

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA

in Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo e internazionale

Ciclo XXIX

Settore concorsuale di afferenza: Diritto privato 12/A1

Settore scientifico disciplinare: Diritto privato IUS/01

CAPARRA CONFIRMATORIA, CAPARRA PENITENZIALE E
CLAUSOLA PENALE: NEGOZIABILITÀ E RIDUCIBILITÀ

Tesi presentata da Matilde Ratti

Coordinatore del Dottorato

Relatore

Prof. Andrea Morrone

Prof.ssa Giusella Finocchiaro

INDICE

PARTE I

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE E PIANO DI LAVORO

Capitolo 1. Considerazioni introduttive e piano di lavoro

- 1.1. La delimitazione dell'area di ricerca e la rilevanza dell'indagine in materia di caparra confirmatoria, caparra penitenziale e clausola penale 14
- 1.2. Gli obiettivi dell'indagine e l'approccio metodologico adottato 17
- 1.3. L'organizzazione della ricerca 20

PARTE II

L'ORIGINE E I CARATTERI STRUTTURALI DELLA CAPARRA

Capitolo 1. L'indagine storica sull'origine dell'arra e sull'evoluzione della caparra confirmatoria

- 1.1. Premesse metodologiche: l'evoluzione della funzione della caparra confirmatoria 23
- 1.2. L'ambiguità terminologica negli studi in materia di caparra confirmatoria 24
- 1.3. L'origine della caparra confirmatoria tra i popoli del Mediterraneo: l'*arrha* e la garanzia 25
- 1.4. L'origine della funzione probatoria della caparra: dall'accessorietà al contratto reale di compravendita nel diritto greco all'accessorietà al contratto consensuale di compravendita nel diritto romano 27
- 1.5. L'evoluzione storica della funzione probatoria della caparra confirmatoria: la causa tipica e la funzione della 29

quietanza di pagamento

Capitolo 2. La caparra confirmatoria e la caparra penitenziale nel diritto positivo

- 2.1. La collocazione sistematica della caparra nel Codice civile vigente: il rapporto tra la caparra confirmatoria, la caparra penitenziale e la clausola penale 32
- 2.2. L'origine della distinzione tra la caparra confirmatoria e la caparra penitenziale: dal Codice civile del 1865 all'ordinamento odierno 34
- 2.3. Analogie funzionali tra la caparra confirmatoria, la caparra penitenziale e la clausola penale 36
- 2.4. I principi Unidroit: un'unica disposizione sulla somma dovuta nel caso di inadempimento 38
- 2.5. L'applicabilità della disciplina Unidroit alla caparra confirmatoria e alla clausola penale 40
- 2.6. I Principi europei sulla legge dei contratti (Pecl): la tendenza al raggruppamento delle clausole secondo un criterio di affinità funzionale 41
- 2.7. Osservazioni in merito alle affinità funzionali tra la caparra confirmatoria e la clausola penale: le ragioni di un approccio funzionale 43

Capitolo 3. La struttura e il meccanismo operativo della caparra confirmatoria: perfezionamento della caparra e fase patologica del contratto

- 3.1. Il meccanismo operativo della caparra: la ritenzione della caparra, l'incameramento del duplum e il ricorso ai rimedi ordinari della risoluzione 44
- 3.2. L'accessorietà al contratto principale e le contrapposizioni dottrinali in merito alla natura contrattuale o di mera clausola accessoria della caparra confirmatoria 47

- 3.3. Il momento della dazione della caparra confirmatoria secondo un'interpretazione causalmente orientata: la funzione di rafforzamento dell'obbligazione principale fino alla completa esecuzione della prestazione 50
- 3.4. La rilevanza del criterio della non scarsa importanza dell'inadempimento per il recesso di cui all'art. 1385 c.c. L'inserimento di una clausola risolutiva espressa nel regolamento contrattuale 52

Capitolo 4. La struttura e il meccanismo operativo della caparra penitenziale: l'applicazione analogica della disciplina in materia di caparra confirmatoria

- 4.1. La caparra penitenziale nel Codice civile: definizione, funzione, qualificazione e struttura 55
- 4.2. Le difficoltà interpretative riscontrate nel caso di inadempimento dell'obbligazione principale e dazione della caparra penitenziale 58

PARTE III

LA FUNZIONE E IL RAPPORTO CON L'ORDINAMENTO DELLA CAPARRA CONFIRMATORIA

Capitolo 1. L'analisi della caparra confirmatoria sotto il profilo della causa: il rafforzamento dell'obbligazione principale

- 1.1. Premesse sulla causa tipica della caparra confirmatoria e struttura metodologica dell'analisi 60
- 1.2. Il collegamento negoziale tra la caparra e il contratto. Il nesso causale unilaterale, necessario e di concorso 62
- 1.3. Il nesso tra la caparra e il contratto principale come collegamento genetico o funzionale 63
- 1.4. La variabilità della causa tipica e il nucleo funzionale minimo: la funzione confirmatoria, la funzione anticipatoria e 65

la funzione di preventiva liquidazione del danno

1.5. Le variabilità della causa tipica nelle fasi di formazione ed esecuzione del contratto a cui la caparra confirmatoria accede 68

1.6. Cenni alla teoria delle pene private. L'impossibilità di dedurre l'inderogabilità delle norme a disciplina della caparra confirmatoria dall'eventuale applicabilità della teoria del numero chiuso delle pene private 69

Capitolo 2. Il rapporto tra il rimedio ordinario della risoluzione e quello speciale previsto dalla disciplina della caparra confirmatoria

2.1. Premesse metodologiche: il piano di lavoro 73

2.2. La natura del recesso come speciale tipo di risoluzione nella disciplina della caparra confirmatoria: l'alternativa tra la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento secondo le regole ordinarie 75

2.3. La questione dell'ammissibilità della domanda di recesso *ex art. 1385, comma 2° c.c.* e della richiesta di accertamento del diritto a ritenere la caparra a seguito di una sentenza di primo grado di risoluzione del contratto 77

2.4. L'intervento della Cassazione a sezioni unite: la novità dell'azione proposta e l'impossibilità di esperire l'azione di risoluzione e mutare domanda proponendo l'azione di recesso 80

2.5. La scelta del rimedio risarcitorio e la rinunciabilità agli effetti risolutivi da parte del contraente non inadempiente 83

2.6. La risoluzione stragiudiziale del contratto e la ritenzione della caparra confirmatoria. Il bilanciamento di interessi contrapposti operato dalla Corte di Cassazione 87

2.7. La teoria della caparra come *minimum* risarcibile. La rilevanza della teoria ai fini del mutamento della domanda 92

giudiziale e l'inammissibilità della concezione della caparra confirmatoria come minimo risarcibile

2.8. Le motivazioni di economia processuale: l'assunzione del rischio connesso alla scelta del rimedio speciale o generale 95

Capitolo 3. L'impiego dei titoli di credito nella dazione della caparra confirmatoria. Implicazioni connesse alla natura reale della caparra e teorie sulla configurabilità di una caparra di natura consensuale

3.1. Premesse metodologiche 97

3.2. Il percorso della giurisprudenza verso l'ammissibilità della caparra confirmatoria trasmessa tramite la dazione del titolo di credito 99

3.3. Il meccanismo operativo della caparra confirmatoria avente ad oggetto la dazione dell'assegno: le questioni connesse al mancato incasso del titolo 101

3.4. Le tendenze interpretative della giurisprudenza nel caso di caparra trasmessa tramite assegno bancario e di mancato adempimento dell'obbligazione principale 104

3.5. Sul momento in cui si perfeziona la caparra trasmessa tramite assegno: ipotesi sul perfezionamento della caparra confirmatoria produttiva di effetti sin dal momento della dazione dell'assegno al prenditore 106

3.6. La natura reale della caparra e l'eventuale ammissibilità di una caparra consensuale. Il ricorso alla teoria della realtà come elemento essenziale dei soli contratti a titolo gratuito 108

3.7. Ulteriori riflessioni in materia di caparra confirmatoria trasmessa tramite titolo di credito. Il ricorso alla teoria della possibile equivalenza tra l'assegno e il denaro contante 111

PARTE IV

L'ORIGINE E I CARATTERI STRUTTURALI DELLA CLAUSOLA PENALE

Capitolo 1. Inquadramento sistematico della clausola penale nell'ordinamento

- 1.1. Indicazioni metodologiche sull'analisi della clausola penale 114
- 1.2. Le origini dell'istituto: la *stipulatio poenae* nel diritto romano 117
- 1.3. La clausola penale nel Codice civile vigente e nel Codice civile del 1865 119
- 1.4. La natura accessoria della clausola penale e la tesi del negozio autonomo con preminente funzione sanzionatoria: accenni alla teoria delle pene private 123
- 1.5. Le teorie sulla limitazione dell'oggetto della clausola penale e la questione dell'arbitraggio del terzo o del creditore 126

Capitolo 2. L'indagine sulla funzione della clausola penale: la tesi dell'irrilevanza dell'esistenza di un danno risarcibile e l'ammissibilità di una penale per la lesione di interessi non patrimoniali

- 2.1. L'utilità dello studio della funzione della clausola penale 130
- 2.2. La *querelle* dottrinale sulla funzione risarcitoria o punitiva della clausola penale e la sua rilevanza in relazione all'ammissibilità di una penale per il risarcimento del danno non patrimoniale 132
- 2.3. La tesi dell'irrilevanza dell'esistenza del danno a sostegno dell'ammissibilità della penale pattuita anche a tutela di interessi non patrimoniali 136
- 2.4. La clausola penale e la clausola di liquidazione anticipata del danno: il rigetto della tesi della funzione esclusivamente risarcitoria della penale 138
- 2.5. Le analogie tra la caparra confirmatoria e la clausola penale sotto il profilo funzionale 140

PARTE V

LA CLAUSOLA PENALE E IL SISTEMA RISARCITORIO

Capitolo 1. L'applicabilità delle regole generali in materia di responsabilità contrattuale alla clausola penale e i presupposti per il pagamento della penale

- 1.1. L'approccio metodologico adottato per l'esame dei presupposti per il pagamento della penale 143
- 1.2. L'applicabilità delle regole generali in materia di inadempimento e risarcimento del danno alla clausola penale 144
- 1.3. Il rapporto tra la disciplina in materia di mora del debitore e la penale per il ritardo: la mancanza dell'onere di mettere in mora il debitore 146
- 1.4. I rilievi della dottrina sul rischio dell'eccessiva penalizzazione del debitore in caso di automatica operatività della clausola penale 149

Capitolo 2. Il rapporto tra la clausola penale e le norme in materia di risoluzione, adempimento e risarcimento del danno

- 2.1. Indicazioni metodologiche per l'esame della questione del rapporto tra la clausola penale e il sistema risarcitorio in generale 151
- 2.2. Il rapporto tra la richiesta della penale e la risoluzione del contratto: la prova dell'inadempimento dell'obbligazione principale e l'irrelevanza dell'avvenuta risoluzione 153
- 2.3. Il rapporto tra la richiesta della penale e l'adempimento del contratto: il divieto di cumulo tra la penale e l'adempimento dell'obbligazione principale 155
- 2.4. La funzione di limitare il risarcimento del danno e l'inammissibilità della clausola penale "pura" 156

2.5.	Il patto di risarcibilità del danno ulteriore	158
2.6.	La possibilità di domandare un ulteriore risarcimento e la penale quale minimum risarcibile: caparra confirmatoria e clausola penale a confronto	160
2.7.	La clausola penale e la clausola di limitazione della responsabilità: profili di sovrapposibilità	163

PARTE IV

LA CAPARRA CONFIRMATORIA, LA CAPARRA PENITENZIALE, LA CLAUSOLA PENALE E IL POTERE CORRETTIVO DEL GIUDICE

Capitolo 1. La riducibilità della clausola penale e l'equità correttiva del giudice

1.1.	La rilevanza dell'indagine circa la riducibilità della penale	168
1.2.	L'inquadramento sistematico della disposizione in materia di riducibilità della clausola penale e le possibili teorie interpretative	169
1.3.	La riduzione della penale a seguito dell'esecuzione parziale della prestazione principale e la riduzione della penale eccessiva	172
1.4.	La valutazione giudiziale sulla riducibilità della penale e il criterio dell'interesse che il creditore «aveva» all'adempimento	174
1.5.	Il criterio di proporzionalità tra la penale e il danno effettivamente subito per la valutazione giudiziale sulla riducibilità della penale eccessiva	176
1.6.	Gli orientamenti giurisprudenziali sulla riducibilità della penale d'ufficio e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1384 c.c.	178

Capitolo 2. Sulla riducibilità della clausola penale, della caparra confirmatoria e della caparra penitenziale

- 2.1. Riflessioni sulla teoria della riducibilità della clausola penale applicata alla caparra confirmatoria in via analogica: alla ricerca di un argomento determinante 184
- 2.2. L'inutilizzabilità del rilievo delle analogie funzionali tra la clausola penale e la caparra confirmatoria per agevolare l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. in via analogica 186
- 2.3. L'inutilizzabilità dell'analisi della struttura normativa della clausola penale e della caparra confirmatoria per agevolare l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. in via analogica 187
- 2.4. La funzione punitiva della caparra confirmatoria e la tutela dell'autonomia negoziale dei privati 189
- 2.5. La ricostruzione degli oscillanti orientamenti giurisprudenziali in materia di riducibilità della caparra confirmatoria e penitenziale 192
- 2.6. L'apparente risoluzione del conflitto giurisprudenziale e l'originale intervento della Corte Costituzionale in materia di caparra confirmatoria eccessiva 195
- 2.7. La necessità emergente di inquadrare la questione della riducibilità della caparra confirmatoria e della clausola penale in un contesto di prevedibilità giuridica 197

Capitolo 3. Le tendenze interpretative emergenti: il potere correttivo del giudice e la rilettura del contratto alla luce dei principi costituzionali

- 3.1. La tendenza emersa dall'esame della giurisprudenza: indicazioni sullo studio del tema 202
- 3.2. Il potere correttivo del giudice nelle recenti ordinanze della Corte Costituzionale: la nullità della clausola *ex art.* 1418 c.c. per contrasto con il principio di solidarietà 203
- 3.3. Il progressivo indirizzo alla rilettura costituzionalmente 206

orientata delle norme del Codice civile

3.4. Dal riferimento alla fattispecie all'interpretazione basata sui valori costituzionali: le questioni aperte 210

PARTE VII

L'AMPLIAMENTO DELL'INDAGINE ALLO STUDIO DEL RAPPORTO TRA L'AUTONOMIA PRIVATA E IL POTERE CORRETTIVO DEL GIUDICE

Capitolo 1. L'equilibrio nel contratto e il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice

1.1. Dalle clausole sul risarcimento del danno alla questione del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice 216

1.2. I presupposti logici dell'indagine in materia di equilibrio nel contratto 219

1.3. La tradizionale irrilevanza dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali 220

Capitolo 2. Il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nel Codice civile

2.1. Indicazioni metodologiche sullo studio del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice 223

2.2. La rilevanza dello squilibrio originario tra le prestazioni contrattuali nel Codice civile: il rimedio speciale della rescissione 224

2.3. La rilevanza dello squilibrio sopravvenuto tra le prestazioni contrattuali nel Codice civile: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità 226

2.4. Il rapporto tra equità ed equilibrio: precisazioni terminologiche e delimitazione dell'area della ricerca in 229

materia di equità

2.5. L'equità integrativa: i riferimenti normativi e l'implicita prevalenza dell'intenzione delle parti sul potere integrativo del giudice 231

2.6. Il riconoscimento legislativo del potere correttivo del giudice: la necessità di una norma di esplicita autorizzazione 233

2.7. La conferma dell'impossibilità di derivare un generale principio di equilibrio nel contratto dalle disposizioni del Codice civile 238

Capitolo 3. Il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nella legislazione speciale e negli strumenti di diritto internazionale

3.1. Le attuali tendenze legislative in materia di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali: uno scenario in evoluzione 240

3.2. Lo squilibrio contrattuale nei Principi Unidroit e nei Principi del diritto contrattuale europeo: *gross disparity*, *excessive benefit* e *unfair advantage* 244

3.3. Lo squilibrio contrattuale e le previsioni di diritto internazionale in materia di *hardship* 246

Capitolo 4. Il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nella giurisprudenza

4.1. Indicazioni metodologiche e organizzazione della ricerca 249

4.2. Gli strumenti di limitazione dell'autonomia privata in relazione alle clausole sul risarcimento del danno: la nullità della clausola di limitazione della responsabilità e il divieto di patto commissorio 251

4.3. La tendenza al ricorso ai principi e alle clausole generali: «precomprensione» e certezza del diritto 254

4.4.	La tendenza al ricorso alla clausola generale della buona fede per ristabilire l'equilibrio nel contratto	259
4.5.	La tendenza al ricorso al concetto di abuso del diritto per ristabilire l'equilibrio nel contratto	263
4.6.	La tendenza al ricorso al concetto di causa in concreto per ristabilire l'equilibrio nel contratto	265
4.7.	Una rilettura dei tradizionali strumenti interpretativi	271
4.8.	Le mobili frontiere dell'autonomia privata	274

PARTE VIII

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Capitolo 1. Considerazioni conclusive

1.1.	L'interazione tra le clausole sul risarcimento del danno e le norme in materia di risoluzione del contratto	277
1.2.	Sulla negoziabilità delle clausole sul risarcimento del danno	279
1.3.	Sulla riducibilità della clausola penale, della caparra confirmatoria e della caparra penitenziale	280
1.4.	Le clausole che riducono l'imprevedibilità e le tendenze emergenti nella giurisprudenza	282
1.5.	Clausole sul risarcimento del danno, principio di solidarietà e dubbi interpretativi	284
1.6.	Le implicazioni sotto il profilo della prevedibilità	285
1.7.	Una lettura delle tendenze emerse in chiave di contrapposizione	287

BIBLIOGRAFIA	292
--------------	-----

PARTE I – Considerazioni introduttive e piano di lavoro

Capitolo 1 – Considerazioni introduttive e piano di lavoro

Sommario: 1.1. La delimitazione dell'area di ricerca e la rilevanza dell'indagine in materia di caparra confirmatoria, caparra penitenziale e clausola penale; 1.2. Gli obiettivi dell'indagine e l'approccio metodologico adottato; 1.3. L'organizzazione della ricerca

1. Considerazioni introduttive e piano di lavoro

1.1. La delimitazione dell'area di ricerca e la rilevanza dell'indagine in materia di caparra confirmatoria, caparra penitenziale e clausola penale

Le tre clausole che saranno oggetto di indagine, la caparra confirmatoria, la caparra penitenziale e la clausola penale, delineano un'area di autonomia privata che è soggetta a limitazioni. In particolare, la caparra confirmatoria e la clausola penale costituiscono deroghe legalmente ammesse alla disciplina generale in materia di risarcimento del danno¹. Infatti, il principio della responsabilità del debitore non ammette limitazioni se non nei casi previsti dalla legge².

In linea generale, la fase della negoziazione della clausola deve essere distinta da quella, successiva, in cui il danno si concretizza ed

¹ Tra le principali trattazioni in materia di risarcimento del danno, cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, II, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004; R. PARDOLESI, *Liquidazione contrattuale del danno*, in *Le pene private*, a cura di F. D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G.

² Per approfondimenti sul tema della responsabilità patrimoniale e in riferimento a quanto disposto dall'art. 2740, comma 2° c.c., cfr. L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, Artt. 2740-2744, in *Comm. Schlesinger*, 2010.

è possibile esercitare il diritto al risarcimento, poiché, a partire da quel momento, è certamente ammissibile la negoziazione o la rinuncia al diritto al risarcimento del danno³. Le pattuizioni che riducono la possibilità, per le parti, di ottenere un risarcimento in un tempo antecedente all'inadempimento contrattuale incontrano, invece, limiti più stringenti, diminuendo la possibilità negoziale delle parti⁴. Nel presente lavoro, non ci si propone, tuttavia, di indagare in via generale l'estensione dell'autonomia delle parti con riferimento a tutte le clausole in materia di risarcimento del danno⁵, né si vuole approfondire l'esame dell'eventuale accordo che intervenga a seguito di un evento patologico nel contratto. Ci si propone, invece, di esaminare i profili di negoziabilità e riducibilità con riferimento alle convenzioni di cui al capo dedicato agli effetti del contratto, titolo II, libro IV del Codice civile (ove caparra e clausola penale sono disciplinate) e, successivamente, di estendere l'analisi al rapporto esistente tra l'autonomia delle parti nel contratto e il potere di controllo che su questa può esercitare il giudice.

³ Basti pensare alle reciproche concessioni che caratterizzano il contratto di transazione. Per un'analisi approfondita del negozio transattivo, cfr. M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 250; F. SANTORO-PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975; P. D'ONOFRIO, *Della transazione*, in *Comm. A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1959, p. 186; E. VALSECCHI, *Transazione*, in *Tratt. A. Cicu e F. Messineo*, II, Milano, 1954, p.139. Sulla distinzione tra transazione e negozio di accertamento, cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Tratt. proc. civ.*, diretto da F. Carnelutti, Napoli, 1958, p. 311 e, dello stesso autore, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 3; M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 227 e, dello stesso autore, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939.

⁴ In via esemplificativa, si può fare riferimento al divieto previsto dall'ordinamento dell'esclusione della responsabilità per colpa grave o per dolo di cui all'art. 1229 c.c.

⁵ Saranno, tuttavia, effettuati riferimenti, in senso comparatistico, alla disciplina delle clausole di limitazione della responsabilità, nonché alla disciplina delle clausole di liquidazione anticipata del danno. Cfr. *infra*.

L'indagine in materia di caparra confirmatoria, caparra penitenziale e clausola penale non può essere condotta in maniera isolata rispetto al contesto normativo di riferimento. Le tre convenzioni, infatti, si pongono in un rapporto inevitabilmente dialettico con la disciplina della risoluzione del contratto e del risarcimento del danno. In particolare, occorre sin d'ora rilevare, in via necessariamente preliminare rispetto alla trattazione che seguirà, che la caparra confirmatoria e la clausola penale sopravvivono alla risoluzione del contratto. In altre parole, la risoluzione del contratto nell'ambito del quale è pattuita una clausola penale o un'altra clausola sul risarcimento del danno potrebbe, in linea strettamente teorica, travolgere anche la clausola accessoria in materia di risarcimento del danno. Tuttavia, da tempo la giurisprudenza e la dottrina hanno sgomberato il campo, confermando che la risoluzione non estingue le convenzioni mirate a regolare il risarcimento del danno in caso di inadempimento, ammettendo – e talvolta richiedendo – che la condanna al pagamento della penale possa andare di pari passo con la pronuncia della risoluzione del contratto⁶.

Come accennato, l'indagine sulla caparra confirmatoria, sulla caparra penitenziale e sulla clausola penale sembra, inoltre, offrire un utile spunto per esaminare il rapporto esistente tra il potere negoziale delle parti in relazione alle clausole richiamate e il potere del giudice di riduzione, nonché, in senso più ampio, il rapporto tra l'autonomia privata dei contraenti e il potere correttivo del giudice. La rilevanza di un'indagine sull'argomento sembra oggi evidenziata dalle numerose pronunce che hanno accordato un potere correttivo significativo al giudice, con riferimento sia alla caparra confirmatoria, sia alla clausola penale, modificando l'assetto del citato rapporto rispetto al passato. Di recente, la rilevanza, anche

⁶ In dottrina, cfr. R. SACCO, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 669; L. GUERINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, p. 53, secondo il quale, oltre alla clausola penale, sopravvivono alla risoluzione del contratto le clausole sull'onere della prova, le clausole sulle garanzie, quelle che limitano la facoltà di proporre eccezioni e quelle che prevedono l'esonero o la limitazione della responsabilità.

strumentale⁷, del tema è stata confermata da due Ordinanze della Corte Costituzionale, emanate a un anno di distanza l'una dall'altra, che hanno prospettato la possibilità di applicare l'art. 1418 c.c. per dichiarare la nullità di una clausola del regolamento contrattuale (nel caso di specie la caparra confirmatoria) se contrastante con il generale principio costituzionale di solidarietà sociale⁸.

1.2. Gli obiettivi dell'indagine e l'approccio metodologico adottato

L'indagine che ci si appresta a svolgere è organizzata sistematicamente secondo tre direttive, che perseguono obiettivi tra loro connessi e che sono trattate in modo consequenziale, costituendo l'una la necessaria premessa logica della successiva.

In primo luogo ci si propone di inquadrare le tre convenzioni in senso sistematico nell'ordinamento. In questa prima fase, si presterà attenzione al dato normativo, che fungerà da punto di partenza per l'approfondimento successivo. Si precisa che il metodo che si intende adottare per condurre la presente ricerca non è puramente dogmatico⁹, in quanto, già da una preliminare analisi del tema,

⁷ Numerosissime risultano, ad una prima analisi, le sentenze che fanno riferimento all'art. 1384 c.c. in materia di riducibilità della clausola penale, per derivarne un più generale potere del giudice di incidere in senso riduttivo sulle convenzioni pattuite tra le parti. Cfr. *infra*.

⁸ Ci si riferisce a Corte Cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contr.*, 2014, p. 853 e Corte Cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, 2, p. 382. Per un più ampio commento alle ordinanze citate, si rinvia *infra*.

⁹ Sulla dogmatica giuridica, cfr. L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 25; E. PARESCE, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1965, p. 693; un approccio puramente dogmatico non sembrerebbe infatti permettere un dialogo con le posizioni giurisprudenziali degli ultimi decenni, che non evitano di introdurre concetti eteronomi rispetto alla lettera della legge nei loro processi argomentativi. Pur non volendo con ciò svilire i rischi connessi alle recenti metodologie del giudicare, su cui si rifletterà *infra*, sembra comunque utile porsi in un'ottica di ricerca che consenta di prendere in considerazione le posizioni dell'interprete, la problematicità del dialogo tra la giurisprudenza e il legislatore.

emerge la necessità di avere contezza dalla realtà giuridica derivante dall'opera dell'interprete. Ciò premesso, pare comunque che uno spazio rilevante, nella ricerca, debba essere riservato all'analisi storica¹⁰ e strutturale degli istituti indagati, specialmente nella prima fase del lavoro. Sotto il profilo dell'organizzazione metodologica, si procederà indagando la caparra (confirmatoria e penitenziale) e la clausola penale separatamente, con un approccio analitico¹¹, allo scopo di approfondire sotto il profilo della teoria del diritto i tre istituti. Saranno analizzati gli istituti della caparra confirmatoria, della caparra penitenziale e della clausola penale sotto il profilo storico, strutturale e funzionale, effettuando anche una ricostruzione dogmatica e giurisprudenziale del rapporto intercorrente tra le convenzioni citate, i principi della responsabilità contrattuale e le regole in materia di risoluzione del contratto. L'approfondimento, in senso di verticale, sulla disciplina delle citate clausole si pone, inoltre, l'obiettivo di indagare e determinare quale sia il rapporto esistente tra i rimedi speciali, previsti in materia di caparra e clausola penale, e le regole generali in materia di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno, nonché di determinare il contenuto e i limiti di derogabilità delle disposizioni che, nel Codice civile, disciplinano le singole convenzioni in esame, sia con riferimento agli aspetti strutturali (a titolo esemplificativo, l'oggetto, la natura del danno risarcibile), sia a quelli funzionali (il meccanismo operativo delle convenzioni, le funzioni svolte).

La seconda direttrice consiste nell'indagine circa la riducibilità, ad opera del giudice, delle clausole in esame. Ci si propone di verificare quale sia il rapporto esistente tra l'autonomia delle parti nel negoziare le convenzioni oggetto di questa ricerca rispetto al potere

¹⁰ Secondo una parte della dottrina, la dogmatica potrebbe interpretarsi in senso autoreferenziale, come l'apposizione di norme fondate su un principio di sempre maggiore astrazione e volta a creare un complesso di dogmi giuridici teoricamente giustificati, ovvero, come la storia dei dogmi e dei principi, studiati come fatti di carattere storico. Cfr. G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 63.

¹¹ Il termine di metodologia analitica è qui indicato avendo a mente il procedimento regressivo di indagine di proposizioni e norme nei loro elementi costitutivi.

del giudice di incidere su tali determinazioni convenzionali. Il proposito della ricerca sarà perseguito secondo due differenti prospettive di analisi. Da un lato, si porrà attenzione alla determinazione del nucleo di norme inderogabile dalle parti con riferimento ai rimedi risarcitori offerti dalla caparra e dalla clausola penale, di modo tale da delineare fino a quale punto le parti possano derogare la disciplina prevista dagli artt. 1382 e ss. del Codice civile. In secondo luogo, si affronterà il problema della riducibilità delle convenzioni citate da parte dell'autorità giudiziale. In relazione ai fini della ricerca fino ad ora esposti, si farà riferimento non solo alla normativa italiana, ma anche agli strumenti di diritto internazionale. L'obiettivo perseguito nell'ultima parte della ricerca, consiste nel delineare i confini dell'autonomia contrattuale delle parti, tenendo conto non solo delle previsioni di legge, ma anche dell'approccio della giurisprudenza. Questa fase di approfondimento corrisponde ad un ampliamento della ricerca all'ordinamento nel suo insieme. A tale fine, ci si propone di adottare un approccio di tipo trasversale, diretto a verificare la presenza e l'incidenza del concetto di equilibrio tra le prestazioni contrattuali nella legge e nella giurisprudenza. Con riferimento al tema dell'equilibrio nella legge, non si potrà prescindere dall'operare una ricostruzione di quella parte della teoria del diritto civile che, in passato, ha ritenuto l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali tendenzialmente irrilevante. Nella fase di indagine dedicata alla ricostruzione di un principio di equilibrio nel contratto ad opera della giurisprudenza si procederà, sotto il profilo metodologico, secondo un approccio casistico, più idoneo a consentire di rilevare la presenza di eventuali tendenze uniformi. L'analisi del ruolo assunto dall'equilibrio nelle decisioni della giurisprudenza sarà mirata a delineare gli strumenti interpretativi atti a garantire l'incidenza della decisione del giudice sul contenuto contrattuale, nonché sulle stesse clausole in precedenza esaminate: la clausola penale, la caparra confirmatoria e penitenziale.

1.3. L'organizzazione della ricerca

La ricerca sarà organizzata a partire dall'indagine storica sugli istituti esaminati, per procedere poi ad indagare gli aspetti strutturali della caparra (Parte II) e della clausola penale (Parte III). In particolare, sarà analizzato il processo evolutivo che ha condotto all'attuale

formulazione normativa delle disposizioni, contenute nel Codice civile, in materia di caparra confirmatoria, di caparra penitenziale e di clausola penale. Questa indagine non potrà condursi in maniera disgiunta rispetto all'esame della funzione che le clausole hanno ricoperto nei diversi periodi storici. Già da una prima analisi, risulta, infatti, che le convenzioni oggetto di ricerca hanno natura multifunzionale, fungendo allo stesso tempo da metodi per la predeterminazione dell'ammontare del risarcimento (o del prezzo per il recesso) e quali clausole che rendono più oneroso lo scioglimento del vincolo contrattuale principale. L'indagine storica si svolgerà a partire dall'origine degli istituti (si rifletterà sull'origine dell'*arrha* sulla *sipulatio poenae* romana) e terminerà con l'esame delle disposizioni contenute nel Codice civile del 1865. Si procederà esaminando dapprima la caparra, suddividendo l'esame della convenzione in due parti dedicate rispettivamente alla caparra confirmatoria e alla caparra penitenziale e, successivamente, la clausola penale. Sebbene la caparra confirmatoria e la clausola penale presentino la relevantissima analogia funzionale di rendere possibile la predeterminazione dell'ammontare del risarcimento del danno, la partizione del lavoro prescelta sembra presentare il vantaggio di aderire al percorso storico che ha dato origine alle tre clausole – la caparra confirmatoria e la caparra penitenziale presentano, infatti, una struttura simile, discendendo entrambe dall'*arrha* romana – e di permettere un'indagine più approfondita e logicamente più coerente delle convenzioni.

Al fine di inquadrare sistematicamente le clausole in esame, pare necessario riflettere sulla collocazione che queste hanno all'interno del Codice civile vigente. L'ubicazione sistematica scelta dal legislatore pare idonea a fornire rilevanti indicazioni sul ruolo attribuito alle convenzioni in esame all'interno dell'ordinamento, specialmente in considerazione della diversa scelta, operata a livello internazionale, dagli strumenti di *soft law* che saranno presi in considerazione. Inoltre, ci si soffermerà sulle analogie e sulle differenze funzionali che, all'esito della prima parte di indagine, sarà possibile evidenziare tra le tre clausole.

Il tema del rapporto tra le convenzioni in esame e la disciplina in materia di risoluzione del contratto e del risarcimento del danno sarà affrontato trattando ancora una volta separatamente la caparra e la

clausola penale. Con riferimento alla caparra confirmatoria, ci si soffermerà sul rapporto tra il rimedio ordinario della risoluzione e quello speciale del recesso o della ritenzione della caparra (Parte III). In relazione alla clausola penale ci si occuperà dapprima del tema dell'applicabilità delle regole generali in materia di responsabilità contrattuale alla convenzione e, successivamente, del rapporto tra la clausola penale e le norme del Codice civile in materia di risoluzione, adempimento e risarcimento del danno (Parte V).

Successivamente, ci si propone di esaminare l'equilibrio tra i rimedi disposti pattiziamente dalle parti, per il caso di inadempimento contrattuale, e il potere correttivo del giudice sul contenuto dell'accordo con riferimento alla clausola penale e alla caparra (Parte VI). In prima battuta, si analizzerà la previsione in materia di riducibilità della clausola penale, esaminando le possibili teorie interpretative e le criticità della formulazione del criterio a cui il giudice deve fare riferimento nell'atto di ridurre la penale. In seguito, secondo uno schema di ampliamento progressivo del campo di indagine, si formuleranno alcune riflessioni sulla teoria della riducibilità della clausola penale applicata alla caparra confirmatoria e alla caparra penitenziale. In questa fase sarà opportuno prendere in considerazione congiuntamente la clausola penale e la caparra (confirmatoria e penitenziale), in quanto l'eventuale applicazione dello strumento analogico impone l'indagine su tutti i termini della comparazione. Inoltre non sembra che si potrà prescindere dall'esame degli orientamenti, mutevoli nel tempo, assunti dalla giurisprudenza. In particolare, si tenterà di verificare se sia delineabile una tendenza interpretativa uniforme, sia con riferimento all'esito delle diverse pronunce, sia con riferimento all'argomentazione di volta in volta adoperata dal giudice. In questa fase, dovrà certamente essere esaminata la recente posizione della Corte Costituzionale che, con le due Ordinanze del 2013 e del 2014, ha riconosciuto un rilevante potere correttivo al giudice.

Nell'ultima parte della ricerca, l'indagine sarà ulteriormente ampliata all'esame del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice, tema che pare strettamente connesso a quello della rilevanza dell'equilibrio o della proporzionalità tra le prestazioni contrattuali (Parte VII). Il tema sarà scomposto in due parti. Si procederà dapprima ad una ricognizione sul ruolo dell'equilibrio nel

contratto nell'ambito della legge. Si approfondirà il tema dell'equilibrio indagando le disposizioni del Codice civile, parte della legislazione speciale e degli strumenti di diritto internazionale. Successivamente ci si concentrerà sull'esame delle posizioni della giurisprudenza. A tal fine, sarà logicamente necessario prevedere l'analisi di quelle disposizioni normative che riconoscono al giudice la possibilità di correggere equitativamente il contenuto del contratto.

PARTE II – L’origine e i caratteri strutturali della caparra

Capitolo 1 - L’indagine storica sull’origine dell’arra e sull’evoluzione della caparra confirmatoria

Sommario: 1.1. Premesse metodologiche: l’evoluzione della funzione della caparra confirmatoria; 1.2. L’ambiguità terminologica negli studi in materia di caparra confirmatoria; 1.3. L’origine della caparra confirmatoria tra i popoli del Mediterraneo: l’*arrha* e la garanzia; 1.4. L’origine della funzione probatoria della caparra: dall’accessorietà al contratto reale di compravendita nel diritto greco all’accessorietà al contratto consensuale di compravendita nel diritto romano; 1.5. L’evoluzione storica della funzione probatoria della caparra confirmatoria: la causa tipica e la funzione della quietanza di pagamento

1. L’indagine storica sull’origine dell’arra e sull’evoluzione della caparra confirmatoria

1.1. Premesse metodologiche: l’evoluzione della funzione della caparra confirmatoria

L’analisi della caparra confirmatoria sotto il profilo dottrinale e giurisprudenziale sarà preceduta da un approfondimento sull’evoluzione storica dell’istituto dalle sue origini fino ai giorni nostri. La necessità di esaminare le origini dell’istituto è emersa fin dal principio del presente lavoro, poiché gli studi condotti in materia di caparra confirmatoria hanno da subito evidenziato una complessa struttura funzionale dell’istituto.

L’indagine sulla funzione della caparra confirmatoria è parsa di fondamentale rilevanza sia sotto il profilo sistematico, sia con riferimento alle ipotesi più discusse di atteggiamenti giuridici dell’istituto nei casi pratici oggetto di decisioni della giurisprudenza. Di conseguenza, è parso di primaria importanza individuare le sfaccettature della funzione tipica della caparra e comprendere i confini funzionali dell’istituto. A tal fine, un’analisi storica delle

origini della caparra confirmatoria e dell'evoluzione delle funzioni svolte dall'istituto è parsa necessaria.

In particolare, la dottrina odierna riconosce unanimemente alla caparra confirmatoria almeno tre funzioni. È una convenzione che svolge la funzione di confermare l'impegno contrattuale, di indennizzare in via preventiva per il danno da inadempimento e di anticipare in via parziale la prestazione dovuta. Tuttavia, tradizionalmente si riconosce alla caparra un'ulteriore funzione, ossia quella di dare prova della conclusione del contratto principale, su cui la dottrina odierna ha assunto differenti posizioni che saranno esaminate.

In effetti, secondo una ricostruzione storica della causa dell'istituto, la dazione della quantità di cose fungibili a titolo di caparra sarebbe stata idonea a provare l'intercorso accordo tra le parti. Tuttavia, oggi, non pare agevole rilevare la sussistenza della funzione probatoria della caparra confirmatoria dall'analisi delle disposizioni di cui agli artt. 1385 c.c. e ss¹². Per determinare i confini della funzione tipica della caparra confirmatoria, ci si propone, dunque, di esaminare l'evoluzione storica dell'istituto. Nell'analisi che segue si tenterà di esaminarlo sotto il profilo storico ricostruendo in particolare l'origine della cosiddetta funzione probatoria della caparra confirmatoria e la sua evoluzione nei differenti contesti storici e giuridici fino ai giorni nostri.

1.2. L'ambiguità terminologica negli studi in materia di caparra confirmatoria

Un'ulteriore premessa pare necessaria in merito alla terminologia che sarà utilizzata in questo lavoro alla luce dell'utilizzo, da parte della dottrina e della giurisprudenza, della sfera lessicale tipica del contratto anche per trattare della caparra confirmatoria. Si è rilevata,

¹² Anche la giurisprudenza cita la funzione probatoria della caparra senza tuttavia riscontrarne una concreta applicazione: cfr. Cass., 9 maggio 1962, n. 952, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 245; Cass., 22 aprile 1958, n. 1326, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 216; Cass., 20 novembre 1954, n. 4274, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 197.

ad esempio, la sovrapposizione dei termini “causa” e “funzione”, che, come noto, non sono del tutto coincidenti¹³. Si è rilevata ambiguità terminologica anche in relazione all’impiego di termini correlati alle fasi di conclusione dell’accordo o di operatività della convenzione, quali, ad esempio, il “perfezionamento” della caparra. Pare che le ragioni per cui tali termini sono diffusamente utilizzati dalla dottrina e dalla giurisprudenza possano essere ricercate nella contrapposizione tra due tesi opposte concernenti la natura della caparra confirmatoria. Come si avrà modo di approfondire, la prima tesi considera la clausola quale accessoria al contratto principale, mentre la seconda le attribuisce natura di vero e proprio contratto, dotato di caratteristiche di accessorialità rispetto al contratto principale. La seconda delle tesi prospettate ha avuto un minor seguito da parte della dottrina, ma ha probabilmente contribuito alla diffusione di un linguaggio che si riferisce alla caparra confirmatoria non solo come clausola accessoria al contratto, ma quale contratto in sé, capace di “perfezionarsi” a un dato momento e di avere una propria “causa”.

Nel lavoro che segue, adeguandosi alla tendenza terminologica rilevata in dottrina e giurisprudenza, i termini appartenenti alla sfera contrattuale saranno utilizzati anche con riferimento alla caparra confirmatoria.

1.3. L’origine della caparra confirmatoria tra i popoli del Mediterraneo: l’arrha e la garanzia

Dai più approfonditi studi di storia del diritto, risulta che la caparra abbia origini assai antiche: si rinvencono indicazioni circa un istituto che gli storici riconducono alla caparra sin dal 2000 a.C. Le prime fonti che vi fanno riferimento sono i testi assiro-babilonesi, ma ve ne

¹³ In proposito è infatti stato rilevato, non solo che la funzione, per poter essere considerata quale causa, deve essere declinata nel senso di funzione economico-sociale, ma anche che la nozione stessa di causa si pone, data la natura degli studi che hanno tradizionalmente caratterizzato la materia, ad essere interpretata in più di un senso. Per una completa ricostruzione delle difficoltà terminologiche connesse allo studio della causa, si rinvia a M. MARTINO, *L’expressio causae. Contributo allo studio dell’astrazione negoziale*, Torino, 2011, in particolare pp. 163 ss.

è traccia anche nel diritto ebraico e aramaico. Il termine spesso citato dalla dottrina è la voce ebraica *'erabon* dal verbo *'arab*, che significa essere responsabile¹⁴. Sembra dunque potersi evincere che la caparra abbia origine orientale. Si trovano indicazioni sulla caparra anche in lingua siriana e dall'esame delle fonti siriane e dei papiri aramaici, la dottrina ha stabilito che l'istituto fosse noto e utilizzato dalle popolazioni del Mediterraneo con la principale funzione di garanzia. Risulta inoltre che fosse ampiamente adoperata quale strumento di diritto comune negli scambi commerciali tra occidente e oriente¹⁵. La caparra ebbe ampia diffusione tra i greci, che commerciavano con le popolazioni orientali e la applicavano ad ogni sorta di contratto. Dato l'ampio utilizzo dell'istituto nel mondo greco, gli studiosi affermano solitamente che il termine caparra derivi etimologicamente dal greco (*arrha*) e che indichi la garanzia¹⁶.

¹⁴ Per un'approfondita ricostruzione storica sull'uso della caparra confirmatoria cfr. E. VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia*, I, *Riv. ita. per le Scienze giurid.*, N.S., II, 1927, p. 581; dello stesso autore cfr. anche *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, p. 261. Cfr., inoltre, F. SENN, *La dation des arrhes, histoire d'une sûreté réelle*, in *Nouv. Revue Historique*, XXXVII, 1913, p. 575, che ritiene lo studio della caparra sotto il profilo storico di grande rilevanza per affrontare questioni problematiche del diritto delle obbligazioni. Anche E. VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia*, cit., apprezza l'utilità di un approfondimento storico dell'istituto.

¹⁵ Secondo la ricostruzione di M. MASSEI, *L'arra nella compravendita*, Milano, 1942, pp. 22 ss, nei diritti orientali l'istituto è applicato solo ai rapporti commerciali, mentre nel diritto greco e poi romano appare anche negli sponsali. In principio, ciò ha indotto gli studiosi a ritenere che il medesimo istituto fosse applicato ai due campi, ma successivamente parte della dottrina ha individuato due differenti istituti, entrambi di origine orientale. Cfr. E. VOLTERRA, *Studio sull'arrha sponsalicia*, cit., p. 92.

¹⁶ W. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 893; M. MASSEI, *L'arra nella compravendita*, cit., p. 22. Per una ricognizione sistematica in materia di caparra confirmatoria cfr. inoltre G. DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 241 ss.; A. MARINI, *Caparra*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, pp. 1 ss.; A. SCEVOLA, voce *Caparra*, in *Dig. it.*, VI, I, Torino, 1988, pp. 726 ss.; V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960,

La caparra, o arra, è presente anche nei testi biblici, dove indica varie fonti di garanzia, sia reali sia personali. Il più noto esempio biblico di arra si trova nell'Antico Testamento, nel passo in cui Tamar domanda a Giuda un "pegno" a garanzia di un futuro completo pagamento¹⁷.

1.4. L'origine della funzione probatoria della caparra: dall'accessorietà al contratto reale di compravendita nel diritto greco all'accessorietà al contratto consensuale di compravendita nel diritto romano

Secondo le ricostruzioni disponibili, nel sistema giuridico greco l'arra costituiva una clausola aggiuntiva, che non era necessariamente connessa al contratto di compravendita. La caparra poteva dunque accedere a più contratti, ma l'ambito di applicazione prediletto era già da allora quello del contratto di compravendita, considerato un contratto reale. Applicata a tale contratto, la caparra rappresentava un frazionamento della cosa che doveva essere consegnata, ma, sotto il profilo giuridico, non sembra avesse effetti vincolanti circa la conclusione dell'accordo, che era perfetto solo a seguito della consegna della cosa. Concependo la compravendita come reale, doveva quindi essere consegnata una prima parte del prezzo a scopo di garanzia per il futuro perfezionamento dell'accordo e tale prassi risultava utile ad evitare l'immediato e integrale pagamento del prezzo, che, in assenza di carta moneta, poteva non risultare agevole¹⁸.

pp. 191 ss. Per una prospettiva comparatistica cfr. F. P. PATTI, *Caparra (dir. comp.)*, *Dig. disc. priv. sez. civ., IX agg.*, Torino, 2014, pp. 12 ss.

¹⁷ Si tratta di Gen., 38, 17, in cui Giuda offre a Tamar, sua nuora, un primo esempio di arra. Lascia il suo sigillo, il suo cordone e il suo bastone, che serviranno a Tamar per dare prova dell'identità di Giuda.

¹⁸ Come nel passato la funzione fosse centrale è ben evidenziato da W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., p. 894, che cita Plinio sull'origine dell'arra e spiega che non essendo né comodo né possibile, in antichità, portare con sé la moneta necessaria agli scambi, dato il suo peso, si ovviava dandone solo una parte e riservandosi di versare il rimanente in un secondo momento. Sul tema dei contratti a cui è applicabile la caparra cfr. F. P. PATTI, *Caparra (dir. comp.)*, cit., pp. 14 ss., che esamina la differenza funzionale

Attraverso il commercio con i popoli greci, l'istituto è stato successivamente assorbito e utilizzato nel diritto romano. Le fonti rinvenute spingono a ritenere che avesse maggiore diffusione nelle regioni provinciali e con una funzione diversa da quella tipica del mondo greco ed orientale. Non rappresentava più una garanzia reale, ma indicava l'avvenuta conclusione del contratto di compravendita, rappresentandone la prova¹⁹. Nel diritto romano classico, infatti, la compravendita era un contratto consensuale e la caparra era considerata un patto accessorio con cui il compratore trasferiva al venditore una somma di denaro o altro oggetto per provare l'avvenuta conclusione del contratto obbligatorio.

Le origini della funzione probatoria risalgono, dunque, al diritto romano: la dazione della caparra provava che fosse stato espresso il consenso e che, pertanto, il contratto di compravendita consensuale fosse già vincolante tra le parti. Inoltre, mentre nel diritto greco la caparra era anche applicabile ai contratti di appalto o di locazione, ai quali si affiancava come garanzia, nel diritto romano era conosciuta solo in relazione alla compravendita²⁰.

La caparra ha dunque assunto diverse funzioni a seconda degli ordinamenti in cui è stata conosciuta ed utilizzata, e la funzione probatoria ha avuto un evidente rilievo quando l'arra si è trovata associata a contratti di natura consensuale per i quali è più sentita l'esigenza di dare prova dell'avvenuto scambio del consenso²¹.

della caparra applicata a contratti consensuali e reali.

¹⁹ M. TALAMANCA, *Arrha*, in *Novissimo Digesto italiano*, I, 2, Torino, 1958, p. 1002.

²⁰ Il collegamento tra il contratto di compravendita e la caparra confirmatoria è anche attestato dalla sistematica del *Code civil* francese che, come rileva F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 148, colloca la caparra nell'ambito della disciplina sulla vendita. Il rilievo ha anche carattere pratico, in quanto nella prassi odierna la caparra spesso è collocata nei contratti preliminari di compravendita.

²¹ Dell'avvenuta conclusione del contratto reale potrebbe infatti ugualmente dubitarsi, ma la parte avrebbe già nella sua disposizione il bene trasferito.

1.5. L'evoluzione storica della funzione probatoria della caparra confirmatoria: la causa tipica e la funzione della quietanza di pagamento

Come è stato rilevato, nel diritto romano, la caparra svolgeva la funzione di dare prova dell'avvenuta conclusione del contratto consensuale di compravendita. La funzione probatoria della caparra confirmatoria è oggi sovente richiamata dagli studiosi dell'istituto.

Nell'attuale scenario normativo, occorre quindi verificare se possa ancora in concreto svolgere la medesima funzione e se questa debba considerarsi ricompresa nella causa tipica della caparra confirmatoria.

Come si dirà trattando della causa della caparra confirmatoria, la dottrina che per prima ha esaminato la disciplina di cui all'art. 1385 c.c. ha in larghissima parte fatto riferimento alla funzione di prova del contratto svolta dalla caparra, annoverandola tra le molteplici funzioni dell'istituto.

Tuttavia, ad oggi, nonostante sia di prassi utilizzata nell'ambito di contratti consensuali come il preliminare di compravendita, pare che la funzione probatoria della caparra abbia assunto un ruolo più marginale²². Infatti, anche in assenza di un contratto preliminare,

²² Sul ruolo meno rilevante della caparra confirmatoria come prova del contratto cfr. A. MARINI, *Caparra*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 2; M. BELLANTE, *La caparra*, Milano, 2008, p. 16; M. GORGONI, *Caparra confirmatoria*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 1013, che afferma in modo netto che dell'originaria funzione probatoria si è persa progressivamente traccia; cfr. anche R. SACCO, *Contratto*, in *D.I.*, VIII, III, Torino, 1898, p. 284, secondo il quale la funzione di espediente confirmatorio della caparra non è stata ricevuta nei diritti moderni. In merito alla sussistenza della funzione probatoria, si esprime in modo più possibilista F. P. PATTI, *Caparra (dir. comp.)*, cit., pp. 12 ss., che ritiene di non poter determinare in via definitiva se la funzione sussista ad oggi o meno, in quanto molteplici sono le possibili combinazioni di casualità che la realtà della prassi contrattuale offre. Non pare esatto sostenere che la caparra confirmatoria possa essere idonea a dare prova del contratto secondo F. ROSELLI, *Clausola penale e caparra*, in *Tratt. Bessone, Gli effetti del contratto*, VI, Torino, 2002, p. 336; A. MARINI, *Caparra*, cit., p. 1.

pare giovi indagare la natura dell'atto che solitamente accompagna la dazione della caparra, ossia la quietanza. Il suo valore giuridico sembra essere quello della semplice dichiarazione di scienza, che non è necessariamente espressiva della volontà delle parti e che, pertanto, non potrà con certezza provare l'esistenza del contratto²³. Non pare, dunque, che si possa assumere che la quietanza, anche laddove contenga tutti gli elementi per identificare il bene oggetto del contratto e abbia forma scritta, sia necessariamente idonea a dare prova del contratto²⁴. Ciò non implica che una dichiarazione di scienza non possa presupporre l'esistenza del contratto. Tant'è che l'attestazione della dazione di denaro, o di altro bene fungibile a titolo di caparra, può certamente svolgere il compito di agevolare, sotto il profilo pratico, la prova del contratto²⁵. Tuttavia, pare potersi affermare che vi sia prova dell'esistenza dell'accordo contrattuale solo laddove risulti per iscritto la volontà di

²³ È stato ritenuto che per integrare i requisiti di forma del contratto di cui all'art. 1350 c.c. sia necessaria la prova della volontà contrattuale dei contraenti e non basti una mera dichiarazione di scienza da F. GALGANO, *Degli effetti del contratto della rappresentanza del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 174.

²⁴ In dottrina, cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., p. 17 sostiene che la prova del contratto è la conseguenza indiretta del fatto che la stipula della caparra confirmatoria comporta necessariamente la dazione della somma di denaro o della quantità di altre cose fungibili che ne costituiscono oggetto: «la dazione in quanto atto reale che si estrinseca nel mondo esterno, agevola la prova sia della caparra, quale titolo che giustifica lo spostamento patrimoniale, sia del contratto principale, quale conseguenza dell'accessorietà della caparra».

²⁵ Ad oggi, inoltre, la dazione della caparra confirmatoria rientra sovente tra le transazioni economiche tracciate, poiché solitamente supera le soglie stabilite dalla normativa in materia di cui al decreto legislativo del 21 novembre 2007, n. 231, "Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione e successive modificazioni e integrazioni", all'art. 49 sulle limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore.

concluderlo di entrambe le parti²⁶. Tale circostanza potrebbe non verificarsi in relazione alla quietanza rilasciata alla parte che presta la caparra. Di conseguenza, la funzione probatoria non pare di per sé riconducibile alla struttura ed alla causa della caparra confirmatoria così come delineata nel Codice civile vigente.

In definitiva, sembra che l'annoverare questa funzione tra quelle tipiche dell'istituto sia un'abitudine derivante dalle prassi commerciali più antiche. Nell'attuale contesto normativo, pare dunque corretto affermare che l'accezione probatoria della funzione confirmatoria non sia riferibile in senso stretto alla causa tipica della caparra confirmatoria, sebbene la dazione di denaro possa essere idonea a facilitare la prova della conclusione del contratto.

²⁶ La Cassazione esprime questa posizione in più decisioni: Cass., 13 dicembre 1982, n. 6822, in *Arch. civ.*, 1983, p. 732; Cass., 19 agosto 1983, in *Mass. Foro it.*, 1983, p. 542.

Capitolo 2 - La caparra confirmatoria e la caparra penitenziale nel diritto positivo

Sommario: 2.1. La collocazione sistematica della caparra nel Codice civile vigente: il rapporto tra la caparra confirmatoria, la caparra penitenziale e la clausola penale; 2.2. L'origine della distinzione tra la caparra confirmatoria e la caparra penitenziale: dal Codice civile del 1865 all'ordinamento odierno; 2.3. Analogie funzionali tra la caparra confirmatoria, la caparra penitenziale e la clausola penale; 2.4. I principi Unidroit: un'unica disposizione sulla somma dovuta nel caso di inadempimento; 2.5. L'applicabilità della disciplina Unidroit alla caparra confirmatoria e alla clausola penale; 2.6. I Principi europei sulla legge dei contratti (PecL): la tendenza al raggruppamento delle clausole secondo un criterio di affinità funzionale; 2.7. Osservazioni in merito alle affinità funzionali tra la caparra confirmatoria e la clausola penale: le ragioni di un approccio funzionale

2. La caparra confirmatoria e la caparra penitenziale nel diritto positivo

2.1. La collocazione sistematica della caparra nel Codice civile vigente: il rapporto tra la caparra confirmatoria, la caparra penitenziale e la clausola penale

Prima di procedere all'esame delle questioni giuridiche che la disciplina della caparra ha sollevato e che sono state affrontate dalla giurisprudenza e dalla dottrina, pare opportuno inquadrare sistematicamente l'istituto nell'ambito dell'ordinamento positivo e operare una prima ricognizione circa la sua collocazione, la sua struttura, la sua funzione nel contratto e i meccanismi operativi previsti dal codice civile per il suo funzionamento.

La caparra, così come la clausola penale, è disciplinata nel capo del Codice civile dedicato agli effetti del contratto, titolo II, IV libro.

Riconoscendo alla caparra confirmatoria e alla clausola penale natura di convenzioni sul risarcimento del danno, gli studiosi si sono interrogati sulla possibilità di inserire gli istituti tra le disposizioni del Codice civile dedicate all'inadempimento dell'obbligazione (titolo I, capo III del IV libro)²⁷.

L'accostamento tra la clausola penale e la caparra confirmatoria è stato sovente oggetto di approfondimenti dottrinali²⁸. A riprova delle analogie esistenti tra i due istituti, è utile rilevare che originariamente la caparra confirmatoria era denominata caparra penale o penale impropria²⁹. Ciò si spiega in ragione dell'affinità tra la funzione svolta dai due istituti, ossia quella di liquidare preventivamente il danno derivante dall'inadempimento dell'obbligazione principale.

Tuttavia, la medesima analogia non sussiste tra la caparra confirmatoria e la caparra penitenziale, disciplinata nel capo del Codice civile sugli effetti del contratto, all'art. 1386 c.c., poiché non è una clausola di liquidazione preventiva del danno, né opera in caso di inadempimento contrattuale. Si tratta invece di una caparra prestata a titolo di corrispettivo per l'esercizio della facoltà di recesso eventualmente prevista dalle parti nel contratto principale. La caparra confirmatoria è, dunque, l'unica delle due caparre che astrattamente si presterebbe ad essere collocata nell'ambito del titolo in materia di inadempimento delle obbligazioni.

Di conseguenza, la collocazione della caparra confirmatoria tra le norme relative all'inadempimento contrattuale avrebbe ragione

²⁷ Per una ricognizione sistematica in materia di caparra confirmatoria nell'ambito del Codice civile vigente, si richiamano G. DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 241 ss.; A. MARINI, *Caparra*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, pp. 1 ss.; A. SCEVOLA, voce *Caparra*, in *Dig. it.*, VI, I, Torino, 1988, pp. 726 ss.; V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 191 ss.; W. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, pp. 893 ss. Per una prospettiva comparatistica cfr. F. P. PATTI, *Caparra (dir. comp.)*, *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IX agg., Torino, 2014, pp. 12 ss.

²⁸ Indaga approfonditamente la diversità tra le due discipline S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesiger, Milano, 1999, pp. 50 ss.

²⁹ Cfr. V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, cit., p. 192.

d'essere solo se si prevedesse una disciplina della caparra penitenziale autonoma rispetto a quella della caparra confirmatoria. Si configurerebbe, in tal caso, una disciplina congiunta delle convenzioni che hanno incidenza sulla limitazione del risarcimento del danno da inadempimento, come la caparra confirmatoria e la clausola penale, nel capo sull'inadempimento delle obbligazioni. In aggiunta, dovrebbe essere prevista una separata disciplina degli accordi che prevedono conseguenze per l'esercizio della facoltà di recesso, come la caparra penitenziale³⁰.

2.2. *L'origine della distinzione tra la caparra confirmatoria e la caparra penitenziale: dal Codice civile del 1865 all'ordinamento odierno*

L'esame della collocazione sistematica dell'istituto della caparra confirmatoria nel Codice civile ha lasciato emergere alcuni tratti del rapporto esistente tra la caparra confirmatoria e la caparra penitenziale, che pare meritino un approfondimento.

La distinzione tra caparra confirmatoria e penitenziale pare risalire alla scuola pandettistica tedesca, che riconosceva alle parti la possibilità di prevedere un patto separato tramite il quale caratterizzare la caparra prestata come penitenziale o come confirmatoria³¹. Anche nell'abrogato Codice civile italiano del 1865 si riscontra il medesimo approccio volontaristico. Ai sensi dell'art. 1217 dell'abrogato Codice, le parti potevano infatti decidere di versare una caparra confirmatoria oppure una caparra che costituisse il corrispettivo per la facoltà di recesso prevista nel contratto principale³². Lo stesso approccio è stato successivamente recepito

³⁰ Come sarà illustrato *infra*, una disciplina degli istituti in esame così strutturata risulterebbe in linea con l'approccio degli strumenti di diritto internazionale alla materia delle convenzioni sul risarcimento del danno.

³¹ Cfr. F. P. PATTI, *Caparra (diritto comparato)*, cit., p. 19.

³² La legge non stabilisce criteri interpretativi per qualificare, nei casi dubbi, la caparra come confirmatoria o penitenziale. La giurisprudenza ha dunque elaborato alcuni criteri suppletivi. In primo luogo, la Suprema Corte ha ritenuto che il giudice possa evincere a quale titolo sia avvenuto il trasferimento della cosa indagando il contenuto dell'accordo, cfr. Cass., 7

anche nel Codice civile del 1942 e la differenza tra i due tipi di caparra sotto il profilo causale emerge in modo evidente dalla Relazione al Codice civile, dove la peculiarità funzionale della caparra penitenziale è così evidenziata: «alla caparra le parti, per patto espresso, possono conferire carattere penitenziale (art. 1386). In tal caso la caparra non rappresenta un limite di responsabilità per inadempimento, ma il corrispettivo della facoltà di recesso che una o entrambe le parti si siano riservate»³³.

Di conseguenza, mentre la caparra confirmatoria è idonea ad incidere sul rapporto contrattuale in caso di inadempimento, benché nella fase patologica di questo, permettendo la liquidazione anticipata e convenzionale del danno, altrettanto non può dirsi della caparra penitenziale. Il recesso, di cui la caparra penitenziale rappresenta il corrispettivo, implica infatti, dal punto di vista logico, la volontà di liberarsi dal vincolo contrattuale e provoca, sotto il profilo giuridico, lo scioglimento del contratto. Ne consegue che una volta esercitata la

luglio 2004, n. 12472, in *Contr.*, 2005, I, p. 35. Inoltre, se la dazione è stata qualificata dalle parti come caparra e sussiste il dubbio circa la sua natura confirmatoria o penitenziale, la caparra dovrà ritenersi confirmatoria. Alla stessa conclusione deve giungersi se non risulti che la caparra sia stata pattuita a titolo di corrispettivo per il recesso o se non sia previsto un patto di recesso con corrispettivo nel contratto. Cfr. Cass., 2 dicembre 1993, n. 11946, in *Mass. Foro it.*, 1993; Cass., 15 maggio 1982, n. 3027, *ivi*, 1982; Cass., 24 aprile 1979; n. 2339, in *Riv. notariato*, 1989, II, p. 1284.

³³ Nella *Relazione al Codice civile del 1942, Della clausola penale e della caparra*, paragrafo 633, 138, precisamente si legge: «La disciplina della caparra è stata molto semplificata. Nella configurazione giuridica di ciò che uno dei contraenti dà all'altro al momento della conclusione del contratto vi è una progressione. Ciò che si dà senza speciale qualifica rappresenta adempimento, totale o parziale, sia pure anticipato; ciò che si dà a titolo di caparra, mentre conferma il contratto (per modo che deve essere restituito o computato in caso di inadempimento: art. 1385, primo comma), facilita le composizioni in caso di inadempimento; infatti, l'inadempiente, se l'altra parte non insiste per l'esecuzione o non domanda in giudizio la risoluzione, perde la caparra o restituisce il doppio di quella ricevuta (art. 1385, terzo comma); e allora la caparra funziona come garanzia per il recupero dei danni che saranno attribuiti in sede di risoluzione del contratto o, in caso di condanna ad eseguirlo, per mora verificatasi».

facoltà di recesso non sia più configurabile un inadempimento contrattuale.

Procedendo nella comparazione tra caparra confirmatoria e caparra penitenziale, occorre evidenziare i differenti presupposti costitutivi dei due istituti. Entrambi presuppongono l'esistenza di un contratto principale, ma solo per la caparra penitenziale si richiede necessariamente che le parti inseriscano nel contratto anche un patto di recesso con previsione di un corrispettivo. Sotto il profilo della struttura i due istituti presentano, invece, significative analogie. In entrambi i casi un contraente presta la caparra e, in entrambi i casi, chi è inadempiente o chi esercita il recesso perde la somma versata³⁴. Caparra confirmatoria e penitenziale si prospettano, dunque, come due istituti differenti, caratterizzati dal medesimo meccanismo operativo, ma che risultano distinti per causa e per presupposti costitutivi.

La collocazione codicistica adottata dal legislatore italiano nel disciplinare la caparra confirmatoria e la caparra penitenziale sembra pertanto privilegiare le affinità strutturali esistenti tra i due istituti, mentre l'eventuale alternativa collocazione della caparra confirmatoria nell'ambito del titolo del Codice civile dedicato all'inadempimento delle obbligazioni, insieme alla clausola penale, sarebbe giustificata dall'affinità tra le funzioni svolte dalle due convenzioni.

2.3. Analogie funzionali tra la caparra confirmatoria, la caparra penitenziale e la clausola penale

Come è stato anticipato, caparra confirmatoria, clausola penale e caparra penitenziale sono collocate nell'ambito del medesimo capo del Codice civile, dedicato agli effetti del contratto. In ragione delle analogie funzionali esistenti tra clausola penale e caparra confirmatoria, si è fatto cenno alla possibilità di un'eventuale collocazione dei due istituti nell'ambito delle norme del Codice

³⁴ Come per la caparra confirmatoria, anche nel caso di caparra penitenziale ove il recesso sia esercitato dal *tradens*, egli potrà pretendere il doppio della somma versata. Se invece il recesso è esercitato dall'*accipiens*, questi non dovrà far altro che ritenere la caparra ricevuta.

civile in materia di inadempimento del contratto. Una simile collocazione nel Codice civile sarebbe idonea a rispecchiare le differenze esistenti, sotto il profilo causale, tra la caparra confirmatoria e quella penitenziale: la prima convenzione sul risarcimento del danno, la seconda convenzione connessa all'esercizio della facoltà di recesso.

Tuttavia, nonostante le differenze individuate, pare doversi evidenziare che sia la caparra confirmatoria, sia la caparra penitenziale contribuiscono allo scopo di rafforzare l'obbligazione principale, poiché rendono automaticamente oneroso lo scioglimento del vincolo contrattuale³⁵. Inoltre, la stessa considerazione può essere estesa alla clausola penale, convenzione che tra i suoi effetti ha anche quello di rendere automaticamente oneroso l'inadempimento, a prescindere dalla prova del danno, rafforzando l'obbligazione principale dedotta a contratto. In quest'ottica risulta chiara la scelta di collocare la disciplina delle tre clausole nell'ambito di uno stesso capo del Codice civile. Tuttavia, deve altresì osservarsi che mentre la caparra penitenziale rappresenta un rimedio nel caso di esercizio del diritto di recesso, la caparra confirmatoria e la clausola penale incidono sul risarcimento del danno da inadempimento. Per tale ragione la collocazione delle ultime due convenzioni citate nell'ambito della disciplina in materia di inadempimento contrattuale parrebbe appropriata.

³⁵ Sulle peculiarità funzionali della caparra ci si soffermerà anche in seguito, ma nel contesto di un esame comparato sotto il profilo della causa tra i due istituti pare utile sottolineare che parte della dottrina ha rilevato che mentre la caparra confirmatoria rafforzerebbe l'obbligazione principale, la caparra penitenziale avrebbe lo scopo di indebolirla. Cfr. in tal senso F. ROSELLI, *Clausola penale e caparra*, in *Tratt. Bessone, Gli effetti del contratto*, VI, Torino, 2002, p. 343. Di diverso avviso è tuttavia V. M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., p. 204, che sostiene convincentemente che l'eventuale effetto di indebolimento associato da taluni alla caparra penitenziale non discenda direttamente da questa, ma derivi dal patto di recesso incluso nel contratto principale. E infatti apporre una caparra penitenziale sopra al diritto di recedere, al contrario, altro non fa che rafforzare il contratto, rendendo meno conveniente l'esercizio della facoltà di recesso.

2.4. I principi Unidroit: un'unica disposizione sulla somma dovuta nel caso di inadempimento

La collocazione della caparra confirmatoria e della clausola penale tra le disposizioni in materia di risarcimento del danno da inadempimento del contratto risulterebbe in linea con l'approccio adottato dagli strumenti di diritto internazionale. Si tratta in primo luogo dei principi Unidroit del 2010, che affermano la validità della convenzione con cui le parti determinano la somma di denaro dovuta nel caso di inadempimento³⁶. L'art. 7.4.13 (*Agreed payment for non-performance*), collocato nel capitolo sull'inadempimento (*Chapter 7, Non-performance*), nella sezione relativa ai danni (*Section 4, Damages*), stabilisce che quando i contraenti inseriscono nel contratto una clausola con previsione del pagamento di una determinata somma in caso di inadempimento, il creditore ha diritto a tale somma indipendentemente dal danno effettivamente subito³⁷.

³⁶ Per un esame approfondito dei principi Unidroit 2010 in relazione all'inadempimento contrattuale cfr. R. ZIMMERMANN, *The Unwinding of Failed Contracts in the Unidroit Principles of 2010*, *Unif. L. Rev.*, 2011, pp. 563-587; con riferimento al contratto di compravendita cfr. F. GALGANO, *Dai principi Unidroit al regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. e impr.*, V. 17, 2012, pp. 1-6. Per una ricognizione circa l'opportunità di promuovere una legislazione internazionale uniforme in materia di contratti commerciali, si rimanda a F. PERNAZZA, *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1996; M. J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995. Sui precedenti principi Unidroit, per un discorso sull'ampliamento della *lex mercatoria*, cfr. F. MARRELLA, *La nuova Lex Mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. comm. dir. pub. eco.*, diretto da Galgano, Padova, 2003 e dello stesso autore, *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. e impr. Eu.*, 2000.

³⁷ Art. 7.4.13, Principi Unidroit 2010, *Agreed payment for non-performance*: «1. Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its

Ne consegue che, in presenza della pattuizione descritta, la parte diligente non necessiterà di dare prova del danno, né la controparte sarà ammessa a provare di aver provocato un danno di minor entità³⁸.

actual harm. 2. However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances».

³⁸ Nelle note di commento dell'art. 7.4.13 è specificato che l'affermazione del principio di validità è stata ritenuta necessaria in ragione dell'ampio utilizzo di tali clausole nella contrattazione internazionale e poiché i diritti nazionali hanno posizioni tra loro differenti circa la validità di tali clausole. Difatti, le clausole con funzione deterrente dell'inadempimento contrattuale sono comunemente accettate nei paesi di *civil law*, con o senza la possibilità di una revisione giudiziale. Considerazione analoga non può svolgersi per gli ordinamenti di *common law*, dove si registra un'avversione alle *penalty clauses*, intese come clausole che mirano a sanzionare il contraente inadempiente con un ammontare superiore a quello del risarcimento del danno. Specificamente si legge nelle note di commento dell'art. 7.4.13: «National laws vary considerably with respect to the validity of the type of clauses in question, ranging from their acceptance in the civil law countries, with or without the possibility of judicial review of particularly onerous clauses, to the outright rejection in common law systems of clauses intended specifically to operate as a deterrent against non-performance, i.e. penalty clauses. In view of their frequency in international contract practice, paragraph (1) of this Article in principle acknowledges the validity of any clauses providing that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, with the consequence that the latter is entitled to the agreed sum irrespective of the harm actually suffered by it. The non-performing party may not allege that the aggrieved party sustained less harm or none at all». Le *penalty clauses* sono in effetti ritenute radicalmente invalide dalla giurisprudenza inglese sulla base del generale argomento che il ruolo punitivo debba appartenere allo Stato, e non ai contraenti. Diversa è naturalmente la posizione sulle *liquidated damages clauses*, che non hanno funzione afflittiva o punitiva, ma ricoprono il ruolo di predeterminare l'ammontare del danno, svolgendo una funzione prettamente risarcitoria. La distinzione tra le due convenzioni è affermata con la sentenza *Photo Production Ltd* contro *Securicor Ltd* (1980) e la sentenza *Dunlop Pneumatic Tyre Company* contro *New Garage and Motor Company Ltd* (1915), nella quale è individuate il criterio distintivo tra le due tipologie di

L'indennità sarà dunque dovuta indipendentemente dal danno effettivamente patito dalle parti.

A mitigazione della regola enunciata, l'art. 7.4.13 dei Principi Unidroit stabilisce altresì che, nonostante qualsiasi accordo contrario, la somma pattuita possa essere ridotta ad un ammontare ragionevole ove sia manifestamente eccessiva in relazione al danno derivante dall'inadempimento³⁹. Il criterio fornito all'interprete per determinare *ex post* se l'ammontare pattuito sia eccessivo è dunque quello di proporzionalità tra l'indennizzo e il danno subito, mentre per determinare la misura dell'indennizzo adeguato dovrà farsi ricorso al criterio elastico della ragionevolezza⁴⁰.

2.5. L'applicabilità della disciplina Unidroit alla caparra confirmatoria e alla clausola penale

Chiarito il contenuto della disposizione di cui all'art. 7.4.13 dei Principi Unidroit, occorre identificarne l'area di applicabilità. Trattandosi di una norma di carattere internazionale, è infatti necessario determinare quali degli istituti previsti dall'ordinamento positivo possano rientrare nella locuzione di «somme convenute per

clausole: «the essence of a penalty is a payment of money stipulated as in *terrorem* of the offending party; the essence of liquidated damages is a genuine pre-estimate of damage».

³⁹ Come sarà in seguito specificato, l'ordinamento italiano prevede tale facoltà in capo al giudice esclusivamente in relazione alla clausola penale.

⁴⁰ Sul criterio della ragionevolezza applicato alla determinazione del risarcimento del danno dovuto cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, che riconosce anche nel diritto italiano l'affermazione della funzione della clausola di ragionevolezza per il controllo sulla congruità dello scambio, permettendo in maniera più duttile a aderente al caso concreto di cogliere lo squilibrio sindacabile e fornendo al giudice uno strumento confacente al caso di specie e particolarmente funzionale per riequilibrare le pattuizioni inique. Sul criterio di ragionevolezza in relazione alla valutazione giudiziale di equità del contratto cfr. S. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

il caso di inadempimento»⁴¹. Affrontando il tema secondo la prospettiva dell'ordinamento italiano, occorre dunque comprendere se la disposizione in esame sia applicabile alla caparra confirmatoria, alla caparra penitenziale e alla clausola penale. A tal fine pare giovi richiamare i commenti all'art. 7.4.13, 3° paragrafo, in cui è espressamente stabilito che la norma non si applica alle clausole che permettono alla parte di recedere dal contratto a fronte del versamento di una somma di denaro (o perdendo quanto già versato). La disposizione è invece applicabile alle clausole che permettono alla parte non inadempiente di imputare le somme al pagamento del prezzo stabilito⁴². Sembrano dunque ricomprese nell'area di applicabilità dell'art. 7.4.13 dei Principi Unidroit la clausola penale e la caparra confirmatoria, in quanto permettono la liquidazione anticipata del danno da inadempimento e svolgono la funzione dell'acconto in caso di corretta esecuzione del contratto. Al contrario, pare esclusa dall'ambito di applicazione della norma la caparra penitenziale.

2.6.1 Principi europei sulla legge dei contratti (Pecl): la tendenza al raggruppamento delle clausole secondo un criterio di affinità funzionale

Un approccio non dissimile si riscontra anche nei Principi europei sulla legge dei contratti (*Principles of European Contract Law, Pecl*)⁴³. Anche in questo caso la terminologia usata è per così dire

⁴¹ L'utilizzo di un termine di tale ampiezza è probabilmente mirato a non escludere dall'ambito di applicazione della disposizione specifiche clausole previste dai diversi ordinamenti nazionali.

⁴² Cfr. paragrafo 4° del commento all'art. 7.4.13: «The type of clauses dealt with in this Article must be distinguished from forfeiture and other similar clauses which permit a party to withdraw from a contract either by paying a certain sum or by losing a deposit already made. On the other hand a clause according to which the aggrieved party may retain sums already paid as part of the price falls within the scope of this Article».

⁴³ I Principi europei sulla legge dei contratti si sono inseriti nel contesto di un dibattito circa la realizzabilità e l'opportunità di un Codice civile europeo, con riferimento agli istituti del commercio internazionale. Sul tema cfr. C. CASTRONOVO, *Natura e modi di un codice europeo*

neutra, in quanto è idonea a ricomprendere diverse clausole aventi la funzione di liquidare anticipatamente il danno da inadempimento, senza fare riferimento a specifiche fattispecie. Anche i Pecl dedicano un capitolo all'indennità per il caso di inadempimento (*Chapter 9 - Particular remedies for non-performance*) e, in questo capitolo, una sezione ai danni e agli interessi (*Section 5, Damages and interests*). Rileva in particolare l'art. 9:509 Pecl, che stabilisce l'ammissibilità delle clausole di pagamento a titolo di risarcimento del danno per inadempimento e che ammette la riducibilità delle clausole eccessive⁴⁴. La norma è certamente applicabile alla caparra confirmatoria, mentre non rientrano nell'ambito di applicabilità le somme versate a titolo di corrispettivo per il recesso.

Pare dunque intravedersi, quanto meno nelle norme di carattere internazionale, una tendenza al raggruppamento delle clausole secondo un criterio di affinità funzionale. Tale approccio, applicato agli istituti in esame conferma le affinità, sotto il profilo della funzione, tra caparra confirmatoria e clausola penale. Nel rapporto tra caparra confirmatoria e penitenziale, pare al contrario evidenziata la diversa natura causale, ossia il diverso scopo perseguito dagli istituti.

nell'esperienza della Commissione Lando, in La riforma dei codici civili e il progetto di un Codice civile europeo, a cura di G. Alpa-E. N. Buccico, Milano, 2002, pp. 145 ss.; dello stesso autore, The European principles in an Integrated World, in European Review of Contract Law, 2005, pp. 3 ss.; G. ALPA, The principles of "European Contract Law" and the Italian Civil Code: Some preliminary Remarks, in Tulane European and Civil Legal Forum, 2000-2001, pp. 81 ss. I Pecl sono disponibili all'indirizzo <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>, consultato il 13 gennaio 2016.

⁴⁴ Cfr. art. 9-509, Pecl: «1. Where the contract provides that a party who fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss. 2. However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances».

2.7. Osservazioni in merito alle affinità funzionali tra la caparra confirmatoria e la clausola penale: le ragioni di un approccio funzionale

L'esame comparatistico condotto, anche in relazione alle disposizioni internazionali in materia di indennità convenzionali per il risarcimento del danno da inadempimento, rende possibile la formulazione di alcune osservazioni attinenti ai rapporti intercorrenti tra la caparra confirmatoria, la caparra penitenziale e la clausola penale.

La caparra confirmatoria e la clausola penale svolgono una medesima funzione di determinazione preventiva e forfettaria del danno da inadempimento. Pertanto, nonostante la struttura della caparra confirmatoria sia simile a quella della caparra penitenziale, pare che sotto il profilo funzionale caparra confirmatoria e clausola penale siano più affini. Quando le parti prestano la caparra confirmatoria, mirano infatti a ridurre il rischio nel caso di inadempimento contrattuale, oltre che ad anticipare parte della prestazione dovuta, confermando l'intenzione di contrattare. In maniera analoga, l'intenzione delle parti che prevedono una clausola penale è quella di ridurre l'incertezza giuridica per l'evenienza dell'inadempimento contrattuale.

A conferma di tale affermazione, è stato rilevato che gli strumenti di diritto internazionale disciplinano in modo unitario le clausole sul risarcimento del danno. Sotto il profilo della collocazione sistematica nelle raccolte di disposizioni internazionali menzionate, i Principi Unidroit e i Pecl, le norme sulle clausole di predeterminazione del danno sono situate nell'ambito delle disposizioni in materia di inadempimento contrattuale. Per ciò che concerne l'ambito di applicazione, sia l'art. 7.4.13 dei Principi Unidroit, sia l'art. 9:509 dei Pecl fanno riferimento al caso della determinazione contrattuale di una somma per il caso del risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, caso in cui sembrano rientrare sia la caparra confirmatoria sia la clausola penale, così come tipizzate dal legislatore italiano.

Capitolo 3 - La struttura e il meccanismo operativo della caparra confirmatoria: perfezionamento della caparra e fase patologica del contratto

Sommario: 3.1. Il meccanismo operativo della caparra: la ritenzione della caparra, l'incameramento del *duplum* e il ricorso ai rimedi ordinari della risoluzione; 3.2. L'accessorietà al contratto principale e le contrapposizioni dottrinali in merito alla natura contrattuale o di mera clausola accessoria della caparra confirmatori; 3.3. Il momento della dazione della caparra confirmatoria secondo un'interpretazione causalmente orientata: la funzione di rafforzamento dell'obbligazione principale fino alla completa esecuzione della prestazione; 3.4. La rilevanza del criterio della non scarsa importanza dell'inadempimento per il recesso di cui all'art. 1385 c.c. L'inserimento di una clausola risolutiva espressa nel regolamento contrattuale

3. La struttura e il meccanismo operativo della caparra confirmatoria: perfezionamento della caparra e fase patologica del contratto

3.1. Il meccanismo operativo della caparra: la ritenzione della caparra, l'incameramento del duplum e il ricorso ai rimedi ordinari della risoluzione

Dopo aver esaminato la collocazione della disciplina della caparra confirmatoria nel Codice civile vigente, pare opportuno indagarne la peculiare struttura e il meccanismo operativo che la caratterizza. Secondo la lettera dell'art. 1385 c.c., la caparra è una somma di denaro o altra quantità di cose fungibili che una parte (il *tradens*) dà all'altra (l'*accipiens*) nel momento della conclusione di un contratto⁴⁵. Come anticipato, si tratta di una convenzione sul

⁴⁵ Per un esame sull'oggetto della caparra confirmatoria cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, pp. 50 ss., che evidenzia le ragioni per cui la fungibilità dei beni prestati non possa essere considerata norma derogabile

risarcimento del danno che ha lo scopo di garantire alle parti un risarcimento nel caso di inadempimento contrattuale, rafforzando così l'obbligazione del contratto principale a cui accede.

Com'è noto, il funzionamento del meccanismo di cui all'art. 1385 c.c. è differente a seconda che l'obbligazione dedotta a contratto sia o meno adempiuta. Quando l'obbligazione principale è adempiuta, la quantità di cose fungibili o di denaro oggetto di dazione può essere alternativamente imputata alla prestazione principale o restituita al *tradens*. Ad esempio, se la caparra è utilizzata nell'ambito di un contratto di compravendita il compratore che versa la caparra, come

dalle parti prevedendo, ad esempio, che l'oggetto della caparra sia un bene immobile. L'autore utilizza in primo luogo l'argomento letterale, sostenendo che il legislatore avrebbe potuto evitare di aggiungere l'aggettivazione se non avesse ritenuto rilevante la fungibilità come qualità dei beni prestati a titolo di caparra. In secondo luogo osserva che laddove fosse prestato un bene infungibile, verrebbe meno la certezza della funzione di liquidazione preventiva del danno svolta dalla caparra. Di diverso avviso è M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Comm. cod. civ.*, D'Amelio-Finzi, Firenze, 1948, p. 544, il quale rileva che nell'abrogato Codice civile del 1865 la norma non si curava di specificare le qualità dei beni prestati, conducendo la dottrina a sostenere unanimemente l'ammissibilità dei beni infungibili. Nell'indagine circa l'oggetto della caparra, la dottrina si è inoltre soffermata sulla dazione di denaro. Quando la caparra è originariamente determinata in denaro, è riconosciuto in modo unanime in dottrina che è soggetta al principio nominalistico, in quanto debito di valuta. Cfr. DE NOVA, voce *Caparra*, in *Dig. dir. priv.*, Torino, 1988, vol. II, p. 241. Di conseguenza, non è possibile pretendere la rivalutazione monetaria dal momento della dazione della caparra. Invece, in relazione agli interessi legali, cfr. Cass., 27 ottobre 2008, n. 25847, che ha stabilito che debbano essere corrisposti dal momento in cui è formulata la richiesta di restituzione della caparra con domanda giudiziale. Nel caso di mora del debitore, inoltre, la svalutazione monetaria verificatasi può integrare il maggior danno previsto dall'art. 1224, 2° comma c.c., ma in questo caso il creditore ha l'onere di dimostrare che se avesse ricevuto tempestivamente la somma di denaro avrebbe evitato gli effetti pregiudizievoli dell'inflazione. Cfr. in tal senso Cass., 23 marzo 1977, n. 1131, in *Foro it.*, 1977, I, p. 1431; Cass., 19 febbraio 1993, n. 2032, in *Vita not.*, 1993, p. 778; Cass., 11 novembre 1992, n. 12124, in *Mass. giur. it.*, 1992.

solitamente accade, potrà detrarla dal prezzo dovuto nel momento in cui effettua il pagamento completo del corrispettivo. In alternativa, la controparte gli dovrà restituire la somma versata al momento della consegna del bene.

In caso di inadempimento, si prospettano invece due possibili scenari. Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto ritenendo la caparra. Se, invece, la parte inadempiente è quella che ha ricevuto la caparra, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio di quanto ha versato⁴⁶. Pertanto, se colui che presta la caparra è inadempiente, l'*accipiens* si arricchirà della somma ricevuta come caparra a titolo di risarcimento del danno derivante dall'inadempimento. Invece, se inadempiente è l'*accipiens*, egli dovrà corrispondere il doppio della caparra ricevuta all'altra parte, con un conseguente impoverimento effettivo del solo importo della caparra. Tale ammontare costituisce, dunque, la preventiva liquidazione convenzionale del danno da inadempimento.

Inoltre, a differenza di quanto previsto dal Codice civile del 1865, la struttura dell'istituto delineata nel Codice civile vigente è arricchita dalla possibilità, riconosciuta alla parte non inadempiente, di ricorrere alle ordinarie vie per il risarcimento del danno, non avvalendosi della speciale tutela prevista per la caparra confirmatoria⁴⁷. Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1385 c.c., in

⁴⁶ Il recesso di cui all'art. 1385 c.c. ha natura legale e non convenzionale, in quanto spetta alla parte solo nel caso dell'altrui inadempimento. Cfr. V. M. TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, cit., p. 198. A differenza di quanto si accennerà per la caparra penitenziale, la giurisprudenza ritiene che il recesso previsto dalla disciplina della caparra confirmatoria costituisca una speciale risoluzione del contratto per inadempimento. Cfr. Cass., 14 marzo 1988, n. 2435, in *Mass. giust. civ.*, 1988, p. 601; Cass., 9 luglio 1984, n. 4011, in *Riv. giur. edil.*, 1984, I, p. 847.

⁴⁷ L'art. 1217 del Codice civile del 1985 così recitava «Quando non risulta una diversa volontà dei contraenti, ciò che si dà anticipatamente nella conclusione del contratto, si considera come una cautela per il risarcimento dei danni in caso d'inadempimento della convenzione, e si dice caparra. La parte che non è in colpa, se non preferisce di ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta o domandare il doppio di quella che ha data». Non era dunque prevista la possibilità, oggi regolata dall'art. 1385, 3° comma c.c., di domandare il risarcimento del danno

presenza di una clausola contrattuale che preveda la dazione di una caparra confirmatoria, la parte diligente potrà infatti ottenere ristoro con il pronto rimedio della ritenzione della caparra (o dell'incameramento del doppio), ovvero proporre una domanda giudiziale di risoluzione o esecuzione del contratto con la relativa – più rischiosa – richiesta di risarcimento⁴⁸. In questo caso saranno applicabili le norme generali in materia di risarcimento del danno e sul danneggiato incomberà l'onere della prova circa l'esistenza e l'ammontare del danno.

3.2. *L'accessorietà al contratto principale e le contrapposizioni dottrinali in merito alla natura contrattuale o di mera clausola accessoria della caparra confirmatoria*

La caparra confirmatoria dispiega, dunque, effetti diversi a seconda delle sorti e delle vicende del rapporto principale, in funzione del quale è stipulata. Ne consegue che l'istituto non possa esistere in via principale o autonoma, in quanto in assenza dell'obbligazione principale, verrebbe meno la sua funzione tipica di rafforzare il vincolo contrattuale⁴⁹.

secondo le regole generali. La caparra confirmatoria si configurava come convenzione reale con cui le parti determinavano il limite massimo del risarcimento. La parte non inadempiente che avesse avuto interesse alla risoluzione del contratto, poteva dunque essere risarcita soltanto entro i limiti del valore della caparra. In giurisprudenza cfr. Cass., Roma, 5 luglio 1923, in *Giur.it.*, 1923, I, 1, p. 705.

⁴⁸ Alla questione del rapporto intercorrente tra la ritenzione (o la restituzione del doppio) della caparra e la domanda di risoluzione o esecuzione del contratto con conseguente richiesta di risarcimento del danno sarà dedicato uno specifico capitolo di approfondimento, *infra*.

⁴⁹ La dottrina e la giurisprudenza non hanno sollevato dubbi in relazione all'accessorietà della caparra al contratto principale. Circa la natura del negozio a cui la caparra può accedere, si ritiene oggi che debba essere di natura patrimoniale, restando escluse dal campo di applicabilità, ad esempio, le obbligazioni naturali e la promessa di matrimonio. Diversamente accadeva nel diritto romano, in quanto risulta agli studiosi largamente diffusa l'*arra sponsalicia*, trattata approfonditamente da E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua*

Allo scopo di inquadrare sistematicamente l'istituto e il rapporto causale esistente tra caparra e contratto principale, sono state formulate dalla dottrina diverse tesi. Da un lato è stato sostenuto che la caparra confirmatoria sia una clausola accessoria, mentre dall'altro vi è chi è giunto a considerarla un vero e proprio contratto, dotato di caratteristiche di accessorietà⁵⁰. Alcuni autori hanno abbracciato questa seconda tesi poiché, sotto il profilo dogmatico, hanno riscontrato l'esistenza nella caparra confirmatoria di tutti i requisiti essenziali del contratto di cui all'art. 1325 c.c.⁵¹. Data la complessità

genesis, Milano, 1955, pp. 147 ss. e da E. VOLTERRA, *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, Roma, 1932. Inoltre, ad oggi si ritiene che i contratti a cui la caparra accede debbano essere a prestazioni corrispettive e ad esecuzione differita. La corrispettività è infatti attributo necessario al dispiegarsi della funzione svolta dalla caparra confirmatoria, che ha l'effetto di garantire l'adempimento dell'obbligazione principale nei confronti di entrambi i contraenti. Inoltre, osserva M. BELLANTE, *La caparra*, Milano, 2008, p. 41, non potrebbe svolgere la funzione di rafforzare l'obbligazione principale una caparra prestata nell'ambito di un contratto ad esecuzione immediata. L'affermazione pare caratterizzata da una logica stringente, ma la varietà delle situazioni configurabili nella prassi suggerisce una precisazione. Infatti, la Cassazione stessa ha correttamente ammesso la possibilità che la caparra confirmatoria svolga la funzione di rafforzare anche obbligazioni diverse dalla principale, quando questa sia già stata eseguita. Cfr. Cass., 15 maggio 1998, n. 4902, in *Contratti*, 1999, p. 7. Sotto il profilo dogmatico è stato inoltre rilevato da G. BAVETTA, *La caparra*, cit., p. 7, che la caparra confirmatoria non è applicabile ai contratti unilaterali né plurilaterali. Il contratto a cui la caparra accede è, dunque, bilaterale, a prestazioni corrispettive e ad esecuzione differita.

⁵⁰ Di questa seconda opinione sono M. GORGONI, *Caparra confirmatoria*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 1016; W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., p. 895; G. BAVETTA, *La caparra*, cit., p. 29. Sostengono invece che si tratti di una clausola accessoria al contratto F. GALGANO, *Degli effetti del contratto della rappresentanza del contratto per persona da nominare*, in *Comm. Scialoja-Branca*, I, 1993, p. 173; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 220; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 134.

⁵¹ Cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., pp. 29 ss., che si è anche soffermato sulla distinzione tra atto e negozio, riconducendo la caparra nell'ambito dei

e la varietà delle situazioni che nella pratica possono configurarsi, pare tuttavia opportuno indagare la natura della caparra tentando di comprendere quali effetti possano discendere dall'adesione all'una o all'altra tesi.

La contrapposizione tra la teoria secondo la quale la caparra confirmatoria rappresenterebbe un contratto e quella che le riconoscerebbe natura di mera clausola rileva, ad esempio, nel caso in cui i contraenti stipulino solo un accordo avente ad oggetto la caparra, proponendosi di determinare in seguito la restante parte del contratto. In tale situazione, se la caparra fosse considerata un contratto a sé stante, si dovrebbe giungere alla conclusione che l'accordo in cui un contraente si obbliga a prestare la caparra sia di per sé vincolante tra le parti. Tuttavia, non può non evidenziarsi che la causa tipica della caparra consiste proprio nel rafforzare il contratto principale. Dunque, applicando la tesi contraria, che considera la caparra confirmatoria una mera clausola accessoria, il patto in cui si preveda la caparra costituirebbe accordo solo parziale, ed in quanto tale non idoneo a vincolare le parti⁵². In relazione al

negozi nel tentativo di dimostrare la natura contrattuale dell'istituto. Infatti, secondo l'autore, le parti, accordandosi per la dazione di una caparra, non intendono semplicemente ottenere l'effetto della consegna del bene, ma ricercano una situazione ulteriore, i cui effetti sono previsti e regolati dall'art. 1385 c.c. Sul punto cfr. anche W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., p. 895. Dopo aver dimostrato che la caparra è un negozio giuridico, l'autore ha tentato di dimostrare che si tratti di un vero e proprio contratto, che presenta tutti i suoi tipici elementi essenziali. La caparra presenta in primo luogo il carattere della patrimonialità. È inoltre un negozio a titolo oneroso, in quanto è riscontrabile una duplice attribuzione patrimoniale a vantaggio e a carico del *tradens* (che perde la proprietà della cosa, ma può ottenere il doppio di quanto versato in caso di inadempimento) e dell'*accipiens* (è tenuto a sopportare le conseguenze della fattispecie, ma acquista la proprietà della quantità di cose fungibili consegnata). In secondo luogo, la caparra possiede gli elementi di cui all'art. 1325 c.c. (vi è un accordo, un oggetto, solitamente il denaro, e una causa propria). Per tali ragioni l'autore sostiene che debba esserle riconosciuta natura contrattuale.

⁵² Cfr. Cass., 15 marzo 1982, n. 1691, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 199, in cui è esplicitato che il mancato accordo sui punti ancora da concordare farà venire meno anche l'accordo relativo a quelli già concordati, salva la

caso concreto prospettato, tale soluzione pare preferibile proprio alla luce del collegamento di accessorietà strutturale esistente tra il contratto principale e la caparra confirmatoria.

3.3. Il momento della dazione della caparra confirmatoria secondo un'interpretazione causalmente orientata: la funzione di rafforzamento dell'obbligazione principale fino alla completa esecuzione della prestazione

Procedendo nell'indagine sul funzionamento della caparra confirmatoria, occorre dar conto di un'ulteriore questione sollevata in relazione alla struttura dell'istituto. La dottrina si è infatti interrogata sulla possibilità di prestare la caparra in un momento successivo rispetto a quello della conclusione del contratto. Sotto il profilo strettamente normativo, l'art. 1385, comma 1° c.c. stabilisce espressamente che la caparra è data al momento della conclusione del contratto e, in ottemperanza alla lettera della norma, nella prassi contrattuale la caparra è solitamente data al momento della stipula del contratto preliminare di vendita⁵³. La previsione, nonché la prassi contrattuale, rispondono alla necessità di utilizzare la caparra confirmatoria per rafforzare l'obbligazione principale. Tuttavia l'espressione di cui all'art. 1385 c.c. non sembra essere inderogabile, né pare configurare un vero e proprio divieto di prestare la caparra in un diverso momento. A ben vedere, infatti, la caparra potrebbe rafforzare l'obbligazione principale fino a quando questa non fosse

responsabilità precontrattuale. Infatti, un accordo parziale raggiunto dalle parti durante le trattative non ha alcun effetto vincolante, anche qualora sia annotato nella minuta di contratto. Cfr. anche Cass., 8 aprile 1983, n. 2500, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Contratto in genere*, n. 119. In dottrina cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Padova, p. 183. Di opinione contraria sono F. RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1670 e G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 101.

⁵³ Si rileva, difatti, che il versamento della caparra è frequentemente assunto come elemento rilevante per il riscontro dell'esistenza di un contratto preliminare: cfr. Cass., 15 aprile 1982, in *Mass. Foro it.*, 1982, p. 2268.

correttamente eseguita e non solo fino alla conclusione dell'accordo contrattuale. Questa argomentazione è utilizzata dalla maggioranza della dottrina e dalla giurisprudenza per sostenere che la caparra possa essere validamente prestata fino al momento dell'esecuzione del contratto, anche dopo la sua conclusione⁵⁴. Si ritiene, ad esempio, che la caparra possa essere prestata al momento dell'espressione orale di un accordo a compravendere che richieda la forma scritta *ad substantiam*, ma anche che possa essere prestata dopo la conclusione del contratto, rafforzando l'obbligazione in vista del futuro adempimento.

La Cassazione, in particolare, ha stabilito che il versamento della caparra non sia incompatibile con la natura definitiva del contratto, poiché la completa esecuzione dell'obbligazione ben potrebbe avvenire anche dopo il raggiungimento dell'effetto giuridico definitivo⁵⁵. Si può giungere alla stessa conclusione anche nel caso di un contratto ad effetti reali, poiché l'immediatezza dell'effetto traslativo non esclude il grave inadempimento, che può verificarsi, ad esempio, nel caso di mancata consegna della cosa. La caparra non può essere invece versata in un momento successivo a quello del

⁵⁴ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2012, secondo il quale la caparra non deve necessariamente essere versata contestualmente alla conclusione del contratto, poiché la formula di cui all'art. 1385, comma 1° c.c. è puramente indicativa. Dello stesso avviso sono anche M. BELLANTE, *La caparra*, cit., p. 19; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto della rappresentanza del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 171; G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, p. 6.

⁵⁵ Cfr. Cass., 8 giugno 1983, in *Mass. Foro it.*, 1983, p. 3931. Secondo la Corte, la caparra non impedisce in alcun modo il verificarsi dell'assetto di interessi voluto dalle parti nel contratto, permettendo la produzione del risultato giuridico definitivo anche se presuppone la non contemporaneità tra il perfezionamento del contratto e la sua completa esecuzione. Secondo un'opposta, ma isolata, giurisprudenza il versamento della caparra sarebbe incompatibile con la qualificazione del contratto come definitivo. Cfr. Cass., 25 marzo 1972, n. 934, in *Foro it.*, Rep. 1972, voce *Contratto in genere*, n. 273, ove la Cassazione sostiene che la caparra non avrebbe ragione d'essere laddove fosse già realizzato l'effetto traslativo del contratto.

pagamento di un prezzo, poiché in questo caso pare venir meno la sua utilità in relazione all'adempimento dell'obbligazione principale⁵⁶. Anche in merito al diritto di ritenzione della caparra la Cassazione ha adottato un'interpretazione causalmente orientata, sostenendo che, in alcuni casi, la caparra possa essere legittimamente ritenuta dall'*accipiens* anche quando l'obbligazione principale sia stata adempiuta. Ciò è ammissibile qualora la ritenzione sia utile a rafforzare la posizione del creditore in relazione alle obbligazioni accessorie non ancora eseguite⁵⁷. La caparra confirmatoria è dunque versata quando ancora può svolgere la sua funzione di garantire l'adempimento, di rafforzare l'obbligazione principale, di modo tale da poter essere trattenuta dal creditore (o richiesta nel doppio) nel caso del mancato adempimento. È specularmente trattenuta dal prestatore fino a quando possa svolgere la funzione di garantire l'esecuzione della prestazione principale dedotta a contratto o delle prestazioni accessorie a questa collegate.

3.4. La rilevanza del criterio della non scarsa importanza dell'inadempimento per il recesso di cui all'art. 1385 c.c. L'inserimento di una clausola risolutiva espressa nel regolamento contrattuale

Nell'ambito dell'analisi sull'operatività della caparra confirmatoria in caso di patologia contrattuale, è inoltre necessario specificare quali condotte possano integrare l'inadempimento contemplato dall'art. 1385 c.c. e dare luogo, di conseguenza, al meccanismo della ritenzione (o del trasferimento del doppio) della caparra. Affinché le parti possano recedere dal contratto e ritenere la caparra (o esigere il doppio) l'inadempimento deve essere di non scarsa importanza avuto

⁵⁶ Cass., 31 maggio 1988, n. 3704, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Contratto in generale*, n. 317.

⁵⁷ Ad esempio, in Cass., 15 maggio 1998, n. 4902, cit., p. 7, la Suprema Corte ammette che la caparra possa svolgere la funzione di garantire che la parte alienante si attivi al fine di ottenere il rilascio della concessione edilizia per il terreno il cui diritto di proprietà è già stato trasferito all'acquirente.

riguardo l'interesse delle parti⁵⁸. Nonostante siano autorevolmente sostenute posizioni differenti, la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto necessario, per dare luogo al meccanismo rimediabile tipico della caparra, il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento. Dal punto di vista della coerenza sistematica della disposizione di cui all'art. 1385 c.c., si osserva che se ai fini della risoluzione del contratto rilevasse anche un inadempimento di lieve entità, la stipula di una caparra confirmatoria avrebbe il paradossale effetto di indebolire il vincolo contrattuale, anziché rafforzarlo⁵⁹. Tale effetto sarebbe in contrasto con la funzione tipica svolta dalla caparra confirmatoria.

Inoltre, la previsione della possibilità alternativa di ricorrere sia alla tutela di cui all'art. 1385 c.c., sia alla tutela risolutiva ordinaria in caso di inadempimento, potrebbe fare presumere che in entrambi i casi si tratti dello stesso tipo di inadempimento. Infine, la portata generale del principio della necessaria rilevanza dell'inadempimento enunciata all'art. 1455 c.c. induce a ritenere che un'eccezione alla

⁵⁸La giurisprudenza ritiene comunemente applicabile al recesso di cui all'art. 1385, 2° comma c.c., la disposizione di cui all'art. 1455 c.c., che stabilisce la regola della non scarsa importanza dell'inadempimento, avuto riguardo all'interesse delle parti, come presupposto per la risoluzione giudiziale. Cfr. Cass., 19 febbraio 1993, n. 2032, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 367; Cass., 23 gennaio 1989, n. 398, *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Contratto in genere*, n. 297; Cass., 8 novembre 1986, n. 6549, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1500. Dello stesso avviso è anche la più recente giurisprudenza: cfr. Cass., 15 ottobre 2014, n. 21854; Cass., 11 febbraio 2014, n. 3089; Cass., 21 giugno 2013, n. 15701; Cass., 13 gennaio 2012, n. 409, in *Contratti*, 2012, 563, con nota di A. PASSARELLA, *Caparra confirmatoria e recesso in caso di inadempimento: presupposti di legittimità e rapporti con la risoluzione*. In dottrina cfr. S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Padova, 2012, p. 51; M. BELLANTE, cit., p. 53.

⁵⁹ Non ritiene necessario il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento V. M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., p. 192, che rileva in primo luogo la mancanza di riferimenti letterali dell'art. 1385 c.c. circa la gravità richiesta dell'inadempimento e osserva, in secondo luogo, che l'istituto in esame è collocato al di fuori del capo dedicato alla risoluzione del contratto (artt. 1453 e ss. c.c.).

regola che desse rilevanza anche al lieve inadempimento sarebbe stata oggetto di un'esplicita previsione normativa. La necessità di imporre legislativamente una soglia di rilevanza dell'inadempimento si giustifica, infatti, nell'intento legislativo di tutelare l'interesse generale di salvaguardia del contratto.

Ne consegue che la previsione di una minore soglia di rilevanza dell'inadempimento pare ammissibile quando sia esplicitamente prevista dalle parti, che possono ricorrere agli strumenti tipici offerti dall'ordinamento positivo. Difatti sembra possibile inserire nel contratto – e tale previsione dovrebbe essere esplicita – una clausola risolutiva espressa, che preveda la risoluzione in particolari casi di inadempimento, evitando la valutazione giudiziale circa la gravità. Anche laddove il regolamento negoziale contenga una caparra confirmatoria, appare infatti ammissibile il patto con cui le parti convengono di dare rilievo ad un inadempimento lieve⁶⁰. In assenza di tale pattuizione, però, pare doversi ritenere che l'inadempimento a cui l'art. 1385 c.c. fa riferimento debba essere di non scarsa importanza in relazione all'interesse della parte diligente per dare luogo al meccanismo tipico della caparra confirmatoria.

⁶⁰ Cfr. A. LUMINOSO, *La tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto*, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento. Art. 1453-1454*, in *Commentario Scialoja Branca*, I, 1, Bologna-Roma, 1990, p. 351. Non sarebbe, invece, ammissibile la clausola che prevede la perdita della caparra o la restituzione del doppio nel caso di inadempimento non imputabile al debitore. La Cassazione ha stabilito tale principio, che pare applicabile anche alla caparra confirmatoria, in relazione a contratti con previsione di una clausola penale: cfr. Cass., 2 agosto 1984, n. 4603, in *Foro it., Rep.* 1984, voce *Contratto in genere*, n. 186. In dottrina ritengono inammissibile la clausola penale pattuita per il caso di inadempimento non imputabile alle parti E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 921; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2001, p. 520.

Capitolo 4 - La struttura e il meccanismo operativo della caparra penitenziale: l'applicazione analogica della disciplina in materia di caparra confirmatoria

Sommario: 4.1. La caparra penitenziale nel Codice civile: definizione, funzione, qualificazione e struttura; 4.2. Le difficoltà interpretative riscontrate nel caso di inadempimento dell'obbligazione principale e dazione della caparra penitenziale

4. La struttura e il meccanismo operativo della caparra penitenziale: l'applicazione analogica della disciplina in materia di caparra confirmatoria

4.1. La caparra penitenziale nel Codice civile: definizione, funzione, qualificazione e struttura

La caparra penitenziale è disciplinata nel capo del Codice civile dedicato agli effetti del contratto, titolo II, IV libro, all'art. 1386 c.c.⁶¹. Diversamente dalla caparra confirmatoria, la caparra penitenziale non è una clausola di liquidazione preventiva del danno e, rispetto alla caparra confirmatoria, ha posto minori questioni interpretative⁶². Si tratta, invece, di una caparra prestata a titolo di

⁶¹ Per una riflessione sulla collocazione dell'istituto nel Codice civile, cfr. *supra*. Riconoscendo alla caparra confirmatoria e alla clausola penale natura di convenzioni sul risarcimento del danno, gli studiosi si sono interrogati sulla possibilità di inserire gli istituti tra le disposizioni del Codice civile dedicate all'inadempimento dell'obbligazione (titolo I, capo III del IV libro). La collocazione codicistica adottata dal legislatore italiano nel disciplinare la caparra confirmatoria e la caparra penitenziale sembra privilegiare le affinità strutturali esistenti tra i due istituti, mentre l'eventuale alternativa collocazione della caparra confirmatoria separatamente da quella penitenziale, nell'ambito del titolo del Codice civile dedicato all'inadempimento delle obbligazioni, insieme alla clausola penale, sarebbe giustificata dall'affinità tra le funzioni svolte dalle due convenzioni.

⁶² Cfr. F. P. Patti, *Caparra (dir. comp.)*, *Dig. disc. priv. sez. civ.*, IX agg.,

corrispettivo per l'esercizio della facoltà di recesso eventualmente prevista dalle parti nel contratto principale. La caparra penitenziale svolge in primo luogo una funzione di garanzia in ordine alla buona sorte del rapporto contrattuale e, in secondo luogo, assicura la disponibilità materiale, in capo all'*accipiens*, della somma o della quantità di beni fungibili anticipata rispetto al momento di esecuzione totale della prestazione contrattuale⁶³. Dunque, come la caparra confirmatoria e la clausola penale, la caparra penitenziale contribuisce a rafforzare il vincolo contrattuale, rendendo automaticamente oneroso il suo scioglimento⁶⁴.

La caparra penitenziale consiste in una somma di denaro, o di altra quantità di beni fungibili, data al momento della conclusione del contratto come corrispettivo per il recesso eventualmente esercitato dalla parte. Diversamente dalla caparra confirmatoria, quindi,

Torino, 2014, p. 26 e 37, che rileva che sul versante giurisprudenziale la Corte di Giustizia si confronta con l'istituto della caparra (penitenziale) soltanto per decidere se la somma trasmessa debba essere assoggettata al regime fiscale dell'IVA. C. Giust. CE, 18 luglio 2007, C-n. 277/05, *Société thermale d'Eugénie-les-Bains*, Raccolta, 2007, I, p. 6415. Anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'assunto pare confermato, in quanto le decisioni che hanno ad oggetto la caparra penitenziale sono per lo più in materia tributaria. Cfr. Cass., 22 gennaio 2007, n. 1320, in *Dir. e pratica trib.*, 2007, 2, p. 474.

⁶³ In ciò si distingue dalla multa penitenziale, che è data successivamente all'esercizio del recesso.

⁶⁴ Sotto il profilo funzionale, parte della dottrina ha rilevato che mentre la caparra confirmatoria rafforzerebbe l'obbligazione principale, la caparra penitenziale avrebbe lo scopo di indebolirla. Cfr. in tal senso F. ROSELLI, *Clausola penale e caparra*, in *Tratt. Bessone, Gli effetti del contratto*, VI, Torino, 2002, p. 343. Di diverso avviso è tuttavia V. M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., p. 204, che sostiene convincentemente che l'eventuale effetto di indebolimento associato da taluni alla caparra penitenziale non discenda direttamente da questa, ma derivi dal patto di recesso incluso nel contratto principale. E infatti apporre una caparra penitenziale sopra al diritto di recedere, al contrario, altro non fa che rafforzare il contratto, rendendo meno conveniente l'esercizio della facoltà di recesso.

implica la previsione della facoltà di recedere dal contratto principale, per una o per entrambe le parti. La facoltà di recesso a cui l'art. 1386 c.c. fa riferimento è quella di cui all'art. 1373, 1° comma c.c. In proposito, occorre precisare che l'art. 1373, comma 3° c.c., che disciplina l'ipotesi della previsione di un corrispettivo per il recesso, disponendo che, laddove un corrispettivo sia previsto, il recesso abbia effetto solo al momento in cui la prestazione sia eseguita, non sembra applicabile alla caparra penitenziale, in quanto la disciplina sulla caparra prevede che il corrispettivo sia versato in via anticipata rispetto all'esercizio, solo eventuale, della facoltà di recesso.

Con riferimento alle questioni di qualificazione della clausola, nelle ipotesi dubbie la giurisprudenza ha ritenuto che la caparra sia da considerarsi penitenziale, e non confirmatoria, se, oltre al *nomen iuris*, nel contratto principale è previsto il patto di recesso⁶⁵. Invece, se il recesso è previsto per legge, la disciplina in materia di caparra penitenziale non sembra applicabile, poiché l'art. 1386 c.c. condiziona lo svolgimento della funzione propria della caparra alla stipula, da parte dei contraenti, del diritto di recesso⁶⁶.

Ad eccezione della necessaria presenza nel contratto di una clausola che conferisca il diritto di recedere ad una o a più parti, il meccanismo operativo della caparra penitenziale non pare dissimile da quello della caparra confirmatoria, poiché in caso di recesso il recedente perde la somma data o deve restituire il doppio di quella

⁶⁵ Cfr. Cass., 27 giugno 1990, n. 6506, in *Arch. civ.*, 1990, p. 1003; Cass., 28 gennaio 1985, n. 437, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Contratto in genere*, n. 200; Cass., 4 ottobre 1983, n. 5777, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Contratto in genere*, n. 280. Recentemente, nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Pisa, 31 marzo 2014: «Qualora sia riportato nel contratto preliminare la pattuizione di una caparra penitenziale, si configura una caparra confirmatoria allorché non risulti pattuito espressamente alcun diritto di recesso unilaterale *ad nutum*».

⁶⁶ Cfr. V. M. TRIMARCHI, *Caparra, cit.*, 202. Contrariamente alle tesi che individuano nel recesso un elemento condizionale della fattispecie, l'A. sottolinea che l'elemento del patto del recesso è da considerarsi costitutivo della fattispecie, in quanto una caparra senza la previsione della facoltà di recedere non avrebbe senso.

ricevuta, mentre se il recesso non è esercitato, la caparra penitenziale deve essere restituita o, se ha ad oggetto beni dello stesso genere, imputata alla prestazione principale. A fini di completezza, risulta utile distinguere tra il caso in cui la facoltà di recesso sia attribuita ad una o ad entrambe le parti. Nel caso in cui la facoltà di recesso sia bilaterale, non sorgono dubbi in relazione all'operatività del meccanismo proprio della caparra penitenziale, poiché la caparra potrà svolgere la sua funzione indipendentemente da colui che l'ha prestata. Nel caso in cui la facoltà di recesso sia prevista a favore di una sola parte, invece, la caparra penitenziale potrà svolgere la sua funzione solo nel caso in cui sia il *tradens* il titolare di tale facoltà, in quanto la parte che subisce il recesso può trattenere il corrispettivo come rimedio contro il depauperamento derivante dalla mancata esecuzione del contratto (o dalla parziale esecuzione). La caparra penitenziale non potrebbe invece dispiegare i suoi effetti coerentemente con lo scopo perseguito dall'istituto, laddove a prestare la caparra fosse la parte priva della facoltà di recedere.

4.2. Le difficoltà interpretative riscontrate nel caso di inadempimento dell'obbligazione principale e dazione della caparra penitenziale

Questione di diversa complessità non espressamente trattata dal Codice civile del 1865, né dal Codice civile vigente, è quella di determinare in quale modo la caparra penitenziale si atteggi in caso di patologia del rapporto contrattuale principale. Tra le possibili soluzioni applicative pare convincente quella secondo la quale in caso di inadempimento del contratto principale debba applicarsi in via analogia la disciplina in materia di caparra confirmatoria⁶⁷. Qualora la parte non eserciti la facoltà di recesso, occorrerebbe determinare la sorte della somma (o della quantità di beni fungibili) data a titolo di caparra penitenziale. Come anticipato, laddove le parti

⁶⁷ Fanno propendere per tale soluzione le analogie esistenti tra i due istituti. Sulla funzione della caparra confirmatoria e le differenze rispetto alla caparra penitenziale nel contratto preliminare, cfr. F. CARNELUTTI, *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, *Riv. dir. comm.*, 1923, p. 225 e ss.

siano adempimenti, pare certamente applicabile la disciplina in materia di caparra confirmatoria: la *res* data dovrà essere restituita o imputata alla prestazione. La questione risulta invece più complessa qualora si prospetti il caso dell'inadempimento contrattuale in mancanza dell'esercizio della facoltà di recesso. Approcciando il problema da un punto di vista astratto, mantenendo una divisione logica tra il piano dell'inadempimento e quello del mancato esercizio della facoltà di recesso, pare che la soluzione dovrebbe essere quella di restituire quanto ricevuto al *tradens* che non avesse esercitato la facoltà di recesso⁶⁸. Cionondimeno, dato il silenzio normativo sul punto, nel caso in cui la parte che ha dato la caparra penitenziale risultasse inadempiente, potrebbe anche ritenersi applicabile in via analogica la disciplina in materia di caparra confirmatoria. Tuttavia, ciò sembrerebbe avere un risultato eccessivamente pregnante, in quanto comporterebbe l'automatica trasformazione della caparra penitenziale nella previsione di una caparra confirmatoria⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 909; C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 707; nel senso che la caparra penitenziale debba in ogni caso essere restituita si esprime G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1980, p. 347.

⁶⁹ La soluzione sembra soddisfare l'esigenza di ottenere un risarcimento del danno, anche nel caso in cui la parte inadempiente fosse quella che ha ricevuto la caparra, che sarebbe tenuta, qualora si applicassero le norme in materia di caparra confirmatoria in via analogica, a corrispondere al *tradens* il doppio di quanto ricevuto. Pare tuttavia preferibile ritenere che una siffatta conseguenza dovrebbe essere prevista convenzionalmente dalle parti.

PARTE III – La funzione e il rapporto con l’ordinamento della caparra confirmatoria

Capitolo 1 - L’analisi della caparra confirmatoria sotto il profilo della causa: il rafforzamento dell’obbligazione principale

Sommario: 1.1. Premesse sulla causa tipica della caparra confirmatoria e struttura metodologica dell’analisi; 1.2. Il collegamento negoziale tra la caparra e il contratto. Il nesso causale unilaterale, necessario e di concorso; 1.3. Il nesso tra la caparra e il contratto principale come collegamento genetico o funzionale; 1.4. La variabilità della causa tipica e il nucleo funzionale minimo: la funzione confirmatoria, la funzione anticipatoria e la funzione di preventiva liquidazione del danno; 1.5. Le variabilità della causa tipica nelle fasi di formazione ed esecuzione del contratto a cui la caparra confirmatoria accede; 1.6. Cenni alla teoria delle pene private. L’impossibilità di dedurre l’inderogabilità delle norme a disciplina della caparra confirmatoria dall’eventuale applicabilità della teoria del numero chiuso delle pene private

1. L’analisi della caparra confirmatoria sotto il profilo della causa: il rafforzamento dell’obbligazione principale

1.1. Premesse sulla causa tipica della caparra confirmatoria e struttura metodologica dell’analisi

La causa tipica della caparra confirmatoria può essere rintracciata nell’intento di rafforzare l’obbligazione del contratto principale⁷⁰.

⁷⁰ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, cit., p. 361; G. DE NOVA, voce *Caparra*, cit., p. 241; A. MARINI, *Caparra*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 2; A. SCEVOLA, voce *Caparra*, in *Dig. it.*, cit., p. 727; V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, cit., p. 192 ; W. D’AVANZO, voce *Caparra*, cit., p. 895.

Tale macro-funzione è stata solitamente indagata dalla dottrina scomponendola in sotto-funzioni elencate e analizzate con minuzia, ma lo scopo di rafforzare l'obbligazione nascente dal contratto a cui la caparra accede è stato con costanza considerato unitario rispetto a quello del contratto principale⁷¹.

L'esame dell'istituto sotto il profilo della causa deve quindi in primo luogo incentrarsi sul collegamento contrattuale esistente tra la caparra confirmatoria e il contratto che questa mira a rafforzare. Tale collegamento causale è stato catalogato dalla dottrina secondo diverse classificazioni che saranno esaminate.

Si tenterà successivamente di delineare e circoscrivere la causa della caparra confirmatoria. Difatti, la caparra confirmatoria pare idonea a svolgere più funzioni che sono state approfonditamente indagate dalla dottrina. Nell'ambito della presente analisi dell'istituto sotto il profilo causale si tenterà, dunque, di dare conto delle diverse ricostruzioni operate dalla dottrina e di identificare il nucleo minimo e tipico della causa della caparra confirmatoria.

Identificata la causa della caparra confirmatoria, ci si propone di verificare l'applicabilità della teoria delle pene private alla fattispecie in esame. Pare infatti rilevante, nell'ambito dell'analisi causale dell'istituto, verificare se sussistano limiti derivanti dal principio di

⁷¹ L'analisi della caparra confirmatoria sotto il profilo funzionale è stata affrontata dalla dottrina sia al fine di inquadrare l'istituto nell'ordinamento positivo, sia per ricostruire ed affermarne la natura contrattuale. La seconda delle finalità citate è stata già affrontata *supra*. Pur senza volersi dilungare ulteriormente sul tema, si rileva che all'analisi della funzione economico-sociale della caparra è stato dedicato ampio spazio da G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, pp. 84 ss. proprio nell'intento di fondare sull'autonomia causale della caparra confirmatoria la tesi della natura contrattuale dell'istituto. In particolare, per dare prova della natura contrattuale della caparra confirmatoria, l'autore si sofferma su tutti gli elementi costitutivi del contratto (l'accordo, la forma, l'oggetto, la causa), verificandone la presenza. Riconoscono natura contrattuale alla caparra confirmatoria anche V. M. TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, cit., p. 193 e A. MARINI, *Caparra*, cit., p. 2. Di avviso contrario sono A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 220 e F. GALGANO, *Degli effetti del contratto della rappresentanza del contratto per persona da nominare*, cit., p. 173.

tipicità delle sanzioni civili all'autonomia contrattuale delle parti nell'utilizzo di clausole sul risarcimento del danno, come la caparra confirmatoria.

1.2. Il collegamento negoziale tra la caparra e il contratto. Il nesso causale unilaterale, necessario e di concorso

Il nesso intercorrente tra la causa del contratto principale e la causa della caparra confirmatoria costituisce un collegamento negoziale⁷². Come anticipato, il nesso di interdipendenza si prospetta come unilaterale e non reciproco, poiché la caparra confirmatoria segue le sorti del contratto principale, mentre l'accordo principale tra le parti rimane valido nel caso di nullità della caparra. Inoltre, si rileva che si tratta di un collegamento necessario e non volontario. La caparra, infatti, presuppone l'esistenza del contratto a cui accede e tale struttura è stabilita dal legislatore⁷³.

Sotto il profilo descrittivo, poi, è possibile domandarsi se il nesso negoziale in esame costituisca un collegamento di concorso oppure di continuità, secondo la distinzione operata dalla dottrina⁷⁴. La lettera dell'art. 1385 c.c. fa riferimento al momento della conclusione del contratto per la dazione della somma di denaro. Tuttavia, come anticipato, la caparra può svolgere la funzione di rafforzare l'obbligazione principale anche se è data in un momento successivo

⁷² Per una ricognizione sul tema del collegamento negoziale cfr. C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, con ampia appendice giurisprudenziale; R. CLARIZIA, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà: due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982.

⁷³ Cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., pp. 98 ss. Cfr. anche M. C. DINER, *Il contratto in generale*, in Capozzi, *Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2011, p. 561; sul collegamento negoziale o volontario cfr. invece R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, *Enc. dir.*, VII, Milano, 1969, p. 378.

⁷⁴ Sulla distinzione tra il nesso di concorso o di continuità (anche detto sequenziale) cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 298.

alla conclusione del contratto, a patto che l'obbligazione principale non sia stata ancora adempiuta⁷⁵. Pare dunque che tra la caparra e il contratto principale si possa individuare un nesso di concorso, in quanto non necessariamente si trovano in una relazione di successione temporale. La caparra confirmatoria e il contratto principale mirano, infatti, a raggiungere lo stesso risultato economico-sociale, l'una rafforzando l'obbligazione dell'altro. Non pare invece prospettarsi un collegamento di continuità, poiché non vi è necessaria sequenzialità temporale tra il contratto principale e la caparra.

1.3. Il nesso tra la caparra e il contratto principale come collegamento genetico o funzionale

Secondo un'ulteriore criterio di classificazione del collegamento causale, ci si può domandare se il nesso intercorrente tra la caparra e il contratto principale sia di tipo funzionale o genetico⁷⁶. Si ha nesso funzionale qualora il collegamento incida in fase di svolgimento del rapporto contrattuale. Il nesso è invece genetico se il

⁷⁵ Di questo avviso è la Cassazione, che, come già osservato, non ha ritenuto strettamente necessario che la caparra confirmatoria si perfezioni prima della conclusione del contratto, potendo questa svolgere la sua funzione anche soltanto se l'obbligazione contrattuale del contratto già perfetto non sia stata ancora totalmente eseguita. Inoltre, è stato ritenuto, cfr. Cass., 25 marzo 1972, n. 934, in *Mass. Foro it.*, 1972, c. 271, che la caparra possa accedere anche ad un contratto ad effetti reali poiché l'immediatezza dell'effetto traslativo non esclude il grave inadempimento, che può verificarsi, ad esempio, nel caso di mancata consegna della cosa o nella mancata partecipazione alla redazione dell'atto pubblico. Il versamento della caparra non è dunque incompatibile con la natura definitiva del contratto, poiché la completa esecuzione del contratto ben potrebbe avvenire successivamente nel tempo anche qualora l'effetto giuridico definitivo fosse immediatamente raggiunto. Secondo una diversa dottrina, il versamento sarebbe invece incompatibile con la qualificazione del contratto come definitivo, ossia immediatamente traslativo, poiché la caparra non avrebbe ragion d'essere.

⁷⁶ Cfr. G. BAVETTA, *La caparra*, cit., p. 99.

condizionamento tra i due negozi opera nella fase di formazione del contratto.

Secondo parte della dottrina, il collegamento tra la caparra e il contratto principale è di tipo funzionale e non genetico. Invero, il nesso acquisterebbe rilevanza in quanto opera sullo svolgimento del rapporto contrattuale e non sulla sua fase genetica. Di conseguenza, la caparra confirmatoria non influirebbe sulla formazione del contratto principale (configurando un nesso genetico, e non funzionale), poiché limiterebbe la sua incidenza alla fase esecutiva del rapporto⁷⁷. Tuttavia nella prassi spesso accade che la caparra confirmatoria sia inserita in un contratto preliminare. In tale caso, non si dubita dell'esistenza di un collegamento genetico tra il contratto preliminare e quello definitivo, e potrebbe ipotizzarsi che la connessione investa anche la caparra confirmatoria inserita nel preliminare e volta a perseguire la medesima causa del contratto definitivo. Inoltre, sotto un profilo meramente operativo, la stipulazione e la quantificazione della caparra sembrano poter incidere sulla fase genetica del contratto principale. Nel caso, ad esempio, di compravendite aventi ad oggetto beni di non scarso valore, l'accordo circa la presenza o l'entità di una caparra confirmatoria potrà certamente influire sul fatto genetico del contratto, incidendo sul processo di formazione della volontà delle parti in ordine alla conclusione dell'accordo. Pertanto, in relazione allo specifico caso della caparra confirmatoria, la differenza dogmatica tra nesso genetico e funzionale pare assumere tratti non così netti.

⁷⁷ Distingue tra collegamento genetico e funzionale F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu-E. Messineo, vol. XXI, Milano, 1968, p. 725; cfr. anche C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, p. 455, che precisa che la funzionalità del nesso può sufficientemente risultare dall'unitarietà della funzione perseguita dai due negozi, diretti a realizzare un'unica causa, mentre respinge la tesi che ravvisa collegamento funzionale solo in presenza di un elemento soggettivo rappresentato dall'intenzione delle parti di connettere i diversi contratti. Si sofferma sulla distinzione tra collegamento genetico e funzionale anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 215, per il quale i contratti sono collegati ove siano coordinati per l'adempimento di una funzione fondamentale.

1.4. La variabilità della causa tipica e il nucleo funzionale minimo: la funzione confirmatoria, la funzione anticipatoria e la funzione di preventiva liquidazione del danno

Il collegamento causale tra il contratto principale e la caparra confirmatoria descritto nel paragrafo precedente ha effetti diversi sul rapporto contrattuale nelle sue fasi di formazione, esecuzione o eventuale patologia. A seconda della volontà delle parti, che agiscono e danno vita al contratto, producendo adempimento, inadempimento o mutamento delle condizioni contrattuali, la caparra assolve infatti una specifica funzione⁷⁸. Il fenomeno è stato descritto dalla dottrina come polifunzionalità della caparra confirmatoria, che garantisce l'esecuzione dell'obbligazione principale e funge da acconto o da liquidazione preventiva del danno da inadempimento⁷⁹. Procedendo nell'esame della caparra sotto il profilo della causa e tentando di ricostruire il complesso panorama descrittivo offerto dalla dottrina sul tema, pare possibile individuare tre principali funzioni della caparra confirmatoria che concorrono a rafforzare l'obbligazione principale: la funzione confirmatoria, quella

⁷⁸ Dell'accessorietà della caparra rispetto al negozio principale non si dubita. Tale attributo si desume in primo luogo dal tenore letterale delle disposizioni che la disciplinano, di cui si è già scritto. In secondo luogo, poiché le vicende dell'obbligazione principale (come per la clausola penale) incidono, sotto il profilo strutturale, sugli effetti della caparra confirmatoria. Sotto il profilo causale, l'accessorietà della caparra viene in rilievo anche solo prendendo in considerazione la sua causa tipica, quella di rafforzare l'obbligazione del contratto principale. Se il contratto principale venisse meno, o se non fosse mai esistito, la caparra sarebbe nulla per mancanza della causa.

⁷⁹ M. GORGONI, *Caparra confirmatoria*, cit., pp. 1015 ss. ha significativamente definito la ricerca sulle capacità funzionali della caparra come vero e proprio «affanno» della dottrina, «che continua ad enumerare e sottoarticolare le funzioni della caparra: tutela preventiva del credito, rafforzamento del contratto, coazione psicologica, preventiva convenzionale forfettaria liquidazione del danno, anticipazione del prezzo, patto sanzionatorio, autotutela, congegno negoziale per agevolare il recesso unilaterale».

anticipatoria e quella della preventiva liquidazione del danno⁸⁰. Giova preliminarmente precisare che le tre funzioni elencate sono sottratte alla disponibilità delle parti, poiché rappresentano il nucleo minimo che integra la causa tipica dell'istituto⁸¹. In altre parole, l'atteggiarsi delle funzioni in connessione alle vicende del rapporto principale è il fenomeno che caratterizza la caparra confirmatoria. Sebbene le funzioni vengano svolte in maniera alternativa tra loro a seconda del verificarsi degli eventi nel rapporto principale, affinché la caparra possa effettivamente rafforzare il vincolo contrattuale, le

⁸⁰ La causa della caparra confirmatoria è stata anche definita come una somma delle diversificate funzioni che questa svolge. Talora si è sostenuto che si trattasse di un'unica causa, autonoma rispetto a quella del contratto principale e unitaria, in quanto le funzioni sono tra loro collegate. Così M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, cit., p. 561. Altre volte è stato sottolineato che le cause della caparra confirmatoria sono perseguite alternativamente tra loro e non cumulativamente. Sulla causa versatile della caparra cfr. Cass. 16 maggio 2006, n. 11356, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 491. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., p. 20 ha anche precisato che le funzioni sono esercitate alternativamente, ma non può darsi una caparra che svolga solo una singola funzione in forza della scelta autonoma delle parti.

⁸¹ Così C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, cit., p. 362. Come è stato accennato, sebbene in linea teorica secondo alcuni le parti possano accordarsi per escludere una delle funzioni indicate (di questo avviso N. DISTASO, *I contratti in genere*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino 1980, p. 1370), tale eventualità pare in concreto preclusa poiché pregiudicherebbe la peculiarità strutturale dell'istituto. Tuttavia alcuni autori ammettono la possibilità di configurare una caparra confirmatoria unilaterale: questa svolgerebbe tutte le funzioni tipiche della caparra, ma solo nei confronti di una delle parti, l'*accipiens*. Sostenere l'ammissibilità di una caparra confirmatoria unilaterale significherebbe ammettere che, una volta prestata, questa produca i suoi effetti solo a favore di chi l'ha incamerata, con una significativa modificazione dell'assetto tipico della causa dell'istituto. Nel caso di inadempimento, solo l'*accipiens* potrebbe trattenere la somma ricevuta, mentre il *tradens* dovrebbe ricorrere alla tutela ordinaria. Si esprime a favore dell'ammissibilità dell'istituto così declinato M. BELLANTE, *La caparra*, cit., p. 22.

parti devono essere soggette a tutte le implicazioni funzionali citate⁸².

Le funzioni che ci si accinge a descrivere, costituiscono la causa tipica della caparra confirmatoria. La prima funzione svolta dalla caparra è quella di confermare l'interesse delle parti alla conclusione dell'accordo e la loro volontà di adempiere alle obbligazioni dedotte a contratto. Se la caparra è data prima della conclusione del contratto, svolge la funzione confirmatoria. Se, al contrario, la caparra è data dopo la conclusione del contratto definitivo, la sua preminente finalità è quella di garantire l'adempimento delle parti⁸³.

La seconda funzione svolta dalla caparra confirmatoria è quella di anticipare la prestazione dovuta in via parziale. Potendo essere imputata alla prestazione principale, la somma versata svolge, almeno in parte, il ruolo dell'acconto.

La terza funzione, che accomuna la caparra confirmatoria alla clausola penale, è quella della preventiva determinazione dell'ammontare del danno conseguente dall'inadempimento dell'obbligazione principale⁸⁴. Sia il *tradens*, sia l'*accipiens* sono

⁸² Cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1993, p. 486, che collega le fasi del contratto principale alle diverse funzioni della caparra.

⁸³ Nell'ambito della funzione confirmatoria della caparra rientrava, tradizionalmente, la funzione probatoria del contratto principale: dalla dazione della caparra confirmatoria si desumeva l'esistenza del contratto principale in mancanza di altre prove. Ad oggi, come si specificherà *infra*, pare che la funzione sia andata corrodendosi. Sostengono la sussistenza della funzione probatoria della caparra confirmatoria F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1968, p. 216; V. M. TRIMARCHI, *Caparra* (dir. civ.), cit., p. 201; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice civile*, Torino, 1980, p. 345; N. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., pp. 1370 ss.; W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., p. 896.

⁸⁴ In dottrina l'accostamento tra la clausola penale e la caparra confirmatoria ha anche riguardato la simile funzione sanzionatoria dei due istituti. Cfr. A. MARINI, *Caparra*, cit., p. 1. Tuttavia, mentre la clausola penale limita il danno risarcibile per entrambe le parti, la caparra costituisce una mera predeterminazione che non vincola la parte adempiente, la quale può sempre ricorrere ai rimedi giurisdizionali. Per tale ragione, nella

infatti consapevoli che determinando l'ammontare della caparra stanno anche negoziando l'ammontare dell'indennizzo eventualmente dovuto nel caso di inadempimento.

1.5. Le variabilità della causa tipica nelle fasi di formazione ed esecuzione del contratto a cui la caparra confirmatoria accede

Per comprendere come le tre funzioni descritte concorrano a rafforzare l'obbligazione principale, pare utile ripercorrere cronologicamente le fasi della formazione e dell'esecuzione del contratto. Durante la fase di formazione del contratto principale, la parte che riceve la caparra confirmatoria è confortata circa la volontà positiva del *tradens*, che subisce una diminuzione reale del proprio patrimonio, a concludere l'accordo e ad adempiere all'obbligazione dedotta a contratto. Dal punto di vista di colui che invece presta la caparra, si ingenera un affidamento circa la volontà concludente della controparte. Difatti, senza necessità di provare in giudizio l'esistenza del danno nel caso di inadempimento, l'*accipiens*, ricevendo la caparra, si impegna automaticamente a corrispondere lo stesso ammontare a titolo di risarcimento del danno nel caso in cui risultasse essere parte inadempiente.

Se la fase successiva di esecuzione del contratto si svolge fisiologicamente, la caparra funge da acconto⁸⁵. Laddove, invece, si verifici inadempimento contrattuale, la caparra svolge la funzione di liquidare preventivamente e forfettariamente il danno. Date le odierne tempistiche di risoluzione delle controversie in via giudiziale, che le parti tentano di evitare con rimedi convenzionali, la funzione di liquidazione preventiva del danno pare oggi di centrale rilevanza⁸⁶.

disciplina sulla clausola penale, è prevista la possibilità di pattuire la risarcibilità del danno ulteriore, assente nelle norme relative alla caparra confirmatoria.

⁸⁵ Cfr. G. DE NOVA, *Caparra*, cit., p. 241; cfr. anche M. BELLANTE, cit., p. 13.

⁸⁶ Cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 150. Dello stesso autore cfr., *Caparra (dir. comp.)*, cit., p. 12, ove

Con la stipulazione di una caparra confirmatoria, il contraente diligente si assicura di conseguire una somma di denaro corrispondente all'ammontare della caparra che si sostituisce al risarcimento del danno: non gli è richiesto di provare il danno, né deve sottoporsi ad alcun accertamento giudiziale per ottenere la risoluzione del contratto⁸⁷. Anche nella Relazione al Codice civile, n. 663, si legge che «ciò che si dà a titolo di caparra, mentre conferma il contratto (per modo che deve essere restituito o computato in caso di adempimento: art. 1385, 1° comma), facilita le composizioni in caso di inadempimento: infatti, l'inadempiente, se l'altra parte non insiste per l'esecuzione o non domanda in giudizio la risoluzione, perde la caparra data o restituisce il doppio di quella ricevuta (art. 1385, secondo comma), e questa è certo una composizione spedita». In tale prospettiva causale, emerge la natura di rimedio contrattuale e mezzo di autotutela privata delle caparra confirmatoria. Ciascuna delle parti ha il potere di recedere dal contratto in caso di inadempimento della controparte senza la necessità di proporre un'azione giudiziale, di intimare la diffida o di provare il danno.

1.6. Cenni alla teoria delle pene private. L'impossibilità di dedurre l'inderogabilità delle norme a disciplina della caparra confirmatoria dall'eventuale applicabilità della teoria del numero chiuso delle pene private

Configurandosi come mezzo di autotutela privata, parte della dottrina si è domandata se potesse riconoscersi alla caparra confirmatoria il carattere sanzionatorio tipico delle pene private⁸⁸. Difatti, nella

sostiene che lo strumento della caparra stia vivendo una fase di disinteresse da parte della dottrina. Tuttavia, ritiene che, ad oggi, la caparra goda ancora di una certa vitalità quale strumento di forfezzazione in via pattizia del risarcimento del danno da inadempimento, in particolare negli ordinamenti di *civil law*, in cui vige la regola della restituzione del *duplum* in caso di inadempimento da parte dell'*accipiens*.

⁸⁷ A. DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1978, p. 542.

⁸⁸ L'accostamento tra il tema delle convenzioni sul risarcimento e quello delle pene private ha ricevuto grande attenzione dalla dottrina specialmente

caparra confirmatoria, come accade per le pene private, non vi è corrispondenza tra il vantaggio pecuniario del soggetto leso e il danno effettivamente patito⁸⁹.

La questione prospettata diviene di fondamentale rilevanza per comprendere l'estensione dell'autonomia contrattuale lasciata alle parti nell'impiego di convenzioni sul risarcimento del danno, come la caparra confirmatoria o la clausola penale.

In effetti, nell'ambito degli studi sulle pene private, parte della dottrina ha ricostruito un principio di tipicità delle sanzioni civili, ossia un principio secondo il quale sarebbe ammissibile solo un numero chiuso di cosiddette sanzioni civili⁹⁰. Secondo tale teoria, tutte le sanzioni (civili o penali che siano) sarebbero applicabili solo se previste da norme giuridiche⁹¹. Dunque, da tale principio, potrebbe desumersi l'inderogabilità dello schema legislativo delle sanzioni civili e, di conseguenza, dello schema codicistico dettato per la caparra confirmatoria e per la clausola penale, con una conseguente significativa limitazione dell'autonomia contrattuale delle parti⁹².

con riferimento alla clausola penale. Cfr. E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 235; S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 259; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 299; G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990.

⁸⁹ Cfr. T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, cit., p. 60.

⁹⁰ Tale principio distintivo in relazione alle pene private è affermato da E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, p. 12.

⁹¹ Si tratta del principio, tradizionalmente connesso all'ambito penalistico, del *nulla poena sine lege*, inteso in senso inclusivo in relazione alle sanzioni di natura civile. Per una completa ricognizione sul punto cfr. G. VASSALLI, voce *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1994, p. 535; G. MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 950.

⁹² Cfr. A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 6. Il limite, a ben vedere, andrebbe, secondo questo approccio, esteso a tutto il sistema delle norme risarcitorie, assumendo proporzioni che permetterebbero di

Tuttavia, pare che la non derogabilità delle norme in materia di caparra confirmatoria o di clausola penale potrebbe escludersi sulla base di più argomenti. In primo luogo potrebbe osservarsi che il fatto di ritenere chiuso il numero delle sanzioni civili non implica, di per sé, che queste siano inderogabili⁹³. In secondo luogo potrebbe rilevarsi che la derogabilità dello schema codicistico e, più in generale, del sistema risarcitorio in materia civile, non pare contestabile, in quanto risponde alla primaria necessità del mercato di modulare il rischio contrattuale, adattandolo a situazioni pratiche che non possono essere ricondotte ad uno schema legislativo aprioristicamente determinato⁹⁴.

In effetti, la derogabilità del sistema risarcitorio è stata da più parti sostenuta in dottrina anche in ragione della mancanza di norme in cui sia esplicitamente negata la possibilità derogatoria⁹⁵. Dunque, anche a voler intravedere nella caparra confirmatoria una pena civile, non sembra possibile concludere per l'inderogabilità di tutte le disposizioni codicistiche che la disciplinano.

affermare l'inderogabilità del sistema civile sanzionatorio. Difatti, ogni norma in materia risarcitoria presenta carattere sanzionatorio. Non sarebbero, dunque, derogabili le norme sulla base delle quali si decide circa la liquidazione dei danni.

⁹³ A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 303; E. MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, cit., p. 785; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., p. 201.

⁹⁴ Cfr. G. DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, p. 182, che evidenzia ad esempio la necessità di prevedere contrattualmente che sia risarcibile il danno emergente, ma non il lucro cessante. A riguardo cfr. anche M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, II diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, p. 206, che muovendo dal carattere dispositivo del regime della responsabilità, desume la modificabilità convenzionale delle norme sul risarcimento del danno, prevedendo ad esempio che soltanto alcuni danni siano risarciti, come i danni alla persona, e prevedendo specularmente che sia esclusa la risarcibilità di altri.

⁹⁵ Cfr., tra i tanti, A. DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 511; R. SCOGNOMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1957, p. 18; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, 1964, p. 481.

Inoltre, pare utile precisare che, secondo parte della dottrina, sia la caparra confirmatoria, sia la clausola penale differiscono dalla specie delle pene private. Secondo alcuni autori, infatti, il ruolo che la volontà delle parti svolge in relazione alla clausola penale e alla caparra confirmatoria le rende non assimilabili alle pene private⁹⁶. Mentre queste sono esclusivamente applicabili alle obbligazioni che derivano dalla legge, in quanto obbligatorie e non sottoposte all'accettazione da parte dei contraenti, le clausole per la determinazione convenzionale del danno in esame discendono direttamente dall'accordo contrattuale delle parti. Si tratta, in altre parole, di convenzioni disponibili, a cui le parti decidono volontariamente di sottoporsi e che non sembrano poter rientrare nell'ambito della teorizzazione delle pene private.

⁹⁶ Sono di tale avviso C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 33; A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 320; U. MAJELLO, *Pena privata e responsabilità civile*, in *Le pene private*, cit., p. 332, che in riferimento alla clausola penale ritiene che la teorizzazione sulle pene private svolga esclusivamente una funzione di carattere descrittivo. Per una completa ricognizione circa la posizione della dottrina francese e tedesca, cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., pp. 58 ss.

Capitolo 2 - Il rapporto tra il rimedio ordinario della risoluzione e quello speciale previsto dalla disciplina della caparra confirmatoria

Sommario: 2.1. Premesse metodologiche: il piano di lavoro; 2.2. La natura del recesso come speciale tipo di risoluzione nella disciplina della caparra confirmatoria: l'alternativa tra la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento secondo le regole ordinarie; 2.3. La questione dell'ammissibilità della domanda di recesso ex art. 1385, comma 2° c.c. e della richiesta di accertamento del diritto a ritenere la caparra a seguito di una sentenza di primo grado di risoluzione del contratto; 2.4. L'intervento della Cassazione a sezioni unite: la novità dell'azione proposta e l'impossibilità di esperire l'azione di risoluzione e mutare domanda proponendo l'azione di recesso; 2.5. La scelta del rimedio risarcitorio e la rinunciabilità agli effetti risolutivi da parte del contraente non inadempiente; 2.6. La risoluzione stragiudiziale del contratto e la ritenzione della caparra confirmatoria. Il bilanciamento di interessi contrapposti operato dalla Corte di Cassazione; 2.7. La teoria della caparra come *minimum* risarcibile. La rilevanza della teoria ai fini del mutamento della domanda giudiziale e l'inammissibilità della concezione della caparra confirmatoria come minimo risarcibile; 2.8. Le motivazioni di economia processuale: l'assunzione del rischio connesso alla scelta del rimedio speciale o generale

2. Il rapporto tra il rimedio ordinario della risoluzione e quello speciale previsto dalla disciplina della caparra confirmatoria

2.1. Premesse metodologiche: il piano di lavoro

Nell'ambito dell'esame del rimedio convenzionale della caparra confirmatoria, pare essenziale affrontare il tema del rapporto tra questa e il regime generale previsto dal Codice civile in materia di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno.

I due rimedi sono messi in relazione già dalla disposizione di cui al 3° comma dell'art. 1385 c.c., che prevede che la parte non

inadempiente possa recedere dal contratto ritenendo la caparra, o, alternativamente, domandarne l'esecuzione o la risoluzione e il risarcimento del danno calcolato secondo le regole generali. Tuttavia, nella prassi contrattuale, la relazione esistente tra i due rimedi presenta alcune criticità che hanno condotto a soluzioni di segno talvolta contrastante da parte della giurisprudenza.

L'esame della questione sarà condotto procedendo in primo luogo all'individuazione della natura del recesso previsto quale rimedio tipico dalla disciplina della caparra. In secondo luogo, si esaminerà il rapporto esistente tra i due rimedi offerti alla parte non inadempiente, quello del recesso ai sensi dell'art. 1385, 2° comma c.c. e quello della risoluzione del contratto. Si presterà particolare attenzione al caso della proposizione dell'azione di risoluzione del contratto (e di risarcimento del danno) seguita dalla proposizione, in secondo grado, dell'azione di accertamento dell'intervenuto recesso (con conseguente ritenzione della caparra o del suo doppio). Ai fini di completezza, pare inoltre utile affrontare il tema rapporto tra il rimedio risarcitorio convenzionale della ritenzione della caparra e il risarcimento del danno nel caso in cui la risoluzione del contratto sia stragiudiziale.

Sia nel caso in cui il contratto sia risolto in via giudiziale, sia nel caso della risoluzione stragiudiziale, pare utile analizzare le posizioni della dottrina e della giurisprudenza in merito alla possibilità di ritenere la caparra confirmatoria o di ottenerne il doppio. La giurisprudenza ha elaborato differenti soluzioni nel corso degli anni, che saranno esaminate. La dottrina, dal canto suo, ha tentato di sostenere tesi contrapposte in merito al rapporto tra il rimedio speciale di cui all'art. 1385, comma 2° c.c. e quello ordinario della risoluzione tramite l'affidamento a teorie diversificate. L'interrogativo circa l'ammissibilità del rimedio risarcitorio convenzionale della ritenzione della caparra a seguito della pronuncia di risoluzione del contratto pare infatti strettamente connesso alla questione, ampiamente dibattuta in dottrina, della rinunciabilità degli effetti risolutivi del contratto, di cui si darà conto. Al fine dell'indagine in oggetto, pare infine rilevante l'esame della teoria dottrinale della caparra confirmatoria quale misura minima del risarcimento dovuto alla parte non inadempiente.

2.2. *La natura del recesso come speciale tipo di risoluzione nella disciplina della caparra confirmatoria: l'alternativa tra la ritenzione della caparra e la domanda di risarcimento secondo le regole ordinarie*

Come si è anticipato, quando le parti prevedono la caparra confirmatoria nel regolamento contrattuale, in caso di patologia del rapporto principale, il contraente non inadempiente può ricorrere allo speciale rimedio di cui all'art. 1385, comma 2° c.c., che consente di recedere dal contratto ritenendo la caparra versata o esigendone il doppio. Interrogandosi sulla natura del recesso speciale in esame, la dottrina e la giurisprudenza hanno concluso che sia da considerarsi distinto dalla facoltà di recedere disciplinata dall'art. 1373 c.c. Il rimedio previsto all'art. 1385, comma 2° c.c. è stato, infatti, ripetutamente qualificato come speciale tipo di risoluzione stragiudiziale del contratto, previsto *ex lege*, che si affianca agli altri tipi di risoluzione stragiudiziale contemplati dal Codice civile⁹⁷.

Applicando questa interpretazione, nell'ambito di un giudizio risulterà che la parte possa scegliere di avvalersi della facoltà di risolvere il contratto trattenendo la caparra data o, in alternativa, che possa ricorrere alla risoluzione del contratto di cui all'art. 1453 c.c.,

⁹⁷ Cfr. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 199; A. MARINI, *Caparra*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 3; D. CAVICCHI, *Recesso e risoluzione*, nota a Cass., 19 ottobre 2000, n. 13828, in *Giur. it.*, 2001, p. 2051. In giurisprudenza cfr. Cass., 1 dicembre 1994, n. 10300, in *Vita not.*, 1995, p. 739; Cass., 28 dicembre 1993, n. 12860, in *Arch. civ.*, 1994, p. 282. Cfr. anche Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Giur. it.*, 2009, II, p. 272, ove si stabilisce che il recesso 1385, comma 2° c.c. ha carattere eccezionale e distinto dal recesso ex art. 1373 c.c., in quanto è un recesso di fonte legale avente i caratteri di una risoluzione stragiudiziale del contratto. Inoltre, secondo la giurisprudenza, il recesso consegue automaticamente all'inadempimento di non scarsa importanza, senza che occorra la verifica della scadenza di un termine essenziale (poiché in quel caso il contratto sarebbe già risolto) e può manifestarsi anche per fatti concludenti. Cfr. Cass., 18 maggio 1976, n. 1751, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 231; Cass., 25 ottobre 1958, n. 3474, in *Rep. Foro it.*, 1958, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 219.

domandando il risarcimento del danno secondo le regole generali⁹⁸. Se la parte opta per la seconda delle due possibilità, sarà tenuta a

⁹⁸ L'alternativa non era invece prevista nel vigore del Codice civile del 1865, il cui art. 1217 recitava: «la parte che non è in colpa, se non preferisce ottenere l'adempimento della convenzione, può tenersi la caparra ricevuta, o domandare il doppio di quella che ha data». Per una precisa ricostruzione della situazione del contraente non inadempiente secondo il dettato del Codice civile del 1865 e gli orientamenti della giurisprudenza, cfr. M. DELLACASA, *Caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutorio*, in *Danno e Resp.*, 6, 2009, p. 634. L'autore individua le due posizioni rinvenibili nella giurisprudenza dell'epoca: secondo un'opinione minoritaria, il contraente deluso sarebbe stato senz'altro legittimato ad ottenere la risoluzione del contratto e il risarcimento integrale del danno: la caparra, in altri termini, non avrebbe precluso l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno alla parte che avesse potuto provarlo. In base all'opinione prevalente, tuttavia, il contraente che optava per la risoluzione poteva solo ritenere la caparra ricevuta o esigere il doppio di quella data; per ottenere il risarcimento integrale del danno - per ipotesi, superiore all'importo della caparra - gli era solo concesso di domandare l'adempimento coattivo. Cfr. Cass., sez. un., 15 aprile 1929, in *Annuario dir. comp.*, VI, I, 1931, pp. 564 ss.: «in tanto è concesso l'intero risarcimento, in quanto la parte che non è in colpa, avvalendosi della libertà di scelta che le compete, insista e non ottenga l'esecuzione della obbligazione contrattuale; mentre se essa si contenta della sola risoluzione, in tal caso la ritenzione della caparra ricevuta, ovvero il pagamento del doppio di quella data, esaurisce la misura del danno risarcibile, né essa ha ragione di dolersene avendo col fatto proprio determinata una simile situazione»; Cass. 5 luglio 1923, in *Giur. it.*, 1923, I, p. 705. In dottrina cfr. A. MONTEL, *Caparra e risarcimento del danno*, in *Annuario dir. comp.*, VI, I, 1931, p. 564. Secondo la ricostruzione all'epoca prevalente, il contraente che aveva subito un pregiudizio superiore all'importo della caparra era indotto ad esercitare l'azione di adempimento, mentre il danno da risoluzione veniva accordato solo subordinatamente alla comprovata impossibilità di ottenere l'esecuzione coattiva della prestazione. Si precisa, tuttavia, che secondo l'opinione prevalente nel vigore del Codice civile del 1865, a differenza di quanto oggi accade, nel caso di contratto preliminare, l'obbligazione avente ad oggetto la conclusione del definitivo non era suscettibile di esecuzione in forma specifica. Pertanto, stante il rifiuto di concludere il contratto definitivo a seguito della pronuncia di condanna, si riteneva che il creditore potesse ottenere il risarcimento integrale del danno.

dare prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno. Pertanto, pare lecito presumere che la parte non inadempiente preferisca richiedere la risoluzione con risarcimento del danno solo laddove ritenga di poter conseguire un maggior risarcimento (e dunque di poter provare il maggior danno) rispetto all'ammontare della sola caparra.

2.3. La questione dell'ammissibilità della domanda di recesso ex art. 1385, comma 2° c.c. e della richiesta di accertamento del diritto a ritenere la caparra a seguito di una sentenza di primo grado di risoluzione del contratto

Qualora la parte non inadempiente decida di domandare il risarcimento del danno secondo le regole ordinarie, potrebbe prospettarsi lo scenario in cui, all'esito del primo grado di giudizio, le sue pretese non risultino appagate. La stessa potrebbe dunque tentare di ottenere soddisfazione mutando strategia processuale e cercando di ottenere almeno quanto ricevuto (o il doppio di quanto corrisposto) a titolo di caparra⁹⁹. Nello scenario descritto, si porrebbe la questione dell'ammissibilità, a seguito di una sentenza di primo grado di risoluzione del contratto, di una domanda di recesso ex art. 1385, comma 2° c.c. e della conseguente richiesta di accertamento del diritto a ritenere la caparra ricevuta (o ad incamerare il *duplum*).

Cfr. Cass. 17 gennaio 1925, in *Foro it.*, 1925, I, p. 147. In dottrina cfr. A. BUTERA, *La caparra come limite al risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, pp. 189 ss.; F. CARNELUTTI, *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, pp. 228 ss.

⁹⁹ Diverse sono le combinazioni di situazioni che possono configurarsi e che la dottrina ha analizzato: la proposizione dell'azione di risoluzione seguita da quella di recesso, la proposizione dell'azione di recesso seguita da quella di risoluzione, la risoluzione di diritto e la proposizione dell'azione di recesso in giudizio, e così via. Tuttavia, la situazione che con più frequenza pare essersi prospettata nella prassi è quella in cui la parte non inadempiente, non essendo riuscita a provare il danno o l'ammontare di danno sperato, ha ottenuto una pronuncia di risoluzione del contratto senza il riconoscimento di un sufficiente diritto al risarcimento. Per una ricostruzione sistematica delle possibili diverse situazioni configurabili nella prassi, cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, Milano, 2008, pp. 92 ss.

Sotto il profilo procedurale, tuttavia, la proposizione in secondo grado di una diversa azione rispetto a quella fatta valere durante il primo grado di giudizio potrebbe porsi in contrasto con l'art. 345 c.p.c., che prevede l'inammissibilità di nuove domande in sede di giudizio d'appello. Per sostenere l'inammissibilità o l'ammissibilità della successiva domanda di recesso con ritenzione della caparra, la giurisprudenza ha tentato di determinare se tale azione presentasse o meno il requisito della novità rispetto alla precedente domanda di risoluzione del contratto. Il punto pare di cruciale rilevanza, in quanto se la proposizione della domanda di recedere dal contratto, ritenendo la caparra, non costituisse l'introduzione di una nuova domanda ai sensi dell'art. 345 c.p.c., non si formerebbero, per la parte, le preclusioni processuali citate.

Fino alla nota pronuncia della Cassazione a sezioni unite del 2009, in cui la Corte ha sanato i contrasti esistenti, nel panorama giurisprudenziale italiano, si individuavano due opposti orientamenti¹⁰⁰. Chi sosteneva che la proposizione della domanda di accertamento dell'intervenuto recesso con riconoscimento del diritto di ritenere la caparra (o di ricevere il *duplum*) fosse ammissibile nel secondo grado di giudizio, riteneva che non sussistesse novità nella

¹⁰⁰ Cfr. Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 237 con nota di E. LUCCHINI GUASTALLA, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*; in *Corriere giur.*, 2009, p. 333 con nota di M. RUVOLO, *Le sezioni unite mutano il loro "granitico" orientamento in tema di diffida ad adempiere e rinuncia all'effetto risolutorio* e di A. PALMA, *La (in)compatibilità della domanda giudiziale di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) con i vari modi di risoluzione del contratto, diversi dal recesso ex art. 1385, comma 2, c.c.*; in *Corr. giur.*, 2009, p. 374, con nota di F. TORRASI, *Caparra confirmatoria e rimedi per la parte non inadempiente*; in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 91, con nota di P. LONGO, *Infungibilità processuale tra gli ordinari rimedi caducatori degli effetti del contratto*; *ivi*, 2010, p. 107, con nota di M. COGNOLATO, *La caparra confirmatoria e la "rinuncia" all'effetto risolutorio secondo le sezioni unite*; in *Danno e resp.*, 2009, p. 625, con nota di M. DELLACASA, *Caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutorio*; in *Nuova giur. comm.*, 2009, p. 687 con nota di C. LEGGIERI, *Caparra confirmatoria ed inadempimento: inammissibilità del recesso nel caso di preventiva domanda di risoluzione e risarcimento del danno*.

proposizione di questa seconda domanda rispetto a quella iniziale di risoluzione del contratto, poiché le due azioni erano da considerarsi fungibili¹⁰¹. Secondo tale tesi, la sostituzione in sede di appello della domanda originaria con quella di recesso avrebbe costituito l'esercizio di una facoltà del richiedente rientrante nella più ampia - e già proposta - domanda di risoluzione. Ciò in quanto, come anticipato, anche il recesso di cui al 2° comma dell'art. 1385 c.c. è qualificabile come forma di risoluzione stragiudiziale. A tal proposito, la Cassazione stessa ha sostenuto che entrambe le domande si basano sulla declaratoria di inadempimento ed abbiano il medesimo scopo di sciogliere il contratto¹⁰².

Secondo l'opposto orientamento giurisprudenziale, invece, non era considerata proponibile, in sede di gravame, la domanda di accertamento del recesso dal contratto con ritenzione della caparra, poiché le due azioni presentavano rilevanti differenze strutturali ed erano caratterizzate da un diverso oggetto e una diversa *causa*

¹⁰¹ Cfr. Cass., 24 gennaio 2002, n. 849, in *Corriere giur.*, 2002, p. 1021. Sulla decisione cfr. V. TIMPANO, *Caparra confirmatoria e tutela del contraente non inadempiente*, *Contratti*, 2002, p. 892 e A. PALMA, *Rapporti tra la caparra confirmatoria e integrale risarcimento del danno*, *Corriere giur.*, 2002, p. 1022. Inoltre, in giurisprudenza cfr. Cass., 6 settembre 2000, n. 11760, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Appello civile*, n. 63; Cass., 11 gennaio 1999, n. 186, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Contratto in genere*, n. 463; Cass., 15 febbraio 1996, n. 1160, in *Nuova giur. comm.*, 1996, I, p. 659, con nota di E. FERRARIS, *Domanda nuova di appello: l'istanza di risoluzione non è preclusiva di quella di recesso*; Cass., 3 settembre 1994, n. 7644, in *Foro it.*, 1994, voce *Contratto in genere*, n. 367; Cass., 6 marzo 1989, n. 1213, in *Arch. civ.*, 1989, p. 587, in cui la Corte stabiliva che nell'ipotesi di caparra confirmatoria, la parte adempiente che avesse agito per l'esecuzione o la risoluzione del contratto e per la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1453 c.c. potesse chiedere in appello, in sostituzione di tali pretese, il recesso dal contratto, non costituendo tale richiesta una nuova domanda (vietata ai sensi dell'art. 345 c.p.c.), bensì una domanda più ridotta rispetto a quella di risoluzione. Cfr., inoltre, Cass., 5 marzo 1986, n. 1391, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2184.

¹⁰² La controversia all'attenzione della Corte di secondo grado avrebbe ad oggetto i medesimi fatti costitutivi del diritto.

*petendi*¹⁰³. La seconda domanda, infatti, sarebbe stata idonea a introdurre una nuova questione (e non una mera *emendatio libelli*), inammissibile in sede di gravame¹⁰⁴.

2.4. L'intervento della Cassazione a sezioni unite: la novità dell'azione proposta e l'impossibilità di esperire l'azione di risoluzione e mutare domanda proponendo l'azione di recesso

Il contrasto giurisprudenziale descritto è stato risolto nell'inverno del 2009, con la pronuncia della Cassazione a sezioni unite n. 553, che ha abbracciato la tesi dell'inammissibilità di una diversa domanda nel secondo grado di giudizio¹⁰⁵. La decisione è argomentata sulla base di ragioni di ordine sistematico (le azioni sono diverse) e processuale, legate alle preclusioni prodotte a seguito della proposizione della sola domanda di risoluzione del contratto in primo grado¹⁰⁶.

¹⁰³ Sui motivi dell'infungibilità delle due domande cfr. P. LONGO, *Infungibilità processuale tra gli ordinari rimedi caducatori degli effetti del contratto*, cit., pp. 109 ss.

¹⁰⁴ Cfr. in proposito Cass., 25 agosto 1993, n. 8995, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Appello civile*, n. 26.

¹⁰⁵ Più di recente, il medesimo orientamento si ritrova in Cass., 22 febbraio 2011, n. 4278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 821.

¹⁰⁶ La controversia che dava luogo alla pronuncia riguarda un preliminare di vendita immobiliare. Contestualmente alla conclusione del contratto, il promittente acquirente consegnava la caparra confirmatoria alla controparte, che, a fronte del mancato pagamento, gli intimava diffida ad adempiere. Il promittente acquirente agiva in giudizio adducendo di avere offerto delle cambiali per il saldo del prezzo, rifiutate dal promittente venditore, domandando la risoluzione del contratto per inadempimento e la condanna alla restituzione della caparra. Il promittente alienante, convenuto in giudizio formulava domanda riconvenzionale di accertamento della risoluzione del contratto (a seguito dell'intimazione della diffida ad adempiere) e il risarcimento del danno. Il giudice del primo grado accoglieva la domanda riconvenzionale di risoluzione proposta dal promittente alienante, ma, data la carenza di prova circa il danno subito, non gli riconosceva alcun risarcimento e ordinava, di conseguenza, la

Dal punto di vista sistematico, la Corte riscontra infungibilità tra le due azioni poiché la sentenza che pronuncia su una domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione stragiudiziale del contratto (quale quella proposta ai sensi dell'art. 1385, comma 2° c.c.) avrebbe natura dichiarativa, mentre la decisione sulla risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c. avrebbe natura costitutiva. Di conseguenza, le due azioni divergerebbero per il *petitum* immediato, essendo diverso il tipo di provvedimento richiesto al giudice, e per il *petitum* mediato, poiché con la pronuncia di accertamento dell'intervenuta risoluzione stragiudiziale si impone alla controparte di prendere atto della verifica eseguita circa la sussistenza dei presupposti della risoluzione stragiudiziale, mentre, a seguito di pronuncia costitutiva di risoluzione, l'inadempiente subisce una vera e propria modificazione della propria situazione soggettiva¹⁰⁷.

Secondo la Corte, la differenza esistente tra le due azioni impone di considerare nuova la seconda delle due domande proposte. Tuttavia, l'argomento, se proposto isolatamente, rischia di non risultare completamente convincente, poiché ben potrebbe darsi il caso in cui la domanda di risoluzione, come la domanda di recesso, sia mirata ad ottenere una sentenza dichiarativa (si pensi, ad esempio, all'intimazione di diffida ad adempiere scaduta, che ha già prodotto l'effetto risolutivo, a cui segua la proposizione della domanda di mero accertamento dell'intervenuta risoluzione). Inoltre, l'argomentazione pare principalmente imperniata su schemi formali che rischiano di non considerare adeguatamente le pretese soggettive delle parti.

restituzione della caparra confirmatoria al promittente acquirente. Il ricorrente agiva, dunque, di fronte alla Corte di appello, domandando l'accertamento della legittimità del recesso e il diritto a ritenere la caparra in sostituzione della precedente domanda di risoluzione del contratto. Le domande erano rigettate dalla Corte di appello e la Cassazione confermava la decisione.

¹⁰⁷ La distinzione tra *petitum* e *causa petendi* ancor oggi condivisa dalla dottrina e giurisprudenza risale a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 1935, p. 331, così come la distinzione tra *petitum* mediato e immediato, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 326.

La criticità del percorso argomentativo non è sfuggita alla Suprema Corte che, nella decisione in esame, introduce un'ulteriore prospettiva di indagine (secondo i giudici di legittimità «meno formalistica») sui rapporti esistenti tra il rimedio generale della risoluzione e quello speciale, previsto dalla disciplina della caparra confirmatoria. L'argomentazione è volta ad evidenziare l'infungibilità dei due rimedi sotto il profilo funzionale. La Cassazione muove dal pragmatico riscontro che l'attore propone l'azione di risoluzione nella speranza di conseguire un risarcimento maggiore rispetto all'importo della caparra. Di conseguenza, le due possibilità tra cui egli effettua la scelta di strategia processuale riguardano non tanto la proposizione dell'una o dell'altra azione, quanto la possibilità di incamerare la caparra o di instaurare un apposito giudizio per conseguire un più cospicuo risarcimento¹⁰⁸. Pertanto le modalità con cui la parte mira ad ottenere ristoro sono differenti non solo dal punto di vista della struttura, ma anche sotto il profilo funzionale, poiché presuppongono la prima la volontà di incamerare la caparra, la seconda l'accettazione del rischio insito nel procedimento di accertamento dell'esistenza e dell'ammontare del danno¹⁰⁹. In altri termini, i rimedi sono infungibili poiché svolgono

¹⁰⁸ Cfr., sul punto F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 150 che rileva come il piano di indagine della Corte si sia spostato, rispetto alle precedenti interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, verso la parte a più rilevante contenuto pratico, ossia concentrandosi sulle reali alternative pratiche di cui la parte può disporre per ottenere ristoro.

¹⁰⁹ In relazione alla fungibilità tra le due azioni, la Corte, a ben vedere, si spinge fino ad accogliere, almeno in via ipotetica, gli argomenti che avevano in passato caratterizzato le decisioni di segno contrario a quella in esame. A riprova dell'omogeneità tra i due rimedi del recesso e della risoluzione, la Corte effettua un esercizio teorico eliminando la variabile della differenza di valore incamerato a fronte della richiesta di un risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1385 comma 3° c.c. e una richiesta di ritenere la caparra (o il doppio) *ex art. 1385 comma 2° c.c.*: «una richiesta risarcitoria contenuta nei limiti della caparra, oltre ad avere una rilevanza pressoché solo teorica (non si capisce perché adire il giudice, potendo la parte stessa determinare l'effetto risolutorio in sede stragiudiziale, mentre diverso potrebbe risultare l'approccio in ipotesi di

diverse funzioni. La trasformazione, per mano di uno dei contraenti, della domanda di risoluzione in domanda di recesso vanificherebbe la funzione tipica fondamentale della caparra, ossia quella di evitare l'instaurarsi di un contenzioso liquidando in via immediata e forfettaria il risarcimento del danno e, per questa ragione, il mutamento dall'una all'altra azione costituirebbe proposizione di una nuova domanda, inammissibile in sede di appello¹¹⁰. Proposta la domanda di risoluzione con risarcimento integrale del danno, quindi, sarà preclusa alla parte la possibilità di trasformarla, in appello, in domanda di recesso con ritenzione della caparra.

2.5. La scelta del rimedio risarcitorio e la rinunciabilità agli effetti risolutivi da parte del contraente non inadempiente

L'interrogativo circa l'ammissibilità del rimedio risarcitorio convenzionale della ritenzione della caparra, a seguito della

domanda riconvenzionale), non è altro (nonostante il contrario avviso di autorevole dottrina, che discorre di compatibilità tra domanda costitutiva di risoluzione giudiziale e risarcimento del danno nei limiti della caparra) che una domanda di accertamento dell'avvenuto recesso (e della conseguente risoluzione legale del contratto)». Una richiesta di risarcimento uguale o inferiore alla caparra non sarebbe altro che una domanda di accertamento del recesso. In entrambi i casi, dunque, il presupposto per il recesso è l'inadempimento colpevole di non scarsa importanza della controparte e, come nel caso della risoluzione giudiziale, la conseguenza è la caducazione degli effetti del contratto *ex tunc*.

¹¹⁰ Cfr. Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, cit., p. 250, dove si afferma che «i rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale: proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione di caparra perché [...] verrebbe così a vanificarsi la stessa funzione della caparra, quella cioè di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, consentendosi inammissibilmente alla parte non inadempiente di 'scommettere' puramente e semplicemente sul processo, senza rischi di sorta».

pronuncia di risoluzione del contratto, è idoneo a sollevare ulteriori questioni attinenti all'autonomia delle parti nel sistema risarcitorio vigente.

Come parte della dottrina aveva evidenziato prima della pronuncia a sezioni unite del 2009, la proposizione dell'azione di recesso con ritenzione della caparra confirmatoria, a seguito di una sentenza di risoluzione del contratto, deve considerarsi inammissibile anche a fronte di un ulteriore argomento, di natura sostanziale. L'esercizio della facoltà di recesso presupporrebbe, infatti, che il rapporto principale fosse ancora in essere, mentre la pronuncia di risoluzione ottenuta in primo grado produce, a rigore, lo scioglimento del contratto¹¹¹. A ben vedere, dunque, la proponibilità della domanda di recesso non sarebbe configurabile se non riconoscendo alla parte, che ha domandato la risoluzione nel primo grado di giudizio, la facoltà di rinunciare agli effetti risolutivi ottenuti¹¹².

¹¹¹ Precisa E. GABRIELLI, *Commentario al Codice civile*, Milano, 2015, p. 1029, che fino alla sentenza definitiva la parte potrebbe mutare strategia e richiedere l'applicazione dell'art. 1385, comma 2° c.c., poiché è riconosciuta per legge al contraente non inadempiente la possibilità di vedersi attribuire la somma minima di risarcimento determinata dalla caparra. Così anche BAVETTA, *La caparra*, cit., p. 159, che ritiene che «se l'adempimento, però, nelle more del giudizio o comunque successivamente alla scelta, si appalesa faticoso, non vi è alcun motivo di negare al contraente incolpevole la possibilità di avvantaggiarsi della composizione spedita che gli è apprestata dalla caparra».

¹¹² Cfr. Cass., 19 aprile 2006, n. 9040, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce, *Contratto in genere*, n. 515; Cass., 2 dicembre 2005, n. 26232, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1097; Cass., 26 maggio 1989, n. 2557, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Contratto in genere*, n. 357. Contrarie a questa ricostruzione sono invece Cass., 27 ottobre 2003, n. 16096, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 687, con nota di M. DELLACASA, *Inadempimento reciproco ed effetti preclusivi della domanda di risoluzione*; Cass., 7 maggio 1984, n. 2795, in *Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 180. Le argomentazioni a favore dell'inammissibilità della reviviscenza del contratto, quando fosse stata prevista una caparra confirmatoria, erano state percorse da M. BELLANTE, *La caparra*, cit., pp. 97 ss., già prima della decisione delle sezioni unite. L'autore rilevava il problema dell'eccessiva incertezza che si sarebbe prodotta nella sfera giuridica della parte inadempiente. Inoltre, sosteneva l'impossibilità di far rivivere il contratto

Prima della pronuncia delle sezioni unite del 2009, l'individuazione del limite all'autonomia delle parti in relazione agli effetti risolutivi era oggetto di rilevanti contrasti interpretativi. Tanto è vero che parte della giurisprudenza affermava la validità del principio della disponibilità in capo alla parte non inadempiente degli effetti risolutivi¹¹³, mentre, secondo un diverso orientamento, gli effetti risolutivi ottenuti non sarebbero stati in alcun modo rinunciabili.

In relazione all'utilizzo della caparra confirmatoria, la tesi favorevole alla reversibilità degli effetti risolutivi era tradizionalmente adoperata al fine di giustificare l'ammissibilità del mutamento dall'azione di risoluzione a quella di recesso (con ritenzione della caparra) nel secondo grado di giudizio, poiché si riconosceva in capo alla parte la facoltà di rinunciare alla risoluzione che aveva domandato. Di conseguenza, la domanda di ritenzione della caparra (o di restituzione del *duplum*) veniva qualificata come rinuncia della parte non inadempiente all'intervenuta risoluzione del contratto¹¹⁴.

Cogliendo l'occasione prodottasi con la questione della proponibilità di una diversa domanda in sede di giudizio di secondo grado quando

già estinto e ribadiva l'infungibilità tra le due azioni, che avrebbero implicato diversi accertamenti da parte dell'autorità giudiziaria. Infatti, sebbene la *causa petendi* (l'inadempimento) fosse la medesima, il *petitum* della domanda di risoluzione sarebbe stata una pronuncia costitutiva di risoluzione, mentre, nel caso della domanda di recesso ai sensi dell'art. 1385, comma 2° c.c., il *petitum* sarebbe stato una sentenza di accertamento dell'intervenuto recesso. Contro la possibilità di far rivivere il contratto risolto, metteva in luce le conseguenze di diseconomia processuale D. CAVICCHI, *Recesso e risoluzione nell'art. 1385 cod. civ.*, in *Giur.it.*, 2001, p. 2052.

¹¹³ La tesi era affermata sia con riferimento alla risoluzione giudiziale, sia, a maggior ragione, laddove lo scioglimento del contratto avesse avuto luogo di diritto a seguito del decorso del termine essenziale, di intimazione di diffida ad adempiere o nel caso in cui la parte si fosse avvalsa della clausola risolutiva espressa.

¹¹⁴ Cfr. Cass., 28 giugno 2004, n. 11967, in *Vita notarile*, 2004, p. 1588; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1952, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1536; Cass., 4 maggio 1991, n. 4908, in *Giust. civ. mass.*, 1991, f. 5; Cass., 3 aprile 1979, n. 1890, *ivi*, 1979, f. 4.

le parti hanno convenuto una caparra confirmatoria, la pronuncia delle sezioni unite del 2009 ha definitivamente negato la disponibilità degli effetti risolutivi in capo alla parte non inadempiente (sia con riferimento al caso della risoluzione giudiziale, sia di quella stragiudiziale)¹¹⁵. La *ratio* alla base della pronuncia è quella di non penalizzare eccessivamente la parte inadempiente, che fa affidamento nell'intervenuta risoluzione del contratto¹¹⁶.

Approcciando la questione secondo una prospettiva sistematica, si osserva che negare la possibilità di rinunciare agli effetti risolutivi pare coerente con il meccanismo della risoluzione giudiziale di cui all'art. 1453 c.c. Com'è noto, la norma prevede la facoltà del creditore di chiedere l'adempimento del contratto solo se non ha preventivamente domandato la risoluzione. Anche in questo caso il criterio sotteso alla disposizione, che la Cassazione eleva a rango di principio generale, è quello della tutela dell'affidamento della parte inadempiente nella volontà espressa dal creditore¹¹⁷. Applicando il

¹¹⁵ Cfr. Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, cit., p. 249. A seguito della pronuncia citata, si rinvencono decisioni che ammettono la disponibilità degli effetti risolutivi, ma queste stabiliscono che il contraente non inadempiente possa giovare della rinuncia all'effetto risolutivo solo qualora la parte inadempiente manifesti il suo interesse a dare esecuzione al contratto. In tal caso, non pare dunque leso l'affidamento dell'inadempiente nella mancanza di interesse all'adempimento da parte del creditore. Cfr. Cass., 10 marzo 2011, n. 5734, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Contratto in genere*, n. 370 e Cass., 24 novembre 2010, n. 23824, in *Giur.it.*, 2011, p. 1028, con nota di A. ZENNARO, *Questioni vecchie e nuove in tema di clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.)*.

¹¹⁶ Per una approfondita trattazione del problema della reviviscenza degli effetti del contratto a seguito della rinuncia agli effetti risolutivi ottenuti, cfr. L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, Torino.

¹¹⁷ In Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553, cit., pp. 247 ss., la Corte rileva, infatti, che la non disponibilità in capo alla parte degli effetti risolutivi può evincersi anche da altre disposizioni del Codice civile vigente. Si pensi, ad esempio, all'art. 1723 c.c., che stabilisce l'irrevocabilità del mandato anche in *rem propriam*. Si trova traccia di tale principio anche nella Relazione al Codice civile, n. 661, ove si afferma che

principio al caso oggetto di indagine, pare potersi affermare che, dalla proposizione di una domanda giudiziale di risoluzione, la controparte potrebbe ragionevolmente presumere l'assenza di interesse del creditore all'adempimento e, con riferimento alla caparra confirmatoria, la mancanza di interesse a trattenerla o a riceverne il doppio.

Inoltre, la Suprema Corte rileva che ammettere la reversibilità dell'effetto risolutorio ottenuto equivarrebbe a riconoscere al contraente non inadempiente la possibilità di agire senza sopportare alcun rischio processuale.

2.6. La risoluzione stragiudiziale del contratto e la ritenzione della caparra confirmatoria. Il bilanciamento di interessi contrapposti operato dalla Corte di Cassazione

Secondo quanto stabilito dalle sezioni unite nella sentenza del 2009, pare che il principio dell'indisponibilità dell'effetto risolutorio debba essere esteso anche al caso in cui una parte intimi inutilmente all'altra la diffida ad adempiere e si verifichi la risoluzione stragiudiziale del contratto¹¹⁸. Di conseguenza, sarebbe da ritenersi

«la risoluzione può essere chiesta anche se la parte fedele ai propri obblighi aveva promosso giudizio per ottenere l'esecuzione; il che è ovvio dato che perdura lo stato di violazione del contratto. Non è invece consentito che la domanda di risoluzione si muti in domanda di adempimento (art. 1453, secondo comma); scegliendo la risoluzione il contraente implicitamente dichiara di non avere più interesse al contratto, e il debitore non deve ulteriormente mantenersi pronto per l'esecuzione della prestazione. Reciprocamente la domanda di risoluzione impedisce la purgazione della mora (art. 1453, terzo comma); per non indulgere eccessivamente verso il debitore, il nuovo sistema nega ogni diritto a dilazione giudiziaria, in modo che si evita ogni turbamento alla prontezza degli adempimenti, fondamentale in ogni ramo dell'economia». Ammettere la possibilità del mutamento della domanda giudiziale equivarrebbe a favorire un'interpretazione estremamente favorevole al creditore, consentendogli di sottrarsi ad un principio generale di autoresponsabilità in merito alle scelte processuali operate.

¹¹⁸ Prima della sentenza delle sezioni unite del 2009, la giurisprudenza aveva sovente ammesso la rinuncia agli effetti risolutivi intervenuti a seguito dell'inutile intimazione della diffida ad adempiere. Cfr. Cass., 8

consolidata la posizione del debitore che fa affidamento sull'intervenuta risoluzione del contratto. Inoltre, considerando che la diffida ad adempiere è un negozio unilaterale recettizio, pare che ammettere la rinuncia agli effetti risolutivi ottenuti, implicherebbe l'adozione di un'ideologia fortemente punitiva nei confronti del debitore, che finirebbe per essere soggetto ad ogni mutamento di preferenza del creditore. Peraltro, sembra convincente la considerazione secondo la quale l'effetto risolutivo non è da considerarsi disponibile anche al fine di favorire il rientro dei beni, coinvolti nella vicenda contrattuale patologica, nel circolo economico.

Non potendo più dubitare dell'impossibilità per il contratto di rivivere a seguito dell'intervenuta risoluzione di diritto, sembrerebbe potersi affermare che, laddove la risoluzione stragiudiziale avvenga a seguito dell'inutile intimazione della diffida ad adempiere, la parte non inadempiente non sia più ammessa a proporre in giudizio

novembre 2007, n. 23315, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 938, con nota di M. RUVOLO, *Diffida ad adempiere e rinuncia dell'avente diritto ad avvalersi dell'effetto risolutivo*; Cass. 10 febbraio 2003, n. 1952, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1536; Cass., 25 novembre 1983, n. 7079, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3134, con nota di P. MALFATTI LETTA, *In tema di diffida ad adempiere*; Cass., 9 maggio 1980, n. 3952, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in genere*, n. 295; Cass., 4 novembre 1979, n. 5919, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Contratto in genere*, n. 311. Nella più recente pronuncia citata, la Cassazione afferma che la norma di cui all'art. 1454 c.c. sulla diffida ad adempiere non avrebbe tutelato l'interesse del diffidato alla certezza del rapporto (intesa in termini di definitiva realizzazione dell'effetto risolutivo di diritto), ma solo quello del diffidante, che avrebbe di conseguenza disposto *sine die* dell'effetto risolutivo, potendo sempre agire per l'adempimento. Inoltre, una manifestazione di volontà negoziale opposta a quella espressa nella diffida, rientrava tra le possibilità della parte in quanto la diffida rappresentava un negozio unilaterale recettizio. A seguito della pronuncia del 2009, pare invece possibile estendere il principio anche a tutte le forme di risoluzione stragiudiziale del contratto. Cfr. L. PASCUCCI, *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, cit., p. 261, che parla di "esportabilità" del principio di non reviviscenza del contratto alla risoluzione ottenuta tramite l'inutile intimazione della diffida ad adempiere, per lo spirare del termine essenziale e per essersi la parte avvalsa della clausola risolutiva espressa.

l'azione di accertamento dell'intervenuto recesso con ritenzione della caparra (o incameramento del suo doppio) ai sensi dell'art. 1385, comma 2° c.c.¹¹⁹.

Nella già citata sentenza del 2009, pare invece che la Corte sia giunta ad una conclusione di segno opposto, sulla base del percorso argomentativo che si tenterà di illustrare.

La Suprema Corte si è domandata se, in mancanza della proposizione di un'azione risarcitoria, sia possibile proporre in giudizio l'azione di ritenzione della caparra a prescindere dal rimedio caducatorio prescelto tra la domanda di risoluzione e quella di recesso. Stabilendo che ciò che rileva, al fine di un equo bilanciamento degli interessi in gioco, è il rimedio risarcitorio adoperato (domanda di risarcimento o di incameramento della caparra), e non quello caducatorio (azione di risoluzione o azione di recesso), la Corte afferma che la domanda di ritenzione della caparra è legittimamente proponibile, nell'*incipit* del processo, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dalla parte per fare riferimento al rimedio caducatorio¹²⁰. È

¹¹⁹ Anche in Cass., 14 gennaio 2009, n. 553, cit., p. 249, la negazione della disponibilità degli effetti risolutivi pare estesa sia alla risoluzione giudiziale, sia stragiudiziale. Inoltre, sembra riguardare non solo l'impossibilità per il contratto di rivivere, ma anche l'impossibilità che siano prodotte diverse conseguenze risarcitorie rispetto a quelle causate dalla risoluzione: «la perdurante disponibilità dell'effetto risolutivo in capo alla parte non inadempiente risulterebbe [...] in evidente contrasto con gli analoghi meccanismi di risoluzione legale collegati al termine essenziale e al relativo adempimento tardivo, così generandosi, sotto altro profilo, una ingiustificata e sproporzionata lesione all'interesse del debitore, il cui ormai definitivo affidamento nella risoluzione (e nelle relative conseguenze) del contratto inadempito potrebbe indurlo, non illegittimamente, ad un conseguente riassetto della propria complessiva situazione patrimoniale».

¹²⁰ La giurisprudenza successiva alla pronuncia delle sezioni unite del 2009, richiamando la sentenza n. 553 più volte citata, ha infatti ammesso la proponibilità della domanda di ritenzione della caparra a seguito di risoluzione stragiudiziale di diritto per inutile intimazione della diffida ad adempiere. Cfr. Cass., 28 febbraio 2012, n. 2999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 629, con nota di L. GUERRINI, *I diritti che la caparra confirmatoria attribuisce alla parte fedele sopravvivono, dunque, alla risoluzione di diritto*, che, dando seguito ai principi affermati nella sentenza

compito del giudice, secondo la Corte, qualificare adeguatamente la domanda di accertamento dell'intervenuta risoluzione in domanda di recesso con ritenzione della caparra¹²¹.

Laddove sussista il rapporto contrattuale, non pare si prospettino particolari problemi: il giudice potrà riqualificare l'azione proposta. Laddove, invece, il contratto sia stato risolto in via stragiudiziale, la soluzione proposta pare presentare tratti più innovativi. Infatti, quando è intimata inutilmente la diffida ad adempiere, l'applicazione del principio espresso conduce alla conclusione che non vi siano ostacoli al riconoscimento della possibilità di richiedere l'accertamento del diritto a ritenere la caparra da parte del contraente non inadempiente quando il contratto è già risolto¹²². Il diritto a

a sezioni unite, stabilisce che «se la domanda di accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto per inadempimento del promittente compratore nel termine assegnato a norma dell'art. 1454 c.c. non è accompagnata dall'istanza di risarcimento del danno integrale ai sensi dell'art. 1453 c.c. e comma 3° dell'art. 1385 c.c., non è precluso alla parte adempiente di instare per la ritenzione della caparra come azione risarcitoria semplificata rispetto a quella che consegue all'azione di risarcimento integrale giudiziale per la risoluzione costitutiva».

¹²¹ Sul punto F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 159 osserva che sarebbe stato più lineare riconoscere al contraente non inadempiente la facoltà di risolvere il contratto e chiedere l'accertamento del diritto di ritenere la caparra direttamente, senza passare per la riqualificazione del rimedio sinallagmatico.

¹²² Ritengono che il diritto a ritenere la caparra o a esigerne il doppio sia compatibile anche con l'omogeneo rimedio della risoluzione F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 160; M. COGNOLATO, *La caparra confirmatoria e la "rinuncia" all'effetto risolutorio secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 107; M. DELLACASA, *Caparra confirmatoria, risarcimento ed altri rimedi: come stabilizzare la giurisprudenza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 594 e *Caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutorio*, cit., p. 461; D. COLASANTI-N. COREA, *Caparra confirmatoria e inadempimento fra rimedi generali e speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 531.

ritenere la caparra confirmatoria, in altre parole, è considerato compatibile con la risoluzione stragiudiziale del contratto¹²³.

Del resto, la giurisprudenza ha costantemente affermato che il recesso di cui all'art. 1385, comma 2° c.c., che postula la possibilità di ritenere la caparra, altro non è che una forma di risoluzione stragiudiziale del contratto. Ammettere la possibilità di introdurre in giudizio la domanda di ritenzione della caparra, a seguito di risoluzione stragiudiziale del contratto, equivale ad affermare che, se non si è domandato il risarcimento, è possibile richiedere di incamerare la caparra confirmatoria a prescindere dell'intervenuta risoluzione del contratto¹²⁴.

¹²³ M. PALADINI, *L'atto unilaterale di risoluzione*, Torino, 2013, p. 60 precisa che, d'altra parte, non si comprenderebbe perché negare alla parte diligente la facoltà di intimare diffida ad adempiere, concedendo al debitore la possibilità di adempimento tardivo, senza tuttavia rinunciare definitivamente alla caparra confirmatoria.

¹²⁴ Secondo F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 159, la descritta soluzione risulta infatti utile per risolvere il problema del rapporto tra la caparra confirmatoria e i mezzi di risoluzione stragiudiziale del contratto previsti dagli artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.. Posto che l'infungibilità delineata dalla Corte non riguarda i rimedi sinallagmatici (i quali permettono di sciogliere il contratto) ma la domanda risarcitoria secondo le regole legali o quella di ritenere la caparra, deve ritenersi la forfezzazione del risarcimento attuata mediante la caparra collegabile a qualsiasi mezzo di risoluzione stragiudiziale del contratto. L'autore ritiene che nel momento in cui sia fatta valere la risoluzione di diritto, laddove il contratto non preveda la possibilità di ritenere la caparra in pendenza dell'avvenuta risoluzione, il contraente non inadempiente debba tempestivamente rendere edotta l'altra parte circa la volontà di trattenere la caparra o di ottenere una somma pari ad doppio. La soluzione proposta pare idonea ad assicurare la tutela del contraente inadempiente, che non potrebbe formare alcun affidamento sul disinteresse della parte ad avvalersi del rimedio della ritenzione della caparra confirmatoria. Nella prassi, però, sembra presentarsi con frequenza il caso in cui il contraente non inadempiente intimi la diffida senza null'altro specificare. Tuttavia, in tale caso, una volta decorso il termine (e risolto il contratto di diritto), parrebbe eccessivo concludersi che l'affidamento della parte inadempiente circa la mancanza di interesse dell'altro contraente a ritenere la caparra (o ad

Sotto il profilo funzionale, nello scenario descritto, gli opposti interessi in gioco sono quello della parte non inadempiente ad ottenere un ristoro e quello della controparte, che fa affidamento sull'intervenuta risoluzione del contratto e sulle relative conseguenze risarcitorie. La controindicazione che potrebbe riscontrarsi nell'ammettere la possibilità per il contraente diligente di ritenere la caparra (o di ottenere il doppio di quella data) è rappresentata dal fatto che la parte inadempiente potrebbe aver fatto falsamente affidamento sul rimedio che il creditore intende esperire¹²⁵.

La soluzione proposta dalla Cassazione mira a tutelare l'interesse del contraente non inadempiente che, nello scenario in esame, tenta di soddisfare le sue pretese intimando alla controparte di adempiere e causando la risoluzione del contratto senza tuttavia percepire il rischio di rinunciare implicitamente alla caparra confirmatoria. Difatti, in una fase prodromica al processo, potrebbe darsi il caso in cui questi agisca senza aver ancora effettuato il calcolo circa la possibilità di dare prova del danno, qualora intraprendesse un giudizio. Tuttavia, sotto il profilo redazionale del regolamento contrattuale (o quantomeno all'atto dell'intimazione della diffida) potrebbe giovare l'espressa previsione del diritto della parte non inadempiente a ritenere la caparra confirmatoria in pendenza dell'avvenuta risoluzione stragiudiziale del contratto.

2.7. La teoria della caparra come minimum risarcibile. La rilevanza della teoria ai fini del mutamento della domanda giudiziale e l'inammissibilità della concezione della caparra confirmatoria come minimo risarcibile

Il rigetto della teoria della disponibilità degli effetti risolutivi applicato al caso della caparra confirmatoria conduce, come anticipato, alla conseguenza che, una volta domandata la risoluzione in primo grado, non potrà più domandarsi la dazione della caparra al

ottenere il doppio) fosse consolidato e che, dunque, non potesse più essere proposta azione di ritenzione della caparra in giudizio.

¹²⁵ Il dubbio potrebbe persistere in relazione alla volontà del creditore di ritenere la caparra (o di ottenere il *duplum*) e la volontà di domandare un più cospicuo risarcimento.

contraente inadempiente. Tuttavia, potrebbe osservarsi che, così facendo, si rischia di risultare eccessivamente solidali con la parte inadempiente, negando al contraente diligente la possibilità di trattenere quantomeno l'ammontare della caparra, a titolo di risarcimento. Tale osservazione sembra implicare, dal punto di vista logico, che la caparra confirmatoria sia concepita quale corrispettivo minimo garantito.

In effetti, al pari della tesi sulla disponibilità degli effetti risolutivi, per giustificare il mutamento dall'azione di risoluzione a quella di recesso ai sensi dell'art. 1385, comma 2° c.c. (con ritenzione della caparra), parte degli autori e della giurisprudenza ha proposto la tesi cosiddetta della caparra come *minimum* risarcibile stipulato a favore della parte diligente¹²⁶. Secondo tale teoria, colui che agisce in giudizio chiedendo la risoluzione del contratto avrebbe diritto a ricevere, a titolo di danno minimo risarcibile, la somma corrispondente alla caparra o al doppio di quella versata. La parte, dunque, dovrebbe poter mutare domanda qualora le sue pretese risarcitorie fossero soddisfatte in misura inferiore rispetto all'ammontare della caparra. Secondo questo orientamento, l'intento perseguito dal legislatore, nel predisporre le norme in materia di caparra confirmatoria, sarebbe stato quello di tutelare il contraente diligente, permettendogli di provare di aver subito un maggior danno senza perdere quanto già garantitogli in via preventiva e forfettaria dalla caparra.

Tuttavia, sotto il profilo meramente letterale, la disciplina del Codice civile sulla caparra confirmatoria pare suggerire che la volontà del legislatore fosse quella di fornire alle parti uno strumento con cui ottenere una pronta liquidazione stragiudiziale del danno, e non un risarcimento minimo garantito. Inoltre, mentre l'art. 1382 c.c., in materia di clausola penale, stabilisce espressamente la facoltà, per le parti, di convenire la risarcibilità di un danno ulteriore rispetto a

¹²⁶ Cfr. Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 513; Cass. 11 gennaio 2001, n. 319, in *Contratti*, 2001, p. 437, con nota di U. CARNEVALI, *Caparra confirmatoria e risoluzione stragiudiziale per inadempimento*, e in *Notar.*, 2001, p. 561, con nota di M. A. MICHINELLI, *La caparra confirmatoria nella risoluzione del contratto*.

quello garantito tramite la penale, una simile previsione non è presente nelle norme sulla caparra confirmatoria¹²⁷. La tutela prevista qualora le parti abbiano inserito nel regolamento contrattuale una caparra confirmatoria non è quella del cumulo dei rimedi, bensì quella che consente alle parti di attivare un meccanismo processuale alternativo rispetto a quello tipico, agendo in giudizio e richiedendo il risarcimento integrale del danno secondo le regole generali¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. Cass. 20 settembre 2004, n. 18850, in *Guida al dir.*, 2004, f. 45, p. 49, in *Dir. e giust.*, 2004, f. 43, p. 33, con nota di M. LAMICELA, *È meglio la caparra o il risarcimento? Il fondamento di recesso e risoluzione nella giurisprudenza*. Così già secondo la Corte di appello di Cagliari, App., 24 ottobre 1946, in *Foro Sardo*, 1947, p. 4. Sul punto M. DELLACASA, *Inadempimento e affidamento del contraente deluso: una riflessione su risarcimento e caparra*, in *Riv. dir. privato*, 2013, p. 239 giustifica la differente disciplina scelta dal legislatore per la caparra confirmatoria e per la clausola penale sulla base dell'assunto che, nel caso in cui sia contrattualmente prevista la caparra confirmatoria, il contraente è libero di scegliere se ottenere il risarcimento del danno da lesione dell'interesse positivo o quello da interesse negativo, rappresentato dalla caparra confirmatoria. Secondo F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit. p. 155, la diversità tra le due discipline sembra dovuta alla circostanza che l'ammontare trasmesso a titolo di caparra è generalmente esiguo e non soddisfa il creditore, a differenza di quanto solitamente trasmesso nel caso della clausola penale.

¹²⁸ Cfr. M. BELLANTE, *La caparra*, cit., p. 194, che rileva che ammettere la possibilità di cumulare la tutela risolutiva a la tutela speciale prevista in materia di caparra confirmatoria avrebbe l'effetto di ridurre la caparra ad una mera clausola penale con versamento anticipato. L'autore si è inoltre domandato se le parti possano inserire nella caparra un patto di risarcibilità del maggior danno. Sotto il profilo pratico, inserire una tale previsione contrattuale consentirebbe al contraente non inadempiente di evitare il rischio di ricorrere all'art. 1385, comma 3° c.c., proponendo domanda di risoluzione contrattuale in cui la determinazione del risarcimento segue le regole ordinarie. Ciò, come detto, comporta il rischio, per il creditore, di non riuscire a dimostrare il danno in giudizio. Non essendo possibile, d'altro canto, mutare la domanda giudiziale (passando a domandare la declaratoria del recesso a seguito della proposizione della domanda di risoluzione del contratto), nel caso in cui il contraente diligente non riuscisse a dimostrare il danno subito, si vedrebbe negato il risarcimento.

2.8. *Le motivazioni di economia processuale: l'assunzione del rischio connesso alla scelta del rimedio speciale o generale*

Rigettando la concezione della caparra confirmatoria come *minimum* risarcibile, sotto il profilo processuale, la Suprema Corte ha inoltre osservato che validare la teoria comporterebbe l'ammissibilità di continui mutamenti di strategia, da parte del contraente non inadempiente, che rischierebbero di contribuire alla progettazione di un sistema non in linea con il principio della certezza del diritto e, visti i tempi di svolgimento degli odierni procedimenti, con la (auspicabile) efficienza del sistema giurisdizionale. Le ragioni di economia processuale sembrano, quindi, di primaria rilevanza per la Corte nell'assumere nettamente posizione contro l'ammissibilità di un mutamento dell'azione di risoluzione con risarcimento del danno all'azione di recesso con incameramento della caparra¹²⁹.

Diversamente, se questi potesse prevedere contrattualmente una clausola a garanzia del risarcimento del maggior danno, potrebbe garantirsi l'integrale ristoro. Rileva, tuttavia, che tale clausola aggiuntiva sarebbe contraria alla funzione di rapida composizione dell'inadempimento, tipica della caparra. La (rara) giurisprudenza risalente è favorevole. Cfr. Cass., 5 novembre 1977, n. 4714, in *Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, n. 197; nella giurisprudenza di merito cfr. App., Reggio Calabria 12 aprile 1991, in *Giur. merito*, 1002, p. 813, con nota di A. FRANGINI, *Recesso risoluzione del contratto e danni nella caparra confirmatoria*. In dottrina, ritiene inoltre ammissibile il patto di risarcibilità del danno ulteriore M. TRIMARCHI, *Caparra, cit.*, p. 193.

¹²⁹ Cfr., Cass., 14 gennaio 2009, n. 553, cit., p. 249, dove le ragioni di economia processuale e di corretto bilanciamento degli interessi in gioco sono così sintetizzate: «Chi agisce in giudizio per la risoluzione è mosso dal proposito di conseguire un ristoro patrimoniale più cospicuo, e pertanto 'rinuncia al certo per l'incerto' affrontando peraltro l'alea (e l'onere) della prova dell'*an* e del *quantum* del pregiudizio sofferto, con il rischio (a suo carico) che il danno risulti inferiore a quanto pattuito con la caparra (o addirittura inesistente); dall'altro, chi ammette una fungibilità tra le azioni *lato sensu* risarcitorie ignora che ciò si risolverebbe nella indiscriminata e gratuita opportunità di modificare, per ragioni di mera convenienza economica, la strategia processuale iniziale dopo averne sperimentato gli esiti, trasformando il processo in una sorta di gioco d'azzardo 'a rilancio senza rischio'».

Nell'ottica di garantire il rispetto del generale principio dell'economia processuale, pare possano trarsi alcune conclusioni aggiuntive in relazione alla questione del rapporto tra il rimedio speciale offerto dalla caparra e quello generale della risoluzione con il risarcimento del danno. Infatti, così come è da considerarsi inammissibile la proposizione dell'azione di accertamento dell'intervenuto recesso ai sensi dell'art. 1385, 2° comma c.c. una volta domandata la risoluzione del contratto, pare specularmente inammissibile la domanda di risoluzione giudiziale proposta a seguito della proposizione della domanda di recesso. La situazione potrebbe prospettarsi laddove la parte non inadempiente si trovasse solo in un secondo momento nella possibilità di provare il danno ricevuto o, in senso più opportunistico, laddove, in aggiunta al rimedio della caparra, la parte volesse tentare di incamerare un più cospicuo risarcimento. Aderendo al principio della non rinunciabilità degli effetti risolutivi, né potendo considerare la caparra come ammontare minimo risarcibile, non può che rilevarsi che il contratto, dopo l'esercizio del recesso, è risolto e non può nuovamente risolversi. Ciò, difatti, implicherebbe il prodursi, sul piano risarcitorio, di conseguenze diverse rispetto a quelle già fronteggiate dalla parte che, seppur inadempiente, vi fa ormai legittimamente affidamento¹³⁰

¹³⁰ Tra le decisioni conformi cfr. Cass. 27 ottobre 2003, n. 16096, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 687; Cass. 25 agosto 1993, n. 8995, cit. Come anticipato, del tutto diversa deve ritenersi invece la circostanza in cui la domanda di ritenzione della caparra sia proposta all'inizio del processo sotto un differente *nomen iuris*. Se l'azione dovesse essere definita "di risoluzione contrattuale" in sede di domanda introduttiva, sarebbe compito del giudice convertirla in azione di recesso.

Capitolo 3 - L'impiego dei titoli di credito nella dazione della caparra confirmatoria. Implicazioni connesse alla natura reale della caparra e teorie sulla configurabilità di una caparra di natura consensuale

Sommario: 3.1. Premesse metodologiche; 3.2. Il percorso della giurisprudenza verso l'ammissibilità della caparra confirmatoria trasmessa tramite la dazione del titolo di credito; 3.3. Il meccanismo operativo della caparra confirmatoria avente ad oggetto la dazione dell'assegno: le questioni connesse al mancato incasso del titolo; 3.4. Le tendenze interpretative della giurisprudenza nel caso di caparra trasmessa tramite assegno bancario e di mancato adempimento dell'obbligazione principale; 3.5. Sul momento in cui si perfeziona la caparra trasmessa tramite assegno: ipotesi sul perfezionamento della caparra confirmatoria produttiva di effetti sin dal momento della dazione dell'assegno al prestatore; 3.6. La natura reale della caparra e l'eventuale ammissibilità di una caparra consensuale. Il ricorso alla teoria della realtà come elemento essenziale dei soli contratti a titolo gratuito; 3.7. Ulteriori riflessioni in materia di caparra confirmatoria trasmessa tramite titolo di credito. Il ricorso alla teoria della possibile equivalenza tra l'assegno e il denaro contante

3. L'impiego dei titoli di credito nella dazione della caparra confirmatoria. Implicazioni connesse alla natura reale della caparra e teorie sulla configurabilità di una caparra di natura consensuale

3.1. Premesse metodologiche

Nel presente capitolo ci si propone di approfondire l'esame della caparra confirmatoria analizzando la sua natura reale e i risvolti dell'utilizzo dei titoli di credito come oggetto della clausola. L'indagine pare presentare profili di interesse sia in relazione alla determinazione della natura della caparra confirmatoria, sia con

riferimento all'ampiezza dei poteri dispositivi delle parti che decidano di inserire la clausola nel regolamento contrattuale.

Dopo aver accertato la compatibilità dello strumento del titolo di credito con l'istituto della caparra confirmatoria, si intende verificare se l'impiego dell'assegno bancario o circolare possa incidere sul meccanismo di operatività della caparra previsto dal Codice civile. Saranno prese in considerazione le ipotesi della dazione dell'assegno a titolo di caparra confirmatoria sia nel caso in cui l'assegno venga immediatamente incassato, sia nel caso in cui sia solo conservato nella disponibilità dell'*accipiens*. Tale ricerca si prospetta strettamente intrecciata alla natura della caparra confirmatoria quale negozio reale. Nel caso dell'impiego di un assegno, il trasferimento reale di denaro, che sotto il profilo logico dovrebbe perfezionare la caparra, sembra slittare nel tempo dal momento della dazione dell'assegno a quello dell'effettivo incasso della somma da parte dell'*accipiens*. Occorre dunque determinare se la caparra confirmatoria si consideri perfetta o meno con la sola dazione dell'assegno, laddove questo non sia incassato. Sul punto sarà esaminata la posizione della giurisprudenza e della dottrina.

Successivamente, date le implicazioni connesse alla natura reale del negozio sul meccanismo operativo della caparra quando sia utilizzato un titolo di credito, nell'ambito di un'indagine tesa a verificare i limiti esistenti sull'autonomia delle parti in relazione alla caparra, pare utile soffermarsi sulle teorie elaborate dalla dottrina per determinare l'ammissibilità di una caparra di natura consensuale eventualmente scelta dalle parti. Pur non dubitando della natura reale della caparra confirmatoria, e confermando la funzione anticipatoria che la dazione della somma di denaro svolge, risulta tuttavia utile interrogarsi circa la possibilità che le parti dispongano convenzionalmente di inserire una caparra consensuale nel regolamento contrattuale. Per verificare l'ammissibilità della deroga alla disciplina tipica dell'istituto fino ad ora esaminata, si indagherà l'essenzialità o meno del requisito della realtà nell'ambito dei contratti solitamente qualificati come reali. Si, tenterà, dunque di applicare l'indagine al caso di specie in esame, ossia quello dell'impiego di un titolo di credito per la dazione della caparra confirmatoria.

Da ultimo, ci si propone di esaminare le eventuali analogie intercorrenti sotto il profilo giuridico tra la dazione di denaro contante e l'impiego dell'assegno bancario con riferimento al trasferimento della somma data a titolo di caparra.

3.2. Il percorso della giurisprudenza verso l'ammissibilità della caparra confirmatoria trasmessa tramite la dazione del titolo di credito

La dazione di titoli di credito per il perfezionamento della caparra confirmatoria è nella prassi largamente diffusa. Durante il secolo scorso, la giurisprudenza si è espressa in modo via via crescente a favore dell'ammissibilità della pratica del pagamento dell'obbligazione pecuniaria a mezzo di titoli di credito. Secondo l'orientamento in precedenza prevalente, che si basava su un'interpretazione restrittiva della disciplina di cui agli artt. 1277, 1182 e 1197 c.c., l'efficacia liberatoria del pagamento dell'obbligazione pecuniaria con assegno bancario o circolare sarebbe stata soggetta all'assenso del creditore o all'accettazione tacita. Successivamente, nella decisione del 18 dicembre 2007, n. 26617, le sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto che, nell'attuale contesto socio economico, l'assegno circolare e l'assegno bancario «costituiscono mezzi normali di pagamento» e che la circolazione del denaro spesso avviene con strumenti che rendono non più indispensabile la materiale consegna¹³¹. Di conseguenza, è

¹³¹ Cass., 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Foro it.*, 2008, 2, I, p. 503 e in *Banca borsa*, 2008, II, p. 553, con nota di G. LEMME, *La rivoluzione copernicana della Cassazione: la moneta legale, dunque, non coincide con la moneta fisica*. In relazione all'art. 1277 c.c., la Corte ha affermato che si impone la necessità di un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata, che superi il dato letterale e lo adegui alla mutata realtà. Il rifiuto del pagamento a mezzo di assegno bancario o circolare deve essere valutato alla luce del principio della buona fede, affermando che sistemi di pagamento alternativi sono ammissibili per l'estinzione dei debiti pecuniari, purché garantiscano al creditore il medesimo effetto del pagamento effettuato a mezzo di contanti, ossia purché forniscano la disponibilità della somma di denaro dovuta con la preconstituzione della provvista. Sulla funzione di mezzo di pagamento dell'assegno circolare cfr. B. RENDA, *L'assegno circolare e i titoli di credito speciali della Banca*

stato affermato il principio secondo il quale il creditore possa rifiutare il pagamento con assegno circolare solo per giustificato motivo, da valutarsi secondo le regole della correttezza e della buona fede oggettiva¹³². L'odierna normativa in materia di antiriciclaggio pare ulteriormente legittimare l'orientamento descritto, vietando i trasferimenti di denaro con modalità che non ne permettano la tracciabilità al di sopra di una soglia non considerevole¹³³.

d'Italia, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia nella giurisprudenza, Padova, 1977, pp. 3 ss. ; L. BUTTARO, *Assegno bancario, assegno circolare e assegni speciali*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1959, pp. 1087 ss.; G. A. MICHELLI – G. DE MARCHI, *Assegno circolare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 353 ss.

¹³² Cfr. Cass., 10 giugno 2005, n. 12324, in *Foro it.*, 2006, *Obbligazioni in genere*, I, p. 3061 e Cass., 15 luglio 2008, n. 19427, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 4, p. 907, in cui la Corte rileva che il dato letterale di cui all'art. 1277 c.c. prevede che i debiti pecuniari si estinguano con moneta avente corso legale. Già nel 2005, la norma era stata considerata derogabile per volontà espressa o presunta del creditore. Tuttavia, nella pronuncia citata, è affermato che non si può ritenere che la consegna di assegni circolari estingua l'obbligazione, in quanto la collaborazione del creditore ai sensi dell'art. 1175 c.c. è dovuta solo per ricevere l'oggetto della prestazione e non un oggetto diverso. La Corte aveva affermato che, qualora il debito pecuniario non superasse l'importo dei 12.500 euro (la soglia allora stabilita quale limite ai trasferimenti in denaro contante dal d.l. del 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, in G.U. dell'8 maggio 1991, n. 106, recante "Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio"), il debitore aveva facoltà di scegliere la modalità di pagamento che preferiva. Al creditore era, invece, riconosciuta la facoltà di rifiutare il pagamento mediante consegna di assegno circolare solo per giustificato motivo, da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva.

¹³³ Il decreto legislativo del 21 novembre 2007, n. 231, "Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione e successive modificazioni e integrazioni", prevede,

In relazione alla caparra confirmatoria, dunque, non sembra ammissibile il rifiuto dell'*accipiens* a ricevere la caparra sotto forma di assegno bancario o circolare, per lo meno quando questa ecceda la soglia minima sopra la quale la legge non permette la circolazione di contante, né sussistono dubbi in relazione all'ammissibilità della caparra avente ad oggetto titoli di credito.

3.3. Il meccanismo operativo della caparra confirmatoria avente ad oggetto la dazione dell'assegno: le questioni connesse al mancato incasso del titolo

Nel caso in cui la caparra confirmatoria abbia ad oggetto titoli di credito è utile interrogarsi circa il funzionamento del meccanismo

all'art. 49, le limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore. L'articolo fa divieto di trasferire tra soggetti diversi denaro contante (o libretti di deposito bancari o postali al portatore o titoli al portatore in euro o in valuta estera) a qualsiasi titolo, quando il trasferimento è di valore complessivamente pari o superiore a euro tremila. Il trasferimento è vietato anche quando è effettuato con più pagamenti inferiori alla soglia che appaiano artificiosamente frazionati. Per il servizio di rimessa di denaro di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), numero 6) del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, "Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE", in G.U. n. 36 del 13 febbraio 2010, ossia per i servizi di pagamento aventi ad oggetti il trasferimento di denaro in paesi esteri, la soglia attualmente stabilita è di mille euro. I limiti specificati sono stati più volte oggetto di modifica legislativa. La tendenza generale che si rileva dal 2007, anno in cui le sezioni unite della Cassazione hanno emesso la citata sentenza del 18 dicembre 2007, n. 26617, è quella di abbassare la soglia di valore per cui i trasferimenti in denaro contante sono considerati ammissibili. In controtendenza risulta solo l'ultima modificazione che ad oggi si registra, quella introdotta dall'art. 1, 898° comma della l. del 28 dicembre 2015, n. 208, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato", in G.U. Serie Generale n. 302 del 30 dicembre 2015, solo però con riferimento al limite dei tremila euro per il trasferimento di denaro contante (o di libretti di deposito bancari o postali al portatore o di titoli al portatore in euro o in valuta estera), precedentemente stabilito in mille euro.

operativo della caparra confirmatoria. Almeno due sono gli scenari che possono essere oggetto di analisi: l'assegno oggetto della caparra può essere incassato dall'*accipiens*, ovvero può essere conservato senza che lo si porti all'incasso. In entrambe le situazioni descritte, può darsi il caso dell'adempimento o dell'inadempimento dell'obbligazione principale dedotta a contratto e la parte inadempiente può coincidere sia con il *tradens* sia con l'*accipiens*.

Nel primo dei due scenari prospettati, il caso in cui l'assegno sia incassato dall'*accipiens*, l'operatività del meccanismo della caparra non pare subire alterazioni. La dazione del titolo, seguita dall'incasso materiale della somma di denaro, tutela gli interessi delle parti e rende possibile l'esplicarsi delle funzioni tipiche della caparra. Effettuando il trasferimento del titolo, il *tradens* trae il vantaggio della predeterminazione del danno. L'*accipiens*, invece, riceve conferma dell'intenzione di eseguire il contratto e, incassando l'assegno, acquista la disponibilità reale della somma data a titolo di caparra. Nel caso in cui la parte non inadempiente sia il *tradens*, questi potrà richiedere la corresponsione del doppio dell'ammontare della caparra. In caso contrario, qualora la parte non inadempiente sia l'*accipiens*, questi potrà trattenere la somma ricevuta e incassata a titolo di caparra.

Nella seconda delle situazioni prospettate, quella in cui l'assegno non è incassato, lo scenario che viene a configurarsi pare invece incidere sulla logica del meccanismo tipico della caparra. Secondo dottrina pressoché unanime, infatti, la caparra confirmatoria è un negozio reale¹³⁴. Ne consegue che la prima difficoltà interpretativa nel caso in

¹³⁴ Cfr. A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, pp. 908 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, Milano, 1994, p. 369; W. D'AVANZO, *Caparra*, cit., p. 896; A. MARINI, *Caparra*, cit., pp. 2 ss.; G. BAVETTA, *La caparra*, cit., p. 85; A. GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, cit., pp. 430 ss.; M. DE LUCA, *La caparra*, cit., p. 342. In vigenza del Codice civile del 1865, la posizione descritta segnava, invero, un mutamento rispetto all'orientamento giurisprudenziale precedentemente prevalente. Difatti, in un primo momento, la Cassazione intravedeva nella caparra un contratto consensuale, sostenendo dunque che per il suo perfezionamento fosse sufficiente l'accordo delle parti. Cfr. Cass., Roma, 5 luglio 1923, in

cui manchi la materiale apprensione del denaro da parte dell'*accipiens* riguarda proprio la possibilità di considerarla un negozio perfezionato¹³⁵.

Dal punto di vista logico, se, in forza della natura reale della caparra, si ritenesse che in mancanza dell'incasso dell'assegno l'accordo sulla caparra non fosse concluso, il *tradens* si troverebbe nella svantaggiosa posizione di aver consegnato l'assegno, ma di non potersi avvantaggiare degli effetti tipici della caparra confirmatoria che dovrebbero conseguire in suo favore nel caso di inadempimento da parte dell'*accipiens*. Di contro, se si considerasse la caparra conclusa tramite la sola dazione dell'assegno, senza necessità di porlo all'incasso, parrebbe, almeno a prima vista, non rispettato il principio della realtà, con l'effetto indiretto di consentire al *tradens* di beneficiare dei vantaggi della caparra confirmatoria senza subire un'iniziale decurtazione reale del suo patrimonio. Nel caso in cui l'assegno risultasse scoperto, infatti, l'*accipiens* non inadempiente dovrebbe procedere, sottoponendosi ai relativi rischi di incapienza, all'esecuzione per riuscire ad incamerare la caparra confirmatoria.

Giur.it., 1923, I, 1, p. 705; Cass., Roma, 19 febbraio 1923, in *Giur.it.*, 1923, I, 1, p. 209; Cass., Torino, 16 novembre 1920, in *Giur.it.*, 1920, I, 1, p. 227: ai fini della perfetta conclusione del contratto, non era considerata necessaria la consegna della caparra. Il mutamento di orientamento è segnato dalla Cass., sez. un., 18 dicembre 1924, in *Giur.it.*, 1925, I, 1, p. 139. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 170 sottolinea che la pronuncia citata ha rappresentato un mutamento interpretativo, rilevando che è stato ritenuto necessario riconoscere alla caparra natura di convenzione reale a causa dei rapporti esistenti tra la caparra e il risarcimento nel Codice civile del 1865. Difatti, la parte non inadempiente che avesse avuto interesse alla risoluzione del contratto poteva essere risarcita soltanto entro i limiti del valore della caparra.

¹³⁵ Cfr. anche M. MARTINO, *Dazione di assegno mai incassato, caparra confirmatoria e restituzione del duplum*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 649, che rileva che in assenza di apprensione materiale si configurerebbe non una caparra confirmatoria, ma una clausola penale.

3.4. *Le tendenze interpretative della giurisprudenza nel caso di caparra trasmessa tramite assegno bancario e di mancato adempimento dell'obbligazione principale*

La Cassazione si è pronunciata su un caso avente ad oggetto la trasmissione della caparra a mezzo di assegno bancario non incassato dall'*accipiens*, seguita dall'inadempimento da parte di questi. Nella decisione del 9 agosto 2011, n. 17127¹³⁶, la Suprema Corte ha abbracciato l'orientamento secondo il quale la caparra produce i suoi effetti tipici solo con l'incasso dell'assegno, e non con la ricezione del titolo. Più precisamente, ha stabilito che la consegna dell'assegno bancario sia idonea a perfezionare l'effetto proprio della caparra solo al momento della riscossione della somma recata dall'assegno e, quindi, salvo buon fine.

Tale posizione risulta coerente con il tradizionale orientamento dottrinale che considera la caparra confirmatoria un negozio di natura reale. Tuttavia, data l'impossibilità di far discendere gli effetti della caparra dalla sola dazione dell'assegno e mancando la materiale apprensione del denaro da parte del prenditore, nel caso in esame non si sarebbe potuta considerare produttiva di effetti la caparra confirmatoria. Di conseguenza, anche a fronte di un inadempimento contrattuale del prenditore dell'assegno, il *tradens* non avrebbe potuto fare affidamento sull'operatività del meccanismo tipico della caparra.

¹³⁶ Cfr. Cass., 9 agosto 2011, n. 17127, in *Foro it.*, 2012, I, p. 502; in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 649, con nota di M. MARTINO, *Dazione di assegno mai incassato, caparra confirmatoria e restituzione del duplum*, che rileva che il comportamento del prenditore non appare affatto contrario a buona fede, poiché, non portando all'incasso il titolo, non fa altro che impedire il depauperamento del patrimonio del *tradens*; in *La responsabilità civile*, 2012, p. 433, con nota di S. CHERTI, *Il contratto reale di caparra: rilettura obbligata di un dogma*; in *Giur. it.*, 2012, p. 2039, con nota di E. PETRONE, *Costituzione della caparra confirmatoria a mezzo assegno bancario e obblighi gravanti in capo al prenditore del titolo*. Nel commentare la decisione in esame, si rileva la posizione di F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 163, che osserva che *tradens* e *accipiens* sarebbero meglio tutelati considerando consensuale la caparra prestata.

In tale scenario, la Suprema Corte ha ritenuto di fondare la pretesa risarcitoria del *tradens* sul mancato adempimento dell'onere di riscuotere l'assegno da parte dell'*accipiens*: in assenza di riscossione, il mancato buon fine sarebbe stato esclusivamente ascrivibile al prenditore. La Suprema Corte ha dunque sostenuto che il mancato incasso dell'assegno costituisca violazione del dovere di buona fede e di cooperazione necessaria a consentire l'adempimento e che tale violazione comporta l'insorgenza, per il prenditore, degli obblighi propri della caparra, ossia dell'obbligazione di restituire il doppio dell'importo indicato nell'assegno.

La decisione della Cassazione del 9 agosto 2011, n. 17127 descritta è stata ritenuta errata da parte della dottrina, che ha rilevato la necessità di considerare la diversa operatività del meccanismo della caparra confirmatoria avente ad oggetto la dazione di un titolo di credito non incassato rispetto al funzionamento della clausola quando ha ad oggetto una somma di denaro¹³⁷. Infatti, il prenditore dell'assegno che non l'avesse portato all'incasso sarebbe tenuto a restituire solo l'ammontare della caparra, non il suo doppio.

¹³⁷ M. MARTINO, *Dazione di assegno mai incassato, caparra confirmatoria e restituzione del duplum*, cit., p. 657 sottolinea che la dazione di denaro produce, per sua stessa natura, uno spostamento patrimoniale dal *tradens* all'*accipiens* che rileva nel rapporto tra le parti in modo differente. Rispetto al *tradens*, la caparra si atteggia a cessione atipica ed ha lo scopo di garantire l'esecuzione del contratto. Rispetto all'*accipiens*, la caparra svolge la funzione della clausola penale: se dovesse mancare ai propri obblighi contrattuali, l'*accipiens* dovrebbe corrispondere una somma predeterminata alla controparte. Colui che dà la caparra mira ad incrementare le *chances* di concludere l'affare e, per questa ragione, accetta di esporsi ad una immediata decurtazione patrimoniale a favore della controparte. Pertanto, la dazione di denaro e la mera consegna di un titolo di credito consentono la medesima operatività del meccanismo della caparra solo a patto che il titolo sia portato all'incasso e che il *tradens* subisca una decurtazione patrimoniale. Se si ammette la sola rilevanza della dazione del titolo, l'affidamento del *tradens* è già tutelato, poiché è già effettuata la predeterminazione del prezzo dell'inadempimento. Cfr. inoltre F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 167, secondo il quale la sentenza è errata, poiché la condanna al pagamento del doppio postula l'effettivo incameramento della caparra.

Diversamente si configurerebbe un ingiusto arricchimento del *tradens* che, non depauperato inizialmente, riceverebbe il doppio di quanto gli è dovuto¹³⁸. Sotto il profilo interpretativo, con riferimento alla lettera della sentenza, in via alternativa, pare possibile ritenere che la Corte abbia tenuto conto delle specificità dello scenario descritto. Seppur non espressamente affermato, sembra comunque possibile che la Corte abbia implicitamente previsto il futuro incasso del titolo di credito, ancora nelle mani dell'*accipiens*. In alternativa, avrebbe invece dovuto ordinare, esplicitamente, la restituzione dell'assegno bancario al *tradens* (o la sua distruzione) e il pagamento di una somma equivalente alla sola caparra confirmatoria.

3.5. Sul momento in cui si perfeziona la caparra trasmessa tramite assegno: ipotesi sul perfezionamento della caparra confirmatoria produttiva di effetti sin dal momento della dazione dell'assegno al prestatore

La giurisprudenza successiva alla decisione del 9 agosto 2011, n. 17127 pare essersi allineata alla pronuncia, adottando l'interpretazione secondo la quale l'effetto proprio della caparra confirmatoria data tramite titolo di credito si può produrre al

¹³⁸ Infatti, anche qualora l'assegno bancario risultasse scoperto, l'*accipiens* avrebbe la possibilità di agire adoperando l'assegno bancario come titolo esecutivo. Su un caso analogo si è pronunciato il Trib. Monza, 10 settembre 1994, in *Giust. civ.*, 1995, I, 1102, in *Contr.*, 1995, p. 152, con nota di R. PIROTTA, *La distruzione di assegno a titolo di caparra*, e in *Giur.it.*, 1996, I, 2, p. 611, con nota di G. AMATO, *La consegna di assegno bancario nel preliminare di vendita: "acconto" o "caparra"?*. Il Tribunale di Monza aveva affermato che il rilascio di assegno bancario a titolo di caparra confirmatoria accettato in pagamento (salvo buon fine), equivale a dazione di denaro *ex art. 1385, comma 1° c.c.* La decisione affermava inoltre che quando il titolo consegnato non è incassato, ma anzi viene distrutto (allo scopo di vincere il rifiuto dell'altra parte a riceverlo in restituzione) può considerarsi restituita la caparra. Nel caso in cui l'assegno sia stato distrutto, potendosi considerare la caparra restituita, il contraente non inadempiente ha solo il diritto a ricevere una somma pari alla caparra e non al suo doppio.

momento della riscossione della somma e, quindi, salvo buon fine¹³⁹. Tuttavia, può essere utile osservare che la preminente funzione dell'istituto, sotto il profilo causale, di liquidare in via preventiva e forfettaria il danno sembra essere garantita anche con la mera dazione del titolo di credito, senza la necessità di attendere la materiale apprensione dell'ammontare di denaro indicato nel titolo¹⁴⁰. Parte della dottrina ha infatti osservato che, data la diffusa prassi di trasmettere la caparra a mezzo di assegno bancario, potrebbe giovare ritenerla validamente conclusa e produttiva di effetti sin dal momento della dazione dell'assegno al prenditore¹⁴¹. In altri termini, nel caso di caparra trasmessa tramite assegno, l'interprete dovrebbe ritenere che le parti abbiano optato convenzionalmente per una caparra di natura consensuale e non reale.

Sulla base di tale premessa, parte della dottrina ha indagato sulla natura reale della caparra nel contesto della disciplina prevista dal Codice civile del 1865¹⁴². Secondo la ricostruzione operata, nel

¹³⁹ Cfr. anche Cass., 6 febbraio 2013, n. 2832, inedita, che fa nuovamente ricorso al generale principio della buona fede contrattuale, stabilendo che la mancata riscossione dell'assegno, per ragioni imputabili al prenditore, non impedisce il perfezionamento del negozio della caparra confirmatoria. Infatti la Cassazione rileva che la situazione in cui colui che riceve la caparra a mezzo dell'assegno bancario possa liberarsi dalle obbligazioni connesse alla stipulazione di una caparra confirmatoria semplicemente non incassando l'assegno risulterebbe squilibrata.

¹⁴⁰ Cfr. M. MARTINO, *Dazione di assegno mai incassato, caparra confirmatoria e restituzione del duplum*, cit., p. 658.

¹⁴¹ Cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 163, che afferma che la Suprema Corte, con il ricorso alla clausola generale di bona fede e correttezza, senza volerlo superare definitivamente, ha introdotto un'eccezione all'orientamento tradizionale ancorato all'effettivo acquisto della somma indicata nell'assegno ai fini del perfezionamento della caparra. Secondo l'A, superando l'indirizzo previgente, in base al quale è necessario l'incasso per il perfezionamento della caparra, non vi sarebbe necessità di ricorrere alla clausola generale di buona fede, poiché la caparra produrrebbe i suoi effetti tipici in virtù della dazione dell'assegno.

¹⁴² Cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 170.

Codice previgente la concezione della caparra confirmatoria come convenzione reale pareva necessaria a giustificare la limitazione dell'ammontare del risarcimento derivante dalla previsione di una caparra. Infatti, come anticipato, una volta stipulata la caparra, non era prevista la possibilità di ricorrere alle ordinarie vie per ottenere il risarcimento del danno. Una tale limitazione non sarebbe risultata equa nel caso in cui la caparra non fosse neppure stata prestata. Diversamente, secondo la ricostruzione operata, nel Codice civile vigente, la possibilità di ricorrere alle forme di tutela ordinarie lascerebbe presumere l'ammissibilità di una caparra consensuale.

3.6. La natura reale della caparra e l'eventuale ammissibilità di una caparra consensuale. Il ricorso alla teoria della realtà come elemento essenziale dei soli contratti a titolo gratuito

Come è stato anticipato, la dottrina riconosce alla caparra confirmatoria natura reale sulla base di molteplici argomenti. In primo luogo, è possibile addurre un argomento di carattere letterale, in quanto l'art. 1385 c.c. prevede letteralmente che la caparra confirmatoria si costituisca con la consegna della somma di denaro o di altri beni fungibili¹⁴³. In secondo luogo, è stata valorizzata la funzione originariamente svolta dall'istituto che, in epoca romana, aveva il preminente ruolo di dare prova del contratto principale a cui accedeva¹⁴⁴. Tuttavia, come è stato in precedenza argomentato, pare oggi prevalente la funzione di liquidazione preventiva e convenzionale del danno, mentre la caparra, pur potendo facilitare l'eventuale prova dell'esistenza di un accordo, non è per sé idonea a dare prova del contratto.

Al contrario, nel contesto di un'economia spesso basata sull'impiego dei titoli di credito, e nel contesto di un'indagine sulla negoziabilità dell'istituto in esame, pare utile interrogarsi sull'ammissibilità, oggi, di una caparra consensuale.

Indicazioni da parte della giurisprudenza sono giunte in relazione al momento della consegna della somma di denaro o della cosa

¹⁴³ Cfr. W. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. Dig. it.*, II, 1958, p. 895.

¹⁴⁴ Sulla funzione probatoria svolta nel diritto romano dalla caparra confirmatoria cfr. *supra*.

fungibile a titolo di caparra. La giurisprudenza ha stabilito che nell'ambito della loro autonomia negoziale, le parti possano differire la dazione della caparra (in tutto o in parte) ad un momento successivo alla conclusione del contratto, purché anteriore alla scadenza delle obbligazioni pattuite¹⁴⁵. Tuttavia la Corte di Cassazione ha altresì affermato che il differimento della dazione della caparra ad un momento successivo alla conclusione del contratto principale non comporta l'esclusione della natura reale del patto, perfezionandosi gli effetti propri della caparra solo a seguito della dazione della relativa somma di denaro¹⁴⁶.

Di conseguenza, per determinare se la consegna della cosa costituisca un elemento essenziale della caparra confirmatoria o se, al contrario, sia un elemento derogabile dall'autonomia delle parti, può essere utile riflettere sulla derogabilità al regime della consegna della cosa nei contratti reali¹⁴⁷. In dottrina è stato autorevolmente sostenuto che la realtà sia essenziale solo con riferimento ai contratti tipicamente gratuiti¹⁴⁸, poiché la debolezza dell'elemento causale

¹⁴⁵ Cfr. Cass., 24 aprile 2013, n. 10056, in *Corriere giur.*, 2014, pp. 643 ss., con nota di M. LAMICELA, *Mancato pagamento della caparra ed inapplicabilità dei rimedi tipici disposti per il caso di inadempimento: i limiti del consensualismo in relazione all'art. 1385 c.c.*; M. BELLANTE, *La caparra*, Milano, 2008, p. 33; S. CHERTI, *La risoluzione mediante caparra*, Padova, 2012, p. 27. Inoltre cfr. Cass., 13 febbraio 2006, n. 3071, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 426; Cass., 9 agosto 2011, n. 17127, cit., p. 502.

¹⁴⁶ In mancanza della consegna della quantità di beni fungibili o della somma di denaro non si produrrebbero, dunque, gli effetti di cui all'art. 1385, comma 2° c.c., ossia il recesso dal contratto principale con ritenzione della caparra o con incameramento del suo doppio.

¹⁴⁷ Sulle ambiguità circa la natura di clausola della caparra confirmatoria o di contratto a sé stante, cfr. *supra*.

¹⁴⁸ In relazione ai contratti reali di comodato e di mutuo, la dottrina ha sostenuto che l'obbligo di garanzia per i vizi a carico del comodante e del mutuante dimostrerebbero che la consegna della cosa oggetto del contratto si configuri come un obbligo di esecuzione e non come un elemento essenziale al perfezionarsi del contratto. Cfr. A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 347.

strutturale sarebbe compensata dalla materiale consegna del bene¹⁴⁹. Secondo questa ricostruzione, che fortemente convince poiché fondata sulla rilevanza della funzione svolta di volta in volta dal contratto, la dazione sarebbe elemento derogabile dalle parti per i contratti reali a titolo oneroso.

Con riferimento alla caparra, solitamente accessoria a contratti di compravendita, sembra che si possa dunque ritenere che la consegna della cosa sia un elemento disponibile, derogabile convenzionalmente dalle parti. Sarebbero, dunque, configurabili due tipi di caparra: una tipica e reale ed una consensuale¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Sulla natura derogabile del regime della caparra confirmatoria cfr. P. FORCHELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 123, che già riteneva che sarebbe stato stridente un principio che negasse la validità di una caparra promessa ma non consegnata. In generale, circa la derogabilità del regime della caparra confirmatoria cfr. P. DE BIASE, *La derogabilità della disciplina legale della caparra confirmatoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 693. Cfr. inoltre F. GALGANO, *Degli effetti del contratto della rappresentanza del contratto per persona da nominare*, in *Comm. del codice civile Scialoja Branca*, Bologna, 1993, in relazione alla promessa di una somma a titolo di caparra. Secondo l'A. sarebbe ammissibile una caparra di natura consensuale poiché la realtà è un *essentiale negotii* solo nei contratti gratuiti, mentre si configura come una *naturale negotii* nei contratti a titolo oneroso. Infatti, il funzionamento dell'istituto non prevede, nella sua esplicazione fisiologica, la restituzione del bene, come di solito accade per i contratti reali. Al contrario di quanto avviene nei contratti consensuali, ove sono protetti gli interessi di entrambi i contraenti, nei contratti reali la legge protegge l'interesse alla prestazione di una sola delle parti. Cfr. anche R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, pp. 618 ss. Secondo una diversa interpretazione, tuttavia, gli effetti di cui all'art. 1385, comma 2° c.c. potrebbero ricadere sui contraenti solo a seguito dalla consegna della cosa. Così V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra* (dir. civ.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 196. L'A. ricostruisce inoltre la fattispecie individuando nella caparra confirmatoria due patti collegati. Il primo, di natura reale, che permette all'*accipiens* di ritenere la caparra qualora questa sia consegnata, e il secondo di natura obbligatoria, che permette al *tradens* di pretendere il pagamento di una somma pari alla caparra.

¹⁵⁰ Laddove dovesse ritenersi la caparra confirmatoria rientrante tra le pene private, secondo la teoria della tipicità anche delle sanzioni civili, dovrebbe invece sostenersi la nullità delle pattuizioni non riconducibili al regime di

3.7. *Ulteriori riflessioni in materia di caparra confirmatoria trasmessa tramite titolo di credito. Il ricorso alla teoria della possibile equivalenza tra l'assegno e il denaro contante*

A seguito dell'introduzione della normativa in materia di antiriciclaggio, e del sempre più frequente utilizzo del titolo di credito per il trasferimento di somme di denaro, pare lecito domandarsi se l'assegno con cui è trasmessa la caparra confirmatoria possa essere considerato alla stregua del denaro contante, eliminando così le difficoltà operative derivanti dalla convivenza di regole legate alla natura reale della caparra e ai – più moderni – titoli di credito.

Per ciò che concerne le tendenze giurisprudenziali, è possibile dare conto di alcune sentenze che affermano l'equivalenza tra il denaro contante e l'assegno circolare. Tuttavia non si rinvengono pronunce di segno analogo in relazione all'assegno bancario, più di sovente utilizzato per trasmettere la caparra confirmatoria. Da un punto di vista strettamente giuridico ciò non sorprende, in quanto il diverso atteggiamento della giurisprudenza nei confronti dell'assegno bancario e dell'assegno circolare pare riconducibile alla differente natura giuridica dei due strumenti. Mentre l'assegno bancario rappresenta un ordine di pagamento, l'assegno circolare è una vera e propria promessa di pagamento.

In relazione all'utilizzo dei titoli di credito per la conclusione di contratti reali, dottrina e giurisprudenza hanno prospettato fattispecie a formazione progressiva, che si perfezionano solo con la consegna della cosa. Ad esempio, la consegna di un assegno bancario emesso a titolo di prestito non integra gli estremi di una *traditio rei*, necessaria ai fini del perfezionamento del contratto reale di mutuo, poiché non attribuisce al prenditore la piena disponibilità della somma portata nel titolo. Pertanto, il contratto produrrà i suoi effetti dal momento dell'esecuzione dell'ordine di pagamento contenuto nel titolo a favore dell'avente causa¹⁵¹.

cui agli artt. 1385 c.c. e ss., e dunque non sarebbe ammissibile la caparra obbligatoria disposta dalle parti derogando alla disciplina generale.

¹⁵¹ Cfr. App. Milano, 11 luglio 1995, in *Banca borsa*, 1996, II, p. 544. Ciò è inoltre avvenuto con riferimento al caso del pegno di titoli di credito. A

Tuttavia, più recentemente, dato il graduale processo di dematerializzazione del denaro¹⁵², la Corte di Cassazione ha proposto la rilettura di alcuni contratti tipicamente conosciuti come reali. Si pensi alle decisioni relative al contratto reale di mutuo¹⁵³. In particolare nella decisione del 27 agosto 2014, n. 18325, la Cassazione, pur ribadendo la tradizionale tesi secondo la quale il contratto di mutuo è un contratto reale, non configura la consegna idonea a perfezionare il contratto di mutuo «esclusivamente nei termini della materiale e fisica *traditio* del denaro nelle mani del mutuatario, ritenendo sufficiente che questi ne acquisisca la

riguardo, la dottrina ha prospettato una fattispecie a formazione progressiva che si perfeziona con la consegna della cosa, ove questa sia venuta ad esistenza, direttamente (e quindi senza bisogno della prestazione di ulteriore consenso negoziale) sulla base dell'accordo già formatosi con la pregressa stipulazione del contratto il quale, prima della consegna, deve considerarsi produttivo soltanto di effetti obbligatori e non idoneo ad attribuire al creditore garantito la possibilità di avvalersi della tutela reale, con la conseguenza che il creditore resta collocato in posizione chirografaria durante tutto il tempo intercorrente tra la concessione del finanziamento (con la coeva stipulazione del negozio di garanzia) e la individuazione, previa creazione, dei titoli. Cfr. Cass., 27 aprile 1999, n. 4208, in *Dir. fall.*, 2000, II, p. 1203. Più di recente Cass., sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16725.

¹⁵² Per un'analisi sulla dematerializzazione del denaro nell'odierno scenario legislativo ed economico, cfr. T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012 e, ancora sull'estinzione dei debiti pecuniarî tramite strumenti di pagamento diversi dal denaro cfr. B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, p. 133.

¹⁵³ Cfr. Cass., 27 agosto 2015, n. 17194: «Questa Corte ha affrontato più volte il dato di fatto della progressiva dematerializzazione dei valori mobiliari e della loro progressiva sostituzione con annotazioni contabili, che non si accompagna alla scomparsa di strumenti di tradizionale utilizzazione nella pratica degli affari e nella vita sociale in genere quali il contratto di mutuo, ma ne impone una rilettura dei caratteri essenziali che tenga conto dell'evolversi della realtà fattuale senza peraltro stravolgerli».

disponibilità giuridica. Si affianca pertanto in posizione paritetica alla immediata acquisizione della disponibilità materiale del denaro l'acquisizione della disponibilità giuridica di esso». Dunque, l'acquisizione della disponibilità giuridica del denaro, correlata alla perdita della disponibilità delle somme mutate in capo al finanziatore, sarebbe sufficiente ad integrare il requisito della realtà del mutuo. Sul significato di disponibilità giuridica è stato affermato dalla Suprema Corte che «la *tradito rei* può essere realizzata attraverso la consegna dell'assegno (nella specie, circolare interno, intestato alla parte e con clausola di intrasferibilità) alla parte mutuataria, che abbia dichiarato di accettarlo 'come denaro contante', rilasciandone quietanza a saldo»¹⁵⁴. È dunque confermata l'equivalenza, sotto il profilo della realtà, tra la consegna di un assegno che garantisce la disponibilità giuridica della somma di denaro e la consegna del denaro contante, ma solo con riferimento all'assegno circolare, e non anche all'assegno bancario¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Cfr. Cass., 21 febbraio 2001, n. 2483, in *Contratti*, 2001, p. 588.

¹⁵⁵ Pare tuttavia utile precisare che, sotto il profilo processuale e degli effetti connessi al possesso del titolo in esame, ai sensi del R.d. del 21 dicembre 1933, n. 1736, pubblicato in G.U. del 29 dicembre 1933, n. 300, recante "Disposizioni sull'assegno bancario, sull'assegno circolare e su alcuni titoli speciali dell'Istituto di emissione, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia", art. 55, l'assegno bancario ha gli effetti di titolo esecutivo per il capitale e per gli accessori. In altri termini, il prenditore dell'assegno bancario ha, sotto il profilo strettamente operativo, la possibilità di utilizzarlo quale titolo esecutivo al fine dell'incameramento della caparra a tutti gli effetti.

PARTE IV – L’origine e i caratteri strutturali della clausola penale

Capitolo 1 - Inquadramento sistematico della clausola penale nell’ordinamento

Sommario: 1.1. Indicazioni metodologiche sull’analisi della clausola penale; 1.2. Le origini dell’istituto: la *stipulatio poenae* nel diritto romano; 1.3. La clausola penale nel Codice civile vigente e nel Codice civile del 1865; 1.4. La natura accessoria della clausola penale e la tesi del negozio autonomo con preminente funzione sanzionatoria: accenni alla teoria delle pene private; 1.5. Le teorie sulla limitazione dell’oggetto della clausola penale e la questione dell’arbitraggio del terzo o del creditore

1. Inquadramento sistematico della clausola penale nell’ordinamento

1.1. Indicazioni metodologiche sull’analisi della clausola penale

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 dedotta nel contratto principale¹⁵⁶. La convenzione ha l’effetto di limitare il risarcimento

¹⁵⁶ Sulla clausola penale, cfr. R. SACCO-G DE NOVE, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 150; A. IANNARELLI, *La clausola penale*, in *I contratti in generale* a cura di P. Cendon, VIII, Torino, 2000; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999; M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1998, p. 377; G. PERSICO, *La clausola penale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 74; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; A. GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in G. Alpa e M. Bessone, *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, p. 405; G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. Rescigno*, X,

alla prestazione promessa, fatta salva la possibilità di convenire la risarcibilità del danno ulteriore. È disciplinata nel capo del Codice civile dedicato agli effetti del contratto, titolo II, libro IV e, come la caparra confirmatoria, ha natura di clausola sul risarcimento del danno con lo scopo di rafforzare l'obbligazione principale, rendendo automaticamente oneroso lo scioglimento del vincolo contrattuale¹⁵⁷. La clausola costituisce, dunque, una promessa accessoria al contratto principale che comporta l'obbligo per il debitore di effettuare una prestazione, secondo taluni a titolo di pena, secondo altri a titolo di risarcimento. La convenzione ha natura giuridica di patto consensuale, al contrario della caparra confirmatoria, che, come si è specificato in precedenza, è un accordo di natura reale¹⁵⁸. Sotto il profilo degli effetti giuridici, secondo quanto stabilito all'art. 1382, comma 2°, c.c., l'introduzione di una clausola penale nel regolamento contrattuale importa l'esonero dalla prova del danno in capo alla parte lesa, pur restando necessaria la prova dell'inadempimento. L'esonero della parte non inadempiente dall'onere della prova del danno costituisce l'effetto tipico della

Torino, 1988, p. 303; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI Roma, 1988, p. 4; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1986; A. MARINI, *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988 e dello stesso autore *La clausola penale*, Napoli, 1984; E. MOSCATI, Pena (diritto privato), in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 770; P. FREZZA, *La clausola penale*, in *Studi in memoria di Mossa*, II, Padova, 1961, p. 269; A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186; V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954. Nel diritto francese, cfr. D. MAZEAUD, *La notion de clause pénal*, Parigi, 1992.

¹⁵⁷ Sulle peculiarità funzionali della caparra cfr. *supra*.

¹⁵⁸ In dottrina è stata affermata la possibilità per le parti di derogare alla natura reale della caparra confirmatoria. Sembra parimenti ammissibile la configurabilità di una clausola penale di natura reale, in cui, cioè, sia prevista la dazione di un ammontare di denaro in via preventiva. Se l'obbligazione principale sarà adempiuta, la somma data potrà svolgere la funzione dell'acconto, mentre in caso di inadempimento potrà essere trattenuta. Ammette la possibilità di una penale di natura reale G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 510. Si esprime in senso contrario A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1982, p. 122.

convenzione in esame, insieme a quello che è stato definito «effetto naturale» – poiché contrapposto all'effetto che si verifica se è pattuita la risarcibilità del danno ulteriore (art. 1382, comma 1°, c.c.) – di limitare il risarcimento alla prestazione promessa¹⁵⁹.

In via generale, la disciplina descritta presenta una struttura più semplice rispetto a quella indagata in materia di caparra confirmatoria, ma che, specialmente in riferimento all'interazione tra la clausola penale e le norme in materia di risoluzione, adempimento e risarcimento del danno, è stata oggetto di più interpretazioni, talvolta tra loro discordanti, da parte della dottrina e della giurisprudenza che saranno di seguito ripercorse. Nel presente capitolo si intende inquadrare sotto il profilo storico e sistematico la clausola penale, contestualizzandola nel Codice civile vigente e verificando quali tendenze evolutive siano riscontrabili rispetto alla disciplina prevista dal Codice civile del 1865. In secondo luogo, si tenterà di ricostruire il panorama dottrinale che ha permesso di determinare la natura della clausola penale quale elemento accessorio al contratto, piuttosto che come accordo a sé stante, verificando anche le eventuali conseguenze giuridiche derivanti dall'adesione alla tesi della natura contrattuale della convenzione, e prendendo in considerazione le teorie sulle pene private applicate da parte della dottrina allo studio della clausola penale. Da ultimo, la clausola penale sarà studiata sotto il profilo oggettivo, al fine di delineare l'ampiezza dell'autonomia negoziale lasciata ai contraenti con riferimento al contenuto della convenzione. La contestualizzazione dell'istituto e la sua ricostruzione dogmatica saranno completati, tramite l'esame dei profili funzionali della clausola penale. L'inquadramento della convenzione dal punto di vista strutturale che ci si propone di svolgere in questo capitolo e dal punto di vista funzionale, che sarà affrontato nel capitolo seguente, sembra, infatti, necessario per comprendere l'operatività della clausola, sia in relazione al sistema risarcitorio, sia con riferimento al potere del giudice di incidere sull'autonomia negoziale dei privati nella previsione di una clausola sul risarcimento del danno.

¹⁵⁹ Cfr. R. SACCO-G DE NOVE, *Il contratto*, II, Torino, 2004, p. 157.

1.2. Le origini dell'istituto: la *stipulatio poenae* nel diritto romano

Nel diritto romano la clausola penale era assai diffusa¹⁶⁰ ed era indicata negli accordi contrattuali con il nome di *stipulatio*, termine con il quale era denominato il patto che forniva valore vincolante agli accordi verbali. La *stipulatio* più frequente era la *stipulatio poenae*, con cui un contraente si obbligava a pagare la pena convenuta in caso di suo inadempimento. Secondo le ricostruzioni della dottrina, la *stipulatio poenae* poteva essere semplice o doppia¹⁶¹. La prima costituiva un accordo autonomo, mentre la seconda era formata da due *stipulationes* collegate, una principale e una accessoria. Con questo secondo accordo, la parte si obbligava a dare una certa somma al creditore nel caso in cui non avesse adempiuto all'obbligazione principale. La *stipulatio poenae* doppia, dunque, presentava già il carattere di accessorialità proprio della clausola penale. Difatti, la nullità dell'obbligazione primaria si trasmetteva alla stipulazione penale, mentre, nel caso in cui quest'ultima fosse stata invalida, il vizio non si estendeva all'obbligazione principale. La differenza tra le due forme di stipulazione penale richiamate è delineata da Papiniano, secondo il quale nella *stipulatio* semplice il debitore poteva alternativamente dare il bene o la somma pattuita al creditore, alla stregua di un'obbligazione alternativa, mentre nella *stipulatio* accessoria il vincolo penale sorgeva solo nel caso in cui l'obbligazione principale non fosse stata adempiuta¹⁶².

¹⁶⁰ Cfr. L. PATERNÒ DI BICOCCA, *La pena convenzionale (clausola penale) nel diritto civile italiano*, estratto dalla *Enc. giur. it.*, 1900, Milano, p. 7. Sebbene non fosse impiegato il nome di *poena conventionalis*, i romani utilizzavano lo stesso istituto indicandolo con diversi termini: *stipulatio* o *pactum adiectum*.

¹⁶¹ Cfr. M. SCOGNAMIGLIO, *La clausola penale nell'esperienza giuridica romana*, in *La pena convenzionale nel diritto europeo*, a cura di S. Cherti, Napoli, 2013, p. 8.

¹⁶² In tema di pena convenzionale sotto il profilo storico, cfr. C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, I, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XV, 1894, pp. 91 ss. e, dello stesso autore, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*

Quanto alla funzione della *stipulatio poenae* doppia, sembra potersi rilevare che nell'epoca romana fungesse da garanzia del vincolo obbligatorio. Tra le applicazioni pratiche della *stipulatio poenae*, risulta il caso di due parti che si accordano per affidare la risoluzione di una controversia tra loro sorta ad un terzo arbitro. Al fine di rendere vincolante la decisione finale dell'arbitro, che in età classica non aveva valore giuridico, i soggetti si impegnavano attraverso due stipulazioni penali reciproche connesse tra loro, che obbligavano al deferimento della lite al terzo e all'esecuzione di quanto stabilito nella decisione arbitrale¹⁶³. La *stipulatio poenae* era inoltre utilizzata negli *sponsalia*, al fine di vincolare lo sposo ed il padre della sposa alla conclusione del matrimonio¹⁶⁴. L'utilità della stipulazione della penale era in primo luogo quella di spingere le parti all'esatta esecuzione dell'obbligazione per il timore della pena e, in secondo luogo, di stabilire preventivamente un diritto di indennizzo a favore

(continuazione), in *Studi e documenti di storia e diritto*, XV, 1894, pp. 193 ss.; G. DONATUTI, *Di un punto controverso in materia di stipulazione penale*, in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, pp. 567 ss.; M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958 e dello stesso autore voce *Pena*, II. *Diritto romano*, a) *Pena privata*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 712 ss.; P. VOCI, *Una 'quaestio' di Papiniano in tema di 'stipulatio poenae': D. 45.1.115*, in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, pp. 343 ss.; K. VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del Principato*, in *Studi in onore di Eduardo Volterra*, I, Milano, 1971, pp. 596 ss.; A. BISCARDI, *'Actio pecuniae traiecticiae'. Contributo alla dottrina delle clausole penali*, Torino, 1974. In particolare, sulla diffusione dell'istituto, cfr. C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, cit., p. 91.

¹⁶³ L'esempio applicativo è stato tratto da M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, cit., p. 113.

¹⁶⁴ Cfr. P. FERRETTI, *Doni fatti a causa di promessa di matrimonio. Prospettiva storico-comparatistica*, in *Contributi romanistici – Quaderni del dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli studi di Trieste* 8, 2003, pp. 5 e ss.

della parte che aveva subito il danno, evitando la valutazione giudiziale¹⁶⁵.

Successivamente, la *stipulatio poenae* fu utilizzata sia nel diritto longobardo sia in quello di alcuni comuni italiani¹⁶⁶. In alcuni ducati napoletani, nei quali vigeva il diritto bizantino, pare che la clausola penale non solo fosse ammessa, ma fosse obbligatoria in ogni accordo, in quanto non aveva lo scopo di garantire l'esecuzione dell'obbligazione e di risarcire il creditore, bensì quello di arricchire il fisco¹⁶⁷, a cui doveva essere corrisposta la multa a titolo di inadempimento. Tuttavia, l'impostazione di stampo bizantino, secondo la quale la pena sarebbe stata dovuta a favore del fisco, è stata respinta¹⁶⁸ in favore della teoria romana, il cui carattere punitivo operava a favore del creditore. Questo approccio sembra essere stato recepito dal diritto francese e, di conseguenza, dal Codice civile italiano del 1865¹⁶⁹.

1.3. La clausola penale nel Codice civile vigente e nel Codice civile del 1865

Nell'odierno Codice civile, la clausola penale è disciplinata nella sezione II, *Della Clausola penale e della caparra*, del capo V, titolo II, *Dei contratti in generale*, del libro IV¹⁷⁰. Come anticipato,

¹⁶⁵ Cfr. il riferimento al carattere "misto" della penale in C. BERTOLINI, *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, I, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XV, 1894, p. 91.

¹⁶⁶ Secondo L. PATERNÒ DI BICOCCA, *La pena convenzionale (clausola penale) nel diritto civile italiano*, cit., p. 12, lo Statuto del Comune di Venezia, I, cap. 32, la ammetteva, mentre altri, come quello di Roma o della Sicilia, la proibivano.

¹⁶⁷ Cfr. L. PATERNÒ DI BICOCCA, *La pena convenzionale (clausola penale) nel diritto civile italiano*, cit., p. 12.

¹⁶⁸ Cfr. F. CICCAGLIONE, *Istituzioni politiche e sociali dei ducati napoletani*, Napoli, 1892, p. 30.

¹⁶⁹ Cfr. G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, diretta da P. del Giudice, vol. 4, Milano, 1925, p. 269.

¹⁷⁰ Come è stato rilevato in dottrina, la disciplina italiana sulla clausola penale pare ispirata al Codice tedesco BGB che prevede una analoga

nonostante l'attuale collocazione codicistica, la clausola potrebbe essere idonea ad essere inserita in una sezione del Codice civile dedicata alle convenzioni sul risarcimento del danno¹⁷¹. Infatti, come è stato in precedenza verificato, una disciplina degli istituti in esame così strutturata risulterebbe in linea con l'approccio degli strumenti di diritto internazionale in materia di convenzioni sul risarcimento del danno, quali i principi Unidroit del 2010 che, all'art. 7.4.13, affermano la validità della convenzione con cui le parti determinano la somma di denaro dovuta nel caso di inadempimento¹⁷², e i Principi europei sulla legge dei contratti (*Principles of European Contract Law*, Pecl)¹⁷³ che, nel capitolo sull'indennità per il caso di

collocazione dell'istituto tra le norme che disciplinano l'obbligazione contrattuale, e non il risarcimento del danno. Cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2005, p. 102.

¹⁷¹ Cfr. *supra*. A seguito dell'analisi sulla funzione svolta dai due istituti e, principalmente dalla caparra confirmatoria, si sono tratte le prime conclusioni in relazione alla collocazione della disciplina in materia di caparra confirmatoria, di clausola penale e di caparra penitenziale nel testo del Codice civile.

¹⁷² Per un esame approfondito dei principi Unidroit 2010 in relazione all'inadempimento contrattuale cfr. R. ZIMMERMANN, *The Unwinding of Failed Contracts in the Unidroit Principles of 2010*, *Unif. L. Rev.*, 2011, pp. 563-587; con riferimento al contratto di compravendita cfr. F. GALGANO, *Dai principi Unidroit al regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. e impr.*, V. 17, 2012, pp. 1-6. Per una ricognizione circa l'opportunità di promuovere una legislazione internazionale uniforme in materia di contratti commerciali, si rimanda a F. PERNAZZA, *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1996; M. J. BONELL, *Un "Codice" Internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995.

¹⁷³ Per l'esame delle disposizioni rilevanti in relazione alla clausola penale e alla caparra confirmatoria si rinvia *supra*. Sui Principi di diritto europeo sulla legge dei contratti cfr. C. CASTRONOVO, *The European principles in an Integrated World*, in *European Review of Contract Law*, 2005, pp. 3 ss; dello stesso autore, *Natura e modi di un codice europeo nell'esperienza della Commissione Lando*, in *La riforma dei codici civili e il progetto di un*

inadempimento dedicano l'art. 9:509 alle clausole di pagamento a titolo di risarcimento del danno¹⁷⁴.

Per ciò che concerne la collocazione codicistica delle norme in materia di clausola penale, pare che il Codice civile del 1865 adottasse un approccio non dissimile da quello del Codice attualmente in vigore. La clausola penale (insieme alla caparra confirmatoria) era disciplinata nella Sezione VI, *Delle obbligazioni con clausole penali*, Capo II, *Delle diverse specie di obbligazioni*, del Titolo IV, *Delle obbligazioni in generale*, dall'art. 1209 all'art. 1216¹⁷⁵. Il patto era definito, con una struttura e una funzione analoghe a quelle odierne, come l'accordo con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbligava a compiere una prestazione nel caso in cui l'obbligazione principale non fosse stata adempiuta o nel caso in cui ne fosse stata ritardata l'esecuzione.

Comparando la disciplina odierna a quella precedente, si può in primo luogo rilevare che la tecnica definitoria di cui all'art. 1209 del

Codice civile europeo, a cura di G. Alpa-E. N. Buccico, Milano, 2002, pp. 145 ss.; G. ALPA, *The principles of "European Contract Law" and the Italian Civil Code: Some preliminary Remarks*, in *Tulane European and Civil Legal Forum*, 2000-2001, pp. 81 ss;

¹⁷⁴ A livello europeo si segnala inoltre che, nel 1978, la Risoluzione del Consiglio d'Europa in materia di clausole penali, *Council of Europe Resolution 78/3, Relating to Penal Clauses in Civil Law*, adottata dalla Committee of Ministers il 20 gennaio 1987, ha definito la clausola penale all'art. 1: «*A penal clause is, for the purposes of this resolution, any clause in a contract which provides that if the promisor fails to perform the principal obligation he shall be bound to pay a sum of money by way of penalty or compensation*», mentre nei Pecl e nei Principi Unidroit, nel tentativo di appianare le differenze esistenti tra il diritto di *common law* e il diritto di *civil law*, il legislatore ha previsto una disciplina che non si riferisce espressamente alla clausola penale, bensì alle convenzioni sul risarcimento del danno per il caso di inadempimento.

¹⁷⁵ Per una ricostruzione storica delle interpretazioni dell'istituto nei due secoli scorsi, cfr. M. PIGNATA, *La definizione di clausola penale nell'interpretazione della civilistica italiana tra Otto e Novecento*, in *Le obbligazioni con clausola penale*, a cura di R. Catalano e M. Pignata, Napoli, 2013, pp. 89 ss.

Codice civile del 1865 non pare significativamente diversa da quella di cui all'art. 1382 c.c. L'art. 1209 stabiliva infatti: «La clausola penale è quella, con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione». L'odierno art. 1382, comma 1°, c.c. prevede che, con la clausola penale, le parti convengano che «in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti sia tenuto a una determinata prestazione». Inoltre, in modo analogo al Codice civile vigente, già dal 1865 era stabilita l'alternatività tra la richiesta dell'adempimento e quella di esecuzione dell'obbligazione dedotta nella clausola penale¹⁷⁶. Invece, al contrario di quanto oggi accade, nel Codice civile previgente era esplicitata l'accessorietà della clausola penale rispetto al contratto principale, in quanto l'art. 1210 prevedeva che «la nullità dell'obbligazione principale produce la nullità della clausola penale. La nullità della clausola penale non produce quella dell'obbligazione

¹⁷⁶ L'art. 1211 del Codice civile del 1865 prevedeva, infatti, che «il creditore può domandare al debitore che è in mora l'esecuzione dell'obbligazione principale, invece della pena stipulata» e il successivo art. 1212 che «la clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale. Il creditore non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata per il semplice ritardo». In aggiunta rispetto alla disciplina oggi specificamente dedicata alla clausola penale, nel Codice civile del 1865 era inoltre prevista una disciplina differenziata per il caso in cui l'obbligazione principale avesse ad oggetto un bene divisibile o meno. L'art. 1215 disciplinava, infatti, il caso dell'obbligazione indivisibile, mentre l'art. 1216 regolava il caso dell'obbligazione divisibile. L'art. 1215 del Codice civile del 1865 prevedeva che «quando l'obbligazione principale contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, la pena s'incorre per la contravvenzione di un solo degli eredi del debitore e più domandarsi o per intero contro il contravventore, ovvero contro ciascun coerede per la sua parte, e coll'azione ipotecaria per il tutto, salvo il regresso contro colui per il fatto de quale si è incorsa la pena» mentre l'art. 1216 stabiliva che «quando l'obbligazione principale contratta con clausola penale è divisibile, non s'incorre la pena che da quello degli erede del debitore che contravviene a tale obbligazione, e per la parte solamente dell'obbligazione principale per cui era tenuto, senza che si possa agire contro coloro che l'hanno eseguita».

principale». Invero, neppure ad oggi si dubita dell'accessorietà della clausola penale rispetto al contratto principale, tanto che coloro i quali hanno sostenuto che la penale abbia natura di contratto hanno comunque ribadito che il negozio autonomo di penale sarebbe in ogni caso accessorio al contratto principale¹⁷⁷.

Sembra invece più significativa la differenza rilevabile tra le due discipline in relazione alla regola sulla riducibilità della clausola penale. Infatti, la norma in materia di riducibilità della clausola penale contenuta nel Codice civile del 1865 non contemplava il caso previsto dall'art. 1384 c.c. di riducibilità della penale eccessiva. L'art. 1214 del Codice civile del 1865, prevedeva solo che la penale potesse essere diminuita dal giudice «allorché l'obbligazione principale [fosse] stata eseguita in parte». Sembra, dunque, che quantomeno con riferimento alla disposizione sulla riducibilità della penale, l'attuale normativa riveli il tentativo di attribuire al giudice un potere equitativo più intenso rispetto al passato e basato su valutazioni di diversa natura, in quanto non più esclusivamente connesse all'avvenuta esecuzione della prestazione principale o meno, ma all'interesse del creditore all'adempimento della prestazione principale¹⁷⁸.

1.4. La natura accessoria della clausola penale e la tesi del negozio autonomo con preminente funzione sanzionatoria: accenni alla teoria delle pene private

Secondo la tesi prevalente in giurisprudenza, la clausola penale non sarebbe un negozio autonomo, costituendo solamente un patto accessorio al contratto principale. Tale tesi sembra corroborata anche dalla ricostruzione storica dell'istituto che, come anticipato, ha permesso di rilevare che l'accessorietà della clausola penale era espressamente prevista nel Codice civile del 1865, in quanto l'art. 1210 prevedeva che la nullità dell'obbligazione principale

¹⁷⁷ Sulla natura della clausola penale cfr. *infra*.

¹⁷⁸ Sull'estensione progressiva del potere equitativo del giudice, operata dalla giurisprudenza, anche oltre la lettera della norma, si rifletterà ampiamente *infra*.

producesse la nullità della clausola, mentre la nullità della penale non avrebbe prodotto nullità dell'obbligazione principale¹⁷⁹.

Tuttavia, parte della dottrina propende per la tesi opposta, poiché intravede nella clausola penale una causa autonoma da quella del contratto principale, ossia quella di sanzionare l'inadempimento (o il ritardo nell'adempimento) dell'obbligazione dedotta a contratto¹⁸⁰. Per giungere a ritenere la convenzione in esame come un autonomo negozio con causa propria, la dottrina ha fatto leva su quell'interpretazione funzionale secondo la quale la penale avrebbe preminentemente carattere punitivo o sanzionatorio¹⁸¹, mentre dovrebbe essere negata la sussistenza di una funzione risarcitoria.

¹⁷⁹ La presenza di una *stipulatio poenae* semplice ed autonoma, nel diritto romano, non sembra infatti necessariamente deporre a favore della configurabilità di una clausola penale autonoma, in quanto la struttura giuridica descritta nelle fonti della *stipulatio*, pare quella di un'obbligazione alternativa, assai lontana dall'attuale configurazione della clausola penale.

¹⁸⁰ Cfr. V. M. TRIMARCHI, *Clausola penale*, Milano, 1954, p. 32; A. ZOPPINI, *Pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 214. Non è di questo avviso A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 73. Sono reperibili alcune decisioni della Corte di Cassazione in cui è affermato il principio dell'indipendenza della causa della clausola penale. Cfr. Cass, 7 maggio 1967, *Mass. Foro it.*, 1964, n. 486, in cui la Corte ha precisato che, «a differenza di ogni altra clausola negoziale, presenta una causa propria e autonoma, anche se eventualmente complementare a quella del contratto principale». In dottrina è stato altresì affermato che l'autonomia della pena contrattuale, rispetto al contratto cui afferisce, rende ammissibile una pattuizione anche per obbligazioni derivanti da fatto illecito. Tuttavia, sul punto la Cassazione pare essersi espressa in senso opposto, stabilendo che la clausola penale che predetermini la responsabilità risarcitoria del *falsus procurator* non sia ammissibile, poiché tale responsabilità è di natura extracontrattuale, mentre la clausola penale opera esclusivamente in riferimento a risarcimenti di natura contrattuale. Cfr. Cass., 16 marzo 1988, n. 2468, in *Giur. it.*, I, 1, p. 117.

¹⁸¹ Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 188; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 511; V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 21

Aderendo a quest'ultima tesi, si dovrebbe ritenere che, dal punto di vista della struttura funzionale, la clausola penale e il contratto principale siano legati da un collegamento negoziale necessario¹⁸². Sotto il profilo delle conseguenze giuridiche, la natura contrattuale della clausola penale rilevarebbe, secondo alcuni, in relazione al termine di prescrizione, che è considerato quello ordinario indipendentemente dal termine a cui è soggetta la prestazione principale. Inoltre, la ricostruzione della fattispecie come negozio autonomo, valorizzerebbe il carattere sanzionatorio della clausola penale che, a sua volta, ne giustificherebbe l'appartenenza al genere delle pene private. Sotto il profilo strutturale, invece, l'argomento utilizzato dalla dottrina per ricondurre la convenzione in esame al genere delle pene private consiste nell'irrilevanza della prova del danno per accedere alla penale, caratteristica che, come sarà rilevato, è stata enfatizzata fino a stabilire l'operatività della penale anche in mancanza del danno¹⁸³.

La ricostruzione appena richiamata sembra, tuttavia, esporsi a due differenti obiezioni. In primo luogo, la prevalente dottrina ha negato che l'autonomia privata possa estendersi fino a riconoscere la totale disponibilità, per le parti, di un potere sanzionatorio, poiché ciò sarebbe incompatibile con la parità che caratterizza i rapporti tra i privati¹⁸⁴. In secondo luogo, la clausola penale non potrebbe essere

¹⁸² Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968. In giurisprudenza cfr. Cass., 6 aprile 1995, n. 4034, in *Corr. trib.*, 1995, p. 1618. Tuttavia, pare logico ritenere che il termine di prescrizione della penale decorra in ogni caso dall'eventuale inadempimento o dal ritardo che dà luogo alla domanda del creditore di ottenere la penale.

¹⁸³ Cfr. A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1017. Sulle pene private in generale cfr. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996; S. PATTI, *Pena privata*, in *Digesto, sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, pp. 349 ss.; G. PONZANELLI, voce *Pene private*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit.

¹⁸⁴ C. M. BIANCA, *La responsabilità. Diritto civile*, V, Milano, 1994, p. 227; V. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv., dir. civ.*, 1983, II, pp. 206 ss.

considerata “pena”, poiché ha il fine di assicurare la tutela di interessi disponibili nell’ambito di un rapporto bilaterale e, per tale ragione, deve ritenersi soggetta ai limiti e all’ambito operativo propri dell’autonomia privata¹⁸⁵. Anche la giurisprudenza maggioritaria pare negare la riconducibilità della penale al genere delle pene private¹⁸⁶. Da ultimo, si può rilevare che non pare del tutto convincente l’argomento legato ai termini di prescrizione autonomi (il termine di prescrizione del diritto derivante dall’obbligazione dedotta nel contratto principale e quello derivante dalla clausola penale), poiché non sembra sorgano difficoltà nel concepire autonomi termini di prescrizione per due differenti prestazioni pattuite tramite il medesimo contratto: quella principale e quella accessoria, oggetto della clausola penale¹⁸⁷.

1.5. Le teorie sulla limitazione dell’oggetto della clausola penale e la questione dell’arbitraggio del terzo o del creditore

Con riferimento all’oggetto della clausola penale, occorre determinare se il suo contenuto debba essere limitato a talune categorie di beni. Secondo la dottrina prevalente, l’oggetto della penale è costituito da una determinata prestazione che può consistere

¹⁸⁵ Così A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, cit., p. 896 e E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., p. 511.

¹⁸⁶ Cfr. Cass., 30 maggio 2003, n. 8806, in *Guida dir.*, 2003, f. 29, p. 80. La Cassazione ha infatti stabilito che nell’ipotesi di clausola penale eccessiva, «la riduzione è consentita, ai sensi dell’articolo 1384 c.c., dovendosi escludere che l’entità concreta del pregiudizio subito dal creditore costituisca un parametro decisivo, atteso che proprio la stipulazione della clausola esclude la rilevanza dell’effettivo pregiudizio: il tutto al fine di impedire che detta clausola si traduca in sanzione e la penale possa tradursi in un abuso del diritto del creditore». Non mancano, tuttavia, orientamenti di segno opposto. Cfr., ad esempio, Cons. Stato, 11 dicembre 2014, n. 6094.

¹⁸⁷ Ritengono che l’importanza della questione circa la natura di contratto o di mera clausola della penale non debba essere sopravvalutata R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 157 e S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, cit., p. 60.

in una somma di denaro o in altro contenuto materiale o negoziale¹⁸⁸. Secondo una tesi più restrittiva, invece, l'obbligazione contenuta nella clausola penale potrebbe esclusivamente avere ad oggetto la dazione di una somma di denaro¹⁸⁹ che costituisce, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza, un debito di valuta¹⁹⁰. Tuttavia, non pare vi siano appigli normativi che legittimino una così stringente limitazione dell'oggetto della clausola penale e si rilevano, al contrario, decisioni della giurisprudenza che ammettono che la penale possa essere costituita, ad esempio, dall'estinzione di un credito¹⁹¹. Qualora ad essere oggetto della clausola penale sia il trasferimento di un diritto, si accenna che possono sorgere conflitti in relazione alla disciplina del divieto del patto commissorio, rinviando

¹⁸⁸ Cfr. V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 93; G. F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, p. 104. Sussistono dubbi circa la qualificazione della sanzione testamentaria come clausola penale. La clausola penale "testamentaria" (o sanzione testamentaria), impone all'erede o al legatario un onere, obbligandolo, ove inadempiente, ad una determinata prestazione a favore di terzi. L'applicabilità delle disposizioni in materia di clausola penale alle sanzioni testamentarie è fortemente discussa in ragione della natura unilaterale delle clausole penali testamentarie, che si discostano dalla struttura contrattuale della clausola penale. Tuttavia, in dottrina è sostenuta l'applicabilità delle norme in materia di clausola penale alle sanzioni testamentarie da coloro che ritengono di intravedere nelle sanzioni testamentarie una bilateralità causata dall'accettazione dell'eredità (o dal mancato rifiuto del legato). Cfr. G. BONILINI, *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 237; V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 158. Per un'analisi approfondita del tema cfr. A. D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria del testamento*, Milano, 1988, pp. 199 ss.

¹⁸⁹ È di questo avviso A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 132, secondo il quale sarebbe da considerare nulla la clausola avente un differente oggetto.

¹⁹⁰ La giurisprudenza è uniforme nel considerare la somma di denaro oggetto della clausola penale quale debito di valuta. Cfr. Cass., sez. un., 10 aprile 1995, n. 4126, in *Contratti*, 1995, p. 570, con nota di F. DELFINI, *Inadempimento e diritto alla risoluzione. Clausola penale e principio nominalistico*; Cass., 16 marzo 1988, n. 2468, *Giur.it.*, 1989, I, 1, p. 117.

¹⁹¹ Cfr. Cass., 8 luglio 1962, n. 2465, in *Foro it.*, 1962, I, p. 2081.

la trattazione del tema ad un separato paragrafo¹⁹². Quanto all'estensione dell'oggetto della clausola penale, si precisa che sembra lecito pattuire una determinata somma o prestazione a titolo di penale con esclusivo riferimento a uno specifico tipo di danno, come ad esempio per il solo danno emergente o per il solo danno non prevedibile¹⁹³.

La dottrina si è inoltre interrogata sulla possibilità di demandare ad un terzo la determinazione dell'ammontare della penale, ai sensi dell'art. 1349 c.c., in materia di arbitraggio¹⁹⁴. Pur non rilevando ragioni per negare la possibilità illustrata, occorre tuttavia precisare che le norme in materia di arbitraggio dovrebbero comunque essere coordinate con le disposizioni sulla riduzione della clausola penale eccessiva. In relazione al rapporto tra la disciplina dell'arbitraggio e la determinazione del contenuto della clausola penale, occorre poi domandarsi se possa essere il creditore a indicare l'ammontare della penale ai sensi dell'art. 1349 c.c. In dottrina, la possibilità è stata da più parti esclusa¹⁹⁵. Pur concordando con la tesi esposta, se si volesse

¹⁹² Sul punto cfr. *infra*. Inoltre cfr. S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, cit., p. 69; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 219 e F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 281.

¹⁹³ La Cassazione ha confermato l'efficacia di clausole che prevedano la risarcibilità del danno ulteriore limitatamente all'evento dannoso alla quale è imputata la clausola penale. Cfr. Cass. 2 dicembre 1993, n. 21013, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 359; Cass., 4 giugno 1976, n. 2020, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 222. In dottrina, cfr. S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., p. 513; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, IV, cit., p. 564.

¹⁹⁴ In dottrina, F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968 e A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 226, che ritiene che l'ammontare della penale possa essere determinato anche dal creditore, con il limite del mero arbitrio.

¹⁹⁵ Contrario alla tesi dell'ammissibilità della determinazione dell'ammontare della penale ai sensi dell'art. 1349 c.c. da parte del creditore è G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 162. In giurisprudenza cfr. P. Asti, 9 aprile 1966, in *Riv. dir. Agr.*, 1967, II, p. 89, che ha rilevato la nullità della penale che fosse determinata in via discrezionale e annualmente dal consiglio di amministrazione di una cooperativa.

sostenere la possibilità per il creditore di determinare l'oggetto della clausola penale, occorrerebbe dare rilievo al fatto che, in linea generale e senza soffermarsi specificamente sul tema della clausola penale, in dottrina è stata riconosciuta l'ammissibilità dell'arbitraggio del creditore¹⁹⁶. Estendendo tale tesi alla convenzione in esame, potrebbe dunque concludersi che il creditore possa determinare l'ammontare dovuto in caso di ritardo o inadempimento.

¹⁹⁶ Cfr. G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, p. 76; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 280; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 335. E. GABRIELLI, *I contratti in genere*, Torino, p. 900.

Capitolo 2 - L'indagine sulla funzione della clausola penale: la tesi dell'irrelevanza dell'esistenza di un danno risarcibile e l'ammissibilità di una penale per la lesione di interessi non patrimoniali

Sommario: 2.1. L'utilità dello studio della funzione della clausola penale; 2.2. La *querelle* dottrinale sulla funzione risarcitoria o punitiva della clausola penale e la sua rilevanza in relazione all'ammissibilità di una penale per il risarcimento del danno non patrimoniale; 2.3. La tesi dell'irrelevanza dell'esistenza del danno a sostegno dell'ammissibilità della penale pattuita anche a tutela di interessi non patrimoniali; 2.4. La clausola penale e la clausola di liquidazione anticipata del danno: il rigetto della tesi della funzione esclusivamente risarcitoria della penale; 2.5. Le analogie tra la caparra confirmatoria e la clausola penale sotto il profilo funzionale

2. L'indagine sulla funzione della clausola penale: la tesi dell'irrelevanza dell'esistenza di un danno risarcibile e l'ammissibilità di una penale per la lesione di interessi non patrimoniali

2.1. L'utilità dello studio della funzione della clausola penale

L'indagine sulla funzione della clausola penale sembra di primaria rilevanza, sia sotto il profilo sistematico, sia al fine di comprendere e inquadrare i diversi orientamenti interpretativi sulla disciplina della penale. In dottrina, sono state riconosciute alla clausola penale differenti funzioni. In particolare si possono individuare tre teorie che hanno rispettivamente inquadrato la clausola penale come un patto che svolge prevalentemente la funzione risarcitoria, la funzione punitiva (o sanzionatoria) o contemporaneamente entrambe le funzioni. La terza ricostruzione proposta sembra quella preferibile, in quanto prende in considerazione sia la tipicità della clausola in relazione all'irrelevanza della prova dell'ammontare del danno, effetto che può essere ricondotto alla funzione sanzionatoria, sia la caratteristica di liquidare in via forfettaria e anticipata il danno, che

integra la funzione risarcitoria. Cionondimeno, giova verificare le potenzialità interpretative che conseguono, in astratto, all'adesione a ognuna delle tre teorie sia allo scopo, come anticipato, di inquadrare sistematicamente la ricerca sulle decisioni giurisprudenziali in materia di clausola penale, sia al fine di determinare l'ampiezza del potere negoziale delle parti rispetto a quello di controllo del giudice che sempre più sovente la giurisprudenza afferma. A titolo esemplificativo, se si ritenesse corretta la tesi secondo la quale la clausola penale svolge una funzione preminentemente punitiva potrebbe giungersi ad affermare l'irrelevanza non solo della prova del danno in capo al creditore, ma anche dell'esistenza del danno stesso. Di tal modo, potrebbe sostenersi l'ammissibilità della penale pattuita anche per il risarcimento del danno non patrimoniale. All'opposto, l'indagine circa le conseguenze derivanti dall'adesione alla teoria secondo la quale la penale adempirebbe esclusivamente una funzione risarcitoria, rende rilevante lo studio delle analogie e delle differenze esistenti tra questa e la clausola di liquidazione anticipata del danno. Occorrerà inoltre verificare l'ammissibilità e, successivamente, l'utilità in concreto di tale convenzione con riferimento al nostro ordinamento.

Infine, nel presente capitolo, lo studio funzionale della clausola penale sarà messo in relazione all'analisi condotta in materia di caparra confirmatoria in senso comparatistico, al fine di determinare le analogie e le differenze esistenti tra le due clausole. Un tale approccio può consentire di prendere posizione su alcune delle questioni attinenti all'applicabilità di norme riservate dal Codice civile all'una o all'altra convenzione, ma comunemente utilizzate dall'interprete al fine di garantire il riequilibrio tra l'ammontare oggetto della clausola sul risarcimento del danno in questione (la caparra confirmatoria o la clausola penale) e la lesione effettivamente patita dal creditore. Ci si riferisce, ad esempio, alla possibilità di applicare analogicamente la norma in materia di riduzione della clausola penale alla caparra confirmatoria, che sarà oggetto di approfondimento nei capitoli successivi.

2.2. *La querelle dottrinale sulla funzione risarcitoria o punitiva della clausola penale e la sua rilevanza in relazione all'ammissibilità di una penale per il risarcimento del danno non patrimoniale*

La clausola penale ha l'effetto di rafforzare l'obbligazione principale, poiché, per non incorrere nella penalità, il debitore è stimolato ad adempiere¹⁹⁷. Con il pagamento della penale, il rapporto tra i contraenti è regolato e la parte inadempiente non riceve nulla a titolo di adempimento dell'obbligazione contrattuale. Da qui l'effetto coercitivo della clausola, che rafforza il rapporto principale.

Tale effetto non è nominato nelle norme dedicate alla clausola penale nel Codice civile vigente, mentre l'art. 1209 del Codice civile del 1865 riportava un inciso che giustificava la previsione di una clausola penale da parte dei contraenti, prevedendo che «la clausola penale è quella con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione»¹⁹⁸. La scelta di evitare un espresso riferimento alla funzione coercitiva della penale nel Codice civile è stata motivata nella Relazione al Codice civile del 1942, ove si legge che la funzione di coercizione è solo indiretta e, pertanto, non richiamata espressamente¹⁹⁹. Non sembra, tuttavia, contestabile che la convenzione sul risarcimento del danno in esame abbia un

¹⁹⁷ La Corte di Cassazione ha più volte affermato che la clausola penale rappresenta un mezzo rafforzativo del vincolo contrattuale. Cfr., *ex multis*, Cass., 22 settembre 2011, n. 19358, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Contratto in genere*, n. 425; Cass., 13 gennaio 2005, n. 591, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 523.

¹⁹⁸ Indaga approfonditamente la diversità tra le due discipline S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P. Schlesiger, Milano, 1999, pp. 50 ss. Cfr., inoltre, V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 192.

¹⁹⁹ Cfr. Relazione al Codice civile, par. 633: «Nell'art. 1382 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegnava l'art. 1209 cod. civ. del 1865, perché tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale, mentre direttamente la coazione all'adempimento viene dall'obbligo di risarcire il danno, di cui la clausola agevola l'esecuzione: la agevola evitando la prova del danno (art. 1382, secondo comma)».

contenuto funzionale coercitivo nei confronti delle parti obbligate nel contratto principale sotto il profilo oggettivo (in caso di inadempimento o ritardo sarà infatti dovuta la penale) e dal punto di vista psicologico (la coercizione ha modo di esplicitarsi proprio in quanto la parte sia edotta delle conseguenze astrattamente derivabili dal suo ritardo o inadempimento).

Come è accaduto per la caparra confirmatoria, la dottrina, pur individuando quale principale funzione della clausola penale quella di rafforzare l'obbligazione principale, ha specificato sue ulteriori funzioni, sostenendo la prevalenza dell'una o dell'altra. Come anticipato, alcuni autori hanno ritenuto che la clausola penale abbia una funzione prevalentemente risarcitoria del patrimonio del creditore leso dall'inadempimento o dal ritardo del debitore²⁰⁰, mentre altri hanno individuato come principale funzione quella punitiva o sanzionatoria²⁰¹. Con riferimento alla disciplina della clausola penale, i primi trovano supporto nella lettera dell'art. 1382, comma 1°, c.c., che prevede che la penale limiti il risarcimento del danno. Coloro i quali ritengono che prevalga la funzione punitiva trovano conferma nel comma 2° dell'art. 1382 c.c., che stabilisce l'irrilevanza della prova del danno, spezzando il collegamento causale tra il pagamento della penale e l'entità del danno risarcibile²⁰². Nessuna delle due tesi sembra descrivere con sufficiente completezza la funzione svolta dalla clausola penale. La prima delle teorie prospettate, secondo la quale la funzione della penale sarebbe più che altro risarcitoria, non sembra tenere in adeguata considerazione l'effetto tipico della clausola penale, ossia quello di esonerare dalla prova del danno subito. La seconda posizione dottrinale incontra, invece, una fondamentale obiezione

²⁰⁰ Sono di questo avviso C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Novissimo Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 19 e F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1968, p. 209.

²⁰¹ Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI Roma, 1988, p. 188; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., p. 511; V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 21.

²⁰² Cfr. D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1988, II, p. 80, che si riferisce addirittura alla mancanza di connessione causale tra il pagamento della penale e l'esistenza del danno.

nella tesi che nega che possa essere affidato un potere sanzionatorio all'autonomia privata²⁰³. Una tesi intermedia, che pare preferibile, identifica, invece, nella clausola penale la capacità di svolgere entrambe le funzioni, quella risarcitoria e quella punitiva²⁰⁴. Quest'ultima teoria convince in quanto le due funzioni non solo sono svolte dalla clausola penale, ma paiono anche entrambe necessarie per il dispiegarsi dell'effetto rafforzativo tipico della convenzione. A ben vedere, infatti, la funzione risarcitoria, svolta a vantaggio del creditore, impone l'esplicarsi di un effetto punitivo sulla controparte, che vede diminuito il suo patrimonio o che, comunque, deve adempiere all'obbligazione oggetto della clausola penale. Viceversa, alla funzione punitiva del debitore corrisponde l'effetto risarcitorio a vantaggio del creditore.

Per completezza espositiva si segnala che, tra le funzioni attribuibili alla clausola penale, la dottrina ne ha evidenziate altre, che sono desumibili dalla lettera delle norme a disciplina della penale o che possono essere rilevate nell'ambito del caso specifico in cui è utilizzata la clausola²⁰⁵. Tra queste, pare di fondamentale rilevanza la funzione di liquidazione preventiva e forfettaria del danno risarcibile, richiamata dal disposto dell'art. 1382, comma 1° c.c., che prevede che l'ammontare della penale limiti il risarcimento del danno per futuri inadempimenti o ritardi nell'adempimento.

Sempre in relazione all'esame delle funzioni che la clausola penale è idonea a svolgere, occorre inoltre rilevare che le parti scelgono di ricorrere allo strumento della penale non solo per anticipare la

²⁰³ Cfr. V. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 206; C. M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, pp. 227 ss.

²⁰⁴ Cfr. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014, p. 154; G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, sub artt. 1321-1469, *Dei contratti in generali*, Torino, 1980, p. 334; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni, III, L'attuazione*, Milano, 1964, p. 480.

²⁰⁵ Un'elencazione precisa e completa è presente in G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 240, che procede nell'individuare le possibili funzioni della clausola penale a partire dal caso concreto, e non in base a ricostruzioni a priori.

forfettizzazione del risarcimento, ma anche qualora ritengano che le regole generali in materia di risarcimento del danno non siano idonee a tutelare adeguatamente i loro interessi, economici e non²⁰⁶. In altri termini, la clausola penale pare assumere particolare rilevanza ed utilità in quei casi in cui sarebbe difficile ottenere ristoro tramite le vie ordinarie²⁰⁷. Ciò si verifica, ad esempio, quando risulta

²⁰⁶ Si pensi ad esempio al caso di una clausola penale prevista dallo statuto associativo nei confronti degli associati che abbiano violato regole di comportamento imposte dallo statuto. Nello specifico in caso di inadempimento di patti parasociali di sindacato di voto o di blocco, la clausola penale sembra in grado di garantire la vincolatività del patto, che altrimenti sarebbe minata dalla difficoltà di dare prova in giudizio del danno da inadempimento. La rilevanza dell'attribuzione di una o dell'altra funzione alla clausola penale, inoltre, pare idonea ad incidere nell'ambito del giudizio sulla riducibilità della clausola penale eccessiva, limitando in modo più o meno stringente il potere del giudice di ridurre la penale prevista. In dottrina, inoltre, è stato posto il problema dell'ammissibilità del risarcimento di un danno non patrimoniale tramite la clausola penale. Cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 134 che ha rilevato che non pare in discussione l'efficacia di una clausola penale espressamente destinata a risarcire la lesione di interessi non patrimoniale. Sembra invece dubbio se i contraenti debbano prevedere espressamente la clausola per il risarcimento del danno non patrimoniale. La questione è risolta dall'A. abbracciando la tesi secondo la quale la clausola penale ha funzione di risarcire entrambi i danni, ma rileva l'utilità, al fine di orientare il sindacato del giudice sulla congruità dell'importo, di indicare esattamente a quale posta risarcitoria la clausola penale si riferisce.

²⁰⁷ Precisa F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 130, che la questione di determinare se sia irrilevante la prova o l'esistenza stessa del danno assume rilievo qualora, ad esempio, la penale risponda a «interessi affettivi, difficilmente risarcibili secondo le norme legali, o svolga una funzione punitiva». La clausola penale, afferma l'A., è infatti considerata dalla dottrina italiana un efficiente mezzo di tutela di interessi non patrimoniali altrimenti non risarcibili, citando il caso evidenziato da V. ZENO ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 87, secondo il quale è possibile inserire nel regolamento contrattuale una clausola penale per il risarcimento del danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento e S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa e dir. privato*, 2012, p. 447, che identifica la clausola penale quale strumento di

particolarmente ardua la prova del danno subito in giudizio²⁰⁸. In via generale, riconoscendo alla penale la funzione “mista” risarcitoria e punitiva, sembra che limitare l’ambito di operatività della clausola ai soli danni risarcibili secondo le regole legali potrebbe fortemente limitare l’utilità, in concreto, della clausola. Di contro, occorre osservare che la convenzione è comunque logicamente sottoposta al vaglio giudiziale di eccessività di cui all’art. 1384 c.c. Dunque, la parte debitrice potrà tentare di ridurre l’ammontare stabilito nella clausola penale facendo valere l’inesistenza o la non risarcibilità del danno secondo le regole ordinarie e, in tale circostanza, il giudice, anche qualora non negasse l’ammissibilità della penale pattuita per il risarcimento di un danno di norma non risarcibile, potrebbe effettuare una valutazione in concreto tale da ridurre la penale. Nel caso in cui sorgesse un conflitto o si instaurasse un procedimento giudiziale sull’ammontare della penale, il creditore, infatti, dovrebbe comunque riuscire a dimostrare l’adeguatezza della penale prevista all’interesse che egli aveva alla prestazione.

2.3. La tesi dell’irrelevanza dell’esistenza del danno a sostegno dell’ammissibilità della penale pattuita anche a tutela di interessi non patrimoniali

Pur aderendo alla teoria della dottrina maggioritaria, secondo la quale la clausola penale è idonea a svolgere contemporaneamente la funzione risarcitoria e quella sanzionatoria (o punitiva), sembra utile rilevare che l’ammissibilità di una penale per il danno non patrimoniale potrebbe essere derivata in modo lineare sostenendo la teoria della prevalente funzione sanzionatoria. Come è stato anticipato, infatti, a sostegno della tesi dell’ammissibilità di una penale pattuita per il danno non patrimoniale, parte della dottrina ha richiamato la previsione di cui all’art. 1382, 2° comma, c.c., che

attribuzione pattizia di valenza patrimoniale ad un interesse non patrimoniale.

²⁰⁸ Si pensi, ancora, al caso della violazione di un sindacato di blocco in una società per azioni con il conseguente mutamento del controllo societario. La prova del danno subito dai partecipanti al sindacato risulterebbe particolarmente ardua, poiché dovrebbe essere dimostrato che la precedente gestione societaria avrebbe condotto a migliori risultati.

prevede l'esonero del creditore dalla prova del danno²⁰⁹. Aderendo alla posizione dottrinale descritta, la previsione potrebbe intendersi nel senso di negare *tout court* la necessità che esista un danno per l'operatività della clausola penale, avendo la clausola funzione preminentemente punitiva, e considerandosi di conseguenza ammissibili anche clausole penali per danni di norma non risarcibili, come, ad esempio, la sofferenza derivante dall'inadempimento contrattuale.

La tesi potrebbe risultare ulteriormente confermata dalla previsione di cui all'art. 1384 c.c., sulla riducibilità della penale manifestamente eccessiva, in quanto la norma indica, quale criterio che il giudice deve adoperare nella valutazione circa l'eccessività e la possibile riducibilità della clausola penale, non quello dell'effettiva entità del danno, bensì quello dell'interesse del creditore all'adempimento. Il riferimento letterale all'interesse del creditore all'adempimento, piuttosto che alla consistenza del danno, infatti, potrebbe essere interpretato quale indice dell'irrelevanza dell'esistenza di un danno effettivo e della conseguente negoziabilità di una clausola penale per il danno non patrimoniale. Tuttavia, come sarà osservato nella trattazione che segue, l'argomento perde di incisività se si considera che il criterio dell'interesse della parte all'adempimento di cui all'art. 1384 c.c., è stato in via preferenziale interpretato dalla giurisprudenza dando rilevanza all'interesse che il creditore ha all'adempimento *ex post*, ossia con riferimento al danno effettivamente patito dalla parte non inadempiente. A riprova della scarsa rilevanza del dato, si osservi che un'espressione di simile

²⁰⁹ Cfr. S. PATTI, *Prove*, in *Commentario del codice civile e codici collegati* Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. DE NOVA, *sub artt.* 2697-2739, Bologna, 2015, p. 273; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 533; A. BUTERA, *Il codice civile italiano commentato. Libro delle obbligazioni*, I, Torino, 1943, p. 355. M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario del codice civile*, a cura di M. D'Amelio e E. Finzi, I, Firenze, 1948, p. 537 e D. RUSSI, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010, p. 85, fanno riferimento all'inversione dell'onere della prova quale effetto della clausola penale. Non è più il creditore che deve provare il danno, ma è il debitore che è ammesso a dare prova del fatto di non aver cagionato alcun danno o un danno eventualmente inferiore alla penale.

portata è prevista anche con riferimento alla non scarsa rilevanza dell'inadempimento da cui possa derivare responsabilità contrattuale di cui all'art. 1455 c.c. Anche in tale caso, pur riferendosi a un danno patrimoniale, il legislatore indica il criterio della non scarsa rilevanza in rapporto all'interesse della parte non inadempiente, senza per ciò voler includere, nel danno risarcibile, il danno non patrimoniale. Tuttavia, pur non potendo usufruire di quest'ultimo argomento, sembra comunque che, aderendo alla tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza secondo la quale la clausola penale può assolvere tanto la funzione risarcitoria, quanto la funzione punitiva, sia possibile ammettere la risarcibilità, tramite la previsione di una penale, anche del danno non patrimoniale o di quei danni che non sarebbero risarcibili in base alle norme generali, specialmente in considerazione dell'esistenza, per tramite dell'art. 1384 c.c. di una norma che ammette in ogni caso il controllo giudiziale circa l'eccessività della penale rispetto al danno effettivamente subito.

2.4. La clausola penale e la clausola di liquidazione anticipata del danno: il rigetto della tesi della funzione esclusivamente risarcitoria della penale

Sotto il profilo funzionale, nell'opposta prospettiva interpretativa rispetto a quella appena ricostruita, alla clausola penale è riconosciuta una funzione preminentemente risarcitoria. Se l'incidenza della funzione punitiva nella clausola penale si ritenesse trascurabile, nella struttura della convenzione risulterebbe nuovamente rilevante la circostanza dell'esistenza del danno. La funzione svolta dalla clausola penale sarebbe proprio quella di risarcire il danno subito, che dovrebbe necessariamente esistere. Una clausola penale interpretata alla luce di questo orientamento, pare presentare molteplici analogie con la clausola di mera liquidazione anticipata del danno, che svolge essenzialmente la funzione risarcitoria, ma che non produce l'effetto tipico della clausola penale di sollevare le parti dalla necessità di dare prova del danno in giudizio. Ciò spinge ad accogliere definitivamente la concezione della clausola penale come una convenzione con almeno una duplice funzione: quella risarcitoria e quella sanzionatoria.

Le convenzioni di liquidazione anticipata del danno si differenziano dalla clausola penale proprio in ragione della mancanza di una qual

si voglia funzione punitiva, costituendo patti aggiunti al regolamento contrattuale con cui le parti concordano, in via preventiva, la misura del risarcimento del danno. Affinché la clausola sia efficace, pertanto, è necessaria l'esistenza del danno, che dovrà essere provata. In ciò risiede la differenza rispetto alla clausola penale, la cui efficacia non richiede la prova del danno. La clausola di liquidazione anticipata del danno, al pari della clausola penale e della caparra confirmatoria, può svolgere utilmente la funzione di stabilire in via anticipata l'ammontare del danno, rispondendo all'esigenza delle parti di predeterminare le possibili conseguenze economiche dei loro affari. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui il danno è di difficile liquidazione, come nel campo del diritto industriale o in quei settori in cui il giudice ricorre solitamente all'ausilio di una consulenza tecnica d'ufficio per determinare il *quantum* dovuto.

In via generale, la clausola di liquidazione forfettaria anticipata del danno sembra certamente ammissibile nel nostro ordinamento²¹⁰. Difatti, sebbene non sia possibile individuare un appiglio normativo tipico, per determinare l'ammissibilità della clausola sarebbe sufficiente richiamare la natura dispositiva della disciplina in materia di risarcimento del danno²¹¹. La stipulazione della clausola di quantificazione preventiva dell'ammontare del danno che lasci inalterate le regole in materia di prova dell'esistenza del danno sembra quindi ammissibile: in caso di giudizio, dovrà essere provato solo l'*an*, e non il *quantum* del danno subito. Inoltre, è stato osservato che la deroga imposta alle regole generali in materia di risarcimento dalla clausola di liquidazione anticipata del danno è minore rispetto alla deroga imposta dalla disciplina in materia di clausola penale. Di converso, in caso di conflitto tra le parti, l'utilità

²¹⁰ In vigore del Codice civile del 1865, la dottrina si era espressa a favore dell'ammissibilità della clausola di liquidazione anticipata del danno facendo leva sull'art. 1230, 1° comma, che recitava: «Quando la convenzione stabilisce che colui il quale mancherà di eseguirla debba pagare una determinata somma a titolo di danni, non si può attribuire all'altra parte una somma maggiore o minore».

²¹¹ Cfr. *supra*.

della clausola nel limitare il contenzioso giudiziale pare più limitata, in quanto occorre in giudizio la prova del danno subito²¹².

Da ultimo, data l'affinità evidenziata tra la clausola penale e la clausola di liquidazione anticipata del danno, pare utile domandarsi se a quest'ultima sia applicabile la norma in materia di riducibilità della penale eccessiva²¹³. Qualora si ammetta la configurabilità della clausola di liquidazione anticipata del danno come una clausola penale "speciale" che richieda, per la sua efficacia, la prova dell'esistenza del danno in giudizio, si dovrebbe concludere per l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. Tuttavia, si osserva che decidere per l'applicabilità della citata norma comporterebbe il rischio di vanificare definitivamente l'intento delle parti e la funzione risarcitoria della clausola di liquidazione preventiva del danno. D'altro canto, con riferimento ai criteri interpretativi che si registrano nella più recente giurisprudenza, riconoscere alle parti un diritto alla pattuizione di un ammontare del danno manifestamente eccessivo nella clausola di liquidazione anticipata del danno, e non nella penale, parrebbe quantomeno poco in linea con il diffuso orientamento giurisprudenziale teso a riconoscere un potere di controllo del giudice sempre più ampio²¹⁴.

2.5. Le analogie tra la caparra confirmatoria e la clausola penale sotto il profilo funzionale

A fronte dell'analisi funzionale condotta con riferimento alla caparra confirmatoria e alla clausola penale, pare utile esaminare le analogie rilevabili tra le due convenzioni. Entrambe le convenzioni svolgono una medesima funzione di determinazione preventiva e forfettaria del

²¹² Se la clausola fosse qualificata come una clausola penale, dovrebbe ritenersi applicabile l'art. 1384 c.c. in materia di riduzione della penale. A ben vedere, pare che la clausola di liquidazione anticipata del danno possa essere strutturata come una clausola penale sottoposta alla condizione sospensiva che sia provata l'esistenza del danno subito.

²¹³ Nega che la clausola di liquidazione anticipata del danno possa essere considerata una clausola penale V. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 240.

²¹⁴ Per una rassegna delle decisioni favorevoli all'ampliamento del potere correttivo del giudice cfr. *infra*.

danno da inadempimento. Infatti, come è già stato sottolineato, nonostante la struttura della caparra confirmatoria sia simile a quella della caparra penitenziale, pare che sotto il profilo funzionale caparra confirmatoria e clausola penale siano più affini. Quando le parti prestano la caparra confirmatoria, infatti, mirano a ridurre il rischio nel caso di inadempimento contrattuale, oltre che ad anticipare parte della prestazione dovuta, confermando l'intenzione di contrattare. In maniera analoga, l'intenzione delle parti che prevedono una clausola penale è quella di ridurre l'incertezza giuridica per l'evenienza dell'inadempimento contrattuale²¹⁵. La funzione coercitiva indiretta sembra, dunque, comune alla caparra confirmatoria e alla clausola penale, poiché entrambe rafforzano il vincolo obbligatorio. Si è già rilevato come in passato la clausola penale e la caparra confirmatoria fossero considerate due tipologie del medesimo istituto: ci si riferiva alla caparra confirmatoria come ad una «clausola penale impropria»²¹⁶, mentre, in epoca moderna, la vicinanza funzionale tra la clausola penale e la caparra confirmatoria è testimoniata dall'accostamento sul piano sistematico dei due istituti in diverse codificazioni come, ad esempio, quella austriaca, tedesca e svizzera²¹⁷.

La funzione coercitiva descritta pare invece meno evidente nella caparra penitenziale, tanto che in dottrina è stato sostenuto che partecipi a diminuire la vincolatività dell'obbligo assunto²¹⁸.

²¹⁵ A conferma di tale affermazione, è stato rilevato che gli strumenti di diritto internazionale disciplinano in modo unitario le clausole sul risarcimento del danno. Cfr. *supra*.

²¹⁶ Così G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, p. 163 e A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 187. Per un raffronto tra i due istituti cfr. anche S. MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da Schlesinger, artt. 1382-1384, Milano, 1999, pp. 48-61.

²¹⁷ Cfr. F. P. PATTI, voce *Caparra* (diritto comparato), in *Dig. disc. Priv. Sez. civ.*, 9° agg., Torino, 2014, p. 12.

²¹⁸ Cfr. A. MARINI, voce *Caparra. Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 4; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1980, p. 345.

Tuttavia, come anticipato, l'enunciato non è condivisibile, in quanto la caparra penitenziale rende oneroso il recesso unilaterale dal vincolo contrattuale²¹⁹.

Quanto alle differenze che possono essere rilevate tra le due clausole, si osserva che, dal punto di vista funzionale, la clausola penale non adempie il ruolo confirmatorio tipico della caparra. A ben vedere, le due convenzioni si atteggiavano diversamente anche in relazione al rapporto intercorrente con il rimedio generale della risoluzione del contratto, poiché la clausola penale determina l'ammontare del risarcimento nel caso di risoluzione, mentre la caparra confirmatoria cede in via integrale il passo ai rimedi della risoluzione e del risarcimento del danno secondo le regole ordinarie, laddove il creditore preferisca domandare tali rimedi al posto di quelli tipici di cui all'art. 1385, comma 2° c.c., ossia la ritenzione della caparra o l'incameramento del *duplum*.

²¹⁹ Cfr. V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 204.

Parte V - La clausola penale e il sistema risarcitorio

Capitolo 1 - L'applicabilità delle regole generali in materia di responsabilità contrattuale alla clausola penale e i presupposti per il pagamento della penale

Sommario: 1.1. L'approccio metodologico adottato per l'esame dei presupposti per il pagamento della penale; 1.2. L'applicabilità delle regole generali in materia di inadempimento e risarcimento del danno alla clausola penale; 1.3. Il rapporto tra la disciplina in materia di mora del debitore e la penale per il ritardo: la mancanza dell'onere di mettere in mora il debitore; 1.4. I rilievi della dottrina sul rischio dell'eccessiva penalizzazione del debitore in caso di automatica operatività della clausola penale

1. L'applicabilità delle regole generali in materia di responsabilità contrattuale alla clausola penale e i presupposti per il pagamento della penale

1.1. L'approccio metodologico adottato per l'esame dei presupposti per il pagamento della penale

Per determinare i presupposti sulla base dei quali il creditore può domandare la penale al debitore in caso di ritardo o inadempimento della prestazione principale, occorre verificare se i principi generali in materia di risarcimento del danno siano applicabili anche alla clausola penale. In particolare, ci si riferisce al principio della responsabilità contrattuale, secondo il quale l'inadempimento deve essere imputabile e di non scarsa importanza per dare luogo a responsabilità, che sarà preso in considerazione per determinare in quale misura sia applicabile quando è prevista una clausola penale per l'inadempimento nel regolamento contrattuale. Per quanto concerne la penale prevista per il ritardo, si fa invece riferimento alle regole in materia di mora del debitore. Si prenderà in esame la posizione della dottrina che ha sostenuto l'automatismo della messa in mora in caso di ritardo nell'esecuzione della prestazione, laddove

sia stata prevista una clausola penale, e la posizione contraria, tentando di individuare il rapporto esistente tra le regole in materia di mora del debitore e la disciplina speciale dedicata alla clausola penale. Inoltre, saranno esaminati i diversi orientamenti della giurisprudenza a riguardo.

1.2. L'applicabilità delle regole generali in materia di inadempimento e risarcimento del danno alla clausola penale

Al fine di determinare quali siano i presupposti sulla base dei quali il creditore può domandare il pagamento della penale al debitore inadempiente o ritardatario, occorre esaminare il rapporto esistente tra le regole generali in materia di inadempimento e risarcimento del danno e la disciplina in materia di clausola penale. Come è stato anticipato, la clausola penale solleva il creditore dalla necessità di dare prova del danno subito²²⁰. Di conseguenza, pare potersi affermare che perde rilevanza, e dunque non è richiesta, la valutazione circa la non scarsa importanza dell'inadempimento.

Per far sorgere l'obbligazione oggetto della clausola penale è invece da considerarsi applicabile il criterio dell'imputabilità del danno cagionato al debitore. Come accade per la caparra confirmatoria, anche per poter domandare l'esecuzione della prestazione oggetto della clausola penale è necessario che l'inadempimento o il ritardo siano imputabili al debitore²²¹. Di conseguenza, il debitore non potrà essere tenuto al pagamento della penale se l'inadempimento o il ritardo nella prestazione derivano da cause a lui non ascrivibili e se questi è in grado di dimostrarlo. Anche la giurisprudenza ha rilevato che, nonostante la previsione della clausola penale, il citato principio generale di responsabilità contrattuale rimane applicabile²²². A ben

²²⁰ Per un esame delle teorie secondo le quali non sarebbe affatto necessaria l'esistenza del danno cfr. *supra*.

²²¹ Sono di questo avviso A. ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 900; C. M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 229; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1982, p. 115. A corollario del principio, dunque, la penale non è dovuta neppure quando è il creditore a provocare l'inadempimento.

²²² Cfr. Cass., 10 maggio 2012, n. 7189, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1205, con nota di A. PALMIERI, *Art. 1384 c.c. e sopravvenienze: ulteriore*

vedere, infatti, qualora il pagamento della penale fosse pattuito anche per l'ipotesi di inadempimento non imputabile, sotto il profilo della qualificazione giuridica non si tratterebbe più di una semplice clausola penale, bensì di una clausola di assunzione del rischio²²³.

Dal punto di vista strettamente processuale, il regime probatorio generale previsto per l'azione di adempimento, di risoluzione o per l'azione autonoma di risarcimento del danno pare applicabile anche laddove il creditore richieda in giudizio l'adempimento della prestazione oggetto della clausola penale. Sulla base dell'orientamento espresso nella decisione della Suprema Corte a sezioni unite nel 2001, sembra potersi affermare che l'inadempimento possa essere semplicemente allegato dal creditore, insieme al titolo, incombendo la controprova sul debitore²²⁴.

arretramento della funzione sanzionatoria della clausola penale; Cass., 30 gennaio 1995, n. 1097, in *Giur.it.*, 1996, I, 1, p. 403; Cass., 2 agosto 1984, n. 4603, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, n. 186.

²²³ In questo senso cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 237; G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., p. 410. Ritiene invece che la clausola sia comunque qualificabile quale penale, estendendo la responsabilità del debitore anche al caso della causa di inadempimento o ritardo a lui non imputabile, V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 38.

²²⁴ Cfr., Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, p. 769. In dottrina, cfr. F. S. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, pp. 209 ss. La sentenza ha composto il conflitto tra quell'orientamento minoritario della Cassazione che riconosce l'unicità del regime probatorio da applicare all'azione di inadempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno da inadempimento, e l'orientamento contrapposto secondo il quale sarebbero applicabili due differenti regimi probatori a seconda che il creditore richieda l'adempimento o la risoluzione. Il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento. Eguale criterio di riparto dell'onere della prova si applica se il debitore, convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno da inadempimento, si avvalga

1.3. Il rapporto tra la disciplina in materia di mora del debitore e la penale per il ritardo: la mancanza dell'onere di mettere in mora il debitore

Con riferimento al caso della clausola penale pattuita per il ritardo nell'esecuzione della prestazione principale, occorre verificare in che modo la disciplina prevista dal Codice civile in materia di clausola penale si coordini con la normativa dettata per il caso del ritardo nell'adempimento in generale. L'esame dell'applicabilità dei principi in materia di mora del debitore alla clausola penale, deve tenere conto di due opposti orientamenti dottrinali²²⁵. Secondo una prima tesi, il ritardo o l'inadempimento della prestazione, sommato alla richiesta della penale, renderebbero non più necessaria la messa in mora del debitore e automatica l'operatività della clausola penale. Secondo una tesi di segno opposto, invece, l'operatività della clausola penale per il ritardo dovrebbe essere sottoposta alle regole generali in materia di inadempimento e di messa in mora. In base a questa seconda posizione, la tesi dell'automatica operatività della clausola penale sembrerebbe, infatti, contrastare con il criterio più volte affermato dalla giurisprudenza secondo il quale la previsione di una clausola penale non altera le regole generali previste in materia di responsabilità contrattuale²²⁶.

dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. per paralizzare la pretesa dell'attore. Di contro, con riferimento alla clausola penale, al fine di sostenere l'inesistenza di profili di responsabilità contrattuale, l'impiego del mezzo di difesa della non imputabilità del ritardo o dell'inadempimento pare comportare per il debitore, anche nel caso specifico della clausola penale, la difficoltà di dare prova della mancanza di imputabilità.

²²⁵ In materia di mora del debitore, cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Mora del debitore*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1976, p. 939

²²⁶ Sostiene l'operatività dei principi generali in materia di responsabilità C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1979, pp. 193 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, cit., pp. 111 ss.; R. TUMIATI RAVENNA, *La clausola penale è operativa senza la costituzione in mora del debitore?*, in *Giust. civ.*, 1954, I, pp. 765 ss. Sostengono, invece, la tesi dell'automatica operatività della clausola penale A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 229; V. M. TRIMARCHI, *Penale per il caso di ritardo*

Anche la giurisprudenza ha assunto posizioni differenti con riferimento al coordinamento tra disciplina di cui agli artt. 1382 c.c. ss. e le norme in materia di mora del debitore nel caso in cui la penale sia pattuita per il ritardo. In un primo momento la Corte di Cassazione, abbracciando la seconda delle posizioni dottrinali esposte, aveva stabilito che l'operatività della penale pattuita per il ritardo nell'adempimento necessitasse della messa in mora del debitore, secondo le regole di cui all'art. 1219 c.c.²²⁷. Questa interpretazione muoveva, appunto, dal presupposto dell'applicabilità dei principi generali di responsabilità contrattuale anche al pagamento della penale. La giurisprudenza più recente, invece, ha mutato orientamento, sostenendo che non sia necessario costituire in mora il debitore perché sorga l'obbligazione del pagamento della penale.

Dal punto di vista logico e sistematico, si osserva, tuttavia, che la questione pare assumere rilevanza solo nei casi in cui è necessaria, secondo le regole generali, la costituzione in mora del creditore. Più precisamente, quando la costituzione in mora non è richiesta (come accade quando il danno derivi da fatto illecito, quando il debitore abbia dichiarato per iscritto di non voler adempiere o nel più frequente caso in cui la prestazione debba essere eseguita al domicilio del creditore e il termine pattuito è scaduto) nulla muterebbe nel funzionamento del meccanismo operativo della penale, neppure aderendo all'orientamento secondo il quale sarebbe applicabile la regola generale in materia di mora del debitore: questi sarebbe automaticamente tenuto al pagamento della somma pattuita nella clausola penale, poiché anche secondo i principi generali, non

nell'adempimento, cit., p. 446; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 28; G. IORIO, *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012, p. 197; A. MAGAZZÙ, voce *Mora del debitore*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 936.

²²⁷ Rimane salvo il caso in cui le parti non abbiano diversamente disposto. Cfr. Cass., 17 dicembre 1976, n. 4664, in *Rep. Giur. it.*, 1976, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 167, in cui è affermato che la clausola penale non sottrae il rapporto alla disciplina generale delle obbligazioni, e App. Firenze, 31 ottobre 1952, con nota di V. M. TRIMARCHI, *Penale per il caso di ritardo nell'adempimento e mora del debitore*.

sarebbe necessaria la messa in mora del debitore. Invece, nei casi in cui risulta necessaria la costituzione in mora, aderendo alla tesi dell'applicazione dei principi generali, l'operatività della penale risulterebbe soggetta al prerequisite della costituzione in mora del debitore.

Di contro, aderendo alla tesi dell'automatica operatività della clausola penale, risulterebbe che, anche quando fosse necessaria la costituzione in mora ai sensi dell'art. 1219 c.c., la pattuizione di una penale per il ritardo solleverebbe il creditore dall'onere di mettere in mora il debitore²²⁸. Pertanto il pagamento della penale sarebbe dovuto automaticamente anche nei casi in cui la messa in mora fosse necessaria ai sensi dell'art. 1219 c.c., come nel caso di mancata pattuizione di un termine per il decorrere dell'operatività della penale (caso che pare presentarsi con poca frequenza laddove sia pattuita una penale per il ritardo) o nel caso di scadenza del termine e prestazione da eseguirsi presso il domicilio del debitore.

A sostegno della tesi dell'automatica operatività della clausola penale, è possibile addurre un argomento di carattere storico, in quanto nel precedente Codice civile era espressamente previsto, all'art. 1213, che «se l'obbligazione principale contiene un termine nel quale deve eseguirsi, la pena s'incorre quando il termine viene a scadere; se l'obbligazione non contiene un termine, la pena non s'incorre dal debitore se non quando è costituito in mora». La mancanza di una specifica indicazione analoga a quella citata del Codice civile del 1865 tra le norme dedicate alla clausola penale,

²²⁸ Cfr. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Riv. not.*, 2000, p. 488, in cui è stabilito che «insussistente è, poi, la violazione degli artt. 1219, 1382 c.c. denunciata con il secondo mezzo sul presupposto che avrebbe errato la Corte di Perugia nel confermare la decorrenza della penale dal giorno di scadenza del termine contrattualmente fissato anziché da quello di costituzione in mora da parte del committente» e «contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la costituzione in mora ex art. 1219 cit. non è invero richiesta in presenza di una clausola penale per l'inadempimento o per il ritardo ai sensi dell'art. 1382 c.c., per effetto della quale (risalente a concorde predeterminazione delle parti) la penale è automaticamente appunto dovuta a seguito del concreto verificarsi di detti eventi». Cfr. anche Cass., 6 ottobre 1978, n. 4463, in *Rep. Giur.it.*, 1978, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 244.

potrebbe essere interpretata quale indicazione della volontà del legislatore di stabilire l'automatica operatività della clausola penale nel caso della mancanza della pattuizione di un termine.

1.4. I rilievi della dottrina sul rischio dell'eccessiva penalizzazione del debitore in caso di automatica operatività della clausola penale

Come è noto, la clausola penale pattuita per il ritardo è solitamente strutturata per accrescere con il trascorrere dei giorni o dei mesi. Di conseguenza, parte della dottrina ha evidenziato che la regola secondo la quale non sarebbe necessaria la messa in mora da parte del creditore potrebbe risultare fortemente penalizzante e gravosa per il debitore che, nel caso prospettato, avrebbe tutto l'interesse all'individuazione precisa del momento a partire dal quale è dovuta la penale²²⁹. Evidenziando la *ratio* della disciplina sulla mora nell'intento di evitare una eccessiva penalizzazione del debitore²³⁰, la teoria dell'automatica operatività della penale in caso di ritardo nell'adempimento parrebbe in contrasto con la disciplina dettata dal Codice civile in materia di costituzione in mora del debitore²³¹. In mancanza dell'intimazione ad adempiere e dell'espressa costituzione in mora da parte del creditore, il suo comportamento potrebbe essere interpretato – e così è interpretato dalla giurisprudenza – nel senso di una dilazione implicita del termine per adempiere o un atto di

²²⁹ Cfr. A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 113.

²³⁰ Si precisa, inoltre, che in dottrina è stato sollevato un ulteriore problema di coordinamento tra la disciplina della mora e quella dell'inadempimento in generale. In particolare, è stato rilevato che il ritardo nella prestazione sarebbe di per sé idoneo a costituire inesatto adempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c. Cfr. G. GRISI, *La mora debendi nel sistema della responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 69. Secondo tale interpretazione, il diritto al risarcimento discenderebbe direttamente dal mancato non corretto adempimento, ossia il ritardo nella prestazione, senza necessitare della costituzione in mora del debitore.

²³¹ È di questo avviso F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, pp. 108 ss., che ritiene che i presupposti per ottenere il pagamento della penale sono gli stessi ai quali è subordinato il diritto al risarcimento del danno.

tolleranza, che impedisce la configurazione del diritto al risarcimento del danno da ritardo²³².

Tuttavia, pur tenendo a mente le possibili conseguenze che potrebbero incidere in maniera eccessivamente gravosa sulla situazione del debitore, pare opportuno sviluppare alcune considerazioni che spingono comunque a ritenere di aderire all'orientamento secondo il quale non è necessaria la messa in mora del debitore per l'operatività della penale. In primo luogo, infatti, sulla base della ricostruzione delle possibili situazioni che possono prospettarsi in rapporto alla disciplina generale in materia di mora svolta nel precedente paragrafo, è possibile rilevare che i casi in cui non sia pattuito un termine espresso per l'operatività della clausola penale dovrebbero presentarsi nella prassi in modo limitato, poiché pare d'uso l'inserimento di un termine nella redazione della clausola penale per il ritardo. In tale caso, scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita presso il domicilio del creditore, come accade per i debiti pecuniari (solitamente oggetto della clausola penale), la messa in mora non risulta necessaria ai sensi dell'art. 1219, comma 2°, c.c. In secondo luogo, quanto all'osservazione, di stampo non strettamente giuridico, secondo la quale il debitore rischia di non accorgersi del decorrere dell'operatività della penale sembra utile rilevare che la richiesta del pagamento da parte del creditore dovrebbe essere idonea a evidenziare la volontà di far decorrere l'operatività della clausola penale da un dato momento. Nel caso del ricorso al rimedio giudiziale, invece, anche laddove sia prevista una clausola penale, la citazione in giudizio deve considerarsi equivalente alla costituzione in mora del debitore.

²³² Sul punto, la giurisprudenza è propensa a considerare la messa in mora del debitore quale requisito necessario ai fini della configurabilità del diritto al risarcimento per il ritardo. Cfr. Cass., 4 marzo 2011, n. 5212, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Beni perduti all'estero (indennizzi)*, n. 1; Cass., 3 ottobre 2005, n. 19320, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce, *Obbligazioni in genere*, n. 46.

Capitolo 2 - Il rapporto tra la clausola penale e le norme in materia di risoluzione, adempimento e risarcimento del danno

Sommario: 2.1. Indicazioni metodologiche per l'esame della questione del rapporto tra la clausola penale e il sistema risarcitorio in generale; 2.2. Il rapporto tra la richiesta della penale e la risoluzione del contratto: la prova dell'inadempimento dell'obbligazione principale e l'irrelevanza dell'avvenuta risoluzione; 2.3. Il rapporto tra la richiesta della penale e l'adempimento del contratto: il divieto di cumulo tra la penale e l'adempimento dell'obbligazione principale; 2.4. La funzione di limitare il risarcimento del danno e l'inammissibilità della clausola penale "pura"; 2.5. Il patto di risarcibilità del danno ulteriore; 2.6. La possibilità di domandare un ulteriore risarcimento e la penale quale *minimum* risarcibile: caparra confirmatoria e clausola penale a confronto; 2.7. La clausola penale e la clausola di limitazione della responsabilità: profili di sovrapposibilità

2. Il rapporto tra la clausola penale e le norme in materia di risoluzione, adempimento e risarcimento del danno

2.1. Indicazioni metodologiche per l'esame della questione del rapporto tra la clausola penale e il sistema risarcitorio in generale

Nell'ambito dell'esame della clausola penale, pare essenziale esaminare il rapporto esistente tra questa e il regime generale previsto dal Codice civile in materia di risoluzione, adempimento del contratto e risarcimento del danno. Come stabilito nel precedente capitolo, l'esame della questione sarà condotto sulla base della premessa dell'adesione alla teoria interpretativa secondo la quale il presupposto necessario e sufficiente per l'operatività della clausola è costituito dall'inadempimento contrattuale e non dalla risoluzione del contratto.

Sotto il profilo metodologico, l'indagine relativa al rapporto esistente tra la clausola penale, la risoluzione e l'adempimento sarà condotta

esaminando il rapporto esistente tra la penale, l'adempimento contrattuale e la risoluzione del contratto. La struttura del lavoro non prevede l'analisi separata di ciascuna disposizione codicistica, bensì l'esame dell'insieme delle norme di cui all'art. 1382 c.c., all'art. 1383 c.c. e agli artt. 1385 c.c. e ss. secondo due differenti livelli di indagine: il primo, relativo al rapporto tra la clausola penale e le vicende del contratto principale (la risoluzione e l'adempimento), e il secondo riguardante la possibilità, per le parti, di prevedere rimedi speciali sul piano risarcitorio o di utilizzare gli strumenti di carattere generale forniti dal Codice civile in materia di risarcimento del danno.

Quanto al primo profilo, sarà in una prima fase affrontato il tema del rapporto esistente tra la convenzione sul risarcimento del danno in esame e le norme in materia di risoluzione del contratto. In una seconda fase, sarà esaminato il tema del rapporto intercorrente tra la clausola penale e le disposizioni in materia di adempimento contrattuale, tenendo in considerazione la differente disciplina prevista per il caso della penale pattuita per il ritardo o per il semplice inadempimento.

Successivamente si passerà ad esaminare il rapporto esistente tra la funzione satisfattiva tipica della clausola penale e le regole in materia di risarcimento del danno previste in via generale. Nell'ambito di questo secondo livello di indagine, pare di fondamentale interesse la funzione tipica della clausola penale di limitare il risarcimento del danno alla prestazione pattuita. Sarà presa in considerazione la regola che prevede la possibilità di risarcire il danno ulteriore, allo scopo di determinarne l'ampiezza e la portata e, in particolare, sarà indagata l'ammissibilità della pattuizione di una clausola penale "pura", ossia la convenzione con la quale il debitore si obbliga allo stesso tempo a risarcire il danno e ad adempiere alla prestazione oggetto della clausola penale. Saranno esaminate sia le posizioni della dottrina, sia quelle della giurisprudenza. Si presterà particolare attenzione all'esame del patto di risarcibilità del danno ulteriore rispetto a quello pattuito nella clausola penale stessa. Ci si domanderà se il patto con cui le parti prevedono la risarcibilità del maggior danno operi autonomamente rispetto all'accessibilità alla penale, o meno, e se tale accordo limiti la possibilità di richiedere un risarcimento separato per una voce di danno che non è ricompresa nell'oggetto

della clausola penale. Da ultimo, saranno evidenziate le differenze esistenti tra la clausola penale e la caparra confirmatoria, di cui si è già scritto, con riferimento alla caratteristica di limitare il risarcimento del danno e la possibilità di eludere il divieto di cui all'art. 1229 c.c., tramite la previsione di una clausola penale irrisoria.

2.2. Il rapporto tra la richiesta della penale e la risoluzione del contratto: la prova dell'inadempimento dell'obbligazione principale e l'irrilevanza dell'avvenuta risoluzione

Secondo una prospettiva generale, pare possibile affermare che la questione del rapporto tra i rimedi speciali previsti nel caso dell'esistenza di clausola sul risarcimento del danno e rimedi generali si è dimostrato un argomento che ha richiesto più chiarimenti interpretativi da parte della dottrina e della giurisprudenza. Dubbi interpretativi sono sorti, ad esempio, in relazione alle norme in materia di caparra confirmatoria, proprio con riferimento al rapporto esistente tra il rimedio speciale della ritenzione (o dell'incameramento del doppio) della caparra confirmatoria e la risoluzione del contratto secondo le regole ordinarie²³³. Mentre la disciplina della caparra confirmatoria prevede il recesso della parte che vuole avvalersi del rimedio tipico della ritenzione della caparra (o dell'incameramento del doppio)²³⁴, la richiesta dell'esecuzione della prestazione oggetto della penale non implica la risoluzione del contratto. Si pensi al caso della clausola penale prevista per il ritardo in un contratto ad esecuzione continuata o periodica. La penale potrà essere dovuta anche qualora il contratto continui a produrre i suoi effetti.

Il rapporto tra il rimedio della risoluzione del contratto e l'operatività della clausola penale è stabilito dall'art. 1382 c.c., comma 1°, che prevede che, tramite la penale, le parti convengano che uno dei contraenti sia tenuto a una determinata prestazione nel caso di inadempimento della prestazione principale o di ritardo nell'adempimento. La previsione, quindi, sembra suggerire che la

²³³ Per una trattazione estesa del problema cfr. *supra*.

²³⁴ Come è stato rilevato, il recesso previsto all'art. 1385 c.c. è stato interpretato come una vera e propria risoluzione del contratto. Cfr. *supra*.

clausola penale e il rimedio della risoluzione debbano essere considerati su due piani distinti, in quanto il risarcimento (secondo le regole ordinarie o tramite l'incameramento della penale) attiene alla funzione satisfattiva affidata al giudice o all'accordo delle parti, mentre la risoluzione del contratto determina lo scioglimento del rapporto a prescindere dalla successiva richiesta di risarcimento del danno. Dunque, il presupposto necessario e sufficiente per l'operatività della clausola è l'inadempimento dell'obbligazione principale e non la risoluzione del contratto²³⁵. Inoltre, stando alla lettera dell'art. 1382 c.c., la conclusione pare applicabile sia alla clausola penale pattuita per l'inadempimento, sia a quella pattuita per il ritardo nella prestazione.

La precisazione che il pagamento della penale può essere semplicemente fondato sulla prova dell'inadempimento degli obblighi a cui la parte debitrice era tenuta ai sensi del contratto principale sembra essere necessaria alla luce di una certa giurisprudenza che, in contrasto con il prevalente orientamento, ha ritenuto necessaria la risoluzione del contratto per il pagamento della penale²³⁶. Tuttavia, si precisa che sembra invece ammissibile che le parti prevedano negoziabilmente, anche all'interno della clausola

²³⁵ Cfr. Cass., 15 ottobre 2007, n. 21587, in *Vita not.*, 2008, pp. 112 ss., con nota di C. CARBONE, *Essenzialità del termine, restituzione delle prestazioni eseguite e autonomia della clausola penale dalla domanda di risoluzione per inadempimento*; Cass., 17 gennaio 2003, n. 625, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 449; Cass., 27 marzo 1999, n. 2941, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1118; Cass., 16 ottobre 2005, n. 10772, in *Contratti*, 1996, p. 126, con nota di A. LAMANUZZI, *La responsabilità dell'appaltatore*. Inoltre, si precisa che benché la risoluzione del contratto non possa considerarsi quale requisito necessario per il sorgere dell'obbligazione dedotta nella clausola penale, la giurisprudenza non ha mai negato la sopravvivenza della clausola penale alla risoluzione del contratto. L'argomento è stato trattato *supra*.

²³⁶ Cfr. Cass., 28 agosto 2007, n. 18195, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, II, p. 692; Cass., 15 marzo 1995, n. 3033, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 358.

penale stessa, la necessità di risolvere il contratto per accedere alla penale²³⁷.

2.3. Il rapporto tra la richiesta della penale e l'adempimento del contratto: il divieto di cumulo tra la penale e l'adempimento dell'obbligazione principale

Ai sensi dell'art. 1383 c.c., il creditore può domandare, insieme, l'adempimento della prestazione principale e il pagamento della penale, solo se questa sia stata stipulata per il semplice ritardo. La norma conferma quanto affermato nel paragrafo precedente, evidenziando ancora una volta che, in linea di principio, la clausola penale incide sulla fase satisfattiva in occasione di inadempimento o ritardo nell'esecuzione della prestazione, lasciando inalterato il rapporto contrattuale principale. Secondo quanto disposto dall'art. 1383 c.c., il creditore non può domandare congiuntamente la penale per l'inadempimento dell'obbligazione dedotta nel contratto principale e l'adempimento della medesima obbligazione. Una disciplina analoga era contenuta anche nell'abrogato Codice civile del 1865, e prevedeva che il creditore non potesse domandare allo stesso tempo l'adempimento dell'obbligazione principale e il pagamento della penale, se questa non era stata stipulata per il caso del semplice ritardo²³⁸. Considerando il pagamento della penale quale prestazione avente funzione risarcitoria, pare comprendersi la *ratio* sottostante alla norma, ossia quella di evitare un'ingiusta duplicazione delle voci di danno e dunque dell'arricchimento del creditore.

²³⁷ Così Trib. Milano, 12 maggio 2005, in *Dir. autore*, 2005, p. 523. Ci si riferisce al caso in cui i contraenti prevedano l'accesso alla penale a seguito del ricorso alla clausola risolutiva espressa.

²³⁸ L'art. 1211 letteralmente prevedeva: «Il creditore può domandare al debitore che è in mora l'esecuzione dell'obbligazione principale, invece della pena stipulata». Specificava inoltre l'art. 1212: «La clausola penale è la compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento della obbligazione principale. Il creditore non può domandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando non l'abbia stipulata per il semplice ritardo».

Inoltre, sotto un diverso profilo, la formulazione dell'art. 1383 c.c. ha posto il problema d'individuare il momento in cui una delle due pretese, l'adempimento dell'obbligazione principale e il pagamento della penale, possa ritenersi definitivamente esclusa. In mancanza di indicazioni specifiche circa il momento in cui la scelta tra l'adempimento e il pagamento della penale sia efficace, pare potersi affermare che il creditore possa sempre pretendere l'una o l'altra prestazione, fino al momento in cui abbia ricevuto o la penale o l'adempimento della prestazione principale²³⁹. Dunque, sembra che si debba attribuire efficacia preclusiva all'esecuzione di una delle due prestazioni. Fino a tale momento, il creditore sarà ammesso a mutare l'azione esercitata²⁴⁰, mentre resta in ogni caso esperibile l'azione di risoluzione del contratto.

2.4. La funzione di limitare il risarcimento del danno e l'inammissibilità della clausola penale "pura"

Secondo quanto disposto dall'art. 1382 c.c., la previsione di una clausola penale è idonea a limitare il risarcimento alla prestazione pattuita, ma le parti possono prevedere la risarcibilità del danno ulteriore da provarsi secondo le regole generali²⁴¹. La disposizione sembra caratterizzare fortemente la clausola penale, sì da far dubitare della possibilità di derogarla pattiziamente. In dottrina, tuttavia, è stata ipotizzata la possibilità di stipulare una clausola penale

²³⁹ Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 194; V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 102.

²⁴⁰ Secondo una tesi meno diffusa, la disposizione di cui all'art. 1383 c.c. opererebbe a partire dal momento in cui il creditore formula la propria richiesta. Cfr. M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario del codice civile*, a cura di M. D'Amelio e E. Finzi, I, Firenze, 1948, p. 539. Ritene che una volta richiesta la penale non sia più possibile domandare l'adempimento A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 202.

²⁴¹ La Relazione al Codice civile del 1942, par. 632, espressamente prevede: «Il valore giuridico dato alla clausola penale dall'art. 1382 è quello di limitare il danno, salvo che le parti non ne abbiano convenuto il risarcimento integrale».

cosiddetta “pura”, che obblighi il debitore sia a risarcire il danno, sia ad adempiere la prestazione oggetto della clausola penale²⁴².

Richiamando l’analisi funzionale in precedenza svolta, risulta che la possibilità di prevedere una penale “pura” comporterebbe logicamente il riconoscimento di una funzione preminentemente sanzionatoria alla clausola penale, in quanto si configurerebbe l’assunzione di un rischio assai gravoso sulla parte inadempiente. Una tale ricostruzione pare richiamare la teoria – già in precedenza respinta – della clausola penale quale pena privata, mancando nella clausola penale “pura” la necessità di commisurare l’ammontare della pena al danno subito e ammettendo il cumulo di due voci sanzionatorie escluso dalla disciplina legale della clausola penale. Tali considerazioni convincono dell’inderogabilità della disposizione in esame e della speculare inammissibilità di una clausola penale “pura”²⁴³. In effetti, sotto il profilo letterale, pare potersi osservare che l’art. 1382 c.c. prevede espressamente che la penale abbia l’effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, autorizzando il risarcimento del danno ulteriore solo in via eccezionale.

La Corte di Cassazione stessa ha espresso un giudizio *tranchant* di non ammissibilità della clausola penale “pura”, definendola «artificiosa» e «contrastante con il comune senso sociale che ritiene accettabile un risarcimento commisurato al pregiudizio economico

²⁴² Cfr. V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 21, pp. 11 ss.; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 187.

²⁴³ Cfr. V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 105, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere inammissibile una clausola penale “pura”, ossia una penale con funzione esclusivamente punitiva che prescinderebbe dal risarcimento del danno a seguito di inadempimento. In dottrina, cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 334; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, Napoli, 1984, p. 38; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell’autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pp. 909 e ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di Cicu-Messineo, Milano, 1968, p. 213. In giurisprudenza, cfr. Cass., 4 giugno 1976, n. 2002, in *Foro it.*, 1977, I, p. 2663.

subito e non esorbitante, quasi ad integrare una pena privata»²⁴⁴. La questione in esame sembra strettamente connessa alla definizione di un equilibrio tra il principio della disponibilità del sistema risarcitorio, direttamente connesso al riconoscimento dell'autonomia negoziale delle parti in materia contrattuale dal Codice civile, e l'esistenza di un principio generale, sovente richiamato in giurisprudenza, di proporzionalità tra prestazione e sanzione in caso di inadempimento. Il tema sarà oggetto di ulteriore approfondimento in questo lavoro in occasione dell'analisi delle disposizioni in materia di riducibilità della penale eccessiva.

Quanto al divieto di cumulo tra la penale e il risarcimento del danno nel caso in cui il contratto sia stato risolto, pare utile precisare che la Cassazione ha altresì stabilito che, se la penale è prevista per il ritardo, sia possibile cumulare a questa il risarcimento derivante dalla risoluzione del contratto per inadempimento, in quanto la penale fa riferimento ad una differente ipotesi di danno. Anche in tale caso, la Cassazione ha ribadito che, per evitare un ingiusto sacrificio dell'obbligato e il correlativo indebito arricchimento del creditore, dovrà tenersi conto, nella liquidazione della prestazione risarcitoria, dell'entità del danno per il ritardo che sia stato già autonomamente considerato nella determinazione della penale²⁴⁵.

2.5. *Il patto di risarcibilità del danno ulteriore*

Il comma 1° dell'art. 1382 c.c. limita il risarcimento del danno alla prestazione oggetto della clausola penale. È tuttavia possibile prevedere la risarcibilità di un danno superiore all'importo della penale, qualora le parti lo abbiano espressamente convenuto²⁴⁶. Nel

²⁴⁴ Cfr. Cass., 4 giugno 1976, n. 2002, cit., p. 2663.

²⁴⁵ Cfr. Cass., 13 gennaio 2005, n. 591, in *Impresa*, 2005, p. 686 e Cass., 22 agosto 2002, n. 12349, in *Contratti*, 2003, 2, p. 145.

²⁴⁶ La Relazione al Codice civile del 1942, par. 632, spiega la scelta di non limitare in modo definitivo l'importo della penale per non frustrarne il fine di coazione: «Il risarcimento del danno superiore all'importo della pena è consentito (solo se le parti lo hanno convenuto), per un avvicinamento al sistema romanistico che, com'è noto, era contrario alla disposizione dell'art. 1230, secondo comma, cod. civ. del 1865. La penale non può esaurire sempre l'importo dei danni perché talvolta le parti non hanno, al

caso di pattuizione della risarcibilità del danno ulteriore, ci si può domandare se il patto operi autonomamente, con la conseguenza di non incidere sull'efficacia della clausola penale²⁴⁷, oppure se questa debba considerarsi quale mero acconto sul risarcimento del danno²⁴⁸. Pare preferibile la prima delle due tesi, poiché se il creditore non riuscisse a provare l'ulteriore lesione, potrebbe sempre ottenere la penale dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

La clausola penale funge, dunque, da tetto massimo al risarcimento, salva la pattuizione della risarcibilità del maggior danno. Laddove sia pattuita una penale superiore all'ammontare del danno effettivamente patito, la norma di cui all'art. 1382 c.c. potrà essere interpretata nel senso di indicare l'impossibilità di cumulare il rimedio del pagamento della penale a quello ordinario del risarcimento del danno, secondo le regole generali. Se, invece, il danno subito è superiore alla penale, e non è espressamente pattuita la risarcibilità del maggior danno, la parte non potrà domandare nulla di più dell'ammontare della penale. Tuttavia sembra utile rilevare che, nello scenario da ultimo descritto, il creditore potrà comunque domandare la penale stipulata per il semplice ritardo oltre alla prestazione principale dedotta a contratto, come è ammesso dall'art. 1383 c.c.

Pare, inoltre, opportuno precisare che la regola della limitazione del danno risarcibile non sembra da interpretarsi nel senso dell'impossibilità per il creditore di domandare (e per il giudice di

momento del contratto, una nozione esatta della lesione patrimoniale che potrà derivare dall'inadempimento. Se la pena si fosse considerata limite legale del risarcimento, si sarebbe frustrato l'accennato scopo di indiretta coazione che essa spiega: e infatti, quando l'importo della pena fosse inferiore al danno da risarcire, il debitore non avrebbe in essa uno stimolo ad adempiere». L'art. 1230 del Codice civile del 1865 disponeva invece che «quando la convenzione stabilisce che colui il quale mancherà di eseguirla debba pagare una determinata somma a titolo di danni, non si può attribuire all'altra parte una somma maggiore o minore».

²⁴⁷ Propendono per il funzionamento autonomo del patto di risarcibilità del maggior danno A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 193 e A. MARINI, voce *Clausola penale*, Napoli, 1982, p. 6.

²⁴⁸ Di questo avviso F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 132.

riconoscere) un risarcimento aggiuntivo per una voce di danno non ricompresa nell'oggetto della clausola penale²⁴⁹. Non è raro, infatti, che la penale sia pattuita per una specifica voce (ad esempio per il ritardo, per il solo lucro cessante o il solo danno emergente, per il solo danno prevedibile o per quello non prevedibile), che deve essere considerata separatamente da un eventuale altro danno risarcibile tramite le ordinarie vie.

2.6. La possibilità di domandare un ulteriore risarcimento e la penale quale minimum risarcibile: caparra confirmatoria e clausola penale a confronto

Secondo la disciplina prevista in materia di clausola penale, il creditore che subisce l'altrui inadempimento è libero di domandare il risarcimento del danno ulteriore, laddove ciò sia stato preventivamente pattuito. Come anticipato, da questa disposizione emerge la funzione della clausola penale di predeterminare in via forfettaria e anticipata il danno²⁵⁰. La medesima funzione, come è

²⁴⁹ La Cassazione ha confermato l'efficacia delle clausole che prevedano la risarcibilità del danno ulteriore, limitatamente all'evento dannoso alla quale è imputata la clausola penale. Cfr. Cass. 2 dicembre 1993, n. 21013, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Contratto in genere*, n. 359; Cass., 4 giugno 1976, n. 2020, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 222. In dottrina, cfr. G. BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, p. 545.

²⁵⁰ L'interesse in questo caso tutelato è quello del debitore, che può avere certezza –sempre entro certi limiti data la possibilità di ridurre la penale manifestamente eccessiva – dell'ammontare del risarcimento del danno. In dottrina è stato osservato che la funzione di limitare il risarcimento del danno a tutela dell'interesse del debitore alla certezza dell'ammontare del risarcimento può essere svolta dalla penale solo laddove questa sia inferiore al danno effettivamente subito. Cfr. A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 20. Tuttavia, pare possibile ritenere che la funzione di garantire un ammontare del risarcimento del danno, determinato anticipatamente, possa giovare all'interesse del debitore in ogni caso, anche laddove la penale sia superiore o uguale al danno subito. Della rilevanza della “prevedibilità” del diritto si scriverà in seguito in maniera più approfondita.

stato osservato, è svolta dalla caparra confirmatoria²⁵¹. In relazione a detta clausola, tuttavia, l'art. 1385, comma 3° c.c. prevede che, pur inserendo la caparra confirmatoria nel regolamento contrattuale, la parte non inadempiente resti comunque libera di scegliere se domandare la risoluzione del contratto e il risarcimento, secondo le regole ordinarie, oppure la ritenzione della caparra (o l'incameramento del suo doppio). La somma o la quantità di cose fungibili data a titolo di caparra confirmatoria non rappresentano, dunque, il limite massimo del risarcimento ammesso, poiché qualora la caparra confirmatoria pattuita fosse assai minore del danno subito, la parte potrebbe comunque optare per la richiesta di risarcimento del danno secondo le regole ordinarie.

Tuttavia, nell'ambito di un esame comparatistico tra le due clausole, giova fare brevemente riferimento alla già citata teoria elaborata da una parte dalla dottrina secondo la quale la caparra confirmatoria dovrebbe concepirsi, al pari della clausola penale, quale corrispettivo minimo garantito alla parte non inadempiente²⁵². Secondo tale teoria, anche in mancanza di una previsione letterale, colui che agisce in giudizio chiedendo la risoluzione del contratto avrebbe diritto a ricevere, a titolo di danno minimo risarcibile, la somma corrispondente alla caparra o al doppio di quella versata. La tesi richiamata non pare però condivisibile poiché, mentre l'art. 1382 c.c., in materia di clausola penale stabilisce espressamente la facoltà, per le parti, di convenire la risarcibilità di un danno ulteriore rispetto a quello garantito tramite la penale, strutturando così implicitamente

²⁵¹ La funzione di forfettizzazione preventiva del danno non è invece svolta dalla caparra penitenziale, né da istituti talvolta nella prassi assimilati alla caparra confirmatoria, quali l'acconto o la cauzione.

²⁵² La tesi della caparra confirmatoria quale *minimum* risarcibile è stata adoperata per sostenere l'ammissibilità del mutamento dall'azione di risoluzione a quella di recesso ai sensi dell'art. 1385, comma 2° c.c. In giurisprudenza, cfr. Cass., 16 maggio 2006, n. 11356, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Contratto in genere*, n. 513; Cass. 11 gennaio 2001, n. 319, in *Contratti*, 2001, p. 437, con nota di U. CARNEVALI, *Caparra confirmatoria e risoluzione stragiudiziale per inadempimento* e in *Notar.*, 2001, p. 561, con nota di M. A. MICHINELLI, *La caparra confirmatoria nella risoluzione del contratto*.

la clausola come una somma minima garantita nel caso di ritardo o inadempimento, una simile previsione non è presente nelle norme sulla caparra confirmatoria²⁵³.

È dunque possibile evidenziare alcune differenze tra la disciplina della caparra confirmatoria e quella della clausola penale in relazione al rapporto esistente tra queste e i rimedi risarcitori generali. Entrambe le discipline prevedono meccanismi mirati a garantire al creditore la possibilità di ottenere un ristoro adeguato al danno subito dal creditore. Con riferimento alla caparra confirmatoria, è emerso che, affinché questa possa svolgere la funzione di liquidazione anticipata e preventiva del danno, occorre che non sussista, per la parte non inadempiente, la possibilità di adire il giudice per ottenere ristoro senza sostenere il relativo rischio processuale. Infatti, la tutela prevista qualora le parti abbiano inserito nel regolamento contrattuale una caparra confirmatoria non è quella del cumulo dei rimedi ordinari e speciali, bensì quella che consente alle parti di attivare un meccanismo processuale alternativo rispetto a quello tipico²⁵⁴. Se, invece, nel contratto è inserita una clausola penale, lo strumento fornito alla parte non inadempiente per assicurarsi un risarcimento adeguato è quello di prevedere la risarcibilità del maggior danno, oltre al pagamento della penale.

²⁵³ Per una trattazione più approfondita dell'argomento con riferimento alla caparra confirmatoria, cfr. *supra*. In giurisprudenza, cfr. Cass. 20 settembre 2004, n. 18850, in *Guida al dir.*, 2004, f. 45, p. 49; in *Dir. e giust.*, 2004, f. 43, p. 33, con nota di M. LAMICELA, *È meglio la caparra o il risarcimento? Il fondamento di recesso e risoluzione nella giurisprudenza*. In dottrina, cfr. M. DELLACASA, *Inadempimento e affidamento del contraente deluso: una riflessione su risarcimento e caparra*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, p. 239.

²⁵⁴ Cfr. Cass., 5 novembre 1977, n. 4714, in *Foro it.*, 1977, voce *Contratto in genere*, n. 197; nella giurisprudenza di merito cfr. App., Reggio Calabria 12 aprile 1991, in *Giur. merito*, 1002, p. 813, con nota di A. FRANGINI, *Recesso risoluzione del contratto e danni nella caparra confirmatoria*. In dottrina, ritiene invece ammissibile il patto di risarcibilità del danno ulteriore V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., p. 193.

2.7. *La clausola penale e la clausola di limitazione della responsabilità: profili di sovrapposibilità*

Come è stato rilevato, la clausola penale funge da tetto massimo per il risarcimento del danno prospettandosi in modo alternativo, salva la previsione della risarcibilità del maggior danno, rispetto al risarcimento del danno secondo le regole ordinarie. Per tale ragione, pare logicamente configurarsi la possibilità che la penale manifestamente irrisoria possa costituire il mezzo per eludere l'applicazione dell'art. 1229 c.c., consentendo al debitore di esonerarsi dalla responsabilità per dolo o colpa grave²⁵⁵. Facendo riferimento alla *ratio* dell'art. 1229 c.c., tuttavia, sembra che i confini della clausola penale possano sovrapporsi a quelli della clausola di limitazione della responsabilità per il danno da inadempimento solo in talune circostanze. Difatti, le clausole di limitazione o esclusione dalla responsabilità non sono esplicitamente tipizzate dal legislatore e possono anche prevedere, al pari della clausola penale, l'esclusione dell'onere della prova del danno (entro un determinato ammontare) che sarebbe posto, in via generale, sul creditore. Come è noto, l'art. 1229 c.c. prevede la nullità di qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave²⁵⁶, stabilendo l'ammissibilità delle clausole di limitazione della responsabilità contrattuale *a contrario*, ossia delineando i limiti entro cui l'autonomia privata è ammessa a derogare al generalissimo principio della responsabilità del debitore (art. 1218 c.c.) e della diligenza (art. 1176 c.c.)²⁵⁷.

²⁵⁵ Così V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., p. 137; di avviso contrario è invece A. MARINI, *La clausola penale*, cit., p. 119.

²⁵⁶ Ai sensi dell'art. 1229, comma 2°, c.c., è altresì nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore (o dei suoi ausiliari) costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

²⁵⁷ Per una trattazione approfondita delle clausole di limitazione della responsabilità, anche con riferimenti alla normativa speciale di settore, cfr. G. ALPA - M. BESSONE - V. ZENO ZENCOVICH, *L'ingiustizia del danno e gli interessi tutelati*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIV, Torino, 1999, pp. 239 ss. Per un'analisi delle clausole adoperate nella contrattazione internazionale, cfr. U. DRAETTA, *Limitazioni pattizie della*

Per determinare quando possono presentarsi casi di sovrapposizione tra la disciplina della clausola penale e della clausola di limitazione della responsabilità, occorre in primo luogo accertarsi del fatto che la penale possa essere in astratto ricondotta alla fattispecie di cui all'art. 1229 c.c. Ad avviso di chi scrive, non sembra se ne possa dubitare. L'art. 1229, comma 1°, c.c. ha ad oggetto la limitazione o l'esclusione della responsabilità nell'esecuzione dell'obbligazione. Allo stesso modo, la clausola penale irrisoria è idonea a limitare la responsabilità del debitore che non adempie o che adempie tardivamente all'obbligazione principale. A riprova di ciò, pare utile dare atto di un parziale dissidio dottrinale avente ad oggetto l'ambito di applicabilità dell'art. 1229, comma 1° c.c. Una certa dottrina ha sostenuto che l'applicabilità della disposizione non sia limitata al risarcimento del danno, ma che siano sottoposte alla normativa in materia di clausole di limitazione della responsabilità anche le pattuizioni che escludono o limitano la facoltà di risolvere il contratto o la proponibilità di eccezioni²⁵⁸. In senso contrario, invece,

responsabilità nei contratti internazionali, con particolare riguardo ai «liquidated damages», in Aa.Vv., Inadempimento contrattuale e limitazioni di responsabilità. Appalto vendita e trasporto internazionali, Milano, 1989, pp. 91 ss.

²⁵⁸ Cfr. F. BENATTI, voce, *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 400 ss. L'operatività dell'art. 1229, comma 1°, c.c. è stata invocata dalla giurisprudenza anche in relazione alle clausole di limitazione dell'oggetto del contratto. In particolare, la Corte di Cassazione si è pronunciata a sezioni unite nel 1994 stabilendo la nullità della clausola, inserita nelle condizioni generali di contratto di una banca, che prevedeva un limite massimo all'entità dei valori depositati nella cassetta di sicurezza, così da limitare conseguentemente la responsabilità della banca nel caso di violazione della cassetta. La Suprema Corte riteneva che la clausola di limitazione dell'oggetto costituisse una clausola di limitazione della responsabilità poiché aveva l'effetto indiretto di calmierare la responsabilità della banca, eludendo di fatto la disposizione di cui all'art. 1229, comma 1°, c.c. Cfr. Cass., sez. un., 1 luglio 1994, n. 6225, in *Foro it.*, 1994, I, p. 3422. La giurisprudenza successiva è conforme. Cfr. Cass., 30 settembre 2009, n. 20948, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Contratti bancari*, n. 25; Cass., 24 maggio 2004, n. 9902, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Contratti bancari*, n. 55; Cass., 29 luglio 2003, n. 14462, in *Foro it.*, 2005, I p. 1445; Cass., 7 marzo

alcuni autori hanno ritenuto che la clausola di limitazione della responsabilità possa essere intesa, in modo più ristretto, quale clausola di esonero dal dovere di risarcire il danno derivante dall'inadempimento²⁵⁹. In entrambi i casi, risulta che la clausola con la quale si limiti la responsabilità del debitore con riferimento all'obbligo di risarcire il danno sia considerata ricompresa nell'area di applicabilità dell'art. 1229 c.c. Di conseguenza, l'adozione dell'una o dell'altra tesi non modificherebbe le considerazioni sviluppate in relazione all'applicabilità, in astratto, dell'art. 1229 c.c. alla clausola penale con liquidazione del danno irrisoria rispetto al danno prevedibile, in quanto questa consiste proprio in una clausola di limitazione della responsabilità di risarcire il danno provocato.

Affermata, dunque, l'applicabilità del limite di cui all'art. 1229, comma 1°, c.c. alla clausola penale, occorre determinare in quali casi quest'ultima debba qualificarsi quale patto di limitazione della responsabilità per il danno da inadempimento, divenendo inammissibile. La questione assume rilevanza quando le parti pattuiscono di limitare il risarcimento del danno ad un ammontare inferiore rispetto al danno prevedibile, escludendo altresì l'onere di dare prova del danno in giudizio. In definitiva, perché la clausola penale si configuri quale clausola di limitazione della responsabilità per il risarcimento in violazione dell'art. 1229 c.c., occorre che siano contemporaneamente ricorrenti le seguenti circostanze: non deve essere pattuita la risarcibilità del maggior danno, la penale deve risultare irrisoria rispetto al danno prevedibile e deve essere possibile accertare l'esistenza di una condotta dolosa o di colpa grave del debitore.

Le tre circostanze delineate meritano di essere esaminate separatamente. In primo luogo, sembra necessario che non sia previsto alcun patto di risarcibilità del maggior danno. Difatti, nel caso in cui questo fosse previsto, si dovrebbe ritenere che la clausola

2003, n. 3389, in *Danno e resp.*, 2003, p. 1093; Cass., 4 aprile 2001, n. 4946, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1784; Cass., 10 febbraio 1998, n. 1355, in *Danno e resp.*, 1998, p. 554, con nota di F. MACARIO, *La prova del danno da furto nelle cassette di sicurezza*; Cass., 11 agosto, 1995, n. 8820, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratti bancari*, n. 31.

²⁵⁹ Cfr. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 341.

penale miri solo ad escludere l'allocazione dell'onere della prova del danno in giudizio, in capo al creditore, per il limitato ammontare che è stato preventivamente liquidato in via pattizia. Di conseguenza, nello scenario descritto, quando è pattuita la possibilità di agire per il risarcimento del maggior danno, non pare si possa dubitare dell'ammissibilità della clausola. Se, invece, tale possibilità non è prevista, una siffatta liquidazione anticipata del danno ben potrebbe fungere da clausola di esclusione della responsabilità per la parte inadempiente, anche nei casi di dolo o colpa grave, in contrasto con il dettato dell'art. 1229 c.c.

La seconda circostanza necessaria per la configurabilità di una clausola di limitazione della responsabilità in violazione dell'art. 1229 c.c., è quella dell'irrisorietà della penale pattuita²⁶⁰. Secondo la dottrina e la giurisprudenza, la valutazione dell'adeguatezza della misura della liquidazione deve essere effettuata, rispetto al danno prevedibile, al momento della conclusione del contratto²⁶¹.

La terza circostanza a cui si è fatto riferimento è stata ricostruita per via deduttiva in quanto, nelle decisioni giurisprudenziali in materia di invalidità delle clausole di limitazione o esonero della responsabilità, l'interprete sembra il più delle volte richiedere l'accertamento di una condotta dolosa o colposa del debitore, trasformando lo schema astratto di applicabilità dell'art. 1229 c.c. alla clausola penale in un

²⁶⁰ Giurisprudenza e dottrina sono concordi nell'affermare che la clausola che preveda una liquidazione preventiva del danno di consistenza irrisoria, tanto da comportare la limitazione o l'esclusione della responsabilità per i danni da inadempimento in violazione dell'art. 1229 c.c., non è ammissibile. Cfr. L. BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 1087; V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 928; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 233; devono considerarsi ugualmente inammissibili non solo le clausole penali pattuite per il ritardo o l'inadempimento qualora irrisorie, ma anche le clausole che prevedano un tasso di interessi moratori inferiori rispetto a quello stabilito dalla legge.

²⁶¹ Cfr. Cass., 10 luglio 1966, n. 6298, cit. e Cass., 28 luglio 1997, n. 7061, cit., che ha stabilito che la valutazione circa l'irrisorietà della liquidazione per il danno da inadempimento debba essere effettuata prendendo a parametro di riferimento non il danno effettivamente subito, bensì il danno prevedibile al momento della conclusione del contratto.

caso di applicabilità in concreto²⁶². Poiché il limite posto dall'art. 1229 c.c. riguarda i casi di esclusione della responsabilità per colpa grave o per dolo, la clausola di limitazione della responsabilità è nulla solo se viola la regola generale di cui all'art. 1229, comma 1°, c.c. Di conseguenza, parrebbe potersi desumere che qualora la clausola sia strutturata come penale, predeterminando tuttavia il danno risarcibile in una misura minore dell'ammontare del danno prevedibile, il debitore possa comunque provare l'inesistenza di un suo atteggiamento doloso o colposo, nella misura della colpa grave, tale da evitare la declaratoria di nullità della clausola.

²⁶² Cfr. Cass., 7 ottobre 2010, n. 20808, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Obbligazioni in genere*, n. 54; Cass., 29 giugno 2008, n. 16637, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2750, in cui è affermata la nullità della clausola di limitazione della responsabilità a seguito dell'accertamento della sussistenza della colpa grave nella condotta del debitore: «Contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, tuttavia, la Corte territoriale ha concluso che nel caso di specie non poteva configurarsi una ipotesi di colpa lieve, dal momento che le conseguenze lesive erano facilmente prevedibili, in considerazione del comportamento di un animale che aveva già dato segni di evidente nervosismo nel corso della esercitazione, iniziata da tempo. Grave, pertanto, era stata la imprudenza e la negligenza degli istruttori addetti alla sorveglianza degli allievi, per non avere provveduto alla immediata sostituzione dell'animale. Sulla base di tale accertamento, insindacabile in sede di legittimità, i giudici di appello hanno coerentemente ritenuto la nullità della clausola di esonero dalla responsabilità, ai sensi dell'art. 1229 c.c., comma 1, condannando la società convenuta al risarcimento di tutti i danni subiti dalla B».

PARTE IV – La caparra confirmatoria, la caparra penitenziale, la clausola penale e il potere correttivo del giudice

Capitolo 1 - La riducibilità della clausola penale e l'equità correttiva del giudice

Sommario: 1.1. La rilevanza dell'indagine circa la riducibilità della penale; 1.2. L'inquadramento sistematico della disposizione in materia di riducibilità della clausola penale e le possibili teorie interpretative; 1.3. La riduzione della penale a seguito dell'esecuzione parziale della prestazione principale e la riduzione della penale eccessiva; 1.4. La valutazione giudiziale sulla riducibilità della penale e il criterio dell'interesse che il creditore «aveva» all'adempimento; 1.5. Il criterio di proporzionalità tra la penale e il danno effettivamente subito per la valutazione giudiziale sulla riducibilità della penale eccessiva; 1.6. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla riducibilità della penale d'ufficio e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1384 c.c.

1. La riducibilità della clausola penale e l'equità correttiva del giudice

1.1. La rilevanza dell'indagine circa la riducibilità della penale

La norma sulla riducibilità della penale è di particolare interesse in quanto incide sul confine tra la libertà negoziale delle parti nel determinare clausole sul risarcimento del danno e il potere di equità correttiva che il giudice può a riguardo esercitare. In altri termini, si tratta del tema dell'equilibrio tra l'autonomia contrattuale delle parti e il potere di controllo giudiziale.

Il percorso di indagine per affrontare l'esame della disposizione di cui all'art. 1384 c.c. in relazione alla clausola penale, sarà così strutturato: la norma verrà inquadrata nel contesto del Codice civile e si tenterà di indagare la funzione a questa riservata dal legislatore; sarà rilevato che ogni funzione individuata dalla dottrina o dalla giurisprudenza comporta diverse conseguenze quanto all'estensione

del potere equitativo correttivo del giudice, sia con riferimento alla clausola penale, sia per ciò che concerne l'applicabilità della norma alla caparra confirmatoria.

Successivamente, si procederà ad analizzare la struttura della norma che consente la riduzione sia quando la penale è eccessiva, sia quando la prestazione principale sia stata in parte eseguita. Si evidenzieranno le difficoltà interpretative che, nell'analisi condotta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, paiono emerse. In particolare, si dedicherà attenzione al criterio individuato dall'art. 1384 c.c. per effettuare la valutazione giudiziale di riduzione della clausola penale. Successivamente, saranno passati in rassegna possibili alternativi criteri applicabili per la determinazione dell'ammontare finale della penale, previsti negli strumenti di diritto internazionale, che si differenziano dall'approccio adottato nel nostro Codice civile.

Da ultimo, si affronterà la questione dell'ammissibilità della riduzione della penale *ex officio* tentando di ricostruire il percorso storico che ha caratterizzato le posizioni della dottrina e della giurisprudenza sul punto. Tra le ragioni che saranno evidenziate, e che giustificano sotto il profilo metodologico la rilevanza data all'argomento in esame, è utile sin d'ora menzionare la tendenza interpretativa della Cassazione ad una rilettura delle norme del Codice civile in chiave costituzionale. Infatti, come si avrà modo di verificare nelle pagine che seguono, tale tendenza interpretativa non solo funge da argomento a favore della tesi della riducibilità della penale d'ufficio, ma si presta a corroborare la posizione sostenuta da parte della giurisprudenza mirata a ricostruire l'esistenza di un generale principio di equilibrio del contratto nell'ordinamento.

1.2. L'inquadramento sistematico della disposizione in materia di riducibilità della clausola penale e le possibili teorie interpretative

Secondo quanto stabilito dall'art. 1384 c.c., la penale eccessiva può essere diminuita in due casi specifici: qualora la prestazione principale sia stata in parte eseguita o qualora la penale sia di ammontare manifestamente eccessivo, avuto riguardo all'interesse

che il creditore aveva all'adempimento²⁶³. Sotto il profilo sistematico, la disposizione in esame è stata interpretata come una delle ipotesi legalmente previste di equità correttiva, di cui all'art. 1374 c.c. La stessa Relazione al Codice civile stabilisce che la norma è fondata sull'equità ed è finalizzata a contenere l'autonomia dei contraenti in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario: «Si è conferito al giudice il potere di ridurre la penale eccessiva, ossia sproporzionata all'interesse che ha il creditore all'adempimento (art. 1384). Tale disposizione, fondata sulla equità, mira a contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario»²⁶⁴. Sotto il profilo esegetico, traendo spunto dalla Relazione al Codice civile, parte della dottrina ha desunto che la *ratio* dell'art. 1384 c.c. non sia esclusivamente quella di tutelare l'interesse del debitore, ma che la disposizione persegua, al contrario, un interesse trasversale alle parti e proprio dell'ordinamento in generale, ossia quello di garantire la possibilità per il giudice di ripristinare l'equilibrio contrattuale²⁶⁵. Tale ricostruzione si contrappone all'interpretazione dell'art. 1384 c.c. quale norma mirata esclusivamente a tutelare l'interesse del debitore, evitando di esporlo ad un eccessivo rischio risarcitorio²⁶⁶. L'adesione all'una o all'altra interpretazione della *ratio* normativa conduce a due conseguenze opposte. Laddove si ritenga che l'intenzione del legislatore nel predisporre la norma di cui all'art. 1384 c.c. fosse quella di tutelare l'interesse del debitore, dovrebbe

²⁶³ In dottrina, cfr. A. MARINI, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 6; C.M. BIANCA, *La responsabilità. Diritto civile*, V, Milano, 1994, pp. 232 ss. Tra le decisioni della giurisprudenza, cfr. Cass., 14 aprile 1994, n. 3475, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 483; Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 1350; Cass., 11 giugno 1981, n. 3789, in *Mass. Giust. civ.*, 1981, p. 1337.

²⁶⁴ Cfr. Relazione al Codice civile del 1942, par. 633.

²⁶⁵ Cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 2004, p. 168; M. AMBROSOLI, *Clausola penale e importanza dell'inadempimento*, in *Contratti*, 2001, p. 343; G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1955, I, p. 261.

²⁶⁶ Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 195.

logicamente concludersi che il soggetto alla cui tutela la norma è preposta possa decidere di rinunciare ad avvalersene. Al contrario, qualora si preferisca l'ipotesi ricostruttiva che intravede il prevalente intento di garantire la possibilità di ripristinare l'equilibrio contrattuale, si dovrà concludere che si tratti di una norma di natura inderogabile, che non consente rinuncia preventiva da parte del debitore²⁶⁷. Anticipando parzialmente l'argomento oggetto delle successive pagine, si segnala che negli anni 2000 la Corte di Cassazione, aderendo all'ipotesi ricostruttiva secondo la quale la norma sarebbe posta a tutela del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, non solo ha attribuito al giudice il potere di ridurre la penale *ex officio*, ma ha anche stabilito che tale potere possa essere esercitato nonostante la pattuizione di irriducibilità della penale²⁶⁸.

Data la natura dell'art. 1384 c.c., che è idoneo a incidere sul rapporto esistente tra l'autonomia negoziale dei privati e il potere del giudice di controllo sul contenuto contrattuale, pare che l'adesione all'una o all'altra teoria esegetica sia logicamente connessa alla propensione ad ammettere un controllo giudiziale più o meno invasivo rispetto all'autonomia contrattuale dei privati. La prospettiva, dunque, deve essere ribaltata, considerando che qualora si voglia attribuire al giudice un potere generale di incidere sull'autonomia contrattuale, in forza di un generale principio di equilibrio contrattuale tra le parti,

²⁶⁷ Cfr. E. MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo degli atti di autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 1788; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1980, p. 341. La ritiene invece una disciplina disponibile A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 195. La Cassazione ha riconosciuto l'inderogabilità della norma anche nel caso in cui la penale sia prevista a favore della pubblica amministrazione. Cfr. Cass., sez. un., 5 dicembre 1977, n. 5261, *Giur. it.*, 1978, I, 1, p. 1485.

²⁶⁸ Cfr. Cass., 28 settembre 2006, n. 21066, in *Contratti*, 2007, p. 105, con nota di A. GALATI, *Riducibilità ed abusività della clausola penale*; in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 890, con nota di V. PESCATORE, *Clausola «di irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*; in *Corr. giur.*, 2007, p. 46, con nota di F. AGNINO, *La riducibilità d'ufficio della clausola penale*.

l'art. 1384 c.c. dovrebbe essere considerato espressione del predetto principio²⁶⁹. In modo antitetico rispetto all'interpretazione appena esposta, si potrebbe osservare che la Corte di Cassazione stessa ha attribuito alla clausola penale anche una funzione punitiva, oltre a quella risarcitoria, e che l'adesione alla teoria della natura punitiva della penale spingerebbe a negare l'ammissibilità di un controllo eteronomo sull'equilibrio contrattuale. Come si specificherà, l'obiezione pare assorbita dalla più recente giurisprudenza che ha introdotto un'innovativa interpretazione del potere correttivo del giudice. Difatti, pur riconoscendo una funzione punitiva alla clausola penale, la Cassazione ha ribadito la maggiore estensione del potere equitativo del giudice (nel caso di specie confermando la sua legittimazione a ridurre la penale eccessiva anche d'ufficio) in quanto la funzione correttiva può essere esercitata al fine di garantire non solo l'equilibrio tra le prestazioni, ma anche l'adeguatezza della sanzione pattuita rispetto all'inadempimento.

1.3. La riduzione della penale a seguito dell'esecuzione parziale della prestazione principale e la riduzione della penale eccessiva

Proseguendo l'analisi della disposizione in commento, può essere utile passare in rassegna separatamente le due ipotesi previste per ammettere la riduzione della penale. Come anticipato, ai sensi dell'art. 1384 c.c., la penale eccessiva non è considerata invalida, bensì ridicibile in ragione dell'eccessività²⁷⁰, da valutarsi prendendo a riferimento l'interesse del creditore all'adempimento.

²⁶⁹ La Corte di Cassazione si è espressa nel 2005 a sezioni unite in favore della seconda delle due ricostruzioni, ammettendo la possibilità per il giudice di ridurre la penale d'ufficio. Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2985. Per un esame approfondito della questione della riducibilità della penale d'ufficio, cfr. *infra*.

²⁷⁰ Pare dunque debba considerarsi nulla la pattuizione con cui le parti rinuncino preventivamente ad avvalersi dell'art. 1384 c.c. Così A. ZOPPINI, *La penale contrattuale*, Milano, 1991, p. 247. Di avviso contrario D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli 2010, p. 217 e T. FEBBRAJO, *La riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 613; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-*

Inoltre, la penale può essere ridotta laddove vi sia stata esecuzione parziale della prestazione principale dedotta a contratto²⁷¹. In dottrina è stato evidenziato che la norma in esame sembra rispondere ad un'esigenza di proporzionalità tra le prestazioni eseguite dalle parti²⁷². Per ciò che concerne gli effetti, la possibilità di ridurre la penale in proporzione alla prestazione eseguita pare uno strumento di interesse, qualora la penale sia prevista per far fronte all'inadempimento contrattuale in via generale, mentre l'applicazione della norma non sembra necessaria laddove la clausola penale sia stata strutturata in maniera proporzionale. Si pensi ai casi in cui è stabilito un ammontare da corrispondere a titolo di penale per ogni giorno, settimana o mese di ritardo. Oppure, si pensi al caso in cui, come sovente accade nei contratti d'appalto, sia prevista la corresponsione di una penale per l'inadempimento o il ritardo in relazione a ogni fase di consegna prevista nel programma di avanzamento dell'opera. Sotto il profilo logico, si potrebbe ritenere che una simile disposizione presupponga che, sempre avuto riguardo all'interesse del creditore, un adempimento parziale possa causare un minor danno alla controparte rispetto al totale inadempimento. Tuttavia, una simile situazione potrebbe non sempre verificarsi in concreto. Pertanto, laddove l'adempimento parziale causasse un danno maggiore rispetto a quello prevedibile nell'ipotesi di inadempimento totale, pare utile precisare che resta applicabile l'art.

Branca, a cura di F. Galgano, Roma-Bologna, 1993, p. 164; C. M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 233. Isolata risulta, invece, la posizione di A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., p. 195, nota 64, che ritiene che la norma sia derogabile, in quanto non è posta a tutela di uno specifico interesse pubblico esterno alla sfera del debitore il quale può pertanto validamente rinunciare al potere di chiedere la riduzione della penale. In giurisprudenza cfr. Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, in *Foro pad.*, 1961, I, p. 320.

²⁷¹ Il Codice civile del 1865 conteneva un'analogha disposizione all'art. 1214: «La pena può essere diminuita dal giudice, allorché l'obbligazione principale è stata eseguita in parte».

²⁷² Cfr. G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 261.

1181 c.c., che consente al creditore di rifiutare un adempimento parziale anche nel caso di prestazione divisibile²⁷³.

1.4. La valutazione giudiziale sulla riducibilità della penale e il criterio dell'interesse che il creditore «aveva» all'adempimento

Il criterio interpretativo a cui il giudice deve fare riferimento nella valutazione circa l'eccessività della penale, ossia «l'interesse che il creditore aveva alla prestazione», sembra richiamare quello previsto dall'art. 1455 c.c. in materia di non scarsa importanza dell'inadempimento. Tuttavia, la formulazione della norma pare foriera di dubbi interpretativi, non tanto in riferimento all'oggetto, ossia all'interesse del creditore, quanto piuttosto in relazione all'ambito temporale di riferimento per l'applicazione del criterio. Difatti, l'art. 1384 c.c. letteralmente stabilisce che la penale può essere ridotta se eccessiva o in caso di adempimento parziale della prestazione, avuto riguardo all'interesse che il creditore *aveva* all'adempimento.

L'impiego del tempo passato ha indotto gli autori ad interrogarsi sulle possibili conseguenze giuridiche di un'interpretazione letterale. Dando rilievo alla lettera della norma, infatti, potrebbe essere preso in considerazione l'interesse del creditore *ex ante* rispetto all'inadempimento. In questo caso, il giudice effettuerebbe una valutazione sulla base del danno prevedibile al momento in cui la penale fu stipulata dalle parti²⁷⁴. Nell'opposta prospettiva, invece, l'interesse del creditore potrebbe essere valutato al momento dell'adempimento, ossia *ex post*²⁷⁵, effettuando una valutazione in

²⁷³ Quanto al momento in cui viene operata la riduzione della penale, nel silenzio della norma, pare possibile ammettere la riduzione anche dopo che la penale sia stata corrisposta. Cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 172.

²⁷⁴ Cfr. Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, in *Contr.*, 2003, p. 336; Cass., 25 luglio 1981, n. 4146, in *Arch. civ.*, 1981, p. 865. In dottrina, cfr. G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, p. 382.

²⁷⁵ P. IAMICELI, *Della clausola penale (artt. 1382-1384 c.c.)*, in E. Navarretta-A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, p. 997, secondo la quale l'interesse diviene «attualizzato».

concreto in merito all'adeguatezza della sanzione rispetto al danno verificatosi. Questa seconda interpretazione sembra preferibile poiché, intervenendo il giudice in una fase successiva rispetto a quella negoziale in cui è stipulata la clausola penale, l'utilità della norma risulterebbe parzialmente limitata laddove prendesse in considerazione i soli elementi disponibili prima del verificarsi dell'inadempimento. Inoltre, l'interpretazione secondo la quale la valutazione dell'interesse del creditore deve essere effettuata in riferimento al danno effettivamente verificatosi pare più aderente all'approccio che si riscontra nel contesto internazionale²⁷⁶.

La Suprema Corte sembra ad oggi preferire questa seconda interpretazione. L'argomento giuridico sempre più spesso adoperato dalla Cassazione a favore di questa interpretazione normativa consiste nella rilettura delle disposizioni codicistiche alla luce dei principi costituzionali. Considerando che i principi di cui all'art. 2 Cost. e agli artt. 1175 e 1375 c.c. devono ritenersi applicabili anche nella fase attuativa del rapporto, e non solo in quella di conclusione dell'accordo, per effettuare la valutazione equitativa è necessario considerare non solo le circostanze presenti al momento della conclusione del contratto, ma anche quelle che si sono manifestate durante lo svolgimento del rapporto²⁷⁷. Il momento rilevante per il giudizio di eccessività della prestazione sembra, quindi, essere quello in cui la prestazione è rimasta definitivamente ineseguita, ovvero quello in cui la prestazione è stata, tardivamente, eseguita e non quello in cui l'accordo è stato concluso.

²⁷⁶ Per una trattazione dell'approccio prescelto a livello internazionale, si rinvia al paragrafo successivo.

²⁷⁷ Cfr. Cass., 17 gennaio 2014, n. 888, in *Mass. Foro it.*, 2014, p. 34; Cass., 6 dicembre 2012, n. 21994, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1205, con nota di A. PALMIERI, *Art. 1384 c.c. e sopravvenienze: ulteriore arretramento della funzione sanzionatoria della clausola penale*; in *Contr.*, 2013, p. 680, con nota di M. CONFORTI, *Clausola penale, valutazione della manifesta eccessività e modalità del giudizio*; in *Corr. giur.*, 2013, p. 759, con nota di L. FALTONI, *I criteri di riduzione della penale alla luce di una coerente interpretazione dell'art. 1384 c.c.*

1.5. *Il criterio di proporzionalità tra la penale e il danno effettivamente subito per la valutazione giudiziale sulla riducibilità della penale eccessiva*

Ampliando la prospettiva di indagine, pare utile indagare la disciplina prevista dagli strumenti di diritto internazionale in relazione alla possibilità di ridurre le clausole in materia di risarcimento del danno²⁷⁸. L'approccio adottato dai Principi Unidroit del 2010, ad esempio, prevede che all'art. 7.4.13, *Agreed payment for non-performance*, il giudizio di eccessività sia collegato non all'interesse della parte, bensì al danno effettivo che deriva dall'inadempimento²⁷⁹. Infatti, ai sensi dell'art. 7.4.13, se il contratto prevede che la parte inadempiente sia tenuta a pagare al creditore una determinata somma in caso di inadempimento, la somma pattuita può essere ridotta ad un ammontare ragionevole ove sia manifestamente eccessiva in relazione al danno derivante dall'inadempimento. Il criterio fornito all'interprete per determinare *ex post* se l'ammontare pattuito sia eccessivo è, dunque, quello di proporzionalità tra l'indennizzo e il danno subito²⁸⁰. La formulazione descritta, proposta a livello internazionale, sembra dunque non sollevare le medesime difficoltà interpretative evidenziate in relazione alla formulazione

²⁷⁸ Per uno studio comparatistico approfondito tra la disciplina della clausola penale nell'ordinamento italiano e gli strumenti di diritto internazionale, con particolare riferimento agli strumenti di *soft law* quali i principi Unidroit, i *Principles of European Contract Law* (Pecl) e la *Resolution (78) 3, Relating to penal clauses in civil law*, cfr. L. ANTONIOLLI - A. VENEZIANO, *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary*, L'Aja, 2005.

²⁷⁹ Art. 7.4.13, *Agreed payment for non-performance*: «1. *Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.* 2. *However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances*».

²⁸⁰ Come anticipato, la norma pare porsi in linea con le tendenze interpretative della Corte di Cassazione.

propria del Codice civile italiano in merito alla valutazione dell'interesse del creditore *ex ante* o *ex post* rispetto all'inadempimento.

Anche i Principi europei sulla legge dei contratti (*Principles of European Contract Law*, Pecl), nel capitolo dedicato ai pagamenti in caso di inadempimento (*Chapter 9 - Particular remedies for non-performance*) nella sezione sui danni e sugli interessi (*Section 5, Damages and interests*) sembrano adottare lo stesso criterio e una simile forma espressiva. L'art. 9:509 stabilisce, infatti, che la riducibilità delle clausole di pagamento a titolo di danno per inadempimento, che risultino eccessive, deve essere valutata «*in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances*»²⁸¹.

A differenza di quanto previsto nella disciplina del Codice civile, pare inoltre utile il rilievo contenuto nei commenti all'art. 9:509 Pecl, secondo il quale l'ammontare della penale deve comunque risultare superiore a quello del danno effettivamente subito, anche a fronte dell'eventuale riduzione giudiziale²⁸².

Sia i Principi Unidroit, sia i Pecl prevedono un elemento di apertura idoneo a permettere di considerare, nell'ambito del giudizio sulla riducibilità in via residuale, oltre al rapporto tra il danno effettivamente subito e l'ammontare della penale, ogni altra circostanza rilevante nel caso concreto. Ad esempio sembra possibile far discendere la riduzione della penale anche dalla condotta colposa o dolosa del creditore che concorra a cagionare il danno.

²⁸¹ L'art. 9:509 prevede che: «*1. Where the contract provides that a party who fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss. 2. However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances*».

²⁸² Così specifica il legislatore nei commenti all'art. 5:509 Pecl e dell'art. 7.4.13 dei Principi Unidroit. Inoltre, nell'operazione di valutazione del danno effettivamente subito, sembra possibile tenere conto anche del danno non patrimoniale che fosse conoscibile dal debitore.

Per completezza ricostruttiva, in relazione alle soluzioni proposte dagli strumenti internazionali di *soft law*, si precisa che una soluzione analoga è stata adottata anche dalla più risalente Risoluzione 78/3 del Consiglio d'Europa del 20 gennaio 1978²⁸³, che stabilisce che la somma stipulata a titolo di penale possa essere ridotta dal giudice quando è manifestamente eccessiva, o se l'obbligazione principale è stata eseguita solo in parte, ma che la somma non può essere ridotta in modo da risultare inferiore all'importo del danno risarcibile per il caso di inadempimento²⁸⁴.

1.6. Gli orientamenti giurisprudenziali sulla riducibilità della penale d'ufficio e l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1384 c.c.

Una delle questioni più discusse in dottrina, con riferimento alla clausola penale e all'art. 1384 c.c., riguarda la possibilità per il giudice di ridurre la penale d'ufficio. La rilevanza della questione emerge in quanto le clausole sul risarcimento del danno sono espressione dell'autonomia delle parti, mentre la possibilità di un intervento modificativo dell'accordo da parte del giudice costituisce un limite all'esercizio di tale autonomia. Ci si domanda, dunque, non solo quanto la penale possa essere ridotta, o come determinare se è da considerarsi eccessiva, ma anche nell'interesse di chi è stata

²⁸³ Cfr. l'allegato alla Risoluzione del Consiglio di Europa 78/3, adottata dal Consiglio dei Ministri il 20 gennaio 1978 (*Resolution 78/3, Relating to penal clauses in civil law*). Secondo quanto disposto dall'art. 1 dell'allegato alla Risoluzione, la clausola penale è una convenzione inserita in un contratto che prevede che se il promittente è inadempiente nell'eseguire la prestazione principale, dovrà pagare la somma di denaro indicata a titolo di penale o di risarcimento. L'art. 1 letteralmente recita: «*A penal clause is, for the purposes of this resolution, any clause in a contract which provides that if the promisor fails to perform the principal obligation he shall be bound to pay a sum of money by way of penalty or compensation*».

²⁸⁴ L'art. 7 dell'allegato alla Risoluzione del Consiglio di Europa 78/3 prevede che «*the sum stipulated may be reduced by the court when it is manifestly excessive. In particular, reduction may be made when the principal obligation has been performed in part. The sum may not be reduced below the damages payable for failure to perform the obligation. Any stipulation contrary to the provisions of this article shall be void*».

prevista la norma in materia di riducibilità. Come anticipato, solo qualora si ritenga che l'art. 1384 c.c. sia espressione di un generale principio di equilibrio contrattuale, e non se si ritiene previsto a tutela del solo debitore, potrà infatti ammettersi la riducibilità della penale *ex officio*.

Tentando di trovare punti certi di riferimento in relazione ad una questione dottrinale che ha dato luogo a posizioni diametralmente opposte, occorre in primo luogo precisare che non esiste un'esplicitazione normativa di riconoscimento del potere del giudice di ridurre la penale d'ufficio²⁸⁵. La dottrina e la giurisprudenza più risalente propendevano, anche se non in maniera unanime²⁸⁶, per l'impossibilità di pronunciarsi d'ufficio sulla riducibilità²⁸⁷,

²⁸⁵ F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 404, nota 183, rileva che analoghi problemi di riconoscimento del potere di riduzione della penale al giudice si sono presentati in Spagna, ove la dottrina e la giurisprudenza si sono espresse in senso favorevole alla possibilità di ridurre d'ufficio la penale. Cfr. G. DE CASTRO VITORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Madrid, 2009, p. 81.

²⁸⁶ La corrente giurisprudenziale minoritaria era invece propensa a valorizzare il ruolo correttivo del giudice, ammesso anche nel contesto dell'autonomia contrattuale dei privati. Cfr. Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 555, con nota di R. PALASCIANO, *La riducibilità ex officio della clausola penale tra equità delle sanzioni e principio della domanda*. Oltre ai principi affermati dalla sentenza del 1999, la Cassazione ha in questa pronuncia fatto riferimento all'art. 1175 c.c., stabilendo che l'onere di attuazione complessiva del dovere di correttezza non può dirsi rispettato qualora la parte imponga una penale eccessiva rispetto alla funzione della clausola di rafforzare l'interesse all'attuazione del rapporto.

²⁸⁷ La proponibilità della domanda di riduzione della penale era ammessa sia quale azione, sia come eccezione e la giurisprudenza tendeva ad ammetterne la proponibilità anche in grado di appello per la prima volta, sempre, però, escludendo la possibilità che fosse il giudice a ridurre la penale d'ufficio. In giurisprudenza cfr. Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 40; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, *Giur. civ.*, 2001, I, p. 104; Cass., 15 gennaio 1997, n. 341, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 62; Cass., 23 novembre 1990, n.

intendendo in senso restrittivo la portata del potere equitativo del giudice. L'argomento allora adoperato dalla giurisprudenza, ma ribadito anche da parte della dottrina più recente, era costituito dal generale principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., secondo il quale, come noto, il giudice decide solo nei limiti delle domande proposte dalle parti. A ben vedere l'argomento non pare decisivo, in quanto il principio ammette eccezioni. Il punto non sembra, infatti, la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, quanto piuttosto l'inclusione o meno dell'art. 1384 c.c. tra quelle disposizioni che fanno eccezione al principio sancito dall'art. 112 c.p.c. Ad ogni modo, ai fini della ricostruzione che qui si tenta di operare, occorre precisare che anche la giurisprudenza che aderiva all'interpretazione restrittiva richiamata tendeva comunque a considerare ricompresa in modo implicito la richiesta di riduzione (anche se non espressamente formulata dalla parte) nella richiesta di accertamento di non dovere alcunché a titolo di penale²⁸⁸.

Nel 2005, aderendo all'indirizzo fino a quel momento minoritario, la Corte di Cassazione è intervenuta con una decisione a sezioni unite pronunciandosi a favore della possibilità di esercitare il potere di ridurre la penale d'ufficio. Ad avviso della Corte, l'intervento chiarificatore delle sezioni unite sarebbe risultato necessario in quanto nell'orientamento precedente risultavano «taluni cedimenti, individuati nel fatto che, in alcune delle pronunzie, l'ossequio al principio tradizionale appariva solo formale». In altri termini, nella decisione del 2005 si osservava che la giurisprudenza, pur confermando il principio della non rilevabilità d'ufficio della

11282, in *Mass. Giur. lav.*, 1991, p. 127; Cass., 21 gennaio 1985, n. 218, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce Contratto in generale, n. 197.

²⁸⁸ Cfr. Cass., 5 agosto, 2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, p. 336; Cass., 21 ottobre 1998, n. 10439, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 2138; Cass., 25 marzo 1995, n. 3548, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1086; Cass., 9 novembre 1994, n. 9304, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Contratto in genere*, n. 364; Cass., 24 aprile 1980, n. 2749, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1784. In dottrina, cfr. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 164; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 195 e G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 339.

questione, aveva trovato altri espedienti per esercitare potere di riduzione. Ad esempio, come già illustrato, la giurisprudenza aveva talvolta sostenuto che la domanda di riduzione della parte potesse essere desunta anche dalla dichiarazione di non dovere alcuna penale o, ancora, aveva ammesso che l'eccezione di riduzione fosse proposta dalla parte in appello per la prima volta. Ad avviso della Suprema Corte il ragionamento era ulteriormente corroborato dal fatto che la giurisprudenza e la dottrina avessero sostenuto la natura inderogabile della disposizione di cui all'art. 1384 c.c., riconoscendo che essa è posta principalmente a salvaguardia dell'interesse generale, per impedire sconfinamenti oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale²⁸⁹. In tal modo risultava indirettamente riconosciuta l'esistenza dei presupposti per un intervento del giudice con una funzione correttiva di riequilibrio contrattuale (qualora si volesse riconoscere alla penale una natura risarcitoria) ovvero di adeguatezza della sanzione (qualora si volesse privilegiare la tesi della prevalente funzione sanzionatoria della clausola).

Per confermare definitivamente la possibilità del giudice di ridurre la penale *ex officio*, dimostrando la tendenza ormai diffusa a fare riferimento a principi di natura costituzionale, la Suprema Corte ha rilevato che l'esegesi tradizionale dell'art. 1384 c.c. non appariva più adeguata alla luce di una rilettura costituzionale degli istituti del Codice civile. Il potere equitativo di ridurre la penale manifestamente eccessiva sarebbe, secondo la Suprema Corte, fondato sulla necessità di correggere l'autonomia dei privati, ristabilendo un congruo temperamento degli interessi contrapposti, in linea con i doveri di solidarietà nei rapporti intersoggettivi sanciti dall'art. 2 Cost²⁹⁰. Per

²⁸⁹ Cfr. Cass., 5 novembre 2002, n. 15497, in *Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere*, n. 412; Cass., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro it.*, 1996, I, p. 1621; Cass., sez. un. 5 dicembre 1977, n. 5261, cit., p. 1485; Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, cit., p. 320.

²⁹⁰ Cfr. Cass., 19 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2985, con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatta ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*; in *Foro it.*, 2005, p. 432, con nota di A. L. BITETTO, *Riduzione ex officio della penale: equità a tutti i costi?*; in *Corr. giur.*, 2005, p. 1538, con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*; in *Dir. e giur.*, 2005, p. 582, con nota di R. RASCIO, *Le sezioni unite consacrano il potere del giudice di*

tale ragione potrebbe essere esercitato d'ufficio sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita. In quest'ultimo caso, infatti, la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale, in caso di adempimento di parte dell'obbligazione, si traduce comunque in una eccessività della penale rapportata alla parte rimasta inadempita²⁹¹.

ridurre d'ufficio la penale; in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 728, con nota di E. F. RICCI, *Sui poteri ufficiosi del giudice in tema di interruzione della prescrizione e di riduzione della penale*; in *Danno e resp.*, 2006, p. 416, con nota di C. MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali*; in *Danno e resp.*, 2006, p. 424, con nota di A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*; in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 61, con nota di G. SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*; in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 415, con nota di V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*; in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 43, con nota di C. ABATANGELO, *La richiesta di riduzione della clausola penale: un'ipotesi di c.d. eccezione in senso lato?*. Prima della decisione a sezioni unite citata, la tesi a favore della riducibilità d'ufficio era più spesso sostenuta dalla giurisprudenza di merito. Cfr. T. Napoli, 12 febbraio 2004, in *Giur. napoletana*, 2004, p. 329; T. Firenze, 17 settembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1050. Esisteva inoltre anche un filone di decisioni in cui la Suprema Corte si era espressa a favore di tale orientamento. Cfr. Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, cit., p. 555; Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1929. L'argomento è stato ripreso anche in Cass., sez. un., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, p. 85.

²⁹¹ Sotto il profilo probatorio, per la riduzione della clausola penale d'ufficio è necessario che la parte interessata allegghi e provi le circostanze necessarie a verificare l'adempimento parziale della prestazione o a giustificare il giudizio di manifesta eccessività. Cfr. Cass., 4 ottobre 2013, n. 22747, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce, *Contratto in genere*, n. 408; Cass., 14 ottobre 2011, n. 21297, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce, *Contratto in genere*, n. 424; Cass., 28 marzo 2008, n. 8071, in *Contratti*, 2008, p. 765, con nota di E. BATELLI, *Clausola penale: riduzione d'ufficio e criteri di valutazione*; in *Dir. e giur.*, 2008, p. 385, con nota di R. RASCIO, *Riducibilità d'ufficio della penale ed onere di allegazione*; in *Nuova giur.*

La giurisprudenza successiva si è conformata alla decisione del 2005, riconoscendo la possibilità per il giudice di ridurre la penale d'ufficio²⁹². In dottrina, invece, la decisione della Suprema Corte ha suscitato alcune preoccupazioni riguardo al rischio di un'eccessiva invadenza del controllo giudiziale nella materia dell'autonomia negoziale privata²⁹³. Difatti, ampliare il potere correttivo del giudice in relazione alla misura del risarcimento concordata tra le parti in una clausola sul risarcimento del danno, quale la penale, potrebbe comportare il rischio di vanificare la finalità di predeterminare convenzionalmente il risarcimento dovuto.

civ. comm., 2008, I, p. 1157, con nota di G. BARAGGIOLI, *La riduzione della penale eccessiva: poteri del giudice e oneri di parte*.

²⁹² Cfr. Cass., 10 gennaio 2008, n. 246, in *Contr.*, 2008, p. 768; Cass., 19 gennaio 2007, n. 22002, in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, p. 547; Cass., 13 novembre 2006, n. 24166, in *Foro it.*, 2007, I, p. 2177.

²⁹³ Cfr. A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 106.

Capitolo 2 - Sulla riducibilità della clausola penale, della caparra confirmatoria e della caparra penitenziale

Sommario: 2.1. Riflessioni sulla teoria della riducibilità della clausola penale applicata alla caparra confirmatoria in via analogica: alla ricerca di un argomento determinante; 2.2. L'inutilizzabilità del rilievo delle analogie funzionali tra la clausola penale e la caparra confirmatoria per agevolare l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. in via analogica; 2.3. L'inutilizzabilità dell'analisi della struttura normativa della clausola penale e della caparra confirmatoria per agevolare l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. in via analogica; 2.4. La funzione punitiva della caparra confirmatoria e tutela dell'autonomia negoziale dei privati; 2.5. La ricostruzione degli oscillanti orientamenti giurisprudenziali in materia di riducibilità della caparra confirmatoria e penitenziale; 2.6. L'apparente risoluzione del conflitto giurisprudenziale e l'originale intervento della Corte Costituzionale in materia di caparra confirmatoria eccessiva 2.7. La necessità emergente di inquadrare la questione della riducibilità della caparra confirmatoria e della clausola penale in un contesto di prevedibilità giuridica

2. Sulla riducibilità della clausola penale, della caparra confirmatoria e della caparra penitenziale

2.1. Riflessioni sulla teoria della riducibilità della clausola penale applicata alla caparra confirmatoria in via analogica: alla ricerca di un argomento determinante

La norma in materia di riducibilità della clausola penale è stata in più occasioni adoperata dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di ridurre la caparra confirmatoria eccessiva²⁹⁴. La dottrina si è espressa

²⁹⁴ Sulla riducibilità della caparra confirmatoria: cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, pp. 286 ss.; A. MARINI, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 176 ss., nota a Cass., 10 novembre 1977, n. 4580 (pronuncia in senso negativo); M. POLASTRI MENNI, *Se la caparra confirmatoria sia suscettibile di riduzione*

sia in senso favorevole, sia in senso contrario²⁹⁵ all'applicazione analogica della disposizione di cui all'art. 1384 c.c. in materia di riducibilità della clausola penale alla caparra confirmatoria, evidenziando ragioni giuridiche a sostegno dell'una o dell'altra tesi. Tuttavia, come si potrà verificare, la ricerca in materia di riducibilità della caparra confirmatoria pare mostrare che i medesimi appigli argomentativi, che saranno di seguito ripercorsi, sono stati sovente utilizzati sia per sostenere l'ammissibilità dell'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria, sia per negarla.

Nell'analisi della questione che segue, si procederà esaminando i differenti approcci argomentativi adoperati prima dalla dottrina e poi dalla giurisprudenza in materia di riducibilità della caparra confirmatoria, al fine di verificare se una o più delle argomentazioni che possono svilupparsi siano determinanti per propendere in senso favorevole o contrario rispetto alla possibilità di applicare la norma in materia di riducibilità della penale alla caparra confirmatoria.

In primo luogo, si esamineranno le osservazioni della dottrina relative alle analogie e alle differenze esistenti tra la caparra confirmatoria e la clausola penale sotto il profilo delle funzioni svolte, per determinare se sia possibile riqualificare la caparra confirmatoria come una clausola penale e applicare l'art. 1384 c.c. In secondo luogo, si passerà ad esaminare l'argomento fondato sulla struttura normativa delle due clausole e la ricostruzione della *ratio* dei differenti meccanismi di bilanciamento previsti dalla caparra confirmatoria e dalla clausola penale, ossia la possibilità di ricorrere in via alternativa al rimedio della ritenzione della caparra (o dell'incameramento del *duplum*) ovvero, per ciò che concerne la clausola penale, la possibilità di domandare la riduzione giudiziale ai sensi dell'art. 1384 c.c. Il terzo argomento che pare utile indagare è costituito dalla comune funzione punitiva delle due clausole sul risarcimento del danno.

equitativa da parte del giudice, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pp. 1197 ss.; G. BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, p. 163; V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 202, nota 46.

²⁹⁵ A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 254. In giurisprudenza, cfr. Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, in *Foro it.*, 1982, voce *Caparra in genere*, n. 208.

Successivamente, si procederà tentando di ricostruire gli orientamenti della giurisprudenza che si è ispirata a questa o quella teoria interpretativa per ammettere o negare la possibilità di applicare in via analogica l'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria. Una tale impostazione sembra essere necessaria poiché una prima analisi degli orientamenti della giurisprudenza ha rivelato tendenze interpretative assai oscillanti nel corso del tempo.

Da ultimo, si darà atto di due recenti orientamenti contrapposti espressi, rispettivamente, dalla Corte di Cassazione e dal giudice costituzionale che rischiano di creare un contesto giuridico di riferimento poco adatto a garantire la certezza del diritto. Nell'analisi condotta, infine, non saranno tralasciati gli spunti che possono essere colti esaminando la normativa di *soft law* internazionale che, come si avrà modo di verificare, propone soluzioni parzialmente differenti in materia di riducibilità della penale e della caparra confirmatoria rispetto a quelli del Codice civile italiano.

2.2. L'inutilizzabilità del rilievo delle analogie funzionali tra la clausola penale e la caparra confirmatoria per agevolare l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. in via analogica

In dottrina è stata sostenuta l'applicabilità della norma in materia di riducibilità della clausola penale alla caparra confirmatoria sulla base del rapporto di analogia esistente tra le due convenzioni. Nel caso di inadempimento della prestazione principale, entrambe le clausole svolgono, infatti, la funzione risarcitoria e offrono alle parti la possibilità di liquidare in via preventiva e forfettaria il danno²⁹⁶. Facendo leva sulla somiglianza esistente tra le funzioni delle due convenzioni e, dunque, tra le finalità perseguite dalle parti che inseriscono nel regolamento contrattuale una clausola penale o una caparra confirmatoria, parte della dottrina ha ritenuto possibile qualificare la caparra confirmatoria alla stregua di clausola penale. Ciò permetterebbe di estendere l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. in materia di riducibilità della clausola penale alla caparra confirmatoria eccessiva.

²⁹⁶ Per una trattazione specifica delle analogie e delle differenze rinvenibili tra le due clausole, cfr. *supra*.

Tuttavia, sempre con riferimento al profilo funzionale, si può osservare che le due convenzioni presentano rilevanti differenze, poiché solo la caparra confirmatoria svolge la funzione di anticipo del pagamento per l'ipotesi di adempimento, mentre la clausola penale si limita ad assolvere la funzione di preventiva liquidazione del danno derivante dall'altrui inadempimento. Sulla base delle delineate differenze, potrebbe quindi negarsi la possibilità di applicare in via analogica la norma in materia di riduzione della clausola penale alla caparra confirmatoria. Pertanto, l'argomento funzionale pare idoneo ad essere impiegato sia per sostenere la riducibilità della caparra confirmatoria, sia per negarlo. In altre parole, l'indagine delle similitudini funzionali esistenti tra le due clausole sembra poco adatto a determinare in via definitiva la possibilità di applicare l'art. 1384 c.c. in via analogica alla caparra confirmatoria.

2.3. L'inutilizzabilità dell'analisi della struttura normativa della clausola penale e della caparra confirmatoria per agevolare l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. in via analogica

Un ulteriore argomento che potrebbe prestarsi ad essere utilizzato sia a sostegno, sia a demolizione della tesi dell'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria è costituito dalle peculiarità sottese alla formulazione normativa delle discipline delle due clausole²⁹⁷. Dal punto di vista della struttura, la previsione di cui

²⁹⁷ Cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 60. Tentando di ricostruire le posizioni adottate dalla dottrina in senso storico in contrario alla riducibilità della caparra, si segnala che secondo M. BELLANTE, *La caparra*, Milano, 2008, pp. 41 ss., nonostante la caparra confirmatoria e la clausola penale siano istituti simili con una stessa collocazione codicistica, differiscono in quanto la caparra confirmatoria prevede meccanismi strutturali di autocontrollo per cui la stipula di un ammontare eccessivo sembra ardua. Infatti, è stato rilevato che il limite massimo di ammontare della caparra è costituito dal valore del credito principale. In proposito, occorre tuttavia precisare che il risarcimento potrebbe comunque risultare abnorme rispetto al danno effettivamente subito dalla controparte. In secondo luogo è stato osservato che la struttura della caparra impone lo stesso regime sanzionatorio ad entrambe le parti. Di conseguenza, queste dovrebbero avere il medesimo interesse ad usare adeguata cautela. Anche questo secondo rilievo pare non essere

all'art. 1384 c.c. sembra ideata avendo a mente una clausola penale che liquidi il danno in un ammontare maggiore rispetto al danno prevedibile, ammettendo la possibilità di ridurre tale ammontare. Al contrario, la previsione della possibilità di ricorrere all'azione di risoluzione e di risarcimento del danno ordinario, prevista dall'art. 1385, 3° comma, c.c. in materia di caparra confirmatoria, pare implicitamente riferirsi al caso di un ammontare pattuito a titolo di caparra confirmatoria che sia minore del danno prevedibile o del danno effettivamente subito.

Sulla base di tali premesse logiche, la previsione di una caparra confirmatoria eccessiva potrebbe essere inquadrata come un'anomalia e, dunque, se la liquidazione del danno fosse eccessiva potrebbe intravedersi un'intenzione sanzionatoria delle parti analoga a quella che solitamente accompagna la previsione di una clausola penale²⁹⁸. Di conseguenza, la norma in materia di riducibilità della clausola penale sembrerebbe applicabile alla caparra confirmatoria poiché quest'ultima, laddove eccessiva, dovrebbe essere riqualificata dal giudice come clausola penale. Tale riqualificazione discenderebbe, attenendosi all'approccio descritto, dall'utilizzo della caparra confirmatoria come una clausola che rientra nella logica strutturale propria della penale, che ammette riduzione in quanto pattuita in una somma che eccede l'ammontare del danno subito o prevedibile.

determinante laddove una delle parti possa spiegare un maggior potere contrattuale. Da ultimo, è stato rilevato che, secondo il meccanismo tipico della caparra confirmatoria, la parte lesa può scegliere se incamerare la caparra (o domandare il *duplum*) o se ricorrere alle regole ordinarie per il risarcimento del danno. Se la caparra risultasse, invece, equamente riducibile, si prospetterebbe il rischio di vanificare il significato della scelta e di impedire la spedita composizione della controversia.

²⁹⁸ Ad avviso di chi scrive l'argomento corre il rischio di essere viziato dall'origine, in quanto si fonda sulla diversità di previsioni normative in materia di clausola penale e di caparra confirmatoria per giustificare l'applicabilità alla caparra confirmatoria delle norme redatte per la clausola penale. La diversità delle previsioni normative potrebbe essere infatti più semplicemente interpretata nel senso della non applicabilità alla caparra confirmatoria di una norma ideata e strutturata con esclusivo riferimento alla clausola penale.

Di contro, sotto il profilo strettamente normativo si potrebbe altresì evidenziare che il Codice civile non presenta un'indicazione esplicita circa la possibilità di pattuire una caparra confirmatoria solo entro i limiti del danno prevedibile. La riqualificazione della clausola quale penale, sarebbe, dunque, un'operazione che non si fonda affatto sul dato normativo. Né la lettera delle norme in materia di caparra confirmatoria facilita il compito di sostenere l'ammissibilità della riducibilità della caparra confirmatoria, poiché non è affatto prevista la possibilità di ridurre l'importo dato o ricevuto a titolo di caparra. Per negare la possibilità di ridurre equitativamente la caparra confirmatoria al pari della clausola penale, pare quindi possibile utilizzare il medesimo argomento letterale: stando alla lettera del Codice civile, infatti, potrebbe desumersi che l'intento del legislatore sia stato di disciplinare in modo diverso le due convenzioni²⁹⁹. Neppure l'argomento basato sull'analisi della struttura normativa delle discipline della clausola penale e della caparra confirmatoria sembra, quindi, adatto a fornire indicazioni determinanti per ritenere l'art. 1384 c.c. applicabile in via analogica alla caparra confirmatoria.

2.4. La funzione punitiva della caparra confirmatoria e la tutela dell'autonomia negoziale dei privati

Secondo taluni autori si potrebbe giungere ad ammettere l'applicazione analogica della norma in materia di riducibilità della penale alla caparra confirmatoria, se si riconoscesse alle clausole natura di sanzione privata³⁰⁰. In questa prospettiva, infatti, sarebbe

²⁹⁹ L'approccio argomentativo è stato recepito ad esempio da Cass., 10 novembre 1977, n. 4856, in *Foro it.*, 1978, I, p. 922.

³⁰⁰ Parte della dottrina si è invero domandata se potesse riconoscersi alla caparra confirmatoria il carattere sanzionatorio tipico delle pene private, ma l'accostamento tra il tema delle convenzioni sul risarcimento e quello delle pene private ha ricevuto grande attenzione dalla dottrina specialmente con riferimento alla clausola penale. Cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 299; G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 235; S. MAZZARESE, *Clausola penale e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 259.

possibile sollevare la questione del controllo sulla proporzionalità tra le prestazioni e il danno risarcibile, con riferimento ad entrambi gli istituti³⁰¹. Pur senza soffermarsi sull'effettiva riconducibilità delle convenzioni alla specie delle pene private³⁰², sembra utile evidenziare che dottrina e giurisprudenza hanno rilevato che è possibile individuare nella caparra confirmatoria, come nella clausola penale, una funzione punitiva. In particolare, a favore della tesi della riducibilità della caparra confirmatoria, è stato osservato che nel caso di caparra confirmatoria esorbitante rispetto al danno subito, sembra lecito ritenere che la caparra possa integrare una delle funzioni della clausola penale, ossia quella sanzionatoria³⁰³. Tale funzione è proprio quella che, ai sensi dell'art. 1384 c.c., è sottoposta al vaglio del giudice. Dunque, partendo proprio dalla funzione sanzionatoria per

³⁰¹ Cfr. F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 269; V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra*, cit., p. 202, nota 46. Tuttavia, secondo la dottrina maggioritaria, la caparra confirmatoria non può qualificarsi come pena privata. Sono di tale avviso C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 33; A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 320; U. MAJELLO, *Pena privata e responsabilità civile*, in *Le pene private*, cit., p. 332, che in riferimento alla clausola penale ritiene che la teorizzazione sulle pene private svolga esclusivamente una funzione di carattere descrittivo. Per una completa ricognizione circa la posizione della dottrina francese e tedesca, cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., pp. 58 ss.

³⁰² Ci si limita qui a rilevare che la giurisprudenza più recente si è espressa in relazione alla categoria delle pene private individuando la sua necessaria fonte nella legge. Pare potersi dunque ritenere esclusa dalla categoria la clausola che, pur prevedendo lo svolgimento di una funzione punitiva, trova la sua fonte nell'autonomia privata. Cfr. Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1460, con nota di G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, ove la Cassazione ha stabilito la contrarietà dei danni punitivi all'ordine pubblico. Cfr. inoltre Cass., 19 agosto 2011, n. 17427, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 112, che ha statuito che la liquidazione compiuta dal giudice in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. impone l'accertamento dell'esistenza del danno, onde evitare la configurazione di un a pena privata. Per un approfondimento sul tema, si rinvia *supra*.

³⁰³ Cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, cit., p. 56.

affermare la riducibilità della caparra confirmatoria eccessiva, ammettendo l'applicazione estensiva o analogica a fattispecie affini, l'art. 1384 c.c. dovrebbe essere interpretato quale espressione di un più ampio principio di proporzionalità che deve essere applicato all'esercizio della funzione sanzionatoria. La riducibilità della caparra confirmatoria deriverebbe, dunque, dall'esercizio di un potere equitativo a tutela del principio di proporzionalità tra la sanzione pattuita e il danno subito.

In senso contrario, per negare l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria, pur riconoscendo la comune funzione sanzionatoria della penale e della caparra, potrebbe comunque sostenersi che l'art. 1384 c.c. costituisca una norma posta a limite del principio generale di rispetto dell'autonomia dei privati nell'ambito contrattuale. Sancendo l'esistenza del principio generale dell'autonomia negoziale delle parti, l'art. 1384 c.c. risulterebbe quale norma di carattere eccezionale, e non quale espressione di un generale principio di proporzionalità tra l'esercizio della funzione sanzionatoria e il danno effettivamente subito. Di conseguenza, dovrebbe escludersi l'applicabilità analogica della disposizione alla caparra confirmatoria³⁰⁴ ai sensi dell'art. 14 delle disp. prel. c.c.³⁰⁵.

Neppure il rilievo dato alla funzione punitiva, comune alla caparra confirmatoria e alla clausola penale, sembra quindi decisivo nell'affermare la possibilità di applicare analogicamente l'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria, poiché la norma pare suscettibile di essere interpretata secondo due differenti approcci contrapposti. Secondo una prima interpretazione si tratterebbe, infatti, di una

³⁰⁴ Cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., p. 277. In giurisprudenza, tra le decisioni che negano l'applicabilità della norma alla caparra confirmatoria cfr. Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, cit.; nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 27 febbraio 1992, in *Banca borsa*, 1993, II, p. p. 191. Di avviso contrario Cass., 6 febbraio 1987, n. 1209, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, p. 346, che ha ritenuto applicabile il principio della riducibilità della penale anche alla transazione, nonostante la disposizione di cui all'art. 1970 c.c.

³⁰⁵ Cfr. A. MARINI, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, cit., p. 176 e M. POLASTRI MENNI, *Se la caparra confirmatoria sia suscettibile di riduzione equitativa da parte del giudice*, cit., p. 1197.

norma generale, espressione del principio di proporzionalità e applicabile alla caparra confirmatoria. Secondo l'opposta ricostruzione, sarebbe una norma di carattere eccezionale, non suscettibile di applicazione analogica.

2.5. La ricostruzione degli oscillanti orientamenti giurisprudenziali in materia di riducibilità della caparra confirmatoria e penitenziale

Gli argomenti giuridici sopra esaminati sono stati adoperati in senso favorevole o contrario alla tesi dell'applicabilità dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria anche dalla giurisprudenza. Sebbene in linea generale appaia che la Corte di Cassazione abbia tradizionalmente negato la riducibilità della caparra confirmatoria³⁰⁶, si può dare conto del susseguirsi di orientamenti di segno discordante nel corso del tempo³⁰⁷.

Una corrente giurisprudenziale più risalente aveva ammesso la riduzione equitativa della caparra confirmatoria tramite l'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. in materia di riducibilità della penale, ma, alla fine degli anni Settanta, dottrina e giurisprudenza hanno espresso in via preferenziale un orientamento di segno opposto, secondo il quale l'art. 1384 c.c. non si sarebbe prestato all'applicazione in via analogica alla caparra confirmatoria in quanto norma di carattere eccezionale³⁰⁸. Come accennato, l'eccezionalità della disposizione risulterebbe dal riconoscimento del principio generale della tutela dell'autonomia negoziale dei privati.

Alla fine degli anni Novanta, la posizione espressa dalla Corte Suprema di Cassazione in materia di riducibilità della clausola penale, e non di caparra confirmatoria, ha però fatto traballare la

³⁰⁶ Cfr. Cass., 10 novembre 1977, n. 4856, in *Foro it.*, 1978, I, p. 922 e in *Giur.it.*, 1978, I, 1, p. 1736 e in *Riv. dir. comm.*, 1978, p. 176, con nota di A. MARINI, *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, cit., p. 176, ha escluso la riduzione equitativa della caparra confirmatoria.

³⁰⁷ Per una ricostruzione storica delle diverse fasi giurisprudenziali, cfr. P. IAMICELI, *Della clausola penale (artt. 1382-1384 c.c.)*, cit., p. 1022.

³⁰⁸ Cfr. Cass., 23 maggio 1995, n. 564, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 368; Cass., 24 febbraio 1982, n. 1142, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 298.

certezza della prevalenza di un tale principio nel diritto contrattuale in favore dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme del Codice civile e, dunque, del principio di solidarietà costituzionale (art. 2 Cost.). Infatti, nel 1999 la Cassazione ha affermato che l'intervento riduttivo del giudice non doveva più essere interpretato in chiave di eccezionalità, «bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata»³⁰⁹.

Il mutamento di orientamento in favore della riducibilità della caparra confirmatoria pare essere stato sollecitato indirettamente anche dalla nota sentenza della Cassazione a sezioni unite del 2005, più volte richiamata³¹⁰. Pur avendo ad oggetto la questione della riducibilità d'ufficio della clausola penale – e non la possibilità di applicare analogicamente l'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria – la decisione ha scalfito la concezione dell'art. 1384 c.c. come norma di carattere eccezionale. Infatti, la Suprema Corte ha dato rilievo all'esistenza di un generale principio di proporzionalità nell'ordinamento, la cui espressione deve ricondursi a tutte quelle previsioni che riconoscono il potere di equità correttiva del giudice. Riconoscendo a tale principio natura generale, esso dovrebbe di

³⁰⁹ Cfr. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1929, con nota di A. PALMIERI, *La riducibilità «ex officio» della penale e il ministero delle «liquidated damages clauses»*; in *Giur. it.*, 2000, p. 1155, con nota di G. GIOIA, *Riducibilità, ex officio, della penale eccessiva*; in *Contr.*, 2000, p. 118, con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 507, con nota di U. STEFINI, *Alcuni problemi applicativi in materia di clausola penale*; in *Corr. giur.*, 2000, p. 68 con nota di M. FANCELLI, *Sulla riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*. In argomento cfr. anche M. R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, cit., p. 3. Si cita tuttavia evidenziando che l'autore è altresì estensore della pronuncia della Corte costituzionale in materia di riduzione giudiziale della caparra confirmatoria eccessiva.

³¹⁰ Cfr. Cass., 19 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2985. Per un esame approfondito della decisione, si rinvia *supra*.

conseguenza considerarsi applicabile anche alla caparra confirmatoria³¹¹.

Considerando la portata generale del principio richiamato, pare utile domandarsi se questo sia applicabile anche alla caparra penitenziale, disciplinata nel Codice civile insieme alla caparra confirmatoria e alla clausola penale. Con riferimento alla caparra penitenziale, non pare agevole ricostruire un argomento fondato sulle analogie funzionali tra questa e la clausola penale, in quanto, come è stato delineato in precedenza, la caparra penitenziale non rientra tra le clausole sul risarcimento del danno³¹². Cionondimeno, la regola di cui all'art. 1384 c.c. è stata talvolta applicata, da parte delle giurisprudenza, anche alla caparra penitenziale. In particolare, la giurisprudenza di merito ha recentemente stabilito che la caparra penitenziale possa essere ridotta dal giudice che, come per la clausola penale, esercita l'equità giudiziale correttiva qualora l'ammontare pattuito convenzionalmente dalle parti sia da ritenere eccessivo in ragione dell'incidenza dell'inadempimento (per la penale) o del recesso (per la caparra penitenziale) sull'equilibrio negoziale complessivo³¹³. Inoltre, giova altresì citare, poiché rientrante nello stesso orientamento, un lodo arbitrale con il quale il collegio ha statuito che la regola che prevede il potere del giudice (o dell'arbitro) di ridurre equamente l'importo della penale contrattuale manifestamente eccessivo, avuto riguardo all'interesse del creditore all'adempimento, è applicabile in via analogica alla caparra penitenziale. Anche con riferimento alla decisione arbitrale in esame, pare che il collegio abbia ritenuto la regola non già di natura eccezionale, bensì espressione del principio generale di proporzionalità³¹⁴. Anche con riferimento alla caparra penitenziale pare dunque emergere la tendenza a interpretare la regola in materia

³¹¹ Sul principio di proporzionalità nel contratto, cfr. in dottrina P. PERLINGERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 343.

³¹² Cfr. *supra*.

³¹³ Cfr. Trib. Modena, 27 gennaio 2011, in *deJure.it*.

³¹⁴ Cfr. Coll. Arbitrale Milano, 29 marzo 2006, in *Riv. arbitrato*, 2006, 2, p. 385.

di riduzione della clausola penale come norma di carattere generale, espressione di un principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali.

2.6. L'apparente risoluzione del conflitto giurisprudenziale e l'originale intervento della Corte Costituzionale in materia di caparra confirmatoria eccessiva

Da ultimo, confermando l'orientamento tradizionalmente prevalente in giurisprudenza³¹⁵, la Corte di Cassazione pare aver preferito la tesi contraria alla riducibilità della caparra confirmatoria. Ciò risulta da una recente decisione della Suprema Corte che ha negato l'applicabilità in via analogica della disposizione di cui all'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria secondo due ordini di ragioni³¹⁶. In primo luogo, la Cassazione ha evidenziato le note differenze strutturali e funzionali esistenti tra le due clausole, affermando che «se la prima viene tradizionalmente considerata come un patto accessorio di un contratto con funzione, insieme, di coercizione all'adempimento e di predeterminazione del risarcimento dovuto, in caso di inadempimento, la caparra confirmatoria, pur assolvendo anch'essa una funzione di preventiva liquidazione del danno per il caso dell'altrui inadempimento, svolge altresì la funzione di anticipo parziale del pagamento per l'ipotesi di adempimento».

³¹⁵ Cfr. Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, cit.; Cass., 10 novembre 1977, n. 4856, cit., p. 922.

³¹⁶ Cfr. Cass., 30 giugno 2014, n. 14776, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1040, con nota di F. MACARIO, *La riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le corti*, che nega l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria. Cfr. nello stesso senso cfr. Cass., 6 febbraio 1987, n. 1209, cit., p. 346; Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, cit. Nella decisione in esame, Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, rileva in particolare il passaggio in cui la Cassazione stabilisce che «la disposizione dell'art. 1384 c.c., contemplando l'attribuzione al giudice del potere di incidere in un caso del tutto peculiare sulle pattuizioni private e di modificare il relativo contenuto, è norma che fa eccezione alla regola generale, immanente al sistema e formalmente sanzionata nell'art. 1322 c.c., che impone il rispetto dell'autonomia contrattuale dei privati, e, consequenzialmente, non è passibile di applicazione analogica a situazioni diverse da quella in essa specificamente previste».

In secondo luogo, pur confermando in via incidentale che l'art. 1384 c.c. prevede il potere del giudice di ridurre d'ufficio la clausola penale, la Suprema Corte ha rilevato che la norma in questione è da considerarsi non applicabile analogicamente alla caparra confirmatoria, in quanto ha carattere eccezionale rispetto alla generale regola immanente al sistema e prevista all'art. 1322 c.c., posta a tutela dell'autonomia contrattuale dei privati.

Tuttavia, mentre con la decisione appena descritta della Corte di Cassazione del giugno 2014, n. 14776, sembrava essere sancita la regola della non riducibilità della caparra confirmatoria sulla base del potere di equità correttiva del giudice, tra il 2013 e il 2014 la Corte Costituzionale ha emesso due ordinanze che hanno introdotto nuovi argomenti a favore del riconoscimento del potere di controllo del giudice. Nell'ordinanza n. 77 del 2014 e nella precedente n. 248 del 2013³¹⁷, la Corte Costituzionale ha infatti richiamato un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme del Codice civile, attribuendo al giudice un potere di ben più ampia portata rispetto a quanto fino a quel momento prospettato dalla giurisprudenza di Cassazione, ossia quello di effettuare un controllo generalizzato sulla base dell'art. 2 della Costituzione per dichiarare non tanto la riducibilità, quanto la nullità delle clausole contrarie al principio di solidarietà costituzionale (e tra queste la caparra confirmatoria eccessiva) ai sensi dell'art. 1418 c.c.

Pare emergere un conflitto tra due opposti principi considerati di carattere generale, da questa o quella giurisprudenza: da un lato il principio della tutela dell'autonomia delle parti in materia contrattuale, dall'altro il principio di proporzionalità nel contratto che, secondo certa giurisprudenza, costituisce un principio di carattere generale e giustifica il controllo equitativo da parte del giudice³¹⁸. In definitiva il dissidio sussiste tra il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e il principio dell'autonomia

³¹⁷ Cfr. Corte Cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contr.*, 2014, p. 853 e Corte Cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, 2, p. 382. Per un più ampio commento alle ordinanze citate nel contesto della necessaria prevedibilità del diritto, si rinvia *infra*.

³¹⁸ Per approfondimenti in merito al contrapporsi di questi principi cfr. *infra*.

negoziale, necessariamente di stampo egoistico, da tempo riconosciuto nell'ambito del diritto dei contratti.

2.7. La necessità emergente di inquadrare la questione della riducibilità della caparra confirmatoria e della clausola penale in un contesto di prevedibilità giuridica

Dall'analisi condotta non è emersa un'argomentazione che paia decisiva nella scelta tra le tesi contrapposte che prevedono la possibilità di applicare analogicamente alla caparra confirmatoria l'art. 1384 c.c. in materia di riducibilità della clausola penale e la negazione della riducibilità della caparra confirmatoria eccessiva.

Gli argomenti adoperati dalla giurisprudenza e dalla dottrina più risalente fino ad oggi paiono, infatti, duttili e suscettibili di essere utilizzati in senso favorevole o contrario alla tesi prescelta. Inoltre, non si rinvencono indicazioni determinanti a favore della tesi della riducibilità della caparra confirmatoria neppure sotto il profilo normativo. Ad avviso di chi scrive, data la delicatezza dell'operazione di riduzione giudiziale di una convenzione sul risarcimento del danno, espressione dell'autonomia privata, pare necessario un riferimento normativo prestabilito, sia per ciò che concerne la previsione espressa del potere del giudice di ridurre l'ammontare oggetto della clausola (se tanto il legislatore ritenesse necessario), sia con riferimento al criterio sulla base del quale effettuare le operazioni di riduzione. Entrambi i profili non sembrano, ad oggi, disciplinati con modalità che permettano di evitare dubbi interpretativi.

Nel panorama internazionale, sembra prevalere un approccio differente, secondo il quale la caparra confirmatoria e la clausola penale sono disciplinate in modo analogo, facendo riferimento in via generale alle clausole in materia di risarcimento del danno³¹⁹. Come è stato rilevato, sia l'art. 9:509 dei Principi europei sulla legge dei

³¹⁹ Come è già stato rilevato, la norma prevede in primo luogo che la somma dedotta sia dovuta in caso di inadempimento a prescindere dalla prova del danno. La circostanza dell'irrelevanza della prova del danno ricorre sia in materia di clausola penale, sia in materia di caparra confirmatoria.

contratti (*Principles of European Contract Law, Pecl*)³²⁰ sia l'art. 7.4.13 dei Principi Unidroit del 2010 ammettono espressamente la possibilità di ridurre giudizialmente l'ammontare dovuto a titolo di risarcimento. Per il profilo preso in considerazione nel capitolo in esame pare dunque che le norme in materia di clausole sul risarcimento del danno previste a livello internazionale possano fungere da utile punto di riferimento per l'interprete e, eventualmente, per il legislatore, presentando una disciplina più semplice rispetto a quella esaminata.

Sembra, tuttavia, sussistere la questione della difficoltà di prevedere in che misura e secondo quali procedimenti il giudice potrà giungere a determinare l'ammontare della riduzione della penale o della caparra confirmatoria³²¹. Come anticipato, in via generale la

³²⁰ Per l'esame delle disposizioni rilevanti in relazione alla clausola penale e alla caparra confirmatoria si rinvia *supra*. Sui Principi europei sulla legge dei contratti cfr. C. CASTRONOVO, *Natura e modi di un codice europeo nell'esperienza della Commissione Lando*, in *La riforma dei codici civili e il progetto di un Codice civile europeo*, a cura di G. Alpa-E. N. Buccio, Milano, 2002, pp. 145 ss. e, dello stesso autore, *The European principles in an Integrated World*, in *European Review of Contract Law*, 2005, pp. 3 ss.; cfr. inoltre G. ALPA, *The principles of "European Contract Law" and the Italian Civil Code: Some preliminary Remarks*, in *Tulane European and Civil Legal Forum*, 2000-2001, pp. 81 ss.

³²¹ Da un punto di vista generale, la questione riguarda il tema della prevedibilità delle future sentenze giudiziarie, imprescindibilmente connesso allo «stato dell'informazione» con riferimento a sentenze già emanate su controversie di tipo analogo. Riflette sul tema G. DE NOVA, *Lo Stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, Relazione al Convegno del 23 giugno 2016, Roma, che si sofferma anche sui *quesiti giuridici che hanno ad oggetto sentenze future, che rileva, ad esempio*, nel caso del c.d. filtro in appello quando è necessario determinare le probabilità che una futura sentenza abbia un esito piuttosto che un altro. Come è stato rilevato in dottrina, lo stato di informazione presenta profili di indeterminatezza anche nel limitato ambito delle decisioni precedenti, sia poiché le sentenze anche aventi ad oggetto medesimi casi hanno talvolta esiti opposti, sia poiché non pare agevole determinare quale sia il numero sufficiente di sentenze favorevoli per fare affidamento sull'esito della sentenza. Inoltre, se il caso è nuovo, si aggiunge anche l'indeterminatezza relativa alle possibili norme applicabili al caso di specie. Cfr., inoltre, F.

giurisprudenza ha interpretato il dettato normativo nel senso di ritenere che l'interesse del creditore all'adempimento debba essere valutato in base al danno che questi ha effettivamente subito³²². Al fine di ancorare questo criterio ad un metro di valutazione meno soggetto a mutamenti in relazione al caso di specie, la giurisprudenza ha adottato criteri che non sembrano comporre un quadro unitario. Talvolta ha fatto riferimento ad una percentuale per determinare l'adeguatezza o lo squilibrio tra la clausola penale liquidata e l'ammontare dell'obbligazione principale³²³. Anche in materia di caparra confirmatoria si rinvengono indicazioni non difformi in una recentissima decisione, in cui la Suprema Corte rileva che «la Corte costituzionale, nel respingere l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c., comma 2°, sollevata con riferimento all'art. 3 Cost., comma 2°, ha espressamente attribuito rilievo, ai fini del necessario e coerente giudizio di corrispondenza del *nomen iuris* rispetto all'effettiva funzione della caparra confirmatoria, alla sproporzione tra caparra ed intero valore delle prestazioni oggetto del contratto», in un caso in cui la percentuale sull'intero prezzo della

CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 41.

³²² In relazione alla misura della riducibilità, un parametro a cui pare opportuno fare riferimento, in assenza di indicazioni specifiche nel nostro ordinamento, potrebbe essere quello contenuto nei Pecl, *Comments*, B dell'art. 9:509 e nei Principi Unidroit, commento 4, all'art. 7.4.13. In entrambi gli strumenti di *soft law*, è esplicitata una misura di riferimento a cui il giudice deve attenersi nell'opera di riduzione della penale. Questa, infatti, non può essere, anche a seguito della riduzione, inferiore al danno subito dal creditore utilizzato come parametro per la valutazione di riduzione.

³²³ È ad esempio considerato equo un rapporto dell'8% tra il prezzo e la penale: «In fatto, dalla sentenza di appello risulta che il prezzo pattuito ammontava a L. 250.000.000 e pertanto il rapporto percentuale tra il prezzo e la penale liquidata (in L. 20.000.000) è pari all'8% e sulla base dei principi giurisprudenziali sopra richiamati, risulta evidente la manifesta infondatezza del motivo». Cfr. Cass., 30 aprile 2013, n. 10183, in *www.dejure.it*.

caparra era pari al 78%³²⁴. Ancora, sempre con riferimento al rapporto tra il prezzo totale e la penale, è stata ad esempio ritenuta adeguata una penale ammontante al 25% percento dell'intero prezzo³²⁵. L'adozione di un criterio puramente quantitativo potrebbe prestarsi ad aumentare la prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia di riducibilità delle clausole sul risarcimento del danno. Tuttavia, pare che tale metodo riduca eccessivamente la facoltà delle parti di autodeterminare il contenuto del contratto, specialmente laddove l'incontro delle volontà dei contraenti costituisca, come spesso accade, il frutto di valutazioni che non necessariamente si concludono nell'accordo stesso, ma che ricomprendono prognostici e stime circa il rischio dell'affare, l'attendibilità o la solvibilità della controparte e così via.

Da ultimo, la Cassazione ha fatto riferimento al criterio dell'equo contemperamento degli interessi contrapposti³²⁶. Secondo la Corte, la norma in materia di riduzione della clausola penale non ha la funzione di proteggere il contraente più debole dallo strapotere del più forte, ma mirerebbe alla tutela e alla ricostituzione dell'equilibrio contrattuale, evitando che da un inadempimento parziale o, comunque, di non enorme importanza, possano derivare conseguenze troppo gravi per l'inadempiente. Dunque, l'operazione interpretativa di contemperamento degli interessi contrapposti non dovrebbe tenere conto della situazione economica del debitore, ma solo dello squilibrio tra le posizioni delle parti³²⁷. L'indicazione interpretativa

³²⁴ Cass., 1 luglio 2015, n. 13495, *www.dejure.it.*

³²⁵ Cfr. Cass., 30 marzo 2010, n. 7764, in *Contr.*, 8-9, 2010, pp. 772 ss. Analogamente, nella giurisprudenza di merito, in tema di intermediazione immobiliare, è stata ritenuta eccessiva la clausola penale che venga quantificata in misura pari ed uguale all'eventuale provvigione che sarebbe stata dovuta per la vendita poi non realizzata. Cfr. Trib. Varese, 1 giugno 2010, in *Notariato*, 2010, 5, p. 488.

³²⁶ Cfr. Cass., 7 luglio 2016, n. 13902, in *Notariato*, 2016, 5, p. 477.

³²⁷ Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2985. Tentando di operare una ricostruzione di carattere generale, la dottrina ha prospettato differenti criteri che il giudice potrebbe adottare. La decisione potrebbe ad esempio essere presa sulla base del caso di specie, assumendo quale riferimento l'orientamento già espresso dalla

fornita in questo caso pare ben delineata. Tuttavia, sembra sussistere la criticità connessa alla valutazione che i contraenti dovrebbero effettuare a priori dell'equilibrio effettivo tra le prestazioni, rispetto a quella che, a posteriori, effettuerà il giudice.

giurisprudenza nei casi precedenti analoghi, secondo un meccanismo non dissimile da quello previsto nei paesi di *common law*. La scelta del *quantum* della riduzione potrebbe, ancora, essere affidata al consulente tecnico. Cfr. G. DE NOVA, *Lo Stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, cit., che enumera i diversi criteri astrattamente applicabili.

Capitolo 3 - Le tendenze interpretative emergenti: il potere correttivo del giudice e la rilettura del contratto alla luce dei principi costituzionali

Sommario: 3.1. La tendenza emersa dall'esame della giurisprudenza: indicazioni sullo studio del tema; 3.2. Il potere correttivo del giudice nelle recenti ordinanze della Corte Costituzionale: la nullità della clausola *ex art. 1418 c.c.* per contrasto con il principio di solidarietà; 3.3. Il progressivo indirizzo alla rilettura costituzionalmente orientata delle norme del Codice civile; 3.4. Dal riferimento alla fattispecie all'interpretazione basata sui valori costituzionali: le questioni aperte

3. Le tendenze interpretative emergenti: il potere correttivo del giudice e la rilettura del contratto alla luce dei principi costituzionali

3.1. La tendenza emersa dall'esame della giurisprudenza: indicazioni sullo studio del tema

L'analisi fino ad ora condotta ha rivelato la tendenza della giurisprudenza a riservarsi, in modo progressivo, un crescente potere di controllo sulle scelte contrattuali delle parti, quanto meno con riferimento alle decisioni in materia di convenzioni sul risarcimento del danno. In particolare, con riferimento al potere del giudice di incidere sulle convenzioni contrattuali che regolano il risarcimento del danno, si è già trattato delle questioni inerenti alla disciplina in materia di riducibilità della penale e si è accennato al potere correttivo del giudice che ritenga di applicare la norma non solo al caso tipico previsto, quello della penale eccessiva (o della parziale esecuzione della controprestazione quando è prevista una penale), ma anche alla caparra confirmatoria (o addirittura penitenziale) esorbitante in via analogica. Per compiere tale operazione interpretativa, la giurisprudenza ha da un lato valorizzato la funzione risarcitoria della convenzione (in contrapposizione a quella punitiva che costituisce il fondamento dell'autonomia negoziale) e, dall'altro,

ha fatto ricorso a strumenti esterni al Codice civile, come i principi costituzionali.

Nel capitolo che segue, si esamineranno le più recenti decisioni della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione in materia di caparra confirmatoria eccessiva allo scopo di estrapolare l'attuale tendenza interpretativa in relazione alle clausole sul risarcimento del danno, nonché al fine di collocarla nell'ambito di un processo di trasformazione dell'approccio giudiziale più ampio, che pare avere origini nella metà dello scorso secolo.

Sotto il profilo metodologico, l'analisi specifica condotta in materia di riducibilità della clausola penale e della caparra confirmatoria, ha consentito di prediligere, in questo capitolo, un approccio induttivo. A seguito dell'esame delle decisioni della Corte Costituzionale, si procederà nella ricostruzione della tendenza interpretativa legata al dato costituzionale in giurisprudenza e, successivamente, saranno esaminate le posizioni della dottrina sul fenomeno. Da ultimo, ci si propone di identificare le conseguenze derivanti dalla diffusione dell'approccio interpretativo descritto secondo una prospettiva di sistema.

3.2. Il potere correttivo del giudice nelle recenti ordinanze della Corte Costituzionale: la nullità della clausola ex art. 1418 c.c. per contrasto con il principio di solidarietà

Come anticipato, con l'ordinanza n. 248, del 24 ottobre 2013, e con l'ordinanza n. 77, del 2 aprile 2014, la Corte Costituzionale ha proposto un ulteriore ampliamento del potere correttivo del giudice rispetto a quello in precedenza riconosciuto³²⁸.

La prima delle due decisioni ha ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1385, 2° comma, c.c., in materia di caparra confirmatoria, nella parte in cui non dispone che, in caso di inadempimento dell'obbligazione principale, il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere a titolo di caparra (o il doppio da restituire) nell'ipotesi di manifesta sproporzione o ove sussistano giustificati motivi. Il primo dato che sembra potersi registrare è che il Tribunale di Tivoli rimettente non ha utilizzato la

³²⁸ Corte Cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contr.*, 2014, p. 853 e Corte Cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, 2, p. 382.

tecnica dell'applicazione dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria in via analogica, bensì ha invocato l'illegittimità di una norma che non prevede la facoltà, per il giudice, di incidere sull'autonoma determinazione dell'ammontare della caparra confirmatoria effettuata dai contraenti. Il caso concreto che ha dato origine alla domanda aveva ad oggetto la richiesta di una parte di ottenere la restituzione della somma versata come anticipo (ma inserita nel contratto con il *nomen iuris* di caparra confirmatoria) per l'acquisto di un immobile che non aveva avuto luogo a causa della mancata erogazione di un mutuo bancario destinato a coprire il prezzo residuo. La Corte Costituzionale ha invero dichiarato la questione inammissibile per difetto di motivazione, sia in punto di manifesta infondatezza, sia in punto di rilevanza sulla base di argomenti noti e consolidati. L'infondatezza della domanda è stata ravvisata nella mancata considerazione, da parte del rimettente, della necessità di un rilevante inadempimento imputabile al debitore per dare luogo al recesso di cui all'art. 1385 c.c. La carenza di rilevanza è stata invece rintracciata nella mancanza di un'indagine circa la corrispondenza tra il *nomen iuris* della caparra confirmatoria rispetto alla reale funzione attribuita dai contraenti alla convenzione.

La portata innovativa dell'ordinanza pare invece consistere nella considerazione secondo la quale la Corte Costituzionale, nel denunciare la mancanza di rilevanza, ha affermato che il giudice ben avrebbe potuto intervenire sul contenuto della convenzione «a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte», richiamando un principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali. In particolare, sotto il profilo operativo, la modalità con cui il giudice avrebbe potuto esercitare il potere correttivo consisterebbe, secondo la Corte, nella rilevabilità *ex officio* della nullità totale o parziale della caparra confirmatoria ai sensi dell'articolo 1418 c.c. per contrasto con l'art. 2 Cost., rilevante per ciò che concerne l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà³²⁹.

³²⁹ Cfr. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2929, ove è stato affermato che il principio di solidarietà «entra direttamente nel contratto», in combinato con il canone della buona fede, «cui attribuisce *vis* normativa, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del *partner* negoziale nella misura in cui non collida con

Ad un anno di distanza, la decisione della Corte Costituzionale è stata confermata dall'emissione dell'ordinanza del 2 aprile 2014, n. 77. Il caso riguardava un giudizio civile promosso per ottenere la condanna del promittente venditore a restituire il doppio della caparra confirmatori già incamerata, in ragione della mancata stipula del contratto definitivo. La questione di legittimità costituzionale, sollevata per la seconda volta dal Tribunale di Tivoli, aveva nuovamente ad oggetto l'art. 1385, 2° comma, c.c., in relazione al quale era domandato il vaglio di costituzionalità in merito alla mancanza di esplicitazione normativa dei poteri del giudice di ridurre equamente, nel caso di inadempimento, la somma da ritenere o il doppio da restituire a titolo di caparra confirmatoria in ipotesi di manifesta sproporzione o per giustificati motivi. Ripercorrendo pedissequamente il ragionamento proposto nell'ordinanza del 2013, la Corte Costituzionale ha confermato che la questione era inammissibile, in quanto carente di motivazione in punto di rilevanza: la Corte Costituzionale nuovamente osservava che il Tribunale ben avrebbe potuto rilevare d'ufficio la nullità (totale o parziale) della clausola *ex art. 1418 c.c.* per contrasto con il principio di cui all'art. 2 Cost. Per la seconda volta, il richiamo all'art. 2 Cost. non è volto a fondare potere equitativo del giudice di ridurre la convenzione sul risarcimento del danno – come era accaduto nelle decisioni con le quali era stata sdoganata la proponibilità d'ufficio della domanda di riduzione della clausola penale negli anni precedenti – ma ha lo scopo di permettere di rilevare la nullità *tout court* della clausola. Nelle due decisioni sembra quindi confermata la configurazione, da parte della giurisprudenza, del principio generale di equilibrio tra le prestazioni contrattuali, direttamente discendente dal principio di solidarietà sociale. Estendendo il ragionamento proposto dalla Corte sembra che si potrebbe giungere ad affermare, quanto meno in astratto, che il giudice possa intervenire nel contratto dichiarando nulla ogni clausola contrastante con i suddetti principi. Attualmente l'effetto potenzialmente prorompente delle due ordinanze sembra essere stato mitigato dal successivo intervento

l'interesse proprio dell'obbligato». In precedenza anche Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1296.

della Corte di Cassazione che, nella decisione del 2015, n. 13495³³⁰, pur dando atto delle ordinanze della Corte Costituzionale, si è limitata ad avvalersene per confermare la rilevanza della misura del rapporto tra la somma data e il valore della prestazione oggetto del contratto principale per la qualificazione della clausola come caparra confirmatoria, senza fare riferimento alcuno all'art. 1418 c.c.³³¹. Analogamente, l'ordinanza del 2014 è stata altresì menzionata nella decisione della Cassazione del 2015, n. 10306³³², non per riconoscere il potere del giudice di dichiarare la nullità della clausola per contrasto con l'art. 2 Cost., bensì per richiamare il già noto principio – solo incidentalmente citato nell'ordinanza in commento – sulla base del quale l'inadempimento che può dare luogo ai rimedi della ritenzione o della restituzione della caparra confirmatoria deve essere imputabile e di non scarsa importanza.

3.3. Il progressivo indirizzo alla rilettura costituzionalmente orientata delle norme del Codice civile

Il richiamo all'art. 2 Cost. quale criterio per l'interpretazione giudiziale anche nell'ambito del diritto dei contratti non costituisce una novità. Invero, già a metà degli anni Sessanta, al congresso dell'Associazione nazionale magistrati, era affermato che «è dovere

³³⁰ Cfr. Cass., 1 luglio 2015, n. 13495, cit.

³³¹ In particolare, per quanto qui ancora interessa, la Corte territoriale aveva escluso che la somma ricevuta dalla società venditrice in sede di conclusione del preliminare di vendita di un immobile potesse qualificarsi come acconto e non caparra confirmatoria. La qualificazione della somma come caparra confirmatoria era stata basata sul *nomen iuris* utilizzato dalle parti e sul fatto che era stata esperita un'azione risarcitoria nei confronti del promissario acquirente chiedendo di trattenere la caparra confirmatoria già ricevuta, a titolo di risarcimento del danno. In tale scenario, la Corte di Cassazione ha invece stabilito che, al fine di qualificare la clausola come caparra, dovesse anche essere evidenziata la circostanza dell'immediata immissione nel possesso del bene, anteriormente alla stipula del contratto definitivo, in capo al promissario acquirente e, soprattutto, l'ammontare della caparra, corrispondente a circa il 78% dell'intero corrispettivo pattuito dalle parti.

³³² Cfr. Cass., ord. 20 maggio 2015, n. 10306, in *Foro it.*, I, p. 3904.

del giudice [...] interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico»³³³. Successivamente, si è registrata una trasformazione progressiva del metodo interpretativo che ha condotto a un allontanamento dall'ermeneutica del positivismo giuridico. Il significato letterale della norma è stato sempre più sovente prospettato dalla giurisprudenza quale momento interpretativo parziale, che deve essere ampliato dal giudice³³⁴ secondo il riferimento all'impianto dei principi costituzionali³³⁵.

³³³ Si tratta della mozione conclusiva del congresso svoltosi a Gardone il 25-28 settembre del 1965. Il testo integrale della mozione è reperibile in A. PIZZORUSSO, *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, p. 31 in nota. Il ruolo decisivo dell'interpretazione nel dibattito della magistratura è richiamato da N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, p. 1115, che rileva come fece scalpore in quell'epoca la posizione assunta.

³³⁴ Mezzo secolo dopo, si legge nella Relazione tenuta alla XV Conferenza delle Corti costituzionali europee a Bucharest, maggio 2011, *La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità*, che «non vi è dunque un senso immanente alla parola: esso è la relazione (e null'altro) tra il testo e un oggetto al quale si riferisce. L'interpretazione deve tener conto di tale riferimento necessariamente esterno del testo, risultando sterile ogni interpretazione chiusa ad un 'significato proprio delle parole' (come invece si legge nell'art. 12 delle preleggi), quasi che esista un significato interno al testo, a prescindere dalla sua relazione con la realtà esterna».

³³⁵ Per ciò che concerne il contratto, negli stessi anni la dottrina ampliava l'interpretazione della clausola generale della buona fede contrattuale alla luce del principio costituzionale di solidarietà. Cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 49; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 391; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, pp. 143-164; A. DI MAJIO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 737; R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1964, p. 909. Nella dottrina più recente, cfr. F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 556; A. DI MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 793; S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 9; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, cit., p. 505.

Negli anni Novanta, la Corte di Cassazione faceva ricorso alla tecnica dell'interpretazione costituzionalmente orientata del contratto³³⁶, evidenziando, in particolare, il collegamento tra il dovere di buona fede e il dovere di solidarietà, e stabilendo che «il dovere di correttezza si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente» così che «non risulti disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti». In particolare, nel 1999, la tendenza evidenziata era consolidata con una decisione in materia di riduzione della clausola penale nella quale la Corte di Cassazione sosteneva l'avvenuta «costituzionalizzazione» dei rapporti di diritto privato, proprio con riferimento all'intervento riduttivo del giudice della clausola penale pattuita dalle parti. La Corte stabiliva che l'intervento interpretativo non poteva più essere letto in chiave di eccezionalità, bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si riserva sugli atti di autonomia privata³³⁷. La cosiddetta

³³⁶ Cfr. Cass., 13 gennaio, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 2129, ove la Cassazione individua il principio di solidarietà sociale e di buona fede contrattuale quale limite all'agire del contraenti: «Tale assunto non può essere, tuttavia, nella specie, condiviso. Infatti la normativa di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, prevista da molteplici norme del nostro ordinamento (artt. 1175, 1374, 1375 ed altre), e confortata dal precetto costituzionale (art. 2 Cost.) che impone il rispetto dell'inderogabile dovere di solidarietà sociale, esige attuazione piena, nei limiti di compatibilità con altri valori di pari grado e dignità. Ciò comporta che diritti ed obblighi, seppure specificamente regolati dalle norme che li prevedono, non possono mai prescindere dall'osservanza del principio di buona fede, operante all'interno delle posizioni soggettive, non potendo l'autore di un comportamento scorretto trarre da esso utilità con altrui danno».

³³⁷ Cfr. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1929, ove la Suprema Corte dava atto di una progressiva evoluzione della disciplina della clausola penale, avvenuta per effetto «di un più generale fenomeno di rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della sopravvenuta Costituzione repubblicana». Si precisa

costituzionalizzazione del diritto privato comportava, sotto il profilo logico, l'ingresso nel contratto del principio di solidarietà non solo quale metro per l'interpretazione della buona fede contrattuale, bensì anche quale dovere persistente delle parti. Nel contesto della costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato, il controllo giudiziale si sarebbe strutturato quale operazione di bilanciamento di valori di pari rilevanza costituzionale «stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale - accanto al valore costituzionale della 'iniziativa economica privata' (sub art. 41) che appunto si esprime attraverso lo strumento contrattuale - di un concorrente 'dovere di solidarietà' nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.)».

In linea generale, dunque, la giurisprudenza sembra progressivamente affermare che la legge pattizia non può più ritenersi svincolata dal dovere di correttezza e dai canoni di solidarietà costituzionali³³⁸. L'adozione di un simile approccio pare prospettare un rapporto tra principi costituzionali e legge ordinaria secondo il quale la norma di legge deve essere interpretata in senso evolutivo, grazie all'apporto del dato costituzionale.

La diffusione del criterio giudiziale di valutazione basato sui principi costituzionali ha reso attuale la questione del rischio che il riferimento ai valori costituzionali possa trasformarsi in un procedimento valutativo privo di verifiche³³⁹. In particolare, l'impiego del principio di solidarietà quale criterio interpretativo del contratto ha sollevato preoccupazioni in dottrina, costituendo per il giudice uno strumento che permette un allontanamento dal dato normativo, creando una discontinuità tra le previsioni delle parti e il risultato finale dell'operazione interpretativa³⁴⁰. Emblematica pare

che l'estensore della decisione in esame è M. R. Morelli, il medesimo delle ordinanze della Corte Costituzionale del 2013 e 2014 che hanno affermato la possibilità del giudice di dichiarare la nullità della caparra confirmatoria eccessiva sulla base dell'art. 2 Cost.

³³⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2750, Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077, in tema di fideiussione *omnibus*.

³³⁹ Cfr. N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 867.

³⁴⁰ Esprimono preoccupazioni in merito al ricorso al concetto di solidarietà,

l'analisi di chi ha osservato, partendo dal caso concreto della riducibilità della caparra confirmatoria, che i possibili esiti di un'interpretazione basata sul dato normativo o sui principi costituzionali sono opposti. Infatti, se il giudice valuta in base all'art. 1385 c.c., la riducibilità della caparra confirmatoria è da escludere. Al contrario, se la decisione è presa sulla base del principio di solidarietà, potrà considerarsi nulla la caparra confirmatoria eccessiva, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost. A ben vedere, in quest'ultimo caso, potrebbe altresì concludersi che la caparra confirmatoria eccessiva debba essere giudizialmente ridotta, tanto che è stato rilevato che la soluzione del caso «dipende da come chi giudica intende il principio di solidarietà. E dunque la prevedibilità di una futura decisione è molto maggiore se si decide in base a norme, molto minore se si decide in base a principi»³⁴¹.

3.4. Dal riferimento alla fattispecie all'interpretazione basata sui valori costituzionali: le questioni aperte

Il fenomeno dell'ingresso dei principi costituzionali quale canone ermeneutico di riferimento per le norme in materia contrattuale pare di rilevantissimo interesse in relazione al presente lavoro di ricerca in quanto sembra sovente accompagnarsi all'atteggiamento, verificato in giurisprudenza, di ammettere una maggiore incisività del potere correttivo del giudice nell'ambito del contratto. Il mutamento in esame è stato descritto dalla dottrina come una trasformazione dallo *ius positum*, cristallizzato nelle norme e nella fattispecie³⁴², allo *ius*

inteso quale di espressione del principio di cui all'art. 2 Cost. nel contesto dell'interpretazione giudiziale dei regolamenti contrattuali P. BARCELLONA, *Lo spirito dei tempi*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di G. Vettori, Padova, 2006, p. 37; N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, cit., p. 865. Cfr., inoltre, E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 615, che rileva l'impiego dei principi costituzionale per interpretare in senso innovativo il contratto, riflettendo sul mutamento del metodo interpretativo.

³⁴¹ Cfr. G. DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Juscivile*, 5, 2016, p. 418, che rileva altresì che «oggi i principi vanno per la maggiore».

³⁴² Per una definizione di fattispecie, cfr. A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 927 e N. LIPARI, *I civilisti e*

*in fieri*³⁴³, strettamente connesso al caso di specie. Il meccanismo interpretativo tradizionale si rivolgeva alla fattispecie, la configurazione in astratto della situazione concreta³⁴⁴, quale punto di riferimento per la decisione giudiziale. Al contrario, nello scenario descritto della costituzionalizzazione del diritto privato, la contrapposizione di interessi privatistici contrastanti risulta un conflitto tra opposti principi, risolvibile tramite il meccanismo del bilanciamento³⁴⁵. Sotto il profilo metodologico, il meccanismo

la certezza del diritto, cit., p. 1120, «con il termine fattispecie si designa un fatto naturale al quale l'ordinamento attribuisce rilievo al fine del prodursi degli effetti giuridici che una norma prevede». Sulla funzione della fattispecie, cfr. E. SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, 1978, p. 15, che parla dell'esigenza di arginare la minaccia del divenire, cioè controllarla, sottoporla ad una legge e quindi dominarla.

³⁴³ Cfr. N. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 875, che evidenzia il contrasto tra la rivoluzione in atto e la tranquilla riferibilità al sistema delle norme. Si tratta del fenomeno della cosiddetta costituzionalizzazione del diritto civile, che è stato sempre più frequentemente recepito in giurisprudenza, fino ad autorizzare una lettura del diritto civile con necessario riferimento alla Costituzione: in merito, la giurisprudenza ha in più occasioni affermato che nessuno strumento di diritto civile possa sopravvivere senza un opportuno richiamo del principio costituzionale a questo applicabile.

³⁴⁴ Di «logica della fattispecie» si parla con riferimento al metodo interpretativo proprio del capitalismo, secondo la quale il legislatore descrive un modello a cui il giudice può ricondurre un fatto, traendone le conseguenze previste dalla norma. Cfr. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 e, dello stesso autore, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987; *Un diritto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17.

³⁴⁵ Al contrario, se il meccanismo interpretativo fosse basato sullo schema della sussunzione dalla fattispecie, sul riferimento ad un sicuro sistema normativo, il conflitto tra norme sarebbe in primo luogo una questione affrontabile da parte del legislatore. In un sistema unitario, infatti, non sarebbe affatto ammissibile un conflitto tra norme: la composizione del conflitto tra norme non sarebbe infatti compito dell'interprete, che invece ben può operare un bilanciamento tra principi. Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit. p. 1137, che ricorda il postulato della completezza

interpretativo basato sulla sussunzione secondo uno schema di riferimento tipico, quello appunto della fattispecie, sembra cedere il passo ad un procedimento di deduzione a partire da un quadro valoriale di riferimento più ampio. Nell'interpretazione della norma, e nella soluzione da prospettare per il caso di specie, l'interprete non si orienta più secondo meccanismi di analogia rispetto alla fattispecie legislativamente prevista, bensì pare fare riferimento ad un sistema valoriale mutevole nel tempo da adattare di volta in volta al caso concreto³⁴⁶. È stato infatti affermato che la regola non ha più senso in astratto, ma prende vita solo tramite il dipanarsi del caso concreto³⁴⁷, tanto che la dottrina è giunta ad affermare, rovesciando parzialmente la prospettiva positivista, che «le argomentazioni politiche ed etiche sono ora diventate interne al diritto positivo e alla scienza giuridica»³⁴⁸.

Il fenomeno è stato esaminato anche con specifico riferimento alla ricerca oggetto di questo lavoro. L'opera di espansione dell'area di applicabilità dell'art. 1384 c.c. in materia di riduzione della clausola penale compiuta dalla giurisprudenza pare, infatti, riscontro tangibile

dell'ordinamento positivista implica l'esistenza di un ordinamento privo di lacune.

³⁴⁶ La fattispecie perde di rilevanza, mentre ne acquista il principio in relazione al caso concreto. L'approccio descritto, in cui la fattispecie astratta non può costituire più punto di riferimento, parrebbe idoneo a garantire la prevedibilità della decisione giurisprudenziale se vi fossero, come accade nei paesi di *common law*, regole precise ed esplicite in merito alla vincolatività delle decisioni precedenti.

³⁴⁷ Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 1137.

³⁴⁸ Cfr. F. VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion pratica*, 2010, p. 4. Ben diverso pare l'approccio alla materia rispetto a quando, tra i realisti americani, K. N. Llewellyn scriveva: «*The first year [...] aims, in the old phrase, to get you 'thinking like a lawyer'. The hardest job of the first year is to lop off your common sense, to knock your ethics into temporary anaesthesia. Your view of social policy, your sense of justice-to knock these out of you along with woozy thinking, along with ideas all fuzzed along their edges. [...] It is not easy thus to turn human beings into lawyers*». Cfr. K. N. LLEWELLYN, *The Bramble Bush*, New York, 1951, p. 101.

della ricostruzione effettuata dalla dottrina, che ha evidenziato un processo di ascesa della rilevanza del “principio giuridico” in contrapposizione alla “norma giuridica”³⁴⁹. Dalla ricerca effettuata, è infatti emerso che la prima strada battuta per affermare l’applicabilità dell’art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria sia stata quella di verificarne la possibilità di applicazione in via analogica. Successivamente, le argomentazioni giuridiche si sono concentrate non più sullo strumento dell’applicazione analogica, bensì sulla valutazione circa la rispondenza al principio di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., in modo da dichiarare la nullità della convenzione sul risarcimento del danno che paia non conferente con il principio di solidarietà sociale.

In via generale, il mutamento di prospettiva descritto ha incontrato rilevanti resistenze nell’accademia, tanto che il necessario riferimento alla Costituzione è stato identificato da autorevole dottrina³⁵⁰ come uno dei fattori che contribuiscono ad allontanare il diritto e l’interpretazione dalla sicura riferibilità a una dottrina del diritto civile³⁵¹.

Infine, tentando di inserire il processo interpretativo descritto in un più ampio scenario di riferimento sembra possibile evidenziare per lo meno due principali filoni di questioni aperte, direttamente connesse alla costituzionalizzazione del diritto e al riferimento al principio nell’interpretazione della norma di diritto civile. Da un lato, sembra emergere la questione del ruolo residuo dell’autonomia privata. Fino ad ora, in particolare con riferimento alle decisioni in materia di clausole sul risarcimento del danno, si è più volte fatto riferimento a situazioni di restrizione dell’autonomia negoziale in favore della maggiore incisività del potere correttivo del giudice. Si pensi, ancora una volta, al caso dell’applicabilità dell’art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria o, addirittura, alle posizioni espresse della Corte

³⁴⁹ Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 1137.

³⁵⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, che ricostruisce tre tipi di fattori: il riferimento necessario alla Costituzione, la crescente incisività del momento giurisdizionale e il necessario riferimento e al sistema di diritto comunitario.

³⁵¹ S. PASSARELLI, *Dottrina generale del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 72.

Costituzionale in riferimento alla facoltà del giudice di dichiarare la nullità (*ex art. 1418 c.c.*) della clausola contrattuale contenente la caparra confirmatoria eccessiva poiché in contrasto con il dettato di cui all'art. 2 Cost. Si pensi, ancora, alla recente decisione della Corte di Cassazione che ha stabilito che se la condotta inadempiente del debitore che realizza il fatto contemplato nella clausola risolutiva espressa è conforme al principio della buona fede e non risulti in concreto idonea ad integrare la fattispecie convenzionale, dovrà escludersi la sussistenza dell'inadempimento³⁵². Nella decisione citata, l'interpretazione estensiva della clausola di buona fede ha permesso di inibire l'esercizio dell'azione di risoluzione da parte dell'altro contraente.

Secondo una diversa prospettiva, la tendenza interpretativa descritta sembra porre, con crescente incisività, il problema della prevedibilità della decisione giurisprudenziale e della sopravvivenza del principio della certezza del diritto³⁵³. La minore predisposizione della

³⁵² Cfr. Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 503: «la condotta del debitore, pur realizzando sotto il profilo materiale il fatto contemplato dalla clausola risolutiva espressa, è conforme al principio della buona fede, ciò lo condurrà ad escludere la sussistenza dell'inadempimento *tout court* e, quindi, dei presupposti per dichiarare la risoluzione del contratto».

³⁵³ Nella trasformazione descritta, la certezza del diritto pare risentire del venir meno del principio di completezza dell'ordinamento. Sotto il profilo storico, il dogma della completezza del diritto civile è strettamente legato alla codificazione, oltre che al liberalismo giuridico inteso come dottrina del moderno stato di diritto (cfr. R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, pp.137 ss.), e pare entrare in crisi nell'era della decodificazione. In generale, sul principio di completezza dell'ordinamento cfr. S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925, anche in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, 1969). Cfr., inoltre, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979 e, dello stesso autore, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; C. E. ALCHOURRÓN, - E. BULYGIN, *Normative Systems*, Vienna-New York, 1971; U. SCARPELLI, *Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 1963; G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962.

giurisprudenza a fare riferimento allo strumento della sussunzione del caso specifico nella fattispecie legislativamente prevista, prediligendo strumenti interpretativi più elastici che sembrano consentire il raggiungimento di una giustizia sostanziale immediata sembra, infatti, comportare una minore prevedibilità dell'esito della controversia in concreto.

PARTE VII - L'ampliamento dell'indagine allo studio del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice

Capitolo 1 - L'equilibrio nel contratto e il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice

Sommario: 1.1. Dalle clausole sul risarcimento del danno alla questione del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice; 1.2. I presupposti logici dell'indagine in materia di equilibrio nel contratto; 1.3. La tradizionale irrilevanza dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali

1. L'equilibrio nel contratto e il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice

1.1. Dalle clausole sul risarcimento del danno alla questione del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice

L'esame delle principali questioni in materia di caparra confirmatoria e di clausola penale ha evidenziato la tendenza della giurisprudenza a tutelare il rapporto di proporzionalità tra le posizioni dei contraenti e tra le prestazioni nel contratto. In particolare, l'occasione in cui la tendenza è stata rilevata è quella della disputa circa la natura dell'art. 1384 c.c. in materia di riducibilità della clausola penale. L'orientamento della giurisprudenza, rilevante ai fini della presente analisi, è quello secondo il quale alla norma dovrebbe essere riconosciuto carattere generale, e non eccezionale, in modo da ammettere la sua applicabilità anche alla caparra confirmatoria eccessiva. Secondo la terminologia propria delle decisioni esaminate, l'art. 1384 c.c. costituirebbe espressione di un generale «principio di

equilibrio nel contratto»³⁵⁴, in ragione del quale sarebbe possibile riconoscere più ampi poteri correttivi in capo al giudice e, contemporaneamente, diminuire l'ampiezza dell'autonomia lasciata alle parti nel determinare il contenuto del contratto. Nello stesso senso si può intendere il recente intervento della Corte Costituzionale³⁵⁵ che, muovendo dal fenomeno della cosiddetta costituzionalizzazione del diritto privato, ha proposto un'applicazione innovativa del principio di solidarietà, finalizzata a permettere al giudice l'esercizio di un controllo sulla giustizia e sull'equilibrio del contratto. Entrambe le tendenze rilevate comportano la modifica del rapporto esistente tra l'autonomia privata delle parti e il potere correttivo del giudice.

Che tra l'autonomia privata e il potere del giudice, o più in generale tra l'autonomia privata e l'ordinamento, esista un rapporto dialettico affatto statico non stupisce. Con riferimento al diritto privato, ciascuna delle parti si rassegna solitamente a contemperare il proprio interesse con quello dell'altra solo al fine di concludere l'accordo: «ciascuna parte accetta il proprio sacrificio non già perché corrisponde ad un suo 'intento', bensì soltanto perché si tratta del sacrificio indispensabile affinché la controparte si induca, a sua volta, ad accettare il suo sacrificio, che per il primo costituisce, invece, il beneficio atteso»³⁵⁶. Tuttavia, non sempre le parti si

³⁵⁴ L'equilibrio tra le prestazioni contrattuali è elevato a principio dalla giurisprudenza. Tuttavia, come è stato rilevato, parte della dottrina si è espressa in modo contrario all'ammissibilità del solidarismo legislativo qualora conduca alla degenerazione dei poteri modificativi del giudice nell'ambito del contratto G. B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, p. 9; R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 330; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231; G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, in *Contr.*, 2010, p. 118.

³⁵⁵ Cfr. Corte Cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contr.*, 2014, p. 853 e Corte Cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, 2, p. 382.

³⁵⁶ Cfr. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 3. La tendenza al perseguimento del proprio interesse in ambito contrattuale ben emergeva anche dall'art. 1101 del Codice civile del 1865, che qualificava a titolo oneroso «quel contratto nel quale ciascuno dei

trovano in situazioni di parità negoziale. Dunque, l'antagonismo esistente tra il ruolo del diritto (e del giudice) e l'autonomia dei privati è ritenuto fisiologico dai giuristi – quantomeno in una certa misura – proprio in quanto ha lo scopo di ridimensionare la tendenza delle parti a perseguire i propri interessi: «il diritto - quali che ne siano volta a volta le fonti: leggi, statuti, giudici, consuetudine, ecc. - rivendica sempre un ruolo di controllo e di sindacato degli atti di autonomia, per decidere se, quando e come, concedere «giustiziabilità» agli impegni assunti dai privati»³⁵⁷.

Dunque, il contratto sembra necessariamente soggetto a una dialettica costante tra la libertà di determinare il contenuto dell'accordo contrattuale e i limiti imposti dall'ordinamento, ma, nello scenario attuale, tali limiti risultano oggetto di un'interpretazione di carattere fortemente innovativo da parte della giurisprudenza, che pone la questione di delineare quale sia, ad oggi, il rapporto esistente tra l'autonomia dei privati e il controllo su questa esercitato dall'ordinamento o, quantomeno, dal legislatore e dal giudice³⁵⁸.

contraenti intende, mediante equivalente, procurarsi un vantaggio». Con il termine «intende», il legislatore chiariva che la valutazione dell'adeguatezza fra le prestazioni era lasciata all'apprezzamento individuale della parte. Sul rapporto tra il principio di solidarietà e quello di libertà nel contratto cfr. N. LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 24 che distingue tra lo «spirito di liberalità» e lo «spirito di solidarietà»; N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 185 e A. PALAZZO - J. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, p. 362 che distinguono la solidarietà nell'ambito dei rapporti di cortesia o a titolo gratuito, non obbligatoria, e la solidarietà pubblicistica di natura obbligatoria.

³⁵⁷ Cfr. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., p. 6, che aggiunge peraltro «altro che principio generale per cui tutti i *pacta* sarebbero sempre *servanda!*», qualificando il principio come un criterio di onore, più che giuridico.

³⁵⁸ La precisazione è imposta da quelle ricostruzioni del contenuto terminologico del termine “ordinamento” che includono, oltre ai principi e alle norme giuridiche, anche le istituzioni. Cfr. F. MODUGNO, voce *Ordinamento giuridico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.

1.2. I presupposti logici dell'indagine in materia di equilibrio nel contratto

Il richiamo al cosiddetto «principio di equilibrio» ha permesso alla giurisprudenza di applicare estensivamente le norme in materia di riducibilità della penale anche alla caparra confirmatoria. In altri termini, potrebbe affermarsi che l'intervento giudiziale sia giustificato in quanto avrebbe lo scopo di ricondurre il contratto a una situazione di equilibrio. Pare così evidenziata la connessione logica esistente tra l'indagine sul rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice e il tema dell'equilibrio nel contratto. In linea generale, l'equilibrio tra le prestazioni del contratto costituisce, dunque, un argomento di relevantissimo interesse, sia per ciò che concerne il profilo delle conseguenze che le diverse concezioni del rapporto tra questo e il principio dell'autonomia contrattuale comportano nelle decisioni della giurisprudenza, sia, sotto il profilo dogmatico, in relazione alla teoria generale del diritto. Occorre pertanto determinare se l'origine del principio generale di equilibrio nel contratto³⁵⁹ sia unicamente giurisprudenziale o se, invece, sia un principio proprio dell'ordinamento in senso lato.

Allo scopo di tratteggiare il rapporto oggi esistente tra l'autonomia privata, la legge e il giudice, e per ragioni di chiarezza espositiva, è utile preliminarmente precisare che il presupposto logico da cui si prendono le mosse nella presente indagine è che non esiste, nel Codice civile, un riferimento di carattere generale al principio di equilibrio nel contratto, ma al contrario è affermata la possibilità per le parti di perseguire, tramite il contratto, il loro interesse. Cionondimeno, rispetto all'impostazione dottrinale e giurisprudenziale di stampo liberale che attribuiva alle parti un'ampia libertà nel determinare il regolamento contrattuale, oggi è possibile registrare un progressivo mutamento di orientamento, nel senso di riconoscere con più frequenza rilevanza giuridica all'equilibrio tra le prestazioni contrattuali.

³⁵⁹ Il principio è declinato dalla giurisprudenza, sia come equilibrio tra le prestazioni contrattuali, sia come equilibrio tra le posizioni delle parti del contratto.

1.3. La tradizionale irrilevanza dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali

Il tema dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali è stato oggetto di approfondita analisi da parte della dottrina³⁶⁰, in particolare in relazione al contratto a prestazioni corrispettive. In passato, sulla base del riferimento al cosiddetto dogma dell'autonomia privata, espressione di un'idea di autodeterminazione dell'individuo, o dell'autonomia contrattuale, definita come «una *species* dell'autonomia privata»³⁶¹, è stato precisato che la corrispettività

³⁶⁰ Sulla giustizia nel contratto e l'equilibrio tra le prestazioni cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2015; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 195; A. SPANGARO, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014; P. MENGOSI, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004; O. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 439; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; E. M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 647; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; F. CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004; P. PERLINGERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 11; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contr. e impr. Eu.*, 1997, p. 141. Sempre in merito all'equilibrio tra le prestazioni contrattuali, la dottrina ha inoltre sovente fatto riferimento alla determinazione del giusto prezzo come il prezzo che si determina nelle libere contrattazioni, mentre la non equivalenza delle prestazioni è stata ritenuta rilevante solo se lo scambio è gravemente alterato e c'è il sospetto di dolo o di violenza di una parte a danno dell'altra.

³⁶¹ Cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 36, che afferma che «l'autonomia esprime un'idea di libertà, rivenendo la propria radice nell'autodeterminazione riconosciuta in capo a ciascun individuo in relazione alle diversificate situazioni di interesse che può incarnare e verso la cui realizzazione tendere». Sulla distinzione tra autonomia contrattuale, autonomia privata e libertà contrattuale, cfr. S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. e impr.*,

delle prestazioni non comporta che queste siano tra loro equivalenti sotto il profilo economico. Anche la giurisprudenza si è espressa in questo senso, affermando che lo squilibrio contrattuale economico non inficia la validità del contratto, se non nei casi legislativamente previsti³⁶². In altre parole, lo squilibrio economico tra le prestazioni è irrilevante in sede di formazione dell'accordo³⁶³ e, anzi, il principio dell'autonomia contrattuale si estende fino a permettere alle parti di contrattare anche a condizioni a sé svantaggiose³⁶⁴.

Le dottrine liberiste che sostenevano che l'autonomia contrattuale

2013, p. 633, che precisa che maggior rigore terminologico si riscontra nella letteratura tedesca che distingue tra la libertà delle parti di scegliere la legge a cui sottoporre il contratto (*Parteiautonomie*) e la libertà di stipulare o meno, di fissare il contenuto dell'accordo e di scegliere l'altra parte (*Vetrags- o Privatautonomie*).

³⁶² L'autonomia circa la congruità dello scambio è infatti rimessa dall'art. 1322, comma 1° c.c. alle parti. In relazione alla norma appena citata, cfr. Cass., 26 marzo 1996, n. 2635, in *Giur. it.*, 1998, I, c. 476.

³⁶³ Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2015, II, p. 113. L'idea accolta nel Codice civile è quella di "equivalenza soggettiva" delle prestazioni, «da intendersi nel senso della libertà delle parti nell'esplicazione dell'autonomia contrattuale, di assegnare a ciascuna attribuzione patrimoniale la funzione equivalente dell'altra». Cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 190, che precisa che istituti quali quello della rescissione per lesione non erano considerati diretti a porre rimedio allo squilibrio contrattuale in sé, in quanto dovevano (e devono) intendersi quali segnali di consapevolezza del legislatore circa l'insufficienza del libero mercato a consentire un ottimale svolgimento dei rapporti economici.

³⁶⁴ Considerano irrilevante la sproporzione tra le prestazioni, quale requisito di validità o di efficacia del contratto A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, p. 303; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1973, p. 67; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, p. 28; S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 441; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 227; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Napoli, 1948, p. 749.

delle parti fosse sufficiente a garantire l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali³⁶⁵ sono state duramente criticate, poiché la complessità della realtà economica ha evidenziato l'incapacità della sola autonomia contrattuale di creare equilibrio o giustizia nel contratto³⁶⁶. Ciononostante, per decenni il convincimento espresso dalla dottrina in merito all'irrelevanza dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali nel diritto privato non è mai stato intaccato, così come l'opinione che «la realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale non si pone davvero come un fine primario dell'ordinamento»³⁶⁷.

³⁶⁵ Per esprimere il principio dell'autonomia privata vigente in materia contrattuale la dottrina di stampo liberista si rifaceva alla celebre formula ottocentesca di A. FOUILLÉ, *Science sociale contemporaine*, Parigi, 1885: «*Qui dit contractuel, dit juste*».

³⁶⁶ Cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., pp. 575 ss. Sul tema, cfr., inoltre, G. ALPA, in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992, p. 102; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 274; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1986, p. 274; V. L. EINAUDI, *Il giusto prezzo*, in *Il buon Governo*, Bari, 1954, p. 151.

³⁶⁷ Cfr. R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1026. Cfr., inoltre, E. REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 909, che afferma che il legislatore non si disinteressa delle proporzioni degli elementi dell'oggetto, ma precisa che il Codice civile «non ne fa un tema necessario di controllo». Dello stesso avviso sono inoltre V. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1989, p. 135; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 423; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 310.

Capitolo 2 - Il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nel Codice civile

Sommario: 2.1. Indicazioni metodologiche sullo studio del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice; 2.2. La rilevanza dello squilibrio originario tra le prestazioni contrattuali nel Codice civile: il rimedio speciale della rescissione; 2.3. La rilevanza dello squilibrio sopravvenuto tra le prestazioni contrattuali nel Codice civile: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità; 2.4. Il rapporto tra equità ed equilibrio: precisazioni terminologiche e delimitazione dell'area della ricerca in materia di equità; 2.5. L'equità integrativa: i riferimenti normativi e l'implicita prevalenza dell'intenzione delle parti sul potere integrativo del giudice; 2.6. Il riconoscimento legislativo del potere correttivo del giudice: la necessità di una norma di esplicita autorizzazione; 2.7. La conferma dell'impossibilità di derivare un generale principio di equilibrio nel contratto dalle disposizioni del Codice civile

2. Il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nel Codice civile

2.1. Indicazioni metodologiche sullo studio del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice

È stato rilevato che il tema dell'equilibrio nel contratto (o tra le prestazioni contrattuali) presenta una strettissima connessione con il delinearsi del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice. Sebbene sia stato affermato che non vi sono riferimenti espliciti nel Codice civile al «principio di equilibrio nel contratto», numerosi sono i riferimenti rinvenibili, in singole norme, al concetto di “equilibrio”, di “squilibrio” e di “proporzionalità” tra le prestazioni. Ci si propone, quindi, di esaminarli e di verificare se sia possibile desumere, in via indiretta, un generale principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali nel Codice civile, nella legge e nell'ordinamento in generale.

L'indagine sarà condotta scomponendo la questione in più parti, corrispondenti a differenti prospettive di analisi. Enunciata la posizione della dottrina sul tema dell'equilibrio nel contratto, occorre dapprima procedere all'esame del tema con riferimento alle previsioni contenute nella legge. Successivamente, il tema dei limiti all'autonomia privata sarà trattato con riferimento a quanto previsto dal legislatore. Sarà esaminato il ruolo affidato al concetto di equilibrio nel contratto dal Codice civile, includendo l'esame di quelle disposizioni che prevedono un intervento equitativo da parte del giudice. Successivamente saranno esaminate le tendenze attualmente rilevabili nella normativa speciale e negli strumenti di diritto internazionale. In particolare, sarà evidenziata la recente attenzione del legislatore europeo e nazionale al fenomeno dello squilibrio nel contratto e sarà dato atto dell'approccio proprio degli strumenti di diritto internazionale allo squilibrio tra le prestazioni contrattuali, tema rilevante sia nei Principi Unidroit, sia nelle disposizioni dei Principi del diritto contrattuale europeo. Da ultimo, ci si soffermerà, invece, sull'analisi del rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nella giurisprudenza.

Le fasi di ricerca proposte presentano certamente punti di contatto. Si pensi alle norme in materia di equità correttiva del giudice, richiamate in numerose decisioni nelle quali è stato affermato il potere correttivo del giudice sul contenuto del regolamento contrattuale. Tuttavia, la partizione indicata e l'ordine dei temi proposto sono stati scelti in quanto rispondono all'esigenza di attribuire consequenzialità al discorso, costituendo la legge, almeno in linea teorica, il punto di partenza per lo svolgimento del compito interpretativo e decisionale del giudice.

2.2. La rilevanza dello squilibrio originario tra le prestazioni contrattuali nel Codice civile: il rimedio speciale della rescissione

Lo squilibrio tra le prestazioni contrattuali assume rilevanza in più disposizioni del Codice civile, contemperando il principio dell'autonomia contrattuale. In primo luogo, il richiamo al sinallagma genetico emerge nelle disposizioni in materia di rescissione, che fanno conseguire alla sproporzione tra le prestazioni l'effetto dello scioglimento del contratto. L'art. 1447 c.c. ammette la

rescissione a seguito dell'assunzione, da parte di un contraente, di obbligazioni a condizioni «inique», mentre l'art. 1448 c.c. la prospetta in caso di «sproporzione tra le prestazioni». In altre parole, in taluni casi specifici, il principio dell'autonomia contrattuale è temperato sulla base dell'individuazione della necessaria proporzione tra le prestazioni contrattuali. Ciò avviene nel caso del contratto concluso in stato di pericolo e nel caso del contratto concluso in stato di bisogno, che possono dare luogo alla rescissione³⁶⁸. Dal punto di vista sistematico, con le disposizioni in materia di rescissione, il legislatore ha previsto una disciplina specifica per le alterazioni genetiche della causa del contratto che ne provocano lo scioglimento per un difetto di proporzionalità originario³⁶⁹. Come noto, ai sensi dell'art. 1447 c.c., lo stato di pericolo è la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona che conduce la parte a contrattare a condizioni sfavorevoli³⁷⁰. Il contratto concluso in stato

³⁶⁸ In tema di rescissione del contratto cfr. P. VITUCCI, *La rescissione*, IV, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2007, p. 433; A. CALABRESE, *Rescissione per lesione e alienazione di pacchetto azionario «strategico»*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 510; R. LANZILLO-A. RICCIO, *Rescissione del contratto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 81; E. MINERVINI, *La rescissione*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contr. Rescigno*, Torino, 1999, p. 1431; M. SESTA, *La rescissione del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa-Bessone, IV, 2, Torino, 1998, p. 805; M. CASSOTANA, *Causa ed "economia" del contratto*, in *Riv. trim.*, 1979, p. 834; T. O. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi nella rescissione per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 353; S. GATTI, *L'adeguatezza delle prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 447 ss. Per un esame del rapporto con la disciplina dell'usura, cfr. G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 468.

³⁶⁹ Sul difetto genetico della causa, cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., pp. 575 ss.

³⁷⁰ Nel concetto di danno grave alla persona deve considerarsi ricompresa ogni lesione dei diritti della personalità, e non solamente all'integrità fisica. Cfr. I. TERRUGGIA, *La rescissione del contratto nella giurisprudenza*, Milano, 1994, p. 195.

di pericolo può essere rescisso e il giudice, nel pronunciare la rescissione, può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata. Lo stato di bisogno, invece, è disciplinato dall'art. 1448 c.c., che prevede che quando la sproporzione tra le prestazioni contrattuali dipenda da una situazione, anche momentanea, di bisogno economico di una parte di cui l'altro contraente ha approfittato (producendo una lesione *ultra dimidium*) la prima parte possa chiedere la rescissione del contratto³⁷¹.

La formulazione normativa delle cause di rescissione brevemente richiamata delinea un ambito di applicabilità del rimedio limitato, chiarendo così l'intento del legislatore nel prevedere un rimedio speciale alla possibile sproporzione tra le prestazioni contrattuali. Tanto risulta anche dalla Relazione al Codice civile, par. 656, che stabilisce che «una norma generale che avesse autorizzato il riesame del contenuto del contratto per accertare l'equità o la proporzione delle prestazioni in esso dedotte sarebbe stata, non soltanto esorbitante, ma anche pericolosa per la sicurezza delle contrattazioni; tanto più che avrebbe resa necessaria una valutazione obiettiva delle situazioni contrapposte, là dove spesso, nella determinazione dei vantaggi di ciascuna parte, operano imponderabili apprezzamenti soggettivi, non suscetibili di un controllo adeguato».

2.3. La rilevanza dello squilibrio sopravvenuto tra le prestazioni contrattuali nel Codice civile: la risoluzione per impossibilità sopravvenuta e la risoluzione per eccessiva onerosità

L'equilibrio tra le prestazioni contrattuali assume inoltre una fondamentale rilevanza in connessione alle vicende causali del contratto che possono dare luogo alla risoluzione come, ad esempio, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore³⁷². Il contratto si risolve poiché l'avvenuta

³⁷¹ La giurisprudenza ha rilevato che lo stato di bisogno deve essere inteso come «situazione di difficoltà economica che incida sulla libera determinazione a contrattare e funzioni come motivo della accettazione della sproporzione fra le prestazioni». Cfr. Cass., 21 settembre 2004, n. 19135, in *Impresa*, 2005, p. 109.

³⁷² Il riferimento è ai contratti commutativi.

esecuzione dell'altra prestazione, o la sua futura esecuzione, perde di giustificazione. La necessità di garantire l'equilibrio tra le prestazioni è richiamata anche nella disposizione che disciplina il caso in cui il contratto non si risolva: quando l'impossibilità della prestazione è solo parziale, l'altra parte ha diritto ad una corrispondente riduzione della controprestazione dovuta³⁷³.

Anche nel caso di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per un contratto ad esecuzione differita, continuata o periodica, la giustificazione per la risoluzione nel contratto si rintraccia nel rapporto tra le due prestazioni previste qualora la prestazione di una delle parti divenga eccessivamente onerosa rispetto al valore della prestazione dell'altra³⁷⁴. In questo caso, la

³⁷³ Nel caso in esame, il controllo giudiziale assume il ruolo di garanzia dell'equilibrio tra le prestazioni. La misura della riduzione è determinata dal giudice. Sul tema, cfr. L. CABELLA PISU, *Della impossibilità sopravvenuta*, in *Commentario del cod. civ.* Scialoja Branca, Bologna-Roma, 2002, p. 154. Il giudice, per eliminare la disparità creatasi in ragione dell'inadempimento deve pronunciare una sentenza che abbia l'effetto di una risoluzione totale, con la restituzione integrale delle prestazioni rispettivamente già svolte. La risoluzione parziale è però ammissibile quando l'oggetto del contratto è costituito da cose che, anche se separate, conservino una funzione economico sociale propria. La Corte di Cassazione ha ad esempio negato nella decisione del 15 aprile 2002, n. 5434, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2159, la possibilità di una risoluzione parziale di un contratto di vendita di una cucina componibile: la fornitura dei soli piani di marmo d'appoggio non era suscettibile di separata utilizzazione.

³⁷⁴ In tema di eccessiva onerosità, cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999 e, dello stesso autore, *I patti sulla risoluzione*, Milano, 1998, pp. 94 ss.; C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995; E. GABRIELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 921; T. ASCARELLI, *Sulla portata sociale della nostra giurisprudenza in materia monetaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 444; P. GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig., disc. priv.*, Torino, 1991, p. 234; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, p. 431; R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 1028. Gli avvenimenti sopraggiunti nel tempo che intercorre tra la conclusione del

parte la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa può domandare la risoluzione del contratto, e l'altra parte può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni contrattuali³⁷⁵. Il caso appena descritto contempla il verificarsi di un evento che dà luogo all'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e, dunque, a un'alterazione del rapporto causale in un tempo successivo a quello dell'espressione del consenso, a seguito di un evento di natura straordinaria e imprevedibile. Difatti, proprio in riferimento alle norme in materia di risoluzione del contratto, pur riconoscendo l'emersione di un'esigenza di proporzione, autorevole dottrina affermava che su quelle norme non è lecito fondare una più generale regola che imponga di uniformare le ragioni contrattuali dello scambio a criteri oggettivi di equivalenza tra le prestazioni³⁷⁶.

contratto e quello di esecuzione di una delle prestazione devono essere straordinari e imprevedibili. Tra gli eventi a cui la giurisprudenza riconosce questi caratteri rientra il verificarsi di un mutamento nel tasso di inflazione che presenti caratteri di eccezionalità. Cfr. Cass., 15 dicembre 1984, n. 6574, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 2794.

³⁷⁵ L'offerta di modificazione del contratto è considerata equa laddove riporti il contratto in una «dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandarne la risoluzione». Cfr. Cass., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Corriere giur.*, 1992, p. 662. Si discute dei poteri del giudice in questa materia. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 608, ritiene che certamente non sia ammessa la riduzione ad equità pronunciata d'ufficio dal giudice. Inoltre, la sproporzione deve sussistere tra il valore economico delle due prestazioni, restando esclusa la normale alea del contratto. Difatti la norma non si applica ai contratti aleatori per natura propria, come il contratto di assicurazione, o per volontà delle parti, come la vendita di cosa futura, quando il compratore si obbliga a pagare il prezzo anche nell'eventualità che la cosa non venga ad esistenza (*emptio spei*).

³⁷⁶ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, II, Padova, 1992, p. 521. Inoltre, pur parendo giustificata da un fondamento equitativo di tutela del debitore, non si dubita della derogabilità della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta sulla base del richiamo di cui all'art. 1469 c.c. secondo il quale le norme degli articoli precedenti non si applicano ai contratti che per natura o per volontà delle parti sono aleatori.

2.4. *Il rapporto tra equità ed equilibrio: precisazioni terminologiche e delimitazione dell'area della ricerca in materia di equità*

Vi sono ulteriori casi in cui il Codice civile attribuisce il potere di ristabilire l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali al giudice. Il principio di equilibrio tra le prestazioni, in connessione all'azione del giudice, rientra nell'ampia riflessione in materia di equità nel contratto. La relazione tra l'equilibrio e l'equità può essere descritta secondo più prospettive. Dal punto di vista terminologico, il concetto di equità sembra essere ricompreso in quello di equilibrio: nelle testimonianze giuridiche classiche, l'*aequitas* rinvia sempre ad un'idea di corrispondenza, di similitudine o di eguaglianza vera e propria³⁷⁷. Secondo una prospettiva funzionale, invece, equità ed equilibrio (tra le prestazioni contrattuali) si pongono in un rapporto

³⁷⁷ Cfr. M. BRETONI, *Aequitas. Prolegomeni per una tipologia*, in *Belfagor*, 61.3, 2006, p. 338; A. ARNESE, *Usura e modus. Il problema del sovrindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari, 2013, p. 81. L'origine dell'equità nel pensiero di Tommaso d'Aquino è indagata da P. SILLI, voce *Equità (storia)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 491. Sull'equità intesa come uguaglianza nei rapporti, cfr. M. TALAMANCA, *L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in *«Aequitas». Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno di Trento 2002* a cura di G. Santucci, Padova 2006, p. 183; A. BISCARDI, *Riflessioni minime sul concetto di «aequitas»*, in *Studi in memoria di G. Donatuti I*, Milano 1972, p. 139. Riconoscono la considerevole ampiezza del termine, cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 225, che afferma che «l'equità è un abracadabra: una parola senza senso» e F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, cit. p. 21, che scrive di un concetto «polisenso». Il termine equità può essere inteso secondo più accezioni. Nel diritto greco, l'equità costituiva uno strumento di integrazione del diritto, tanto che fu definita da Aristotele come giustizia del caso concreto. Nel diritto romano, l'equità è stata considerata come il sistema di valori espressi dalla coscienza sociale a cui il diritto doveva conformarsi. L'*aequitas* romana aveva infatti la funzione di adeguare il diritto civile qualora l'applicazione al caso di specie producesse risultati iniqui. Per una completa ricostruzione storica, cfr. P. SILLI, voce *Equità (storia)*, cit., pp. 491 e ss.

strumentale: l'equilibrio tra le prestazioni costituisce l'obiettivo dell'intervento equitativo del giudice.

Ai fini della presente analisi, è utile delimitare in modo ulteriore il significato del termine equità. Infatti, pur mancando nel vigente ordinamento una definizione positiva di equità³⁷⁸, il giurista associa il termine a più norme che sono ritenute all'origine dei «sistemi governati dall'equità»³⁷⁹. In particolare, si fa riferimento all'art. 114 c.p.c., che prevede l'impiego dell'equità per la risoluzione di una lite, all'art. 1374 c.c., che prevede l'utilizzo dell'equità in senso integrativo per il contratto, e all'art. 1226 c.c., secondo il quale l'equità può essere impiegata per stabilire l'importo del risarcimento del danno, quando non può essere in altro modo quantificato. In tutti i casi esposti, l'equità è connessa alla decisione del giudice³⁸⁰. Tuttavia, negli artt. 113 e 114 c.p.c., l'equità è prevista per svolgere una funzione sostitutiva rispetto al diritto e costituisce un metodo di giudizio. L'equità nel contratto (art. 1374 c.c.) e l'equità nel risarcimento del danno (art. 1226 c.c.), invece, si configurano come metodo per integrare un contratto o per effettuare una stima³⁸¹. Nella presente analisi, si farà riferimento all'equità intesa non come giudizio ai sensi dell'art. 113 c.p.c., bensì come attività giudiziale

³⁷⁸ Cfr., S. ROMANO, *Equità - Principio di equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 83; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, II, Torino, 1973, p. 1285, che ricorda che un'indicazione in merito al concetto di equità era contenuta nell'art. 295 del Progetto Carnelutti: «Quando il giudice è autorizzato a risolvere una questione secondo equità, applica ai fatti della lite quella norma che, secondo quanto egli sa, corrisponde al sentimento di giustizia della generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo cui avviene la decisione».

³⁷⁹ Cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, cit., p. 109.

³⁸⁰ Nel senso che non è possibile considerare l'equità disgiuntamente dall'attività del giudicare, si vedano: G. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1958, p. 171; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 216.

³⁸¹ Cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, cit., p. 109.

volta a integrare il contratto o a realizzare una stima, con l'obiettivo di realizzare o ristabilire l'equilibrio contrattuale.

Il significato attribuito al termine è ulteriormente articolabile secondo due diverse concezioni, che derivano dal differente ruolo affidato al giudice. Da un lato, l'equità è lo strumento attribuito al giudice per effettuare l'operazione di interpretazione integrativa del contratto, dall'altro il potere equitativo può esplicitarsi in senso correttivo rispetto alle previsioni convenzionali delle parti.

2.5. *L'equità integrativa: i riferimenti normativi e l'implicita prevalenza dell'intenzione delle parti sul potere integrativo del giudice*

L'equità integrativa del giudice è prevista in primo luogo dall'art. 1226 c.c., che stabilisce che qualora manchi la possibilità di dare prova del danno nel suo preciso ammontare, questo è liquidato dal giudice con valutazione equitativa³⁸². In relazione, invece, alle norme del Codice civile sui singoli contratti, rimette alla valutazione del giudice secondo equità l'art. 1657 c.c. per determinare il corrispettivo dell'appalto nel caso in cui le parti non lo abbiano determinato e qualora non sia possibile calcolarlo in base agli usi o alle tariffe esistenti³⁸³. In modo analogo, in materia di mandato, l'art. 1709 c.c. prevede il rinvio alla decisione del giudice per determinare l'ammontare del compenso in carenza di determinazione effettuata dalle parti³⁸⁴. Fanno riferimento all'intervento integrativo del giudice

³⁸² L'intervento integrativo del giudice è previsto anche in materia di diritto societario, all'art. 2263, comma 2°, c.c., che rimette all'equità del giudice la determinazione della parte spettante al socio d'opera e all'art. 2500-*quater* che prevede che il numero di azioni e la quota riconosciuta al socio d'opera sia determinata dal giudice, secondo equità, qualora non sia stabilita nell'atto costitutivo o in difetto di accordo tra i soci.

³⁸³ In materia di contratto di appalto, cfr. D. RUBINO - G. IUDICA, *Appalto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2006, p. 237; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686.

³⁸⁴ Sono strutturate in modo simile le disposizioni di cui all'art. 1733 c.c. per determinare l'entità della provvigione nella commissione e l'art. 1736 c.c. per determinare l'ammontare del compenso ulteriore del commissionario nel caso in cui sia tenuto a rispondere, nei confronti del

secondo equità anche l'art. 1751-*bis*, in materia di patto di non concorrenza dell'agente, che prevede che, in difetto di accordo, l'indennità dovuta all'agente alla conclusione del rapporto sia determinata dal giudice in via equitativa³⁸⁵, l'art. 1755, comma 2° c.c. per determinare l'ammontare della provvigione nella mediazione e l'art. 2233, comma 1° c.c. per determinare il compenso nel contratto d'opera intellettuale. Le disposizioni richiamate prevedono l'equità integrativa del giudice quale strumento di natura suppletiva laddove le parti non abbiano previsto un patto volto a determinare (e laddove non sia possibile fare riferimento agli usi) la misura dell'indennità, della provvigione o del compenso. Lo stesso vale per l'art. 1371 c.c. in materia di interpretazione del contratto, che indirettamente si riferisce all'equità integrativa. Come noto, la norma prevede che, laddove «rimanga oscuro», il contratto debba essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, o nel senso che realizzi «l'equo contemperamento degli interessi delle parti» se è a titolo oneroso. L'equo contemperamento degli interessi

committente, per l'esecuzione dell'affare e qualora l'ulteriore somma non sia stata determinata dalle parti o secondo gli usi. La norma prevede che, quando è pattuito lo “star del credere”, ossia quando il commissionario è tenuto a rispondere nei confronti del committente per l'esecuzione dell'affare, «ha diritto, oltre che alla provvigione, a un compenso o a una maggiore provvigione, la quale, in mancanza di patto, si determina secondo gli usi del luogo in cui è compiuto l'affare. In mancanza di usi, provvede il giudice secondo equità».

³⁸⁵ Per un esame approfondito della norma nonché del contratto di agenzia, cfr. G. TRIONI, *Contratto di agenzia*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2006, in particolare pp. 240 ss. L'art. 1751-*bis* c.c. prevede che alla stipula del patto che limita la concorrenza da parte dell'agente, dopo lo scioglimento del contratto, corrisponda la dazione di un'indennità, in occasione della cessazione del rapporto, commisurata alla sua durata. In difetto di accordo la norma prevede che «l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa anche con riferimento: 1) alla media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto ed alla loro incidenza sul volume d'affari complessivo nello stesso periodo; 2) alle cause di cessazione del contratto di agenzia; 3) all'ampiezza della zona assegnata all'agente; 4) all'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo proponente».

dei contraenti è senza dubbio idoneo ad evocare il concetto della proporzione tra le prestazioni contrattuali. Tuttavia, proprio in ragione del fatto che di equità integrativa si tratta, non risulta possibile ricavare un generale principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali dalle norme citate. Al contrario, la previsione di norme che richiedono un intervento integrativo sussidiario del giudice, ma che non ammettono espressamente un suo intervento correttivo, può costituire un utile argomento a sostegno della tesi dell'irrelevanza dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali. A titolo esemplificativo, il criterio dell'equo contemperamento degli interessi espresso dall'art. 1371 c.c. è da applicarsi solo qualora non vi siano altri strumenti ermeneutici utili³⁸⁶. Di tal modo risulta espressamente prevista la prevalenza dell'intenzione delle parti sull'equo contemperamento tra gli interessi effettuato dal giudice, che sarà previsto solo laddove della volontà dei contraenti non vi sia traccia³⁸⁷. L'equità integrativa, dunque, implica strutturalmente la prevalenza delle intenzioni delle parti sul potere del giudice. Di conseguenza, le norme che fanno riferimento a questo tipo di equità si prestano facilmente a operazioni interpretative atte ad alterare significativamente il rapporto tra l'autonomia privata e il potere di intervento riconosciuto al giudice sul contratto.

2.6. Il riconoscimento legislativo del potere correttivo del giudice: la necessità di una norma di esplicita autorizzazione

Di maggiore rilevanza nell'ambito della presente analisi sembra l'indagine sulla seconda accezione dell'equità, quella correttiva³⁸⁸, in

³⁸⁶ In dottrina è stato osservato che l'equità non opera come le altre fonti di integrazione del contratto, sia poiché è gerarchicamente collocata all'ultimo posto, sia poiché implica una valutazione sulle circostanze del contratto che soltanto una esplicita norma di autorizzazione può consentire. Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 246.

³⁸⁷ Cfr. sul punto Cass., 9 novembre 1984, n. 5663, in *Arch. civ.*, 1985, p. 838.

³⁸⁸ In relazione alle modificazioni eteronome delle condizioni contrattuali, cfr. G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, *Contr. e impr.*, 2005, p. 539; E. AL MUREDEN, *Le*

relazione alla quale è stato osservato che se si prescindesse da una norma di esplicita autorizzazione per avvalersene, si correrebbe il rischio di compromettere la certezza del diritto intesa come deroga al criterio liberistico del libero scambio che informa il Codice civile³⁸⁹. Tuttavia, proprio grazie al riferimento all'equità correttiva, si sono registrate, in giurisprudenza, le decisioni più favorevoli all'ampliamento del potere correttivo del giudice rispetto a quanto pattuito convenzionalmente dalle parti. Ci si riferisce in particolare proprio a quelle decisioni della giurisprudenza di merito e di legittimità esaminate nei precedenti capitoli che hanno affermato l'applicabilità dell'art. 1384 c.c. in materia di riducibilità della clausola penale alla caparra confirmatoria, interpretando la norma come previsione di carattere generale (e non eccezionale) idonea ad esprimere un più ampio principio di equilibrio o proporzionalità tra le prestazioni contrattuali.

Guardando alle norme del Codice civile, il potere correttivo del giudice è previsto sia nella disciplina del contratto in generale, sia in relazione a singoli tipi contrattuali³⁹⁰. Per ciò che concerne il potere

sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti, Padova, 2004; A. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; R. TOMMASINI, *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Dir. priv. Eu.*, 2003, p. 474; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63; V. M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

³⁸⁹ Cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, cit., p. 132.

³⁹⁰ L'intervento equitativo del giudice è invece previsto in senso correttivo all'art. 2058 c.c., in materia di risarcimento del danno in forma specifica per responsabilità da fatto illecito. Come noto, la norma prevede che il giudice possa disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica domandata dalla parte lesa risulta eccessivamente onerosa per il debitore. La previsione, che disciplina un potere che il giudice è senza dubbio in grado di esercitare d'ufficio, è stata utilizzata in giurisprudenza per sostenere la possibilità di ridurre d'ufficio

di equità correttiva in relazione alle regole generali in materia di obbligazioni e contratti, si può fare riferimento alla disposizione di cui all'art. 1227 c.c. in materia di concorso colposo del creditore. Come noto, la norma stabilisce che se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento deve essere diminuito. I parametri disponibili per quantificare la diminuzione del risarcimento sono, specificamente, la gravità della colpa del creditore e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate, mentre il risarcimento non è affatto dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Il potere correttivo del giudice si esplica, dunque, modificando il risarcimento dovuto in ragione dell'alterazione causata dal comportamento colposo del creditore. Benché collocata nella parte generale della disciplina sui contratti, la citata disposizione prevede una fattispecie specifica e ben delineata. In altre parole, confermando l'assunto in principio esposto secondo il quale l'intervento correttivo deve essere esplicitamente autorizzato dalla legge, l'art. 1227 c.c. non risulta applicabile se non con riferimento al concorso di colpa del creditore, né è possibile desumere un più generale principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali applicabile in via generale alla disciplina del contratto³⁹¹.

L'equità correttiva è implicitamente prevista anche con riferimento alla disciplina, già richiamata, dell'eccessiva onerosità di una delle prestazioni contrattuali. Qualora la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte obbligata potrà chiedere una riduzione della sua prestazione o una modificazione nelle modalità di esecuzione sufficienti per ricondurla ad equità. Inoltre, anche nell'ipotesi di contratto in cui una sola delle parti abbia assunto obbligazioni, ai

la clausola penale. Cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2985. In questo caso, l'onerosità per il debitore è il criterio sulla base del quale il giudice deve effettuare la sua valutazione.

³⁹¹ Allo stesso modo, non sembra applicabile il principio di equilibrio sotteso all'art. 2058 c.c. se non con riferimento al caso del risarcimento del danno extracontrattuale in forma specifica e il potere del giudice risulta legislativamente limitato alla negazione del risarcimento in forma specifica in favore del risarcimento per equivalente.

sensi dell'art. 1468 c.c., la parte gravata è ammessa a domandare la riduzione della sua prestazione o la modificazione delle modalità dell'esecuzione idonee a ricondurla ad equità.

Fanno riferimento all'equità correttiva del giudice anche previsioni rientranti nella disciplina dei singoli contratti. Si pensi all'art. 1526 c.c., in materia di vendita a rate, che prevede la riduzione dell'indennità concordata a favore del venditore in caso di mancato pagamento delle rate. Qualora si sia convenuto che le rate pagate restino al venditore a titolo d'indennità, il giudice può, secondo le circostanze, ridurre l'indennità convenuta. La medesima disposizione si applica se il contratto è configurato come locazione, ossia se è convenuto che, al termine del contratto, la proprietà della cosa sia acquisita dal conduttore per effetto del pagamento dei canoni pattuiti. In entrambi i casi, l'indennità è calcolata secondo una logica commutativa in quanto costituisce il prezzo per l'uso e il godimento della parte, nonostante il contratto sia risolto³⁹². Prevede l'intervento correttivo del giudice, inoltre, l'art. 1934 c.c., inserito tra le disposizioni a disciplina del giuoco e delle scommesse che stabilisce che il giudice possa ridurre i debiti di giuoco, connessi a competizioni sportive, qualora la domanda di ripetizione per il mancato pagamento sia eccessiva.

Le disposizioni fino ad ora richiamate prevedono il potere correttivo del giudice con riferimento alla fase patologica dell'accordo. Tuttavia, occorre osservare che, sempre nella disciplina dei singoli contratti, si trovano disposizioni che sottendono un principio di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali applicabili a casi di confine tra situazioni fisiologiche e patologiche del contratto. Si pensi alle norme sulla riduzione del prezzo nella vendita. Ai sensi dell'art. 1492 c.c.³⁹³, se la cosa venduta presenta vizi che ne diminuiscono notevolmente il valore o che la rendono inadatta all'uso a cui è destinata, la parte acquirente può domandare, alternativamente alla risoluzione del contratto, la riduzione del prezzo pattuito. Sempre con riferimento al contratto di vendita, l'art.

³⁹² L'indennità deve essere stimata secondo i valori di mercato. Cfr. Cass., 28 giugno 1995, n. 7266, in *Vita not.*, 1995, p. 1424.

³⁹³ È fatto salvo il caso in cui, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione.

1537 c.c. prevede la possibilità per il compratore di ottenere una riduzione del prezzo se la misura effettiva dell'immobile è inferiore a quella indicata nel contratto, nel caso di vendita a misura. Se la misura risulta, invece, superiore a quella indicata nel contratto, l'acquirente deve corrispondere il supplemento di prezzo. È tuttavia legislativamente stabilito il diritto di recesso per il compratore qualora l'eccedenza superi la ventesima parte della misura dichiarata. La stessa proporzione è punto di riferimento nell'art. 1538 c.c. in materia di vendita a corpo. Nei casi in cui il prezzo è determinato in relazione al corpo dell'immobile, e non alla sua misura, si può far luogo a diminuzione o a supplemento di prezzo solo se la misura reale è inferiore o superiore di un ventesimo rispetto a quella indicata nel contratto³⁹⁴. Il principio di equilibrio è dunque espresso quantificando in via preventiva la variabilità ammissibile, pari ad un ventesimo della misura dichiarata nel contratto³⁹⁵. La medesima tecnica legislativa è prevista dall'art. 1664 c.c., in materia di revisione del corrispettivo nell'appalto. Quando, per cause imprevedibili, si verificano aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo pattuito, sia l'appaltatore, sia il committente possono chiedere la revisione del prezzo³⁹⁶. Le tre norme da ultimo descritte hanno lo scopo di evitare

³⁹⁴ Nel caso in cui debba pagarsi un supplemento di prezzo, il compratore può esercitare la facoltà di recesso dal contratto. Cfr. Cass., 29 marzo 1982, n. 1932, in *Mass. Foro it.*, 1982, nella quale è stato stabilito che, a fronte di un preliminare di permuta di cosa presente contro cosa futura in cui uno dei promissari abbia adempiuto alla sua obbligazione e l'altro abbia costruito un immobile con una superficie maggiore di quella prestabilita, al primo spetta la possibilità di rettificazione del preliminare al giudice la possibilità di determinare il supplemento di prezzo.

³⁹⁵ Giova specificare che la possibilità di chiedere la rettificazione del prezzo è esclusa dalla giurisprudenza se, dall'interpretazione del contratto, risulta che le parti abbiano considerato irrilevante la reale estensione dell'immobile. Con riferimento alla vendita a corpo, cfr. Cass., 26 giugno 1995, n. 7238, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, fasc. 6 e Cass., 9 luglio 1991, n. 7594, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1551.

sperequazioni che non siano state previste o volute dalle parti, lasciano intendere che la *ratio* sottostante sia proprio quella di garantire la proporzionalità o l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali. Tuttavia, facendo le norme citate riferimento a circostanze esterne al contratto che determinano mutamenti nell'assetto convenzionale previsto dalle parti, potrebbe considerarsi confermata l'irrilevanza per l'ordinamento dell'eventuale squilibrio dell'assetto contrattuale preventivamente stabilito.

2.7. La conferma dell'impossibilità di derivare un generale principio di equilibrio nel contratto dalle disposizioni del Codice civile

Pur tenendo a mente che la ricognizione normativa effettuata dà conto del solo dato normativo del Codice civile, e non del più ampio sistema delle fonti del diritto, l'analisi delle disposizioni fino ad ora svolta conferma la mancanza di un generale principio di equilibrio o proporzionalità tra le prestazioni contrattuali. Infatti, come è emerso, i riferimenti al concetto di equilibrio rinvenuti sono contenuti in norme dedicate a specifiche fattispecie e dall'ambito di applicazione limitato³⁹⁷. Non potendo derivare dalle disposizioni del Codice civile

³⁹⁶ Inoltre, il medesimo articolo assicura all'appaltatore il diritto a un equo compenso nel caso in cui si manifestino difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione.

³⁹⁷ Le citate norme sembrano più correttamente da considerarsi di carattere eccezionale, non suscettibili di applicazione analogica o, al più, speciale, nel senso inteso da Bobbio, che costituiscono cioè disposizioni a specificazione di una regola di carattere generale. Cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 168, che afferma che il diritto eccezionale è deroga a una norma più generale, mentre il diritto speciale è una specificazione della norma generale. Il diritto speciale e quello generale sono in un rapporto di genere a specie, mentre il rapporto di regola ed eccezioni esiste tra il diritto generale e quello eccezionale. Secondo tale approccio, le disposizioni citate potrebbero essere considerate espressione non del generale principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali, bensì specificazioni del principio di buona fede o del divieto dell'ingiusto arricchimento. Secondo parte della dottrina, potrebbe anche essere rilevato che il divieto di applicazione analogica di norme eccezionali

la ricostruzione di un generale principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali³⁹⁸, risulta arduo operare una ricostruzione unitaria del criterio di parità ed equilibrio tra i vantaggi e gli sforzi dei contraenti. La tendenza della giurisprudenza, evidenziata in precedenza, ad accordare al giudice un ampio potere correttivo si verifica in un contesto normativo ove resta saldo il principio dell'autonomia contrattuale dei privati. L'introduzione di un principio di equilibrio nel contratto, o di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali, tramite l'applicazione del quale, in relazione al singolo caso concreto, la giurisprudenza accorda giustizia dal punto di vista sostanziale alle parti, non trova quindi diretto riscontro tra le norme del Codice civile. Nella prassi quotidiana, e dal punto di vista sistematico, questo approccio risulta di conseguenza idoneo a provocare una minore prevedibilità dell'esito delle future decisioni giurisprudenziali, ponendosi in parziale antinomia rispetto ai principi derivati dall'analisi delle norme del Codice civile.

debba essere superato in quanto rappresentativo di una posizione sul diritto quale prodotto esclusivo del legislatore che sarebbe superata dall'affermazione di principi di eguaglianza e di ragionevolezza, riconosciuti a livello costituzionale. Cfr. F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 387.

³⁹⁸ Non esiste nel Codice civile un principio di equità, equivalenza o equilibrio obiettivo delle prestazioni che limiti l'autonomia dei privati. Cfr. G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960, p. 70, che afferma che deve essere rifiutata l'idea di un'equivalenza come elemento essenziale dei contratti a prestazioni corrispettive; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in Trattato Vassalli, Torino, 1993, p. 30; F. GALGANO, *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 420.

Capitolo 3 - Il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nella legislazione speciale e internazionale

Sommario: 3.1. Le attuali tendenze legislative in materia di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali: uno scenario in evoluzione; 3.2. Lo squilibrio contrattuale nei Principi Unidroit e nei Principi del diritto contrattuale europeo: *gross disparity*, *excessive benefit* e *unfair advantage*; 3.3. Lo squilibrio contrattuale e le previsioni di diritto internazionale in materia di *hardship*

3. Il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nella legislazione speciale e negli strumenti di diritto internazionale

3.1. Le attuali tendenze legislative in materia di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali: uno scenario in evoluzione

Il tema dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali ha recentemente assunto rilevanza nell'ambito della legislazione speciale. Non sono infatti, isolati i casi in cui il legislatore gli ha accordato rilevanza, introducendo specifiche norme mirate ad evitare squilibri contrattuali, che fanno riferimento al concetto di equilibrio tra le parti, tra le prestazioni o, più in generale, che richiamano il concetto di equilibrio nel contratto. Si pensi, ad esempio, ai settori nei quali il legislatore (anche europeo) ha intravisto il rischio della configurazione di una sproporzione tra i sacrifici e i vantaggi delle parti del contratto concluso con il consumatore³⁹⁹, soggetto alla cui

³⁹⁹ La disciplina in materia consumeristica è infatti fondata sul presupposto dell'esistenza di un soggetto debole nel rapporto contrattuale, il consumatore, che deve essere tutelato. Per un quadro generale sul diritto dei consumatori cfr. V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi, Roma, 2014, p. 26; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, IV,

tutela sono preposte le regole in materia di obblighi informativi, di clausole vessatorie definite, come noto, quali clausole che impongono un significativo squilibrio sulla controparte, nonché la possibilità di esercitare il diritto di recesso⁴⁰⁰. In particolare, con

in *Tratt. del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2007, p. 483; Id., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006; V. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, p. 159; C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549; E. GABRIELLI – E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, II, in *Tratt. contr. Rescigno*, Torino, 2005; P. PERLINGIERI – E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004. Con specifico riferimento al tema dell'equità in relazione al diritto del consumo, cfr. S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 135; S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di Barba, Napoli, 2000, p. 316; G. ALPA, *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, *SI*, 1998, 1315; G. DE NOVA, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, *Contr.*, 1998, 546. Per un esame specifico del tema dell'equilibrio in relazione alla tutela del consumatore, cfr. P. MENGOZZI, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, cit.

⁴⁰⁰ In dottrina si è approfondito il tema della «divaricazione» tra la contrattazione tra imprese e quella tra professionisti e consumatori. Cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, cit., p. 15. La disciplina in materia di protezione del consumatore prevede, infatti, una definizione di clausola vessatoria, all'art. 33, 1 comma del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, S.O. n. 235, 8 ottobre 2005, “Codice del consumo”, imperniata sulla rilevabilità di un significativo squilibrio, nonché un elenco di clausole presunte vessatorie fino a prova contraria. Tra queste sono annoverate una serie di clausole valutate dal legislatore come vessatorie. Sullo squilibrio e le clausole vessatorie, cfr. S. TROIANO, *sub art. 1469 bis, 1° co.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa-Patti, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, p. 32; S. PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, cit., pp. 295 ss. Per una riflessione sulle incertezze

riferimento al diritto europeo, la dottrina ha prospettato l'emergere di un nuovo canone per garantire la tutela del soggetto debole⁴⁰¹. Ciò è confermato, ad esempio, anche dall'adesione allo stesso approccio per la protezione dell'interessato⁴⁰² nel trattamento dei suoi dati personali⁴⁰³. Il legislatore europeo, e successivamente nazionale, ha infatti previsto un obbligo informativo (in modo analogo a quanto è previsto dalla normativa a tutela del consumatore o nel settore bancario) a carico del titolare del trattamento dei dati e la possibilità, per l'interessato, di revocare il consenso prestato al trattamento dei propri dati.

Nei casi citati, il presupposto della previsione di particolare tutela è la diversità dei soggetti coinvolti, ma l'attenzione nei confronti del

interpretative la definizione di clausola vessatoria, in particolare con riferimento al modo nel quale può atteggiarsi il rapporto tra il significativo squilibrio e la buona fede., V. ROPPO, *La definizione di clausola «vessatoria» nei contratti dei consumatori*, in *Contr.*, 2000, pp. 84 ss.

⁴⁰¹ Ai «nuovi limiti» dell'autonomia contrattuale si riferisce ad esempio S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. e impr.*, 2016, 3, p. 636, che si aggiungono a quelli tradizionali. Il riferimento è al nuovo tipo di regole quali, ad esempio, quelle in materia di obblighi informativi, che non incidono sul contenuto del contratto, ma che contribuiscono a comporre una situazione di eguaglianza decisionale tra le parti.

⁴⁰² Secondo la terminologia adoperata dal Codice in materia di protezione dei dati personali, l'«interessato» è la persona fisica a cui i dati personali si riferiscono.

⁴⁰³ L'equilibrio ricercato dal legislatore non si può riferire in senso sistematico all'equilibrio tra le prestazioni di un contratto, in quanto non risulta agevole ricostruire la natura contrattuale del rapporto tra il titolare e l'interessato al trattamento configurandosi, quantomeno ad oggi, il diritto alla protezione dei dati personali quale diritto della personalità. Il riferimento normativo è il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, "Codice in materia di protezione dei dati personali", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 174 del 29 luglio 2003, Suppl. Ordinario n. 123. Quanto alla natura del diritto sulla protezione dei dati personali, si precisa che risulta enunciato all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 2000/C 364/01, il 18 dicembre 2000.

concetto di equilibrio tra le prestazioni è rilevabile anche in settori dell'ordinamento nei quali la posizione soggettiva delle parti non è così nettamente differenziata⁴⁰⁴. A titolo esemplificativo, si può evidenziare la disciplina dei rapporti di subfornitura, che si pone come strumento di garanzia di un equilibrio contrattuale nei rapporti tra imprese, e non tra consumatori e imprese. Il riferimento è all'art. 9 della l. del 18 giugno 1988, n. 192⁴⁰⁵, che vieta l'abuso dello stato di dipendenza economica dell'impresa cliente o fornitrice. Il richiamo al concetto di equilibrio è insito nella definizione del rapporto di dipendenza economica, la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare un «eccessivo squilibrio» di diritti e di obblighi nei rapporti commerciali con un'altra impresa e, sotto il profilo della protezione accordata, ricorre nella previsione che il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica sia nullo⁴⁰⁶.

La propensione normativa descritta pare riflettere una crescente consapevolezza del fatto che le condizioni del contratto sono spesso

⁴⁰⁴ La parità formale, infatti, non sempre corrisponde a un equilibrio tra il potere che, con riferimento al caso concreto, ciascuna delle parti è in grado di esercitare. Di «autorità private» che ben oltrepassano i limiti dell'autonomia privata è stato scritto da C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 62.

⁴⁰⁵ L. del 18 giugno 1988, n. 192, "Disciplina della subfornitura nelle attività produttive", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 143 del 22 giugno 1988.

⁴⁰⁶ È possibile rilevare la tendenza del legislatore a limitare l'autonomia contrattuale valorizzando l'elemento della giustizia del contratto in svariati settori disciplinati da legislazioni speciali. Una completa ricostruzione dei segnali della rilevanza dell'equilibrio contrattuale è fornita da L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 195. Per un'analisi in materia di subfornitura, cfr. G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004; C. ALVISI, *Subfornitura e autonomia collettiva*, Padova, 2002; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 448.

imposte da una delle due parti, che è frequente la disparità di potere tra i contraenti e che ciò è rilevante sotto il profilo giuridico. Il rilievo accordato, in più settori dell'ordinamento, al principio dell'equilibrio tra le prestazioni contrattuali⁴⁰⁷ è dunque collegato all'esigenza di porre rimedio a situazioni di effettivo squilibrio. Il fenomeno descritto risulta incidere sull'autonomia privata riducendo progressivamente, e in diversi settori dell'ordinamento, lo spazio a questa riservato. Di conseguenza, si può affermare che la riflessione sul rapporto intercorrente tra l'autonomia privata e l'equilibrio nel contratto si svolge quindi in uno scenario dinamico, caratterizzato dalla tendenza ad accrescere il numero dei riferimenti normativi all'equilibrio contrattuale⁴⁰⁸.

3.2. *Lo squilibrio contrattuale nei Principi Unidroit e nei Principi del diritto contrattuale europeo: gross disparity, excessive benefit e unfair advantage*

L'equilibrio nel contratto ricopre un ruolo rilevante anche negli strumenti di diritto internazionale. Si pensi alla disciplina di cui all'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit del 2010⁴⁰⁹ sulla *gross disparity* o

⁴⁰⁷ Sul tema della giustizia nel contratto nello scenario europeo e internazionale, cfr. H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, cit., p. 141.

⁴⁰⁸ Tra i più recenti riferimenti dottrinali, cfr. L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit.; F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2015, p. 14: «è possibile notare una diversa linea di tendenza, del formante giurisprudenziale come di quello legislativo, nel segno di un controllo più penetrante sull'equilibrio contrattuale».

⁴⁰⁹ Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 36; F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi*, cit., 1997, p. 141.

alla disciplina di cui all'art. 4:109 sull'*excessive benefit or unfair advantage* dei Principi del diritto contrattuale europeo⁴¹⁰.

L'art. 3.2.7 dei Principi Unidroit prevede che una parte possa annullare o chiedere la modifica del contratto o della singola clausola che attribuiscono all'altra un vantaggio eccessivo, quando tale vantaggio risulti ingiustificato⁴¹¹. La *gross disparity* è individuata laddove alla parte sia riconosciuto un vantaggio eccessivo e ingiustificato, che deve esistere al momento della conclusione del contratto. Il commento ufficiale alla disposizione, al punto 1, precisa inoltre che l'eccessivo vantaggio consistente nello squilibrio di prezzo, o in altre circostanze idonee ad alterare l'equilibrio tra le prestazioni, non è di per sé sufficiente a permettere l'annullamento o la modificazione del contratto, mentre è richiesto che lo squilibrio sia tale «*to shock the conscience of a reasonable person*». Tuttavia, il rilievo assicurato allo squilibrio tra le prestazioni nel contratto è confermato dalla previsione dei Principi Unidroit che assicura

⁴¹⁰ Sul punto cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, cit., pp. 17 ss. che rileva come oggi sia domandato, al giudice, un nuovo controllo qualitativo o di merito sul sinallagma genetico, ulteriore rispetto al tradizionale accertamento limitato alla sua esistenza.

⁴¹¹ Art. 3.2.7, intitolato *gross disparity*, prevede che: «*1. A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill; and (b) the nature and purpose of the contract.*

2. Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.

3. A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it. The provisions of Article 3.2.10(2) apply accordingly».

carattere inderogabile alla citata disposizione. Infatti, l'art. 3.1.4 dei Principi Unidroit stabilisce che l'esclusione o la modifica delle disposizioni in materia di *gross disparity* nel regolamento contrattuale deve essere considerata contraria alla buona fede.

Nella stessa prospettiva, i Principi del diritto contrattuale europeo disciplinano, all'art. 4:109, la figura dell'*excessive benefit* or *unfair advantage*⁴¹². La norma prevede che una parte possa richiedere l'annullamento del contratto se l'altra era, o avrebbe dovuto essere, a conoscenza di una delle circostanze elencati dall'art. 4:109 (come, ad esempio, la situazione di dipendenza o l'esistenza di una relazione di fiducia con l'altra parte) e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto.

3.3. Lo squilibrio contrattuale e le previsioni di diritto internazionale in materia di hardship

Sempre con riferimento all'equilibrio nel contratto, sono rilevanti anche le disposizioni in materia di *hardship* di cui all'art. 6.2.2 dei Principi Unidroit⁴¹³. Ai sensi della citata norma, ricorre l'ipotesi di

⁴¹² L'art. 4:109 del Principi del diritto contrattuale europeo prevede che: «1. *A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.*

2. *Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed.*

3. *A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it.*

⁴¹³ L'art. 6.2.2. letteralmente prevede che «*there is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract*

hardship qualora, successivamente alla conclusione del contratto, si verificano eventi che alterino sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, qualora tali eventi non potessero essere ragionevolmente previsti dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto⁴¹⁴. L'effetto dell'*hardship* è disciplinato alla successiva disposizione, l'art. 6.2.3. dei Principi Unidroit, e consiste nell'attribuzione alla parte svantaggiata del diritto di domandare la rinegoziazione del contratto⁴¹⁵. A fronte della domanda, il giudice che accerti il ricorrere dell'ipotesi di *hardship*, potrà alternativamente risolvere il contratto o modificarlo al fine di ripristinare l'originario equilibrio.

either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

(a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;

(b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;

(c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and

(d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party».

⁴¹⁴ La parte inoltre doveva non essersi assunta il rischio di tali eventi né gli eventi dovevano rientrare nella sua sfera di controllo.

⁴¹⁵ L'art. 6.2.3. prevede: «1. *In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.*

2. *The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.*

3. *Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.*

4. *If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium».*

Nel senso di confermare la tendenza delineata ad ampliare i casi di rilevanza del concetto di equilibrio nel contratto, anche a livello internazionale, deve intendersi la pubblicazione da parte dell'*Advisory Council* della Convenzione sulla vendita di beni mobili⁴¹⁶ della *Black Letter Opinion* n. 7, *Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG*⁴¹⁷. L'*Opinion* è resa in relazione all'art. 79 della Convenzione sulla vendita di beni mobili. Si tratta di un parere secondo il quale tra gli impedimenti imprevedibili di cui all'art. 79 della Convenzione, idonei a liberare la parte inadempiente dalla responsabilità contrattuale per la durata dell'impedimento, deve essere ricompreso il caso del mutamento delle circostanze che renda l'esecuzione dell'obbligazione eccessivamente onerosa (*hardship*). Pur senza volersi soffermare sul merito dell'*Opinion*, sembra però potersi evidenziare la tendenza ad accordare rilevanza all'onerosità sopravvenuta della prestazione che crei un eccessivo squilibrio nel contratto. Sembra, dunque, confermato il ruolo giuridico dello "squilibrio" tra le prestazioni contrattuali (e per converso la tutela della situazione di equilibrio nel contratto) anche nell'ambito del diritto internazionale.

⁴¹⁶ Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci, adottata a Vienna l'11 aprile 1980 .

⁴¹⁷ CISG-AC *Opinion* No. 7, *Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, *Rapporteur* Professore Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA. Adottata dall'*Advisory Council* della Convenzione sulla vendita di beni mobili nell'undicesima seduta in Wuhan il 12 ottobre 2007: «*A change of circumstances that could not reasonably be expected to have been taken into account, rendering performance excessively onerous ("hardship"), may qualify as an "impediment" under Article 79(1). The language of Article 79 does not expressly equate the term "impediment" with an event that makes performance absolutely impossible. Therefore, a party that finds itself in a situation of hardship may invoke hardship as an exemption from liability under Article 79*».

Capitolo 4 - Il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nella giurisprudenza

Sommario: 4.1. Indicazioni metodologiche e organizzazione della ricerca; 4.2. Gli strumenti di limitazione dell'autonomia privata in relazione alle clausole sul risarcimento del danno: la nullità della clausola di limitazione della responsabilità e il divieto di patto commissorio; 4.3. La tendenza al ricorso ai principi e alle clausole generali: «precomprensione» e certezza del diritto; 4.4. La tendenza al ricorso alla clausola generale della buona fede per ristabilire l'equilibrio nel contratto; 4.5. La tendenza al ricorso al concetto di abuso del diritto per ristabilire l'equilibrio nel contratto; 4.6. La tendenza al ricorso al concetto di causa in concreto per ristabilire l'equilibrio nel contratto; 4.7. Una rilettura dei tradizionali strumenti interpretativi; 4.8. Le mobili frontiere dell'autonomia privata

4. Il rapporto tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice nella giurisprudenza

4.1. Indicazioni metodologiche e organizzazione della ricerca

Lo scopo del presente capitolo è di approfondire l'esame del rapporto, così come ricostruito dalla giurisprudenza, tra l'autonomia contrattuale e il potere di intervento del giudice sul contratto, in un contesto in cui, come è emerso, la posizione del legislatore è in parziale evoluzione rispetto al passato. Nell'opera di interpretazione del contratto, infatti, il ruolo della giurisprudenza risulta determinante ai fini dell'attuale analisi, in quanto persegue indirettamente programmi di equilibrio contrattuale. Si pensi alle recenti ordinanze della Corte Costituzionale in materia di riducibilità della caparra confirmatoria già esaminate, nelle quali il giudice ha affermato l'applicabilità del principio di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., al contratto inteso quale “formazione sociale”, riconoscendo il potere di dichiarare la nullità delle clausole in contrasto con tale principio ai sensi dell'art. 1418 c.c.

In questa fase della ricerca, interessa ricostruire l'ampiezza del potere correttivo del giudice che risulti dall'applicazione di strumenti ermeneutici che solo di recente hanno avuto diffusione nelle decisioni delle Corti. Ci si propone quindi di esaminare, al fine di delineare un quadro quanto più possibile completo, i diversi strumenti interpretativi a cui il giudice può astrattamente fare ricorso al fine di assicurare rilevanza giuridica alla proporzionalità o all'equilibrio tra le prestazioni contrattuali. A titolo esemplificativo, la giurisprudenza si è talvolta pronunciata ravvisando la mancanza della causa nel caso di prestazioni contrattuali sproporzionate⁴¹⁸, mentre nelle più recenti decisioni, la Corte di Cassazione ha fatto riferimento a un generalizzato principio di equità nel contratto⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Cfr. Cass., 20 novembre 1991, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1506; in *Corr. giur.*, 1993, p. 174, con nota di MARICONDA; in *Contr. e impr.*, 1993, p. 419, commentata da F. GALGANO, che osservava che la precisazione dell'estensore con riferimento alla sproporzione delle prestazioni era contenuta in un *obiter dictum* che, tuttavia, aveva assunto rilevanza poiché massimato. Successivamente, in Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Mass. Foro it.*, 1993, la Corte ha stabilito che la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa compravenduta, ma non privo di valore intrinseco, può rilevare sotto il profilo dell'individuazione dell'intento negoziale sottostante al contratto e della effettiva configurazione e operatività della causa del contratto, pur senza determinare la nullità dell'accordo per mancanza di un requisito essenziale. Sul ruolo della causa del contratto nell'assicurare una valutazione circa la sussistenza dell'equilibrio contrattuale tra le prestazioni delle due parti, cfr. E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 411; U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa – U. Breccia – A. Liserre, III, in *Tratt. Bessone*, Torino, 1999, pp. 71 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, II, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. Roppo, cit., p. 143.

⁴¹⁹ Secondo F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 351, nei rapporti obbligatori, la proporzionalità più che come principio è stata inquadrata come criterio di coordinamento tra i valori tutelati dall'ordinamento. Si interroga sulla possibilità di annoverare la proporzionalità tra i principi F. TERRÉ, *La proportionnalité comme principe ?*, in *Juris-Classeur périodique*, 2009, n. 25, p. 56, che non intravede la possibilità di trasformare un mezzo in un fine, una tecnica in un principio.

In primo luogo, si presterà attenzione allo strumento della riqualificazione delle clausole sul risarcimento del danno quali patti commissori o quali clausole di limitazione della responsabilità. Accenni alle interazioni tra le clausole sul risarcimento del danno e le clausole sulla limitazione della responsabilità sono già stati svolti nel presente lavoro, ma è opportuno in questa sede sottolineare la strumentalità del metodo della qualificazione ai fini dell'ampliamento del potere correttivo del giudice sul contenuto contrattuale. Successivamente, si opererà un lavoro di ricognizione con riferimento alla tendenza della giurisprudenza di ricorrere alle clausole generali per interpretare in senso creativo e modificativo il contenuto contrattuale, prendendo in considerazione la clausola generale della buona fede, il divieto di abuso del diritto ed esaminando la tendenza al ricorso al concetto di causa in concreto per ristabilire l'equilibrio nel contratto.

In questa fase della ricerca si adopererà un metodo casistico, al fine di desumere dalle pronunce della giurisprudenza le modalità con cui è stato possibile ristabilire l'equilibrio nel contratto tramite l'impiego della clausola generale della buona fede, del divieto dell'abuso del diritto e del concetto di causa in concreto.

Da ultimo, ci si propone di verificare, sulla base dei risultati della ricerca, l'eventuale mutamento metodologico nell'opera interpretativa della giurisprudenza allo scopo di delineare il rapporto complessivamente esistente tra l'autonomia privata e il potere correttivo del giudice e per formulare alcune considerazioni conclusive con riferimento al contenuto dell'autonomia privata nello scenario tratteggiato.

4.2. Gli strumenti di limitazione dell'autonomia privata in relazione alle clausole sul risarcimento del danno: la nullità della clausola di limitazione della responsabilità e il divieto di patto commissorio

Tra gli strumenti a disposizione del giudice per rispondere a esigenze di equilibrio nel contratto, si può annoverare quello della qualificazione della convenzione sul risarcimento del danno. Ci si riferisce, ad esempio, al caso della possibile sovrapposizione tra la clausola penale e la clausola di limitazione della responsabilità. Stante il precetto che vieta l'inserimento nel regolamento

contrattuale di accordi che escludano la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave di cui all'art. 1229 c.c., si prospetta, laddove le circostanze lo permettano, la possibilità di dichiarare la nullità della clausola penale che risulti in violazione della richiamata disposizione⁴²⁰. A titolo esemplificativo, si pensi al caso in cui le parti pattuiscono di limitare il risarcimento del danno a un ammontare nettamente inferiore rispetto al danno prevedibile, escludendo altresì l'onere di dare prova del danno in giudizio⁴²¹. Laddove fosse possibile evidenziare una condotta dolosa o gravemente colpevole del debitore (e nel caso di mancata pattuizione della possibilità di risarcire il maggior danno ai sensi dell'art. 1382 c.c.), il giudice potrebbe incidere sulle disposizioni convenzionali delle parti dichiarando la nullità della clausola con l'obiettivo di avvantaggiare la parte creditrice della penale⁴²². In modo analogo, la riqualificazione giudiziale del patto potrebbe risultare utile strumento per il giudice nel limitare l'autonomia dei

⁴²⁰ Il tema è stato più ampiamente trattato *supra*. Per una disamina approfondita sulle clausole di limitazione della responsabilità, anche con riferimenti alla normativa speciale di settore, cfr. G. ALPA - M. BESSONE - V. ZENO ZENCOVICH, *L'ingiustizia del danno e gli interessi tutelati*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIV, Torino, 1999, pp. 239 ss. Per un'analisi delle clausole adoperate nella contrattazione internazionale, cfr. U. DRAETTA, *Limitazioni pattizie della responsabilità nei contratti internazionali, con particolare riguardo ai «liquidated damages»*, in Aa.Vv., *Inadempimento contrattuale e limitazioni di responsabilità. Appalto vendita e trasporto internazionali*, Milano, 1989, pp. 91 ss.

⁴²¹ Per un approfondimento circa le condizioni ritenute necessarie per qualificare la clausola penale quale clausola di esonero dalla responsabilità nulla ai sensi dell'art. 1229 c.c., si rinvia *supra*.

⁴²² Giurisprudenza e dottrina sono concordi nell'affermare che la clausola che preveda una liquidazione preventiva del danno di consistenza irrisoria, tanto da comportare la limitazione o l'esclusione della responsabilità per i danni da inadempimento in violazione dell'art. 1229 c.c., non è ammissibile. Cfr. L. BOZZI, *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 1087; V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 928; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 233.

contraenti, qualora le clausole sul risarcimento del danno risultassero in contrasto con il principio del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. Come noto, la citata disposizione prevede la nullità del patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore⁴²³. Si tratta, dunque, di un contratto a scopo di garanzia il cui effetto traslativo ha luogo a seguito dell'inadempimento del soggetto che ha alienato il bene. Tuttavia, il medesimo risultato può essere raggiunto anche tramite accordi, che possono essere di volta in volta individuati dalla giurisprudenza, e che non presentano la medesima struttura della vendita a scopo di garanzia⁴²⁴. Si pensi, pertanto, al caso di una caparra confirmatoria eccessiva, il cui valore sia uguale o maggiore a quello della prestazione nascente dal rapporto principale. Qualora l'ammontare trasferito dall'*accipiens* al *tradens* risulti superiore rispetto al danno che sarebbe stato possibile risarcire secondo le ordinarie regole, il giudice potrebbe riquilibrare la disposizione contrattuale quale patto commissorio⁴²⁵. In effetti, laddove si ritenga che la caparra

⁴²³ Cfr. E. BATTELLI, *Pegno irregolare e divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1419; E. BERGAMO, *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1599; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, 19, II, Torino, 1998; M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1988; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, artt. 2740-2744, in *Comm. Schlesinger*, sub art. 2744, Milano, 1991; U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982; C. M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298.

⁴²⁴ Si pensi, ad esempio, al tentativo di elusione del divieto di patto commissorio nel caso della cessione dei crediti in garanzia. In dottrina, cfr. M. MARTINO, *Le sezioni unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 681.

⁴²⁵ Secondo una parte della dottrina, caparra confirmatoria e patto commissorio sarebbero solo apparentemente affini. Cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 235; G. GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 526.

confirmatoria non sia soggetta al potere di riduzione giudiziale di cui all'art. 1384 c.c., si pone il problema dell'utilizzo elusivo della clausola per effettuare un trasferimento con funzione di garanzia, vietato ai sensi dell'art. 2744 c.c., in quanto, come noto, la caparra confirmatoria ha effetti reali.

Un ragionamento analogo, inoltre, potrebbe essere applicato per il controllo giudiziale in relazione alla clausola penale. Avendo la giurisprudenza riconosciuto la possibilità che il patto commissorio vietato ai sensi dell'art. 2744 c.c. possa avere effetti solo obbligatori, risulta in astratto possibile la censura della clausola penale in quanto elusiva del divieto di patto commissorio. A chi scrive, tuttavia, pare rilevante che la giurisprudenza abbia altresì stabilito che l'oggetto del patto commissorio debba necessariamente essere determinato, venendo meno la possibilità astratta di qualificare la penale consistente in una somma di denaro quale patto commissorio. Potrebbe, invece, contrastare con il divieto di patto commissorio la clausola penale che avesse ad oggetto un bene sul quale il giudice non può esercitare in concreto il suo potere di riduzione, ai sensi dell'art. 1384 c.c.⁴²⁶.

4.3. La tendenza al ricorso ai principi e alle clausole generali: «precomprensione» e certezza del diritto

Tra gli strumenti che appaiono idonei a perseguire la finalità di riequilibrare le prestazioni contrattuali, giova inoltre certamente

⁴²⁶ Cfr. Sostiene A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissori*, cit., p. 226, che la ragione che può spiegare la validità della clausola penale è proprio la presenza dell'art. 1384 c.c., dovendosi invece ritenere che una clausola penale che non permetta al giudice di esercitare il potere correttivo sia da considerarsi illecita ai sensi dell'art. 2744 c.c. In giurisprudenza, la questione si è posta ad esempio in relazione alla validità delle clausole penali contenute in patti parasociali che avevano ad oggetto il trasferimento di quote sociali in caso di inadempimento, in un caso avente ad oggetto una clausola penale che prevedeva che il creditore potesse esercitare un'opzione irrevocabile di acquisto della partecipazione in una società terza in caso di inadempimento contrattuale. In tale scenario la clausola penale può contrastare con il divieto di patto commissorio. Cfr. Trib. Milano, 19 settembre 2011, in *Soc.*, 2012, p. 9, con nota di E. BONAVERA, *Nullità del patto commissorio contenuto in patti parasociali*.

citare il principio di buona fede nella formazione (art. 1337 c.c.), nell'esecuzione (art. 1375 c.c.) e nell'interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.), nonché l'impiego del concetto di divieto dell'abuso del diritto⁴²⁷, condotto dalla giurisprudenza «ad applicazioni un tempo impensabili»⁴²⁸.

⁴²⁷ Cfr., ad esempio, E. FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 183; F. MACARIO, *sub* Art. 1375 c.c., in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 730; G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 143; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, p. 165; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 94; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, pp. 284 ss.; A. GUARNERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403. Per cenni al dibattito avviato dalla dottrina tedesca sul problema dell'interpretazione delle clausole generali nel diritto privato europeo, cfr. D. MEMMO, *Le clausole generali nel diritto privato europeo*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 55. Tra le applicazioni giurisprudenziali più recenti cfr., Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 503 e Cass., sez. un., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, p. 85. In dottrina, in senso critico Cfr. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 747 ss., che contesta anche il ricorso ai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Per un'analisi approfondita dell'argomento cfr. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 335 ss.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, diretto da G. Furguele, III, Padova, 1997, p. 5 e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, p. 5 e in *Immagini di diritto privato*, Torino, 2013, p. 228; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 205 ss.

⁴²⁸ Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 4, p. 1115. In dottrina sull'abuso del diritto cfr. A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012; P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2011, p. 794; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, in *Contr. e impr.*, 2011,

In passato, l'impiego delle clausole generali era assai limitato, mentre oggi la buona fede e il divieto dell'abuso del diritto sono punti di riferimento rilevanti in moltissime delle decisioni giurisprudenziali. La diffidenza nei confronti delle clausole generali, e la gradualità del loro impiego quali strumenti interpretativi, sono spiegati dalla dottrina evidenziando il timore per l'arbitrio e «la preoccupazione, storicamente fondate in Germania alla luce dell'esperienza del nazionalsocialismo, nei confronti di una fuga nelle clausole generali»⁴²⁹. Oggi, in controtendenza rispetto al

p. 311; M. BARALDI, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 41; C. A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2547; B. TROISI, *L'abuso del diritto negli obiter dicta e nelle rationes decidendi della Corte Costituzionale*, in M. Tamponi - E. Gabrielli (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica Italiana», Napoli, 2006, p. 295; G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Milano, 2006, p. 115; E. BERGAMO, *L'abuso del diritto ed il diritto di recesso*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2065; M. BARALDI, *Le mobili frontiere dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo determinato*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 927; F. D. BUSNELLI - E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Furguele, Padova, 1998, p. 171; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205, ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 37.

⁴²⁹ Così S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, p. 83. Sul tema del rapporto tra certezza del diritto e clausole generali, cfr. U. NATOLI, *L'osservanza delle clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Barillaro*, Milano, 1982, p. 345 ss.; A. DI MAJO, *L'osservanza della buona fede nei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, a cura di J. Bonell e F. Bonelli, Milano, 1997, p. 148. Tuttavia, S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 83 osserva: «Una sentenza errata e perfino

passato, la preoccupazione di scalfire la garanzia della certezza del diritto lascia il posto alla necessità di potersi servire di strumenti più duttili e adattabili alle diverse situazioni che possono in concreto prospettarsi⁴³⁰. La tendenza pare strettamente connessa al processo di distacco dal sistema interpretativo tradizionale, basato sulla sussunzione del caso nella fattispecie, in favore di un più frequente ricorso ai principi (fenomeno di cui si è in precedenza accennato), nonché alla crescente rilevanza del ruolo dell'interprete nell'ordinamento⁴³¹, poiché quanto più una clausola è generale, tanto

arbitraria può basarsi su una norma specifica per il fatto che quest'ultima non è in grado di tenere conto di tutte le circostanze della fattispecie concreta».

⁴³⁰ Cfr. N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. delle soc.*, 5, 2015, p. 803, afferma che: «Clausole quali la considerazione della “convenienza pubblica”, della “buona fede” o dell’interesse della “cosa in sé”, danno al giudice la possibilità di trascurare l’applicazione formale ed egualitaria della legge e di aprire la porta all’influenza di coloro che realmente detengono il potere nella società». Cfr. anche K. MANNHEIM, *L'uomo e la società in un'età di ricostruzione*, Milano, 1959, p. 172, secondo il quale le clausole generali irrompono come fattori di «irrazionalità giuridica [...] che lasciano la decisione del caso alla discrezione del giudice» e danno al giudice «la possibilità di trascurare l’applicazione formale ed egualitaria della legge e di aprire la porta all’influenza di coloro che realmente detengono il potere nella società».

⁴³¹ Rileva, ad esempio, in connessione al diffuso impiego delle clausole generali, il riconoscimento di un maggior potere al giudice U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Immagini del diritto privato*, I, cit., p. 193 ss. Sull’attuale impiego delle clausole generali nei processi interpretativi cfr. S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 268; A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 261 ss., spec. p. 285; P. RESCIGNO, *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 1 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Busnelli, a cura di, *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 10; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 82 ss.; F. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, p. 72 ss. Sull’impiego della clausole da parte della Corte di Cassazione cfr. F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 152.

più è creativa la funzione del giudice⁴³².

La caratteristica delle clausole generali, ben descritta dalla dottrina, è proprio quella di fornire un modello di comportamento non predeterminato⁴³³, individuato mediante la «precomprensione» di chi applica tale clausola e, per questa ragione, l'applicazione della clausola generale al caso di specie non comporta l'operazione della sussunzione del comportamento nell'ambito del modello prestabilito normativamente, ma richiede la preventiva individuazione del comportamento corretto da tenersi nel caso in esame⁴³⁴. L'operazione, tuttavia, non è sempre agevole e l'esito della decisione potrebbe certamente risultare differente a seconda della prospettiva interpretativa su quello che avrebbe dovuto essere il giusto e corretto comportamento. La variabilità del risultato può ritenersi imputabile all'«eccedenza di contenuto assiologico rispetto ad altre

⁴³² Così A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 345.

⁴³³ S. PATTI, *L'interpretazione della clausole generali*, cit., p. 277. La dottrina, ha in passato suggerito la necessità di un particolare tipo di «tipizzazione» delle clausole generali tramite la formulazione di una serie di regole in cui è prevista la clausola generale. Cfr. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma 1993, p. 94 ss.; BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.

⁴³⁴ L'affermazione richiama le riflessioni della dottrina sul rapporto tra i principi e i valori, sembrando i primi idonee a permettere ai secondi l'ingresso nell'ordinamento giuridico. Cfr. sul rapporto tra principi e valori cfr. N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 869, che afferma che «contrariamente a quanto solitamente si ritiene, la tradizione del positivismo giuridico (che così a lungo ha influenzato i modelli culturali dei giuristi) non è estranea a prospettive di segno valoriale». Nello stesso senso, L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 5, evidenzia che «il positivismo moderato della nostra tradizione è teoricamente e metodologicamente formalistico, in quanto opera con categorie sistemiche assiologicamente neutre: ma in tali categorie erano per così dire cristallizzati (e insieme occultati dal linguaggio avalutativo del formalismo giuridico) i valori morali del giusnaturalismo moderno».

disposizioni» delle clausole generali⁴³⁵. Il meccanismo appena delineato costituisce al medesimo tempo sia la funzione più rilevante delle clausole generali, che contribuiscono ad arricchire l'ordinamento concedendo al giudice di applicare parametri che derivano da sistemi di regole anche non giuridici⁴³⁶, sia, quando l'impiego delle clausole generali è diffuso come oggi accade, la ragione che induce a nutrire preoccupazioni circa il divario che si prospetta tra la lettera della norma e la soluzione del caso concreto⁴³⁷.

4.4. *La tendenza al ricorso alla clausola generale della buona fede per ristabilire l'equilibrio nel contratto*

Come è stato anticipato, la giurisprudenza ha fatto ricorso alle clausole generali per regolare i rapporti contrattuali tra le parti, sostenendo le permeabilità della materia del contratto a principi derivanti dalle norme della Costituzione⁴³⁸. Pur senza soffermarsi

⁴³⁵ Così si esprime E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 315.

⁴³⁶ Cfr. S. PATTI, *L'interpretazione della clausole generali*, cit., p. 278. Sulla vaghezza di significato connessa alle clausole generali cfr. anche F. ROSSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 8, scrive di «disposizione di legge elastica» che richiede giudizi di valore in sede di applicazione.

⁴³⁷ Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 19 : «Le clausole generali hanno aperto una falla, uno squarcio rovinoso, in cui precipita ogni forma di soggettivismo?» e L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 40, secondo il quale «un ampliamento a dismisura del ruolo delle clausole generali è in grado di dar corpo all'idea di una sostituzione del giudice alla legge» e che rileva che lo spazio lasciato all'autonomia contrattuale risulta sempre più limitato, lasciando emergere un quadro che «evoca il fenomeno del c.d. paternalismo giuridico, in cui l'ordinamento incide sulla libertà di scelta degli individui allo scopo di proteggerli contro se stessi».

⁴³⁸ Sulla nozione di buona fede in relazione al principio di solidarietà, intesa nel senso che la solidarietà contrattuale debba considerarsi tale da implicare un obbligo di condotta della parte in considerazione anche dell'interesse dell'altro contraente, cfr. G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 70 e C. M. BIANCA, *La*

nuovamente sul fenomeno della cosiddetta costituzionalizzazione del diritto privato, giova citare la significativa e nota decisione della Corte di Cassazione del 2009, n. 20106⁴³⁹. La decisione riguardava l'esercizio della facoltà di recesso, previsto *ad nutum*, nel contratto di concessione di vendita da parte della società Renault Italia s.p.a.⁴⁴⁰. La pronuncia è stata oggetto di moltissimi commenti avendo, tra l'altro, evidenziato gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto⁴⁴¹ e

nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 209.

⁴³⁹ Cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 433; in *Foro. it.*, 2010, I, p. 85, con nota di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Contr.*, 2010, p. 5, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, p. 231, con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*; in *Resp. civ.*, 2010, p. 354, con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Corr. giur.*, 2011, p. 109, con nota di M. CENINI – A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*; in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 295, con nota di E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*. Ancora in argomento, F. MACARIO, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1576; F. GAMBINO, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 61; F. GALGANO, *Qui suo iure nemirem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311, che osserva che l'intangibilità del vincolo contrattuale afferisce alla fase di vigenza del patto, e non alla facoltà di sciogliersi dal contratto, e la conseguente replica di G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto — Una replica a Galgano*, in *Contr.*, 2011, p. 653.

⁴⁴⁰ Tra il 1992 ed il 1996 i concessionari della Renault Italia s.p.a. furono revocati dalla stessa società, sulla base della facoltà di recesso *ad nutum* previsto dal contratto di concessione di vendita. I concessionari domandavano dunque al giudice territoriale la declaratoria di illegittimità del recesso per abuso del diritto, e la conseguente condanna della Renault Italia s.p.a. al risarcimento dei danni subiti, ma la domanda era rigettata. I concessionari ricorrevano in Cassazione, denunciando la violazione e falsa applicazione delle clausole generali della buona fede.

⁴⁴¹ Cfr. *infra*.

confermato l'ingresso, quale criterio idoneo a permettere al giudice di ristabilire l'equilibrio nel contratto, della ragionevolezza, contestando la posizione espressa dal giudice di merito «quando afferma[va] che vi [fosse] un'impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito contrattuale, escludendo che lo stesso [potesse] controllare l'esercizio del potere di recesso; ritenendo che, diversamente si [sarebbe trattato] di una valutazione politica». Ai fini della presente analisi, ci si limita a evidenziare come il principio della buona fede, interpretato secondo il giudizio di ragionevolezza⁴⁴² e rilevato tramite il criterio dell'abuso del diritto, è stato impiegato al fine di riequilibrare i rapporti tra i contraenti.

In particolare, rinviando per la decisione del merito al giudice territoriale e rovesciando la pronuncia della Corte di appello di Roma, la Corte Suprema ha affermato che il dovere di comportarsi secondo correttezza nella fase di formazione, esecuzione e interpretazione del contratto certamente rientra tra i principi generali del diritto delle obbligazioni e «costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale» e, di conseguenza, che il mancato rispetto del principio della buona fede costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato. In questa prospettiva, la Cassazione ha impiegato il criterio della buona fede quale strumento

⁴⁴² Non ci si sofferma qui sulla qualificazione della ragionevolezza, limitandosi a precisare che parte della dottrina ritiene che non possa considerarsi una clausola generale. Cfr. S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 65; F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 555. Riconducono, invece, la ragionevolezza al novero delle clausole generali L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 374; C. CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo*, in *Vita not.*, 2000, p. 1221, secondo il quale si tratta chiaramente di una clausola generale il cui contenuto viene detto individuabile mediante il riferimento alla buona fede e alle circostanze; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 5. Intravede la natura di clausola generale alternata a quella di concetto indeterminato A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, p. 150.

di controllo, in senso modificativo, del regolamento negoziale al fine di garantire il giusto equilibrio tra gli opposti interessi⁴⁴³.

Ancora, si pensi al caso in cui la Suprema Corte si è pronunciata sulla trasmissione della caparra a mezzo di assegno bancario non incassato, seguita dall'inadempimento da parte del soggetto ricevente la somma a titolo di caparra, l'*accipiens*⁴⁴⁴. Partendo dal presupposto che la consegna dell'assegno bancario fosse idonea a produrre l'effetto proprio della caparra solo al momento della riscossione della somma recata dall'assegno⁴⁴⁵, la Suprema Corte ha dovuto fare ricorso al principio della buona fede nel contratto per fondare le pretese risarcitorie del creditore. Difatti, data l'impossibilità di far discendere gli effetti della caparra dalla sola dazione dell'assegno, in mancanza della materiale apprensione del denaro da parte del prenditore, la caparra confirmatoria non si sarebbe potuta considerare produttiva di effetti. Di conseguenza, anche a fronte di un inadempimento contrattuale del prenditore dell'assegno, il *tradens* non avrebbe potuto fare ricorso al meccanismo tipico della caparra.

⁴⁴³ La decisione esplicitamente afferma che «il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi».

⁴⁴⁴ Cfr. Cass., 9 agosto 2011, n. 17127, in *Foro it.*, 2012, I, p. 502; in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 649, con nota di M. MARTINO, *Dazione di assegno mai incassato, caparra confirmatoria e restituzione del duplum*, che rileva che il comportamento del prenditore non appare affatto contrario a buona fede, poiché, non portando all'incasso il titolo, non fa altro che impedire il depauperamento del patrimonio del *tradens*; in *La responsabilità civile*, 2012, p. 433, con nota di S. CHERTI, *Il contratto reale di caparra: rilettura obbligata di un dogma*; in *Giur. it.*, 2012, p. 2039, con nota di E. PETRONE, *Costituzione della caparra confirmatoria a mezzo assegno bancario e obblighi gravanti in capo al prenditore del titolo*. Nel commentare la decisione in esame, si rileva la posizione di F. P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, p. 163, che osserva che *tradens* e *accipiens* sarebbero meglio tutelati considerando consensuale la caparra prestata.

⁴⁴⁵ Tale posizione risulta coerente con il tradizionale orientamento dottrinale che considera la caparra confirmatoria un negozio di natura reale.

In tale scenario, la Suprema Corte ha fondato la pretesa risarcitoria del *tradens* sul mancato rispetto del principio di buona fede nel contratto, dal quale ha considerato discendere il necessario adempimento dell'onere di riscuotere l'assegno da parte dell'*accipiens*. Il mancato incasso dell'assegno avrebbe quindi costituito (forse paradossalmente, dato il mancato incasso del denaro) una violazione del dovere di buona fede e di cooperazione necessaria a consentire l'adempimento e tale violazione avrebbe comportato l'insorgere, per il prenditore, dell'obbligo di restituire il doppio dell'importo indicato nell'assegno.

Prescindendo dal commento circa l'appropriatezza della soluzione proposta⁴⁴⁶, ai fini della presente indagine è rilevante evidenziare che, sotto il profilo dello strumento interpretativo adoperato, la clausola generale di buona fede si presta a essere declinata in modo da consentire al giudice di raggiungere l'obiettivo di giustizia o equilibrio contrattuale nel caso concreto, avendo come conseguente effetto quello, al medesimo tempo, di diminuire la prevedibilità dell'esito della decisione e di limitare la libertà delle parti nel determinare le condizioni contrattuali che ritengono più opportune.

4.5. *La tendenza al ricorso al concetto di abuso del diritto per ristabilire l'equilibrio nel contratto*

La pronuncia della Corte di Cassazione del 18 settembre 2009, n. 20106, poc'anzi citata con riferimento all'utilizzo della clausola di buona fede, costituisce altresì un caso esemplificativo di intervento correttivo mirato a ripristinare l'equilibrio nel contratto effettuato tramite l'impiego del concetto di divieto dell'abuso del diritto⁴⁴⁷. Nella decisione, il divieto dell'abuso del diritto è infatti richiamato in modo strumentale, al fine di rilevare la violazione del principio di buona fede. Ci si limita in questa sede ad aggiungere che, nella definizione fornita dalla Suprema Corte di abuso del diritto, risulta di centrale rilevanza l'effetto di produrre uno «squilibrio» tra i rispettivi

⁴⁴⁶ Per un esame approfondito della pronuncia, cfr. *supra*.

⁴⁴⁷ Si esprime evidenziando l'inutilità del ricorso allo strumento dell'abuso del diritto laddove sussistano altre tutela normativamente previste, come nel caso della riduzione della penale eccessiva, cfr. S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 3.

vantaggi delle parti. L'abuso del diritto è, infatti, la conseguenza derivante dal concreto esercizio di un diritto soggettivo da parte del suo titolare, che comporta la creazione di una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio a cui è soggetta la controparte⁴⁴⁸.

Tra i casi rilevanti idonei a evidenziare la tendenza oggetto della presente ricerca, rientra inoltre certamente una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione, avente ad oggetto l'intervento modificativo del giudice in relazione all'operatività di una clausola risolutiva espressa prevista dalle parti⁴⁴⁹. Infatti, nella decisione del 23 novembre 2015, n. 23868, la Suprema Corte ha stabilito che se il risarcimento del danno determinato in via convenzionale è notevolmente superiore al danno effettivamente subito, la condotta del creditore potrebbe costituire un abusivo esercizio del diritto. Il caso aveva ad oggetto la valutazione, da parte del giudice, sulla sussistenza dell'inadempimento che permettesse alla controparte di esercitare la facoltà di risoluzione, avvalendosi della clausola risolutiva espressa inserita nel contratto. Con riferimento a tale clausola, è stato affermato che si sarebbe sostanziato abuso del diritto nell'esercizio del legittimo potere di risolvere il contratto qualora la condotta inadempiente, pur realizzando sotto il profilo materiale il fatto contemplato dalla clausola risolutiva espressa, fosse risultata conforme al principio della buona fede. La possibilità di compiere una valutazione, da parte del giudice, circa la sussistenza

⁴⁴⁸ La decisione ha tracciato tutti gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, che si indicano di seguito brevemente, pur senza soffermarsi oltre, non volendo deviare dal tema della presente ricerca. Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto consistono nella titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto, nella possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate, nella circostanza che tale esercizio concreto sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione giuridico o meno e che, a seguito di tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

⁴⁴⁹ Cfr. Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 503.

dell'equilibrio tra le prestazioni è stata dunque affermata anche in presenza di una clausola risolutiva espressa, stabilendo che «i contraenti sono tenuti a rispettare il principio generale della buona fede ed il divieto di abuso del diritto, preservando l'uno gli interessi dell'altro»⁴⁵⁰.

4.6. *La tendenza al ricorso al concetto di causa in concreto per ristabilire l'equilibrio nel contratto*

L'effetto di ridurre l'ambito residuo all'autonomia privata, ampliando la portata del potere correttivo sul contratto del giudice, deriva oltre che dal ricorso alla clausola generale di buona fede e all'abuso del diritto, anche dall'impiego del concetto di causa in concreto. Infatti, tra le norme utili a ripristinare l'equilibrio contrattuale, successivamente adoperate anche per avvalorare l'esistenza di un principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali di carattere generale, vi è l'art. 1322, comma 2°, c.c. Come noto, tramite il ricorso alla citata disposizione, la giurisprudenza può rilevare la nullità delle clausole dirette a realizzare interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Da tempo, la Corte di Cassazione ha rivendicato l'intervento del giudice in tali casi quale esercizio di un potere officioso attribuitogli dalla legge⁴⁵¹. In linea generale, la giurisprudenza ha fatto ricorso al concetto di causa in concreto⁴⁵² del contratto per riportare ad equilibrio le prestazioni contrattuali, correggendo talvolta le disposizioni

⁴⁵⁰ Come si è potuto rilevare in relazione al caso Renault, il concetto di buona fede è quello di abuso del diritto sono richiamati contestualmente dalla Suprema Corte, configurandosi l'abuso del diritto come criterio rivelatore del mancato rispetto del principio di buona fede.

⁴⁵¹ Cfr. Cass., sez. un. 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985; in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 6; in *Dir. e giust.*, 2005, 38, p. 12; in *Obbl. e contr.*, 2006, 5, p. 415.

⁴⁵² Il termine "causa" si presta ad essere interpretato in più di un senso. Per una completa ricostruzione delle difficoltà terminologiche connesse allo studio della causa, si rinvia a M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, in particolare pp. 163 ss.

convenzionali⁴⁵³. In altri termini, l'utilità dello strumento della causa in concreto è simile a quello delle clausole generali, tanto che la dottrina ha specificato che la Cassazione trae «consapevolmente profitto dall'indeterminatezza del termine per motivare decisioni che appaiono assai spesso frutto di 'precomprensione', in situazioni che reclamavano un *decisum* di riequilibrio rispetto a posizioni giuridicamente sperequate»⁴⁵⁴.

La tendenza si riscontrava già nella giurisprudenza di merito degli anni Ottanta, che rilevava, ad esempio, la nullità per mancanza di causa del contratto di compravendita con prezzo simbolico notevolmente inferiore all'effettivo valore del bene trasferito⁴⁵⁵. Negli anni Novanta la Cassazione ha fatto ricorso allo strumento della causa allo scopo di sanzionare la mancanza di equilibrio nel contratto, affermando che il difetto di equivalenza, almeno tendenziale, tra le prestazioni comportava l'assoluta mancanza di causa del contratto⁴⁵⁶. Più di recente, casi noti hanno riguardato, ad

⁴⁵³ Sulla causa intesa quale strumento di controllo della congruità dello scambio contrattuale, cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, spec. pp. 255, ove si afferma che la «vaghezza» del termine, «ossia elasticità e duttilità a conformarsi ad una pluralità di casi concreti [...] è ampiamente utilizzata dai giudici fino a tendere a diventare una clausola generale, suscettibile di svariati modi di utilizzo ed ambiti di applicazione».

⁴⁵⁴ Cfr. F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2015, p. 35.

⁴⁵⁵ Cfr. App. Napoli, 21 dicembre 1989, in *Dir. e giur.*, 1990, II, p. 510: «è nullo per mancanza di causa il contratto di compravendita se il prezzo sia simbolico o comunque notevolmente inferiore all'effettivo valore del bene trasferito».

⁴⁵⁶ Cfr. Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, p. 1506, secondo la quale nei contratti a prestazioni corrispettive, il difetto di equivalenza, almeno tendenziale delle prestazioni comporta l'assoluta mancanza di causa del contratto e, per l'effetto, la sua nullità. Poco dopo la stessa Suprema Corte ha parzialmente modificato la sua posizione, affermando che la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa compravenduta non può determinare la nullità del contratto per mancanza della causa (cfr. Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, cit., p. 2489). Non sono mancate pronunce che hanno successivamente

esempio, la materia del contratto con finalità turistica⁴⁵⁷. In particolare, si può fare riferimento ad una decisione della Corte di Cassazione del 2007 che dirimeva il caso di un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi, uno dei quali deceduto improvvisamente il giorno precedente all'inizio del soggiorno⁴⁵⁸. La Corte suprema ha riconosciuto che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione idonea a concretare causa di risoluzione del contratto si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno. In tale circostanza si verifica, infatti, l'irrealizzabilità della causa in concreto del contratto, con la conseguente estinzione dell'obbligazione nonché il sorgere dell'obbligazione restitutoria di quanto già ricevuto a titolo di pagamento della prestazione alberghiera. Il concetto di causa in concreto assume rilievo, dunque, quale criterio di adeguamento del rapporto negoziale, sia con riferimento alla fattispecie considerata nel suo aspetto genetico, sia in ragione di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo sviluppo del

impiegato la causa in concreto al fine di perseguire fini di equilibrio nel contratto. Cfr. Cass., 9 gennaio 1999, n. 117 in *Giur. it.*, 1999, p. 1360, in cui la Suprema Corte ha stabilito che la mancanza di alea che si riscontri qualora il beneficiario della rendita sia prossimo alla morte per malattia o per età, rende nullo il contratto per difetto di causa. Parimenti, Cass., 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Giur. it.*, 1999, p. 2264, ove la nullità del contratto per mancanza di causa è derivata dalla stipula di un precedente contratto avente ad oggetto la medesima prestazione assistenziale già dovuta a seguito del primo contratto di mantenimento.

⁴⁵⁷ Cfr. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Contratto in genere*, n. 503 e Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Turismo*, n. 30 e in *Foro it.*, 2009, I, p. 214; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Dir. e giust.*, 2005, 43, p. 21, con nota di R. ROLLI, *Il rilancio della causa nel contratto: la causa concreta*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 416. Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Milano, 14 aprile 2011, in *Il caso.it*.

⁴⁵⁸ Cfr. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit.

rapporto, quali ad esempio l'inadempimento e l'impossibilità sopravvenuta, che possono incidere sull'interesse della parte, facendolo venire meno⁴⁵⁹. Che lo scopo del giudice nella citata pronuncia sia quello di riportare ad equità i termini del rapporto contrattuale emerge non solo dall'esito della pronuncia, ma anche da più passaggi della decisione stessa. In particolare, preme richiamare quello in cui è espressa la necessità di un più penetrante controllo dell'autonomia privata da parte della giurisprudenza proprio tramite il rinvio ai principi affermati dalla decisione a Sezioni Unite in materia di rilevanza d'ufficio dell'eccessività della clausola penale contrattualmente concordata⁴⁶⁰: «ad ulteriore conforto di tale conclusione va ricordato, ancora, l'orientamento recentemente espresso da questa stessa corte, a sezioni unite, in ordine alla necessità di un più penetrante controllo dell'autonomia privata da parte del Giudice in sede di tutela della parte “debole” di un rapporto contrattuale»⁴⁶¹.

Considerazioni di segno analogo sono rilevabili in una decisione di poco successiva⁴⁶². La fattispecie riguardava una vicenda relativa ad

⁴⁵⁹ A sostegno dell'irrelevanza dell'impossibilità sopravvenuta di usufruire della vacanza, la compagnia assicuratrice aveva osservato che la prestazione non sarebbe mai stata (né sarebbe mai divenuta) tecnicamente impossibile a seguito della morte del cliente, ma tutt'al più non passibile di essere da questi usufruita. Restava, invece, la prestazione messa a disposizione dalla struttura alberghiera secondo quanto contrattualmente concordata. Di risposta a tale argomento, la Cassazione ha riconosciuto la distinzione tra la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione e la sopravvenuta impossibilità della esecuzione della prestazione, ma soltanto sul piano concettuale, e non anche su quello degli effetti.

⁴⁶⁰ Ci si riferisce a Cass., 19 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2985, in precedenza esaminata. Cfr. *supra*.

⁴⁶¹ Cfr. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, cit., n. 503.

⁴⁶² Cfr. Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, cit., p. 214: «La finalità turistica, concretizzando la causa in concreto del contratto di viaggio vacanza tutto compreso (c.d. «pacchetto turistico» o *package*), vale non solo a qualificarlo, determinando l'essenzialità di tutte le attività ed i servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero, e cioè il

un soggiorno turistico all'estero dove un'epidemia di dengue emorragica aveva indotto il contraente ad invocare la risoluzione del contratto di viaggio (il cosiddetto "pacchetto turistico"). La Corte riteneva che la finalità turistica non si sostanziasse in interessi che rimangono nella sfera volitiva interna dell'acquirente, bensì rappresentasse la causa in concreto di tale contratto, confermando così la legittimità della pronuncia di scioglimento del "pacchetto turistico" dopo che i turisti, vista l'epidemia in atto nel luogo di destinazione, d'accordo con l'agenzia di viaggi, avevano optato per diversa destinazione.

La duttilità dello strumento è rilevabile non solo nel senso di dar luogo a declaratorie di scioglimento del vincolo contrattuale, ma anche in senso opposto, nella direzione di disapplicare clausole di esclusione o riduzione della responsabilità⁴⁶³. Si pensi al caso in cui, nel 2009, la Corte di Cassazione ha adoperato il concetto di causa in concreto per assicurare l'efficacia del vincolo nascente da un contratto assicurativo ove, in senso difforme rispetto alle aspettative legittime dell'assicurato, la compagnia assicurativa faceva valere una delimitazione pattizia dell'oggetto del contratto⁴⁶⁴.

Negli anni più recenti, la tendenza appare confermata. Giova citare una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione in materia di strumenti finanziari. La decisione ha ad oggetto la valutazione in ordine all'invalidità dichiarata dalla Corte territoriale del contratto

benessere psico-fisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e di riposo è volto a realizzare, ma assume anche rilievo quale criterio di adeguamento dello stesso in relazione alla sorte della vicenda contrattuale, in ragione di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo svolgimento del rapporto, quali ad esempio l'impossibilità o l'aggravio della prestazione, l'inadempimento».

⁴⁶³ Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Assicurazione*, n. 114.

⁴⁶⁴ La decisione aveva ad oggetto un contratto di assicurazione stipulato a copertura della pratica amatoriale della guida di velivoli. Dopo il decesso dell'assicurato, la coniuge vedova domandava all'assicurazione il pagamento dell'indennizzo assicurativo previsto nel contratto e la compagnia assicurativa opponeva la mancata copertura nella polizza dovuta ad una clausola di delimitazione dell'oggetto.

atipico denominato *for you*, qualificato dal giudice quale strumento finanziario. Nel caso in esame, la Suprema Corte si è interrogata circa la meritevolezza degli interessi delle parti del contratto. La ricostruzione del contratto *for you* effettuata dalla Corte territoriale, e sulla base della quale si svolge la valutazione sulla meritevolezza da parte della Corte di legittimità, configurava un contratto atipico⁴⁶⁵ caratterizzato da una rilevante alterazione dell'equilibrio contrattuale, in quanto strutturato su una promessa del raggiungimento di un beneficio economico futuro a fini previdenziali disatteso non solo dall'andamento imprevedibile dei mercati (rischio normale nel settore finanziario), ma anche da un regolamento contrattuale congegnato, secondo quanto rilevato dal consulente tecnico, in modo tale da esporre il cliente a conseguenze esclusivamente svantaggiose. La Cassazione ha confermato la decisione del giudice territoriale di invalidità del contratto in oggetto sulla base della mancanza della meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti dalle parti e, in particolare, del cliente. Il contratto atipico risultava infatti fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali del contraente da parte dell'operatore professionale, estrinsecandosi nel compimento di operazioni negoziali complesse relative alla gestione di fondi comuni che comprendevano anche titoli di dubbia redditività, il cui rischio era unilateralmente addossato sul cliente, al quale il prodotto veniva presentato come rispondente alle esigenze di previdenza

⁴⁶⁵ Nella specie, la ragione dell'investimento per il cliente risiedeva in una finalità previdenziale. Il contratto *for you* prevedeva un finanziamento bancario a tasso fisso, con l'utilizzazione della somma per l'acquisto di obbligazioni e di fondi comuni d'investimento. Era costituita in favore della banca una garanzia pignorizia sui titoli e prevista la facoltà di recesso anticipato del cliente, esercitabile, tuttavia, mediante pagamento di penale affidata ad una complessa formula matematica (secondo il consulente tecnico d'ufficio ammontante ad una somma superiore al capitale mutuato). Secondo la ricostruzione del contenuto effettivo del contratto, i prodotti acquistati (le obbligazioni e i fondi d'investimento) sarebbero stati soltanto denominati, senza precisazioni circa il costo, il rendimento o le caratteristiche. Sotto il profilo delle garanzie di trasparenza, risultava non evidenziato il rischio collegato all'investimento in fondi di natura azionaria, caratterizzati da rischi elevati.

complementare a basso rischio.

4.7. *Una rilettura dei tradizionali strumenti interpretativi*

Le tendenze giurisprudenziali esaminate nei precedenti paragrafi sono accomunate dalla finalità di garantire un equilibrio tra le posizioni dei contraenti e le prestazioni contrattuali, ponendo rimedio ad una situazione di squilibrio non eliminabile tramite la sola applicazione delle norme in materia di contratto⁴⁶⁶. In altre parole, il ricorso alle clausole generali e all'applicazione del concetto di causa in concreto perseguirebbe il fine di colmare lacune nell'ordinamento⁴⁶⁷.

Tradizionalmente, l'opera interpretativa del giudice è basata sul metodo della sussunzione del caso specifico in una fattispecie preventivamente determinata e, quando questa non è normata dalla legge, si applica la disciplina prevista per un'altra fattispecie, a patto che quest'ultima sia simile alla prima⁴⁶⁸. Il risultato del procedimento di applicazione dell'argomento analogico, dunque, è quello di colmare la lacuna legislativa con riferimento al caso concreto e, con riferimento all'intero sistema del diritto, quello di garantirne l'unitarietà⁴⁶⁹.

Nello scenario attuale, invece, di fronte alla necessità di accordare tutela, laddove appaia esservi una lacuna legislativa, il giudice ricorre ad un'interpretazione basata sull'applicazione delle clausole generali. L'insufficienza del meccanismo analogico conduce a rivedere la convinzione e la visione concettuale secondo la quale il

⁴⁶⁶ Già nel 1930 nella conferenza intitolata *La crisi della legge* Carnelutti evidenziava l'importanza crescente della creazione giudiziaria del diritto al diminuire della qualità della legislazione. Cfr. F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, p. 176.

⁴⁶⁷ Quantomeno, così pare doversi ritenere se si riconosce all'interprete di perseguire un fine di equità nelle pronunce.

⁴⁶⁸ Sul punto, tra i numerosi contributi, cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 216; N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1939, p. 103.

⁴⁶⁹ Sul tema dell'interpretazione, cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993.

sistema di norme è completo e unitario. In effetti, la dottrina ha da più parti rilevato una rottura nella visione sistematica dell'ordinamento e l'allontanamento dal contesto operativo precedente, assiologicamente omogeneo⁴⁷⁰.

In taluni casi, poi, la soluzione prescelta dal giudice consiste ancora nell'applicazione del meccanismo analogico, utilizzato non più in senso tecnico, ma in modo, per così dire, "creativo". Ciò è emerso chiaramente dall'esame di alcune pronunce in materia di applicabilità dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria, in riferimento alle quali è stato rilevato che il presupposto per fondare l'applicazione analogica della norma alla caparra confirmatoria non è la somiglianza tra le fattispecie di riferimento, bensì il riconoscimento di un generale principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali. In altre parole, l'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria non discenderebbe dalla somiglianza tra questa e la clausola penale, bensì sarebbe autorizzato dall'esistenza di un principio di natura generale espresso dalla disposizione in materia di riducibilità della penale. Lo strumento analogico sembrerebbe aver cambiato pelle e non consisterebbe più in una regola di applicazione schematica, inserita nel sistema della deduzione, della riconduzione del caso concreto alla fattispecie, bensì andrebbe piuttosto letto in «chiave di intuizione analogica»⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ Cfr. L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2001, p. 5, che richiama vari aspetti della rottura dell'omogeneità, tra i quali la decodificazione e perdita di centralità del Codice civile e partecipazione del diritto comunitario al sistema delle fonti; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

⁴⁷¹ Anche di recente è stato affermato che il momento analogico non può limitarsi ad un'interpretazione strettamente tecnica: «L'interpretazione tecnica non si può esaurire in un cosiddetto positivismo della sussunzione, in quanto in ogni applicazione del diritto c'è un momento analogico, e quindi uno spazio di interpretazione dovuta alla perizia ed alla cultura dell'interprete, alla conoscenza dell'ordinamento nella sua globalità e specialmente nei suoi principi quali espressione di scelte di valori». Relazione tenuta alla XV Conferenza delle Corti costituzionali europee a Bucharest, maggio 2011, *La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità*. In dottrina, cfr. N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.,

Secondo una prospettiva di sistema, si può affermare che sia il ricorso all'interpretazione tramite l'applicazione delle clausole generali, sia il ricorso al meccanismo analogico "intuitivo" potrebbe non determinare un'effettiva uniformità interpretativa, in quanto entrambe le soluzioni presentano l'inconveniente di introdurre un ampio margine di variabilità nelle decisioni, risultando di volta in volta soggetti alla differente perizia, cultura o, per utilizzare la terminologia addietro richiamata, al differente "intuito" di ciascun interprete⁴⁷².

spec. p. 14, secondo il quale nel contesto attuale, e di fronte alla crisi di un sistema unitario delle fonti che apre alla tematica della complessità, il recupero dell'unitarietà non può che essere compiuto in «chiave di intuizione analogica», intendendo questa come connotato di qualsiasi procedimento interpretativo volto a riscoprire una operante dialettica tra tutti gli indici che concorrono a formare l'esperienza giuridica. Cfr. nello stesso senso anche CAIANI, voce *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 344.

⁴⁷² La tecnica del bilanciamento è definita quale tecnica argomentativa per garantire prevalenza ad un principio piuttosto che a un altro, ad un diritto piuttosto che a un altro, ed è approfonditamente indagata dai costituzionalisti. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, 1992, commentato da R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, p. 513 ss., che fa riferimento all'incertezza che ne scaturisce. Cfr. anche SCACCIA, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3953 ss.; R. BIN, *Diritto e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e politica*, 2006, I, il quale evidenzia tra gli aspetti problematici connessi all'impiego della tecnica del bilanciamento il ruolo a queste spesso riservato dalla giurisprudenza di «panacea», considerandola un rimedio idoneo a risolvere qualsiasi ipotesi di conflitto. Distingue tra bilanciamento quale attività interpretativa o argomentativa e bilanciamento quale prodotto o risultato decisionale G. PARODI, *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. In margine a diritti e argomenti di Roberto Bin*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 205.

4.8. Le mobili frontiere dell'autonomia privata

Il discorso fino ad ora svolto ha inevitabili ricadute sull'ampiezza residua dell'autonomia privata e sul rapporto tra questa e il potere correttivo del giudice. Sulla base dell'analisi svolta, sembra possibile formulare alcune considerazioni. In primo luogo, dalle pronunce esaminate si rileva una tendenza espansiva del potere del giudice. Pur motivando l'approccio giurisprudenziale rilevato nei precedenti paragrafi sulla base della crescente consapevolezza che le condizioni del contratto sono spesso imposte da una delle due parti, che è frequente la disparità di potere tra i contraenti e che ciò ha effetti giuridici rilevanti, non può non osservarsi che l'ampliamento del potere correttivo del giudice tramite il ricorso all'applicazione, ora della clausola di buona fede, ora del concetto dell'abuso del diritto o del concetto di causa in concreto, corrisponde a una diminuzione dello spazio lasciato all'autonomia privata. A conferma di ciò, sembra potersi richiamare quanto è stato al principio di questa analisi evidenziato, ossia che il potere correttivo del giudice costituisce uno dei limiti imposti dall'ordinamento all'autonomia privata.

Una seconda considerazione riguarda, poi, l'indeterminatezza dello spazio lasciato all'autonomia privata. L'analisi svolta ha infatti permesso di verificare che il ricorso ai principi e alle clausole generali, proprio in ragione della ricchezza di contenuto assiologico che presentano, per ciò che qui interessa, non consente di prevedere con anticipo quale sia il margine residuo per esercitare l'autonomia privata delle parti, né permette di individuare zone di salvezza nel diritto dei contratti in caso di predeterminazione del contenuto dell'accordo in via convenzionale. Non è possibile, dunque, tracciare un confine ben delineato tra l'area lasciata all'autonomia delle parti e quella soggetta all'intervento correttivo del giudice.

La terza considerazione consiste nel rilievo che il processo espansivo del potere correttivo del giudice contribuisce a rendere anche l'esito della decisione giudiziale meno prevedibile. Le parti, nella negoziazione, dovrebbero infatti prestare attenzione a non creare squilibrio con riferimento al rapporto sinallagmatico, a non creare squilibrio tramite un comportamento contrario a buona fede, a verificare che l'esercizio del diritto non risulti abusivo (sempre con riferimento al principio di buona fede) e a non violare il principio di solidarietà nel contratto. L'evanescenza della contrapposizione

emerge anche riflettendo sul rapporto esistente tra il fine ultimo degli strumenti di interpretazione giudiziale richiamati, ossia quello di garantire l'«equilibrio nel contratto» o la «solidarietà tra le parti», e l'atteggiamento dei contraenti, che perseguono i loro rispettivi interessi⁴⁷³. Con riferimento al contratto, infatti, anche qualora si riuscisse ad immaginare che le parti stemperino la tendenza a ricercare il soddisfacimento del proprio interesse nell'ambito della contrattazione, sussisterebbe comunque il problema di determinare in cosa consista la solidarietà tra le parti nel caso concreto. In altre parole, anche qualora le parti limitassero la loro autonomia nell'intento di concludere un contratto caratterizzato da un equilibrato assetto degli interessi⁴⁷⁴, resterebbe comunque arduo determinare con anticipo l'esito di una pronuncia avente ad oggetto la verifica dell'equilibrio nel contratto rispetto a tutti i profili emersi⁴⁷⁵.

In definitiva, dall'analisi svolta, sembra dunque emergere che la tendenza della giurisprudenza sia quella di configurare un paradigma opposto a quello a cui la tradizione civilistica è solita fare riferimento e contrastante con la rilevata mancanza di un generale principio di equilibrio nel contratto a livello legislativo. Secondo tale paradigma, l'autonomia privata dovrebbe, infatti, essere esercitata dalle parti a patto che il contratto si configuri come uno scambio tra prestazioni tra loro equilibrate, senza sproporzioni o squilibri nel sinallagma. La conseguenza logica di una simile considerazione consisterebbe

⁴⁷³ A riprova di ciò è stato in precedenza osservato che la giurisprudenza stessa ha impostato il problema dell'interpretazione delle norme che permettono la modificazione delle convenzioni sul risarcimento del danno secondo uno schema che vede la necessaria contrapposizione, e il successivo bilanciamento, tra l'autonomia privata e il cosiddetto principio di equilibrio tra le prestazioni.

⁴⁷⁴ Ciò ammettendo che le parti (o la parte che avrebbe in astratto la possibilità di approfittare di una situazione di forza contrattuale) trovassero economicamente conveniente questa operazione, e non piuttosto l'accettazione del rischio di un lite che abbia esito negativo.

⁴⁷⁵ Tanto più che le parti ben avrebbero potuto, nella fase di negoziazione, accettare uno svantaggio derivante dall'accordo concluso a fronte di circostanze non espressamente richiamate nel contratto.

nell'affermazione che il principio della libertà delle parti non è sovrano nel contratto, bensì è soggetto al bilanciamento con i diversi principi richiamati, di volta in volta, dall'interprete⁴⁷⁶. Sembra quindi configurarsi, quantomeno a livello giurisprudenziale, un nuovo paradigma dell'autonomia privata, caratterizzato da confini mutevoli⁴⁷⁷, dalla tendenziale riduzione dello spazio lasciato ai contraenti e parzialmente innovativo rispetto al dettato legislativo.

⁴⁷⁶ Nelle decisioni esaminate, il principio di autonomia privata risulta sovente bilanciato con gli altri principi richiamati dalla giurisprudenza. Ricorrono numerosi passaggi nelle parole della Cassazione che un tempo avrebbero stupito in tal senso, e significativa risulta la Relazione della Corte Suprema di Cassazione, n. 116, del 10 settembre 2010, *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*, ove si legge che «fuori ogni equivoco, superando ogni residua timidezza di fronte al contenuto assiologico della clausola generale [...] la Cassazione accetta costi ora che il giudice si misuri con la creazione della regola *iuris* riempiendo di contenuti la clausola di buona fede, anche in funzione correttiva del regolamento negoziale».

⁴⁷⁷ Alle «mobili frontiere» del danno ingiusto si riferiva F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1, nel ricostruire il processo, in tale caso espansivo, dell'area del danno risarcibile.

PARTE VIII – Considerazioni conclusive

Capitolo 1 - Considerazioni conclusive

Sommario: 1.1. L'interazione tra le clausole sul risarcimento del danno e le norme in materia di risoluzione del contratto; 1.2. Sulla negoziabilità delle clausole sul risarcimento del danno; 1.3. Sulla riducibilità della clausola penale, della caparra confirmatoria e della caparra penitenziale; 1.4. Le clausole che riducono l'imprevedibilità e le tendenze emergenti nella giurisprudenza; 1.5. Clausole sul risarcimento del danno, principio di solidarietà e dubbi interpretativi 1.6. Le implicazioni sotto il profilo della prevedibilità; 1.7. Una lettura delle tendenze emerse in chiave di contrapposizione

1. Considerazioni conclusive

1.1. L'interazione tra le clausole sul risarcimento del danno e le norme in materia di risoluzione del contratto

L'esame della caparra confirmatoria e della clausola penale ha messo in luce la delicatezza del rapporto esistente tra la disciplina prevista per le citate convenzioni e il sistema della risoluzione previsto dal Codice civile. Con riferimento alla caparra confirmatoria, è stata affrontata in modo analitico la questione dell'alternativa possibilità, per la parte non inadempiente, di scegliere tra il rimedio ordinario della risoluzione, con conseguente domanda di risarcimento del danno secondo le regole generali, e quello speciale previsto dalla disciplina della caparra confirmatoria, che prevede il recesso dal contratto ai sensi dell'art. 1385, comma 2° c.c. e la ritenzione della caparra (o l'incameramento del *duplum*)⁴⁷⁸. Sulla base dell'esame

⁴⁷⁸ Anche con riferimento alla caparra penitenziale, la formulazione della norma pare condurre a dubbi interpretativi in relazione alla sorte della caparra penitenziale, ma piuttosto in caso di mancato esercizio del diritto di

delle pronunce della giurisprudenza, nonché delle posizioni della dottrina, è stato possibile evidenziare che il dato normativo si presta a diverse e contrastanti interpretazioni. In particolare, si è posta la questione dell'ammissibilità, a seguito di una sentenza di primo grado di risoluzione del contratto, di una domanda di recesso *ex art. 1385, comma 2° c.c.* e della conseguente richiesta di accertamento del diritto a ritenere la caparra ricevuta (o ad incamerare il *duplum*)⁴⁷⁹. L'esercizio della facoltà di recesso di cui all'art. 1385 c.c. presupporrebbe, infatti, che il rapporto principale fosse ancora in essere, mentre la pronuncia di risoluzione ottenuta in primo grado produce lo scioglimento del contratto. È stato dunque necessario ripercorrere il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema della rinunciabilità degli effetti risolutivi del contratto, che pare essersi risolto nel senso di negare la disponibilità degli effetti risolutivi, allo scopo di non penalizzare eccessivamente la parte inadempiente, che fa affidamento sull'intervenuta risoluzione del contratto. Dunque, a seguito di una sentenza di primo grado di risoluzione del contratto, risulta non proponibile la diversa domanda di recesso dal contratto e di ritenzione della caparra. Una soluzione parzialmente diversa risulta, invece, suggeribile nel caso del contratto risolto in via stragiudiziale. Infatti, quando, a titolo esemplificativo, è intimata inutilmente la diffida ad adempiere, pare doversi ritenere ammissibile la richiesta di accertamento del diritto a ritenere la caparra da parte del contraente non inadempiente sulla base della riscontrata analogia esistente tra la risoluzione stragiudiziale e il recesso previsto dall'art. 1385 c.c.⁴⁸⁰.

Il rapporto tra la clausola penale e le norme in materia di risoluzione e di risarcimento del danno ha invece sollevato minori difficoltà

recesso e qualora le parti siano inadempienti. Sul punto cfr. più ampiamente *supra*.

⁴⁷⁹ Con riferimento al tema, secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, infatti, la seconda domanda, sarebbe stata idonea a introdurre una nuova questione inammissibile in sede di gravame e avrebbe sollevato il problema della rinunciabilità degli effetti risolutivi del contratto.

⁴⁸⁰ Come è stato rilevato, il recesso previsto in caso di inadempimento all'art. 1385 c.c. è infatti inquadrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza quale speciale tipo di risoluzione del contratto principale.

interpretative. L'esame dei presupposti per il pagamento della penale ha confermato l'applicabilità delle regole generali in materia di responsabilità contrattuale alla clausola penale, nonché l'applicabilità delle regole generali in materia di inadempimento e risarcimento del danno alla convenzione. Infatti, diversamente da quanto accade qualora sia prevista una caparra confirmatoria nel regolamento contrattuale, la risoluzione non è prevista quale alternativa rispetto al rimedio tipico del pagamento della penale e ben può operare la clausola anche in assenza della risoluzione del contratto. In altre parole, se nel contratto è inserita una clausola penale, lo strumento fornito alla parte non inadempiente per assicurarsi un risarcimento adeguato è quello di prevedere la risarcibilità del maggior danno, oltre al pagamento della penale.

Con riferimento al rapporto tra le norme in materia di risoluzione e i rimedi previsti dalle clausole sul risarcimento del danno in generale, sembra che la formulazione propria degli strumenti di diritto internazionale esaminati, più semplice rispetto a quella adottata nel Codice civile, fornisca un quadro normativo più lineare che potrebbe fungere da utile punto di riferimento.

1.2. Sulla negoziabilità delle clausole sul risarcimento del danno

La presente ricerca ha evidenziato le difficoltà interpretative connesse all'ipotesi, frequente, dell'impiego dei titoli di credito nella dazione della caparra confirmatoria. L'esame dello scenario a cui si è appena accennato ha permesso di cogliere le implicazioni connesse alla natura reale della caparra confirmatoria con riferimento al momento in cui è considerata, dalla giurisprudenza, produttiva di effetti, ponendosi la questione di determinare, in linea teorica, se la dazione reale avvenga al momento del trasferimento o dell'incasso del titolo di credito. Ciò ha indotto a riflettere sulle possibilità negoziali delle parti di derogare alla natura reale della caparra, prevedendone una di carattere consensuale. Come è stato rilevato, la realtà risulta elemento non derogabile solo nei contratti gratuiti, nei quali la debolezza dell'elemento causale strutturale è compensata dalla materiale consegna del bene. Dunque, con riferimento alla caparra confirmatoria, solitamente accessoria a contratti di compravendita, sembra che si possa ritenere che la consegna della

cosa sia un elemento derogabile convenzionalmente dalle parti. Tuttavia, occorre precisare che nel caso in cui le parti decidessero di pattuire una caparra di natura consensuale, risulterebbe inevitabilmente diminuita (o eliminata, a seconda del momento dell'effettiva dazione della caparra) la funzione di anticipo dell'intera prestazione contrattuale.

Riflessioni circa le possibilità, per le parti, di negoziare il contenuto delle convenzioni esaminate sono inoltre sorte in relazione all'ammissibilità, invero negata, della clausola penale "pura", ovvero di una clausola penale strutturata in modo che il debitore si obblighi sia a risarcire il danno, sia ad adempiere la prestazione oggetto della convenzione. Tale tipo di clausola non sembra ammissibile, in quanto comporterebbe logicamente il configurarsi di una funzione preminentemente sanzionatoria della clausola penale, eccessivamente gravosa per il debitore.

Infine, dall'analisi condotta, è emerso che contribuisce a incidere sulla possibilità negoziale delle parti anche la disciplina in materia clausole di limitazione della responsabilità. Ci si riferisce all'indagine sulla penale manifestamente irrisoria che può costituire il mezzo per eludere l'applicazione dell'art. 1229 c.c., consentendo al debitore di esonerarsi dalla responsabilità per dolo o colpa grave. In proposito, è stato possibile affermare che, qualora sia accertata una condotta dolosa o gravemente colposa del debitore, la penale può essere qualificata quale clausola di limitazione della responsabilità in violazione dell'art. 1229 c.c. (ai fini di un'eventuale modifica di quanto pattuito tra le parti in sede di giudizio) quando non sia pattuita la risarcibilità del maggior danno e la penale sia irrisoria rispetto al danno prevedibile.

1.3. Sulla riducibilità della clausola penale, della caparra confirmatoria e della caparra penitenziale

La riducibilità della clausola penale è espressamente prevista quale meccanismo di controllo dell'autonomia privata nella fase patologica del contratto e la possibilità di applicare la norma, anche d'ufficio, è, nell'attuale scenario, vastamente accolta. Ampiamente discusso è, invece, il tema della riducibilità della caparra confirmatoria eccessiva tramite l'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. Dall'analisi condotta non è emersa un'argomentazione che paia decisiva nella

scelta tra le tesi contrapposte favorevoli e contrarie all'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. in materia di riducibilità della clausola penale alla caparra confirmatoria eccessiva, risultando gli argomenti adoperati dalla giurisprudenza e dalla dottrina più risalente fino ad oggi suscettibili di essere declinati a sostegno di entrambe le tesi. Ad avviso di chi scrive, in considerazione della delicatezza dell'operazione di riduzione giudiziale di una convenzione sul risarcimento del danno, un espresso riferimento normativo dovrebbe ritenersi necessario⁴⁸¹.

In casi più isolati, è emerso il tema della riducibilità della caparra penitenziale, che non è giustificabile sulla base dell'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c., data la radicale differenza tra la clausola penale e la disposizione appena citata.

Sotto il profilo metodologico, è stato possibile osservare che, in questa fase della ricerca, si è rivelato centrale lo studio delle convenzioni sotto il profilo funzionale in precedenza svolto per esaminare i diversi approcci argomentativi della dottrina e della giurisprudenza. In entrambe le riflessioni, infatti, è stato attribuito grande rilievo alle considerazioni attinenti alla funzione svolta, di volta in volta, dagli istituti, sia per determinare il nucleo di norme non derogabile dalle parti, sia per verificare le analogie eventualmente esistenti tra la caparra (confirmatoria e penitenziale) e la clausola penale. Tuttavia, in relazione alla questione dell'applicabilità dell'art. 1384 c.c. in materia di riducibilità della clausola penale alla caparra confirmatoria, l'esame delle funzioni delle due clausole per evidenziare eventuali profili di analogia non ha condotto ad una soluzione univoca, né in dottrina, né in giurisprudenza, a causa della natura multifunzionale di entrambe le convenzioni. Cionondimeno, conferma della rilevanza dello studio funzionale delle clausole è giunta nell'ambito dell'esame della normativa internazionale, non solo quale strumento argomentativo, ma anche ai fini della qualificazione delle convenzioni inserite nel regolamento contrattuale dalle parti. Sia nei Principi del diritto dei contratti europeo, sia nei Principi Unidroit, infatti, è stata rilevata la tendenza al raggruppamento delle clausole secondo un criterio di

⁴⁸¹ Sulla necessità di una norma esplicita di autorizzazione dell'equità correttiva del giudice, cfr. *supra*.

affinità funzionale. Anche sotto il mero profilo della collocazione sistematica nelle raccolte di disposizioni internazionali menzionate, risulta che le norme sulle clausole di predeterminazione del danno sono situate tra le disposizioni in materia di inadempimento contrattuale. Per ciò che concerne l'ambito di applicazione, sia l'art. 7.4.13 dei Principi Unidroit, sia l'art. 9:509 dei Pecl fanno riferimento al caso della determinazione contrattuale di una somma per il risarcimento del danno da inadempimento, caso in cui sembrano rientrare sia la caparra confirmatoria, sia la clausola penale⁴⁸².

1.4. Le clausole che riducono l'imprevedibilità e le tendenze emergenti nella giurisprudenza

Sin dall'epoca del diritto romano, le parti del contratto hanno tentato di riservarsi spazi in cui ridurre l'imprevedibilità dell'operazione economica, nonché della decisione del giudice. Ne sono un esempio la caparra confirmatoria, *arrha* nel diritto romano, e la clausola penale, *stipulatio poenae*. Le citate convenzioni sono tipizzate nell'ordinamento e sono previste norme che danno accesso al potere correttivo del giudice solo in una certa misura. Sull'ampiezza del potere correttivo del giudice con riferimento alle clausole in materia di risarcimento del danno (nonché alla caparra penitenziale) dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto differenti posizioni nel corso del tempo. Tuttavia, con riferimento alle pronunce giudiziali, pare si possa evidenziare una tendenza progressiva ad ampliare l'incisività del potere del giudice di incidere sulle scelte convenzionali delle parti.

Nel processo espansivo che la ricerca ha evidenziato, la norma di cui all'art. 1384 c.c., disposizione che prevede l'impiego dell'equità correttiva da parte del giudice, ha avuto un ruolo centrale. Da un lato, la giurisprudenza ha proposto soluzioni interpretative volte a espandere la sua area di applicabilità, in via analogica, anche ad altre convenzioni. Dall'altro, l'interpretazione giudiziale le ha sovente attribuito il ruolo di norma espressiva di un più alto e generale principio di equilibrio nel contratto. Come è stato verificato, il ragionamento sull'art. 1384 c.c. ha avuto inizio con la discussa e

⁴⁸² Non altrettanto risulta, invece, con riferimento alla caparra penitenziale.

combattuta questione dell'applicabilità della norma d'ufficio. Tra i vari orientamenti giurisprudenziali, invertendo l'inclinazione in precedenza dominante, ha prevalso quello a favore della possibilità di esercitare il potere di ridurre la penale d'ufficio. Le pronunce della Cassazione sul tema hanno assunto un relevantissimo ruolo nell'ambito del dibattito sul rapporto tra l'autonomia privata delle parti nel negoziare il contenuto delle clausole in materia di risarcimento del danno, in quanto proprio l'ammissibilità della riduzione della penale d'ufficio implicava, indirettamente, il riconoscimento dell'esistenza di un generale principio di equilibrio nel contratto. Argomentazioni non dissimili hanno successivamente permesso a parte della giurisprudenza e della dottrina di aderire alla teoria dell'applicabilità della norma in materia di riducibilità della clausola penale alla caparra confirmatoria in via analogica. L'applicazione dell'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria in via analogica non è stata esclusivamente avvalorata dalle analogie esistenti tra la clausola penale e la caparra confirmatoria⁴⁸³ che, come si è evidenziato, non sono unanimemente state ritenute sufficienti allo scopo. L'argomento determinante è, invece, risultato essere quello della ricostruzione di un generale principio di proporzionalità nell'ordinamento, la cui espressione deve ricondursi a tutte quelle previsioni che riconoscono il potere di equità correttiva del giudice⁴⁸⁴.

Dall'analisi svolta è dunque emersa la tendenza a interpretare la regola in materia di riduzione della clausola penale come norma di

⁴⁸³ Come è emerso nel presente lavoro, le analogie funzionali e strutturali tra la clausola penale e la caparra confirmatoria non risultano determinanti nell'applicazione de meccanismo analogico tradizionale.

⁴⁸⁴ L'irrilevanza dell'argomento della somiglianza tra le due clausole è inoltre emersa anche con riferimento a quelle (poche) pronunce che hanno esteso la possibilità del giudice di ridurre equamente la somma pattuita tra le parti anche all'ammontare dato a titolo di caparra penitenziale. Infatti, la convenzione costituisce una previsione sul recesso delle parti e non sul risarcimento del danno, né presenta una struttura simile alla clausola penale, ma al più alla caparra confirmatoria.

carattere generale, espressione di un principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali⁴⁸⁵.

Il risultato di una tale interpretazione, ovverosia la possibilità per il giudice di ridurre in via equitativa la clausola penale e la caparra confirmatoria, non costituisce una soluzione isolata, in quanto la normativa internazionale in materia di clausole sul risarcimento del danno alloca un analogo potere in capo al giudice. Prevedendo una disciplina applicabile in via trasversale alle convenzioni sul risarcimento del danno, sia l'art. 9:509 dei Principi europei sulla legge dei contratti (*Principles of European Contract Law*, Pecl), sia l'art. 7.4.13 dei Principi Unidroit del 2010 ammettono espressamente la possibilità di ridurre giudizialmente l'ammontare dovuto a titolo di risarcimento sulla base del danno effettivamente cagionato, arricchito dalla possibilità di prendere in considerazione anche altre circostanze del caso concreto.

1.5. Clausole sul risarcimento del danno, principio di solidarietà e dubbi interpretativi

Lo studio svolto sulla caparra e sulla clausola penale ha imposto l'esame delle recenti Ordinanze della Corte Costituzionale del 2013 e del 2014, che hanno prospettato la possibilità di applicare l'art. 1418 c.c. per dichiarare la nullità della caparra confirmatoria in quanto contrastante con il generale principio costituzionale di solidarietà sociale. In relazione a tali pronunce, il riferimento all'art. 2 Cost. pare inconferente e si concorda con chi sostiene che il riferimento incondizionato ai principi costituzionali, anche in relazione al contenuto del contratto, implica l'introduzione di un elevato grado di imprevedibilità nelle decisioni giudiziarie. Tuttavia, la tendenza all'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme del diritto privato non pare ormai agevolmente reversibile e si accompagna ad un mutato scenario di riferimento in cui l'opera interpretativa del giudice ha assunto nuove caratteristiche e adottato

⁴⁸⁵ Nel discorso conclusivo, occorre comunque precisare che la Corte di Cassazione pare aver da ultimo preferito la tesi contraria alla riducibilità della caparra confirmatoria, come risulta da una recente decisione della Suprema Corte che ha negato l'applicabilità in via analogica della disposizione di cui all'art. 1384 c.c. alla caparra confirmatoria.

nuove tecniche interpretative, anche con riferimento al diritto dei contratti.

L'esame delle decisioni effettuato in questo lavoro ha permesso di concludere che lo schema interpretativo legato alla sussunzione della fattispecie non è più l'unico schema metodologico di riferimento per il giudice. Cionondimeno, lo stupore per il riferimento all'art. 2 Cost. allo scopo di applicare l'art. 1418 c.c. è condiviso. Per due volte la Corte Costituzionale ha proposto la medesima operazione e tanto spinge a domandarsi se è possibile che la modalità di soluzione della controversia si riproponga anche con riferimento ad altre clausole contrattuali. Che il principio di solidarietà fosse entrato nel contratto era un dato oramai acquisito, ma che il potere correttivo del giudice potesse spingersi fino a dichiarare la nullità (e non la riduzione) delle clausole previste dalle parti costituisce un'espansione certamente innovativa del potere correttivo del giudice sul contenuto contrattuale. Ciò anche in considerazione del fatto che, dal punto di vista delle parti che negoziano il regolamento contrattuale, la previsione di un tale potere correttivo in capo al giudice dovrebbe corrispondere alla possibilità di prevedere, quantomeno con un certo grado di certezza, l'esito della formulazione scelta e inserita nel contratto. Comprendere con quali modalità il principio di solidarietà debba iniziare a far parte del contenuto dell'accordo, già nella fase di formazione del contratto, sembra però operazione assai complessa per almeno due ordini di ragioni. La prima è quella connessa alla delineata tendenza delle parti a perseguire, tramite il contratto, i propri interessi. La seconda difficoltà riguarda la possibile discordanza della valutazione, che il giudice potrebbe effettuare in concreto, rispetto a quanto previsto dalle parti alla luce del principio di solidarietà.

1.6. Le implicazioni sotto il profilo della prevedibilità

La questione della prevedibilità si pone non solo in relazione alla possibilità per il giudice di ridurre la penale o la caparra eccessiva – operazione che pare essere sempre più frequentemente ammessa dalla giurisprudenza e, con più cautela, anche da parte della dottrina – quanto anche con riferimento alla determinazione di un criterio di riferimento da adottare per operare la riduzione della penale o, eventualmente, della caparra confirmatoria. In altre parole, sorge la

necessità di inquadrare la questione della riducibilità della caparra confirmatoria e della clausola penale in un contesto di prevedibilità giuridica.

Da un punto di vista logico, consegue la necessità di individuare un criterio adatto a determinare in che misura, e secondo quali procedimenti, il giudice potrà determinare l'ammontare della riduzione della penale o della caparra confirmatoria⁴⁸⁶. Dallo studio del tema, è in prima battuta risultato che la formulazione normativa del criterio dell'interesse che il creditore «aveva» all'adempimento di cui all'art. 1384 c.c. ha suscitato dubbi interpretativi sul momento rispetto al quale il giudice dovrebbe compiere l'operazione valutativa. L'orientamento giurisprudenziale risultato dominante ha interpretato il dettato normativo nel senso di ritenere che l'interesse del creditore all'adempimento debba essere valutato in base al danno che questi ha effettivamente subito, al pari di quanto è espressamente previsto dagli strumenti di diritto internazionale esaminati⁴⁸⁷. L'approccio adottato dai Principi Unidroit del 2010 sembra, ad esempio, condurre a minori dubbi interpretativi, prevedendo che il giudizio di eccessività sia collegato non all'interesse della parte, bensì al danno effettivo che deriva dall'inadempimento⁴⁸⁸: se nel

⁴⁸⁶ Da un punto di vista generale, la questione riguarda il tema della prevedibilità delle future sentenze giudiziarie, imprescindibilmente connesso allo «stato dell'informazione» con riferimento a sentenze già emanate su controversie di tipo analogo, su cui hanno riflettuto G. DE NOVA, *Lo Stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, Relazione al Convegno del 23 giugno 2016, Roma; F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 41.

⁴⁸⁷ In relazione alla misura della riducibilità, un parametro a cui pare opportuno fare riferimento, in assenza di indicazioni specifiche nel nostro ordinamento, potrebbe essere quello contenuto nei Pecl, *Comments*, B dell'art. 9:509 e nei Principi Unidroit, commento 4, all'art. 7.4.13. In entrambi gli strumenti di *soft law*, è esplicitata una misura di riferimento a cui il giudice deve attenersi nell'opera di riduzione della penale.

⁴⁸⁸ Cfr. l'art. 7.4.13, *Agreed payment for non-performance*, esaminato *supra*. Anche i Principi europei sulla legge dei contratti adottano il medesimo approccio.

contratto è stabilito che la parte inadempiente sia tenuta a pagare al creditore una determinata somma in caso di inadempimento, la somma pattuita può essere ridotta ad un ammontare ragionevole ove sia manifestamente eccessiva in relazione al danno derivante dall'inadempimento.

In secondo luogo, la ricerca ha mostrato che i criteri adottati dalla giurisprudenza al fine di ancorare l'operazione di riduzione ad un metro di valutazione meno soggetto a mutamenti in relazione al caso di specie non compongono un quadro unitario, riferendosi talvolta ad una percentuale per determinare l'adeguatezza o lo squilibrio tra la clausola penale liquidata e l'ammontare dell'obbligazione principale, talaltra al criterio, altrettanto vago, dell'equo contemperamento degli interessi contrapposti⁴⁸⁹.

1.7. Una lettura delle tendenze emerse in chiave di contrapposizione

La questione della prevedibilità è emersa non solo con riferimento al diffondersi dell'interpretazione del contratto costituzionalmente orientata o all'introduzione delle più recenti, e più pervasive, interpretazioni che consentono la dichiarazione di nullità della convenzione per contrasto con l'art. 2 Cost., ma anche con riguardo agli strumenti interpretativi che, nell'ultimo ventennio, hanno caratterizzato le decisioni della giurisprudenza. Ci si riferisce al delineato processo di ampliamento dei poteri correttivi del giudice, finalizzato a ripristinare l'equilibrio nel contratto tramite il ricorso alla clausola di buona fede, al concetto di abuso del diritto e al concetto di causa in concreto. Dall'ampliamento dell'indagine circa il ruolo dell'equilibrio del contratto nell'ordinamento, è emerso che le principali tendenze ermeneutiche evidenziate nella ricerca si inseriscono, e trovano giustificazione, in uno scenario caratterizzato

⁴⁸⁹ È stata infatti evidenziata la posizione della Corte di Cassazione secondo la quale la norma in materia di riduzione della clausola penale non ha la funzione di proteggere il contraente più debole dallo strapotere del più forte, ma mirerebbe alla tutela e alla ricostituzione dell'equilibrio contrattuale, evitando che da un inadempimento parziale o, comunque, di non enorme importanza, possano derivare conseguenze troppo gravi per l'inadempiente.

dal venir meno della concezione del sistema normativo quale sistema di regole completo ed unitario. Le nuove spinte che oggi si delineano, dalla diffusione dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme del Codice civile, alla concorrenza di fonti di derivazione esterna a quelle statuali⁴⁹⁰, al conseguente accreditamento dell'idea di creatività nell'interpretazione giudiziale⁴⁹¹, sono interpretate da parte della dottrina in chiave oppositiva, come una fase di ritrazione, di eclissi del diritto civile⁴⁹². Trattandosi di un tema dai molteplici risvolti, pare giovi delineare quale sia lo scenario complessivo che emerge dalla ricerca svolta con riferimento al ruolo dell'equilibrio nel contratto nella legislazione e nella giurisprudenza. L'approccio adottato nella ricerca proposta, ha

⁴⁹⁰ Di "frantumazione stellare del sistema delle fonti" parla V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012, p. 19.

⁴⁹¹ Tra i fattori che determinano una crisi nella concezione unitaria del sistema rientra certamente anche la moltiplicazione delle fonti del diritto, che costituisce certamente un'ulteriore complessità. Sulle complessità dell'odierno sistema delle fonti cfr. V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. Lobbuono, Bari, 2009, pp. 47 ss.; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 100; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, p. 10; J. WALDRON, *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, in *Harvard Law Review*, 2005, pp. 129 ss. Cfr., inoltre, F. GALGANO, voce *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 721 ss. e, dello stesso autore, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, in cui si evidenzia l'incidenza sempre maggiore della c.d. *lex mercatoria*. Richiama il concetto di «disordine» delle fonti nell'attuale sistema giuridico U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, XXXVII, 2006. Il passaggio della storia giuridica in cui ci troviamo è stato anche identificato come età della giurisdizione. Cfr. G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia, Ann. scie. pen.*, 2011, pp. 79 ss., che rileva come appaia plausibile persino rispetto al settore penale affermare che oggi viviamo nell'epoca del giudice.

⁴⁹² Con questa espressione efficace, sapientemente ripresa da N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, p. 1127, si esprime C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 87.

permesso di mettere in luce differenti questioni, che possono essere rappresentate come una serie di “rapporti conflittuali”, di tendenze opposte, difficilmente conciliabili, ma connesse tra loro. Pare che si possano configurare tre principali “conflitti”.

In primo luogo, si è evidenziato il conflitto tra il metodo interpretativo proprio della tradizione civilistica, quello della sussunzione e del riferimento alla fattispecie, rispetto all’interpretazione operata tramite il bilanciamento tra principi. Questo conflitto sembra strumentale al raggiungimento di un fine di volta in volta differente, in linea generale riconducibile al tentativo di riportare ad equilibrio il contratto.

In secondo luogo, è emerso il conflitto tra la necessità di garantire prevedibilità e la cosiddetta “crisi” della certezza del diritto, intesa come possibilità di riferirsi ad un sistema completo e unitario di norme. Questo conflitto è stato oggetto di riflessioni da parte della dottrina, che ha evidenziato la necessità di un ripensamento del concetto di certezza, non più da applicarsi ad un oggetto preconstituito, ad una norma, bensì ad un processo interpretativo⁴⁹³. Dunque si tratterebbe di un ripensamento del concetto di certezza del diritto, secondo taluni sintetizzabile nello slittamento dal canone della certezza a quello della «ragionevole prevedibilità»⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, p. 1115; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002, pp. 294 ss.

⁴⁹⁴ Afferma che il decidere secondo valori è soltanto un decidere, e non più applicazione di legge e giudizio sussuntivo del fatto concreto nello schema anticipatorio. Ed è un decidere incalcolabile, che non rientra in alcun razionale ‘orizzonte di aspettative’. Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 43. Dello stesso autore, cfr., inoltre, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. delle soc.*, 5, 2015, p. 801 e “Calcolabilità” weberiana e crisi della fattispecie, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, pp. 287 ss.; *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 36 ss. Inoltre, riflette sulla prevedibilità e sulla calcolabilità del diritto N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, p. 1125, che, in merito al mutamento del concetto di prevedibilità, osserva che se un tempo si chiedeva al diritto di garantire la certezza, oggi, nel quadro di un passaggio dall’ontologia della sostanza all’ontologia delle relazioni, gli si chiede di garantire l’equilibrio. Sul punto, cfr. anche G.

Dall'affidamento alla completezza dell'ordinamento e alla prevedibilità della norma applicabile, si passerebbe ad un canone di correttezza del ragionamento e dell'argomentazione giuridica. Da ultimo, specialmente con riferimento al diritto applicato a contesti in cui si sviluppano le nuove tecnologie, sembra poi emergere l'attenzione ad una ragionevole calcolabilità che, nel diritto, dovrebbe permettere l'ingresso alla razionalità e alla prevedibilità tecnica⁴⁹⁵.

La crescita della rilevanza attribuita al ruolo del precedente giuridico, sul quale fare affidamento, ha inoltre permesso alla dottrina di evidenziare l'avvicinamento al meccanismo proprio dei sistemi di *common law*, dai quali, è stato osservato, potrebbe convenire derivare la necessaria vincolatività del precedente⁴⁹⁶.

Il terzo conflitto evidenziato è quello esistente tra l'autonomia privata e i limiti a questa imposti dall'ordinamento. Il conflitto è fisiologico, a patto che vi siano regole chiare in merito alle modalità con cui l'autonomia privata è limitata. Tuttavia, lo scenario che, a seguito dell'indagine svolta, pare prospettarsi sembra tutt'altro che ordinato. Da un lato, sebbene si registri un'attività del legislatore volta, in alcuni settori, a porre rimedio alle nuove situazioni di squilibrio (si pensi alle tendenze da ultimo rilevate a introdurre il concetto di equilibrio nelle più recenti formulazioni della normativa speciale), non si riscontra, nella disciplina del contratto nel Codice civile un esplicito e generale riferimento ad un principio di equilibrio tra le parti o tra le prestazioni del contratto, se non con riferimento a situazioni peculiari e tipizzate dalla legge. Dall'altro, la giurisprudenza persegue obiettivi di equità tramite l'elaborazione di un generale principio di proporzionalità o di equilibrio da applicarsi al contenuto contrattuale. Di conseguenza, il paradigma dell'autonomia privata che si configura quale risultato del rapporto

PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006.

⁴⁹⁵ In un contesto segnato da un crescente sapere tecnico, nascono e si diffondono le scienze sulla calcolabilità del rischio.

⁴⁹⁶ Si esprime in questo senso N. LIPARI, *Dallo ius positum allo ius in fieri*, Convegno del 16 novembre 2016, Bologna.

conflittuale descritto presenta confini non nettamente delineati, scontando la discrasia attualmente registrabile tra il disposto normativo e l'operare della giurisprudenza.

BIBLIOGRAFIA

Al Mureden E., *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004

Alchourrón C. E. – Bulygin E., *Normative Systems*, Vienna-New York, 1971

Alpa G. – Bessone M. - Zeno Zencovich V., *L'ingiustizia del danno e gli interessi tutelati*, in *Trattato di diritto*, diretto da P. Rescigno, XIV, Torino, 1999, p. 239 ss.

Alpa G., in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1992, p. 102

Alpa G., *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006

Alpa G., *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, *SI*, 1998, 1315

Alpa G., *The principles of "European Contract Law" and the Italian Civil Code: Some preliminary Remarks*, in *Tulane European and Civil Legal Forum*, 2000-2001, 15-16, p. 81 ss.

Alvisi C., *Subfornitura e autonomia collettiva*, Padova

Amato G., *La consegna di assegno bancario nel preliminare di vendita: "acconto" o "caparra"?*, in *Giur.it.*, 1996, I, 2, p. 611

Ambrosoli M., *Clausola penale e importanza dell'inadempimento*, in *Contratti*, 2001, p. 343

Anelli F., *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996

Antoniolli L. – Veneziano A., *Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary*, L'Aja, 2005

Arnese A., *Usura e modus. Il problema del sovrindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari, 2013

Ascarelli T., *Sulla portata sociale della nostra giurisprudenza in materia monetaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 445

Asti P., 9 aprile 1966, in *Riv. dir. Agr.*, 1967, II, p. 89

Balestra L., *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015

- Baraldi M., *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum*. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 41
- Baraldi M., *Le mobili frontiere dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo determinato*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 927
- Barassi L., *La teoria generale delle obbligazioni*, III, *L'attuazione*, Milano, 1964
- Barba A., *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, Milano, 1998, p. 11
- Barbero D., *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1988, II
- Barbiera L., *Responsabilità patrimoniale*, Artt. 2740-2744, in *Comm. Schlesinger*, 2010
- Barbiera L., *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, artt. 2740-2744, in *Comm. Schlesinger*, sub art. 2744, Milano, 1991
- Barcellona M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Dir. priv. Eu.*, 2003, p. 474
- Barcellona M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006
- Barcellona P., *Lo spirito del tempo*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di G. Vettori, Padova, 2006, p. 37
- Basini G. F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001
- Battelli E., *Pegno irregolare e divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1419
- Bavetta G., *La caparra*, Milano, 1963
- Bellante M., *La caparra*, Milano, 2008
- Benatti F., *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968
- Benatti F., voce *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 400 ss.
- Benucci S., *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in

- G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 135
- Bergamo E., *Brevi note sul divieto di patto commissorio*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1599
- Bergamo E., *L'abuso del diritto ed il diritto di recesso*, in *Giur. it.*, 2004, p. 2065
- Bertea S., *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002
- Bertolini C., *Teoria generale della pena convenzionale secondo il diritto romano*, I, in *Studi e documenti di storia e diritto*, XV, 1894, pp. 91 ss.
- Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971
- Betti E., *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*, Milano, 1955
- Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960
- Bianca C. M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1979, p. 193 ss.
- Bianca C. M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1987
- Bianca C. M., *Diritto civile*, Milano, 2012
- Bianca C. M., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994
- Bianca C. M., *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000
- Bianca C. M., *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957
- Bianca C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I
- Bianca C. M., *La responsabilità*, Milano, 2012.
- Bianca C. M., *La responsabilità. Diritto civile*, V, Milano, 1994
- Bianca C. M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, p. 28

- Bianca C. M., *Le autorità private*, Napoli, 1977
- Bianca C.M., *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2015, p. 335-707
- Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 209
- Bin R., *Diritto e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992
- Biscardi A., 'Actio pecuniae traiecticiae'. *Contributo alla dottrina delle clausole penali*, Torino, 1974
- Biscardi A., *Riflessioni minime sul concetto di «aequitas»*, in *Studi in memoria di G. Donatuti I*, Milano 1972, p. 139
- Bobbio N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979
- Bobbio N., *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1939
- Bobbio N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960
- Bonell M. J., *Un "Codice" Internazionale del diritto dei contratti. I principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995
- Bonilini G., *La prelazione testamentaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 237
- Bonilini G., *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, p. 545
- Bonilini G., *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, in *Contr.*, 2010, p. 118
- Bozzi L., *La clausola penale tra risarcimento e sanzione: lineamenti funzionali e limiti dell'autonomia privata*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 1087
- Breccia U., *Causa*, in *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa – U. Breccia – A. Liserre, III, in *Tratt. Bessone*, Torino, 1999, pp. 71 ss.
- Breccia U., *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Immagini del diritto privato*, I, p. 193 ss.
- Breccia U., *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine*

- delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, XXXVII, 2006
- Breccia U., *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, diretto da G. Furguele, III, Padova, 1997, p.5, e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, p. 5, e in *Immagini di diritto privato*, Torino, 2013, p. 228
- Bretone M., *Aequitas. Prolegomeni per una tipologia*, in *Belfagor*, 61.3, 2006, p. 338
- Busnelli F. D. – Navarretta E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Furguele, Padova, 1998, p. 171
- Busnelli F. D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 556
- Busnelli F. S. – Patti S., *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013
- Butera A., *Il codice civile italiano commentato. Libro delle obbligazioni*, I, Torino, 1943
- Butera A., *La caparra come limite al risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1926, I, 1, pp. 189 ss.
- Buttaro L., *Assegno bancario, assegno circolare e assegni speciali*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1959, pp. 1087 ss.
- C. Giust. CE, 18 luglio 2007, C-n. 277/05, Société thermale d'Eugénie-les-Bains, Raccolta, 2007, I
- Cabella Pisu L., *Della impossibilità sopravvenuta*, in *Commentario del cod. civ.* Scialoja Branca, Bologna-Roma, 2002
- Caiani, voce *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958
- Calabrese A., *Rescissione per lesione e alienazione di pacchetto azionario «strategico»*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 510
- Calvo R., *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 330
- Camardi C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549
- Camilletti F., *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*,

Milano, 2004

Candian A. D., *La funzione sanzionatoria del testamento*, Milano, 1988

Cariota Ferrara L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948

Carnelutti F., *Diritto e processo*, in *Tratt. proc. civ.*, diretto da F. Carnelutti, Napoli, 1958, p. 511

Carnelutti F., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937

Carnelutti F., *Funzione della caparra nel contratto preliminare*, *Riv. dir. comm.*, 1923, p. 225 e ss.

Carnelutti F., *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 41

Carnelutti F., *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, p. 3

Carnevali U., *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 2000/C 364/01, il 18 dicembre 2000.

Cassese S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006

Cassotana M., *Causa ed "economia" del contratto*, in *Riv. trim.*, 1979, p. 834

Castronovo C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015

Castronovo C., *I principi di diritto europeo dei contratti e il codice civile europeo*, in *Vita not.*, 2000, p. 1221

Castronovo C., *Natura e modi di un codice europeo nell'esperienza della Commissione Lando*, in *La riforma dei codici civili e il progetto di un Codice civile europeo*, a cura di G. Alpa-E. N. Buccico, Milano, 2002, pp. 145 ss.

Castronovo C., *The European principles in an Integrated World*, in *European Review of Contract Law*, 2005, pp. 3 ss.

Cataudella A., *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014

- Cataudella A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966
- Cataudella A., voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 927
- Cataudella, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 747 ss.
- Cavicchi D., *Recesso e risoluzione nell'art. 1385 cod. civ.*, in *Giur.it.*, 2001, p. 2052
- Cavicchi D., *Recesso e risoluzione*, nota a Cass., 19 ottobre 2000, n. 13828, in *Giur. it.*, 2001, p. 2051
- Cesàro V. M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.
- Cherti s., *La risoluzione mediante caparra*, Padova, 2012
- Chessa O., *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 439
- Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 1935
- Cian G., *Determinazione e valutazione del danno risarcibile (1950-1959)*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, p. 354
- Ciccaglione F., *Istituzioni politiche e sociali dei ducati napoletani*, Napoli, 1892
- CISG-AC *Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG*, Rapporteur Professore Alejandro M. Garro, Columbia University School of Law, New York, N.Y., USA.
- Clarizia R., *Collegamento negoziale e vicende della proprietà: due profili della locazione finanziaria*, Rimini, 1982
- Cognolato M., *La caparra confirmatoria e la "rinuncia" all'effetto risolutorio secondo le Sezioni Unite*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 107
- Colangelo G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004
- Colasanti D.-Corea N., *Caparra confirmatoria e inadempimento fra rimedi generali e speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 531

- Collins H., *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p.659
- Colombo C., *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999
- Cons. Stato, 11 dicembre 2014, n. 6094
- Conte G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962
- Torrasi F., *Caparra confirmatoria e rimedi per la parte non inadempiente*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 354
- Longo P., *Infungibilità processuale tra gli ordinari rimedi caducatori degli effetti del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 107
- Cognolato M., *La caparra confirmatoria e la “rinuncia” all’effetto risolutorio secondo le sezioni unite*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 625
- Dellacasa M., *Caparra confirmatoria e disponibilità dell’effetto risolutorio*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, p. 687
- Leggieri C., *Caparra confirmatoria ed inadempimento: inammissibilità del recesso nel caso di preventiva domanda di risoluzione e risarcimento del danno*, in *Nuova giur. comm.*, 2009, p. 687
- Costanza M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 423
- D’Amico G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto — Una replica a Galgano*, in *Contr.*, 2011, p. 653
- D’Avanzo W., voce *Caparra*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 893
- D’Onofrio P., *Della transazione*, in *Comm. A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1959, p. 186
- Dalla Massara T., *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012
- De Biase P., *La derogabilità della disciplina legale della caparra confirmatoria*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 693
- De Castro Vitores G., *La cláusula penal ante la armonización del*

- derecho contractual europeo*, Madrid, 2009
- De Cupis A., *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1978
- De Cupis A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979
- De Cupis A., *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 320
- De Luca M., *La clausola penale*, Milano, 1998
- De Marini G., *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1958
- De Nova G., *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, *Contr.*, 1998, p. 546
- De Nova G., *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011
- De Nova G., *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Juscivile*, 5, 2016, p. 418
- De Nova G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 448
- De Nova G., *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. Rescigno*, X, Torino, 1988, p. 303
- De Nova G., *Lo Stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, Relazione al Convegno del 23 giugno 2016, Roma
- De Nova G., voce *Caparra*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, pp. 241 ss.
- De Nova G., voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1998, p. 377
- Del Prato E., *I regolamenti privati*, Milano, 1988
- Delfini F., *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2015
- Delfini F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999
- Delfini F., *I patti sulla risoluzione*, Milano, 1998

Dellacasa M., *Caparra confirmatoria e disponibilità dell'effetto risolutorio*, in *Danno e Resp.*, 6, 2009, p. 634

Dellacasa M., *Caparra confirmatoria, risarcimento ed altri rimedi: come stabilizzare la giurisprudenza?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 594

Dellacasa M., *Inadempimento e affidamento del contraente deluso: una riflessione su risarcimento e caparra*, in *Riv. dir. privato*, 2013, p. 239

Di Maggio A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967

Di Maggio A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, pp. 284 ss.

Di Maggio A., *L'osservanza della buona fede nei Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, a cura di J. Bonell e F. Bonelli, Milano, 1997, p. 148

Di Maggio A., *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 793

Diner M. C., *Il contratto in generale*, in *Capozzi, Manuale e applicazioni pratiche delle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2011, p. 561

Distaso N., *I contratti in genere*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1980, p. 1370

Donatuti G., *Di un punto controverso in materia di stipulazione penale*, in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, pp. 567 ss.

Draetta U., *Limitazioni pattizie della responsabilità nei contratti internazionali, con particolare riguardo ai «liquidated damages»*, in *Aa.Vv., Inadempimento contrattuale e limitazioni di responsabilità. Appalto vendita e trasporto internazionali*, Milano, 1989, pp. 91 ss.

Einaudi V. L., *Il giusto prezzo*, in *Il buon Governo*, Bari, 1954, p. 151

Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2750

Fabiani E., voce *Clausola generale*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano,

2012, p. 183

Falzea A., *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 261 ss.

Febbrajo T., *La riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 631

Ferretti P., *Doni fatti a causa di promessa di matrimonio. Prospettiva storico-comparatistica*, in *Labeo*, 45, 1999, p. 76

Ferri G. B., *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 5

Fiandaca G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia, Ann. scie. pen.*, 2011, p. 79

Forchelli P., *I contratti reali*, Milano, 195

Fouillé A., *Science sociale contemporaine*, Parigi, 1885

Franzoni M., *Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, p. 109 ss.

Franzoni M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile, II*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, p. 206

Frezza P., *La clausola penale*, in *Studi in memoria di Mossa, II*, Padova, 1961, p. 269

Gabrielli E.– Minervini E. (a cura di), *I contratti dei consumatori, II*, in *Tratt. contr. Rescigno*, Torino, 2005

Gabrielli E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pp. 909 ss.

Gabrielli E., *Commentario al Codice civile*, Milano, 2015

Gabrielli E., *I contratti in generale, II*, in *Tratt. contr. Rescigno*, Torino, 1999, p. 1431

Gabrielli E., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Contr. e impr.*, 1995, p. 921

Galgano F., *Dai principi Unidroit al regolamento europeo sulla*

- vendita*, in *Contr. e impr. eu.*, 2012, 1, p. 3
- Galgano F., *Degli effetti del contratto della rappresentanza del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 174
- Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, I, II, Padova, 1992
- Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005
- Galgano F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1
- Galgano F., *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993
- Galgano F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 318
- Galgano F., *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 420
- Galgano F., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010
- Galgano F., *Trattato di diritto civile*, Vol. I, Padova, 2010
- Galgano F., voce *Lex mercatoria*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 721 ss.
- Gallo P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996
- Gallo P., voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Dig., disc. priv.*, Torino, 1991, p. 234
- Gambino A., *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, p. 431
- Gambino A., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004
- Gambino F., *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 61
- Gatti S., *L'adeguatezza delle prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 441
- Gazzoni F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970

- Gentili A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013
- Gentili A., *L'abuso del diritto come argomento*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012
- Gentili V., *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, p. 159
- Gerbo V., *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 206
- Ghiron M., *Della clausola penale e della caparra*, in *Commentario del codice civile*, a cura di M. D'amelio e E. Finzi, I, Firenze, 1948, p. 544
- Giampieri A., *La clausola penale e la caparra*, in G. Alpa e M. Bessone, *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, p. 405
- Giorgi G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 1930, Firenze
- Giorgianni M., *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939
- Giorgianni M., voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 227
- Gorgoni M., *Caparra confirmatoria*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 1013
- Gorla G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955
- Gorla G., *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941
- Grasso E., *Dei poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, II, Torino, 1973, p. 1285
- Grisi G., *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999
- Grisi G., *La mora debendi nel sistema della responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 69
- Guarneri A., voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403
- Guastini R., *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992
- Guastini R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993

- Guerini L., *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012
- Iamiceli P., *Della clausola penale (artt. 1382-1384 c.c.)*, in E. Navarretta-A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, Torino, 2011, p. 997
- Iannarelli A., *La clausola penale*, in *I contratti in generale* a cura di P. Cendon, VIII, Torino, 2000
- Inzitari B., *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, p. 133
- Iorio G., *Ritardo nell'adempimento e risoluzione del contratto*, Milano, 2012
- Irti N., "Calcolabilità" weberiana e crisi della fattispecie, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 987
- Irti N., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. delle soc.*, 5, 2015, p. 803
- Irti N., *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 185
- Irti N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.
- Irti N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36
- Irti N., *Un diritto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17
- Irti N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016
- Lanzillo R.- Riccio A., *Rescissione del contratto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2005, p. 81
- Lanzillo R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 310
- Lanzillo R., *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 274
- Lipari N., *Dallo ius positum allo ius in fieri*, Convegno del 16 novembre 2016, Bologna.

- Lipari N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 4, p. 1115-1120-1125-1137
- Lipari N., *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 875
- Lipari N., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008
- Lipari N., *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2011, p. 155
- Lipari N., *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 24
- Lipari N., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 865-867-869
- Llewellyn K. N., *The Bramble Bush*, New York, 1951
- Longo P., *Infungibilità processuale tra gli ordinari rimedi caducatori degli effetti del contratto*, 2010
- Luminoso A., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 219
- Luminoso A., *La tutela risarcitoria nella risoluzione del contratto*, in A. Luminoso-U. Carnevali-M. Costanza, *Della risoluzione per inadempimento. Art. 1453-1454*, in *Commentario Scialoja Branca*, I, 1, Bologna-Roma, 1990, p. 351
- Macario F., *La riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le corti*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1040
- Macario F., *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1576
- Macario F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63
- Macario F., *sub Art. 1375 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 730
- Magazzù A., voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960,

p. 186

Magazzù A., voce *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI Roma, 1988, p. 4

Magazzù A., voce *Mora del debitore*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1976, p. 936-939

Majello U., *Pena privata e responsabilità civile*, in *Le pene private*, a cura di F. D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 332

Manes V., *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012

Mannheim K., *L'uomo e la società in un'età di ricostruzione*, Milano, 1959

Marasco G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, *Contr. e impr.*, 2005, p. 539

Marini A., *Caparra confirmatoria e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 176 ss., nota a Cass., 10 novembre 1977, n. 4580

Marini A., *Caparra*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.

Marini A., *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988

Marini A., *La clausola penale*, Napoli, 1982

Marini A., voce *Caparra. Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 4

Marini G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 1986, p. 274

Marini G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 950

Marrella F., *La nuova Lex Mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. comm. dir. pub. eco.*, diretto da Galgano, Padova, 2003

Marrella F., *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. e impr. Eu.*, 2000

Martines M. P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006

- Martino M., *Dazione di assegno mai incassato, caparra confirmatoria e restituzione del duplum*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 649
- Martino M., *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011
- Martino M., *Le sezioni unite sui rapporti tra divieto del patto commissorio e ordine pubblico internazionale*, in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 681
- Massei M., *L'arra nella compravendita*, Milano, 1942
- Mazeaud D., *La notion de clause pénal*, Parigi, 1992
- Mazzamuto S., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Europa e dir. privato*, 2012, p. 447
- Mazzarese S., *Clausola penale e pena privata*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 259
- Mazzarese S., *Clausola penale*, in *Comm. Cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, pp. 50 ss.
- Mazzarese S., *Clausola penale*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2001, p. 520
- Mazzarese S., *Le obbligazioni penali*, Padova, 1986
- Memmo D., *Le clausole generali nel diritto privato europeo*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 55
- Mengoni L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 5
- Mengoni L., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 5
- Mengoni L., *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 25
- Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Busnelli, a cura di, *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 10
- Mengozzi P., *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004
- Meruzzi G., *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e*

- impr.*, 1999, p. 468
- Messina M., *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004
- Messineo F., *Il contratto in genere*, Napoli, 1948
- Messineo F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946
- Messineo F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952
- Messineo F., *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1968, p. 209
- Messineo F., *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, dir. da A. Cicu-E. Messineo, vol. XXI, Milano, 1968, p. 725
- Michelli G. A. – De Marchi G., *Assegno circolare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 353 ss.
- Minervini E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006
- Minervini E., *I contratti dei consumatori*, IV, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2007, p. 483;
- Minervini E., *La rescissione*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contr. Rescigno*, Torino, 1999, p. 1431
- Mirabelli G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al codice civile*, Torino, 1980, p. 347
- Mirabelli G., *Delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile*, sub artt. 1321-1469, *Dei contratti in generali*, Torino, 1980, p. 334
- Modugno F., voce *Ordinamento giuridico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980
- Montel A., *Caparra e risarcimento del danno*, in *Annuario dir. comp.*, VI, I, 1931, p. 564
- Morelli M. R., *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 3
- Moscato E., *Pena (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 770
- Moscato E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, a

- cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 511
- Moscato E., *Riduzione della penale e controllo degli atti di autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 1708
- Natoli R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004
- Natoli U., *L'osservanza delle clausole generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Barillaro*, Milano, 1982
- Natoli U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 37
- Navarretta E., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 411
- Navarretta E., *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 615
- Nicolò R., voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1026
- Nicolò R., voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1964, p. 909
- Nigro C. A., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2547
- Nivarra L., *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 381
- Nuzzo M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975
- Osti C., *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004
- Padovani T., *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F. D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985, p. 60
- Pagliantini S., *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di Barba, Napoli, 2000, p. 316
- Paladini M., *L'atto unilaterale di risoluzione*, Torino, 2013

- Palazzo A. – Ferranti J., *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002
- Palma A., *La (in)compatibilità della domanda giudiziale di ritenzione della caparra (o di richiesta del suo doppio) con i vari modi di risoluzione del contratto, diversi dal recesso ex art. 1385, comma 2, c.c.*; in *Contr.*, 2009, p. 779
- Palma A., *Rapporti tra la caparra confirmatoria e integrale risarcimento del danno*, *Corriere giur.*, 2002, p. 1022
- Palmieri A., *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 106
- Palombella G., *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006
- Pardolesi R., *Liquidazione contrattuale del danno*, in *Le pene private*, a cura di F. D. Busnelli e G. Scalfi, Milano, 1985
- Paresce E., voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1965, p. 693
- Pascucci L., *Ritrattazione della volontà risolutoria e reviviscenza del contratto*, Torino.
- Passarelli S., *Dottrina generale del diritto civile*, Napoli, 1997
- Paternò di Bicocca L., *La pena convenzionale (clausola penale) nel diritto civile italiano*, estratto dalla *Enc. giur. it.*, 1900, Milano, p. 7
- Patti F. P., *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015.
- Patti F. P., voce *Caparra* (diritto comparato), in *Dig. disc. Priv. Sez. civ.*, 9° agg., Torino, 2014
- Patti S., *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 636
- Patti S., *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 268
- Patti S., *Pena privata*, in *Digesto, sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, pp. 349 ss.
- Patti S., *Prove*, in *Commentario del codice civile e codici collegati*

- Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, *sub artt. 2697-2739*, Bologna, 2015, p. 273
- Patti S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, p. 83
- Patti S., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 3
- Pedrini F., *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013.
- Perfetti U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005
- Perlingeri P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 343
- Perlingieri P. –Caterini E. (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004
- Pernazza F., *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1996
- Persico G., *La clausola penale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 74
- Pierazzi E. M., *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 647
- Pignata M., *La definizione di clausola penale nell'interpretazione della civilistica italiana tra Otto e Novecento*, in *Le obbligazioni con clausola penale*, a cura di R. Catalano e M. Pignata, Napoli, 2013, pp. 89 ss.
- Pino G., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica e politica*, 2006, I
- Pino G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Milano, 2006, p. 115
- Pirotta R., *La distruzione di assegno a titolo di caparra*, in *Contr.*, 1995, p. 152
- Pizzorusso A., *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974
- Polastri Menni M., *Se la caparra confirmatoria sia suscettibile di*

riduzione equitativa da parte del giudice, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pp. 1197 ss.

Polidori S., *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p.686

Ponzanelli G., voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990.

Pugliatti S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 298

Redenti E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952

Redenti E., *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 909

Relazione al Codice civile del 1942, Della clausola penale e della caparra, Relazione al Codice civile del 1942, par. 633.

Renda B., *L'assegno circolare e i titoli di credito speciali della Banca d'Italia, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia nella giurisprudenza*, Padova, 1977

Rescigno P., *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 155

Rescigno P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205, ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998

Rescigno P., *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2011, p. 794

Restivo C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007

Ricca F., *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1670

Ricci A., *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007,

Rodotà S., *Ipotesi sul diritto privato*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 9

Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969

- Rolli R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008
- Romano S., *Equità - Principio di equità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 83
- Romano S., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969
- Romano S., *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Modena, 1925
- Roppo V., *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. Rojas Elgueta e N. Vardi, Roma, 2014, p. 26
- Roppo V., *La definizione di clausola «vessatoria» nei contratti dei consumatori*, in *Contr.*, 2000, p. 81
- Roppo V., *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, 19, II, Torino, 1998
- Roppo V., voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1989, p. 135
- Roselli F., *Clausola penale e caparra*, in *Tratt. Bessone, Gli effetti del contratto*, VI, Torino, 2002, p. 336
- Roselli F., *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983
- Rubino D. – Iudica G., *Appalto*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2006, p. 237
- Russi D., *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, Napoli, 2010
- Sacco M., *Contratto*, in *D.I.*, VIII, III, Torino, 1898, p. 284
- Sacco R. - De Nova G., *Il contratto*, II, Torino, 2004
- Sacco R., *Il contratto*, Torino, 1975
- Sacco R., in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 157
- Sacco R.-De Nova G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto

- da R. Sacco, Torino, 2001, p. 150
- Salvioli G., *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, diretta da P. del Giudice, vol. 4, Milano, 1925, p. 269
- Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997
- Santoro-Passarelli F., *La transazione*, Napoli, 1975
- Scaccia, *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3953 ss.
- Scalfi G., *Corrispettività e alea nei contratti*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1973, p. 67
- Scalfi G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano, 1960, p. 70
- Scalisi V., *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. Lobuono, Bari, 2009, pp. 47 ss.
- Scarpelli U., *Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 1646
- Scevola A., voce *Caparra*, in *Dig. it.*, VI, I, Torino, 1988, pp. 726 ss.
- Schizzerotto G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, con ampia appendice giurisprudenziale
- Schlesinger P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231
- Scognamiglio C., *Problemi della causa e del tipo*, II, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. Roppo, p. 143
- Scognamiglio C., *Risarcimento del danno*, in *Novissimo Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 69
- Scognamiglio M., *La clausola penale nell'esperienza giuridica romana*, in *La pena convenzionale nel diritto europeo*, a cura di S. Cherti, Napoli, 2013, p. 8
- Scognamiglio R., *Collegamento negoziale*, *Enc. dir.*, VII, Milano, 1969, p. 378

- Scognamiglio R., voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1957
- Scozzafava T. O., *Il problema dell'adeguatezza degli scambi nella rescissione per lesione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 353
- Segni M., *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, p. 250
- Senn F., *La dation des arrhes, histoire d'une sûreté réelle*, in *Nouv. Revue Historique*, XXXVII, 1913, p. 575
- Sesta M., *La rescissione del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa-Bessone, IV, 2, Torino, 1998, p. 805
- Sesta M., *Le garanzie atipiche*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1988
- Severino E., *Legge e caso*, Milano, 1978
- Silli P., voce *Equità (storia)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 491
- Spangaro A., *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014
- Talamanca M., *Arrha*, in *Novissimo Digesto italiano*, I, 2, Torino, 1958, p. 1002
- Talamanca M., *L'aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in «*Aequitas*». *Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno di Trento 2002* a cura di G. Santucci, Padova 2006
- Talamanca M., *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958
- Talamanca M., voce *Pena*, *II. Diritto romano, a) Pena privata*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982
- Tamburrino G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954
- Terranova C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995
- Terré F., *La proportionnalité comme principe ?*, in *Juris-Classeur périodique*, 2009, n. 25, p. 56

- Terruggia I., *La rescissione del contratto nella giurisprudenza*, Milano, 1994
- Timoteo M., *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contr. e impr. Eu.*, 1997, p.141
- Timpano V., *Caparra confirmatoria e tutela del contraente non inadempiente*, in *Contratti*, 2002, p. 892
- Tommasini R., *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003
- Trimarchi M., voce *Caparra (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, pp. 191 ss.
- Trimarchi V. M., *Clausola penale*, Milano, 1954
- Trioni G., *Contratto di agenzia*, in *Commentario del Codice civile Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 2006, pp. 240 ss.
- Troiano S., *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005
- Troiano S., *sub art. 1469 bis, 1° co.*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di Alpa-Patti, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, p. 32
- Troisi B., *L'abuso del diritto negli obiter dicta e nelle rationes decidendi della Corte Costituzionale*, in M. Tamponi - E. Gabrielli (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica Italiana», Napoli, 2006, p. 295
- Tumiati Ravenna R., *La clausola penale è operativa senza la costituzione in moda del debitore?*, in *Giust. civ.*, 1954, I, pp. 765 ss.
- Uda G. M., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004
- Valsecchi E., *Transazione*, in *Tratt. A. Cicu e F. Messineo*, II, Milano, 1954, p. 139
- Vassalli G., voce *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1994
- Viola F., *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza*

- giuridica, in *Ragion pratica*, 2010, p. 4
- Visky K., *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del Principato*, in *Studi in onore di Eduardo Volterra*, I, Milano, 1971, pp. 596 ss.
- Vitucci P., *La rescissione*, IV, in *Tratt. del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2007, p. 433
- Voci P., *Una 'quaestio' di Papiniano in tema di 'stipulatio poenae': D. 45.1.115*, in *Studi di diritto romano*, I, Padova, 1985, pp. 343 ss.
- Volpe F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40
- Volterra E., *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937
- Volterra E., *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, Roma, 1932
- Volterra E., *Studio sull'arrha sponsalicia*, I, *Riv. ita. per le Scienze giurid.*, N.S., II, 1927, p. 581
- Waldron J., *Foreign Law and the Modern Jus Gentium*, in *Harvard Law Review*, 2005, pp. 129 ss.
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*, Torino, 1992, commentato da R. Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, pp. 513 ss.
- Zeno Zencovich V., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, p. 87
- Zimmermann R., *The Unwinding of Failed Contracts in the Unidroit Principles of 2010*, *Unif. L. Rev.*, 2011, pp. 563-587
- Zoppini A., *La clausola penale e la caparra*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 909
- Zoppini A., *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1017
- Zoppini A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991
- Zuddas G., *L'arbitraggio*, Napoli, 1992