunto da tale obbligazione rispetto nella fattispecie.

A tal proposito non risulta del tutto chiaro se essa rappresenti una *condicio juris*, al cui verificarsi (o meglio sorgere) la legge subordina l'effetto novativo, o se l'obbligazione risarcitoria costituisca, piuttosto, una fonte di qualificazione dell'effetto.

E' stato sostenuto in proposito che, mentre la *condicio* rappresenta un evento futuro e incerto - che peraltro non dovrebbe essere ricollegato ad un comportamento delle parti⁷⁰ e che ha un valore puramente accessorio al negozio, già completo di tutti i suoi elementi costitutivi - , per i negozi su beni futuri, e in particolare per la penale, il richiamo a questa figura risulterebbe inadeguato, dal momento che «il sorgere dell'obbligazione risarcitoria può non apparire quale “elemento marginale concorrente all'efficacia dell'atto” bensì come “parte del nucleo centrale” del tipo legale (...) come “fatto necessario alla struttura del rapporto”, in altri termini come “concausa interna”»⁷¹.

La novazione è infatti senza effetto se non esisteva l'obbligazione originaria (art 1234).

⁷⁰ BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Giuffrè, 2000, 544 ss.

⁷¹ In questi termini, RUSSO, *Il patto penale*, cit., 127, il quale richiama in proposito la ricostruzione di FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941, 315. Quest'ultimo, con riferimento all'*emptio spei*, sottolinea come «non è necessaria all'esistenza attuale del negozio una cosa presente» potendo sussistere l'oggetto del negozio anche quando concerne una cosa futura. E tuttavia «gli effetti del negozio, in tutto od in parte, non possono realizzarsi se non quando il bene che forma oggetto del contratto venga sostituito da un bene il cui dato materiale sia una cosa presente (...). La nascita della cosa si pone come fatto necessario per la struttura del rapporto giuridico, si pone cioè come fonte di qualificazione oggettiva del rapporto, dando luogo ad un fenomeno parallelo a quello che nelle fonti di imputazione si verifica quando dall'evento dipende l'esistenza stessa del soggetto giuridico»

Se l'obbligazione risarcitoria, cioè, rappresenta l'oggetto della vicenda novativa, il suo sorgere non è elemento esterno al negozio e non può avere valore meramente accessorio, quale quello della condizione⁷².

La teorizzazione del sorgere dell'obbligazione risarcitoria come concausa interna o fonte di qualificazione dell'effetto, non esclude, poi, che, in via analogica, possa essere riconosciuta la medesima tutela attribuita alle parti in pendenza della condizione.⁷³

Se, infatti, in mancanza della fonte di imputazione soggettiva degli effetti, non può parlarsi di aspettativa tutelabile, perché non c'è il soggetto cui riferire gli effetti stessi, le misure conservative non dovrebbero essere precluse quando essendo identificato il titolare della posizione, si resti in attesa soltanto della verifica della fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto⁷⁴.

Perciò al creditore, in attesa dell'inadempimento e del sorgere dell'obbligazione risarcitoria, cui soltanto è ricollegato l'effetto novativo del patto penale, dovrebbe essere riconosciuta la tutela conservativa delle sue ragioni.

Ciò, in particolare, discenderebbe dal fatto che la clausola in parola, anche a prescindere dalla mera eventualità del suo effetto novativo (operante soltanto se sorga l'obbligazione risarcitoria), è già di per sé produttiva di effetti preliminari, poiché spiega

⁷² È stato osservato, al riguardo, che così ragionando, per i negozi su cose future, si ritorna alla teoria della fattispecie a formazione successiva. D'altra parte, qualunque sia la teoria cui si intenda aderire, il problema resta quello di individuare, se esistono, gli strumenti di tutela della posizione creditoria nella situazione di pendenza del negozio.

⁷³ In tal senso, FALZEA, cit., 305, il quale ritiene applicabili analogicamente le regole in tema di condizione - sotto il profilo della tutela conservativa - alla posizione di aspettativa configurabile nell'attesa del verificarsi della fonte di qualificazione oggettiva dell'effetto.

⁷⁴ Stesso ragionamento, pare essere richiamato a proposito della *condicio juris*. Non ci sarebbero ragioni per negare tutela in pendenza di essa, stante la normale irretroattività della stessa (dalla quale si intenderebbe argomentare l'inammissibilità di una tutela interinale). L'irretroattività, infatti, si spiega, in certe ipotesi, per ragioni del tutto estranee alla presunta e generalizzata irrilevanza giuridica delle situazioni di pendenza. Nel testamento, ad esempio, «l'assenza di una protezione della situazione soggettiva condizionale, sta, oltre che nella natura *mortis causa*, in quella di ultima volontà dell'atto testamentario, essenzialmente revocabile: ciò che comporta, in tal caso, ... la prospettazione dell'insussistenza di un "diritto al diritto"», *ibidem*

una funzione coercitiva che risulterebbe azzerata ove non fosse possibile tutelare l'aspettativa della prestazione penale in caso di inadempimento.

Da ciò si argomenta anche la mera inefficacia (peraltro relativa) e non già la nullità (come sancito invece dall'art. 1472 c.c. per il caso di mancata venuta ad esistenza della cosa nella vendita di cosa futura) del patto penale nel caso in cui non si verifichi l'inadempimento⁷⁵.

Infatti, sarà soltanto l'effetto novativo a mancare, ma non già la funzione compulsoria, immediatamente spiegata sin dal momento della stipulazione.

In virtù della teoria novativa, la dottrina in parola ritiene di superare le incongruenze cui conduce invece la teoria sanzionatoria.

A tal proposito si sostiene, infatti, che se la sanzione postula un giudizio di colpa, allora dovrebbe escludersi la penale per i casi di inadempimento nelle obbligazioni di risultato, che si vengono a configurare anche a prescindere dalla negligenza del debitore.

La teoria della novazione, invece, consentirebbe di applicare lo schema penale anche alle ipotesi suddette, rappresentando, comunque, la prestazione non eseguita, il parametro di riferimento per la riduzione da parte del giudice⁷⁶.

La penale, inoltre, rappresenterebbe un contratto a contenuto imposto, onde la sproporzione sarebbe causa di nullità parziale sotto il profilo quantitativo⁷⁷.

L'equità costituirebbe perciò requisito di liceità della penale.

⁷⁵ RUSSO, *Il patto penale*, cit., 129

⁷⁶ RUSSO, *ivi*, 178.

⁷⁷ RUSSO, *ivi*, 196 ss. Ciò che, per certi versi, sembrerebbe confermato anche dal recente arresto giurisprudenziale della Cassazione in punto di rilevanza d'ufficio della eccessività manifesta cui si ricollega la successiva riduzione giudiziale.

La tesi della penale come patto novativo su obbligazione risarcitoria – c'è da osservare – se per un verso appare senz'altro suggestiva e originale, per altro si scontra con una serie di dati sistematici di cui l'interprete pare dover tenere conto.

La novità del patto penale sembra, come anticipato, presupporre l'esistenza di un'obbligazione risarcitoria, non essendo sufficiente per la sua operatività il mero fatto dell'inadempimento.

In proposito, va però osservato che una simile impostazione pare collidere col dato letterale espresso all'art. 1382, co. 2, c.c., secondo il quale la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

La norma in questione sembra, in altri termini, sancire l'irrilevanza non già della prova del *quantum*, quanto di quella relativa all'*an* del danno.

Peraltro, proprio la stessa teoria novativa sembra fondarsi su questo assunto quando, nell'argomentare l'incongruenza della tesi risarcitoria, esclude che la penale possa ridursi ad un patto di forfettizzazione del danno⁷⁸.

Se è chiaro, allora, che non può una novazione prescindere da un'obbligazione da novare, non potrebbe la penale, con presunta funzione novativa, prescindere dall'obbligazione risarcitoria.

Perché si produca l'effetto novativo (che risulta sospeso fino al verificarsi della fonte di imputazione oggettiva degli effetti dell'accordo), infatti, sarà pur sempre necessaria la venuta ad esistenza dell'obbligazione risarcitoria.

Dovendosi ritenere che il danno non ricorra per il solo fatto dell'inadempimento⁷⁹, allora, sarebbe pur sempre necessaria – ai fini dell'efficacia novativa - la prova della sua esistenza, anche se non in termini di esatta quantificazione

⁷⁸ RUSSO, *Il patto penale*, cit., 120

⁷⁹ Così MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 168; MARINI, *La clausola penale*, cit., 17-19; GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, cit., 906

(il che sembra in aperto contrasto col principio di indifferenza della prestazione penale rispetto alla sussistenza del danno)

Inoltre, la teoria novativa sembra in contrasto con i criteri che il giudice dovrebbe applicare nella valutazione della manifesta eccessività.

In particolare, occorre osservare che il giudice deve tenere in considerazione, a tali fini, l'interesse del creditore all'adempimento al momento della conclusione del contratto.

E' evidente, pertanto, che tale interesse potrebbe essere ben diverso dal valore della prestazione inadempita, in base al quale viene altresì valutata l'entità dell'obbligazione risarcitoria.

Può, ad esempio, pensarsi al caso in cui il valore attuale della prestazione, al momento dell'inadempimento, sia diminuito in base a particolari contingenze economiche, mentre al momento della stipulazione della penale l'interesse del creditore alla prestazione fosse di importanza rilevante.

A questo punto è chiaro che il giudice debba prescindere dal valore attuale e persino dall'esistenza e dalla consistenza di un danno, onde non si vede come il patto possa avere una funzione novativa, prescindendo totalmente dalla obbligazione novanda, che potrebbe persino essere inesistente.

Va poi sottolineato come, pur volendo ammettere che l'inadempimento e la conseguente (solo eventuale) obbligazione risarcitoria costituiscano concausa interna del negozio penale o oggetto attuale dell'accordo, riguardato nella sua futurità, restano in piedi tutti i problemi relativi alla determinabilità dell'oggetto del contratto novativo e cioè dell'obbligazione risarcitoria.

Questa dottrina, infatti, richiede ai fini dell'efficacia della penale, l'accertamento dell'esistenza di un'obbligazione risarcitoria e, dunque, pur ammettendo che debba

esistere l'oggetto da novare, la sua determinazione o determinabilità non è possibile finché non venga ad esistenza la sua fonte, e cioè l'inadempimento.

Va osservato, però, come non dovrebbe forse ritenersi valida una simile pattuizione. Quando, infatti, si ammette la novazione su obbligazione futura, si esclude l'attualità della stessa, ma non la determinabilità del suo contenuto.

Diverso (e inammissibile) sarebbe sostituire una prestazione ad altra di imprecisato contenuto⁸⁰.

Va peraltro osservato come, comunque, la funzione sanzionatoria meglio spiegherebbe la riduzione giudiziale come strumento di controllo sulla potestà sanzionatoria privata.

Il potere riduttivo non si spiegherebbe, invece, in relazione alla novazione.

A prescindere, infatti, dalla circostanza che essa, differentemente dalla *datio in solutum* (che ha natura solo solutoria e non già costitutiva di autonoma obbligazione), ha come effetto quello di estinguere un'obbligazione, mediante sostituzione con una nuova obbligazione, è innegabile che le due vicende siano, per altri aspetti, molto affini, onde non si spiegherebbe un controllo del giudice sul contratto novativo e non già su quello solutorio⁸¹.

⁸⁰ Spingendoci ben oltre, a voler prescindere dall'esistenza di una imprecisata obbligazione (non solo nel *quantum* ma anche nell'*an*) sembrerebbe, poi, doversi parlare di novazione aleatoria (peraltro in un diverso senso rispetto a quello generalmente richiamato in dottrina) e cioè costitutiva di un'obbligazione nuova a prescindere dalla estinzione di altra obbligazione.

Ma tale non sarebbe più una novazione in senso tecnico. Mancando l'obbligazione da novare, parrebbe ricorrere un'unica obbligazione con facoltà alternativa: adempiere la prestazione principale oppure pagare la penale.

⁸¹ Stesso discorso sarebbe da fare per la transazione, la quale pur avendo la diversa funzione di dirimere (o evitare che sorga) una controversia, mediante reciproche concessioni, sostanzialmente (e in senso atecnico) può porre nel nulla le precedenti obbligazioni, sostituendole con delle nuove, eppure non pare ammesso alcun controllo giudiziale, neppure per lesione.

Evidentemente, soltanto la ricostruzione della penale come nuovo ed autonomo tipo negoziale con funzione sanzionatoria⁸² (o con diversa funzione, di cui si dirà di qui a breve), giustifica quel controllo giudiziale normalmente escluso per le altre vicende contrattuali.

1.9 Una diversa proposta ricostruttiva: la penale come transazione preventiva sulla lite che può sorgere

La teoria della novazione, sebbene ritenuta non adeguata a spiegare la natura della clausola penale, sollecita favorevolmente ad un'altra ipotesi ricostruttiva che in questa sede si intende soltanto abbozzare, dovendo costituire, per la complessità, oggetto di una distinta e autonoma trattazione.

Alla luce di quanto detto, in effetti, non sembra potersi parlare – facendo riferimento alla penale - di patto novativo dell'obbligazione risarcitoria, dal momento che l'esistenza di quest'ultima non viene assolutamente in rilievo agli effetti della prestazione penale⁸³.

E tuttavia, la pattuizione della penale, distintamente dalla caparra confirmatoria, consente (pur quando sia salva la prova del maggior danno), di definire, in maniera irretrattabile l'intero (o una quota del) risarcimento del danno, mettendo a sopire ogni questione fra creditore e debitore, quanto alla prova dell'*an* o del *quantum* di essa.

⁸² Né tanto meno pare di ostacolo alla teoria sanzionatoria l'ammissibilità di una penale a favore del terzo diverso dal soggetto che abbia subito l'inadempimento dell'obbligato.

Anzi, potrebbe essere proprio la circostanza che la penale si attegga quale sanzione, a rendere irrilevante la persona del beneficiario della relativa prestazione, venendo piuttosto in rilievo la persona dell'obbligato per il quale, in termini afflittivi, è indifferente eseguire la prestazione al creditore o al terzo come normalmente accade per il legato *poene nomine* in favore di un soggetto diverso dal beneficiario del *modus* rimasto inadempito. (vedi *infra*, cap. III)

⁸³ Mentre perché vi sia novazione efficace è necessaria la sussistenza dell'obbligazione novanda.

Si intende qui sottolineare che, se l'ostacolo alla teoria della novazione pare essere rappresentato dalla fisiologica irrilevanza dell'obbligazione risarcitoria ai fini dell'adempimento della prestazione dovuta a titolo di pena, non sembra altrettanto incompatibile, con tale irrilevanza, una diversa prospettazione della clausola che, pur tenendo in considerazione l'obbligazione risarcitoria, come termine di efficacia della penale, non ne postuli l'esistenza.

In effetti, la penale potrebbe rappresentare proprio quella particolare pattuizione che abbia lo scopo di evitare l'insorgere di una controversia, evidentemente sull'*an* e sul *quantum* dell'obbligazione risarcitoria, mediante l'attribuzione di una certa somma al creditore insoddisfatto, senza l'onere della prova del danno, ma rinunciando a far valere interamente la propria pretesa.

Lo schema, cioè, sembrerebbe essere quello di una transazione, volta a prevenire la lite sul risarcimento⁸⁴.

La proposta ricostruzione, chiaramente, rende opportuno soffermarsi (sebbene minimamente) sui caratteri della transazione.

E', infatti, innegabile che proprio la transazione⁸⁵ sia stata a lungo al centro di un complesso dibattito dottrinale, non essendo mancate, nel corso degli anni, le interpretazioni più varie circa la causa, la struttura e l'oggetto del contratto *de quo*.

Tutte questioni che assumono una certa rilevanza quando si voglia argomentare la soluzione dinanzi divisata, poiché la penale ha una struttura sua propria (per quanto la disciplina prevista dal codice appaia piuttosto scarna), onde l'accostamento alla

⁸⁴ Non potrebbe, invece, per quanto precedentemente detto, tale transazione essere novativa, in quanto mancherebbe l'obbligazione da estinguere, né tale potrebbe ritenersi l'obbligazione principale che resta, invece, in piedi, lasciando al creditore l'alternativa di avvalersi della clausola penale o di richiedere l'adempimento.

⁸⁵ Cfr. per tutti, MOSCARINI e CORBO, voce «Transazione», in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, 1994

transazione, anch'essa oggetto di una disciplina *ad hoc*, impone una verifica di compatibilità e un adeguato e logico coordinamento.

La penale, per iniziare, è un patto accessorio al rapporto principale che si intende rafforzare mediante l'efficacia compulsoria della prestazione dovuta in caso di inadempimento e, perciò, si perfeziona al momento della nascita del rapporto o, comunque, prima che possa porsi una questione di inadempimento, rappresentando, tale ultima vicenda, proprio quanto il creditore desidera evitare attraverso la pattuizione della sanzione.

La transazione, invece, generalmente interviene *ex post*. Rappresentando il contratto mediante il quale le parti si fanno reciproche concessioni, allo scopo di porre fine a una lite o di prevenirla, il suo momento perfezionativo parrebbe, per natura, dovere essere successivo a quello in cui viene in rilievo la contestazione circa determinati profili di un rapporto già in essere.

La funzione, in altri termini, "risolutiva" o "preventivo-risolutiva" della transazione, pare postulare, quando essa tragga origine da una lite contrattuale, l'insorgenza di contestazioni fra le parti.

Ma, ad una più attenta analisi, è proprio il concetto di prevenzione della lite ad aprire nuovi scenari con riferimento al momento di perfezionamento della transazione (che, si ricordi, può essere ben diverso dal tempo dell'efficacia del contratto).

In proposito, val la pena osservare come il concetto di "lite che può sorgere" risente dell'intero dibattito affrontato, in dottrina, a proposito dei requisiti essenziali della transazione, ricordando, in particolare, come si siano divise il campo, in materia, le teorie che hanno ritenuto elemento imprescindibile della transazione la mera *res litigiosa* e quelle che, invece, hanno posto al centro dell'accordo transattivo la *res dubia*, escludendo

che possa transigere chi sia in mala fede e sia perciò certo della inaccogliabilità della sua domanda.

Preliminarmente, va ricordato come, intorno allo stesso significato del termine *lite*, si siano agitate diversi tentativi ricostruttivi.

Il termine “*lite*”, in diritto romano, viene utilizzato sia per indicare una mera contestazione, sia per indicare il processo.

Questa duplicità di significati è nota anche al diritto italiano moderno.

Quando, ad esempio, il codice di procedura civile parla di “*litispendenza*”, senz’altro intende riferirsi ad una coesistenza di “*processi*”, aventi ad oggetto la stessa questione e, tuttavia, incardinati innanzi a giudici diversi, onde risulta necessario ricondurli ad unità.

Non mancano, però, utilizzazioni del termine nel differente significato di controversia, senza alcun riferimento al concetto di “*causa*”.

E’ stato sostenuto, in proposito, però, che solo il significato di processo può attribuire un senso alla transazione volta a prevenire “*la lite che può sorgere*”.

La *lite* possibile come possibile processo, in altri termini.

«L’espressione “*lite che può sorgere*”, sta allora chiaramente ad indicare uno stadio antecedente al processo in cui il processo si presenta come probabile, ma questo stadio non è più un nulla inafferrabile, esso può essere facilmente identificato con il concetto di controversia giuridica»⁸⁶.

⁸⁶ VITERBO, *La “res dubia”, e la lite incerta nella transazione*, in *Dir. proc. civ.*, 1937, 222, il quale osserva come «se all’espressione “*lite*” si attribuisce il significato di semplice controversia, il requisito della prevenzione di una *lite* probabile sancito dalla legge perde ogni significato, mentre ne acquista uno chiarissimo se si considera la stessa parola nel senso di processo (...). Se alla parola “*lite*”, entrambe le volte in cui viene usata dal legislatore nell’art. 1764 del cod. civ., - a proposito di transazione *ratione temporis* - si attribuisce il significato di processo, il senso dell’ultima frase non fa più nessuna difficoltà e l’interpretazione dell’intero articolo risulta chiara e armonica. *L’espressione “lite che può sorgere”, sta allora chiaramente ad indicare uno stadio antecedente al processo in cui il processo si presenta come probabile, ma questo stadio non è più un nulla inafferrabile, esso può essere facilmente identificato con il concetto di controversia giuridica*»

Si sottolinea che da qualsiasi rapporto giuridico astrattamente può originare una mera controversia, per le ragioni più varie, di ordine psicologico, economico, giuridico, onde sembra impossibile verificare il grado di probabilità di una lite in tal senso.

Non esisterebbe un criterio di valutazione in proposito.

Attribuendo alla lite il significato di processo, invece, la transazione può effettivamente svolgere la sua funzione tipica, poiché si oggettivizza la sostanza rispetto alla quale la stessa opera⁸⁷.

Tanto premesso, può quindi osservarsi come, delimitato il concetto di lite a quello di processo, un ulteriore problema che si è posto in dottrina è stato quello di verificare se requisito essenziale della transazione sia la mera esistenza di una lite o anche la sua incertezza, avendo cura di specificare che tale non sarebbe, comunque, quella comune a tutte le cause, quella cioè circa l'esito del giudizio.

In proposito, è stata sostenuta l'idea secondo la quale l'incertezza sarebbe necessaria ai fini della validità della transazione, ma è stato in contrario osservato come tale teorica poggiasse sulla necessità di accordare tutela a quelle transazioni stipulate per dirimere o evitare una lite temeraria. Quando uno dei transigenti, infatti, è in mala fede, non avrebbe alcun dubbio circa il sicuro rigetto della sua istanza.

Proprio per evitare questa eventualità, allora, si dice che alla base della transazione debba esservi l'incertezza nella lite⁸⁸.

⁸⁷ Va precisato, peraltro, che non è sufficiente la mera pendenza del processo. Quando il convenuto non contesta la pretesa attorea, ma si limiti a dichiarare di non poter adempiere, «la lite che ne deriva è manifestamente inidonea ad essere composta o prevenuta a mezzo di una transazione(...) Chi fa un abbuono perché riconosce che il debitore non può dar tutto, concede qualcosa e non riceve nulla, mentre in questo caso tutto riceve e nulla concede il debitore», mancando, pertanto, *l'aliquid datum atque retentum*, presupposto della transazione. In tal senso VITERBO, cit., 224, il quale osserva, di conseguenza, come «l'espressione lite non può indicare che il processo da pretesa contestata, rimanendo escluso dal significato della parola in questo caso il processo improprio o senza lite»

⁸⁸ Sul punto, diffusamente, VITERBO, cit., *passim*

Di contro, è stato sottolineato che, statisticamente, c'è sempre un margine di certezza in una delle due parti in causa, se non altro nell'attore che avvia il processo⁸⁹.

Inoltre, se la transazione dovesse fondarsi necessariamente sull'incertezza, ogni tentativo di stipularla integrerebbe un'implicita ammissione di non essere convinto delle proprie ragioni⁹⁰.

In ultimis, se il timore dei sostenitori della teoria dell'incertezza è l'assenza di tutela contro il transigente in mala fede nella lite temeraria, esso può essere facilmente superato facendo rientrare la mala fede nel dolo, che costituisce uno dei motivi di impugnativa della transazione⁹¹.

La discussione circa i requisiti della transazione in termini di mera litigiosità o di incertezza, coinvolge anche la più delicata questione relativa all'identificazione della "lite che può sorgere".

Sostenere, infatti, che l'incertezza non debba essere considerata un requisito essenziale della transazione, implica che con l'espressione "lite che può sorgere" il legislatore abbia inteso, non già far riferimento ad una controversia del tutto eventuale (e, perciò, del tutto incerta, persino nell'*an*), ma piuttosto rappresentare uno stadio antecedente al processo, in cui il processo si presenta come probabile.

In una diversa prospettiva, invece, lite che può sorgere sarebbe soltanto la lite non attuale, non ancora nata, cioè eventuale, della quale, però, risulta, già da subito, specificamente determinato il contenuto⁹².

⁸⁹ V. CHIOVENDA, *Istituzioni*, 2° ediz., vol. II, Jovene, 1936, 263

⁹⁰ VITERBO, cit., 246

⁹¹ Nel riferirsi alle transazioni su lite temeraria osserva VITERBO, cit., 242, come «l'impugnativa per errore è, mi pare, rimedio sufficiente perché il caso di transazione su lite temeraria non debba sembrare tale un'enormità dal punto di vista equitativo da indurre ad accogliere ad ogni costo una dottrina che non ha fondamento per rifiutare validità a queste transazioni»

⁹² «E' necessario cioè che le reciproche pretese, per quanto non ancora operanti, si siano almeno delineate in modo che, una volta verificatisi i presupposti di fatto, possano essere fatte valere nelle previste loro modalità. Si comprende allora come sia dato alle parti, sulla base di pretese che esse prevedono come probabili, porre in essere un regolamento transattivo che realizzi oggi una soluzione di compromesso di

Considerando, poi, come, secondo autorevole dottrina, la transazione non sarebbe neppure un contratto, ma un collegamento fra rinuncia a far valere un diritto e speculare riconoscimento di un *quid* da parte di chi di tale rinuncia si avvantaggi, reciprocamente condizionati⁹³, può allora concludersi che, con lo schema penale, creditore e debitore pongano in essere una transazione preventiva allo scopo di evitare l'insorgenza di una lite relativa al risarcimento del danno, in caso di inadempimento.

Transazione in virtù della quale il creditore rinuncia a far valere la sua pretesa al risarcimento del danno e il debitore riconosce, in capo al primo, il diritto a vedersi attribuita una certa prestazione.

Dal punto di vista della disciplina, sembra imporsi, peraltro, un coordinamento fra la regola secondo la quale la transazione non può essere impugnata per lesione e quella che, invece, fonda, in capo al giudice, il potere riduttivo della penale che si presenti manifestamente eccessiva.

In verità, ad una più attenta indagine, può osservarsi come la riducibilità della penale possa spiegarsi proprio con la sua natura di transazione "preventiva".

L'inoppugnabilità della transazione, infatti, risponde a logiche classiche dell'ordinamento civile.

Trovandosi nella fase patologica del rapporto, i contraenti decidono di addivenire ad un certo accordo per tacitare le reciproche pretese. Il controllo giudiziale

quella lite che potrebbe sorgere domani. Rimane in tal modo salva la possibilità di tenere distinta la transazione su lite futura dal negozio di accertamento». Così PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario al codice civile* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, II, *Dei contratti speciali*, 2° ed., Barbera, 1949, 461

⁹³ In tal senso CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1953, 188 il quale, sostiene che «le due parti nella transazione, rinunciando parzialmente alla pretesa e parzialmente riconoscendola, non vogliono affatto la stessa cosa; i due negozi sono eterogenei, non omogenei. Fonderli, perciò, in un contratto non è possibile» pertanto «la transazione non è un contratto ma la combinazione di una rinuncia e di un riconoscimento, dei quali ciascuno è condizionato alla esistenza dell'altro».

non è ammesso, poiché non viene a configurarsi alcuna asimmetria fra le parti in grado di condizionare quella debole, al punto di accettare termini contrattuali iniqui.

Quando, invece, la transazione è preventiva - e soprattutto contestuale al sorgere del rapporto principale - tornano in rilievo tutte le problematiche relative al controllo sulle usure, perché la stessa transazione diviene una componente del contratto base e risente, perciò dei medesimi condizionamenti.

1.10 La penale come negozio conformativo - distorsivo degli effetti del contratto e dell'inadempimento. Rapporti con i rimedi ordinari

Qualunque sia l'impostazione alla quale si intenda aderire, è chiaro che la penale - come detto sin da subito - spiega una funzione conformativo - distorsiva degli effetti normali del contratto, con riferimento alla fase patologica del rapporto.

Perciò, prima di diffondersi sulle peculiarità proprie della disciplina in tema di clausola penale, pare opportuno rivisitare brevemente i rimedi ordinari di tutela del credito, considerando come sia proprio rispetto a tali rimedi che viene a porsi un problema di coordinamento con la disciplina propria della clausola penale.

Quanto ai rimedi ordinari, va osservato che, a fronte di un inadempimento imputabile e di non scarsa importanza, la parte fedele al contratto ha l'alternativa fra l'azione di esatto adempimento e la domanda di risoluzione *ex art. 1453 c.c.*, risultando, in ogni caso, salva la richiesta di risarcimento dei danni.

E' noto che chi agisca per l'adempimento possa, successivamente chiedere la risoluzione, mentre non è vero il contrario⁹⁴. In proposito, occorre considerare che, quando sia stata proposta domanda giudiziale per la risoluzione, la parte inadempiente si ritiene liberata dall'obbligo di eseguire la prestazione dedotta in contratto, onde costituirebbe una lesione dell'affidamento l'ammissibilità di una *mutatio libelli* volta ad ottenere la condanna all'adempimento dell'obbligazione da cui ci si riteneva legittimamente svincolati.

In ogni caso, è salva la possibilità di richiedere il risarcimento del danno, fermo restando che, mentre l'attore che abbia proposto domanda per esatto adempimento potrà vedersi riconosciute più limitate poste di risarcimento - atteso che, comunque, otterrà il bene della vita dedotto in contratto - quello che agisca in risoluzione potrà esigere la liquidazione di un risarcimento parametrato al valore della prestazione non eseguita (c.d. interesse positivo), salvo a detrarre da esso il risparmio di spesa derivante dallo scioglimento del vincolo contrattuale e dalla conseguente liberazione dall'obbligo di eseguire la sua prestazione.

In che rapporti sono, allora, fra di loro la pattuizione di una penale e i rimedi ordinari?

Orbene, la penale ha l'effetto, per espressa disposizione di legge, di limitare il risarcimento del danno alla prestazione promessa, salvo che sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

Ai sensi, poi, dell'art. 1383 c.c., il creditore non può cumulare la penale e la prestazione principale, a meno che la penale non sia stata pattuita per il mero ritardo.

Ciò implica, evidentemente, che l'acquisizione della penale (ottenuta per adempimento spontaneo della relativa prestazione o a seguito di domanda giudiziale)

⁹⁴ Sul punto, diffusamente, BIANCA, *La responsabilità*, cit., 1994, 259 ss.

pregiudichi la possibilità di proporre domanda di esatto adempimento dell'obbligazione principale.

Resta però salva, per il creditore, la facoltà di optare per l'una o per l'altra soluzione, mentre il debitore, invece, non avrebbe «facoltà di liberarsi dell'obbligazione principale offrendo semplicemente il pagamento della penale»⁹⁵.

Va, infine, ricordato che la richiesta stragiudiziale della penale non implica alcun recesso dal contratto, così come la relativa domanda giudiziale non contiene quella di risoluzione.

L'acquisizione della penale, perciò, lascia impregiudicato l'obbligo dell'*accipiens*, di eseguire la sua prestazione, non essendo intervenuto alcuno scioglimento del vincolo contrattuale⁹⁶.

Più complesso è, invece, il rapporto fra la penale e la domanda di risoluzione per inadempimento.

Il codice non prende alcuna posizione al riguardo, onde occorre compiere una verifica in via interpretativa.

Va premesso che, un simile problema, viene a porsi soltanto con riferimento alla risoluzione per inadempimento.

Quando, infatti, si verifichi la c.d. impossibilità sopravvenuta della prestazione principale, non imputabile al debitore, viene a mancare il nesso di causalità fra la condotta e l'evento.

In altri termini, quando non ricorra la colpa o il dolo del debitore, viene meno un necessario presupposto di efficacia dell'obbligazione penale⁹⁷.

⁹⁵ Così MAZZARESE, *La clausola penale*, cit., 558

⁹⁶ In questi termini, probabilmente, si dovrebbero anche ritenere inopponibili l'eccezione di inadempimento o la sospensione della prestazione.

⁹⁷ MAZZARESE, *La clausola penale*, cit., 551

Allo stesso modo se la penale è pattuita per il ritardo e l'impossibilità è soltanto temporanea, dal momento che in questo caso il ritardo non è imputabile al debitore.

Una convenzione che avesse per effetto quello di obbligare uno dei contraenti all'esecuzione di una certa prestazione, anche per il caso di inadempimento non imputabile, non rappresenterebbe più una penale, ma una clausola di assunzione del rischio.

Con riferimento alla risoluzione per inadempimento, invece, in linea di massima può osservarsi che, poiché *ex art.* 1453 c.c., la risoluzione «fa salvo il risarcimento del danno» essa «fa salva anche l'efficacia della penale» dal momento che la stessa ha proprio l'effetto di limitare il risarcimento dei danni⁹⁸.

Quando, invece, la penale sia pattuita soltanto per il ritardo, sarebbe da escludere la sua compatibilità con la richiesta di risoluzione.

Intervenuta, infatti, la sentenza costitutiva del giudice che decreta lo scioglimento del vincolo contrattuale, e con esso la definitiva inesecuzione della prestazione, risulta non più giustificata una penale per il ritardo, dal momento che lo stesso presupporrebbe il successivo (sebbene tardivo) adempimento.

A ragionar diversamente si andrebbe contro la norma di cui all'art. 1382 c.c., per la parte in cui prevede che la clausola penale ha l'effetto di limitare il risarcimento, dovendosi escludere, di riflesso, un risarcimento integrale in aggiunta alla penale.

Quando, infatti, si verifichi il definitivo inadempimento, viene a mancare ontologicamente il ritardo in senso tecnico, onde la penale, pattuita per lo stesso, finirebbe per divenire penale per l'inadempimento e, in tal modo, il creditore cumulerebbe azione di risoluzione, risarcimento dei danni per inadempimento e penale

⁹⁸ Si ricordi che, per la giurisprudenza, solo l'inadempimento che legittima alla risoluzione, fonda una pretesa alla penale, non dovuta nel caso in cui l'inadempimento sia di scarsa importanza, salvo che la penale fosse pattuita per il mero ritardo. Sul punto, v. MAZZARESE, *La clausola penale*, cit. 576

(pattuita per il ritardo, ma divenuta) per inadempimento, in contrasto col disposto dell'art. 1382 c.c.⁹⁹

Inoltre, è stato osservato in dottrina che, avendo la risoluzione un effetto retroattivo, sarebbe comunque inconfigurabile un danno da ritardo¹⁰⁰.

Va, poi, osservato che, sebbene la risoluzione faccia salvo il risarcimento, e dunque la penale, quest'ultima limita il risarcimento, onde quando sia pattuita una penale l'art. 1453 c.c. andrebbe letto nel senso che anche a seguito della domanda di risoluzione è salva l'efficacia della stessa.

A tal proposito, inoltre, va specificato comunque che, secondo l'orientamento prevalente, il creditore non avrebbe facoltà di scelta fra conseguimento della penale e risarcimento del danno, dal momento che la clausola ha proprio l'effetto di limitare la misura del risarcimento stesso¹⁰¹.

Non può colmarsi la lacuna che deriva dall'assenza di un poter giudiziale di aumentare la penale irrisoria attraverso un'interpretazione che, consentendo al creditore di scegliere, porrebbe nel nulla la vincolatività del contratto *ex art.* 1372 c.c.

Né sarebbe valida una clausola pattizia che attribuisse tale facoltà al creditore, perché derogatoria del principio di reciproca efficacia dell'accordo e in contrasto con l'alternatività della funzione sanzionatoria privata rispetto a quella legale.

⁹⁹ Insostenibile sembra la tesi del cumulo fra penale per il ritardo e risarcimento dei soli danni ulteriori diversi dal ritardo. Chi risolve, infatti, non soffre più alcun danno da ritardo, per cui, prima ancora che tecnicamente, la soluzione sembra inesatta dal punto di vista logico. A nulla rileva l'argomento che poiché non è vietato il cumulo fra penale per il ritardo e richiesta di adempimento non dovrebbe essere vietato neppure il cumulo fra la stessa penale e il risarcimento (che della prestazione è un surrogato), salvo tener conto della penale per la determinazione del risarcimento. In tal senso, MAZZARESE, *ivi*, 572, il quale, però, sottolinea anche il diverso pensiero espresso in giurisprudenza sul punto e nel senso di una compatibilità fra risoluzione e penale per il ritardo. V. CASS., 11 luglio 1984, n. 4120, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Contratto in generale», n. 188-189.

¹⁰⁰ In tal senso, BIANCA, *La responsabilità*, cit., 231 il quale osserva come, «il creditore che risolve il contratto con efficacia retroattiva non può pretendere la penale per il ritardo, in quanto non sussiste danno da ritardo se la prestazione non è più dovuta fin dall'origine»

¹⁰¹ Ma v., diversamente, TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 137 ss. il quale ritiene applicabile l'art. 1385 co. 3, onde il creditore potrebbe rinunciare alla penale e richiedere il risarcimento integrale del danno.

La penale, infatti, perderebbe in tal caso la sua funzione sanzionatoria¹⁰² e si contravverrebbe al disposto normativo di cui all'art. 1382 c.c., poiché la penale esclude l'obbligazione risarcitoria.

Quand'anche le parti prevedano la risarcibilità del maggior danno, esse non eliminano lo schema tipico sanzionatorio della penale, poiché tale convenzione non esclude che anche ove non sia raggiunta la prova del danno il creditore conservi comunque i suoi diritti sulla penale.

Quanto alla regola secondo cui la clausola ha l'effetto di limitare il risarcimento del danno, salvo che sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore, per la verità, è discusso se ciò implichi una facoltà di scelta del creditore fra prestazione penale e risarcimento dell'integrale danno (con l'onere di provarlo per intero), o se il riferimento sia a singole e specifiche voci di danno.

Seguendo la prima impostazione, la lettura che maggiormente sembrerebbe in linea con lo scopo della pattuizione, dovrebbe essere nel senso che la convenzione intenda comunque attribuire al creditore il vantaggio di non dovere assolvere l'onere probatorio, potendo conseguire la penale senza che resti preclusa la possibilità di dimostrare la ricorrenza di un pregiudizio maggiore e senza, comunque, che il mancato assolvimento dell'onere probatorio possa compromettere anche l'acquisizione della penale¹⁰³.

Diversamente dalla caparra confirmatoria, la mancata prova dei danni, anche per l'intero, non dovrebbe comportare l'estinzione del diritto alla penale.

Infatti, il testo di legge si limita a statuire che, ferma una generale efficacia limitativa del risarcimento, propria della clausola, la pattuizione del risarcimento

¹⁰² MAZZARESE, *La clausola penale*, cit., 569

¹⁰³ Sul punto, v. MAZZARESE, *ivi*, 568-570

ulteriore vale solo a rimuovere la portata limitativa della clausola, ma non già quella distorsiva delle regole in tema di onere della prova.

Sembrirebbe non in linea con il dettato normativo, invece, un'interpretazione che si orientasse nel senso di ritenere che, mancando la prova (necessaria) dell'intero danno, il creditore perda anche il diritto alla somma dedotta in penale¹⁰⁴.

In questo caso, infatti, non si vede quale possa essere l'utilità di una pattuizione che, nell'assicurare la facoltà di ottenere (sempre che sia raggiunta la prova del danno), la liquidazione dell'intero risarcimento, metta a rischio la possibilità di conseguire almeno la penale in caso di insuccesso.

Già l'art. 1382 c.c., poi, sembra condurre in questo senso.

La norma, infatti, fa riferimento ad una pattuizione di risarcibilità del danno "ulteriore" dando per scontato, perciò, il conseguimento, quanto meno della penale.

Inoltre, la penale, diversamente dalla caparra, soprattutto riguardata sotto il profilo della sua funzione sanzionatoria, non svolge (se non in via riflessa) una compito deflattivo del contenzioso, onde non si corrono i rischi di abuso prospettabili quando, invece, il creditore chieda di ritenere la caparra a seguito dell'esito negativo dell'azione di danni.

Perciò, pare che ricorrano almeno tre argomenti per escludere che nel caso in cui il danno non sia provato, il creditore perda il suo diritto alla penale.

Il primo di ordine letterale: il carattere "ulteriore" del danno, dà per scontata la ricorrenza di un pregiudizio - base che deve essere ristorato dalla penale.

Il secondo di ordine logico: se le parti intendessero mettere in discussione con la pattuizione del maggior danno il conseguimento quanto meno della penale, si avvarrebbero della caparra, piuttosto.

¹⁰⁴ In proposito, v. MAZZARESE, *ibidem*

Il terzo, di tipo sistematico: diversamente dal meccanismo della caparra, caratterizzato dall'alternatività fra risarcimento e ritenzione della stessa, quello azionato dalla penale, con convenzione della risarcibilità del danno ulteriore, è voluto dalle parti e non assicurato dalla legge, onde non ricorrono i rischi di abuso del processo censurati dalle Sezioni unite¹⁰⁵.

Secondo altra interpretazione¹⁰⁶, poi, le parti, nel pattuire la risarcibilità dei danni ulteriori, potrebbero limitarli, facendo riferimento a danni specifici. Per esempio al danno emergente o al lucro cessante.

Sembra, però, opportuno, al riguardo, ricordare che è pur sempre necessario evitare un cumulo fra risarcimento e clausola penale (che non sia pattuita per il semplice ritardo), onde sarebbe necessario valutare di volta in volta se tale cumulo ricorra o meno.

Quanto ai rapporti fra penale e risarcimento del danno, infatti, oltre alla chiara previsione di cui all'art. 1382 c.c., secondo cui la penale limita il risarcimento, onde già solo per questo sembrerebbe inimmaginabile il relativo concorso, anche l'art. 1383 c.c., sul divieto di cumulo di penale e prestazione principale, pare debba condurre nella stessa direzione.

Se, infatti, non è possibile cumulare la penale con la prestazione principale, allora non può neppure cumularsi la penale col risarcimento per inadempimento, che della prestazione principale è un'equivalente in termini monetari.

Le regole di concorso fra adempimento e penale per il mero ritardo, invece, non sembra possano essere trasposte nel caso in cui, in luogo della prestazione, non più

¹⁰⁵ CASS., SEZ. UN., 14 gennaio 2009, n. 553, cit.

¹⁰⁶ Sul punto, cfr. CASS., 4 giugno 1976, n. 2020, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2663; CASS., 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratto in genere», n. 359

esigibile per il definitivo inadempimento, venga richiesto il risarcimento integrale del danno.

E ciò non tanto perché si assisterebbe ad una duplicazione risarcitoria (conseguendo il creditore sia il risarcimento per l'inadempimento che la penale per il ritardo). L'incongruenza sarebbe infatti facilmente superabile detraendo dalla risarcimento quanto già ottenuto a titolo di penale.

L'ostacolo, come detto, sembra più di ordine logico perché, mentre il creditore che riceva in ritardo la prestazione (agendo magari per l'adempimento) può aver subito un pregiudizio per il ritardo - dal momento che è proprio la proposizione dell'azione di adempimento che dimostra la permanenza dell'interesse creditorio e, dunque, la ricorrenza del danno per l'attesa - il creditore che non voglia o non possa agire per la prestazione principale, non ha più interesse alla stessa e, perciò, non può aver subito un danno da ritardo¹⁰⁷.

Da ultimo, va osservato che il patto penale ha efficacia obbligatoria.

L'art. 1382 c.c., infatti, fa riferimento alla convenzione con cui si stabilisce che in caso di inadempimento, uno dei contraenti «è tenuto a una determinata prestazione».

Perciò potrebbe, in effetti, verificarsi un inadempimento anche con riferimento all'esecuzione della prestazione penale.

In tal caso, quindi, il creditore insoddisfatto dovrebbe agire per l'adempimento della stessa¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Salvo a voler considerare tale quello che si sia prodotto in attesa di ottenere il risarcimento

¹⁰⁸ Resterebbe, peraltro, da chiedersi se la domanda di risoluzione del patto penale non comporti, poi, la riespansione della disciplina risarcitoria ordinaria, con tutte le conseguenze anche in termini di criteri per la liquidazione del danno.

CAPITOLO II

La riducibilità come tutela avverso le asimmetrie soggettive alla luce della ricostruzione della penale come patto in funzione della determinazione dell'equilibrio contrattuale.

2.1 Autonomia privata e limiti all'intervento del giudice: introduzione al problema della riducibilità della penale ex art. 1384 c.c. alla luce delle diverse proposte ricostruttive della sua funzione

La ancora recente pronuncia delle Sezioni unite in merito alla riducibilità *ex officio* della penale che sia manifestamente eccessiva¹⁰⁹, ha costituito, a ben vedere, un'importante occasione di riflessione circa il complesso problema dei limiti dell'intervento del giudice sugli atti di autonomia privata e del sindacato sulla proporzione economica fra le prestazioni.

La Corte di cassazione, ammettendo la rilevabilità d'ufficio della penale, ed escludendo la necessità di un'eccezione di parte, pone a fondamento del potere giudiziale l'opportunità di assicurare l'equilibrio fra i contraenti (guardando alla funzione risarcitoria) o, comunque, la meritevolezza e proporzionalità del negozio giuridico (avendo in considerazione la funzione sanzionatoria della clausola penale).

Secondo l'impostazione della Suprema Corte, la previsione della riducibilità *ex art. 1384 c.c.* - a norma del quale «la penale può essere diminuita equamente dal giudice,

¹⁰⁹ CASS., SEZ. UN., 13 settembre 2005, n. 18128, in Corr. giur., 11, 2005, 1538 con nota di DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*

se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento» - in altri termini, non sarebbe funzionale alla tutela del debitore.

Il controllo giudiziale costituirebbe, piuttosto, un sindacato di meritevolezza dell'attribuzione, che chiama in causa il profilo quantitativo, non venendo in rilievo una ragione di tutela del debitore in sé, nella sua posizione di debolezza contrattuale. Una penale eccessiva, pertanto, risulterebbe immeritevole, anche ove non dovesse sussistere uno squilibrio soggettivo fra i contraenti.

Apparendo scontata la meritevolezza della funzione penale in sé (che è, infatti, espressamente prevista dalla legge) la riduzione, pur incidendo sul profilo eminentemente economico, rappresenterebbe, insomma, un sindacato di meritevolezza in ordine all'eccedenza.

Non si vorrebbe qui tutelare il debitore che abbia accettato condizioni inique economicamente, ma semplicemente rilevare la non giustiziabilità di una pretesa immeritevole, perché quando la penale è manifestamente eccessiva rispetto all'interesse creditorio, essa sarebbe (per l'eccedenza) del tutto ingiustificata¹¹⁰.

In questi termini, non si può non considerare, allora, come il rimedio della *reductio* assurgerebbe a generalizzato strumento di controllo, anche rispetto a quegli schemi negoziali che non si presentino propriamente come “clausole penali” e che, pur tuttavia, anche solo indirettamente, siano funzionali a produrre un effetto compulsorio – sanzionatorio sul soggetto obbligato ad eseguire una certa prestazione.

Qui, solo incidentalmente (ma v., più diffusamente, *infra*, cap. III), in effetti, può osservarsi come una riduzione ricostruita nei termini su esposti sarebbe chiamata ad operare anche in materia testamentaria, sul legato *poene nomine* di valore eccessivo

¹¹⁰ Il che spiegherebbe, come si avrà modo di chiarire più avanti, la natura officiosa del potere riduttivo.

rispetto all'interesse del testatore (o di altri che ne siano riguardati) all'adempimento del *modus*¹¹¹.

Se l'interesse tutelato dalla *reductio* è, infatti, quello ordinamentale alla giustiziabilità delle sole pretese fondate su causa (dal punto di vista quantitativo) meritevole (e non quello alla libertà contrattuale del debitore, a presidio della sua autonomia), allora tale interesse andrebbe tutelato anche in quelle ipotesi in cui un contatto fra sanzionante e sanzionato non vi sia. Fuori, cioè, dallo schema contrattuale¹¹².

Tuttavia, non si può, a questo punto, non rilevare come, se le considerazioni adottate dalla Corte rappresentano la logica conseguenza dell'adesione alla teoria sanzionatoria, non del tutto sembrano giustificate nella diversa prospettiva della tesi risarcitoria (cui pure fa riferimento la Cassazione, riconoscendone la validità quando indica, fra le diverse funzioni del patto penale, anche quella risarcitoria appunto) e, comunque (nei termini di cui si dirà di qui a breve), alla luce dell'impostazione precedentemente adombrata (v. *supra*, cap. I), secondo la quale la penale costituirebbe una transazione preventiva sulla futura ed eventuale lite risarcitoria (e, in ogni caso, un patto distorsivo degli effetti del contratto, stipulato "in vista del credito").

In una simile prospettiva, infatti – e rimarcando la natura della clausola *de qua* in termini di patto "distorsivo" degli effetti normali del contratto (e dell'inadempimento,

¹¹¹ Si ricordi, in proposito, come sia tale il legato (in favore di un certo soggetto e a carico dell'eredità – potendo peraltro integrarsi anche un sublegato) sospensivamente condizionato all'inadempimento, da parte dell'erede (o del legatario), del *modus* (o dell'onere). Tale disposizione, pur presentandosi come un normale legato, persegue lo scopo di indurre l'erede ad eseguire la prestazione imposta per sottrarsi a quella alternativa che costituisce oggetto del legato a favore di altro onorato.

¹¹² D'altra parte può sostenersi come questa presa di posizione sia anche in linea con la funzione sanzionatoria della penale dal momento che la riduzione non è che un controllo sulla meritevolezza dello schema sanzionatorio. La sanzione eccessiva non è ammissibile proprio perché non meritevole.

quindi) stipulato “in vista del credito” - pare doversi attribuire un diverso significato alla norma di cui all’art. 1384 c.c., che riconosce al giudice un potere riduttivo¹¹³.

Peraltro, il pronunciamento della Suprema Corte finisce con l’assumere una portata che si spinge ben aldilà del patto penale.

Il controllo sulla proporzione, come sindacato di meritevolezza, apre la via ad una più generalizzata ingerenza giudiziale nell’autonomia privata¹¹⁴.

Anche per questi motivi, allora, val la pena ripercorrere brevemente l’evoluzione storica, dottrinale e giurisprudenziale del diritto privato sotto questo profilo.

In effetti, se le istanze solidaristiche *ex art. 2 Cost.*, hanno determinato una riconsiderazione dei principi liberali, imponendo un adeguamento, anche del diritto privato, alle esigenze di tutela del contraente debole¹¹⁵, è pur vero che lo stesso principio di intangibilità dell’autonomia privata (libera anche dalle ingerenze eteronome di tipo

¹¹³ Ma considerando la necessità di un sindacato sui patti preventivi rispetto all’inadempimento in cui si assista ad un’asimmetria soggettiva fra le parti

¹¹⁴ Sul punto, v. P. PERLINGIERI., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, 341 - 343 ss., il quale osservando come « la proporzionalità tende ad essere un principio, che ha valenza sul piano quantitativo e determina, ma non sempre, la conseguenza della riduzione del contratto», sostiene d’estensibilità, in via di interpretazione analogica, della riduzione della penale ad altre clausole o meglio, più correttamente, l’estensione del principio che ispira la riduzione (consentendo, in questo modo, di superare l’eventuale obiezione, per la quale l’analogia non potrebbe avere ad oggetto una disposizione eccezionale)», in proposito dovendosi considerare come la norma eccezionale è comunque applicabile all’interno del proprio contesto giustificativo, onde «tra l’interesse leso per la violazione dell’obbligo e la sanzione pecuniaria, nel nostro sistema, vige un principio di proporzionalità, norma imperativa, la quale fa parte di un ordine pubblico economico, costituisce un interesse primario dell’ordinamento e, pertanto, assolve una funzione di controllo sugli atti di autonomia». In quest’ultimo senso, v.: ID., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Esi, 1987, 55 ss; P. PERLINGIERI e FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Esi, 2004, 18, 165 ss., nonché, per riferimenti bibliografici, PENNASILICO, “Indifferenza” del promittente, garanzia della solvenza dell’electus e “vessatorietà” della riserva di nomina nel contratto per persona da nominare, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 782; ID., *La dubbia estensione del privilegio al credito di mantenimento del coniuge separato o divorziato*, nota a CORTE COST., 21 gennaio 2000, n. 17, *ivi*, 2000, 353 ss.

Per la portata del principio di proporzionalità, v., inoltre P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 560 ss.; CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Esi, 2001, 378 ss.; CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell’ordinamento internazionale*, Giuffrè, 2000, *passim*.

¹¹⁵ Basti pensare, in proposito, a come l’accordo, in senso formale, risulti insoddisfacente sotto il profilo della garanzia di parità reciproca fra le parti, essendo evidente come le diverse condizioni di partenza dei contraenti (professionista e consumatore) o la stessa modalità di conclusione dell’affare (mediante, ad es., predisposizione unilaterale delle condizioni di contratto da parte del professionista) finisca per svuotare di significato l’accordo, che resta un mero simulacro, non più in grado di assicurare l’effettiva partecipazione alla determinazione del regolamento contrattuale, in condizioni di parità, dei soggetti paciscenti.

giudiziale) oggi trova riscontro nell'art. 41 della stessa Costituzione¹¹⁶, e che il valore eminentemente personalistico della Carta, impone all'interprete di adottare soluzioni ermeneutiche che siano compatibili col supremo principio di autodeterminazione.

Pertanto, se da un lato l'intervento del giudice negli atti di autonomia privata risulta spesso ammissibile (e persino necessario, alla luce del principio di solidarietà, *ex art. 2 Cost.*), dall'altro è comunque opportuno riconoscerne l'eccezionalità, considerando come, nel bilanciamento degli interessi in gioco, assuma un ruolo fondamentale e determinante la libertà dei privati¹¹⁷.

Il potere discrezionale di ingerenza del giudice sul contenuto negoziale, in questi termini, resta un'ipotesi eccezionale e, comunque, ammessa, negli stringenti limiti in cui si renda necessario alla luce di particolari direttive espresse dal sistema.

E' alla luce di queste brevi considerazioni che si intende, nel corso di questo capitolo, proporre una diversa lettura dell'art. 1384 c.c., che valga a ridimensionare (pur senza negarne l'operatività *ex officio*) il potere riduttivo del giudice. In particolare, riconsiderandone il fondamento e, per questa via, delimitando il campo di applicazione della regola.

2.2 La riducibilità della penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e nella dottrina

Quella relativa al fondamento del potere riduttivo del giudice rispetto alla penale manifestamente eccessiva, non è questione assolutamente nuova nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

¹¹⁶ Testualmente l'articolo in parola stabilisce che «l'autonomia economica privata è libera»

¹¹⁷ Che costituisce effettivamente la regola

Già prima della pronuncia epocale del 2005, in effetti, gli studi sulla funzione della clausola *ex art.* 1382 c.c. non tralasciavano l'aspetto dell'ingerenza giudiziale prevista dall'art. 1384 c.c., soprattutto considerando come il fondamento del potere riduttivo del magistrato sia inestricabilmente avvinto al tipo di funzione che si intende attribuire al patto penale.

Non è un caso, infatti, che spesso, l'argomento a sostegno dell'opportunità di un intervento officioso del giudice affondi le sue radici proprio sulla ritenuta funzione sanzionatoria della penale, in particolare osservandosi come la *reductio* finisca per integrare (in base all'impostazione poi recepita anche dalle Sezioni unite) un controllo "successivo e giudiziale" sulla meritevolezza dell'accordo penale esorbitante.

La riduzione «è soltanto una delle normali tecniche attraverso le quali si realizza il controllo che la legge ha voluto riservarsi su tutti gli atti di autonomia privata»¹¹⁸.

Il sindacato, però, non sembra attenere alla meritevolezza e liceità della funzione punitiva, che già appare ritenuta sussistente per il sol fatto che il legislatore ha "tipicamente" previsto la clausola penale¹¹⁹.

La riduzione ha il precipuo scopo di evitare una sanzione «non proporzionata alla gravità della violazione commessa dal contraente inadempiente e non tanto per riaffermare quella posizione di sostanziale equilibrio tra le parti, che costituisce, come è noto, una delle direttive dell'ordinamento in materia contrattuale (ad es., artt. 1450 e 1467-1468 c.c.)»¹²⁰

¹¹⁸ In tal senso MOSCATI, cit., 518

¹¹⁹ « Qui il parametro di riferimento non è quello stesso dell'art. 1322, ult. cpv., c.c. Non si tratta, infatti, di sindacare la liceità e meritevolezza di una funzione punitiva dei privati nell'area del contratto. Essendo la clausola penale uno schema legale tipico, liceità e meritevolezza sono da considerarsi *in re ipsa*, *ibidem*.

¹²⁰ Così MOSCATI, *ivi*, 519, il quale osserva poi come «è solo nei limiti in cui la penale va oltre questo interesse del creditore che può prospettarsi un discorso di "meritevolezza"».

In proposito va comunque osservato come il potere riduttivo è diversamente considerato in altri autori i quali, anzi, ritengono costituirne il fondamento, proprio il principio di cui all'art. 1468 c.c. In tal senso TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 137. Per DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 237, invece, la riducibilità è funzionale ad evitare l'ingiustificato arricchimento del creditore.

La riduzione, peraltro, avviene secondo criteri equitativi. Il che condurrebbe ad escludere che la penale abbia una funzione risarcitoria¹²¹. In quest'ultimo caso, infatti, la *reductio* dovrebbe spingersi al punto tale da riconoscere al creditore il diritto alla sola somma utile a comporre il risarcimento del danno effettivamente subito.

Tornerebbe in rilievo un controllo sulla meritevolezza, invece, oltre che sull'eccessività, quando si esca fuori dallo schema della penale tipica¹²².

Confermando la funzione sanzionatoria del patto penale, poi, altra parte della dottrina ha individuato il fondamento della riducibilità nell'esigenza di evitare risultati usurari o in quella di regolare le ipotesi in cui si verifichi una sproporzione sopravvenuta, oltre i limiti di cui all'art. 1468 c.c.¹²³.

Sotto il primo profilo, la norma di cui all'art. 1384 c.c. avrebbe lo scopo di «contenere l'autonomia dei contraenti in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario», secondo la Relazione al codice civile, n. 632

¹²¹ In tal senso MOSCATI, *ivi*, 521

¹²² Si pensi, al riguardo, alla luce della cristallina analisi del MOSCATI, *ivi*, 522 ss. alla penale che sia posta a presidio dell'adempimento dell'obbligazione naturale, secondo alcuni inammissibile, stante la non coercibilità dell'obbligo morale. O ancora alla "penale" (in senso atecnico) volta a risolvere (mediante avveramento della condizione di ulteriore trasferimento) la vendita con accessorio patto di non alienabilità, normalmente ad efficacia solo obbligatoria. Occorre considerare, in proposito, come una condizione di tal fatta varrebbe a rendere di fatto reale il divieto che invece è obbligatorio per ragione di libertà di circolazione e pienezza dei poteri dominicali.

Ancora si pensi alla penale per inadempimento non imputabile, inammissibile perché estranea allo schema della sanzione per inadempimento colpevole *ex art.* 1382 c.c. e, al più, integrante una mera clausola di assunzione del rischio.

Ammessa, invece, sarebbe la penale per il ritardo sotto forma di *astreinte*, ricorrendo, però, il problema di evitare un'eccessiva dilatazione della sanzione, onde le parti in genere dovrebbero stabilire un tetto massimo, provvedendo, diversamente, il giudice.

La penale, poi, secondo la ricostruzione dell'A., sembrerebbe accessoria all'obbligazione e non necessariamente al contratto, onde potrebbe essere pattuita anche per l'inadempimento di obblighi non contrattuali o a presidio del *neminem laedere*.

Con riferimento alla penale testamentaria, poi, se ne sostiene la meritevolezza nei limiti in cui non incida sui diritti del legittimario o non consista nella risoluzione della disposizione testamentaria per violazione del divieto di alienazione, salvo a ritenerla comunque inammissibile, stante la sua unilateralità, alla luce del principio di uguaglianza che esige la struttura bilaterale del patto.

¹²³ La riduzione, non potrebbe operare quando vi sia un adempimento parziale. Risulterebbe, infatti, svilita la funzione sanzionatoria a vantaggio di quella risarcitoria. In questo senso, TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 1954, 129 ss.

Attraverso la clausola, infatti, sarebbe possibile raggiungere un risultato equivalente a quello conseguibile attraverso l'usura, consumata eventualmente anche a mezzo di negozi tipici.

È però necessario che la funzione punitiva sia fatta salva.

Per questo motivo non verrebbe in rilievo la nullità *ex art 1344* per frode alla legge e neppure sorgerebbe il diritto alla risoluzione, ma unicamente ricorrerebbe l'intervento riduttivo del giudice.

Peraltro, la *reductio* costituirebbe anche uno strumento di contenimento delle sopravvenienze contrattuali.

Per l'eccessività sopravvenuta, infatti, non risulterebbe applicabile l'art. 1467 c.c., non venendo qui in rilievo un contratto ad esecuzione differita, né a prestazioni corrispettive. L'art 1384 c.c., pertanto, opererebbe come specificazione dell'art 1468 c.c.

Orbene, è chiaro che, nei termini in cui si ritenga che la *reductio* costituisca uno strumento di controllo sull'autonomia privata - poiché solo la penale non manifestamente eccessiva *ex art. 1382 c.c.*, si sottrarrebbe al sindacato di meritevolezza, di cui all'art. 1322 c.c. (in quanto tipica) - non può che sostenersi l'operatività del rimedio *ex officio*, in quanto volto a tutelare un interesse generale dell'ordinamento (e non già l'interesse debitorio¹²⁴).

Se la penale eccessiva va ridotta in quanto non giustiziabile (e, cioè, non meritevole di tutela), l'accordo dal quale discende un effetto sanzionatorio abnorme, rispetto al fatto dell'inadempimento, è evidente che l'attivazione del rimedio non possa discendere da una sollecitazione di parte perché il giudice (come nel caso di nullità) non può adottare un provvedimento che accolga un'istanza priva dell'opportuna giustificazione causale, alla luce dei principi ordinamentali.

¹²⁴ Solo in tale ultima ipotesi, infatti, sembrerebbe concepibile la rilevabilità solo su eccezione di parte.

La Cassazione, in effetti, pare aver aderito ad una simile impostazione nella misura in cui ha superato l'argomento posto a fondamento della riducibilità della penale su istanza di parte, sostenendo che «questo argomento si fonda su un dato non dimostrato e cioè che l'istituto della riduzione della penale sia predisposto nell'interesse della parte debitrice».

Nella giurisprudenza della Suprema Corte, traspare la netta convinzione secondo la quale il debitore non avrebbe un diritto alla riduzione della penale, non a caso risultando insussistente, in capo al giudice, un obbligo corrispondente. Il magistrato, infatti, “può” (e non già “deve”) ridurre la penale, tenendo peraltro conto della eccessività in senso oggettivo e non considerando la posizione soggettiva del debitore¹²⁵.

La riducibilità, in tal senso, non potrebbe che operare *ex officio*, perché un simile potere correttivo non è dissimile, nella sostanza, dal sindacato di meritevolezza di cui all' art. 1322 c.c., rispetto agli atti di autonomia privata¹²⁶.

Se il giudice, rispetto alle pattuizioni atipiche, è generalmente chiamato a verificare che il contratto sia diretto «a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo

¹²⁵ Ciò avverrebbe anche in altre ipotesi previste dal codice civile. Quando, ad esempio, il giudice dispone che il risarcimento avvenga per equivalente e non in forma specifica, in ragione dell'eccessiva onerosità di tale ultima modalità di ristoro, fonda la sua valutazione, in relazione alla suddetta eccessività, su dati oggettivi. Non già tenendo conto della situazione personale del debitore e della sua capacità adempitiva. Una simile scelta dipenderebbe dalla circostanza che qualsiasi debitore, in astratto, andrebbe incontro ad una prestazione troppo onerosa rispetto all'interesse creditorio.

¹²⁶ Sarebbe, perciò, nulla una clausola di irriducibilità. Se la riduzione, infatti, è a tutela non già dell'interesse del debitore ma di un interesse generale dell'ordinamento, le parti non possono impedire l'intervento del giudice, disponendo di un interesse che non gli è giuridicamente riconosciuto. In tal senso, cfr. CASS., 28 settembre 2006, n. 21066, in *Obbl. e contr.*, 2007, 11, 890 con nota di PESCATORE. Si sottolinea, però, come dovrebbe escludersi che la norma di cui all'art. 1384 c.c. abbia portata generale, considerando che l'ordinamento tutela l'equilibrio giuridico e non già quello economico e che quando poi intende assicurare quest'ultimo, predispone una serie di rimedi diversi a fronte della sproporzione (rescissione, risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità, nullità della pattuizione usuraria e non debenza degli interessi). La regola generale sarebbe comunque nel senso che il giudice può produrre la caducazione del contratto in contrasto con una regola sia pure di proporzione, ma non incidere sulla pattuizione, riscrivendola. Quest'ultimo è un potere del tutto eccezionale (che si spiega con l'interesse al mantenimento della pattuizione sanzionatoria) e, come tale, non potrebbe essere invocato per fattispecie diverse, né in via analogica.

l'ordinamento giuridico», risultando, perciò, «l'intervento del giudice in tali casi indubbiamente esercizio di un potere officioso attribuito dalla legge», un simile controllo sarebbe stato senz'altro necessario, nei medesimi termini, anche con riferimento alla clausola penale, nell'ipotesi in cui essa non fosse stata espressamente contemplata dal codice civile.

Sarebbe stato, cioè, ammissibile (ed anzi dovuto) un «giudizio che avrebbe potuto avere esito negativo, ove fosse stato ravvisato un contrasto dell'accordo con principi fondamentali dell'ordinamento, ad esempio per il fatto che la penale doveva essere pagata anche se il danno non sussisteva».

La circostanza che il legislatore abbia già a monte effettuato un giudizio di meritevolezza con riferimento alla clausola penale, se esclude un sindacato sulla pattuizione in sé, non elimina, però *a priori* la possibilità di una valutazione *ex post* effettuata dal giudice, nel momento di attuazione del rapporto.

Va osservato, infatti, come «la legge, nel momento in cui ha ampliato l'autonomia delle parti, in un campo normalmente riservato alla disciplina positiva, ha riservato al giudice un potere di controllo sul modo in cui le parti hanno fatto uso di questa autonomia» e, così, «ha in sostanza spostato l'intervento giudiziale, diretto al controllo della conformità del manifestarsi dell'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa è consentita, dalla fase formativa dell'accordo - che ha ritenuto comunque valido, quale che fosse l'ammontare della penale - alla sua fase attuativa, mediante l'attribuzione al giudice del potere di controllare che la penale non fosse originariamente manifestamente eccessiva e non lo fosse successivamente divenuta per effetto del parziale adempimento»¹²⁷.

¹²⁷ Se in alcune ipotesi la legge, pur riconoscendo la ricorrenza di una certa sfera di autonomia dei privati, corregge la volontà delle parti operando una sostituzione automatica di talune clausole ritenute non conformi all'ordinamento, in altri casi in cui non sia possibile effettuare una verifica di legittimità già in

In tal senso «può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità».

Il giudice, pertanto, riconduce l'accordo «nei limiti in cui esso appare meritevole di ricevere tutela dall'ordinamento».

In verità, l'orientamento da ultimo espresso dalle Sezioni unite, trova un suo precedente nella stessa giurisprudenza della Corte¹²⁸, tuttavia disatteso da alcune pronunce successive¹²⁹.

Anche in quell'occasione la Corte, dovendo superare l'obiezione secondo la quale la rilevabilità su eccezione di parte si poggerebbe sulla natura dell'interesse protetto dalla norma, sottolineò come la *ratio* della riducibilità non sarebbe quella della tutela della libertà della volontà negoziale del debitore.

Infatti, la riducibilità della penale ha «finito col perdere l'iniziale sua colorazione soggettiva per assumere connotazioni funzionali più decisamente oggettive, sì che la spiegazione della vicenda - come è stato osservato - appare ora spostata da una supposta tutela della volontà delle parti ad un interesse primario dell'ordinamento, valutandosi l'intervento riduttivo del giudice non più in chiave di eccezionalità bensì quale semplice

termini astratti, attribuisce il medesimo potere correttivo al giudice che in concreto effettua il sindacato di meritevolezza. Ciò per «evitare che le parti utilizzino uno strumento legale per ottenere uno scopo che l'ordinamento non consente ovvero non ritiene meritevole di tutela, come è reso evidente, proprio in tema di clausola penale, dal fatto che il potere di riduzione è concesso al giudice solo con riferimento ad una penale che non solo sia eccessiva, ma che lo sia «manifestamente», ovvero ad una penale non più giustificabile nella sua originaria determinazione, per effetto del parziale adempimento dell'obbligazione».

¹²⁸CASS., 24 settembre 1999 n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929 alla quale si è conformata CASS., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Dir. giur.*, 2004, 104

¹²⁹ CASS., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. civ. Mass*, 2003, 4; CASS., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.* 2003, I, 1075; CASS., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, 2924.

aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata»¹³⁰.

La soluzione adottata in giurisprudenza, tuttavia, non è stata da tutti accolta con favore.

In effetti, è stato osservato come non possa non riconoscersi che, a voler accogliere il *dictum* della Corte, « il bisturi dell'equità del giudice inciderebbe il tessuto negoziale non soltanto in assenza di qualsivoglia manifestazione di volontà del debitore, ma addirittura contro una sua volontà eventualmente manifestata in senso opposto, con ciò spalancando le porte a quel mai abbastanza deprecato *RechtsPaternalismus* del giudice civile»¹³¹.

Si sottolinea, in particolare, come il giudice, riducendo la penale, deve tener conto dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento e perciò compiere una valutazione soggettiva che dovrebbe essere soltanto del debitore cui sia richiesto il

¹³⁰ Ripercorrendo l'*iter* già seguito dalla Corte costituzionale che in altra occasione ha desunto «l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie» (cfr. CORTE COST., n.3 febbraio1994, in *Giur. cost.*, 1994, 136), la Cassazione, alla luce del principio di solidarietà «in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.)», mette in rilievo la funzionalizzazione del rapporto obbligatorio «alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato».

Non si può ritenere che la legge pattizia sia svincolata dal dovere di correttezza come «limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita».

Il potere di riduzione ad equità della penale si innesta in questo solco e, pertanto, va esercitato anche *ex officio* indipendentemente dalla domanda del debitore. Esso, infatti, costituisce un «potere-dovere, attribuito al giudice per la realizzazione di interesse oggettivo dell'ordinamento».

Occorrerebbe, inoltre, considerare come la funzione della penale sia eminentemente sanzionatoria ricorrendo, a maggior ragione, qui, «l'esigenza (che si radica nel cuore della "giustizia del caso concreto", che il giudice è chiamato ad assicurare) di garantire l'adeguatezza e proporzione della sanzione all'illecito che essa è destinata a prevenire o reprimere».

¹³¹ Così TRAVAGLINO, *Clausola penale manifestamente eccessiva e potere di riduzione d'ufficio*, in *Corr. merito*, 2005, 11, 1171, il quale, peraltro giudica il ragionamento della Corte un mero sofismo. La Cassazione, infatti, parte dall'assunto secondo il quale, statuendo l'art. 112 c.p.c., che il giudice non può rilevare d'ufficio le eccezioni che siano opponibili soltanto dalle parti, e non parlando l'art. 1384 c.c. di eccezione su domanda di parte, se ne dovrebbe inferire che l'eccessività della penale sia un'eccezione rilevabile d'ufficio. In vero, l'A. sottolinea come, pur non essendo espressamente richiesta la rilevazione di parte dell'eccezione di adempimento del terzo (art. 1180), della prestazione in luogo dell'adempimento (art. 1197), della novazione oggettiva (art. 1230), della remissione del debito (art. 1236) ecc., «nessuno dubita della nefandezza di una sentenza che condanni il debitore a pagare somme enormi pur in presenza di un atto di remissione e *latere creditoris* che si staglia con nitore sulla scena del processo»

pagamento della penale e non già del giudice che non è chiamato (né può) investigare del profilo soggettivo¹³².

In altri termini, «la costituzionalizzazione del diritto privato non può condurre a “pubblicizzare” il contratto»¹³³

Probabilmente, comunque, alla base della *querelle* innescata dal *decisum* della Suprema Corte, non sta tanto la questione della riducibilità d'ufficio della penale che, per certi versi, appare pur condivisibile (nei termini di cui si dirà), quanto gli argomenti posti a fondamento della conclusione che, attingendo al terreno dei principi generali in materia di contratto, paiono pericolosamente mettere in crisi un sistema di valori sui quali sembra reggersi l'intero ordinamento civile di matrice liberale.

2.3 Il problema generale della “discrezionalità” giudiziale e dei relativi limiti: la sentenza costitutiva ex art. 2932 e l'intervento nel diritto di famiglia.

Che, in effetti, la riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, meritasse una possibilità di analisi da parte della scienza giuridica italiana, è stata, già prima dell'intervento delle Sezioni unite, questione positivamente risolta, considerando

¹³² «L'intervento giudiziale non può spingersi a tal punto, pur nell'onorabile tentativo di dare giustizia, cercando di superare le preclusioni processuali mediante soluzioni che mettono a repentaglio la libertà contrattuale» *ibidem*

¹³³ E d'altra parte occorre osservare come il principio del contraddittorio, ex art 101 c.p.c., oramai assunto a valore costituzionale, ex art 111 Cost, pretende una non ingerenza del giudice. Solo l'uguaglianza delle parti nel processo, che già formalmente il giudice deve assicurare, garantisce l'imparzialità del magistrato. Un'estensione del suo intervento, invece, mette in crisi questo risultato trovandosi, il creditore, a dovere far fronte, innanzi all'inerzia del suo naturale contraddittore, al più forte e novello contraddittore che è il giudice senza peraltro potersi avvalere di quei fatti che pur avrebbe allegato in giudizio e di cui non può più disporre, pur essendo cambiato il contraddittore. Queste ultime osservazioni, tuttavia, vanno riviste alla luce della riforma (ad opera della legge 69/2009) dell'art. 101 c.p.c. in virtù della quale «se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione». Sotto questo profilo, pertanto, parrebbe recuperato il contraddittorio.

che la stessa decisione del 2005 ha inteso recepire l'orientamento già espresso nel '99 dalla stessa Corte e nuovamente respinto nei pronunciamenti successivi.

Quel che nelle prossime pagine si intende sottolineare è che, per lungo tempo, la dottrina e la giurisprudenza si sono arroccate su posizioni forse anche troppo intransigenti, fondate su principi la cui esistenza è apparsa, poi, indimostrata.

In questo senso, appare necessaria (come poi si è verificato) un'evoluzione interpretativa in grado di superare la dogmatica esasperata.

E, pur tuttavia, non può non considerarsi, in una tale operazione ermeneutica, la ricorrenza di principi, nel nostro ordinamento, che appaiono effettivamente irrinunciabili e che trovano, peraltro, un loro addentellato normativo nella Costituzione.

In altri termini l'evoluzione del pensiero giuridico – sempre auspicata quando si tratti di vincere resistenze ingiustificate – non può spingersi al punto tale da superare anche quelle direttive di sistema che appaiano, oltretutto, assolutamente attuali.

Fra queste, senz'altro occupa uno spazio privilegiato quella che, nel guidare l'interprete, riflette il principio della libertà di autodeterminazione, anche in materia contrattuale.

In una simile prospettiva, allora, conviene tentare di tracciare il solco fra quelle tendenze ermeneutiche – per così dire – necessarie, alla luce della evoluzione della realtà economico-sociale, e quelle che, sulla scia di una generalizzante esigenza di ammodernamento, si spingono troppo in là, tradendo principi che sembrano coesenziali al nostro sistema.

Se si intende, pertanto, cominciare dall'analisi di quell'intransigenza che sempre più appare ingiustificata, alla luce dell'evoluzione economico-sociale, può osservarsi come la assoluta esclusione di un intervento riduttivo del giudice (aldilà di una sollecitazione di parte), agli esordi del codice del '42, è sembrato più che il risultato di

una ponderata e matura riflessione giuridica sul ruolo del giudice - alla luce del principio dell'autonomia privata - un'exasperata (e probabilmente fisiologica) dichiarazione "politica" del giurista liberale, contro il rischio di una nuova involuzione autoritaria dello Stato pre - illuminista.

E' questa, d'altra parte, una questione che si è posta con riferimento a tutto il diritto privato a partire dal *code napoleon*.

Non è un caso, ad esempio, che pur non rinvenendosi nel codice civile una norma in tal senso, sia stata a lungo sostenuta l'inammissibilità di una proprietà temporanea e, ancora, di uno spazio riservato all'autonomia privata in punto di diritti reali.

Ciò, alla luce del principio di tipicità dei diritti reali, a lungo considerato un dogma del diritto privato e ancora in grado di resistere alle numerose obiezioni sollevate dalla dottrina e corroborate da alcuni interventi normativi.

Con riferimento al principio di perpetuità, tuttavia, è stato osservato come lo stesso si fondi significativamente su argomenti di ordine eminentemente sociologico ed economico, più che giuridico¹³⁴.

Il principio di tipicità (e di perpetuità)¹³⁵ sembra cavalcare, piuttosto, l'onda della rivoluzione culturale illuminista¹³⁶; la proprietà post-rivoluzionaria diventa, infatti, una

¹³⁴ A lungo è stata negata l'ammissibilità di una proprietà temporanea dovendosi ritenere tale «quella che risulta accompagnata da una limitazione di tempo aggiunta, predeterminata e inerente al diritto» secondo la definizione dell'ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, Palermo, 1930, 76

¹³⁵ Il principio di *perpetuitas* costituirebbe limite inderogabile dall'autonomia privata che non potrebbe stravolgere lo schema di proprietà così come tipizzato dal legislatore.

A ben vedere, però, il concetto di *perpetuitas* non compare nella lettera della legge.

Aldilà delle pur raffinate e convincenti argomentazioni di ordine tecnico che sono state per lungo tempo addotte dalla più autorevole dottrina in proposito. V. ad esempio, DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1957, 132 per il quale una signoria destinata preventivamente a cessare è effimera e contrasta con la pienezza di potere riconosciuta al *dominus*.

Inoltre, sottolinea POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, 1999, Giappichelli, 44. Come « non sono opponibili ai terzi quegli effetti che comprimono il diritto di proprietà in una misura non prevista dalla legge » onde anche per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di un diritto reale, vige il principio per il quale il contratto ha effetto solo fra le parti ex art 1372 cod.civ., per cui sono inopponibili ai terzi gli

garanzia di libertà e può adempiere con efficacia a questo ruolo solo se il diritto è riconosciuto in perpetuo.

Ma ciò non può che confermare come la perpetuità debba essere solo un carattere tendenziale del diritto, a garanzia del singolo dal potere dello Stato.

Essa non può, invece, trasformarsi in un carattere implicito ed intrinseco del diritto¹³⁷.

Non si può, d'altro canto, sulla scorta dell'affermazione secondo la quale l'uso temporaneo svislaccia l'interesse del proprietario¹³⁸, arrivare ad ammettere che la

effetti dedotti dalle parti in contratto che alterino la struttura ed il contenuto del diritto come previsto dalla legge.

¹³⁶ In proposito, v. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1936, 10. Secondo HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 1974, p.95 il valore della proprietà libera ha segnato la liberazione dei rapporti tra privati da oneri di ceto o di stato.

¹³⁷ Non può, in altre parole, impedire che sia lo stesso proprietario a comprimerne la durata apponendo un termine al relativo godimento nell'esercizio delle proprie facoltà.

¹³⁸ Sul punto, ad esempio, osserva CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Cedam, 1963, che i limiti crescenti imposti alla proprietà, tendono a garantire la massima produttività del bene ed hanno dunque un fine tutt'altro che disincentivante in termini economici.

Osserva, inoltre, ALLARA, *La proprietà temporanea*, cit., 80 come nell'espressione *proprietà temporanea* si anniderebbe una *contradictio in adiecto* poiché la limitazione del diritto di proprietà, per effetto di un termine, è tale da propendere che ne resti pregiudicata l'esistenza stessa del diritto.

Non mancano poi le ricostruzioni che seguono il filone individualistico e liberista del XIX secolo come quella che ripropone l'interpretazione del Proudhon per cui più la proprietà è sicura, personale, ereditaria, più l'individuo è spinto a migliorare ciò che possiede.

In senso contrario osserva DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Esi, 1979, 21 che « Nelle formulazioni dottrinali il carattere della perpetuità è inoltre ricorrente e questo induce a valutarle non come sintesi della normativa vigente ma come il tentativo di correggere la definizione legale contenuta nell'art. 832 c.c.. che contempla solo i caratteri della pienezza ed esclusività». L' A., inoltre, sottolinea come dalle fonti di diritto comune si evinca che « il tratto saliente della proprietà è il godimento dei servizi che il bene rende o è idoneo a rendere se convenientemente impiegato, mentre l'appartenenza della cosa e il potere di disposizione hanno rilevanza secondaria ».

D'altra parte, la connessione fra esclusività e produttività appare più dichiarata che provata. Risulta utile, in tal senso, l'analisi comparativistica di MOCCIA, *Il modello inglese di «proprietà»* in AA. VV. *Diritto privato comparato*, 2005, Bari, 40 il quale sottolinea come « ...il connotato dell'esclusività si stempera in ragione del moltiplicarsi di singoli rapporti di utilizzazione di una medesima *res* da parte di più soggetti; con il conseguente sbiadirsi della distinzione tra *dominium* e *iura in re*, che porta a relativizzare, fino ad una certa soglia di indifferenza, la situazione di titolarità formale (assoluta), rispetto alla effettività del godimento delle utilità della cosa e connessa apparenza di titolarità dei diritti corrispondenti». V., inoltre PUGLIESE, «Property», in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, 1990, il quale in un'analisi comparativistica sostiene che « *property* non ha il senso giuridico, in cui in Italia e nei sistemi civilistici è inteso il termine «proprietà», bensì un senso più ampio e sfumato. Esso può riferirsi, al limite, al dominio esclusivo di un soggetto su una cosa, ma per lo più indica diritti meno intensi e non tali da escludere di necessità altri dalla cosa »

perpetuità sia un carattere del diritto indisponibile al proprietario stesso, quando è proprio nel suo interesse che essa dovrebbe operare¹³⁹.

In coerenza col principio della libertà e dell'autodeterminazione dei privati (principio che – almeno tendenzialmente – dovrebbe ritenersi, a ben vedere, inderogabile), invece, è stata da sempre sostenuta l'assoluta intangibilità, da parte del sindacato giurisdizionale, dell'autonomia privata, almeno in termini di modificazione del contenuto contrattuale predisposto dalle parti.

Il giudice, *bouche de la loi*, non avrebbe, cioè, alcun potere di incidere sulle pattuizioni private, né potrebbe diventare autore di un precetto che non discenda direttamente dalla legge o dal contratto, che costituisce la legge dei privati.

Se, ad esempio, l'art. 2932 c.c. consente al giudice di adottare una sentenza sostitutiva del consenso non prestato da una delle parti, infedele agli obblighi che discendono dal preliminare, ciò fa sul presupposto che, col contratto preliminare, i privati abbiano già predisposto l'assetto di interessi finale che intendono realizzare mediante il definitivo.

Il magistrato, pertanto, non si sostituisce alle parti nella predisposizione del contenuto contrattuale, limitandosi soltanto a sostituire, con la sentenza, quella volontà non manifestata, ma pur sempre fungibile, perché vincolata nell'*an* e nel *quid*.

¹³⁹ L'inviolabilità del diritto di proprietà che lo rende indisponibile allo stesso titolare è solo una proclamazione enfatica che garantisce il singolo da interventi eteronomi senza impedirgli discipline autonome.

E, d'altra parte, non è un caso che le argomentazioni più elaborate in materia, poggiando su di un principio di dubbio fondamento – almeno nella sua forma più esasperata - non siano uscite indenni dal confronto con le obiezioni che, altrettanto autorevolmente, sono state mosse contro il dogma della perpetuità. In proposito, v., per tutti, DI PRISCO, cit., *passim*, il quale, affrontando in successione gran parte degli argomenti posti a sostegno del principio di perpetuità, ne dimostra il possibile superamento e, infine, osserva come la posizione dei terzi che potrebbero subire pregiudizio dal venir meno del titolo (per effetto del termine) in capo al loro dante causa, a ben vedere, appare sufficientemente tutelata dal sistema di pubblicità dal momento che l'esistenza di un termine apposto al diritto dovrà essere menzionata nella nota di trascrizione ex art. 2659 co. 2 cod.civ. A questo punto il terzo che dovesse acquistare diritti su di un bene dal proprietario a termine finale, sarà senz'altro edotto della precarietà del suo titolo e l'eventuale espropriazione non sarà di certo inaspettata.

Oggetto del preliminare non è, infatti, la prestazione del consenso definitivo. In tal caso ne nascerebbe un generico obbligo di contrattare.

Il preliminare, piuttosto, «ha natura di un contratto di per sé già completo e perciò eseguibile attraverso la sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.* (nell'eventualità di un rifiuto a prestare il consenso definitivo da parte di uno dei contraenti)». Pertanto «non potrà che concludersi nel senso che il contenuto del definitivo deve già essere definito nel regolamento preliminare, cosicché i requisiti del primo sono perfettamente omogenei a quelli del secondo e così il sindacato del giudice in punto di validità dell'atto»¹⁴⁰

Può sostenersi, quindi che non risulta dal preliminare alcuna promessa di volere, ma piuttosto la «volontà dell'effetto, che non ha bisogno di alcuna ulteriore volizione per il suo costituirsi»¹⁴¹

Tutto ciò spiega l'ammissibilità di un intervento del giudice che, in fondo, non crea un nuovo precetto negoziale, limitandosi ad operare una ricognizione del contenuto del contratto preliminare, trasfondendola poi nella sentenza a natura costitutiva.

La dottrina - forse anche più sensibile al tema dell'autonomia privata di quanto lo sia stato generalmente la giurisprudenza - ha da sempre avvertito la necessità di limitare il potere di intervento del giudice, ancorandolo, pur quando sia la legge a prevederlo, a parametri oggettivi ed esterni alla valutazione del magistrato.

¹⁴⁰ In tal senso sia consentito il rinvio a GALASSO, *L'oggetto della multiproprietà e la disciplina del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, 1, 2222, il quale, peraltro sottolinea come «la funzione del preliminare non è tanto quella di creare un vincolo generico in attesa di ulteriori verifiche che possano meglio specificare il contenuto del contratto, quanto piuttosto quella di definire un regolamento già completo, ma non ancora operativo dal punto di vista degli effetti. Può essere ad esempio conveniente un vincolo preliminare, per evitare di innescare una complessa procedura di risoluzione per inadempimento del contratto definitivo semplicemente rifiutando di addivenire al esso o eccependo l'inadempimento nel corso del giudizio *ex art. 2932 c.c.*»

¹⁴¹ Cfr. GAZZONI, *Il contratto preliminare* in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di Bessone, XIII, t. 2, Giappichelli, 2000, 20

Il settore in cui maggiormente pare accettata l'ingerenza giudiziale nella sfera dei privati, concedendo, il legislatore al magistrato, un'ampia discrezionalità nell'adozione dei provvedimenti che in concreto appaiano più idonei a realizzare gli interessi prioritari coinvolti¹⁴², è il diritto di famiglia. E non si tratta di una pura casualità. La natura quasi pubblicistica della materia familiare e l'indisponibilità degli interessi che ne risultano coinvolti, giustifica evidentemente quel sindacato pregnante del magistrato, arbitro terzo e imparziale che – almeno in linea teorica – più opportunamente può valutare le condizioni del caso concreto per assicurare la migliore tutela.

E, tuttavia, anche in questo campo, la dottrina più sensibile al problema di definire delle linee di contenimento della discrezionalità giudiziale, si è ben vista dal riconoscere al giudice un potere incondizionato.

Anche quando la formulazione vaga delle norme attributive di un chiaro potere di ingerenza non consenta, *ictu oculi*, di individuare limiti precisi all'esercizio dell'intervento del giudice – come talvolta accade in questo settore - la tendenza è comunque nel senso di qualificare tale potere come (in senso tecnico) “discrezionale”, al fine di circoscriverne prudentemente l'ambito di operatività.

La discrezionalità, infatti, per natura, non rappresenta un potere libero nei fini, ma anzi un'opzione di scelta fra più soluzioni purché idonee a raggiungere un risultato individuato dalla legge.

Ciò spiega, in particolare, il costante rinvio al principio della migliore realizzazione e cura dell'interesse della prole che rappresenta il criterio cui il giudice, nell'adozione dei provvedimenti conseguenti alla crisi familiare, deve ispirare l'esercizio del suo potere discrezionale.

¹⁴² La prevalenza, in materia, dei profili esistenziali (per loro natura rifuggenti da ogni definizione), rispetto ai quali gli assetti patrimoniali svolgono una funzione eminentemente servente, rende, in particolare, questi ultimi refrattari a qualsiasi rigida schematizzazione.

Pertanto, pur essendo certa l'esistenza di un potere di ingerenza del giudice nella sfera giuridica dei privati, «quasi-normativo» in quanto svincolato da rigidi parametri, la dottrina, a ragione, si adoperava per rinvenire nell'ordinamento la *ratio* effettiva di questa possibilità di intervento e, con essa, i limiti invalicabili dalla discrezionalità giudiziale, ad esempio in tema di assegnazione della casa familiare¹⁴³ e di mantenimento dei figli¹⁴⁴.

Così, ad esempio, è stato ritenuto che l'assegnazione giudiziale della casa familiare possa essere ordinata soltanto in funzione dell'interesse dei figli (sebbene di essa si debba tener conto nella regolazione dei rapporti patrimoniali fra i coniugi)¹⁴⁵.

Si sottolinea, al riguardo, come il giudice non possa, nel pur riconosciuto esercizio del potere di determinare gli assetti patrimoniali fra i coniugi nella crisi familiare, spingersi al punto da incidere sul diritto di proprietà di uno dei coniugi, spogliandolo della casa familiare per assegnarla in funzione di mantenimento all'altro¹⁴⁶.

¹⁴³ In tal senso occorre individuare l'interesse tutelato dalla norma e verificarne la ricorrenza nel caso concreto, ai fini dell'effettiva applicazione. Sotto il profilo degli interessi rilevanti ai fini dell'assegnazione, alla luce della riforma di cui alla legge 54 del 2006, basti qui rinviare, anche per gli opportuni ulteriori riferimenti, a E.QUADRI, *Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell'affidamento*, in questa *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 10, 1163, nonché NAPOLITANO, *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio*, Giappichelli, 2006, 215 ss. e CUBEDDU *L'assegnazione della casa familiare, in Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di Ferrando, I, Zanichelli, 2007, 843 ss.

¹⁴⁴ Per un approfondimento della questione, di recente esaminata, si rinvia a GALASSO, *Incrementi prevedibili ed eccezionali nella determinazione dell'assegno in favore dei figli e discrezionalità del giudice nella previsione del mantenimento mediante assegno*, in *Giur. it.*, 2012, 12, 2527 ss., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

¹⁴⁵ Ciò secondo l'indirizzo risultato dominante (e sostanzialmente avallato dal legislatore col nuovo art. 155 *quater* c.c.). Cfr., in tal senso, CASS., 24 febbraio 2006, n. 4203, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Separazione di coniugi», n. 139; CASS., 1 dicembre 2004, n. 22500, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Matrimonio», n. 133; CASS., 9 settembre 2002, n. 13065, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Separazione di coniugi», n. 76; CASS., 1 luglio 1987, n. 5750, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Matrimonio», n. 178; CASS., 28 gennaio 1986, n. 549, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Separazione di coniugi», n. 77; CASS., SEZ. UN, 23 aprile 1982, n. 2494 in *Foro it.*, 1982, I, 1895.

Diversamente, e quindi nel senso dell'ammissibilità di un'assegnazione giudiziale funzionalizzata esclusivamente alla regolazione dei rapporti patrimoniali fra i coniugi, v., peraltro, CASS., 11 aprile 2000, n. 4558, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Separazione di coniugi», n. 73, secondo la quale se in presenza di prole l'assegnazione spetta di preferenza al coniuge affidatario, in assenza di figli essa può essere utilizzata come strumento per realizzare il diritto al mantenimento ove ricorra la domanda di parte, nonché: CASS., 7 luglio 1997, n. 6106, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce «Separazione di coniugi», n. 87; CASS., 20.2.1984, n. 1198, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Separazione di coniugi», n. 40; CASS., 14 febbraio 1986, n. 878, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Separazione di coniugi», n. 58

¹⁴⁶ Per approfondimenti, sia consentito rinviare a GALASSO, *Questioni attuali in tema di assegnazione consensuale della casa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 11, 1160. Una simile ingerenza è ritenuta ammissibile, solo nella misura in cui valga a realizzare il superiore e non sacrificabile interesse della prole a conservare il proprio habitat di vita, limitando in qualche modo i già traumatici effetti della crisi fra i genitori.

D'altra parte è proprio l'interesse della prole a giustificare l'applicabilità delle regole in tema di opponibilità del diritto dell'assegnatario ai terzi acquirenti dell'immobile destinato a casa familiare. Non altrettanto potrebbe dirsi con riferimento all'assegnazione consensuale in carenza di prole. Infatti, «in una siffatta evenienza, risulterà inapplicabile la normativa specifica in materia (cioè il previgente art. 155, co. 4, c.c. e, ora, l'art. 155 *quater*), in quanto, non essendo una simile assegnazione funzionale alla tutela della prole, verrebbero meno le ragioni giustificative del peculiare regime di opponibilità della stessa ai terzi acquirenti»¹⁴⁷

Così, in tema di mantenimento dei figli. Al giudice sembra qui riconosciuto un ampio potere discrezionale nel disporre la contribuzione mediante assegno o, piuttosto, nella forma diretta. La ragione di un sindacato tanto ampio è da rinvenire nell'impossibilità di determinare rigidamente (e in via legislativa) gli strumenti che possano in concreto meglio realizzare l'interesse del figlio. Pertanto, appare più prudente rimettere alla discrezionalità del giudice la valutazione, caso per caso, delle circostanze concrete alla luce delle quali adottare i provvedimenti nella crisi familiare. Ciò, però, non equivale a conferire al giudice un potere incondizionato, dal momento che è proprio nell'interesse del figlio che il magistrato si vede attribuita una così ampia discrezionalità

¹⁴⁷ Né potrebbero applicarsi le regole in tema di locazione in quanto non «sarebbe ammissibile un'applicazione analogica delle stesse per la disomogeneità degli interessi rilevanti nella locazione e di quelli che l'assegnazione consensuale in carenza di prole è finalizzata a soddisfare considerando che quest'ultima costituirebbe soltanto un'attribuzione sostitutiva, anche solo parzialmente, della prestazione pecuniaria rappresentata dall'assegno di mantenimento. L'opponibilità del diritto personale di godimento al terzo acquirente risulterebbe, dunque, eccessiva, come forma di tutela, rispetto all'interesse che l'assegnazione consensuale intende realizzare e che potrebbe infine risultare soddisfatto anche attraverso una prestazione pecuniaria». Ed infatti, «l'unico strumento per rendere opponibile l'assegnazione ai terzi acquirenti, non può che essere la sua realizzazione attraverso la costituzione di un diritto reale di godimento». «Perciò, soltanto nel caso in cui l'assegnazione si concretizzi attraverso la costituzione, a favore del coniuge assegnatario, di un diritto di abitazione o di usufrutto, debitamente trascritto, tale diritto, in quanto reale, sarà opponibile al terzo acquirente, a prescindere dalla sua volontà». Così, GALASSO, *Questioni attuali in tema di assegnazione consensuale della casa familiare*, 1164.

e, pertanto, il relativo esercizio appare legittimo nella misura in cui la scelta sia motivatamente volta alla più ampia tutela degli interessi esistenziali in gioco¹⁴⁸.

Queste considerazioni hanno lo scopo precipuo di sottolineare il forte scetticismo, giustamente avvertito in dottrina, circa un generalizzato intervento del giudice sulla sfera dei privati, dovendo il suo magistero arrestarsi, normalmente, alla tutela ed esecuzione del precetto imposto dalla legge e, quand'anche sia la stessa a riconoscergli un certo margine di discrezionalità, i relativi confini sono segnati dalla realizzazione degli interessi che solo la fonte normativa può individuare e che costituiscono, da un lato, la causa giustificativa dell'attribuzione del potere, dall'altra, evidentemente, il suo limite esterno.

2.4 Autonomia collettiva e sindacato del giudice: il giudizio di validità delle delibere in contrasto con lo scopo comune.

Al di fuori del diritto di famiglia (e di quegli altri settori in cui vengono in rilievo istanze, almeno in senso lato, pubblicistiche) al giudice non pare attribuita la medesima (e pur limitata) competenza.. Al magistrato, cioè, non sembra riconosciuto un generalizzato potere di esprimersi nel merito degli atti di autonomia privata.

¹⁴⁸ Per cui, considerando che il mantenimento diretto, dopo la riforma operata dalla legge 54/2006, è da intendersi come criterio preferenziale, perché maggiormente idoneo a garantire la continuità dei rapporti parentali, attenuando gli esiti traumatici della separazione, la corresponsione dell'assegno per il mantenimento indiretto potrà essere disposta soltanto nel caso in cui tale forma di contribuzione consenta in concreto la migliore realizzazione dell'interesse morale del figlio, dovendo, peraltro, il magistrato congruamente motivare il proprio discostamento dalla regola.

Il suo magistero si limita al rilievo del vizio invalidante, ma difficilmente il suo intervento può spiegarsi in senso modificativo del contenuto negoziale predisposto dalle parti.

Anche nelle ipotesi in cui – apparentemente - il giudice sembra chiamato a valutare “l’opportunità” di un certo assetto di interessi, il suo intervento si arresta ad un mero controllo di legittimità delle determinazioni private.

E’ ciò che accade, ad esempio, con riferimento all’autonomia collettiva e, in special modo, a quella delle associazioni non riconosciute, la cui vita, peraltro, si fonda sugli accordi fra i membri¹⁴⁹ e, in questi termini, appare già svincolata da ogni potere di ingerenza dell’autorità amministrativa.

In particolare, relativamente alle delibere di esclusione del socio, ci si è chiesti se, a fronte dell’impugnativa, il magistrato possa addentrarsi nel merito delle stesse (e quindi esprimere un giudizio in termini di opportunità), oppure debba limitarsi ad un sindacato c.d. estrinseco, circa la congruità e completezza della motivazione che consenta, quantomeno, all’associato il diritto di difesa¹⁵⁰.

Va osservato, in proposito, che se è stato sostenuta, in giurisprudenza, l’illegittimità di delibere assunte a maggioranza in società, con lo scopo unico di danneggiare i soci di minoranza, ciò non è avvenuto sulla base della sussistenza di un sindacato di merito giudiziale in materia. Il giudice, infatti, non si sostituisce all’autonomia societaria nella valutazione circa l’opportunità della delibera (essendo peraltro rimessa soltanto ai soci la valutazione circa l’idoneità delle scelte assunte a realizzare l’interesse sociale), ma si limita a rilevare l’illegittimità della stessa perché assunta per la realizzazione di uno scopo diverso da quello sociale: poiché si «presuppone che il voto sia stato esercitato dalla maggioranza in danno di alcuni soci, al

¹⁴⁹ BASILE, voce «Associazioni» in *Enc. giur. Treccani*, 1988

¹⁵⁰ V. E. QUADRI, *Problemi di diritto privato*, Jovene, 2002, 17 ss

fine di conseguire obiettivi del tutto estranei all'interesse della società»¹⁵¹. In virtù, quindi, di un sindacato estrinseco che si limiti a prendere atto della contraddittorietà fra scopo comune e iniziativa, puramente emulativa, della maggioranza.

2.5 Sindacato del giudice e autonomia contrattuale: dal principio di intangibilità dell'accordo, all'intervento integrativo, alla luce delle clausole generali di buona fede ed equità. Necessità di una riconsiderazione dell'intervento come strumento di correzione delle asimmetrie soggettive

Va osservato come il discorso dei limiti all'intervento del giudice vada complicandosi nell'ambito dell'autonomia contrattuale.

Le questioni eminentemente patrimoniali sono senz'altro appannaggio dell'autonomia privata, anche alla luce del principio di libertà dell'iniziativa economica, definitivamente sancito dalla Carta costituzionale.

E, tuttavia, non si può ignorare come sia lo stesso codice civile, pur ispirato ai più nobili principi di libertà, a contenere clausole generali (quali quelle della buona fede e dell'equità, anche in punto di integrazione del contratto) che sembrano presupporre l'intervento del giudice, deputato a inverarne i principi nel caso concreto.

Uno spiraglio, in effetti, è andato lentamente aprendosi in tal senso, nell'interpretazione offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

¹⁵¹ CASS., 26 ottobre 1995, n. 11151 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 449 con nota di AMITRANO. Nel caso di specie la Corte ha sottolineato come a norma dell'art. 1375 c.c., il contratto deve essere eseguito secondo buona fede. Costituendo le delibere assembleari null'altro che atti esecutivi del contratto plurilaterale il quale trova la sua causa nel perseguimento di uno scopo comune, le stesse devono adeguarsi al disposto di cui all'art. 1375 c.c. e, pertanto, dovendo realizzare la causa della società non possono essere destinate alla realizzazione dell'interesse soltanto di alcuni soci in palese danno delle altre parti che vi abbiano aderito.

A tal proposito, è stato puntualmente osservato come risulti ammissibile, ed anzi necessaria, l'integrazione del contratto ad oggetto determinabile da parte del giudice, secondo equità¹⁵².

«E non pare al riguardo inappropriato il riferimento alla sentenza determinativa del giudice *ex art. 2908 c.c.* come strumento votato a questo scopo»¹⁵³.

A bene vedere, infatti, l'art. 1346 c.c. prescrive la determinabilità e non necessariamente la determinatezza dell'oggetto del contratto.

Ogni qual volta le parti individuano i criteri di massima per la successiva determinazione dell'oggetto, e non risulta che abbiano inteso riservare ad un loro futuro accordo tale operazione, opererebbe per via giudiziale l'equità integrativa di cui all'art. 1374 c.c.

Si ritiene, infatti, in dottrina, che le sentenze determinative rappresentino una *species* del più ampio *genus* di quelle costitutive richiamate dall'art. 2908 c.c. e che un modo di operare di questi provvedimenti sia proprio quello secondo equità, nei casi in cui la lacuna contrattuale non sia superabile attraverso l'integrazione *ex lege* o secondo gli usi¹⁵⁴.

La giudiziale determinazione dell'oggetto del contratto, non può essere infatti limitata al solo caso del terzo arbitratore di cui all'art. 1349 c.c. a meno di non svuotare di contenuto precettivo la norma che vuole valido il contratto con oggetto determinabile (art. 1346) e quella che rende operativo questo principio attraverso l'integrazione equitativa (art.1374)¹⁵⁵.

¹⁵² MONTESANO, voce «Obbligo a contrarre», in *Enc. Dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 519. Non osterebbe a tal riguardo il principio di tipicità delle sentenze costitutive *ex art. 2908 c.c.* poiché l'art. 1374 c.c., in tema di integrazione del contratto, rappresenta a ben vedere, un'ipotesi ricorrente di questo tipo di sentenze.

¹⁵³ V. in tal senso GALASSO, *L'oggetto*, cit., 63

¹⁵⁴ MONTESANO, cit., 519.

¹⁵⁵ MONTESANO, *ibidem*. Non osterebbe a tal riguardo il principio di tipicità delle sentenze costitutive *ex art. 2908 c.c.* poiché l'art. 1374 c.c., in tema di integrazione del contratto, rappresenta a ben vedere, un'ipotesi ricorrente di questo tipo di sentenze.

L'equità, come fonte di integrazione del contratto lacunoso, in mancanza di disposizione di legge puntuale e di usi normativi, si ritiene operare persino nel caso in cui le parti abbiano riservato ad ulteriori trattative la definizione di alcuni punti dell'accordo, quando emerga, già dal contratto stipulato, la volontà di impegnarsi e di attribuire all'incontro di volontà il valore di un vincolo giuridico¹⁵⁶: «la determinabilità comporta che in sede di formazione del consenso le parti abbiano detto quanto basta perché in sede di esecuzione nessuna scelta concernente l'oggetto sia rimessa all'arbitrio di una parte o anche a quello di entrambe che del pari coinciderebbe con un'attuale indeterminabilità»¹⁵⁷.

Con riferimento ai parametri cui si deve ispirare concretamente il giudizio di equità, è da sottolineare come essi non possano che rappresentare la puntualizzazione dei principi espressi dalla Costituzione, fra i quali quello di solidarietà, di uguaglianza e di legalità. Onde il giudice dovrà ispirarsi a criteri oggettivamente verificabili e non discriminatori¹⁵⁸.

Così, ad esempio, «quando il giudice fissa il “giusto prezzo” secondo equità, egli fissa il “prezzo di mercato” giacché anche secondo la coscienza sociale, di norma, un prezzo è equo quando un certo bene è abitualmente scambiato a quel valore o comunque ad un valore che si formi secondo le regole della domanda e dell'offerta potendo il prezzo di mercato anche risultare iniquo moralmente»¹⁵⁹.

Il giudice, per affermare la possibilità del proprio intervento «può riportarsi ai

¹⁵⁶ Come detto poc'anzi, comunque, il preliminare non pone alcun problema in termini di riserva in quanto deve contenere tutti gli elementi del definitivo, essendo di per sé già idoneo a produrre gli effetti soltanto temporalmente riconnessi al contratto definitivo o, in mancanza, alla sentenza *ex art. 2932 c.c.*

¹⁵⁷ VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Giuffrè, 1968, 232.

¹⁵⁸ GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, 1970, 295. E v. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1970, 205 e segg.

¹⁵⁹ FRANZONI, *Degli effetti del contratto in Il Codice Civile, Commentario, artt. 1374-1381*, a cura di Schlesinger, Giuffrè, 1999, 139.

criteri desumibili dalla pratica delle cose o dalla natura del contratto o da contratti in qualche modo collegati con quello di cui si tratta»¹⁶⁰.

Ma questi, a ben vedere, rappresentano soltanto i tentativi più timidi di dilatazione della sfera di ingerenza del giudice nell'autonomia contrattuale.

E' soprattutto con riferimento al concetto di buona fede, in effetti, che maggiormente si è assistito a notevoli aperture della dottrina e della giurisprudenza.

Tradizionalmente (e ancora oggi secondo taluni, in disaccordo col nuovo *trend* giurisprudenziale, di cui si dirà di qui a breve) è stato ritenuto che la buona fede non costituisca una fonte di integrazione del contratto, quanto piuttosto un connotato proprio delle relative modalità esecutive.

Essa, cioè, non varrebbe ad introdurre una regola non prevista dalla pattuizione privata, ma semplicemente a concretizzare il precetto astratto trasfuso nell'accordo¹⁶¹.

¹⁶⁰ VITUCCI, cit., 233.

Per un precedente in giurisprudenza, CASS. 30 marzo 1967, n. 683 in *Giur. It.*, 1967, I, 1, 777. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che i contraenti avessero proceduto a sufficiente determinazione delle *res* dovute in permuta fissandole nelle quote del venti per cento delle costruzioni da erigersi che non risultavano stabilite in un progetto esecutivo. In altra circostanza CASS., 14 novembre 1959, n. 3374 in *Giust. Cin.*, 1960, I, 27, la Cassazione ha stabilito che «ai fini della determinazione dell'oggetto della compravendita, è sufficiente che l'oggetto medesimo sia determinabile con quei criteri che il contratto stesso o la pratica delle cose possono suggerire». Con un'altra pronuncia poi la Corte ha riconosciuto la valida conclusione di un contratto con il quale il committente ordinava una nuova serie di arpe ad un meccanico che ne aveva realizzato un prototipo e una piccola serie senza indicare né la quantità, né il prezzo, né il tempo della consegna, potendosi tali punti determinare attraverso il comportamento di buona fede cui sono tenuti tutti i contraenti. CASS., 20 maggio 1966, n. 1288, in *Foro padano*, 1968, 482, con nota di VITUCCI.

Nell'ipotesi in cui si ponga il problema di determinare il valore di una quota di multiproprietà, dedotta in contratto preliminare, senza indicazione di millesimi e solo con individuazione del turno di godimento, è stato osservato come «la vocazione turistica dell'edificio in multiproprietà, se non lo rende in sé omogeneo ad altre strutture (almeno in valore assoluto), sembra consentire comunque la determinazione del valore relativo delle singole quote, secondo i parametri del mercato non solo immobiliare, ma anche locatizio. Ben avrebbe potuto, insomma, lo stesso definitivo, difettare di una tale specificazione, potendo comunque soccorrere, in sede di tutela, la sentenza determinativa *ex art.* 2908 c.c. in via integrativa, secondo equità *ex art.* 1374 c.c., come detto poc'anzi. Dal momento, poi, che la sentenza *ex art.* 2932 c.c. è a tutti gli effetti costitutiva, in caso di rifiuto a contrarre il definitivo, la parte attrice non inadempiente al preliminare potrebbe, in sede giudiziale, ottenere, in una, la sentenza produttiva degli effetti del contratto non concluso e la sua stessa integrazione equitativa per il principio di economia dei mezzi giuridici». In tal senso v. GALASSO, *L'oggetto della multiproprietà e la disciplina del contratto* cit., 64

¹⁶¹ In proposito, cfr. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Esi, 1995, 135, secondo il quale «alla buona fede compete, in definitiva, la concretizzazione della regola astratta di comportamento secondo un giudizio di congruenza; e in questa funzione diviene filtro di valori che il singolo programma obbligatorio è destinato a recepire» dovendosi peraltro osservare come «la clausola generale in discorso non è essa

La buona fede, in altri termini, differentemente dall'equità, non costituirebbe fonte di ulteriori obblighi per il caso in cui il regolamento contrattuale sia lacunoso, ma imporrebbe, piuttosto, (nei limiti di un apprezzabile sacrificio) anche quel comportamento idoneo a preservare l'utilità dell'altra parte e che sia comunque logicamente strumentale alla realizzazione dell'interesse che il contratto – secondo la valutazione dei paciscenti – mira a realizzare¹⁶².

Orbene è chiaro che se la buona fede impone determinati obblighi (sia pur destinati a venire in rilievo in fase esecutiva¹⁶³, in quanto funzionali alla realizzazione dell'interesse sotteso all'accordo), la relativa violazione possa integrare un'ipotesi di inadempimento e, in questi termini, di responsabilità contrattuale, con la conseguente ammissibilità del rimedio risolutivo¹⁶⁴.

E' innegabile, tuttavia, come da anni sia andato progressivamente affermandosi un orientamento secondo il quale occorre riconoscere un valore maggiormente

stessa portatrice del fine (cioè, dell'interesse) meritevole di tutela, ma è chiamata a selezionare, nell'ambito del concreto regolamento dell'obbligazione, quegli interessi la cui soddisfazione si propone come strettamente coerente con l'operazione economica»

¹⁶² Cfr. RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Esi, 2001, 57, secondo il quale la buona fede svolgerebbe un ruolo integrativo soltanto nel senso che varrebbe ad individuare una serie di obblighi accessori che siano funzionali alla realizzazione degli interessi contrattuali, onde essa non costituirebbe altro che un connotato del momento esecutivo.

¹⁶³ Osserva PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1054, come «la clausola generale di buona fede oggettiva – connotata, come tutte le clausole generali, da un'intrinseca vaghezza di contenuto –, se riferita all'esecuzione dei contratti (art. 1375 c.c.), significhi lealtà e correttezza reciproca nei comportamenti dei contraenti, in attuazione e specificazione dei sovraordinati principi di solidarietà e di eguaglianza (artt. 2 e 3 cost.); se riferita all'interpretazione dei contratti (art. 1366 c.c.), renda possibile procedere ad una valutazione del regolamento contrattuale condotta proprio alla stregua dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, siano essi costituzionali, comunitari o internazionali, modellando il contenuto del regolamento stesso su determinazioni conformi a quei principi»

¹⁶⁴ Cfr. in proposito, CASS., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296. Secondo la Cassazione il principio di buona fede, *in executivis*, determina integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto.

E' pertanto contrario a buona fede il comportamento di un affittuario di azienda, il quale «aveva bloccato, a partire dal 1983, il prezzo di vendita in fabbrica delle bottiglie» di acqua minerale cui era commisurato il canone di locazione dell'azienda termale, «malgrado la sopravvenuta svalutazione monetaria e il correlato diritto del comune all'adeguamento del canone d'affitto rimasto, invece, fermo, ancorché il prezzo del prodotto fosse stato, nella fase di commercializzazione, corposamente aumentato dalle società distributrici, appartenenti allo stesso gruppo di cui faceva parte la società affittuaria»

In dottrina cfr. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 205 ss.

pregnante alle clausole generali di buona fede ed equità (da sempre presenti nel codice civile), di recente sottoposte ad una seria analisi critica e ad un'esegesi che ne ha sviscerato tutta la portata precettiva.

In effetti, l'orientamento espresso dalla Cassazione in occasione della questione relativa alla riducibilità d'ufficio della clausola penale, si innesta su di un nutrito dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha già investito, per lungo tempo, la questione delle fonti di integrazione del contratto, dell'operatività delle clausole generali anche in via non meramente suppletiva, ma finanche cogente e persino contro la volontà delle parti.

L'autorevole dottrina che si è abbondantemente diffusa sul punto – anche sottolineando la comunanza dei destinatari e dell'area di incidenza delle clausole generali di buona fede e correttezza – ha osservato come il «criterio di correttezza non rispecchia un generico sentire sociale, bensì le valutazioni espresse nella legge fondamentale dello Stato, come tali sopraordinate ad ogni altra, anche dal punto di vista formale (pure se ciò, evidentemente, non significa che vengono applicate direttamente le norme costituzionali). L'inderogabilità della normativa di correttezza da parte dei privati, allora non può essere messa in dubbio; e la stessa soluzione deve essere raggiunta nel caso di contrasto con norme dispositive, comunque derogabili dai privati e che, a maggior forza, devono cedere ad un opposto principio di diritto»¹⁶⁵.

L'inderogabilità di tali clausole ne chiarisce appunto la «funzione di limite all'autonomia privata» mentre, «precisandosi le direttive in base alle quali se ne determina il contenuto, da una parte si esclude la competenza dei privati in ordine a taluni profili della norma contrattuale, dall'altra si richiede che la norma contrattuale sia strutturata secondo linee determinate»¹⁶⁶.

¹⁶⁵ RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 180

¹⁶⁶ RODOTA', *ivi*, 182

In particolare, oggetto di riflessione è stata la questione relativa all'incidenza della violazione di suddette clausole generali sul contenuto del contratto con esse in contrasto¹⁶⁷.

Non è mancato chi non abbia considerato la possibilità di farne derivare un giudizio di invalidità del contratto e chi, ancora più audacemente, abbia ipotizzato l'ammissibilità di un adattamento del contratto alla luce dei principi violati e anche in contraddizione con la volontà delle parti¹⁶⁸.

Il cammino, in questo senso, è stato molto tortuoso.

Al centro del dibattito è stata, allora, la questione relativa alla possibilità di una sostituzione del contenuto contrattuale difforme dalla regola.

E' stato, in proposito, rilevato che un ostacolo, in tal senso, non può essere rinvenuto nella regola indimostrata secondo la quale la sostituzione opera quando esista la norma sostitutiva. «Così argomentando, infatti, si confonde la questione dell'integrazione *di diritto* (giusta l'espressione adoperata negli artt. 1339 e 1419), che ha il proprio fondamento nel richiamo alla legge dell'art. 1374, con la possibilità di un'integrazione *ope iudicis*, quale appunto è quella fondata sul criterio di correttezza»¹⁶⁹.

Tuttavia, è opportuno qui osservare come, in simili ipotesi, verrebbe in rilievo «l'ovvia attribuzione al giudice di siffatti poteri integrativi» e, sotto questo profilo, allora, si dovrebbe «escludere che in essi sia compreso anche quello di integrare la norma contrattuale al fine di metterla in condizione di realizzare direttamente finalità divergenti da quelle a cui l'operazione economica era stata rivolta».

¹⁶⁷ Si ricordi in proposito come secondo NICOLÒ, voce «Diritto civile», voce in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 912, la violazione di tali limiti generali possa comportare tanto «l'inidoneità dell'atto di autonomia privata a produrre effetti sul piano giuridico», quanto «conservazione dell'atto con la sostituzione del contenuto della norma a quella parte del contenuto dell'atto che ne sia difforme»

¹⁶⁸ Per una approfondita disamina della questione e per gli opportuni riferimenti bibliografici, alcuni dei quali vengono riportati anche in queste pagine, v. RINALDI, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, in www.fedoa.unina.it

¹⁶⁹ RODOTÀ', *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 182

Infatti «a questa soluzione negativa fa giungere la considerazione del tipo di garanzia costituzionale previsto per l'attività contrattuale privata, che può essere "indirizzata e coordinata a fini sociali" solo dalla legge: da ciò consegue che la valutazione e la determinazione dell'interesse sociale, in principio, sono di competenza del legislatore, e non del giudice»¹⁷⁰.

Queste riflessioni portano, dunque, ad una diversa conclusione. «Il ricorso al criterio di correttezza, in presenza di un conflitto tra i contraenti, comporta una scelta tra le soluzioni possibili in base ad un giudizio di opportunità sociale» mentre «non sembra che il ricorso a criteri di valutazione sociale possa essere utilizzato al fine di introdurre nel contratto determinazioni contrastanti con gli interessi delle parti, e volte unicamente a realizzare finalità proprie della collettività»¹⁷¹

In una simile prospettiva «non si tratta di contrapporre la logica dei contraenti a quella della collettività, legislativamente individuata, bensì di scegliere, tra le soluzioni possibili, quella socialmente più desiderabile»¹⁷².

In questi termini, allora, sembrerebbe che le clausole generali possano al più determinare l'invalidità di parte del (o dell'intero) regolamento che si ponga con esse in contrasto, poiché esprimono regole inderogabili dall'autonomia privata. Non potrebbero, però, imporre ai privati un regolamento diverso da quello autonomamente predisposto.

In questo complesso quadro si inserisce, allora, il discorso attinente alla rilevanza dello squilibrio oggettivo nel contratto.

¹⁷⁰ *Ibidem*

¹⁷¹ «Quella possibilità di modificare il regolamento contrattuale nell'interesse della collettività potrebbe essere riconosciuta in base ad un criterio diverso, quello del cosiddetto ordine pubblico economico, risultante dal complesso delle norme di programmazione e di controllo dell'attività economica. Ma, in tal caso, il giudice porrebbe a fondamento della propria decisione indicazioni già rese esplicite dal legislatore», *ibidem*.

¹⁷² RODOTÀ, *ivi*, 184

La buona fede, infatti, ha rappresentato – nei termini di cui si dirà – proprio uno dei criteri invocati per vincere la resistenza della dottrina più prudente, orientata nel senso di non attribuire una specifica rilevanza all’equilibrio economico (diversamente da quello giuridico) ai fini del giudizio di validità del contratto o di sue singole clausole.

Sotto quest’ultimo profilo, infatti, è stato tradizionalmente osservato come le parti siano i migliori giudici della convenienza dell’affare, onde risulterebbe del tutto spropositato un paternalistico intervento del giudice che volesse ricondurre ad equità ciò che ritiene iniquo, contro il giudizio espresso, in senso contrario, proprio dalle parti interessate dal regolamento contrattuale¹⁷³.

La stessa possibilità che la prestazione dedotta in obbligazione soddisfi un interesse anche non patrimoniale del creditore, *ex art. 1174, cod. civ.*, renderebbe inammissibile una valutazione del giudice sull’equilibrio fra le prestazioni.

Lo squilibrio, infatti, potrebbe essere soltanto apparente, considerando il valore che soggettivamente una parte abbia attribuito alla prestazione che riceve dall’altra¹⁷⁴.

Nei contratti commutativi, perciò, l’utilità può essere valutata anche in termini non strettamente economici.

In una compravendita, ad esempio, il prezzo pattuito può ben essere anche di gran lunga superiore al valore di mercato del bene, perché l’acquirente, per ragioni di ordine eminentemente personale e finanche affettive, attribuisce a quel bene un valore

¹⁷³ In generale, con riferimento ai limiti dell’intervento del giudice nelle pattuizioni private, osserva E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Giuffrè, 1973, 148 ss, come non « pare che, stante il preciso dettato delle norme in materia, pur alla luce delle disposizioni della Costituzione repubblicana (articoli 2, 3, 41 e 42 ss.), la quale ha dato corpo alle già da tempo urgenti istanze di socializzazione dell’attività economica, sia possibile in linea di principio, attraverso l’intervento del giudice, “imporre alle parti un assetto di interessi del tutto diverso da quello originariamente perseguito”» dovendosi, pertanto, escludere, ad esempio, un intervento *ex officio* nelle ipotesi di cui agli artt. 1432, 1450, 1467 c.c.

¹⁷⁴ Cfr., in proposito, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d’obbligazione*, Milano, 1953, p. 52 ss.; M. GIORGIANNI, *L’obbligazione*, Giuffrè, 1968, 58 ss; RESCIGNO, voce «Obbligazioni (nozioni)», in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 180 ss.; DI MAJO, *Obbligazioni e contratti*, Giuffè, 1978, p. 101; MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 295.

soggettivo, onde è disposto, per averlo, ad affrontare un consistente sacrificio economico di cui altri non si sobbarcherebbe.

Tuttavia, è pur sempre necessario effettuare una verifica in termini causali. Lo squilibrio oggettivo potrebbe essere sintomatico di una simulazione, volendo effettivamente le parti un diverso negozio a causa non sinallagmatica, o un contratto in frode alla legge¹⁷⁵.

Pertanto, la sproporzione – sebbene in via soltanto indiretta – supportata da altri indizi che devono ricorrere in concreto, potrebbe porre in rilievo una questione di giustificazione causale e, in questi termini, determinare la nullità del contratto¹⁷⁶.

In senso contrario, comunque, la dottrina più autorevole ha sottolineato come il principio causalistico non possa valere a legittimare un sindacato del giudice, in termini di validità del contratto, sulla congruità dello scambio¹⁷⁷.

Lo squilibrio delle prestazioni, darebbe luogo solamente alla rescissione per lesione, sempre che ne sussistano i presupposti.

E' da sottolineare, comunque, come si sia manifestata, in giurisprudenza, una tendenza ad analizzare la questione sotto una diversa prospettiva.

Più propriamente, è stato sottolineato come non rilevi lo squilibrio oggettivo in sé, ma solo come spia di uno squilibrio soggettivo fra i contraenti, tale da determinare

¹⁷⁵ Si veda in proposito, APP. NAPOLI, 21 dicembre 1989, n. 1934, in *Dir. Giur.*, 1990, p. 510 ss., con nota di LUBRANO, *Osservazioni in tema di negozio riproduttivo*, secondo la quale il prezzo irrisorio non giustificato da intento di liberalità equivale a mancanza di prezzo.

¹⁷⁶ CASS., 15 giugno 1999, n. 5917, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 135 ss., con nota di BALESTRIERI, *La preordinata volontà di non pagare il corrispettivo come causa di nullità della compravendita*.

¹⁷⁷ Cfr. BIANCA, *Il contratto*, cit., 489 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Indica Zatti*, Giuffrè, 2001, 383 ss.; DI MAJO, voce «Causa del negozio giuridico», in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988, 1 ss.; BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIII, t. 2, Utet, 1999, 11; ALPA, *La causa e il tipo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, *I contratti in genere*, a cura di Gabrielli, I, Utet, 1999, 511 ss.; BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 843.

Anche per CASS., 25 marzo 1996, n. 2635, in *Giur. it.*, 1997, 1, c. 476 ss., non sussiste indebito arricchimento quando lo squilibrio dipenda dalla volontà delle parti.

una pattuizione in cui pare evidente una sproporzione fra le prestazione, non giustificata da un interesse meritevole di tutela per l'ordinamento.

Anche aldilà dei presupposti per la rescissione, quindi (perché, ad esempio, non vi sia lesione *ultra dimidium*, né ricorrano le condizioni soggettive della relativa azione), sarebbe immaginabile un sindacato in termini di meritevolezza della causa, ad esito negativo, con conseguente nullità del contratto¹⁷⁸.

Una simile conclusione troverebbe, però, i suoi limiti nella relativa applicabilità ai soli contratti atipici¹⁷⁹, ai quali soltanto sembrerebbe riferirsi l'art. 1322 c.c.

Proprio per tali ragioni si è fatto, allora, riferimento ad un altro criterio.

La giustizia contrattuale potrebbe, in effetti, costituire un predicato della buona fede¹⁸⁰.

La buona fede rappresenterebbe una regola di ordine pubblico ed un limite agli atti di autonomia privata, onde dalla contrarietà ad essa potrebbe discendere persino l'invalidità della pattuizione¹⁸¹.

¹⁷⁸ Pretura Circondariale di Salerno, 23 febbraio 1993, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 261 ss., con nota di DI GIOVINE, *Controllo giudiziale della causa e congruità delle prestazioni contrattuali*. «La valutazione di meritevolezza dell'interesse perseguito è condizione ineliminabile perché il negozio atipico sia riconosciuto dall'ordinamento come produttivo di effetti giuridici: tanto che, ove quella valutazione si risolve negativamente, esso non avrà rilevanza sul piano giuridico e non sarà fonte di obbligazione per le parti»

¹⁷⁹ Nel senso che il sindacato di meritevolezza si estenda invece anche ai contratti tipici, v. PERLINGIERI *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. Dir. civ.*, 2000, 3, 553. Occorre considerare, poi, come aderendo a quella teoria della causa che rinviene nella stessa la funzione pratica, economico - individuale e non già economico- sociale, si supera l'appiattimento della causa sul tipo. Quindi è evidente come la rispondenza del negozio ad uno schema astratto non sia sufficiente a sottrarlo al giudizio di meritevolezza.

¹⁸⁰ BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, 524 ss.; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, 83 ss.

¹⁸¹ V. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1999, 26

In senso contrario, tuttavia, è stato sottolineato come la violazione della buona fede possa costituire soltanto fonte di risarcimento del danno e non già causa di invalidità della pattuizione. Cfr., in proposito, D'ANGELO, *La buona fede e giustizia contrattuale*, Giappichelli, 2005, p. 227 ss. che osserva come, aderendo ad una simile impostazione si finirebbe per attribuire alla clausola di buona fede una natura contraddittoria. Essa, infatti, da un lato dovrebbe assistere il momento di attuazione del rapporto e dall'altro, invece, dovrebbe contrastarla mediante la comminatoria di invalidità.

In contrasto con l'impostazione in parola sembrano essere anche ROPPO, *Il contratto*, cit., 497 e BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, cit., 849, per il quale l'unica conseguenza che può scaturire dalla violazione dell'obbligo di buona fede sarebbe il risarcimento del danno.

Quel che qui interessa, ad ogni modo, è sottolineare come la sproporzione oggettiva non potrebbe da sola integrare una violazione della buona fede.

Anzi, è lo stesso concetto di buona fede, anche oggettiva, a chiamare in causa regole di comportamento, poiché la stessa interpretazione e esecuzione secondo buona fede implica che alla pattuizione venga attribuito il significato che deve ritenersi ricorrente ponendosi nell'ottica di un contraente corretto e che, agli obblighi espressamente pattuiti, si affianchino quelli necessari, secondo un criterio di correttezza, a realizzare e salvaguardare l'interesse della controparte.

Pertanto, seppure la buona fede (e non secondo tutti) possa valere a rendere non giustiziabili le pretese che siano fondate su un regolamento in aperto contrasto con tale dovere (essendo quindi il contratto da ritenere quantomeno inefficace), essa presuppone l'inosservanza di regole comportamentali, sicché non può considerarsi violata ogni volta che ricorra uno squilibrio che non si accompagni ad un comportamento scorretto (quale può essere, ad esempio, l'approfittamento operato da uno dei paciscenti di una particolare condizione di asimmetria fra le parti contraenti)¹⁸²

¹⁸² Così GALLO, *Revisione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. priv.*, XVII, Utet, 1998, 441, 263: «Il contratto deve essere il più possibile equo e corretto, ma nel contempo libero. Ecco quindi che non deve ravvisarsi un contrasto tra buona fede ed autonomia privata. Buona fede significa soltanto che il contratto non può diventare lo strumento per imporre condizioni inique; ferma restando la piena libertà dei contraenti di perseguire i loro interessi individuali nel rispetto delle norme poste dall'ordinamento. Si tratta in altre parole soltanto di evitare possibili abusi, non certo di reprimere ed azzerare la libertà contrattuale». Di buona fede quale limite all'autonomia delle parti, volto a contrastare situazioni di abuso dell'un contraente rispetto all'altro, parla DI MAJO, *Nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, in *Dir e form*, 2002, 5 ss., precisando che «non è detto tuttavia che sempre siavi *abuso* ove le posizioni delle parti non siano equilibrate dal punto di vista normativo e meno che mai ove non sussista tra di esse adeguatezza economica». V., altresì, GALGANO, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1997, 895 ss.; VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1998, 1203 ss. Secondo RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 276 «l'abuso del diritto comincia là dove la condotta dell'obbligato, pretesa dal titolare del diritto, non sarebbe esigibile. La qualifica in termini di abuso serve a contrassegnare la pretesa del creditore che vada al di là dello sforzo di diligenza che può esigersi dal debitore. La dottrina dell'abuso diviene, così, il mezzo per attenuare l'asprezza del sistema in materia di responsabilità per inadempimento. La nostra legge accoglie infatti, come è noto, una concezione rigorosamente obbiettiva della responsabilità (art. 1218): dinanzi al fatto obbiettivo dell'inadempimento sembra esclusa ogni possibile indagine sullo sforzo di diligenza compiuto dal debitore. La nozione di abuso attenua il rigore del principio, fermando l'ambito e l'estensione della pretesa del creditore al limite dell'esigibilità della condotta del debitore».

2.6 La tutela avverso le asimmetrie soggettive. Il patto commissorio come accordo “preventivo” all’esigibilità della prestazione e “distorsivo” degli effetti del contratto: la *ratio* del divieto e le analogie con la clausola penale

Il fondamento e la portata di un istituto non possono essere adeguatamente motivati senza che all’interpretazione della relativa norma non si accompagni un confronto sistematico con le altre fattispecie dell’ordinamento che *ictu oculi* paiono condividerne taluni caratteri.

La riferibilità degli effetti della clausola penale al momento patologico del rapporto non consente di sorvolare sugli altri istituti la cui sede naturale pure pare essere quella dell’inadempimento e che, in particolare, si caratterizzano, come la penale, sotto due profili: la natura “preventiva” (rispetto all’inadempimento) della pattuizione; la funzione “distorsiva” degli effetti del contratto (e dell’inadempimento).

A voler procedere gradualmente, allora, e secondo un criterio di omogeneità discendente, si rende necessario, anzitutto, porre a confronto quelle fattispecie che, appartenendo allo stesso *genus*, abbiano in comune pure il maggior numero di elementi di specialità.

Se, quindi, come anticipato, la penale rientra nel *genus* dei negozi “distorsivi” degli effetti normali dell’inadempimento, può ulteriormente selezionarsi, fra gli istituti che vi appartengono, quelli che si caratterizzano per la circostanza che precedono (quanto al perfezionamento negoziale e non già ai relativi effetti) il momento dell’inadempimento stesso.

In altri termini, occorre rinvenire – ai fini del confronto – nell’ordinamento, innanzitutto le ipotesi qualificabili come pattuizioni “preventive” sugli effetti dell’inadempimento.

A tal proposito è innegabile che il patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c., rappresenti una convenzione, nel senso anzidetto, omogenea alla clausola penale¹⁸³.

L'articolo in parola, infatti, stabilisce che «è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore» chiarendo, poi, che «il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

Evidentemente, col patto commissorio, le parti predispongono, in via “preventiva” (al momento della stipulazione del rapporto principale e in aggiunta alla previsione di una garanzia reale), uno strumento di regolazione della fase patologica del rapporto.

L'accordo è dotato, in effetti, di una portata “distorsiva” dei normali effetti dell'inadempimento.

Il creditore, infatti, acquisisce (per la prima volta o definitivamente) la proprietà della *res* su cui grava il pegno o l'ipoteca non trovando, pertanto, applicazione la regola ordinaria, in virtù della quale la *res* oggetto di garanzia reale è comunque destinata alla procedura espropriativa, attribuendo, la causa legittima di prelazione, soltanto un titolo preferenziale rispetto agli altri creditori, nel soddisfacimento delle proprie ragioni, in deroga al principio della *par condicio*.

A tal proposito, allora, non sembra possibile sorvolare sui recenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di patto commissorio e sulle prospettate nuove chiavi di lettura delle norme codicistiche in materia. Ciò considerando come le soluzioni offerte per questa ipotesi potrebbero, eventualmente, trovare uno spazio applicativo anche a proposito della clausola *ex art.* 1382 c.c.

¹⁸³ Sul punto cfr. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Esi, 2000, 55 ss.

L'analisi dell'evoluzione ermeneutica sul divieto di cui all'art. 2744 c.c., in effetti, sembra consentire di riconsiderare, più consapevolmente, il fondamento del potere riduttivo, *ex officio*, del giudice e di discostarsi, eventualmente, dalle relative motivazioni adottate di recente dalla Suprema Corte.

In proposito, occorre ribadire come l'interpretazione dell'art. 2744 c.c., in tema di nullità del patto commissorio, ha vissuto alterne vicende, considerando che solo di recente la Suprema Corte, anche alla luce della teoria della causa in concreto, si è risolta ad allargare le maglie della norma, consentendo di considerare da essa regolate, anche talune pattuizioni non del tutto fedeli allo schema sanzionato dalla nullità, eppure tendenzialmente produttive degli stessi risultati finali.

La *ratio* del divieto del patto commissorio è stata a lungo rinvenuta nell'inammissibilità di un trasferimento con funzione di garanzia, nonché, nell'incompatibilità dello stesso col principio di tipicità dei diritti reali¹⁸⁴.

Con riferimento alla prima questione, tralattivamente si affermava l'astrattezza (e quindi l'inammissibilità) di un trasferimento con funzione di garanzia.

Il relativo negozio-mezzo, infatti, si sarebbe caratterizzato per un'eccedenza rispetto al fine¹⁸⁵.

¹⁸⁴Nel ricostruire l'evoluzione dottrinale sul punto, CIPRIANI, cit., 69 chiarisce come «si sostiene in proposito che la situazione che si verrebbe a trasferire non sarebbe un diritto di proprietà pieno, dato che la titolarità del diritto avrebbe una funzione meramente strumentale al fine (di garanzia) perseguito: quella trasferita sarebbe, pertanto, una situazione soggettiva instabile, avente natura fiduciaria, cosa inammissibile per il nostro ordinamento, stante il principio di tipicità dei diritti reali» sottolineando, poi, come dal principio di tipicità dei diritti reali si fa discendere quello di tipicità dei negozi che trasferiscono diritti reali, rinviando a SEGRÈ, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento in relazione alla riserva del dominio*, in *Ann. dir. comp. e Studi leg.*, II-III, 834 ss.; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Esi, 1978, 125; PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*, Giuffrè, 1951, 251

¹⁸⁵ Per una definizione in questo senso del negozio fiduciario, v. : FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 5a ed., Giuffrè, 1992, 57 ss; CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, cit., 23 ss; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, 8 a ed., Giuffrè, 1954, 67

Se il negozio traslativo vale a determinare il passaggio di un diritto da un soggetto ad un altro, alla funzione di garanzia è già sufficiente il sistema del pegno, dell'ipoteca, dei privilegi; insomma delle cause legittime di prelazione.

Da un lato, perciò, il trasferimento del bene appare ingiustificato¹⁸⁶; dall'altro la circostanza che l'ordinamento abbia predisposto garanzie tipiche non sarebbe una mera casualità.

Le cause legittime di prelazione, infatti, derogano al principio della *par condicio creditorum*.

Ciò già basterebbe a fondarne la eccezionalità. Va, in più, osservato come il legislatore comunque appresti una disciplina della fase espropriativa che sia in grado di tutelare, in ogni caso, la posizione degli altri creditori i quali, se non concorrono fino a soddisfazione del prelazionario, partecipano alla ripartizione di quanto residui dal ricavato della vendita¹⁸⁷.

Queste ultime obiezioni (che pur appaiono fondate) sono state, comunque, superate, anche alla luce di un ridimensionamento del principio della *par condicio*, ad opera della giurisprudenza¹⁸⁸ e dalla dottrina¹⁸⁹ più recenti.

Ciò, probabilmente, è dipeso anche da un nuovo approccio ermeneutico a quella che rappresenta la *ratio* del divieto.

¹⁸⁶ «Peraltro, l'idea dell'insufficienza della funzione di garanzia a giustificare causalmente la vicenda traslativa di un bene, non è rimasta sempre legata al negozio fiduciario, ma è stata anche sviluppata in altre direzioni. Segnatamente, si è rappresentata una più generale avversione dell'ordinamento verso i negozi che realizzano una garanzia attraverso una vicenda traslativa». In questo senso, CIPRIANI, cit., 67

¹⁸⁷ L'idea secondo la quale il divieto del patto commissorio si fonderebbe sulla necessità di tutelare le ragioni creditorie avverso gli atti che abbiano come effetto quello di sottrarre beni alla garanzia comune del credito, è stata sostenuta da: CARNELUTTI, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in nota a CASS., 16 aprile 1945, n. 259, in *Riv. dir. proc.*, 1946 ss.; MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1121 ss.; STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, 767 ss.; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, 1991, 213; ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. Scialoja Branca, artt. 2740-2899*, Zanichelli, 1945, 50

¹⁸⁸ Cfr., CORTE COST., 7 gennaio 2000, n. 1, in *Gazz. Uff.*, 12 gennaio 2000, n. 2; CORTE COST., 21 gennaio 2000, n. 14, *ivi*, 26 gennaio 2000, n. 4 con nota di PERSICO, *Linee di tendenza verso l'«affievolimento» del principio di eguaglianza tra i creditori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 616

¹⁸⁹ V., in proposito CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Giuffrè, 1983, 144 ss e SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 319

Va osservato che i creditori si vedrebbero, comunque, attribuito un rimedio specifico per il caso in cui venisse stipulata una convenzione di tal fatta. Sarebbe loro accordata l'azione revocatoria¹⁹⁰.

L'attenzione è stata, perciò, rivolta altrove e, in particolare, alla posizione del debitore. Il divieto del patto (sanzionato con la nullità), troverebbe il suo fondamento nell'esigenza di tutelare il debitore contro pattuizioni cui aderisce, anche a condizioni inique, per assicurarsi l'accesso al credito¹⁹¹.

L'iniquità della pattuizione starebbe, in particolare, in ciò che il debitore, in caso di inadempimento subirebbe la perdita del diritto di proprietà su un bene, piuttosto che la normale procedura espropriativa, che comunque gli assicura di recuperare, dopo la vendita del bene, la somma che residui a seguito del soddisfacimento del credito.

Assunta la tutela del debitore come fondamento del divieto, al centro del dibattito si è posto, allora, il problema di individuare gli schemi negoziali che, effettivamente, fossero in grado di incidere negativamente sulla sua libertà di autodeterminazione.

In passato, a tal riguardo, la tendenza dei giudici era nel senso di ritenere integrare un patto commissorio solo la convenzione che fosse, secondo lo schema descritto dalla norma, accessoria alla garanzia.

Inoltre, l'interpretazione letterale, per lungo tempo, conduceva a considerare valido il patto mediante il quale si convenisse il trasferimento immediato della proprietà

¹⁹⁰ In tal senso, osserva CIPRIANI, cit., 133 come pure la tutela della *par condicio creditorum* viene normalmente perseguita attraverso strumenti che, oltre a operare anch'essi su istanza di parte, e non per imperio dell'ordinamento, non incidono mai sulla validità degli atti dispositivi del patrimonio da parte del debitore, ma si limitano a provocarne l'inefficacia relativa, soluzione ben più appropriata perché fa salvi i casi nei quali non vi sia una concreta lesione degli interesse dei terzi creditori»

¹⁹¹ Osserva CIPRIANI, *ivi*, 137, come «sembra di dover concordare con l'idea che il divieto del patto commissorio trova la sua giustificazione nell'esigenza di tutelare il debitore dalle possibili prevaricazioni del creditore e, dunque, di evitare che il debitore medesimo, pur di accedere al credito, acconsenta a un contratto a condizioni inique» sottolineando, però, l'inadeguatezza della sanzione della nullità rispetto all'interesse tutelato (e probabilmente «retaggio della tradizione che, anche perché non è mai stato posto in discussione dalla dottrina, è stato tralaticciamente riportato nel codice del 1942»)

della *res* gravata da garanzia, risolutivamente condizionato all'adempimento dell'obbligazione garantita.

Si faceva, in tal senso, leva sulla lettera della norma che, nel porre il divieto, faceva riferimento alla pattuizione avente ad oggetto il passaggio della proprietà dal debitore al creditore al momento dell'inadempimento.

Si considerava, perciò, vietato il patto di trasferimento sospensivamente condizionato all'evento dell'inadempimento dell'obbligazione garantita.

La soluzione, peraltro, sembrò per lungo tempo ragionevole, anche alla luce della *ratio* della norma.

Come anticipato, infatti, la tendenza interpretativa è nel senso che la *ratio* del divieto del patto (sanzionato con la nullità), sarebbe rappresentata dall'esigenza di tutelare il debitore contro una convenzione cui aderisce, a condizioni inique, pur di assicurarsi l'accesso al credito.

Partendo da questo premessa, allora, si considerava che l'invalidità dovesse colpire soltanto il patto mediante il quale si subordinasse il passaggio della proprietà sulla *res* alla condizione dell'inadempimento.

In una simile prospettiva, infatti, il debitore avrebbe assunto una posizione di particolare debolezza, spinto alla pattuizione iniqua dalla convinzione di poter evitare il passaggio del bene mediante l'adempimento dell'obbligazione (poi non intervenuto).

Diversamente per l'ipotesi in cui oggetto della pattuizione fosse il trasferimento immediato del bene risolutivamente condizionato all'adempimento¹⁹².

In tale circostanza, infatti, il debitore aderirebbe alla convenzione con la precisa consapevolezza di perdere senz'altro diritti sul bene¹⁹³.

¹⁹² In giurisprudenza, cfr. al riguardo CASS., 21 gennaio 1980, n. 462, in *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Patto commissorio*, n. 1; CASS., 1 febbraio 1974, n. 282, *ivi*, 1974, I, c. 1388 ss.; CASS., 15 settembre 1970, n. 1426, *ivi*, Rep. 1970, voce *Patto commissorio*, n. 4; CASS., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 52 ss.

In verità tali argomenti sono sembrati poco convincenti alla dottrina e poi alla giurisprudenza più avvedute.

Risulta, infatti, del tutto irrilevante il momento in cui si produce l'effetto traslativo ai fini del condizionamento del debitore, che resta pur sempre la parte debole del rapporto. La speranza di evitare, mediante l'adempimento, l'uscita del bene dal proprio patrimonio, non è dissimile, in sostanza da quella di recuperarlo proprio eseguendo la prestazione. La circostanza, insomma, che l'effetto traslativo risulti comunque subordinato al verificarsi di un atto di adempimento rimesso alla volontà del debitore, lascia presumere che in entrambi i casi il debitore aderisca a quella pattuizione nella convinzione di riuscire ad evitare un evento per sé svantaggioso, conservando la proprietà o recuperandola e sempre attraverso l'atto adempitivo¹⁹⁴.

Così, la Suprema Corte¹⁹⁵ ha definitivamente superato la distinzione, ritenendo violative del divieto entrambe le pattuizioni e spingendosi, anzi, ben oltre.

E' stato infatti osservato come integri un patto commissorio ogni convenzione che acceda ad una garanzia, anche atipica e perciò diversa dal pegno e dall'ipoteca, così come possa configurarsi anche un patto commissorio autonomo e perciò del tutto svincolato dalla garanzia stessa.

L'evoluzione, in tal senso, dell'orientamento della Suprema Corte non è di poco momento.

Val la pena, qui sottolineare come il nuovo arresto è intrinsecamente legato alla dinanzi prospettata riconsiderazione della *ratio* del divieto in questione.

¹⁹³ Pertanto non sembrerebbe messo in condizione di compiere una scelta alterata dalla convinzione di poter impedire il passaggio di proprietà e dunque non assumerebbe una posizione di particolare debolezza contrattuale.

¹⁹⁴ Risultando, pertanto, necessario un passaggio dall'interpretazione della norma di cui all'art. 2744 c.c., in chiave strutturale, ad un'interpretazione in chiave eminentemente funzionale

¹⁹⁵ Si veda, a tal proposito, CASS., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212 ss., con nota di MACARIO; nonché i relativi commenti ed osservazioni ad opera di: DANUSSO, *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 1648 ss.; AZZARITI, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2953; ROPPO, *Patto di riscatto – Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985 I, 97

2.7 La funzione solutoria del patto commissorio e della *datio in solutum*. Nullità del primo, validità della seconda e intervento correttivo mediante lo schema marciano.

Come sottolineato in precedenza, tuttavia, la sanzione della nullità è sembrata comunque sproporzionata rispetto all'interesse protetto dalla norma¹⁹⁶.

Prima di addentrarsi in tale ulteriore e complessa questione, comunque, val la pena illustrare alcuni passaggi significativi tracciati dalla dottrina più moderna sotto il profilo della funzione del patto commissorio. Ciò anche considerando come, in termini funzionali, il patto *de quo* risulti assimilabile a quello penale (almeno nella prospettiva proposta nel precedente capitolo nei termini di accordo a portata distorsiva degli effetti dell'inadempimento)

E' stato osservato, a tal proposito, come il patto commissorio non svolga una funzione di garanzia, ma piuttosto spieghi un'efficacia solutoria¹⁹⁷.

La garanzia, infatti, non è incompatibile con l'esistenza dell'obbligazione garantita. Anzi la presuppone. Essa, infatti, offre al creditore una tutela avverso l'inadempimento¹⁹⁸.

Tutti i beni presenti e futuri del debitore sono posti a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione *ex art. 2740 c.c.*, così come possono essere destinati a ciò beni specifici (cc. dd. cause legittime di prelazione).

¹⁹⁶ Dovendosi escludere (almeno alla luce di quell'orientamento che ritiene ricorrente nella norma un'esigenza di tutela del debitore) che il divieto sia posto a protezione di interessi generali.

¹⁹⁷ Cfr. CIPRIANI, cit., 116

¹⁹⁸ Sui caratteri generali della garanzia si veda, tra gli altri: PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, 1935, 4 ss.; NICOLÒ, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Giuffrè, 1936, 77 ss.; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, in Rubino e Gaetano, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno. I privilegi*, in *Tratt. di dir. civ. ital.* diretto da Vassalli, XIV, 1 2a ed., Utet, 1952, 6 ss.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Giuffrè, 1968, 157 ss.; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 21 ss.

Perciò, tanto la garanzia legale, quanto quella negoziale possono dirsi attualizzate proprio al momento in cui è assicurato, attraverso un valore monetario in genere (salva l'assegnazione), il soddisfacimento dell'interesse creditorio. Anche se in luogo della prestazione il creditore ottiene una somma di danaro, tale somma rappresenta l'equivalente monetario della prima (salvo il risarcimento del danno).

Il patto commissorio, invece, svolge una funzione eminentemente solutoria¹⁹⁹.

Esso rappresenta, infatti, quella pattuizione mediante la quale le parti convengono che, in caso di inadempimento, l'interesse creditorio venga soddisfatto attraverso l'acquisizione (o il consolidamento) del diritto di proprietà su un bene specifico del debitore.

Ciò determina l'estinzione dell'obbligazione originaria, ma il diverso risultato non è omogeneo a quello che si sarebbe raggiunto con l'adempimento o comunque con l'espropriazione.

Lo schema è associabile a quello della *datio in solutum*, per certi versi, poiché l'utilità conseguita dal creditore è diversa da quella in virtù della quale nacque l'obbligazione (e non semplicemente perché è rappresentata da un equivalente monetario)²⁰⁰.

Tuttavia, strutturalmente il patto commissorio è una pattuizione preventiva rispetto alla questione dell'adempimento mentre la *datio* è sempre successiva e, perciò, mediante il primo si predispose l'assetto di interessi per il caso di inadempimento.

Il divieto colpisce proprio tale modalità solutoria ed essa soltanto.

¹⁹⁹ Che andrebbe intesa, secondo la definizione di BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Jovene, 1971, 178 «come soddisfazione dell'interesse finale sottostante il lato attivo del rapporto obbligatorio, indipendentemente dalla compresenza nel fatto solutorio di un atto di adempimento dell'obbligo»

²⁰⁰ Sui rapporti fra patto commissorio e *datio in solutum*, v. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, 1957, 107 e ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981, 403

L'invalidità colpirebbe la sola clausola commissoria nella parte in cui determina l'effetto solutorio.

Da ciò è stato argomentato che la nullità non colpirebbe anche l'eventuale negozio di garanzia²⁰¹.

Perciò sarebbero destinati a rimanere in piedi il pegno o l'ipoteca.

Non solo, ma anche il trasferimento in funzione di garanzia (atipica, qualora la si ritenga ammissibile)²⁰².

Incidentalmente, occorre sottolineare che la giurisprudenza ha da tempo²⁰³ ammesso la validità della pattuizione con la quale le parti determinano il passaggio (o il consolidamento) della proprietà di un bene del debitore nel patrimonio del creditore per il caso di inadempimento, ove sia congiuntamente previsto l'obbligo di far stimare il bene e quello di versare al debitore la differenza fra valore stimato e credito insoddisfatto (c.d. patto marciano).

Evidentemente, infatti, se si considera che l'effetto vietato sia semplicemente quello solutorio, non dovrebbe risultare travolta l'intera struttura negoziale, anche nella sua funzione di garanzia. Sotto questo profilo risulta innegabile che, attraverso il meccanismo della stima, il creditore ottiene, in via stragiudiziale, le medesime utilità che avrebbe conseguito mediante l'espropriazione del bene gravato da pegno.

La dottrina, quindi, si è spinta ben oltre, proponendo un'operatività *ex lege* dello schema marciano, anche quando le parti non abbiano pattuito nulla al riguardo.

²⁰¹ Salvo poi a verificare se non debbano applicarsi i principi in tema di nullità parziale quando sia certo che, senza la clausola commissoria, le parti non avrebbero pattuito neppure l'alienazione in garanzia.

²⁰² Osserva CIPRIANI, cit., 126 come «la conseguenza fondamentale della soluzione prospettata è che, di fronte a un patto commissorio autonomo, non si può mai sanzionare con la nullità l'intera fattispecie negoziale, ma è necessario tenere ben distinta l'alienazione (o, comunque, il negozio) a scopo di garanzia dal meccanismo solutorio ad essa collegato: la nullità può al massimo riguardare il secondo, ma non certo la prima, che rimane pertanto valida ed efficace»

²⁰³ Sebbene discutibilmente, ove si ritenga che le garanzie debbano considerarsi tipiche.

Infatti, partendo dall'assunto secondo cui il principio di solidarietà sarebbe alla base della nullità della clausola commissoria, è stato osservato come la sanzione risulti spropositata. Non soltanto rispetto all'interesse leso, ma anche alla luce del principio di proporzionalità costituzionale e comunitario. Più adeguato, allora, sembrerebbe sostituire a tale sanzione una riconduzione ad equità secondo i meccanismi del patto marciano²⁰⁴.

2.8 Patto commissorio e clausola penale: la riducibilità come controllo sulla sproporzione oggettiva che costituisce conseguenza dell'asimmetria soggettiva.

Per quanto qui ci occupa, è da sottolineare che, sia a voler ritenere del tutto inesistente il profilo della tutela del debitore nella *ratio* del divieto del patto commissorio, sia a voler considerare, proprio la sua posizione debole quale fondamento della norma, risultano evidenti i punti di contatto con la clausola penale.

Va osservato come, in fondo, la regola di riducibilità sembrerebbe indirizzata a ridurre lo squilibrio fra i contraenti (nell'accordo penale) quando sia sintomatico di un'asimmetria soggettiva al momento della stipula del negozio principale.

Perciò le riflessioni sul patto commissorio sono senz'altro foriere di conseguenze anche in tema di clausola penale.

Potrebbe, in proposito, sostenersi che la riducibilità si fondi proprio sulla nullità parziale della clausola, nella sua componente di eccessività.

²⁰⁴In tal senso CIPRIANI, cit., 196 per il quale «il principio di proporzionalità impone di modificare la sanzione del patto commissorio, spostandola dal piano qualitativo a quello quantitativo, facendo cioè operare un semplice meccanismo di riequilibrio, in analogia con lo schema del patto marciano». In proposito v. anche GALLO, cit., 441

Ma ancora più a fondo, e comunque anche ai fini di individuare i limiti del potere di intervento del giudice sulle pattuizioni private, la disciplina del patto commissorio, comunque la si voglia interpretare, ci insegna che lo squilibrio economico diventa rilevante per l'ordinamento giuridico, e giustifica un intervento del giudice, soltanto quando l'iniustizia si realizzi mediante un accordo preventivo rispetto al momento in cui la prestazione principale divenga esigibile²⁰⁵.

Ciò che il divieto, *ex art. 2744 c.c.*, intende tutelare è la libera autodeterminazione dei contraenti nella predisposizione del regolamento negoziale. La sanzione, pertanto, mira a negare giustiziabilità a pretese creditorie sproporzionate, quando si fondino su un accordo che rappresenti il frutto dello squilibrio soggettivo fra le parti.

Non è, pertanto, l'assetto sproporzionato in sé a rilevare, ma le circostanze che abbiano indotto i contraenti a predisporlo.

Quando lo squilibrio oggettivo, invece, è frutto di una pattuizione intervenuta in un momento successivo alla stipula del contratto principale, non può ritenersi sintomatico di uno stato di debolezza dell'obbligato.

Questi è libero, effettivamente, di obbligarsi o meno ad una nuova prestazione o di offrirne in pagamento una di valore manifestamente superiore a quello della prestazione dedotta in obbligazione.

Tale nuova prestazione, infatti, non rappresenta, in tale momento, l'oggetto di un'obbligazione accessoria al contratto principale, sorta in vista della conclusione dello stesso.

²⁰⁵ In questo senso, allora, potrebbe forse ipotizzarsi l'irriducibilità di penali eccessive pattuite non contestualmente al negozio principale

La *datio in solutum*, la transazione, ad esempio, non sono impugnabili per lesione, mentre la penale è riducibile e il patto commissorio è nullo (probabilmente parzialmente) o comunque da convertire nello schema marciano²⁰⁶.

A questo punto possono tirarsi le fila del discorso.

Ciò che risulta tutelato non è la proporzione in sé, ma la debolezza contrattuale dalla quale discenda il regolamento iniquo.

Se è così, allora, non può sostenersi l'esistenza generalizzata di un controllo sulla proporzione e secondo equità e non può, pertanto, applicarsi la disciplina della riduzione (o della nullità) analogicamente alle ipotesi (che pur astrattamente sembrano richiamare lo schema sanzionatorio della penale) in cui, per le circostanze di tempo o per le modalità di perfezionamento del negozio, venga a mancare quella debolezza di fondo del soggetto che risulterà gravato dall'obbligo di eseguire una certa prestazione, non rappresentando qui, lo squilibrio oggettivo, la conseguenza di un'asimmetria soggettiva fra le parti²⁰⁷.

²⁰⁶ In proposito osserva LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 219 ss., come la differenza fra il patto commissorio e la *datio* (che giustifica poi la nullità del primo e la liceità della seconda) stia nel fatto che mentre il patto commissorio costituisce un accordo iniquo, condizionato dalla necessità del credito e nella speranza di evitare il consolidamento del trasferimento del bene o il suo verificarsi, la *datio* interviene in un momento in cui la scelta del debitore è libera, perché la dazione vale ad estinguere un'obbligazione già sorta e non a "convincere" la controparte a stipulare il negozio principale.

²⁰⁷ Si pensi, a tal proposito, alle c.c.d.d. disposizioni testamentarie a titolo di pena, predisposte unilateralmente dal testatore e al di fuori di una trattativa col destinatario delle stesse per le quali, quindi, non si può a rigore discutere di asimmetrie soggettive e, quindi, di squilibri oggettivi riducibili. Ma sul punto v. *infra*, cap. III

CAPITOLO III

La pena nel contratto di consumo e nel testamento: il problema della riducibilità

Sezione I

3.1 La clausola penale nei contratti di consumo: vessatorietà e nullità della clausola. Deroghe al regime ordinario di riducibilità

Come anticipato, proprio in apertura del lavoro, la tendenza normativa negli ultimi anni è stata chiaramente nel senso di assicurare, in taluni rami dell'ordinamento, una tutela specifica per classi di contraenti.

La normativa consumeristica e persino la introduzione del cd. "terzo contratto", nei rapporti fra imprese, dimostrano una spiccata attenzione del legislatore verso le nuove emergenze del mercato²⁰⁸.

La standardizzazione dei rapporti e la spersonalizzazione delle trattative hanno notevolmente ridotto, quando non azzerato, la possibilità, per il privato, di incidere concretamente sul contenuto del regolamento contrattuale e, per le imprese in posizione di dipendenza economica, di determinare le condizioni dell'accordo.

Si assiste, allora, a quello che, suggestivamente, può definirsi "neofeudalesimo giuridico", volendosi significare, con tale espressione, quella frammentazione

²⁰⁸ Cfr., in proposito, BOCCHINI, in *Diritto privato*, cit., 667, il quale osserva come la disciplina di settore spazi dalla tutela del consumatore a quella dell'imprenditore debole, avendo assunto, ormai, «rilevanza sociale e giuridica un c.d. *terzo contratto* stipulato tra imprese con divario di potere contrattuale, più spesso correlato ad una situazione di dipendenza economica tra le parti».

dell'ordinamento in microsistemi governati da regole proprie e ritagliati su categorie di contraenti, in ragione dell'urgenza di tutela avverso gli abusi perpetrati sul mercato.

Nella consapevolezza dell'irriducibilità *ad unicum* della complessa realtà sociale, sempre più frastagliata e multiforme, l'ordinamento ha dovuto rinunciare all'uguaglianza formale, proprio per assicurare quella sostanziale.

I particolarismi giuridici, pertanto, appaiono non solo legittimi, ma persino necessari nella misura in cui il diritto, come regola, rappresenta il dover essere e piega le disfunzioni della realtà per assicurare un livello di giustizia altrimenti irraggiungibile.

Non è un caso, quindi, che il panorama normativo sia oggi disseminato di veri e propri statuti, dei beni come delle persone.

La disciplina del consumo si pone, in tale prospettiva, come microsistema giuridico che risponde a regole proprie e diverse da quelle predisposte a livello codicistico²⁰⁹.

Vigono, in materia, regole del tutto autonome, spesso in apparente contrasto con quelli che rappresentano i principi del diritto privato.

Basti pensare alle nullità di protezione, alla loro portata relativa e non già assoluta, al palese contrasto con le norme in tema di nullità parziale (non incidendo il rilievo delle stesse sull'assetto negoziale, pur quando sia certo che, senza la clausola dichiarata nulla, almeno una delle parti non sarebbe addivenuta all'accordo) e, ancora, al rilievo d'ufficio, da parte del giudice, nel solo interesse del consumatore, secondo

²⁰⁹ Sul punto, v. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, 2011; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, 1975, 99 ss AA. VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, Giappichelli, 2003; LISERRE, *Tutela costituzionale della autonomia contrattuale*, Giuffrè, 1971, 59 - 71; COSTANTINO, *Regole di gioco e tutela del più debole nell'applicazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 68 ss.; BARCELLONA, *condizioni generali di contratto e tutela del contraente più debole*, in *Atti della Tavola rotonda su «Condizioni generali di contratto e tutela del contraente più debole»*, Giuffrè, 1970, 109 ss.; DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 195

un'impostazione che si spinge ben aldilà del principio della domanda sancito dall'art. 112 c.p.c.²¹⁰

In questo complesso quadro giuridico si innesta, a ragione, il discorso della clausola penale dal momento che, prima con la Direttiva Ce 93/13 del 5 aprile 1993 (recepita nell'ordinamento italiano, con la creazione del capo XIV *bis* all'interno del titolo II del libro IV, c.c.) e, poi, con l'introduzione del codice del consumo, l'ordinamento ha preso coscienza degli squilibri che sovente derivano, nei rapporti fra professionista e consumatore, dalla previsione di clausole penali a carico di quest'ultimo.

E', infatti, fuor di dubbio che proprio la particolare funzione della penale possa prestarsi agli abusi del professionista.

Questi, infatti, profittando dell'assenza di trattative nei contratti di massa, potrebbe unilateralmente predisporre quegli strumenti in grado di alterare e distorcere i normali effetti dell'inadempimento, ponendo a carico del consumatore la penale in luogo del risarcimento, secondo le regole ordinarie in tema di onere della prova.

Si è già visto come, appunto, la penale si caratterizzi per la sua portata distorsivo-conformativa rispetto alla disciplina della patologia del rapporto.

D'altra parte, secondo l'opinione tradizionale, la penale svolgerebbe una funzione insieme compulsoria e sanzionatoria.

Ciò ha indotto la dottrina²¹¹ ad escludere l'ammissibilità di penali unilaterali, dovendo risultare pur sempre garantito il principio della parità reciproca fra contraenti, onde è ammessa l'applicazione di una sanzione soltanto nei limiti in cui colui che la subisca abbia preventivamente deciso di sottoporvisi, per il caso di inadempimento.

²¹⁰ V., in proposito, R. QUADRI, *Le c.d. «nullità protettive»*, in AA. VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, Giappichelli, 2003, 413; NUZZO, *Dei contratti del consumatore in generale*, in *Codice del consumo*, artt. 33-38, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Esi, 249 ss.

²¹¹ In tal senso BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, 1977, *passim*

Non è qui il caso di dilungarsi sulla natura dell'accordo nella contrattazione fra professionisti e consumatori, ma quel che sembra indiscusso è che, pur non volendo negare la ricorrenza di un accordo anche lì dove una delle parti si limiti ad aderire alle condizioni poste dall'altra, è quantomeno evidente che, nella sostanza, non possa parlarsi di vera e propria spontanea accettazione della proposta, quando senza alcuna trattativa ci si limiti a recepire il regolamento di interessi stabilito dal professionista.

Ciò, in linea astratta, già imporrebbe una riflessione sull'ammissibilità stessa della penale nell'ambito consumeristico perché, se è vero che la penale "tipica" sia anche l'unica possibile dal momento che solo un accordo giustifica un potere sanzionatorio privato, non dovrebbe, forse, darsi per scontata tale tipicità quando la conclusione del contratto, per mera adesione, escluda una ponderazione adeguata sulla portata della clausola, delegittimando perciò il potere privato sanzionatorio.

La circostanza, tuttavia, che sia stato proprio il codice civile, e poi il codice del consumo, a disciplinare l'ipotesi di penali inserite nei contratti tra professionisti e consumatore, costituisce forse un elemento per argomentarne l'ammissibilità.

In altri termini, ritenendo di doverne disciplinare gli effetti, il legislatore le avrebbe implicitamente riconosciute.

Orbene, la disciplina consumeristica si pone su un diverso piano rispetto a quella del codice civile.

A norma dell'art. 33, co. 2, lett. f), infatti, si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo.

Sorvolando sulla *vis* espansiva della disciplina interna rispetto alla fonte comunitaria (che non aveva previsto anche il caso di penali stabilite per il ritardo), occorre sottolineare che l'eccessività può essere un connotato non solo della prestazione penale *ab origine* sproporzionata rispetto all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, ma anche della prestazione che diventi sproporzionata successivamente al sorgere del contratto, alla luce, ad esempio, di un parziale adempimento.

La norma, infatti, parla di clausole che hanno non soltanto per oggetto, ma anche per effetto l'imposizione della prestazione penale eccessiva²¹².

Tali clausole, ad ogni modo, si “presumono” vessatorie fino a prova contraria, onde il giudice, per accertare la vessatorietà, potrà limitarsi a verificare l'eccessività della penale, senza necessità di compiere le valutazioni richieste dall'art. 34, co. 1, cod. cons., in virtù del quale occorre tenere in considerazione le circostanze esistenti al momento della conclusione e le altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende.

E' salva, in ogni caso, la prova contraria, ricadendo peraltro l'onere, proprio sul professionista.

A questo punto è possibile tracciare la differenza di disciplina fra rimedio codicistico, avverso l'eccessività della penale, e tutela consumeristica.

Preliminarmente, va osservato che il vizio della clausola vessatoria previsto dal codice del consumo è rilevabile d'ufficio nell'interesse del consumatore.

Può osservarsi, a tal proposito, tuttavia, che dopo il pronunciamento delle Sezioni unite sulla riducibilità d'ufficio della clausola penale eccessiva *ex* art. 1384 c.c., si sono almeno annullate le differenze sotto il profilo processuale ricorrenti, invece,

²¹² In proposito, v. MAZZARESE, cit., 472.

secondo la pregressa impostazione, per la quale sarebbe onere della parte richiedere la riduzione della penale eccessiva.

Il tipo di intervento effettuato dal giudice resta però differente nelle due ipotesi.

Il rimedio avverso l'eccessività della penale codicistica è la riduzione *ad equitatem*, mentre la penale vessatoria è nulla, *ex art. 36 cod. cons.*, e il contratto rimane valido per il resto.

Sotto questo profilo, evidentemente, la disciplina consumeristica si spinge ben al di là della tutela civilistica²¹³.

Occorre, peraltro, osservare che la vessatorietà “presunta” va esclusa quando, a norma dell'art. 34, co. 4, cod. cons., le clausole o gli elementi di clausola siano stati oggetto di trattativa individuale.

In questo caso, sussistendo la validità della clausola, che non risulti affetta dal vizio della nullità, tornerà ad applicarsi la disciplina codicistica e, quantunque eccessiva, la penale sarà soltanto riducibile, a norma dell'art. 1384 c.c.²¹⁴.

3.2 L'interesse del consumatore a mantenere in piedi la clausola

Alla luce della *ratio* della disciplina consumeristica, in generale, merita, forse, attenzione la norma di cui all'art. 36, co. 3 cod. cons., in virtù della quale la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

²¹³ Sottolinea MAZZARESE, cit., 469, come «la mancata previsione della riducibilità della penale, che gravi sul consumatore ed abbia carattere vessatorio, non comporta, quindi, una *deminutio tutelae* dell'aderente-consumatore, ma va letta semmai in chiave di maggiore garanzia proprio dello stesso soggetto» dal momento che la previsione della nullità, sanzionando più gravemente il soggetto non consumatore «indurrà il “professionista” a valutare in via preliminare se la penale da inserire in un contratto, predisposto in modo unilaterale ed avente come controparte un “consumatore”, presenti o meno un importo manifestamente eccessivo per l'aderente».

²¹⁴ Sul punto, v. MAZZARESE, *ivi*, 470

La norma, in effetti, non è di poco momento, risultando in essa concentrata tutta l'essenza dello "statuto del consumatore".

Non a caso, è proprio l'interesse del consumatore a costituire il limite esterno alla legittimità del potere di rilievo del giudice.

La disposizione, a ben vedere, non è puramente ricognitiva del principio della domanda, di cui all'art. 112 c.p.c.

Il principio *de quo*, infatti impedisce semplicemente al giudice di esercitare il potere di rilievo d'ufficio quando lo stesso non sia relativo ad una questione che costituisca la premessa per accogliere la domanda di parte.

Ciò non implica, però, che il giudice debba assecondare, con l'esercizio del suo potere, l'istanza dell'attore, potendo, anzi, il rilievo di una questione costituire il presupposto per il rigetto della domanda.

In altri termini, le regole in tema di rilievo d'ufficio vanno sempre coordinate col principio della domanda.

Ciò implica che quando, ad esempio, la legge stabilisca che la nullità è rilevabile d'ufficio dal giudice, si presuppone che tale rilievo sia comunque necessario ai fini della decisione²¹⁵.

Per il principio della domanda, infatti, la decisione non deve esorbitare il *petitum*, onde, intanto è ammesso l'esercizio del potere ufficioso, in quanto la questione che ne sia investita debba essere preliminarmente risolta per pronunciarsi sulla domanda. Il

²¹⁵ In una tale prospettiva osserva NUZZO, *Dei contratti del consumatore in generale*, in *Codice del consumo*, artt. 33-38, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Esi, 2005, 263, come «il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità *ex* art. 1421 c.c. va coordinato con il principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 c.p.c., sicché, se la pretesa dedotta in giudizio suppone l'esecuzione di un contratto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio la nullità dell'atto in applicazione del principio generale per cui è compito del giudice accertare le condizioni di accoglibilità della pretesa dedotta in giudizio»

rilievo, tuttavia, pur essendo in funzione della domanda non deve essere necessariamente favorevole alla stessa²¹⁶.

Così, ove l'attore agisca per l'adempimento il giudice, se risulti *ex actis*, rileva la nullità del titolo perché se ricorre l'invalidità non potrà essere adottata una sentenza di condanna. Dunque, il rilievo è in funzione della decisione sollecitata dalla domanda, ma non necessariamente a vantaggio di chi la proponga.

La regola sancita dall'art. 36, co. 3, cod. cons., invece, sembra muoversi su un diverso binario. La nullità, infatti, opera soltanto a vantaggio del consumatore²¹⁷.

In tal senso, quindi, il giudice non potrà esercitare il potere officioso ogni qual volta la risoluzione della questione di nullità sia preliminare alla pronuncia.

La nullità emerge ed è giuridicamente rilevante, nella misura in cui la clausola che ne sia affetta danneggi il consumatore.

Fuori da queste ipotesi, probabilmente, il vizio non è neppure astrattamente considerabile.

La ricorrenza della nullità, poi, e il relativo rilievo, sono ipotizzabili soltanto quando l'accertamento giovi al consumatore.

A questo punto, quindi, si va ben oltre il principio della domanda poiché il rilievo non è giustificato dal rapporto di presupposizione fra questione, della cui nullità si tratti, e decisione della causa, ma piuttosto dalla tutela del consumatore.

²¹⁶ Con riferimento alla tematica del rilievo d'ufficio della nullità, v.: PAGLIANTINI, *La rilevanza d'ufficio*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, t. III, Utet, 2012, 667; TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico nel diritto privato italiano*, in *Temi*, 1995, 191 ss; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, 2° ed., Cedam, 1961, 65 ss.; TOMMASINI, voce «Nullità (dir.priv)», in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, 1978; MARANO, *Limiti alla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1990, 57

²¹⁷ A proposito del rilievo *ex officio* della nullità di protezione e dei rapporti fra lo stesso e la legittimazione relativa, v., fra gli altri: G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, Esi, 2011, 15 ss.; GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 428; AZZARO, *I contratti non negoziati*, Esi, 2000, 81 ss., 241; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, 1995, 176 ss.; GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, 1332 ss.; MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio* (Studio n. 106-2009/C, approvato dalla Commissione Studi civilistici del CNN il 4 marzo 2009), in *Studi mat.*, 2009, 988

Ciò implica che, quand'anche la clausola sia "astrattamente" vessatoria e quindi nulla, il giudice non possa rilevare il vizio, se dal rilievo ne possa, conseguentemente, scaturire una decisione svantaggiosa per il consumatore.

Con riferimento, ad esempio, alle clausole determinative dell'oggetto del contratto, l'art. 34, co. 2, cod. cons., stabilisce che ad esse non attiene il giudizio di vessatorietà, a condizione, però, che tale elemento sia individuato in modo chiaro e comprensibile.

Ragionando *a contrario* quindi, può essere vessatoria la clausola determinativa oscura, in quanto tale nulla.

Ove, però il giudice rilevasse tale nullità, il contratto resterebbe del tutto privo dell'oggetto e, dunque, risulterebbe caducato per intero, con grave *vulnus* per l'interesse del consumatore ad ottenere la prestazione.

Orbene, la disposizione secondo la quale la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e il potere di rilievo del giudice è condizionato alla realizzazione di tale vantaggio, indurrebbe ad escludere che in una simile ipotesi il giudice possa dichiarare la vessatorietà della clausola.

Più congruo sembra, invece, un intervento di integrazione secondo buona fede, col risultato di superare l'*impasse* dell'oscurità senza privare il consumatore del servizio²¹⁸.

²¹⁸ In tal senso, sia consentito il rinvio a GALASSO, *L'oggetto*, cit., 67, osservandosi come il rilievo officioso della nullità, può intervenire esclusivamente a vantaggio del consumatore e, pertanto, non può arrecargli un danno, ad esempio determinando la caducazione del contratto e, con essa, la privazione del servizio cui il contraente debole ambisce. In proposito si sottolinea come «l'art. 34, comma 2 c. cons., escludendo che la valutazione di vessatorietà di una clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, purché l'individuazione sia chiara e comprensibile, sembrerebbe *a contrario* attrarre nel giudizio di vessatorietà, e dunque di nullità, le clausole determinative oscure, proprio a causa della violazione dei precisi obblighi informativi in questione. La dichiarazione di vessatorietà della singola clausola, comunque, condurrebbe alla caducazione dell'intero contratto poiché verrebbe a mancare l'unico riferimento, seppur oscuro, all'oggetto dello stesso e dunque uno degli elementi essenziali *ex* art. 1325 c.c.». Ciò, evidentemente, dovrebbe condurre il giudice ad evitare il rilievo della nullità e ad operare, al più, l'integrazione equitativa, *ex* art. 1374 c.c.

Cfr. anche PENNASILICO, *Controllo e conservazione degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1, 130, secondo il quale «sembrano del tutto condivisibili e coerenti con un quadro generale di diritto europeo, nel quale, considerato il rilievo assunto dalle c.dd. asimmetrie informative e dalle distorsioni della concorrenza, ben

Alla luce di tali considerazioni, allora, può forse sostenersi che non sempre una penale eccessiva che non sia stato oggetto di trattativa individuale possa essere considerata vessatoria e dunque nulla.

La caducazione della clausola, infatti, lascia in piedi il contratto e determina la riesplorazione di quegli effetti normali dell'inadempimento che la previsione di una clausola penale aveva inibito.

A questo punto, quindi, il consumatore, ove il suo inadempimento sia fondativo di un danno esoso (ben al di là dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento, parametro per la valutazione di eccessività), avrà maggiore convenienza dalla sopravvivenza della clausola, sottratta alla censura di nullità e riducibile a norma dell'art. 1384 c.c.

Ove, infatti, dovesse essere rilevata la nullità, tornerebbero ad applicarsi i principi per la determinazione del risarcimento del danno (fermo restando l'onere probatorio in capo al professionista danneggiato).

Perciò, nonostante la lettera dell'art. 33, co. 2. lett. f), cod. cons., un'interpretazione dello stesso in combinato disposto con l'art. 36, co. 3, condurrebbe alla conclusione secondo la quale, in simili ipotesi, il giudice non dovrebbe dichiarare alcuna nullità, limitandosi, sul presupposto della validità della clausola, a ridurre l'ammontare della penale²¹⁹.

si comprende come gli strumenti messi a disposizione dei privati da parte del legislatore europeo siano finalizzati soprattutto a conservare (e, talvolta, ad integrare) l'operazione economica, piuttosto che a caducarli, sì che i rimedi risolutivi e invalidanti rappresentano l'*extrema ratio*

²¹⁹ D'altra parte, già MAZZARESE, cit., 470 ss., prima dell'entrata in vigore del codice del consumo - che ha sostituito la previsione dell'"inefficacia" con quella della "nullità" - riferendosi ai rapporti fra riducibilità, ex art. 1384 c.c., ed "inefficacia" delle clausole vessatorie, ex artt. 1469 bis e ss., c.c., significativamente osservava come «si può ritenere, allora, che la riduzione, prevista dall'art. 1384 c.c., non risulti sempre inapplicabile alle penali eccessive inserite nei contratti fra consumatori e professionisti» dal momento che «la sanzione dell'inefficacia, che si ricollega alla declaratoria di vessatorietà, presuppone che sia stata accertata l'assenza di una negoziazione individuale mediante trattative (più o meno) formali», onde «il professionista che assolvesse all'onere probatorio sulla ricorrenza della trattativa e della negoziazione individuale, cui conseguirebbe la sopravvivenza *in toto* della clausola, subirebbe, comunque, secondo l'equo

3.3 La penale a carico del professionista: coordinamento fra i rimedi di diritto comune (art. 1229 c.c.) e la nullità consumeristica, in vista della migliore realizzazione dell'interesse del consumatore.

Altra questione è quella dell'ammissibilità di una penale a carico del professionista.

Innanzitutto, e prima di addentrarci nella tematica specifica del consumo, pare opportuno chiarire quali siano i termini del rapporto fra penale di diritto comune e clausola di esonero della responsabilità *ex art. 1229 c.c.*

Secondo un'impostazione, la penale, a ben vedere, liquidando e limitando preventivamente il risarcimento dovuto, produrrebbe gli stessi effetti di una clausola di esonero dalla responsabilità, nulla nella misura in cui andasse ad operare per i casi di dolo o colpa grave²²⁰.

In questi casi, perciò, il debitore sarebbe integralmente responsabile.

Resterebbe tuttavia da chiarire se il coordinamento con l'art. 1229 c.c. determini la nullità della penale *in toto*, con la necessità di provare integralmente il danno, o se se ne debba argomentare, semplicemente, la risarcibilità del danno ulteriore, fatto salvo il diritto alla prestazione penale indipendentemente dalla prova del danno.

apprezzamento del giudice, la riduzione della penale, senza che possa essere data una rilevanza vincolante ad eventuali prove contrarie in ordine all'entità del danno subito (*ex artt. 1382, sull'effetto limitativo del risarcimento, e 1384, sui criteri di riconduzione equitativa*)».

La sopravvivenza della clausola, quindi, risulta possibile ogni qual volta sia superata la prova di vessatorietà.

Allo stesso modo, però, dovrebbe ritenersi che, quando la vessatorietà, pur certa, non possa essere rilevata dal giudice, perché la caducazione della clausola si porrebbe in contrasto con l'interesse del consumatore alla sua "resistenza" (perché, ad esempio, diversamente, corre il rischio di vedersi condannato, con assoluta certezza – sussistendone le prove - ad un risarcimento ingente), torni in rilievo il rimedio riduttivo *ex art. 1384 c.c.*

²²⁰ Cfr., al riguardo BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, 1967, 483; BENATTI, *Clausole di esonero da responsabilità*, in *Digesto*, 4° edizione, 1988, 399.

A tal riguardo andrebbe operata una distinzione fra le ipotesi in cui le parti espressamente pattuiscono la penale per limitare la responsabilità risarcitoria, derivante da danni imputabili a dolo o colpa grave del debitore, dal caso in cui la penale sia genericamente pattuita e, tuttavia, avendo l'effetto di limitare genericamente la responsabilità, possa implicare anche un esonero dalla stessa per le suddette ipotesi.

Nel primo caso, infatti, la penale sarebbe a tutti gli effetti una clausola di esonero *ex art. 1229 c.c.*, onde se ne dovrebbe dichiarare la nullità, con riespansione delle regole ordinarie in tema di risarcimento del danno.

In questi termini, il creditore potrebbe vedersi risarcito l'intero danno, ma solo nei limiti in cui ne provi l'*an* e il *quantum*.

Ove, invece, la penale non sia pattuita a questi effetti, non potrà predicarsene la nullità.

A ragionar diversamente, ogni penale sarebbe nulla, perché essa ha sempre l'effetto di limitare il risarcimento se non sia prevista la risarcibilità del danno ulteriore e, dunque, integrerebbe comunque una clausola nulla, *ex art. 1229 c.c.*, non potendosi prevedere, al momento della stipula, se il danno da inadempimento (soltanto eventuale) sarà imputabile al dolo o alla colpa grave del debitore.

Poiché, invece, è la legge a prevedere l'ammissibilità della penale, l'unica via che renda compatibile la norma in questione con il divieto di esonero *ex art. 1229 c.c.*, è ritenere che, ferma la validità della penale, debba riconoscersi, anche ove ciò non sia pattuito (e cioè in via legale), la risarcibilità del danno ulteriore in caso di dolo o colpa grave.

Diverso è il caso in cui, invece, sia pattuita una penale irrisoria, perché è proprio tale ultimo carattere a dimostrare l'intenzione delle parti di introdurre una clausola di esonero vietata, mascherandola dietro lo schermo di una penale, *ex art. 1344 c.c.*²²¹

Una volta che siano stati delineati i rapporti in questione, si può passare ad affrontare l'ulteriore questione delle relazioni intercorrenti fra l'art. 1229 c.c. e la penale di cui all'art. 33, co. 2, lett. a), il quale stabilisce che si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che abbiano per oggetto o per effetto di escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista.

Non sembra possibile richiamare interamente le osservazioni poc'anzi fatte circa i rapporti fra penale *ex art. 1382 c.c.* e clausole di esonero, *ex art. 1229 c.c.*

Della prima si è detto che l'esigenza di coordinamento con la regola espressa per le seconde rende inefficace il suo effetto limitativo del risarcimento, con risarcibilità legale del danno ulteriore (o nullità della clausola penale e risarcibilità del danno integrale, se le parti l'abbiano espressamente prevista) per il caso in cui la responsabilità discenda da dolo o colpa grave.

Quando, invece, si faccia riferimento alle norme di cui agli artt. 33 ss. cod. cons., l'interprete deve tenere in considerazione che, nello specifico settore del consumo, la tutela tende ad espandersi.

A tal proposito, occorre osservare come l'art. 33, co. 2, lett. a), stabilisce che si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che abbiano per oggetto o per effetto di escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o

²²¹ Nel senso che la penale irrisoria debba essere considerata, in ogni caso, nulla *ex art. 1229 c.c.*, v. DE NOVA, *Clausola penale*, in *Digesto*, 4^o edizione, 1989, 378 e MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Utet, 1961, 258

Secondo TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 137 ss., invece, la penale è sempre valida anche se irrisoria, potendosi sempre rinunciare ad essa e chiedere il risarcimento integrale, come per la caparra.

danno alla persona del consumatore risultante da un fatto o da un'omissione del professionista.

Non tarda, tuttavia, l'art. 36 cod. cons. a decretarne la nullità anche se risulti provata l'esistenza di una trattativa individuale.

Va ricordato in proposito che l'art. 34, cod. cons., sancisce la non vessatorietà delle clausole che siano state oggetto di trattativa privata con ciò, probabilmente, significando che, anche ove si riscontri uno squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, l'esistenza di una pattuizione consapevole e partecipata, escluda il carattere vessatorio della clausola e con esso la sua nullità.

Coordinando le norme in questione, allora, sembrerebbe doversi dedurre che la clausola di limitazione o esonero dalla responsabilità si presume vessatoria fino a prova contraria.

Ove la prova non sia raggiunta, l'esistenza di una trattativa individuale non vale ad escludere la vessatorietà, già presunta e definitivamente accertata (in quanto non confutata).

La disciplina in questione pone, quindi, l'ulteriore problema di coordinamento con l'art. 1229 c.c., a norma del quale è nullo qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave (e anche per colpa lieve per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico)²²².

Due sembrerebbero le chiavi di lettura in proposito.

Una prima impostazione potrebbe essere quella secondo la quale le norme di diritto comune e quelle speciali del cod. cons. operano alle stesse condizioni (previsione di un esonero nei casi di dolo o colpa grave).

²²² In questi termini BIANCA, *La responsabilità*, cit., 70 ss.

La differenza sarebbe in ciò, che mentre il codice civile farebbe salva la prova del danno ulteriore (secondo quanto su detto, cioè, quando l'esonero non sia *ab origine* riferito ai casi di dolo e colpa grave), il cod. cons. determinerebbe la nullità della clausola *in toto*.

Ciò, però, a ben vedere, finirebbe per andare a svantaggio del consumatore, il quale avrebbe l'onere di provare integralmente il danno senza poter esigere almeno la penale (in quanto nulla) in caso negativo.

Perciò, l'interpretazione che pare più conforme alla *ratio* della disciplina consumeristica sarebbe nel senso di ritenere non già che con la vessatorietà il cod. cons. sanziona più gravemente (ma anche in maniera più svantaggiosa per il consumatore) la medesima situazione di diritto comune, ma che allarghi l'ambito della nullità, facendovi rientrare anche le clausole di esonero per colpa lieve.

Quando, poi, la clausola inserita nel contratto del consumatore sia esplicitamente esclusiva o limitativa della responsabilità per dolo o colpa grave, andrà applicato l'art. 1229 c.c., che non ammette la prova contraria (relativa alla non vessatorietà) ed è, pertanto, più vantaggioso per il consumatore.

3.4 Il giudizio di vessatorietà da parte del notaio rogante.

Da ultimo va precisato quali siano i termini del controllo notarile sulle clausole del contratto di consumo.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale al riguardo, in effetti, è risultato rinverdito negli ultimi anni, a seguito di un intervento della Suprema Corte²²³ che, esprimendosi sulla portata dell'art. 28 legge notarile, ai sensi del quale «il notaro non può ricevere o autenticare atti (...) se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico», sostenne la ricorrenza della responsabilità del professionista per tutte (e soltanto) le ipotesi in cui risulti una nullità assoluta.

In quell'occasione, la Cassazione chiarì come «gli “atti proibiti dalla legge” sono, in sostanza, gli atti nulli » e cioè «quegli atti che la legge, in considerazione del loro contenuto, ritenga di non dover riconoscere per la tutela di un interesse superiore, sottratto alla disponibilità della parte».

In dottrina, non si è mancato di sottolineare come una tale impostazione pecchi per difetto e per eccesso²²⁴.

Si è posto in evidenza come il punto di partenza per valutare la portata della norma contenuta nella legge notarile, sia quello di individuarne la *ratio*.

Potendo fondare la trasgressione del notaio una causa di sospensione, evidentemente, l'art. 28 legge not. costituirebbe «norma di responsabilità» e, in quanto tale, esprimerebbe un giudizio di riprovevolezza per la «negligenza o imperizia del comportamento del notaio, che prescinde, invece, dalla forma di patologia che investe l'atto»²²⁵.

²²³ CASS. 11 novembre 1997, n.11128 in *Riv. notar.*, 1998, 493

²²⁴ Cfr. R. QUADRI, *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l.not. e nullità c.d. di protezione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Cedam, 2009, II, (7-8) 342;

²²⁵ Così, R. QUADRI, *ivi*, 344. Sul punto v. anche PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 463

Perciò, l'interpretazione della Suprema Corte peccherebbe per difetto, perché condurrebbe a ritenere irrilevanti errori gravi del notaio che, tuttavia, attengano a vizi di mera annullabilità.

L'art. 28 legge not. così, non potrebbe essere invocato ai fini disciplinari, contro il notaio che non abbia compiuto i dovuti controlli per verificare la capacità di agire dei contraenti.

L'impostazione della Cassazione peccherebbe, però, anche per eccesso, perché consente di riferire l'art. 28 legge not. finanche alle ipotesi in cui la nullità discenda da un errore eminentemente formale.

La ricostruzione della *ratio* che permea l'art. 28 legge not., proposta in dottrina²²⁶, comunque, comporterebbe, di riflesso, anche la non irrilevanza delle ipotesi di nullità relativa, che si caratterizzerebbero per essere poste a tutela di un interesse individuale e solo indirettamente e mediatamente generale.

La questione, però, non sembrerebbe risolta completamente in relazione alle clausole vessatorie.

Se, infatti, contrariamente a quanto sostenuto dalla Cassazione, non sarebbe di ostacolo alla loro riconducibilità nel più ampio *genus* di cui all'art. 28 legge not., la legittimazione relativa a farle valere, sembrerebbe non in linea con la prospettata natura di norma attinente alla responsabilità, la rilevanza di quei vizi che sfuggono al sindacato del notaio, dovendo poggiare, il giudizio di vessatorietà, sulla portata complessiva dei rapporti fra le parti.

A norma dell'art. 34 cod. cons., infatti, la vessatorietà è valutata facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto e alle altre clausole del contratto medesimo o di altro contratto collegato.

²²⁶ *Ibidem*

Rilevando, pertanto, anche elementi estranei al negozio stipulato innanzi al notaio rogante, sarebbe inesigibile, da quest'ultimo, una verifica complessiva per valutare la ricorrenza di profili vessatori²²⁷.

Orbene, la tesi pare senz'altro ragionevole e corretta, in particolare, se si faccia riferimento a quelle clausole che non si presumono essere vessatorie, non appartenendo all'elenco, peraltro non tassativo, di cui agli artt. 33 ss., cod. cons.

Tuttavia, va sottolineato come più prudente e responsabilizzante sarebbe una diversa impostazione.

Quando, infatti, *ictu oculi*, riscontri la vessatorietà di una clausola, secondo gli schemi tipici indicati nel cod. cons., il notaio, dovendosi presumere la vessatorietà, avrebbe, forse, l'obbligo di sollecitare una giustificazione delle parti che, già al momento del rogito, dovrebbero provare la non vessatorietà (in concreto, altrimenti presunta) allegando circostanze estranee al contenuto dell'atto e, pur tuttavia, ad esso collegate.

Perciò, non potrebbe predicarsi, forse, l'inesigibilità (e quindi l'irresponsabilità) del notaio che non abbia, quanto meno, rilevato la vessatorietà astratta e, perciò, richiesto alle parti la prova dell'esistenza di rapporti collegati in grado di escludere la suddetta vessatorietà.

²²⁷ R. QUADRI, cit. 346

Sezione II

3.5 La funzione sanzionatoria nel testamento

Un discorso compiuto sui limiti all'autonomia privata sotto il profilo sanzionatorio e sul connesso problema dell'intervento del giudice in materia, non può prescindere da qualche – pur breve - riflessione sulla funzione sanzionatoria nel testamento.

Evidentemente, pare qui il caso di affrontare il discorso anche considerando gli effetti che l'applicazione incondizionata della soluzione proposta dalla Cassazione finirebbe per avere sull'autonomia testamentaria.

Inoltre, a ben vedere, la diversa soluzione proposta in relazione al fondamento del potere officioso del giudice deporrebbe, comunque, per l'inapplicabilità, in materia, della norma di cui all'art. 1384 c.c.

Orbene, certamente un punto di partenza per affrontare la questione in parola è quello dell'analisi della struttura propria della clausola penale e dei relativi limiti di tale schema nell'ambito della disciplina testamentaria.

Va sottolineato, infatti, come la questione dell'ammissibilità di una clausola penale di natura testamentaria trovi un ostacolo, secondo una certa parte della dottrina, già sotto il profilo strutturale, prima ancora che sotto quello ben più problematico, relativo all'ipotizzabilità di una funzione sanzionatoria nel testamento²²⁸.

Partendo, peraltro, dal presupposto che la funzione tipica della penale sia eminentemente risarcitoria (e non già sanzionatoria), si arriva a sostenere che non sarebbe ammissibile una “forfetizzazione” del risarcimento (effetto precipuo della

²²⁸ BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, in *Diritto civile*, 2, Giuffrè, 2005, 741

predisposizione di una penale) in via unilaterale e senza la partecipazione del soggetto che, in qualche modo, subisce l'insuperabilità della preventiva quantificazione astratta dello stesso.

La clausola penale, in altri termini, ponendosi ben «al di fuori della nozione di pena privata» e non integrando «una sanzione afflittiva ma un rimedio risarcitorio», dovrebbe sottostare alle relative regole.

Orbene, il risarcimento dovrebbe essere limitato al danno effettivamente causato. La penale, in qualche modo, prescindendo dal relativo accertamento, costituirebbe una deroga al suddetto principio e, in quanto tale, dovrebbe rappresentare ipotesi eccezionale.

Non potrebbe, pertanto, superarsi la struttura bilaterale espressa dal codice nella previsione dell'ipotesi tipica²²⁹.

E, d'altra parte, sarebbe proprio l'accordo delle parti ad assicurare, almeno in via astratta, un controllo sulla forfezzazione, altrimenti indiscriminata.

La penale testamentaria, allora, predisposta dal solo testatore, senza la partecipazione del soggetto che ne risulta in qualche modo riguardato, si discosterebbe dallo schema tipico, in grado, tralaltro, di limitare l'abuso²³⁰.

La tesi risarcitoria, peraltro, esclude l'ammissibilità di una penale testamentaria (anche nelle sue forme indirette, come legato *poene nomine*) pure sotto un diverso profilo.

²²⁹ Con riferimento alla clausola in questione, si sottolinea come «la sua applicazione nella materia testamentaria urta però contro il rilievo che la penale contrattuale richiede il consenso del debitore sulla determinazione forfezzaria del danno. La penale testamentaria verrebbe invece a gravare sul debitore senza che questi l'abbia accettata. Si avrebbe in tal modo una incontrollata determinazione del danno, difficilmente compatibile col fondamentale principio che limita il risarcimento del danno effettivamente causato. Sembra allora che non vi sia spazio per l'applicazione analogica nel testamento di un istituto essenzialmente contrattuale, quale è appunto la clausola penale», *ibidem*.

²³⁰ Ma in un diverso senso, v. BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Giuffrè, 1990, 162, il quale sottolinea come la partecipazione dell'interessato risulti assicurata, in ambito testamentario, dalla possibilità di accettare o meno l'attribuzione una volta che questi abbia conosciuto l'esistenza della penale affermando, testualmente: «la preventiva conoscenza, o facile conoscibilità della sanzione cui l'obbligato testamentario - inadempiente va incontro, mi pare faccia piena salvaguardia della sua libertà e personalità»

Si sostiene, in altri termini, che effetto precipuo dell'accordo penale sia la modificazione del regime legale dell'onere probatorio.

Il creditore non inadempiente, infatti, ottiene il risarcimento senza la necessità di provarne la fonte e cioè il danno.

Le parti, in sostanza, dispongono di una regola (evidentemente derogabile), sul presupposto, però, di avere "disponibilità" degli interessi sottesi all'accordo derogatorio.

Orbene, il *de cuius*, se ha piena disponibilità dei beni devoluti per testamento, non è titolare dell'interesse sotteso all'adempimento dell'obbligo imposto a favore di altro soggetto²³¹.

²³¹ In tal senso, v. VISALLI, *Clausola penale testamentaria*, in *Giust. civ.* 2002, 537 ss., del quale conviene riportare brevemente alcune considerazioni.

«In realtà il testatore imponendo unilateralmente, in caso di inadempimento di un'obbligazione testamentaria *ex legato* o *ex modo*, l'obbligo a carico del trasgressore di effettuare una certa prestazione, dispone di un diritto che non gli compete. Invero, l'imposizione di una penale testamentaria comporta l'usurpazione di una funzione spettante alle parti contraenti (creditore e debitore). Ciò si desume dalla logica del sistema che ispira la clausola penale contrattuale: la determinazione preventiva e forfettaria del danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento deve essere concordata dalle parti contraenti.

La ragione di ciò risiede nel fatto che esse sono in grado di valutare, di volta in volta, in base alle circostanze concrete le conseguenze economiche dell'inosservanza degli obblighi contrattualmente assunti e ne risentono gli effetti pregiudizievoli. D'altra parte, la determinazione preventiva e forfettaria considerata ad opera delle parti interessate consente alle medesime di fissare liberamente l'ammontare del risarcimento dovuto mediante una trattativa, senza doverne subire la determinazione da parte di un terzo al di fuori del loro consenso. In questo caso difetterebbe il requisito dell' *in idem placitum consensus*, che costituisce il connotato di ogni contratto. In conclusione i principi sui quali si fonda l'autonomia privata impongono che siano gli stessi contraenti, i quali stipulano la prestazione principale, a fissare la prestazione dovuta come equivalente in caso di inadempimento della prestazione principale (l'autoregolamento dei propri interessi spetta completamente alle parti contraenti in virtù dell'autonomia ad esse riconosciuta). Pertanto, la predisposizione di una penale da parte del testatore importa l'esercizio di un diritto di cui egli non può disporre.

Ne consegue che l'ordinamento, se riconosce all'autonomia privata il potere di stipulare la clausola in questione in materia contrattuale allorché si tratta di diritti disponibili, pone con ciò stesso un limite all'esercizio di tale potere con una normativa inderogabile. L'imposizione della clausola penale ad opera del testatore comporta la violazione della normativa in argomento e produce la nullità della clausola, perché questa si pone in contrasto con norme imperative. Va precisato che le norme le quali regolano la clausola penale (art. 1382 ss.) non possono essere applicate fuori dell'ambito contrattuale per il quale sono predisposte e quindi viene in considerazione una pluralità di norme e non una singola norma.

La violazione di tale principio determina un contrasto con una norma imperativa, rappresentata dall'art. 2697 c.c. Il caso indicato, pure riferendosi ad un negozio bilaterale, presenta qualche affinità con la clausola penale testamentaria nel senso che in entrambe le ipotesi si è in presenza di soggetti, i quali esercitano diritti di cui non possono disporre al fine di modificare il regime legale dell'onere probatorio concernente il diritto fatto valere in giudizio.

Così può riassumersi quanto si è esposto fin qui: si è preso lo spunto dal dato normativo (art. 1382, comma 2, c.c.), in base al quale la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno, per porre l'accento sul fatto che l'ordinamento giuridico riconosce eccezionalmente all'autonomia privata il potere di

Tali argomenti, peraltro, risultano posti a fondamento dell'inammissibilità della penale testamentaria anche volendo attribuire alla clausola in questione valenza sanzionatoria e non già risarcitoria.

A tal proposito, va osservato come il principio di uguaglianza e di parità rende inammissibile una sanzione posta in via unilaterale.

Al fondamento del potere sanzionatorio deve esserci, pertanto, sempre l'accordo delle parti²³².

Sotto questo profilo, pertanto, si sostiene che le sanzioni sono tipiche. Occorrerebbe un'espressa previsione di legge e, verosimilmente, entro i limiti di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Si sostiene, poi, come sia inderogabile la struttura contrattuale di cui all'art. 1382 cod. civ.

Solo l'accordo delle parti, che diviene legge per le stesse ex art. 1372 c.c., in effetti, può fondare un potere repressivo - sanzionatorio in capo ad una di esse.

Ciò, evidentemente, conduce a ritenere inammissibile una penale testamentaria in senso proprio. Il testamento, infatti, è per eccellenza un negozio unilaterale e non presenta, pertanto, quella struttura in termini di accordo che pare indispensabile ai fini della sanzione.

Anche contro tali argomentazioni vengono, tuttavia, rivolte le medesime obiezioni espresse avverso l'inammissibilità della penale testamentaria alla luce della teoria risarcitoria.

modificare il regime legale dell'onere probatorio stabilito dall'art. 2697 c.c., profilo questo che non è stato messo in evidenza adeguatamente dalla dottrina. Tale riconoscimento trova una spiegazione efficace nella tesi che riconduce la funzione della clausola penale alla determinazione preventiva e forfettaria del danno. Il testatore, al contrario, imponendo unilateralmente una penale, dispone di un diritto che non gli è riconosciuto dall'ordinamento giuridico. Pertanto, il metodo di indagine seguito porta alla conclusione che la clausola penale testamentaria è inammissibile per il nostro ordinamento dovendosi essa considerare nulla per violazione di norme imperative e non per difetto di legittimazione al negozio».

²³² V., in proposito, BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, *passim*

L'accettazione dell'eredità o, comunque, il mancato rifiuto del legato, finirebbero per integrare quella volontà concludente da parte dell'erede o del legatario che, in tal modo, scelgono di sottoporsi all'autorità sanzionatoria del testatore.

D'altra parte, però, è stato osservato come «l'erede ed il legatario, gravati da una pena testamentaria, si trovino di fronte ad una alternativa che non consente loro alcun margine di ricomposizione degli interessi (ritenuti esclusivamente propri) del testatore: l'erede (che accetti) ed il legatario (che non rifiuti) non concorrono né a determinare il regolamento di interessi, che li veda (eventuali) beneficiari dell'attribuzione patrimoniale (com'è invece nella donazione modale), né a determinare il regolamento sanzionatorio che li veda (eventuali) soggetti passivi di obbligazioni inadempite (com'è nella clausola penale)»²³³.

In questa prospettiva, quindi, andrebbe «esclusa la tipicità di una previsione normativa della clausola penale testamentarie e con essa la liceità di una corrispondente disposizione del *de cuius*», onde ciò che resta da verificare è, «nello spettro della funzione sanzionatoria dell'atto di ultima volontà, la realizzabilità indiretta di un'obbligazione penale testamentaria»²³⁴.

A tal proposito, allora, occorre individuare le fattispecie tradizionalmente definite “disposizioni a titolo di pena”.

Sono tali «quelle per mezzo delle quali il testatore si propone di esercitare una pressione psicologica sull'erede da lui istituito o sul legatario, per indurli all'adempimento di una particolare volontà espressa dallo stesso testatore, dietro

²³³ In questo senso, MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 279.

Con riferimento, poi, alla natura contrattuale della donazione modale, v.: CARNEVALI, *La donazione modale*, Giuffrè, 1969; MARINI, *Il «modus» come elemento accidentale del negozio gratuito*, Giuffrè, 1976; CAUTAPELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, 1966; SCOZZAFAVA, *La funzione del modo nel contratto di donazione*, in *Temì*, 1978, p. 113 ss.; TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu – Messineo, Giuffrè, XXII, 1956, 227 ss.; BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Utet, XII, IV, 1961, 640 ss.

²³⁴ MAZZARESE, *ivi*, 280

comminatoria, a carico dei soggetti anzidetti, di un determinato svantaggio patrimoniale, di una determinata pena, per l'eventualità di una trasgressione alla volontà predetta»²³⁵.

Se il contenuto tipico del testamento è rappresentato da mere disposizioni attributive di natura patrimoniale, è pur vero che attraverso la condizione, il *modus* e l'onere, il testatore può conferire rilievo anche a profili della sua volontà non direttamente rivolti a regolare la destinazione dei suoi beni per il momento della sua morte, quanto, piuttosto, a realizzare interessi di natura eminentemente non patrimoniale.

In tal senso, allora, il testatore potrà tradurre il motivo della disposizione attributiva in una condizione apposta alla istituzione di erede o al legato, comminando la decadenza integrale dal lascito o la relativa riduzione a carico del beneficiario o dell'onorato, inadempienti alla volontà testamentaria.

Sotto questo profilo, sebbene il motivo sia generalmente irrilevante, «il testatore può, però, espressamente imprimere una rilevanza negoziale al motivo anzidetto, incorporandolo nella sua stessa dichiarazione di volontà: in primo luogo imponendo all'erede o al legatario l'attuazione del motivo stesso come condizione del lascito testamentario, in guisa che questo debba rimanere *integralmente* inefficace in caso di inadempienza alla volontà testamentaria»²³⁶.

In questo caso, poi, il testatore può limitarsi a disporre la decadenza o può prevedere la sostituzione dell'inadempiente con altro erede o legatario²³⁷.

²³⁵ ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1949, 331

²³⁶ ANDREOLI, *ivi*, 333

²³⁷ Anche di recente, tuttavia, riprendendo l'impostazione di TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 154 ss, è stato sottolineato come non possano ritenersi appartenenti al *genus* delle disposizioni a titolo di pena tutte quelle che producono un effetto condizionante sulla volontà dell'erede o del legatario.

Quando, ad esempio, l'istituzione di erede o l'attribuzione a titolo di legato siano sospensivamente o risolutivamente condizionate ad un'azione od omissione dell'erede o del legatario è evidente l'effetto compulsorio dal momento che il conseguimento del vantaggio presuppone che il chiamato (o il beneficiario) si conformino alla volontà del testatore.

E, tuttavia, non può parlarsi tecnicamente di disposizione a titolo di pena.

In una diversa prospettiva, come anticipato, il testatore può stabilire, come conseguenza dell'inadempimento, una mera decurtazione del lascito, con o senza previsione di una sostituzione.

A questa possibilità si aggiunge, sempre con le medesime finalità compulsorie, quella di fare ricorso al *modus*.

Il testatore, cioè, può apporre, al legato o all'istituzione di erede, un onere finalizzato al soddisfacimento di un interesse economico o morale del testatore o di un terzo.

Per l'adempimento dell'onere è generalmente riconosciuta azione a qualsiasi interessato.

Inoltre, il testatore stesso, a norma dell'art. 648, co. 2, può autorizzare espressamente la risoluzione giudiziale della disposizione testamentaria per il caso di inadempimento.

Evidentemente il *modus*, pur conducendo ad un effetto coartante nella misura in cui il suo inadempimento può determinare persino l'inefficacia della disposizione cui sia apposto, è meno limitativo della condizione in quanto l'inefficacia in parola non opera automaticamente, ma dipende, in ogni caso, dall'attivazione del rimedio risolutorio.

Occorre, piuttosto, che il comportamento indicato dal testatore sia non tanto necessario al conseguimento del vantaggio (e tuttavia incoercibile, come accade per la condizione), quanto dovuto e, in altri termini, obbligatorio. In altri termini, «si può parlare di disposizione testamentaria *poenae nomine*, se l'efficacia della fattispecie è subordinata all'omissione di un comportamento da parte di un soggetto che vi è obbligato», In questo senso, v. VISALLI, cit., 537. In tal senso si esprime anche BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 738, il quale, pur escludendo l'ammissibilità, in generale, nel testamento delle c.c.d.d. "disposizioni odiose" (volte cioè a sanzionare l'inadempimento del *modus* o dell'onere), ribadisce, comunque, che «al di fuori della nozione di disposizioni punitive e di pena privata si collocano le condizioni testamentarie risolutive, pur quando l'evento dedotto in condizione sia una condotta positiva od omissiva dell'erede o del legatario», specificando, poi, che «anche le condizioni devono tuttavia rispettare i limiti generali di liceità degli atti di autonomia privata».

Per tali motivi, ove vi sia incertezza sulla natura condizionale o di mero *modus* di una disposizione accessoria, l'interprete dovrebbe sempre orientarsi, anche alla luce di un principio di conservazione della volontà testamentaria, in quest'ultimo senso.

Può osservarsi poi, come, in dottrina, sia stata argomentata l'ammissibilità di un contenuto sanzionatorio del testamento proprio sulla scorta dell'art. 648 c.c., il quale prevede, appunto, un'ipotesi di risoluzione della disposizione attributiva per il caso di inadempimento dell'onere imposto dal testatore.

Va, peraltro, sottolineato come la condizione o il *modus* debbano rispondere ai requisiti di liceità e, dunque, non essere in contrasto con norme imperative, di ordine pubblico e di buon costume.

Diversamente dalla disciplina degli atti *inter vivos* (considerando l'irripetibilità della volontà testamentaria e, quindi, l'esigenza di conservare le disposizioni *mortis causa*) l'illiceità (o l'impossibilità) delle clausole accessorie non determina l'inefficacia della disposizione attributiva (salvo il disposto di cui all'art. 626 c.c.).

Pertanto, ove illecite, esse vanno considerate come non apposte, restando pienamente efficace l'istituzione di erede o il legato.

Nel caso in cui, poi, per l'avveramento della condizione (mancata esecuzione di una certa prestazione da parte dell'erede o del legatario) o per l'inadempimento del *modus* il testatore abbia previsto una sostituzione, quest'ultima dovrà essere considerata inefficace, nella misura in cui non potrà mai realizzarsi il presupposto per la relativa operatività (dovendosi considerare come non apposte le clausole che incorporano la condizione o il modo)²³⁸.

²³⁸ ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., 335

3.6 Il legato *poene nomine*

Per quanto qui interessa, comunque, lo schema sanzionatorio che maggiormente si avvicina alla penale è il c.d. legato *poene nomine*.

Con esso il testatore si avvale della condizione non già per subordinare ad essa l'efficacia dell'istituzione di erede o il legato (prevedendo una decadenza per l'ipotesi in cui non sia osservato il comportamento richiesto dal testatore), ma piuttosto l'efficacia dell'attribuzione ad un terzo beneficiato, a carico dell'erede o del legatario inadempienti.

Restano perciò salvi l'*institutio* o il legato, ma l'inosservanza del comportamento richiesto mediante l'apposizione del *modus* o dell'onere, determina l'efficacia di un altro legato a favore di un ulteriore beneficiato, sospensivamente condizionato, appunto, all'inadempimento degli oneri imposti dal testatore²³⁹.

Qui l'effetto compulsorio prima, e quello sanzionatorio-repressivo poi, si realizzano attraverso la previsione dell'obbligo di eseguire una certa prestazione (a favore di un legatario, se obbligato è l'erede; di un *sub* legatario, se è tenuto il legatario) per il caso di inosservanza dell'obbligo principale trasfuso nel *modus*.

²³⁹ « Le disposizioni testamentari non devono necessariamente essere motivate dall'intenzione liberale di beneficiare i loro destinatari. Ma esse devono comunque avere ad oggetto l'attribuzione di beni o diritti. L'imposizione di obblighi è ammissibile solo se si tratta di obblighi posti a carico del successore a titolo universale o particolare. Prive di efficacia sono invece le disposizioni odiose, dirette all'imposizione di obblighi a carico di terzi che non siano né eredi né legatari. Nulle devono ritenersi le disposizioni punitive, volte a sancire una pena a carico dell'erede, del legatario o di terzi in conseguenza di una loro azione od omissione (es.: se non rispetterai la mia volontà dovrai dare metà del tuo patrimonio ai poveri, prestare assistenza ai moribondi, ecc.). La nullità trova ragione nella violazione del principio di parità reciproca che vieta ai privati di stabilire e infliggere pene». In questi termini, BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 738. Per una impostazione generale del problema relativo alla pena nel testamento, v. inoltre: CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Giuffrè, 1988; BIONDI, *Successione testamentaria*, in *Tratt. dir. rom.*, diretto da Albertario, Giuffrè, 1943, 209.

Per una trattazione del legato penale in diritto romano, v: MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, Roma 1909, XXI, 12 ss; LONGO, *Delle disposizioni testamentarie sotto forma di pena*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, 158

Sotto questo profilo il legato *poene nomine* rappresenta, fra le disposizioni testamentarie a titolo di pena, quella che maggiormente si avvicina alla clausola penale perché (almeno quando consista in un legato obbligatorio) ne deriva la nascita di una nuova obbligazione ove si verifichi l'inadempimento.

Sul punto va osservato come al centro di un acceso dibattito circa l'ammissibilità di un legato di tal genere, si sia posto il profilo relativo alla compatibilità fra volontà e funzione sanzionatoria da un lato e natura di liberalità del legato dall'altra.

Altra obiezione all'ammissibilità di un legato del genere si fonderebbe, poi, sulla circostanza che, mentre normalmente l'attribuzione nel legato è posta in obbligazione, conferendosi al legatario un diritto autonomo contro l'erede o sulla cosa, nell'ipotesi *de qua* l'attribuzione sarebbe posta in condizione, con l'effetto che la stessa sarebbe subordinata alla volontà dell'onorario di adempiere o meno il *modus*.

Inoltre, un legato *poene nomine*, diversamente da qualsiasi tipo di legato, non sarebbe rifiutabile, a meno di non voler svilire la funzione sanzionatoria cui è deputato.

Quest'ultima, infatti, risulterebbe inevitabilmente mortificata dall'eventualità della rinuncia da parte dell'onorario, considerando come lo scopo dissuasivo della "pena" possa essere realizzato soltanto ove ne risulti certa l'applicazione.

Tali obiezioni, ad ogni modo, non hanno impedito ad altra parte della dottrina di sostenere l'ammissibilità del legato *poene nomine*.

A tal proposito, ad esempio, si osserva che esistono altre ipotesi in cui la prestazione è rimessa alla discrezionalità o, comunque, al comportamento dell'erede o di un legatario (si pensi alla possibilità di scelta nel legato alternativo *ex art. 665 c.c.*).

Qui, a ben vedere, ricorrerebbero tutti i connotati tipici del legato. La disposizione, infatti, sarebbe a titolo particolare; il terzo onorario risulterebbe effettivamente arricchito; corrispondentemente l'erede o il legatario impoveriti e, inoltre,

ricorrerebbe comunque l'intento di liberalità, anche se essa è secondo alcuni solo conseguenza indiretta dell'effetto sanzionatorio.

Va poi osservato come non sia decisivo (ad escludere la natura di legato per una disposizione di tal fatta) che, nell'ipotesi in questione, la persona del terzo beneficiario del legato sarebbe indifferente per il testatore, avendo questi una mera volontà sanzionatoria (dell'onerato) e indicando un terzo legatario specifico al solo scopo di evitare la nullità del legato (e non già con intenzione attributivo-liberale).

Non può, infatti, ignorarsi come prevalga qui la struttura sulla funzione, onde appare incontestabile la natura di legato sospensivamente condizionato all'inadempimento del *modus*, con applicazione della relativa disciplina in punto di impossibilità o illiceità della condizione.

La figura, peraltro, sarebbe di grande attualità e utilità.

Un'obbligazione a carico dell'erede o del legatario per il caso di inadempimento del *modus*, infatti, rafforza il suo profilo precettivo quando, avendo il *modus* stesso ad oggetto una prestazione di fare infungibile, risulta inimmaginabile un'azione per l'adempimento, anche *ex art. 2932 c.c.*, dovendosi l'interessato limitare a chiedere il risarcimento del danno (quando non sia possibile la risoluzione giudiziale).

La "minaccia" di una prestazione "alternativa" a quella rimasta ineseguita potrebbe, in effetti, spiegare un effetto compulsorio soddisfacente sull'onerato il quale, per sottrarsi alla prestazione oggetto del legato, ha tutto l'interesse ad adempiere il *modus*.

E' stato richiamato, a tal riguardo, il caso in cui il *modus* consista in un obbligo di non fare concorrenza: il legato *poene nomine* serve qui a garantire la coercizione, ricorrendo, altrimenti, solo il risarcimento del danno.

Inoltre, non occorre la prova della colpa, come accade, invece, ai fini della risoluzione dell'attribuzione cui sia apposto un *modus*.

Il legato in parola, peraltro, può rendere coercibile il *modus* non patrimoniale.

Perciò conserverebbe una certa utilità anche oggi che avverso il relativo inadempimento è riconosciuta tutela. Tutela che potrebbe dimostrarsi insufficiente nella misura in cui la non patrimonialità pone problemi di quantificazione del risarcimento.

Il legato in questione, pertanto, si piega a più di un'esigenza e non rappresenta ormai soltanto un espediente per offrire tutela ai c.c.d.d. nudi patti senza azione.

Passando alle questioni applicative, va rilevato che, quando si verifica l'inadempimento del *modus*, vengono in rilievo due posizioni in conflitto di interessi.

Da un lato, infatti, c'è il soggetto a cui vantaggio sarebbe stata rivolta la prestazione dedotta nel *modus* e che può, pertanto, avere interesse ad agire per l'adempimento o per la risoluzione dell'istituzione di erede (o del legato).

Dall'altro c'è invece il legatario *sub* condizione sospensiva dell'inadempimento dell'onerato, per il quale, invece, quest'ultimo evento patologico rappresenta la *condicio* perché assuma efficacia la disposizione attributiva in suo favore.

Il conflitto si risolve nel senso che il legatario deve dimostrare, per ottenere la prestazione, l'inadempimento del *modus* e perciò ha l'onere di citare nel giudizio di condanna l'onorato (dal *modus*).

Se questi, in quella sede, agisce per l'adempimento, impedisce la condanna alla prestazione a titolo di pena (in favore del legatario *sub* condizione – attore).

Se chiede la risoluzione dell'istituzione di erede l'onere trasla sul nuovo onerato e si sposta il problema.

Se l'onorato (dal *modus*), citato in giudizio dal legatario che agisca per l'adempimento della prestazione a titolo di pena, non si costituisce, anche nei suoi confronti si crea un giudicato relativamente alla condanna al pagamento *poene nomine*.

Se, poi, l'onerato inadempiente al *modus* (si pensi all'erede obbligato) adempia *extra-giudizialmente* la prestazione dedotta nel legato penale (“alternativa” all'adempimento del *modus*), assume il rischio della futura azione di adempimento del *modus* proposta dall'onorato insoddisfatto²⁴⁰.

3.7 Introduzione al problema dell'applicabilità al legato *poene nomine* delle norme in tema di clausola penale.

Descritta, in questi termini, la struttura e la funzione del legato *poene nomine*, resta da fare qualche breve osservazione sulla disciplina applicabile, considerando la particolarità della disposizione in parola che rappresenta, comunque, estrinsecazione di una manifestazione di ultima volontà, con tutti i problemi che ne derivano in termini di ermeneutica e di principi di conservazione.

Se, in effetti, già con riferimento alla penale contrattuale, non sono mancate voci in dottrina - pur dopo l'arresto delle Sezioni unite - contrarie all'intervento diffuso del giudice sugli atti di autonomia privata (escludendosi un rilievo *ex officio* della manifesta eccessività e un consequenziale potere riduttivo), con riferimento alle disposizioni testamentarie la questione sembra assumere connotati ancor più delicati, sia sotto il

²⁴⁰ In argomento, v., per tutti, CANDIAN, cit., il quale, peraltro, sotto il profilo della disciplina applicabile, nel richiamare le norme dettate dal codice in tema di clausola penale, osserva come problemi di sorta non si pongano con riferimento all'applicazione analogica dell'art. 1382 c.c. che, essendo relativo all'effetto risarcitorio (limitativo) della penale, non può operare in ipotesi in cui la funzione è solo sanzionatoria. Non si porrebbe, poi, secondo l'A., neppure un problema di applicazione analogica dell'art. 1383 c.c., relativo al divieto di cumulo fra prestazione e penale poiché gli attributari dell'una e dell'altra sono diversi. Unico problema lo porrebbe, piuttosto, l'art. 1384 c.c. circa la ridicibilità. Si sottolinea, in proposito, che secondo alcuni la norma in questione avrebbe natura eccezionale, risultandone, pertanto, inammissibile l'applicazione analogica. Per altri, invece, costituirebbe regola generale circa il controllo dell'ordinamento sulle sanzioni, onde sembrerebbe doversene ammettere l'applicazione analogica. Ma sul punto v. *infra*, par.3.12

profilo dell'intangibilità della volontà testamentaria, sia nella prospettiva di una netta e più generale differenziazione fra regole applicabili agli atti *inter vivos* e norme che governano quelli *mortis causa*.

Il problema, in altri termini, è quello di stabilire, *in primis*, l'applicabilità delle regole relative agli atti *inter vivos* anche con riferimento agli atti *mortis causa*.

Pur risolto positivamente il dubbio, poi, occorre soffermarsi, in particolare, sulla natura del legato *poene nomine*.

E' necessario, in altri termini, verificare se esso vada considerato un semplice legato o un negozio indiretto o ancora una vera e propria sanzione, alla luce della teoria della causa concreta, perché solo alla luce di una corretta individuazione della sua natura è possibile stabilire, in astratto, quale sia la disciplina ad esso applicabile (eventualmente quella della penale, *ex artt. 1382 ss.*)

Evidentemente, un legato non dovrebbe essere riducibile, mentre se la funzione effettiva fosse quella della penale, potrebbe porsi un problema – almeno in linea teorica – di riducibilità²⁴¹.

In un altro senso ancora, poi, aderendo all'impostazione secondo la quale la penale costituirebbe un mero patto di forfetizzazione del risarcimento o una transazione preventiva - e non già una sanzione - il problema della riduzione non si porrebbe poiché la stessa avrebbe la finalità precipua di offrire tutela avverso la sproporzione oggettiva nella sola misura in cui costituisca l'esito dello squilibrio soggettivo fra i contraenti.

²⁴¹ Pur risolta positivamente la questione circa la natura sanzionatoria della disposizione e l'applicabilità (in termini soltanto astratti) delle regole in tema di contratto alle disposizioni a causa di morte, viene in rilievo il conseguenziale problema della riducibilità e dei limiti della prestazione deducibile nella penale, prima, e nel legato (evidentemente) poi, alla luce della natura inderogabile dell'art. 1384 c.c. che comporterebbe la nullità di tutte le disposizioni punitive naturalmente indivisibili.

Può poi anticiparsi, come ad un'attenta analisi, appaiano riferibili anche a questi ultimi casi le considerazioni espresse dalla dottrina in punto di conservazione del negozio commissorio mediante applicazione *ex lege* dello schema marciano. Ma sul punto, v. *infra*, par. 3.11

Il testamento, infatti, è un atto unilaterale cui non partecipano l'istituto o il legatario onerati, onde non potrebbe venire in rilievo un approfittamento della situazione di debolezza di una delle parti in vista del quale l'ordinamento offrirebbe la tutela riduttiva.

3.8 Sull'applicabilità al testamento delle regole in tema di contratto

Orbene, l'art. 1324 c.c. prevede che «salvo diverse disposizioni di legge le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale».

Sotto questo profilo, dunque, occorre chiedersi entro quali limiti la norma *de qua* valga ad escludere l'applicabilità della disciplina contrattualistica agli atti *mortis causa*.

In proposito è stato osservato come il richiamo ai solo atti *inter vivos* non sia significativo di una sorta di impermeabilità della disciplina successoria rispetto alle regole che governano il contratto.

Invero, la norma in questione tiene semplicemente in considerazione la circostanza che le successioni sono regolate da principi propri, in parte diversi da quelli degli atti *inter vivos*, e giustificati dai particolari interessi sottesi alla materia.

L'interprete, pertanto, dovrà fare riferimento ai detti principi, per superare una lacuna di disciplina positiva.

Ciò, però, non esclude la possibilità che, mancando un principio alla luce del quale superare il *vulnus* legislativo, trovino applicazione quei principi propri del

contratto, nella misura in cui non risultino incompatibili col sistema di valori comunque espresso per gli atti *mortis causa*²⁴².

L'applicabilità delle regole contrattualistiche in materia successoria, così prospettata, non vale a considerare ammissibile la penale testamentaria in senso proprio (il che già appare escluso per tutto quanto su riferito), quanto piuttosto a rendere attuale la questione della disciplina applicabile al legato *poene nomine*.

Va, in altri termini, verificato *in primis* se il legato, svolgendo una funzione eminentemente punitiva, perda il suo connotato tipico attributivo e divenga, quindi, in sostanza, una disposizione punitiva, discendendone, eventualmente, la necessità di applicare le regole previste per la penale.

La questione, però, investe la più complessa tematica del negozio indiretto, sul quale, pertanto, si impone qualche riflessione.

²⁴² In tal senso, BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit., 739 secondo il quale «il testamento trova nel codice un'apposita disciplina, la disciplina legislativa del testamento costituisce un insieme sistematico dal quale è possibile trarre principi idonei a disciplinare le ipotesi non precisamente regolate. In mancanza possono anche trovare applicazione principi della materia contrattuale. La legge dichiara espressamente applicabili le norme sui contratti agli atti unilaterali "tra vivi" 1324. Questa delimitazione tiene conto dell'apposita disciplina testamentaria e della necessità di rifarsi ai principi specifici di tale disciplina. Occorre tuttavia rilevare che la materia testamentaria rientra pur sempre nell'ambito dell'autonomia negoziale. Ora, appunto, quando non soccorrono regole proprie della disciplina testamentaria possono trovare applicazione le norme sui contratti che risultino congrue in relazione alla struttura e alla funzione del negozio testamentario».

In proposito, cfr. anche BIGLIAZZI GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, 1993, 53, la quale, riferendosi al testamento, sottolinea come «resta il dato di fatto della sua peculiare disciplina. Rispetto alla quale dovrebbe tuttavia porsi solo un problema di "integrazione" per la via dell'estensione analogica (art. 12, 2 comma, disp. prel. al cod. civ.) mediante quella dettata per il contratto e di coordinamento con questa. L'applicabilità della quale all'atto di ultima volontà, nei casi in cui la disciplina speciale faccia difetto e nei limiti di una *compatibilità* del resto in ogni caso imposta (quand'anche dovesse cioè trattarsi di atti unilaterali *inter vivos*) parrebbe essere consentita dall'appartenenza delle due figure alla comune piattaforma del negozio»

3.9 Il legato *poene nomine* come disposizione (negoziale) indiretta (mente penale): conseguenze applicative

Col negozio indiretto, i soggetti si avvalgono di una struttura negoziale tipica normalmente deputata al perseguimento di certi fini e, tuttavia, nell'occasione specifica, piegata al soddisfacimento di un diverso interesse²⁴³.

Si parla, in proposito di eccedenza del fine rispetto al mezzo, specularmente all'ipotesi inversa del negozio fiduciario in cui si assiste, piuttosto, ad un'eccedenza del mezzo rispetto al fine.

Sotto questo profilo, anche di recente, è stata sottolineata la difficoltà, avvertita in dottrina²⁴⁴, ad attribuire una certa utilità alla categoria in questione poiché, identificando causa e tipo « lo scopo ulteriore, che le parti intendono perseguire con il negozio indiretto, sarebbe da relegarsi nell'ambito dei motivi, come tale irrilevante». Si osserva, infatti, che secondo l'impostazione tradizionale, «essendo la causa, quale funzione economico-sociale, predeterminata, o più propriamente tipizzata, dal legislatore, lo scopo ulteriore non potrebbe entrare nel profilo causale, ma ne rimarrebbe al di fuori quale mero elemento psicologico»²⁴⁵.

In questi termini «risulta, cioè, difficile colmare la distanza tra il negozio mezzo utilizzato (es. vendita), caratterizzato da una sua causa propria, e il fine ulteriore che si persegue (es. donazione), in quanto “gli scopi ulteriori o indiretti, i motivi del negozio, o non acquistano rilevanza giuridica, e allora, evidentemente, non possono servire a

²⁴³ Per una ricostruzione del negozio indiretto si veda AURICCHIO, *Negozio indiretto*, in *Noviss. dig. it.*, XI, 1965; DI PAOLO, *Negozio indiretto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, 1995; e BIANCA, *Il contratto*, cit., 485.

²⁴⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto*, in *Foro it.*, 1931, I, 176. Al riguardo si veda anche CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, 1996, 83.

²⁴⁵ In tal senso, di recente, MILONE, *Sulla differenza tra negotium mixtum cum donatione e negozio simulato: le modalità di riduzione*, in *Foro napoletano*, 2013, 1

Per una definizione della causa nei termini suddetti, v. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Utet, 1960.

determinare una nuova figura di negozio, o l'acquistano e con ciò stesso inevitabilmente si tramutano in causa trasformando il negozio, che non può, pertanto, considerarsi semplicemente indiretto". Da ciò se ne dedurrebbe l'inutilità della figura del negozio indiretto, perdendo lo stesso ogni autonomia».

E tuttavia non si è mancato di porre in rilievo il superamento di tali obiezioni, proprio alla luce della teoria della causa astratta.

Le parti possono «piegare un negozio al conseguimento di un fine ulteriore, che trascenda dal primo, mediante un esplicito accordo (*rectius* negozio), contenuto nel negozio mezzo, con cui si colmi la distanza tra il tipo utilizzato e il suddetto scopo».²⁴⁶

E' stato del pari ritenuto, però, che, alla luce della teoria della causa in concreto, secondo la quale la causa del contratto consiste nella funzione economico individuale, venendo in rilievo il concreto interesse sottostante al programma contrattuale²⁴⁷, «non è più necessario ricorrere alla distinzione tra causa del negozio mezzo e scopo ulteriore, in quanto, quest'ultimo, entrerebbe nel congegno causale»²⁴⁸

Resta da sottolineare, comunque, che a voler ammettere la categoria generale del negozio indiretto, la relativa disciplina da applicare pare condizionata dal fine (inteso come causa) che le parti vogliono perseguire.

²⁴⁶ MILONE, *ibidem*, il quale, ricostruendo l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul punto richiama, fra gli altri, il pensiero di TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicc. Messineo*, Giuffrè, 2006, 28, secondo il quale «il negozio indiretto presenta, con il negozio in *fraudem legis*, quest'elemento comune, costituito dalla combinazione fra negozi: questa combinazione, allorchè è attuata a scopo indiretto, è caratterizzata dal vincolo di subordinazione o dipendenza reciproca dei negozi tra loro collegati»; nonché quello di PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim.*, 1950, 299.

²⁴⁷ Si veda fra tutti FERRI, *Causa e tipo*, Giuffrè, 1968, 249; e BIANCA, *Il contratto*, cit., 452 ss. In giurisprudenza, cfr. CASS., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, con nota di ROLFI; CASS., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Notariato*, 2010, p. 40 ss., con nota di LA PORTA; CASS., 27 luglio 1987, n. 6492, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Contratto in genere», c. 1740, n. 365.

²⁴⁸ MILONE, *ivi*, al riguardo, riprende le considerazioni di BIANCA, *Il contratto*, cit., 486, il quale rileva che «se si ha riguardo alla causa concreta del negozio è agevole accertare che il fine ulteriore incide su tale causa», in quanto nella vendita mista a donazione l'intento di liberalità si sostituisce alla causa della vendita, seppur limitatamente alla parte gratuita dell'attribuzione. In tal senso anche CACCAVALE, *La donazione mista*, in *Notariato*, 2000, 526.

In tal senso, allora, troveranno applicazione le norme formali del negozio – mezzo e quelle sostanziali del negozio – fine²⁴⁹.

A questo punto è possibile, forse, riconsiderare la questione relativa alla disciplina del legato *poene nomine*.

Non può, l'interprete, in effetti, per tutto quanto su detto, ignorare l'incidenza che il fine concreto (punitivo) del legato ha sulla disciplina dell'intera disposizione attributiva.

Se, evidentemente, il legato *poene nomine* è uno strumento nelle mani del testatore per ottenere un effetto compulsorio e sanzionatorio sull'onerato (il quale è spinto all'adempimento del *modus* - o dell'onere - dalla prospettiva di una certa consolidazione degli effetti della disposizione attributiva a vantaggio del terzo, legatario *sub* condizione sospensiva, e a carico suo, per il caso di inadempimento), allora non può non considerarsi come esso rappresenti quanto meno il “mezzo” per raggiungere il “fine” punitivo e, in questi termini, dovrebbe ritenersi applicabile la disciplina sostanziale della penale.

Pur aderendo, poi, alla teoria della causa in concreto (e, perciò, respingendo la categoria del negozio indiretto), la questione non sembra porsi in termini diversi.

Infatti, se il legato *poene nomine* rappresentasse in sé e per sé una penale, a maggior ragione risulterebbe ad esso applicabile la relativa disciplina²⁵⁰ (almeno in linea astratta,

²⁴⁹ Con riferimento al *negotium mixtum cum donatione*, ricostruito in termini di negozio indiretto, è stato sostenuto «sulla scia di coloro che si sono occupati delle fattispecie in frode alla legge, che l'ordinamento positivo tende a disciplinare non già l'atto, strumentalmente utilizzato, ma il risultato che concretamente si persegue. Pertanto, al negozio indiretto risultano applicabili le norme sostanziali, tipiche del negozio in cui si identifica lo scopo ulteriore, e quindi, per le fattispecie miste a donazione, gli artt. 737 e 809 c.c., non essendo, invece, necessario, rispettare la forma dell'atto pubblico, richiesta solo per “quei contratti che, per così dire anche ufficialmente [...] si presentano come donazioni”». In tal senso MILONE, cit.-----

²⁵⁰ «Nella disposizione a titolo di pena i motivi non rilevano in quanto tali, ma entrano a far parte della struttura e della funzione costante della disposizione: l'irrogazione di una sanzione, di una pena a carico dell'onerato è il risultato logico e consequenziale di un collegamento di disposizioni. La volontà di punire entra perfettamente nello stampo della disposizione (penale) accessoria ad altra disposizione: e le disposizioni così collegate coprono interamente il terreno della concreta volontà di punire. Tra la volontà

dovendosi comunque verificare se non ostino all'applicazione di singole norme – fra cui, ad esempio, l'art. 1384 c.c. - diverse ragioni, come pure si avrà modo di vedere di qui a poco).

3.10 Limiti di liceità del legato *poene nomine* : il problema dell'oggetto

A questo punto dell'indagine, però, va fatta una precisazione.

Se si ritiene di aderire a quell'impostazione secondo la quale non sono ammesse le c.c. d.d. disposizioni odiose nel testamento, in quanto integrano una violazione del principio di parità reciproca²⁵¹, allora non sarebbe comunque ammesso il legato in parola, così come ogni altra disposizione che abbia uno scopo sanzionatorio.

Ove, invece, si ritenga di superare questa preliminare presa di posizione, allora risulterebbe inevitabile l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1382 ss. cod. civ.

Orbene, superato nei termini anzidetti il problema di compatibilità fra la materia successoria e la disciplina del contratto, occorre verificare se risulti applicabile la regola della riduzione *ex* art. 1384 cod. civ. al legato *poene nomine*, considerando il significato che la norma in parola, peraltro, assume alla luce della presente analisi.

In effetti, aderendo all'impostazione di recente recepita dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, non potrebbe escludersi che la regola di riduzione risulti applicabile anche rispetto al legato di valore manifestamente eccessivo, tenuto conto dell'interesse che il testatore aveva all'adempimento del *modus* al momento della relativa previsione.

e lo schema vi è perfetta coincidenza; non vi è eccedenza della volontà sulla schema o viceversa» Le disposizioni testamentarie a titolo di pena costituiscono perciò pene private. In tal senso TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit..

²⁵¹ BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, cit.,738.

Se alla base della massima espressa dalla Suprema Corte c'è il convincimento circa la sussistenza di un potere ufficioso del giudice di verificare la meritevolezza della previsione sanzionatoria, riducendola ove superi la relativa soglia, allora questo potere dovrà essere sempre riconosciuto, anche rispetto a disposizioni irripetibili quali quelle testamentarie (soprattutto considerando che la *reductio* è in linea con lo spirito di conservazione del negozio, poiché non si pone in rilievo una questione di validità, ma solo di eccessività da ricondurre ad equità)²⁵².

A questo punto merita qualche riflessione la questione relativa all'oggetto del legato, indissolubilmente legata a quella più generale della prestazione deducibile nell'accordo penale.

Se, infatti, le considerazioni che precedono valgono ad aprire uno spiraglio all'applicazione (in linea astratta) delle regole in tema di penale contrattuale alle c.c.d.d. disposizioni a titolo di pena (invocando la figura del negozio indiretto o, comunque, la teoria della causa in concreto), allora non potranno che estendersi al legato gli stessi limiti che governano la penale contrattuale²⁵³.

In proposito, è stato osservato in dottrina come, nonostante, l'art. 1382 cod. civ. faccia un generico riferimento alla "prestazione" (cui è tenuta, in virtù dell'accordo

²⁵² In generale, sulla revisione del rapporto in funzione conservativa del medesimo, attuata mediante strumenti di adeguamento (quali la riduzione ad equità, l'equa modificazione delle condizioni del contratto, la riduzione del prezzo) e di rinegoziazione, cfr. TOMMASINI, «Revisione del rapporto», in *Enc. dir.*, XV, 1989, 104; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1966, spec. 72; CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Esi, 2000, spec. 58; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 774 ss; PARRINELLO, *Obbligatorietà del vincolo e squilibrio delle prestazioni nei contratti tra imprenditori: riflessioni sui Principi Unidroit*, in Tommasini, *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Giappichelli, 2003, 435

«Pur in presenza di vizi del processo volitivo che potrebbero condurre a invalidare l'atto, "si coglie una generale tendenza a conservarne l'efficacia vincolante, piuttosto che a favorirne l'eliminazione». Così PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass dir civ.*, 2003, 3, 714 che cita nel virgolettato, DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Esi, 2000, 193

²⁵³ La questione viene affrontata soltanto in questa sede, peraltro (pur essendo di carattere generale) perché, tendenzialmente, nell'ambito successorio è più probabile che la prestazione (dovuta a titolo di pena) consista nel trasferimento di un diritto reale, onde si pone in concreto il problema dell'oggetto della disposizione (rappresentato generalmente da una somma di danaro, invece, nelle penali contrattuali).

penale, la parte inadempiente al contratto) senza definire compiutamente quale possa esserne l'oggetto, sia corretto ritenere che sussista un limite implicito al riguardo²⁵⁴.

La penale, cioè, potrebbe avere ad oggetto soltanto una somma di danaro (o al limite una certa quantità di cose fungibili).

In effetti, il giudizio di liceità della clausola, non va condotto soltanto con riferimento al suo oggetto in astratto, giacché non necessariamente un oggetto lecito e possibile assicura gli stessi predicati all'intero contratto.

La penale, nel suo complesso, non deve, infatti, porsi in contrasto con le norme imperative dell'ordinamento perché, diversamente, si esporrebbe al vizio di nullità *ex art.* 1418 c.c.

In una simile prospettiva, allora, la penale non potrebbe avere ad oggetto cose diverse dal danaro, pena la violazione del divieto del patto commissorio di cui all'*art.* 2744 c.c.²⁵⁵

Sebbene, infatti, la penale abbia un'efficacia meramente obbligatoria e non già reale (onde non avrebbe come effetto immediato il trasferimento della proprietà, ma solo l'insorgenza di un obbligo di trasferire), la possibilità che il creditore insoddisfatto si avvalga dell'esecuzione in forma specifica, *ex art.* 2932 cod. civ., rispetto alla quale il debitore non può che soccombere - discendendo l'effetto traslativo direttamente dalla sentenza giudiziale sostitutiva del consenso non prestato²⁵⁶ - rende evidente l'omogeneità (quanto meno negli effetti) fra la clausola *de qua* e il patto commissorio²⁵⁷.

²⁵⁴ Cfr. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 390

²⁵⁵ Sulla portata del divieto vedi *supra*, capitolo II

²⁵⁶ Volendo richiamare qui la figura del preliminare, dal quale pur discende l'obbligo a trasferire, con invocabilità della sentenza *ex art.* 2932 c.c., si ricordi, in effetti, come dal preliminare stesso discenda un « diritto potestativo alla produzione, mediante sentenza, degli effetti finali, i quali non possono che essere reali, dovendosi prescindere dalla volontà dell'altro promittente, che è in stato di soggezione, e quindi dall'adempimento» GAZZONI, *Il contratto preliminare*, cit., 20

²⁵⁷ MARINI, *La clausola penale*, cit., 131

Per altro verso, poi, norma inderogabile (e dunque imperativa *ex art.* 1418 cod. civ.) proprio in tema di penale, sarebbe l'art. 1384 cod. civ., nella parte in cui riconosce il potere del giudice di ridurre la penale che sia manifestamente eccessiva, tenuto conto dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

E' negozio non censurabile, quindi, in quanto dotato di meritevolezza tipica, soltanto la penale "riducibile".

Diversamente, «la penale non riducibile realizza mediante un oggetto, in sé lecito e possibile, una funzione che contrasta con la norma dell'art. 1384 c.c. e, quindi, con l'esigenza, connaturale ad una sanzione riservata all'autonomia privata, di un controllo giudiziale»²⁵⁸.

3.11 L'intervento del giudice alla luce del patto marciano

Invero, questa impostazione deve forse fare i conti, oggi, con le evidenti aperture operate in giurisprudenza e in dottrina in relazione all'ammissibilità del c.d. patto marciano²⁵⁹.

²⁵⁸ Così MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 374 il quale peraltro sottolinea come «l'effetto limitativo del risarcimento, il divieto di cumulo con la prestazione principale e – per l'appunto – la riducibilità dell'obbligazione penale» rappresentino «veri e propri limiti della funzione penale, in quanto funzione sanzionatoria privata» onde «l'illiceità della clausola che dà titolo alla penale non riducibile può derivare da una ragione specifica di nullità, come ad esempio, l'elusione del divieto del patto commissorio; ma, anche se non derivi da una più grave e specifica ragione, va individuata in una ragione più generale esprimibile, a tenore dell'art. 1322, c. 2, c.c., nella non meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Problemi analoghi, poi, sorgerebbero anche per le prestazioni di fare o non fare, sebbene l'A. sembri adombrare la possibilità di intereventi riduttivi del giudice quando afferma che non può generalizzarsi, con riferimento a questi tipi di prestazioni, l'inconciliabilità con la regola di cui all'art. 1384 cod. civ.

²⁵⁹ In giurisprudenza, v.: CASS., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Contratti*, 1996, 28 ss.; CASS., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Foro it.*, 1956, I, c. 11 ss.; CASS. 30 marzo 1954, n. 988, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce «Vendita», n. 99; CASS., 21 giugno 1946, n. 732, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c.32 ss.

In dottrina, cfr., fra gli altri: LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, 1952, 71; ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in NICOLÒ, ANDRIOLI e GORLA, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, VI, *Tutela dei*

In via del tutto preliminare, giova qui ricordare come sia il patto commissorio (nullo *ex art. 2744 cod. civ.*) che il patto marciano (di cui si ritiene l'ammissibilità, appunto) costituiscano «convenzioni accessorie delle garanzie reali che comportano, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita, il trasferimento definitivo al creditore del bene conferito in garanzia» con la differenza sostanziale che «mentre la prima ricollega al trasferimento della proprietà l'estinzione dell'obbligazione garantita, la seconda comporta invece la stima del bene e l'imputazione del suo valore al pagamento del debito garantito, con l'ulteriore conseguenza che, qualora il valore del bene sia superiore al credito, il debitore ha diritto alla restituzione dell'eventuale differenza, ovvero che, nel caso opposto, l'obbligazione si estingue solo parzialmente»²⁶⁰

Di fronte al un giudizio di meritevolezza dell'accordo marciano, non si è mancato di prospettare come, in fondo, la sanzione della nullità del patto commissorio si presenti «decisamente eccessiva, o meglio, sproporzionata, fino al punto da risultare potenzialmente sfavorevole anche per lo stesso soggetto che vuole tutelare, che potrebbe avere interesse all'operare di un meccanismo solutorio fondato sulla vicenda traslativa di un bene, come accade appunto nel patto commissorio».

Si sottolinea come «pertanto la soluzione che si mostra più efficace per contemperare gli interessi coinvolti nelle fattispecie, è quella che ripudi la sanzione della nullità prevista per il patto commissorio dagli artt. 2744 e 1963 cod. civ., e opti invece per l'operatività *ex lege* di un meccanismo solutorio che, pur basandosi sulla medesima vicenda traslativa, imponga la stima del bene e ne imputi il giusto valore al pagamento del debito, attraverso uno schema che si identifica con quello del patto marciano»²⁶¹

diritti, art. 2740 -2899, Zanichelli, 1958, 54; BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 202 ss.; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, 1996, 429 ss.

²⁶⁰ In tal senso CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., 2000, 11

²⁶¹ CIPRIANI, *ivi*, 209

Una soluzione di tal fatta, sembrerebbe opportuna anche alla luce del principio di solidarietà espresso dalla Costituzione e di quello di proporzionalità, di matrice comunitaria.

E', infatti, alla luce dell'art. 2 Cost. che devono essere interpretate le norme di diritto privato al fine di assicurare un effettivo contemperamento fra le parti del contratto. In questo senso, la sanzione della nullità appare eccessiva rispetto all'interesse ad essa sotteso e finisce per pregiudicare ingiustificatamente la posizione del creditore. Il principio di proporzionalità, poi, diviene un predicato della solidarietà perché, evidentemente, solo una ragionevolezza della sanzione assicura il contemperamento degli interessi in gioco.

D'altra parte, la rigidità del sistema delle garanzie nell'ordinamento interno, anche rispetto alla normativa di altri Stati del mercato unico europeo, è «potenzialmente idonea a produrre alterazioni della concorrenza e a costituire un ostacolo al perseguimento delle stesse finalità dell' U.E.»²⁶²

La soluzione proposta in dottrina, appena illustrata, non è priva di conseguenze anche sul giudizio di validità della clausola penale.

Infatti, nei termini suddetti, risulterebbe lecito anche l'accordo avente ad oggetto la prestazione di dare un bene (finanche indivisibile).

Se le ragioni ostative all'ammissibilità di una penale del genere sono sempre state rinvenute nel contrasto (anche solo indiretto) col divieto del patto commissorio, *ex art. 2744 cod. civ.*, o comunque con la norma inderogabile di cui all'art. 1384 cod. civ., nella parte in cui l'infungibilità o l'indivisibilità della *res* ostacolerebbero l'intervento riduttivo del giudice, è evidente il loro superamento alla luce della prospettata operatività, *ex lege*, dello schema marciano.

²⁶² CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit., 296

Sussisterebbe, cioè, sempre un potere del giudice di addivenire alla stima del bene e di imporre la restituzione dell'eccedenza al debitore.

Così ragionando, però, a ben vedere, dovrebbe ammettersi la validità di una penale che abbia ad oggetto una prestazione di dare un bene determinato ma indivisibile, dal momento che in questi casi non sussisterebbero ostacoli per l'intervento riduttivo del giudice.

Nei termini appena riportati, allora, può forse adombrarsi qualche riflessione conclusiva sui limiti di ammissibilità del legato *poene nomine*.

Riprendendo i termini della questione e procedendo per ordine logico, val la pena sottolineare che, alla luce della prospettiva proposta, al testamento risultano applicabili le regole del contratto, ove ricorra una lacuna di disciplina e nei limiti della compatibilità col sistema successorio.

Ricostruendo, secondo l'impostazione su riferita, il legato in questione come una disposizione negoziale indiretta volta, mediante l'attribuzione (negozio-mezzo) a comminare una sanzione (negozio-fine), risulta applicabile la disciplina della clausola penale, compresa la norma relativa alla riducibilità, *ex art. 1384 cod. civ.*

Con riferimento all'oggetto del legato, poi, esso incontrerebbe gli stessi limiti posti all'autonomia privata (in via implicita) sotto il profilo dell'oggetto della clausola penale.

In questi termini, dovrebbe ritenersi nullo il legato *poene nomine* avente ad oggetto la prestazione di dare una *res* indivisibile o comunque tale da non consentire l'intervento riduttivo del giudice²⁶³.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, tuttavia, va fatta una puntualizzazione alla luce della soluzione proposta in dottrina in tema di patto commissorio.

²⁶³ Quando abbia, ad esempio, ad oggetto un fare o un non fare.

Come anticipato, infatti, secondo una recente impostazione, ove si ammetta il patto marciano, non vi sarebbero ragioni per negare l'operatività *ex lege* di un meccanismo che ne richiami lo schema, salvando così dalla censura di nullità il patto commissorio.

Negli stessi termini, il meccanismo di riequilibrio potrebbe essere applicato anche alla penale, evitando che la natura indivisibile del bene da trasferire in caso di inadempimento, ostacoli un intervento riduttivo del giudice.

Se, quindi, il legato *poene nomine*, secondo i principi in tema di negozio indiretto (o comunque alla luce della teoria della causa in concreto), risulta assoggettato alle stesse regole valide per la penale, non ci sarebbero motivi per predicarne la nullità quando abbia ad oggetto un obbligo di dare la *res* indivisibile.

3.12 La riducibilità come controllo di asimmetrie soggettive: limiti di applicazione nella disciplina testamentaria

A questo punto della trattazione, risulta inevitabile considerare l'intera problematica della riducibilità delle disposizioni punitive testamentarie alla luce della diversa impostazione proposta (*supra*, cap. II, par. 2.8) secondo la quale la *reductio* giudiziale non si fonderebbe su un'esigenza di controllo di meritevolezza della sanzione (come sostenuto dalle Sezioni unite del 2005), quanto sulla necessità di rimediare ad iniquità oggettive che siano conseguenze di asimmetrie soggettive.

Pare allora necessario partire proprio dall'impostazione della Cassazione (che si intende qui superare), per poi affrontare con maggiore chiarezza la questione nella diversa prospettiva adombrata.

Come osservato nel paragrafo precedente, aderendo all'impostazione seguita dalla Cassazione, con riferimento alla riducibilità *ex officio* della penale, risulta ben difficile escludere il controllo giudiziale sul legato *poene nomine*, perché l'art. 1384 cod. civ. - applicabile anche alla disposizione attributiva indiretta(mente) punitiva – costituirebbe regola generale di controllo sulla meritevolezza delle pattuizioni private.

La Cassazione, infatti, in quell'occasione ha chiarito come «la legge, nel momento in cui ha ampliato l'autonomia delle parti, in un campo normalmente riservato alla disciplina positiva, ha riservato al giudice un potere di controllo sul modo in cui le parti hanno fatto uso di questa autonomia» e, così, «ha in sostanza spostato l'intervento giudiziale, diretto al controllo della conformità del manifestarsi dell'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa è consentita, dalla fase formativa dell'accordo - che ha ritenuto comunque valido, quale che fosse l'ammontare della penale - alla sua fase attuativa, mediante l'attribuzione al giudice del potere di controllare che la penale non fosse originariamente manifestamente eccessiva e non lo fosse successivamente divenuta per effetto del parziale adempimento»²⁶⁴.

In questi termini «può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità».

Il giudice, pertanto, riconduce l'accordo «nei limiti in cui esso appare meritevole di ricevere tutela dall'ordinamento».

Si è detto, però, come la riferibilità degli effetti della clausola penale al momento patologico del rapporto non consente di sorvolare sugli altri istituti, la cui sede naturale

²⁶⁴ CASS., SEZ. UN., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

pure pare essere quella dell'inadempimento e che, se la penale rientra nel *genus* dei negozi distorsivi degli effetti normali dell'inadempimento, può ulteriormente selezionarsi, fra gli istituti che vi appartengono, quelli che si caratterizzano per la circostanza che precedono (quanto al perfezionamento negoziale e non già ai relativi effetti) il momento dell'inadempimento stesso.

E' stato, infine, sottolineato come a tal riguardo risulti opportuno un confronto con la disciplina in tema di divieto del patto commissorio, *ex art.* 2744 cod. civ., e che, ragionando sulla norma *de qua*, può osservarsi come essa ci insegni che lo squilibrio economico diventa rilevante per l'ordinamento giuridico e giustifica un intervento del giudice soltanto quando costituisca il risultato di uno squilibrio soggettivo fra le parti, in quanto il patto a condizioni inique è, in tal caso, funzionale ad ottenere la prestazione dedotta nel contratto principale. E' stato poi evidenziato come, in effetti, quando la pattuizione a prestazioni sperequate sia successiva all'insorgenza dell'inadempimento, come pur può accadere per la *datio in solutum* o la transazione, non si ponga alcun problema di riequilibrio, risultando, in particolare, la transazione non impugnabile per lesione.

La riducibilità della penale o la nullità del patto commissorio (o comunque la sua necessaria riconducibilità ad equilibrio, in virtù di uno schema marciano, operativo *ex lege*), sono giustificati, pertanto, alla luce della natura "preventiva" della pattuizione di composizione degli interessi che seguiranno l'inadempimento, sorta in un momento, cioè, in cui le parti occupano posizioni asimmetriche, poiché il bisogno della prestazione può indurre il contraente debole ad accettare condizioni inique.

A questo punto è necessario, allora, effettuare una più generale scelta di campo.

La soluzione proposta dalla Cassazione, invero, non sembra inadeguata ove si consideri che la funzione della penale sia eminentemente sanzionatoria.

In effetti, la pronuncia della Corte andrebbe esente da censure se questa è la premessa del ragionamento²⁶⁵.

Diversamente dovrà opinarsi, però, ove si consideri che diversa sia la funzione della penale.

Considerando la stessa come una pattuizione con mero scopo di forfezzazione del risarcimento o comunque come transazione preventiva su lite risarcitoria futura, le cose cambiano.

La *reductio* giudiziale, in questo caso, non può considerarsi sindacato di meritevolezza dell'accordo, ma intervento correttivo della sproporzione che costituisca la conseguenza dell'asimmetria soggettiva fra i contraenti, al momento della stipulazione penale.

In questi termini, perciò, la riduzione non può operare quando non sorga questione di squilibrio soggettivo fra futuri (e solo eventuali) sanzionante e sanzionato.

E' pertanto chiaro che l'intervento, ad esempio, non dovrebbe essere esercitato quando la penale sia predisposta, a proprio carico, dal debitore - professionista.

Quando, poi, non venga in rilievo un contatto fra i due soggetti, nella predisposizione della clausola (o del suo equivalente), perché esso non accede ad un accordo contrattuale i cui termini possano influenzare (condizionando la volontà delle

²⁶⁵ Partendo dal presupposto che la penale è sanzione meritevole, nei limiti di una non manifesta eccessività, è chiaro che il superamento di quei limiti (riscontrato dal giudice) rappresenta un effetto sanzionatorio esorbitante e non consentito.

Se si tratta, in altri termini, di un controllo sulla meritevolezza della sanzione, questo sindacato non dovrebbe trovare limiti, qualunque sia la disposizione rispetto alla quale lo stesso operi. Che sia effetto di una pattuizione contrattuale o di una manifestazione di volontà unilaterale - come accade nelle disposizioni testamentarie a titolo di pena - la sanzione risulta sempre sindacabile.

Nella delineata prospettiva, allora, l'art. 1384 cod. civ., risulta applicabile anche al legato *pro re nominata*, onde il giudice dovrebbe intervenire, anche *ex officio*, riducendo il legato al momento in cui l'onorato chieda l'adempimento.

parti) quelli del patto sanzionatorio, non si assiste ad alcuna asimmetria soggettiva e, pertanto, non si rende necessaria alcuna cautela riduttiva.

Sarebbe il bisogno che il bene della vita dedotto in contratto mira a soddisfare, in altri termini, la causa efficiente del condizionamento nell'accettazione della penale eccessiva. Bisogno confermato dalla stessa natura dello strumento negoziale prescelto per la sua acquisizione, il contratto: in grado di influenzare la volontà in ordine alla pattuizione sanzionatoria accessoria.

Diversamente, nel testamento, è il *de cuius* a predisporre l'istituzione (o il legato), il *modus* (o l'onere) e il legato *poene nomine* a favore di altro soggetto, per il caso di inadempimento del beneficiario.

Quest'ultimo non risulta assolutamente coinvolto nella scelta attributiva e, pertanto, l'eccessività della penale è addebitabile soltanto alla valutazione del *de cuius*, senza che possa rinvenirsi la causa in un'adesione condizionata, poiché l'istituito o il legatario sono in posizione neutra rispetto alla disposizione nata al momento della redazione del testamento.

Peraltro, l'irripetibilità della volontà testamentaria (accanto all'insussistenza di un'asimmetria soggettiva, rispetto alla quale possa porsi questione di tutela) ne imporrebbe – nei limiti in cui sia possibile – l'intangibilità.

Non ricorrendo nel testamento ragioni di tutela dell'istituito o del legatario, perciò, sembrerebbe addirittura contrario ai principi di "conservazione" della volontà del testatore, tipici del diritto successorio, un'alterazione (in via riduttiva) della disposizione che neppure sia frutto di uno squilibrio soggettivo.

INDICE DEGLI AUTORI

- AA. VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, Giappichelli, 2003
- ALLARA, *La proprietà temporanea*, in *Il circolo giuridico*, Palermo, 1930
- ALPA, *La causa e il tipo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, *I contratti in genere*, a cura di Gabrielli, I, Utet, 1999,
- ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1949
- ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. Scialoja Branca, artt. 2740-2899*, Zanichelli, 1945
- ANDRIOLI, *Divieto del patto commissorio*, in NICOLÒ, ANDRIOLI e GORLA, *Della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca, VI, Tutela dei diritti*, art. 2740 -2899, Zanichelli, 1958
- AURICCHIO, *Negoziò indiretto*, in *Noviss. dig. it.*, XI, 1965
- AZZARITI, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2953
- AZZARO, *I contratti non negoziati*, Esi, 2000
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, 1948, 480; SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, 1969
- BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Jovene. 1971
- BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, Giuffrè, 1991, 213;
- BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente più debole*, in *Atti della Tavola rotonda su «Condizioni generali di contratto e tutela del contraente più debole»*, Giuffrè, 1970
- BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, 524 ss.
- BASILE, voce «Associazioni» in *Enc. giur. Treccani*, 1988 BAVETTA, *La caparra*, Giuffrè, 1963
- BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 849
- BENATTI, *Clausole di esonero da responsabilità.*, in *Digesto, 4° edizione*, 1988
- BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, in *Studi e documenti di Storia e Diritto*, Anno XV, Roma, 1894
- BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Utet, 1960.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, I, Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953

BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, 1967

BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, 3, Giuffrè, 2000

BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., 202 ss.; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, 1996

BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè, 1957

BIANCA, *L'obbligazione*, in *Diritto civile*, 4, Giuffrè, 1993

BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, in *Diritto civile*, 2, Giuffrè, 2005

BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 205 ss.

BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, 5, Giuffrè, 1994

BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, 1977

BIGLIAZZI - GERI, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Zanichelli, 1993

BIGLIAZZI GERI- BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, in *Diritto civile*, III, Utet, 2003

BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto civile, diretto da Vassalli*, Utet, XII, IV, 1961, 640 ss.

BIONDI, *Successione testamentaria*, in *Tratt. dir. rom.*, diretto da Albertario, Giuffrè, 1943

BOCCHINI, in *Diritto privato BOCCHINI-QUADRI*, Giappichelli, 2011

BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Giuffrè, 1990

BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIII, t. 2, Utet, 1999

CACCAVALE, *La donazione mista*, in *Notariato*, 2000

CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Giuffrè, 1988

CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 2000

CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Cedam, 1963,

CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, 1996

CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, Napoli, 1978

CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1953

CARNEVALI, *La donazione modale*, Giuffrè, 1969

CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Esi, 2001

CAUTADELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, 1966

CAVANNA, nota ad APP. GENOVA, 24.11.1994, *Cumulabilità degli effetti di risoluzione e recesso nella caparra confirmatoria*, in *Giur. Merito*, 1995, I, 949

- CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Esi, 2000
- CHIOVENDA, *Istituzioni*, 2° ediz., vol. II, Jovene, 1936
- CICCARELLO, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Giuffrè, 1983
- CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Esi, 2000
- CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano, proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Esi, 2000
- COLASANTINI-COREA, *Caparra confirmatoria e inadempimento fra rimedi generali e speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 524
- COSTANTINO, *Regole di gioco e tutela del più debole nell'applicazione del programma contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 68 ss.
- CUBEDDU *L'assegnazione della casa familiare*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di FERRANDO, I, Zanichelli, 2007, 843 ss.
- D'ANGELO, *La buona fede e giustizia contrattuale*, Giappichelli, 2005
- DANUSSO, *Patto commissorio e vendite a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 1648 ss.
- DE CUPIS, *Il danno*, Giuffrè, 1979
- DE CUPIS, *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 237
- DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 319
- DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1957, 132
- DE NOVA, *Clausola penale*, in *Digesto*, 4° edizione, 1989, 378 e MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Utet, 1961, 258
- DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. Rescigno*, 10, Utet, 1995, 420
- DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Tratt. Contratto*, diretto da Roppo, V, Rimedi-2, a cura di Roppo, Giuffrè, 2006, 366 ss.
- DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Esi, 2000
- DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 195
- DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, in *Corr. giur.*, 11, 2005, 1538 con nota di DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*
- DI MAJO, *Nozione di equilibrio nella tematica del contratto*, in *Dir e form*, 2002, 5 ss.
- DI MAJO, *Obbligazioni e contratti*, Roma, 1978
- DI MAJO, voce «Causa del negozio giuridico», in *Enc. giur. Treccani*, VI, 1988
- DI PAOLO, *Negozi indiretto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, 1995

- DI PRISCO, *La proprietà temporanea*, Esi, 1979, 21
- FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941
- FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 5a ed., Giuffrè, 1992
- FERRI, *Causa e tipo*, Giuffrè, 1968
- FERRINI, voce «Obbligazione», in *Enc. giur. it.*, XII, Sel, 1900, 856;
- FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1936, 10.
- FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979
- FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, 83 ss.
- FRANZONI, *Degli effetti del contratto* in *Il Codice Civile, Commentario, artt. 1374-1381*, a cura di Schlesinger, Giuffrè, 1999, 139.
- GABRIELLI *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 906
- GALASSO, *Incrementi prevedibili ed eccezionali nella determinazione dell'assegno in favore dei figli e discrezionalità del giudice nella previsione del mantenimento mediante assegno*, in *Giur. it.*, 2012, 12, 2527 ss.
- GALASSO, *L'oggetto della multiproprietà e la disciplina del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, 1, 2222
- GALASSO, *Questioni attuali in tema di assegnazione consensuale della casa familiare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 11, 1160
- GALASSO, *Recesso, risoluzione del contratto e ritenzione della caparra confirmatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 9, 826 ss
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, III ed., Cedam, 1999
- GALGANO, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1997, 895 ss.
- GALLO, *Revisione del contratto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. priv.*, XVII, Utet, 1998, 441
- GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, 1970
- GAZZONI, *Il contratto preliminare* in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di Bessone, XIII, t. 2, Giappichelli, 2000, 20.
- GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 428
- GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 207
- GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Codice civile, Libro delle obbligazioni*, in *Comm. D'Amelio Finzi*, I, Firenze, Barbera, 1948, 537
- GIOIA, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, 1332 ss.
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, in *Comm. Scialoja Branca*, IV, Zanichelli, 1968, 541
- GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Giuffrè, 1968

- HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 1974
- KRAMER, *Die «Krise» des liberalen Vertragsdenkens*, Munchen- Salzburg, 1974
- LA PORTA; CASS., 27 luglio 1987, n. 6492, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Contratto in genere*, c. 1740, n. 365.
- LISERRE, *Tutela costituzionale della autonomia contrattuale*, Giuffrè, 1971
- LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, 1952
- LOMBARDI, *La funzione della caparra secondo il nuovo codice*, in *Giur. it.*, 1946, IV, 47
- LONGO, *Delle disposizioni testamentarie sotto forma di pena*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, 158
- LONGO, *Diritto delle obbligazioni*, Utet, 1950
- LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 219 ss.
- MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, 1966
- MANCINI, *Vendita con patto di riscatto e nullità ex art. 2744 cod. civ.*, in *Foro it.*, 1966, I, c. 1121 ss
- MARANO, *Limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Giust. civ.*, 1990, 57
- MARCHI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, Roma, 1909, XXI, 12 ss
- MARINI, *Il «modus» come elemento accidentale del negozio gratuito*, Giuffrè, 1976
- MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 257 ss
- MARINI, *La clausola penale*, Jovene, 1984
- MARINI, voce «Caparra», in *Enc. giur. Treccani*, V, Ed. Enc. It., 1990,1.
- MAZZA, *Brevi cenni sulla clausola penale*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, 132;
- MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Il Codice Civile, Commentario, artt. 1382-1384*, a cura di Schlesinger, Giuffrè, 1999, 279.
- MAZZARESE, *Le Obbligazioni penali*, Cedam, 1990
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, 1948
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, 8 a ed., Giuffrè, 1954
- MILONE, *Sulla differenza tra negotium mixtum cum donatione e negozio simulato: le modalità di riduzione*, in *Foro napoletano*, 2013, 1
- MOCCIA, *Il modello inglese di «proprietà»* in AA. VV. *Diritto privato comparato*, Bari, 2005 MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855
- MONTESANO, voce «Obbligo a contrarre», in *Enc. Dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979, 519

MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio* (Studio n. 106-2009/C, approvato dalla Commissione Studi civilistici del CNN il 4 marzo 2009), in *Studi mat.*, 2009, 988

MOSCARINI e CORBO, voce «Transazione», in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, 1994

MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 514

NAPOLITANO, *L'affidamento dei minori nei giudizi di separazione e divorzio*, Giappichelli, 2006

NICOLÒ, *Diritto civile*, voce in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 912

NICOLÒ, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Giuffrè, 1936

NUZZO, *Dei contratti del consumatore in generale*, in *Codice del consumo*, artt. 33-38, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Esi, 249 ss.;

NUZZO, *Dei contratti del consumatore in generale*, in *Codice del consumo*, artt. 33-38, a cura di Alpa e Rossi Carleo, Esi, 249 ss.

NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, 1975

PAGLIANTINI, *La rilevanza d'ufficio*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, t. III, Utet, 2012, 667

PALMA, *Rapporti tra caparra confirmatoria e integrale risarcimento del danno*, in *Contratti*, 2004, 987

PARRINELLO, *Obbligatorietà del vincolo e squilibrio delle prestazioni nei contratti tra imprenditori: riflessioni sui Principi Unidroit*, in Tommasini, *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Giappichelli, 2003, 435

PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, 1995

PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 463

PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 3, 714

PENNASILICO, *“Indifferenza” del promittente, garanzia della solvenza dell’electus e “vessatorietà” della riserva di nomina nel contratto per persona da nominare*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 782

PENNASILICO, *Controllo e conservazione degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1, 130,

PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell’interpretazione e nell’esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1054,

PENNASILICO., *La dubbia estensione del privilegio al credito di mantenimento del coniuge separato o divorziato*, nota a Corte cost., 21 gennaio 2000, n. 17, *ivi*, 2000, 353 ss.

PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione*, Esi, 2011

- PERLINGIERI P. e FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Esi, 2004
- PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Scialoja Branca*, artt. 1230 - 1259, Zanichelli, 1975, 90
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, 341 - 343 ss.
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. Dir. civ.*, 2000, 3, 553
- PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Esi, 1987, 55 ss
- PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 560 ss.
- PERSICO, *Linee di tendenza verso l'«affievolimento» del principio di eguaglianza tra i creditori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, 616
- POLLICE, *Introduzione allo studio dei diritti reali*, 1999, Giappichelli
- POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, in *Opere* (trad. it.), I, Livorno, 1841, n. 343, 177
- PUGLIATTI, *Della transazione*, in *Commentario al codice civile* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle obbligazioni*, II, *Dei contratti speciali*, 2° ed., Firenze, Barbera, 1949, 461
- PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, 1935
- PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica. Saggi*. Giuffrè, 1951, 251
- PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Giuffrè, 1964, *passim*.
- PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim.*, 1950, 299.
- PUGLIESE, *Property*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIV, 1990
- QUADRI E., *Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevanti alla luce della nuova disciplina dell'affidamento*, in questa *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 10, 1163,
- QUADRI E., *La rettifica del contratto*, Giuffrè, 1973
- QUADRI E., *Problemi di diritto privato*, Jovene, 2002
- QUADRI R., *Le c.d. «nullità protettive»*, in AA. VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, Giappichelli, 2003, 413;
- QUADRI R., *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 Lnot. e nullità c.d. di protezione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Cedam, 2009, II, (7-8) 342 CASS. 11 novembre 1997, n.11128 in *Riv. notar.*, 1998, 493
- RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 276
- RESCIGNO, voce «Obbligazioni (nozioni)», in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, 1979

RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1999, 26

RINALDI, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, in www.fedoa.unina.it

RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1970

ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Esi, 1995

ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, 2011

ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Indica Zatti*, Giuffrè, 2001

ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in *Riv. not.*, 1981

ROPPO, *Patto di riscatto – Patto commissorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985 I, 97

ROSELLI, *Clausola penale e caparra*, in *Tratt. Bessone*, Giappichelli, 2002

RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, 1939

RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*, in Rubino e Gaetano, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno. I privilegi*, in *Tratt. di dir. civ. ital.* diretto da Vassalli, XIV, 1 2a ed., Utet, 1952, 6 ss

RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Esi, 2010

RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Esi, 2001

SANTORO-PASSARELLI, *Interposizione di persona, negozio indiretto*, in *Foro it.*, 1931, I, 176.

SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 319

SCHLESINGER, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 356

SCOZZAFAVA, *La funzione del modo nel contratto di donazione*, in *Temi*, 1978, p. 113 ss.

SEGRÈ, *Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento in relazione alla riserva del dominio*, in *Ann. dir. comp. e Studi leg.*, II-III, 834 ss.

SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002

STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Foro pad.*, 1957, I, 767 ss.

STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, 2° ed., Cedam, 1961

TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, XV, 1989, 104

TOMMASINI, voce Nullità (dir.priv), in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, 1978

TORRENTE, *A proposito di clausola penale nei contratti*, in *Ann. Dir. comp.*, XIII, 2, 1938, 220

TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Giuffrè, 2006, 28

TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu – Messineo, Giuffrè, XXII, 1956, 227 ss.

- TRAVAGLINO, *Clausola penale manifestamente eccessiva e potere di riduzione d'ufficio*, in *Corr. merito*, 2005, 11, 1171
- TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico nel diritto privato italiano*, in *Tem*, 1995, 191 ss
- TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, 1954
- TRIMARCHI, voce «Caparra», in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, 1960
- VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1998, 1203 ss.
- VERDE, *Profili del processo civile*, 2, Jovene, 2006
- VISALLI, *Clausola penale testamentaria*, in *Giust. civ.* 2002, 537 ss.
- VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Giuffrè, 1968.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

- CASS., 16 aprile 1945, n. 259, in *Riv. dir. proc.*, 1946 ss.
- CASS., 21 giugno 1946, n. 732, in *Giur. it.*, 1947, I, 1, c.32 ss.
- CASS., 29 dicembre 1952, n. 3273, in *Foro it. Mass.*, 1952;
- CASS., 31. dicembre 1953, n. 3872, in *Foro it. Rep.*, 1953, voce «Obbligazioni e contratti», n. 200;
- CASS. 30 marzo 1954, n. 988, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce «Vendita», n. 99;
- CASS., 21 luglio 1956, n. 2828, in *Foro it.*, 1956, I, c. 11 ss.;
- CASS., 14 novembre 1959, n. 3374 in *Giust. Civ.*, 1960, I, 27,
- CASS., 2.2.1966, n. 852, in *Giust. civ.*, 1966, I, 1044
- CASS., 20 maggio 1966, n. 1288, in *Foro padano*, 1968, 482
- CASS. 30 marzo 1967, n. 683 in *Giur. It.*, 1967, I, 1, 777
- CASS., 30 marzo 1967, n. 689, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, c. 52 ss.
- CASS., 15 settembre 1970, n. 1426, *ivi*, Rep. 1970, voce «Patto commissorio», n. 4
- CASS., 1 febbraio 1974, n. 282, *ivi*, 1974, I, c. 1388 ss.
- CASS., 4 giugno 1976, n. 2020, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2663
- CASS., 17.12.1976, n. 4664, in *Foro it. Rep.*, 1976, voce «Contratto in genere», n. 217;

CASS., 21 gennaio 1980, n. 462, in *Foro it.*, Rep. 1980, voce «Patto commissorio», n. 1

CASS., 21 novembre 1981, n. 6217, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce «Contratto in genere», n. 241.

CASS., SEZ. UN, 23.4.1982, n. 2494 in *Foro it.*, 1982, I, 1895.

CASS., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212 ss.

CASS., 21 giugno 1983, n. 4241, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Contratto in genere», n. 248

CASS., 21 giugno 1983, n. 4241, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce «Contratto in genere», n. 248

CASS., 20 febbraio 1984, n. 1198, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Separazione di coniugi», n. 40;

CASS., 11 luglio 1984, n. 4120, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Contratto in generale», n. 188-189.

CASS., 21 agosto 1985, n. 4451, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce «Contratto in genere», n. 201.

CASS., 17 ottobre 1985, n. 5122, in *Not. giur. lav.*, 1986, 540;

CASS., 28 gennaio 1986, n. 549, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Separazione di coniugi», n. 77;

CASS., 14 febbraio 1986, n. 878, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Separazione di coniugi», n. 58

CASS 5 marzo 1986, n. 1391, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce «Appello civile», n. 40.

CASS., 1 luglio 1987, n. 5750, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce «Matrimonio», n. 178;

CASS., 6 maggio 1988, n. 3371, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce «Contratto in genere», n. 318

CASS., 23 gennaio 1989, n. 398, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce «Contratto in genere», n. 297

APP. NAPOLI, 21 dicembre 1989, n. 1934, in *Dir. Giur.*, 1990, p. 510 ss.

CASS., 18 settembre 1992, n. 10683, in *Rep. Foro it.*, 1992, voce «Contratto in genere», n. 357;

PRET. CIRC. SALERNO, 23 febbraio 1993, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 261 ss.

CASS., 19.11.1993 n. 11267, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce «Contratto in genere», n. 364

CASS., 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Rep. Foro it.*, voce «Contratto in genere», n. 359

CORTE COST., n.3 febbraio1994, in *Giur. cost.*, 1994, 136

CASS., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296.

CASS., 3 settembre 1994, n. 7644, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce «Contratto in genere», n. 367

CASS., 30 marzo 1995, n. 3805, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, 742

CASS., 14 febbraio 1994, n. 1464, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce «Contratto in genere», n.369

CASS., 21 giugno 1995, n. 6976, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 488

CASS., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Contratti*, 1996, 28 ss.;

CASS., 26 ottobre 1995, n. 11151 in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 449

CASS., 7 luglio 1997, n. 6106, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce «Separazione di coniugi», n. 87;

CASS., 4 agosto 1997, n. 7180, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce «Contratto in genere», n. 804

CASS., 11 gennaio 1999, n. 186, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 42;

CASS., 15 giugno 1999, n. 5917, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 135 ss.

CASS., 24 settembre 1999 n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929

CORTE COST., 7 gennaio 2000, n. 1, in *Gazz. Uff.*, 12 gennaio 2000, n. 2

CORTE COST., 21 gennaio 2000, n. 14, in *Gazz. Uff.*, 26 gennaio 2000, n. 4

CASS., 11 aprile 2000, n. 4558, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Separazione di coniugi», n. 73,

CASS., 6 settembre 2000, n. 11760, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce «Appello civile», n. 63;

CASS., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, 2924.

CASS., 24.1.2002, n. 849, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Contratto in genere», n. 428

CASS., 24 febbraio 2002, n. 849, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Contratto in genere», n. 428;

CASS., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.* 2003, I, 1075

CASS., 9 settembre 2002, n. 13065, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce «Separazione di coniugi», n. 76;

CASS., 29 gennaio 2003 n. 1301, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 213

CASS., 10 febbraio 2003, n. 1952, *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in genere», n. 396;

CASS., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. civ. Mass*, 2003, 4

CASS., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Dir. giur.*, 2004, 104

CASS., 1 dicembre 2004, n. 22500, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Matrimonio», n. 133;

CASS., 4 marzo 2005, n. 4777, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce «Contratto in genere», n. 527

CASS., SEZ. UN., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 11, 2005, 1538 con nota di

CASS., 24 febbraio 2006, n. 4203, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Separazione di coniugi», n. 139;

CASS., 16 marzo 2006, n. 5846, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Contratto in genere», n. 516.

CASS., 19.4.2006, n. 9040, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Contratto in genere», n. 514;

CASS., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718

CASS., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce «Contratto in genere», n. 513

CASS., 28 settembre 2006, n. 21066, in *Obbl. e contr.*, 2007, 11, 890

CASS., 23 agosto 2007, n. 17923, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Contratto in genere», n. 469

CASS., SEZ. UN. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.* 2009, 1, 38

CASS. SEZ. UN, 14 gennaio 2009, n. 553, cit

CASS. SEZ. UN, 14 gennaio 2009, n. 553, cit.

CASS., SEZ. UN., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009 I, 680

CASS., 22 febbraio 2011, n. 4278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 821