



LA NUOVA
GIURISPRUDENZA
CIVILE
COMMENTATA

ANNO XXII

2006

RIVISTA MENSILE
de Le Nuove Leggi Civili Commentate

a cura di
GUIDO ALPA e PAOLO ZATTI

Comitato Editoriale

G. ALPA, G. IUDICA, S. PATTI, E. QUADRI, P. ZATTI,
F. ADDIS, G. AMADIO, S. DELLE MONACHE, G. FERRANDO, L. LENTI, E. LUCCHINI GUASTALLA,
F. MACARIO, M. MANTOVANI, M. R. MAUGERI, E. NAVARRETTA, M. ORLANDI,
F. PADOVINI, C. SCOGNAMIGLIO, P. SIRENA

Comitato Scientifico

A. ANTONUCCI, P. AUTERI, M. BASILE, A. BELLELLI, A. BELVEDERE, F. BIANCHI D'URSO, G. BONILINI,
U. BRECCIA, F. CAPRIGLIONE, V. CARBONE, P. CENDON, S. CHIARLONI, V. COLUSSI, L. P. COMOGLIO, M. DE ACUTIS,
M. V. DE GIORGI, R. DE LUCA TAMAJO, E. DEL PRATO, F. GIARDINA, A. GORASSINI, A. GUARNERI, G. MARASÀ,
A. MASI, C. M. MAZZONI, O. MAZZOTTA, E. MOSCATI, M. NUZZO, G. PONZANELLI, V. ROPPO, G. SBISÀ, M. SESTA,
M. TAMPONI, M. TARUFFO, R. WEIGMANN, V. ZENO ZENCOVICH

Redazione

Redattore Capo: R. PUCELLA
B. CHECCHINI, M. CINQUE, V. DURANTE, M. FARNETI, A. FUSARO,
M. A. PICCINNI, U. ROMA, F. SALOTTO, F. VIGLIONE

Redazione Giudiziaria: L. A. SCARANO

mento giuridico nella sua globalità, ivi compresi i principi generali. Proprio dai principi generali si ricavano, anche attraverso l'attività creatrice della giurisprudenza, regole di condotta la cui violazione concreta l'illecito che è presupposto dell'azione inibitoria.

Può perciò plausibilmente affermarsi che colui che pone in essere l'attività pericolosa non solo ha l'obbligo di adottare adeguate misure di prevenzione dei rischi conosciuti o prevedibili, ma anche di predisporre misure cautelative quando il pericolo sia solo incerto.

Indubbiamente l'idea di un'inibitoria per prevenire un rischio connesso all'ignoto evoca tradizionali sospetti, perché si verrebbe a limitare per il futuro l'altrui libertà di azione a fronte della minaccia di lesioni solo ipotetiche. Come ha affermato la Cassazione, nella sentenza che ho prima citato, però, negare tutela alla salute in presenza di una grave minaccia scientificamente ipotizzabile, anche se non certa, significherebbe rinunciare alla possibilità di una sua garanzia effettiva.

Questa è l'epoca delle passioni tristi – si legge in un recente, suggestivo, libro ⁽⁶⁾ – segnata da precarietà perenne, impotenza, fatalismo. Si naufraga in fantasie angosciate di minacce che oscurano il futuro e lo annullano in un presente in cui si annaspa alla ricerca di un salvataggio, ciascuno per proprio conto. Il compito del diritto civile può essere anche quello di razionalizzare le individuali paure nella comune ricerca consolatoria di strumenti di prevenzione.

⁽⁶⁾ BENASAYAG-SCHMIT, *L'epoca delle passioni tristi*, Feltrinelli, 2005.

RIDUCIBILITÀ D'UFFICIO DELLA CLAUSOLA PENALE ED INTERESSE OGGETTIVO DELL'ORDINAMENTO: UN RAPPORTO DA CHIARIRE

di UBALDO PERFETTI

SOMMARIO: 1. Il contrasto tra le sezioni semplici della Corte di Cassazione sulla riducibilità d'ufficio della clausola penale e l'intervento delle sez. un. – 2. La *costituzionalizzazione* dei rapporti privati ed il ruolo di solidarietà e *buona fede* nella motivazione della sentenza della Corte di Cassazione 24.9.1999, n. 10511. Critica. – 3. La *validità* della clausola penale *eccessiva*. – 4. La riduzione quale controllo dell'ordinamento sul rispetto dei limiti posti all'autonomia privata giustificato dall'eccezionalità del potere di derogare alla disciplina sull'onere della prova, sulla determinazione del danno, o sulla possibilità di istituire sanzioni private. – 5. L'indifferenza della soluzione del quesito circa la funzione della clausola penale. – 6. *Segue*: la riduzione non è espressione di un principio di *giustizia* contrattuale. – 7. *Segue*: ma non si può nemmeno spiegare quale strumento di garanzia dell'equità/proporzionalità del risarcimento, o della sanzione privata; l'incoerenza con la mancata previsione della modificabilità in aumento della penale irrisoria. – 8. La spiegazione dell'officiosità dell'iniziativa riduttiva nel quadro del divieto di cumulo *ex art.* 1383 cod. civ.: l'art. 1384 cod. civ. sposta il controllo sul rispetto del divieto di cumulo, dal piano della proponibilità della domanda – su cui opera l'art. 1383 cod. civ. – a quello sostanziale.

[La sentenza 13.9.2005, n. 18128 è pubblicata per esteso *supra*, in *Parte prima*, p. 364].

1. IL CONTRASTO TRA LE SEZIONI SEMPLICI DELLA CORTE DI CASSAZIONE SULLA RIDUCIBILITÀ D'UFFICIO DELLA CLAUSOLA PENALE E L'INTERVENTO DELLE SEZ. UN. Con la sentenza del 13.9.2005, n. 18128 le sez. un. della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto di giurisprudenza che si era manifestato, a partire dal 1999, tra alcune delle sue sezioni semplici a proposito della riducibilità *ex officio* della clausola penale nei casi previsti dall'art. 1384 cod.

civ. e cioè quando l'obbligazione principale risulta eseguita in parte, ovvero il suo ammontare è manifestamente eccessivo.

La rottura col precedente orientamento che negava la riducibilità in mancanza di esplicita domanda della parte interessata ⁽¹⁾ si deve alla sentenza della I sez. della Corte di Cassazione del 24.9.1999, n. 10511 ⁽²⁾, con la quale venne sottolineato, per la prima volta, che la riducibilità d'ufficio costituisce espressione di un potere/dovere attribuito al giudice per la realizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento specificantesi nell'esigenza di garantire

⁽¹⁾ Di tale orientamento, che poteva dirsi costante, costituivano espressione, tra le altre, CASS., 21.10.1998, n. 10439, in *Mass. Giust. civ.*, 1998; CASS., 15.1.1997, n. 341, *ivi*, 1997; CASS., 25.3.1995, n. 3549, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 3; CASS., 24.9.1994, n. 7859, in *Mass. Giust. civ.*, 1994; CASS., 9.6.1990, n. 5625, *ivi*, 1990. In dottrina, per l'opinione (prevalente) della necessità della domanda della parte, v. tra gli altri, GHEDINI-FERRI, *La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento*, in questa *Rivista*, 1993, I, 560; MAGAZZÙ, voce «Clausola penale», in *Enc. del dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 195; MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1788. *Contra*, tra gli altri, MARINI, *La clausola penale*, Jovene, 1984, 152 ss.; GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Esi, 1996, 615. Di recente, per la tesi della riducibilità d'ufficio *v.*, tra gli altri, FEBBRAJO, *La riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2001; TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Esi, 2002.

⁽²⁾ Cass., 24.9.1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929; in *Contratti*, 2000, I, 118 ss., con nota di BONILINI, *L'eccessivo ammontare della penale*; in *Corr. giur.*, 2000, 68 ss., con nota di FANCELLI.

l'adeguatezza e la proporzione della sanzione rispetto all'illecito⁽³⁾; di qui l'effetto naturale dell'officiosità dell'intervento del giudice, esplicazione del principio inderogabile di *giustizia* della sanzione⁽⁴⁾.

Questa opinione ha trovato conferma nella successiva sentenza – sempre della I sez. della Corte di Cassazione – del 23.5.2003, n. 8188⁽⁵⁾ ed invece smentite, espresse ed implicite, oltre che nelle pronunce indicate dalle sez. un. in motivazione⁽⁶⁾, in almeno un'altra sentenza della III sez.⁽⁷⁾ ed in una della II sez., quest'ultima successiva di qualche mese a quella che ha inaugurato il corso della riduzione d'ufficio⁽⁸⁾.

⁽³⁾ Interi passaggi argomentativi della sentenza costituiscono trasposizione quasi letterale di altrettanti passi di Marini (MARINI, *La clausola penale*, cit., *passim*, spec. 137 s., 142), come è stato subito notato dai primi commentatori della sentenza; v., tra gli altri, FANCELLI, *op. cit.*, 70, nt. 7.

⁽⁴⁾ Da tale inderogabilità e dalla natura cogente della relativa disciplina posta a servizio di un interesse primario dell'ordinamento, una parte della dottrina ed in particolare Marini, già prima dell'intervento della Corte di Cassazione nel 1999, aveva fatto derivare non solo la conclusione della riducibilità d'ufficio della penale, ma anche quella della nullità di qualsiasi patto esclusivo, o limitativo, dei relativi poteri del giudice, così come di quello con cui il debitore rinunci preventivamente a domandare la riduzione: MARINI, *La clausola penale*, cit., 150 ss.

⁽⁵⁾ CASS., 23.5.2003, n. 8188, in questa *Rivista*, 2004, I, 553 ss., con commento di PALASCIANO, *La riducibilità ex officio della clausola penale tra equità delle sanzioni e principio della domanda*. L'indirizzo inaugurato da CASS., 24.9.1999, n. 10511, cit., ha trovato seguito anche tra i giudici del merito; v. ad esempio, TRIB. PERUGIA, 3.4.2001, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in genere», n. 459.

⁽⁶⁾ Che fanno riferimento a CASS., 4.4.2003, n. 5324, in *Mass. Giust. civ.*, 2003; CASS., 30.5.2003, n. 8813, *ibidem*; CASS., 19.4.2002, n. 5691, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1075 ss., con nota di DEL BORRELLO; CASS., 27.10.2000, n. 14172, *ivi*, 2001, I, 2924, tutte contrarie all'idea della riducibilità d'ufficio della penale.

⁽⁷⁾ CASS., 5.8.2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, 336 ss., con nota di ANDREANI, ove la smentita dell'opinione della possibilità di riduzione d'ufficio è esplicita.

⁽⁸⁾ Ci riferiamo a CASS., 15.12.1999, n. 14070, in

Anche per la notevole prevalenza delle opinioni contrarie ad ammettere l'intervento officioso e la pluralità delle sezioni che avevano espresso opinione dissenziente, desta una certa sorpresa la decisione di aderire all'orientamento di *rottura*, mentre qualche perplessità nasce dall'analisi del percorso che ha condotto a tale conclusione.

2. LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEI RAPPORTI PRIVATI ED IL RUOLO DI SOLIDARIETÀ E BUONA FEDE NELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE 24.9.1999, N. 10511. CRITICA. Le sez. un. mostrano di condividere, anzitutto, l'impostazione della sentenza 24.9.1999, n. 10511, che, prospettando una lettura della norma dell'art. 1384 cod. civ. in un senso «(...) che meglio rispecchi l'esigenza di tutela di un interesse oggettivo dell'ordinamento alla luce dei principi costituzionali (...)», sottolineava la centralità dei precetti superiori della Costituzione i quali, «(...) da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza», rappresentano il filtro attraverso cui applicare, in senso conformativo, gli istituti codicistici e, tra questi, anche la clausola penale.

In quel caso, il riferimento era operato al dovere costituzionale di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.) ed al principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie.

Su queste premesse, la sentenza del 1999 spostava la spiegazione del meccanismo di riduzione della penale, dal piano di una supposta tutela della volontà delle parti, a quello in cui rileva l'interesse primario dell'ordinamento a garantire l'adeguatezza e la proporzione della sanzione rispetto all'illecito.

Mass. Giust. civ., 1999, con la quale è stata confermata la decisione del giudice d'appello che non aveva dato corso alla richiesta di riduzione della penale per la decadenza ex art. 356 cod. proc. civ. in cui era incorso l'appellante che aveva formulato l'istanza solo in comparsa conclusionale. Se ne arguisce che la Corte contraddice (implicitamente, questa volta) il principio della riducibilità *ex officio* perché non avrebbe considerato la decadenza un fattore di ostacolo all'accoglimento della richiesta di riduzione se quest'ultima poteva costituire oggetto di iniziativa officiosa del giudice.

Cosicché, l'intervento riduttivo del giudice veniva considerato, non più come eccezionale, bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si riserva sugli atti di autonomia privata⁽⁹⁾.

Esso (controllo), avuto riguardo alla *costituzionalizzazione* dei rapporti di diritto privato, implicava – secondo la Corte – un bilanciamento di valori di pari rilevanza, stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale, accanto al valore costituzionale della iniziativa economica privata, di un concorrente dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) che «(...) entrando in sinergia con il generale canone di buona fede oggettiva e correttezza, all'un tempo gli attribuisce una vis normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato»⁽¹⁰⁾.

Su questo snodo del ragionamento si innestava il raccordo con la parte centrale della motivazione di una precedente sentenza della medesima sezione della Corte di Cassazione che aveva rappresentato il *leading case* nel processo di rivalutazione giurisprudenziale del canone di buona fede oggettiva⁽¹¹⁾; nel punto di raccordo, la Corte dichiarava di condividere il principio enunciato in quella precedente sen-

⁽⁹⁾ In motivazione di CASS., 24.9.1999, n. 10511, cit. Il passaggio riecheggia l'opinione di MOSCATI, *Riduzione della penale*, cit., 1784.

⁽¹⁰⁾ CASS., 24.9.1999, n. 10511, cit. Sulla stessa lunghezza d'onda si pone la successiva sentenza di CASS., 23.5.2003, n. 8188, cit., la quale rileva come «(...) la caduta della colorazione puramente soggettiva del negozio, figlia della concezione ottocentesca che poneva al centro del medesimo la volontà ed il relativo dogma, ha fatto sì (...) che debbano prevalere, in coerenza con la lettura costituzionale delle norme in questione, interpretazioni funzionali del negozio, più decisamente oggettive, tali da valorizzare nell'intervento del giudice il controllo di corrispondenza delle negoziazioni private con l'ordinamento generale».

⁽¹¹⁾ Alludiamo, come è chiaro, alla più che nota CASS., 20.4.1994, n. 3775, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 852 ss., con nota di PICARDI; in *Corr. giur.*, 1994, I, 566 ss., con nota di CARBONE; in *Giust. civ.*, 1994, II,

tenza per il quale la legge pattizia non può ritenersi svincolata dal dovere di correttezza che «(...) 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; per modo che non risulti disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti»⁽¹²⁾.

Se questo è il senso della sinergia che si sviluppa – secondo la sentenza del 1999 – tra i principi di solidarietà e di inesigibilità di talune pretese creditorie, da un lato, e quello di buona fede oggettiva, dall'altro, il ruolo da assegnare a quest'ultima nella dinamica del fenomeno della riduzione della penale va considerato, in realtà, praticamente inesistente ed il riferimento ad essa nulla più che un *fuor d'opera*, o un richiamo esornativo.

Infatti, senza necessità di prendere posizione sulla delicata questione del possibile ruolo di fonte di integrazione del contratto della buona fede⁽¹³⁾, se si spiega la riduzione in chiave di

2159 ss., con nota di MORELLI; in *Foro it.*, 1995, I, 1296 ss., con nota di BARONE; in *Foro amm.*, 1997, I, 414 ss.

⁽¹²⁾ CASS., 24.9.1999, n. 10511, cit.; il passaggio riproduce – come detto – parte della motivazione di CASS., 20.4.1994, n. 3775, cit.

⁽¹³⁾ Le indicazioni sul punto devono limitarsi a dei cenni tenuto conto dei limiti della presente indagine. Segnala la funzione integrativa del contratto, in particolare, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, spec. 175 ss., e, in senso non dissimile, ROMANO, voce «Buona fede (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, V, Giuffrè, 1959, 689, dato che, seppur riferita al momento esecutivo, anche l'esecuzione è attuazione della norma contrattuale. In una accentuata dimensione integrativa colloca la regola della buona fede anche ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, spec. 623. *Contra*, tra gli altri, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XVI, 1, Giuffrè, 1974, 26 ss. Sulla questione, v. di recente l'ampia analisi di D'ANGELO, *La buona fede*, nel *Trattato Bessone*, XIII, Utet, 2004, 34 s., nt. 145-147, a cui rinviamo anche per una esauriente ricognizione della dottrina e della giurisprudenza diversamente orientata nel

necessaria proporzionalità tra sanzione e violazione e come proiezione effettuale dell'interesse oggettivo dell'ordinamento a garantire tale simmetria, è facile comprendere che questa argomentazione è sufficiente di per sé a giustificare la riduzione d'ufficio, senza dover ricorrere ad improbabili *mediazioni* affidate al canone di buona fede; infatti, la riduzione non rappresenterebbe altro che la proiezione dinamica del principio di proporzionalità e l'officiosità il riflesso del rilievo oggettivo di quel principio in un'ottica ordinamentale.

Più precisamente, se l'adeguatezza è coesenziale al concetto di *sanzione*, è questo binomio e non la buona fede che contiene in sé tutti gli elementi per giustificare la riduzione; né la funzione del canone può essere in altro modo *recuperata*, considerato che l'adeguatezza trae sostanza dalla relazione con la sanzione e non dal rapporto tra contraenti.

Tanto meno un recupero della funzione è garantito dall'esaltazione delle capacità d'impiego della regola di buona fede, non più sul piano dell'integrazione del contratto, ma su quello del diniego d'effetti di comportamenti scorretti.

Anche un'operazione simile, che sfrutterebbe – come detto – una prospettiva di analisi diversa da quella incentrata sulla funzione della

senso di riconoscere, o negare, alla buona fede una funzione integrativa. In giurisprudenza, il ruolo integrativo è stato con vigore sottolineato da CASS., 20.4.1994, n. 3775, cit., valorizzata da BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. priv.*, 1997, III, 42, come esempio del fatto che i giudici avrebbero già da tempo provveduto a generalizzare i controlli sull'abusività del contenuto contrattuale facendo ingresso sul terreno dei rapporti tra abuso del diritto ed autonomia contrattuale. Ma l'opinione non è costante come dimostra, di recente, CASS., 13.5.2004, n. 9141, in *Dir. e giust.*, 2004, 41 ss., la quale esclude che i principi di buona fede e correttezza possano creare obbligazioni autonome (in quel caso) a carico del datore di lavoro, rilevando, invece, o come modalità di generico comportamento per la realizzazione dei rispettivi diritti ed obblighi, oppure come comportamenti dovuti in relazione a specifici obblighi di protezione. Nella stessa direzione, esclude che la regola di buona fede possa generare obblighi aggiuntivi diversi da quelli esistenti per contratto, o per legge, CASS., 9.3.2005, n. 5140, in *Mass. Giust. civ.*, 2005.

regola nel quadro delle fonti di integrazione del contratto, apparirebbe improduttiva.

L'impiego della buona fede all'interno del meccanismo di riduzione della penale quale strumento per negare effetti a pretese scorrette, richiederebbe, infatti, la costruzione di una relazione biunivoca tra *riducibilità* della penale, da un lato, e *scorrettezza* del comportamento di chi, avendola imposta con un contenuto da giudicare sproporzionato, o eccessivo, pretendesse, dall'altro lato, l'attuazione della relativa pretesa; cosicché l'intervento del giudice, più che espressione della sua capacità di conformare la regola privata modellandone il contenuto sulla scorta delle indicazioni rilasciate dalla regola di buona fede e, quindi, più che manifestazione del potere di creare la *regula iuris* del caso concreto in modo *antagonistico* rispetto all'autonomia privata, si tradurrebbe, più semplicemente, nell'indicazione del limite oltre il quale la pretesa creditoria varca la soglia dell'esigibilità e diviene, pertanto, non tutelabile (diniego d'effetti).

Equiparando, cioè, quella di pagamento di una penale *eccessiva* ad una pretesa contraria a buona fede, quest'ultima potrebbe essere impiegata come base di un apparato concettuale che giustifica il rifiuto dell'ordinamento di accordare tutela ad una richiesta scorretta.

Ciò posto, se si considera che la clausola penale costituisce una sorta di tutela convenzionale dell'interesse creditorio⁽¹⁴⁾ e che il terreno elettivo di impiego del canone di buona fede è proprio quello del controllo dell'esercizio dei poteri di autotutela nelle relazioni contrattuali⁽¹⁵⁾, è intuibile la sintonia registrabile, astrattamente, tra la *riduzione ad aequitatem* ed il canone di buona fede inteso come limite all'azionabilità di pretese scorrette, nel senso che la facoltà accordata al giudice dall'art. 1384 cod. civ. potrebbe apparire null'altro che l'espressione di un suo modo d'operare sottinteso.

Ma dicevamo dell'improduttività anche di questo cambiamento di prospettiva.

⁽¹⁴⁾ ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Giuffrè, 1991, 255.

⁽¹⁵⁾ DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1988, sub. artt. 1173-1176, 327.

La perplessità nasce dal considerare che non è sempre possibile costruire una relazione biunivoca tra *riducibilità* della penale e *scorrettezza* del comportamento di chi, dopo averla imposta nel modo che risulta sproporzionato, o eccessivo, ne pretenda l'attuazione.

Non si può ignorare, infatti, che la facoltà di intervento riduttivo è accordata al giudice, non solo quando la penale è eccessiva, ma anche quando l'obbligazione principale è stata eseguita in parte cosicché essa appare, alla fine, sproporzionata.

In questo secondo caso è praticamente impossibile ravvisare alla base della riduzione un intervento espressivo di un modo d'operare sottinteso della regola di buona fede eretta ad ostacolo di realizzazione di pretese *scorrette*, perché non vi è nulla di *scorretto* nel comportamento del creditore quando l'esigenza *riduttiva* nasce, non già da un'eccessività originaria, bensì da una sproporzione apprezzabile solo successivamente e per effetto pur sempre di un inadempimento parziale del debitore e quindi, semmai, di un comportamento *scorretto* di quest'ultimo.

Nella pronuncia delle sez. un., tuttavia, l'affermazione dell'officiosità dell'intervento del giudice è riferita, sia alla penale *eccessiva*, sia a quella *sproporzionata* quale conseguenza di un inadempimento solo parziale; sicché, l'impossibilità di spiegare la riduzione col ricorso alla *mediazione* della regola della buona fede nel secondo caso (sproporzione susseguente ad un inadempimento solo parziale), rende tale *mediazione* inadatta a spiegare anche il primo; a meno di non ritenere che le spiegazioni siano duplici e che, ferma la prima incentrata sulla buona fede, la seconda attinge ad un'esigenza oggettiva di proporzionalità tra inadempimento e risarcimento del danno, o tra violazione e sanzione (chiave di volta, come si vedrà, della spiegazione dell'*officiosità* secondo l'opinione delle sezioni unite), cui è estraneo ogni ruolo della buona fede.

Ma se così fosse, l'idoneità di questo argomento a giustificare l'*officiosità* anche nell'ipotesi dell'*eccessività*, rende del tutto superfluo il richiamo alla buona fede nel caso di penale *eccessiva ab origine*.

Come si vede, manca un ruolo effettivo di quest'ultima ed il suo richiamo obbedisce a ragioni puramente esornative.

3. LA VALIDITÀ DELLA CLAUSOLA PENALE ECCESSIVA. Marginalizzato, nell'economia della motivazione, il richiamo alla regola della buona fede nella dinamica del fenomeno riduttivo e prima di affrontare il cuore del ragionamento delle sez. un., va messa in evidenza quella parte della motivazione in cui i giudici sottolineano la perfetta validità della clausola penale, quantunque *eccessiva*.

Opinione espressa in due diversi passaggi del complessivo ragionamento senza che, indugiovvi, se ne spieghi senso e portata e nonostante si tratti, al contrario, di un punto rilevante perché il giudizio di *invalidità* della clausola penale in quanto eccessiva, avrebbe potuto segnalare un modo peculiare di atteggiarsi dell'equità nei suoi riflessi sull'accordo iniquo, in sintonia con l'attuale tendenza, abbastanza marcata, che teorizza la possibilità di un controllo dell'ordinamento sulla *giustizia* del contratto⁽¹⁶⁾.

Del resto, proprio facendo leva sulla supposta *nullità* della clausola penale eccessiva (impiegando l'equità in funzione *invalidante*) si è di recente tentato di giustificare l'officiosità dell'iniziativa del giudice proprio in tema di riduzione *ex art.* 1384 cod. civ.; al riguardo, l'opinione delle sez. un. che respingono l'idea dell'invalidità della clausola penale eccessiva, costituisce un'autorevole conferma della non plausibilità di simile opzione ricostruttiva.

Il tentativo è stato compiuto attribuendo all'art. 1382 cod. civ. – ricostruito l'istituto in chiave funzionalistica – il carattere di norma permissiva attribuita all'autonomia privata del potere, in contrapposto alla disciplina legale, di predeterminare la prestazione dovuta dal debitore in caso di inadempimento; potere il cui limite esterno sarebbe rappresentato dall'enunciato dell'art. 1384 cod. civ. che, consentendo la riduzione della penale eccessiva, implicitamente vieta la pattuizione di clausole con tali caratteristiche (penali eccessive).

Così l'art. 1384 cod. civ. acquisisce il carattere di norma imperativa la cui violazione – inte-

⁽¹⁶⁾ Per un'analisi in generale di tale tendenza e delle tecniche di controllo della *giustizia* del contratto ci permettiamo di rinviare a PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Giuffrè, 2005, 1-14.

grata da una penale eccessiva – giustifica l'automatizzata nullità della clausola *ex art.* 1418, comma 1°, cod. civ., l'officiosità del rilievo del relativo vizio da parte del giudice e la successiva sostituzione, con tecnica simile a quella riflessa dall'applicazione dell'art. 1339 cod. civ. della clausola nulla con altra che veicola il giusto ammontare della penale, stabilito, per forza di cose, dal giudice⁽¹⁷⁾.

L'opinione non convince.

Intanto, perché l'art. 1418, comma 1°, cod. civ. commina la nullità «(...) salvo che la legge disponga diversamente» e bisognerebbe dire per quale motivo la *riduzione* in quanto tale non costituisce essa stessa l'alternativa alla nullità.

In mancanza di spiegazioni al riguardo, la *sanzione* predisposta dall'ordinamento per il caso di una penale eccessiva resta, allora, quella della sua *riducibilità* e non della nullità.

Se poi la parola *riduzione* ha il significato che le si addice, il relativo concetto stride pure logicamente con quello della nullità, perché la prima suppone l'ultrattività del programma negoziale su cui si appunta, la seconda il suo venire meno.

Ed infatti questa opinione non può non pervenire ad una forzatura del senso delle parole perché in luogo di *riduzione* si dovrebbe discutere di *sostituzione*, concetto cui effettivamente allude la dottrina in argomento quando indica il meccanismo dell'art. 1339 cod. civ.

Né si obietti che di una certa compatibilità, anche logica (oltre che giuridica), tra l'idea della riduzione ed il fatto che essa si appunti su una convenzione *nulla*, è conferma la previsione dell'art. 7 del d. legis. 9.10.2002, n. 231 di attuazione della direttiva comunitaria 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Questa normativa introduce una complessa disciplina relativa alla decorrenza automatica degli interessi dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento o, in mancanza di sua determinazione, dalla scadenza dei termini ivi previsti e che perciò si possono definire *legali* (art. 4).

⁽¹⁷⁾ L'opinione è di FEBBRAJO, *La riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*, cit., 608-613.

Si stabilisce anche la misura del saggio degli interessi (art. 5)⁽¹⁸⁾ e, quel che più conta, si prevede la nullità degli accordi sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del suo ritardo, quando siano *gravemente iniqui* in danno del creditore; la formulazione del giudizio di *iniquità* si avvale del riferimento ai parametri rappresentati dalla corretta prassi commerciale, dalla natura della merce, o dei servizi oggetto del contratto, dalla condizione dei contraenti e dai rapporti commerciali tra di essi (art. 7, comma 1°)⁽¹⁹⁾.

In presenza di accordi *gravemente iniqui* il giudice, anche d'ufficio, dichiara la loro nullità ed, avuto riguardo alle circostanze di cui sopra, nonché all'interesse del creditore, «(...) applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo» (art. 7, comma 3°).

Quest'ultima disposizione si caratterizza per una serie di *eccentricità* rispetto al sistema codicistico nazionale tra cui spicca, per l'appunto, la riduzione ad equità (d'ufficio o no, qui non importa) di un accordo nullo.

Il dato – che per noi corrisponde ad un'evidente aporia perché non è possibile *ridurre* quel che non esiste – non ha più di tanto sorpreso quella parte della dottrina che ha ritenuto essere possibile per il giudice, dichiarata la nullità, scegliere tra la sostituzione della clausola nulla con una disciplina improntata ai *ter-*

⁽¹⁸⁾ Così interferendo con la disciplina della subfornitura perché l'art. 10 modifica la l. 18.6.1998, n. 192, sostituendo il comma 3° dell'art. 3 prevedendo un saggio di interessi conforme a quello stabilito nel d. legis. n. 231/2002 per i crediti commerciali non relativi a prodotti alimentari deteriorabili.

⁽¹⁹⁾ Il vero obiettivo dell'intervento comunitario sarebbe di combattere la lunghezza dei tempi di pagamento, risultata eccessiva nella prassi di taluni paesi membri; esso (obiettivo) sarebbe stato raggiunto allineando i tempi di pagamento delle imprese assumendo un parametro vicino a quello dei paesi più virtuosi e ciò senza intaccare il fulcro dell'autonomia privata (libera determinazione delle condizioni contrattuali) attraverso un meccanismo che rinvia al contratto per la fissazione dei termini di pagamento ed individua *termini legali* da utilizzare quando manchi la determinazione pattizia o questa sia giudicata *gravemente iniqua*: BRENGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 716 s.

mini legali, ovvero la riconduzione ad equità del contenuto dell'accordo⁽²⁰⁾.

Tuttavia, interpretare la possibilità di riconduzione ad equità di un accordo nullo come espressione delle nuove possibilità offerte al giudice di *manipolazione* degli esiti della volontà privata, ristrutturandola secondo un modello improntato all'equità, non combacia con la considerazione che, se la dichiarazione di nullità della clausola in cui si riflette l'accordo gravemente iniquo importa la sua eliminazione dal mondo giuridico, è come se mancasse nel contratto la relativa disciplina pattizia.

Ma se manca l'accordo, deve trovare applicazione l'art. 4, comma 2°, d. legis. n. 231/2002, per il quale «(...) se il termine per il pagamento non è stabilito nel contratto, gli interessi decorrono automaticamente, senza che sia necessaria la costituzione in mora, alla scadenza del seguente termine legale (...)».

In conclusione, difettando una disciplina pattizia difforme (ipotesi alla quale è equiparabile quella della sua nullità), il giudice non può non applicare quella legale espressamente dettata in funzione suppletiva della regola convenzionale mancante; ma, se deve applicare quest'ultima, manca qualsiasi spazio per una riduzione ad equità.

Oppure, vi è spazio per quest'ultima, ma non per la nullità⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ V., ad esempio, PANDOLFINI, *La nullità degli accordi gravemente iniqui nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003, 511; FRIGNANI-CAGNASSO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, *ibidem*, 313; RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 493.

⁽²¹⁾ Si è detto, per superare l'evidente impossibilità di configurare un potere di riduzione in presenza di nullità dell'accordo da ridurre, che la scelta del giudice sul se applicare le disposizioni *legali*, ovvero stabilire un termine anche superiore in esecuzione del potere di riconduzione ad equità, sarebbe essa stessa espressione della funzione assegnata all'autorità giudiziaria di riconduzione ad equità: così RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., 493. L'opinione non convince; infatti ammettere l'opzione implica dire che l'applicazione dei *termini legali* potrebbe non essere ritenuta conforme ad equità viste le circostanze del caso concreto. Questa, che già di per sé è con-

Ma la spiegazione di ciò che apparentemente è inspiegabile si rintraccia, a nostro giudizio, in quel fenomeno di eccedenza della norma interna di recepimento rispetto alle indicazioni della direttiva che qualche volta caratterizza la tecnica di normazione del legislatore italiano.

Infatti, nell'ipotesi di grave iniquità dell'accordo la direttiva non fa cenno affatto alla nullità, quanto piuttosto alla semplice applicazione dei *termini legali* «(...) a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto ad equità» (art. 3, comma 3°, della direttiva). Nella traduzione inglese: «(...) if such an agreement is determined to be grossly unfair, the statutory terms will apply, unless the national courts determine different conditions which are fair».

Ciò rende evidente che, mentre sia nella direttiva, sia nel decreto legislativo di recepimento, l'alternativa è posta tra l'applicazione dei termini legali e la riconduzione ad equità, nel secondo l'eccedenza è rappresentata dalla previsione espressa del meccanismo che legittima la non applicazione dei termini legali, cioè la nullità dell'accordo (non prevista nello strumento comunitario), la quale diviene presupposto comune a tutte e due le opzioni generando, in rapporto alla riconduzione ad equità, il problema di compatibilità illustrato perché *costringe* la riduzione ad equità ad operare nel-

sequenza del tutto singolare, diverrebbe illogica e gravemente discriminatoria ponendo a confronto due ipotesi: (i) quella di un accordo sui termini di pagamento gravemente iniquo; (ii) quello della mancanza di qualsiasi disciplina pattizia riguardo ai termini. Nel primo, alla dichiarazione di nullità seguirebbe la possibilità di disattendere i *termini legali* applicandone altri, espressione dell'equità del caso concreto; nel secondo, seppur la disciplina legale si traducesse in forma di iniquità sostanziale, non sarebbe data la possibilità di alcun intervento correttivo per la semplice ragione che ne mancherebbe il presupposto e cioè la dichiarazione di nullità di un accordo; infatti, mancando quest'ultimo, mancherebbe la possibilità di formulare un giudizio di grave iniquità. Il contraente che avesse negoziato una clausola di pagamento beneficerebbe di una tutela più ampia perché potrebbe, in tesi, veder disattesi i *termini legali*; non anche quello che non avesse negoziato alcun accordo per il quale varrebbero solo ed esclusivamente detti termini, seppur non equi.

l'ambiente caratterizzato dalla nullità dell'accordo.

Cosicché, il problema può trovare soluzione utilizzando il principio dell'interpretazione adeguatrice della norma interna alla direttiva, per cui l'esatta comprensione del contenuto della prima consente di escludere qualsiasi riferimento tecnico alla nullità (22).

In conclusione, sarebbe vano rintracciare nella norma dell'art. 7 un precedente normativo di sostegno all'idea della compatibilità tra nullità dell'accordo e possibilità di sua successiva riconduzione ad equità.

A convincere, alla fine, che la clausola penale eccessiva non si traduce in un accordo invalido, può considerarsi che la nullità non si concilia col fatto che l'eccessività può anche essere sopravvenuta piuttosto che coeva al patto; parimenti la penale, eccessiva all'atto della stipulazione, potrebbe non esserlo più in un momento successivo e ciò impedirebbe la sua riduzione (23).

È difficile, poi, ricorrere al concetto di nullità

(22) Giunge allo stesso risultato, ma con diverso argomento, DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa. I nuovi strumenti di lotta contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, 13, secondo cui, quando un accordo sui termini di pagamento fosse gravemente iniquo, termini e conseguenze della mora debendi verrebbero ad essere disciplinati da regole che trovano la propria fonte non nella legge, né nell'atto negoziale, bensì in un provvedimento dell'autorità giudiziaria i cui effetti dovrebbero retroagire alla data di stipulazione del contratto; «(...) un regime siffatto avrebbe con tutta evidenza ben poco a che fare con quello contemplato dalla nostra disciplina codicistica della nullità del contratto sicché, nonostante la terminologia impiegata dal legislatore, parrebbe doversi escludere che la forma di invalidità prevista dall'art. 7 si presti ad essere ricompresa nella categoria della nullità».

(23) In tal senso v. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 271 s. Adde MARINI, *La clausola penale*, cit., 159. In giurisprudenza, il dato è controverso: nel senso che la valutazione va riferita al momento in cui si è concluso il contratto e non a quello in cui viene chiesto il pagamento della penale, v. CASS., 5.8.2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, 336 ss., con commento di ANDREANI; nel senso sostanzialmente opposto, v. CASS., 3.9.1999, n. 9298, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce «Contratto in genere», n. 472.

parziale ex art. 1419, comma 2°, cod. civ. ed al rimedio conservativo della sostituzione automatica quando manca l'individuazione ex ante, da parte della legge, della clausola da inserire in luogo di quella nulla; tanto vero che la determinazione equitativa è frutto di valutazione discrezionale e non predeterminabile da parte del giudice.

L'opinione dei giudici di legittimità ci trova, pertanto, concordi laddove sostengono che la clausola penale è valida anche quando è eccessiva.

4. LA RIDUZIONE QUALE CONTROLLO DELL'ORDINAMENTO SUL RISPETTO DEI LIMITI POSTI ALL'AUTONOMIA PRIVATA GIUSTIFICATO DALL'ECCEZIONALITÀ DEL POTERE DI DEROGARE ALLA DISCIPLINA SULL'ONERE DELLA PROVA, SULLA DETERMINAZIONE DEL DANNO, O SULLA POSSIBILITÀ DI ISTITUIRE SANZIONI PRIVATE. Il richiamo all'autonomia privata, ai suoi limiti ed al potere di controllo da parte dell'ordinamento del loro superamento, costituisce la parte centrale della motivazione della sentenza delle sez. un.

Osservano i giudici che, consentendo alle parti di pattuire una clausola penale, l'ordinamento ha ampliato il campo normalmente riservato all'autonomia privata dato che in tal modo si permette «(...) di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento dovuto dal debitore inadempiente (se si vuole privilegiare l'aspetto risarcitorio della clausola), ovvero di esonerare il creditore di fornire la prova del danno subito, di costituire un vincolo sollecitatorio a carico del debitore, di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento (se se ne vuole privilegiare l'aspetto sanzionatorio) e ciò in deroga alla disciplina positiva in materia, ad esempio di onere della prova, di determinazione del risarcimento del danno, della possibilità di istituire sanzioni private».

A tale ampliamento dei confini operativi dell'autonomia privata corrisponde, tuttavia, un potere di controllo sul modo in cui le parti ne fanno uso; così operando, la legge sposta l'intervento giudiziale diretto al controllo della manifestazione dell'autonomia, dalla fase formativa dell'accordo (ritenuto – come si è visto prima – comunque lecito nonostante qualsiasi eccessività della penale) a quella attuativa.

Pertanto, il potere di intervento appare attribuito non già nell'interesse della parte, bensì in quello dell'ordinamento quale strumento di controllo del rispetto del limite «(...) non prefissato, ma individuato dal giudice di volta in volta e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità».

Di qui l'officiosità dell'iniziativa di riconduzione dell'accordo, frutto della volontà liberamente manifestata dalle parti, nei limiti in cui esso appare meritevole di ricevere tutela dall'ordinamento.

Si arguisce che l'interesse oggettivo dell'ordinamento – alla cui tutela si funzionalizza il potere di riduzione – è qualificato dall'equità, nel senso che l'eccezionale attribuzione alle parti del potere di stabilire le conseguenze risarcitorie di un inadempimento (se si privilegia la funzione risarcitoria della clausola penale), o di introdurre sanzioni private (se si privilegia la sua funzione sanzionatoria), trova un contrappeso nella necessità che il suo esercizio non risulti eccessivo onde si ammette un intervento del giudice «(...) in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità».

Un tal tipo di ragionamento si presta a tre principali considerazioni:

(i) intanto, manifesta la neutralità, ai fini della spiegazione delle ragioni dell'intervento riduttivo del giudice, dell'opinione che si abbia circa la funzione della clausola penale;

(ii) secondariamente conferma che anche nella visione di chi prospetta l'officiosità dell'iniziativa giudiziale, quest'ultima non è strumentale alla tutela dell'interesse dell'ordinamento alla salvaguardia dell'equilibrio delle prestazioni e pertanto non è mezzo di attuazione di una giustizia del contratto;

(iii) infine, si presenta come non completamente condivisibile, se non nella conclusione, certo nell'individuazione delle ragioni che la sorreggono, detta conclusione potendo giustificarsi, forse, in altra prospettiva.

5. L'INDIFFERENZA DELLA SOLUZIONE DEL QUESITO CIRCA LA FUNZIONE DELLA CLAUSOLA PENALE. Quanto al primo aspetto, esso corrisponde al dibattito, ancora aperto, sull'individuazione della funzione della clausola penale che viene alternativamente identificata in quella risarcitoria, o punitiva.

Nel primo senso, la funzione risarcitoria sarebbe evidenziata dallo scopo della clausola, fatto consistere nella determinazione preventiva e forfetaria del danno da risarcire (24).

Nel secondo, la clausola penale si atteggierebbe a vera e propria pena privata, alla stregua di sanzione afflittiva finalizzata all'enforcement del regolamento contrattuale di cui sarebbe, per tal via, meglio assicurato il rispetto (25).

Non manca chi prospetta una sorta di pluralismo di scopo nel senso che alla funzione costante di liquidazione preventiva del danno, se ne accompagna altra, eventuale e concorrente, sussistente quante volte la misura della prestazione dedotta ad oggetto della clausola sia superiore a quella corrispondente ai normali principi sulla determinazione e la misura del danno risarcibile, nel qual caso sarebbe superata la funzione risarcitoria e subentrerebbe quella afflittiva (26); ma per un'autorevole dottrina sarebbe vero il contrario, nel senso che ad essere in primo piano è la funzione sanzionatoria cui si aggiungerebbe, in via eventuale, una risarcitoria (27).

Comunque sia, la spiegazione dell'officiosità dell'intervento riduttivo del giudice non richiede

(24) È l'opinione, tra gli altri, di BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, 1994, 221-238, e di GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 207.

(25) È questa l'opinione, tra gli altri, di GORLA, *Il contratto, problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistica*, I, *Lineamenti generali*, Giuffrè, 1955, 260, e di MAGAZZÙ, voce «Clausola penale», cit., 188.

(26) DE CUPIS, *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, 1979, 521 ss.

(27) CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, 2000, 128. Per la mistione funzionale si esprime anche ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 160, nel senso che rileverebbe tanto un aspetto propriamente sanzionatorio, collegato alla violazione del precetto contrattuale, quanto uno risarcitorio, funzionale alla riparazione delle conseguenze della violazione; in relazione a quest'ultimo aspetto, si osserverebbe la nascita di un rapporto obbligatorio nuovo in luogo o a fianco di quello originario (se la penale fosse convenuta per il semplice ritardo), in cui il potere sanzionatorio trova la sua fonte in un atto di autonomia privata.

de, secondo le sez. un., alcuna preventiva risposta al quesito su come si atteggi funzionalmente la clausola; siffatta neutralità ideologica si giustifica perché, tanto in un caso come nell'altro, la funzione prescelta assicura sempre l'individuazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento da tutelare con l'intervento correttivo del giudice.

Avuto riguardo alla funzione risarcitoria⁽²⁸⁾, l'interesse dell'ordinamento è quello di evitare che il potere eccezionalmente attribuito al privato trascenda i limiti della proporzionalità tra inadempimento e risarcimento in un settore nel quale è il giudice che deve normalmente determinare quest'ultimo; cosicché la riduzione è lo specchio dei poteri a lui attribuiti in tale materia⁽²⁹⁾.

Considerata, invece, la sua funzione sanzionatoria, si isola l'esigenza, coesistente alla sanzione in quanto tale, (nuovamente) della sua proporzionalità e giustizia, nel senso che sarebbe la funzione stessa della pena a venire meno se essa non fosse giusta⁽³⁰⁾.

Discorso – quello che andiamo svolgendo – che non subisce modifiche anche volendo considerare la variante di pensiero di chi, nella segnalazione al giudice da parte dell'art. 1384 cod. civ. dell'obbligo di considerare l'interesse riposto dal creditore nell'adempimento, vede riflessa la regola per cui, quando la penale

(28) Tuttavia difficile da scorgere se si pensa che l'art. 1382, comma 2°, cod. civ. considera esigibile la pretesa della prestazione dedotta ad oggetto della clausola anche in mancanza della prova del danno; nei fatti, ciò significa che la penale è dovuta anche se manca del tutto un danno.

(29) COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 432 s.

(30) Nella prospettiva di ZOPPINI, *Clausola penale e ambito di applicazione dell'art. 1384 c.c.*, in *Contratti*, 1997, 106, la riduzione esplicherebbe la riserva dell'ordinamento circa la controllabilità dell'atto di autonomia che introduce una sanzione privata; il parametro valutativo di raffronto sarebbe rappresentato dall'ammontare di quest'ultima in riguardo all'entità del danno ed il nesso di strumentalità e proporzionalità tra interesse tutelato (quello del creditore) e interesse sacrificato delimiterebbe i confini entro cui l'atto di autonomia privata ha modo di esprimersi ed oltre i quali è conformabile da parte dell'ordinamento.

esorbita dal suddetto interesse, la funzione sanzionatoria è potenzialmente immeritevole di tutela; di qui il limite che la clausola incontrerebbe, consistente nell'interesse dell'ordinamento a che la sanzione, in sé e per sé legittima, non si risolva in un mezzo di sopraffazione della controparte⁽³¹⁾.

Secondo questa opinione, il potere riduttivo sarebbe manifestazione di quello di controllo su tutti gli atti d'autonomia privata che l'ordinamento si è riservato di esercitare⁽³²⁾ per cui, col parametro valutativo fornito dal giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2°, cod. civ., si tratterebbe di determinare il limite oltre il quale un atto di autonomia privata, diretto a comminare sanzioni alla controparte, cessa di essere meritevole di tutela⁽³³⁾.

Si noterà che questa opinione, la quale aveva già trovato eco in giurisprudenza⁽³⁴⁾ e che è quella valorizzata in qualche misura anche dalle sez. un. della Cassazione, è difficilmente contestabile quando con essa si vuol dire che l'ordinamento si riserva di conformare la regola frutto dell'autonomia privata se questa oltrepassa i limiti che le sono coesistenti e che sono desumibili dalla norma applicabile al caso.

Per cui, richiamarsi ai poteri del giudice in sede di liquidazione del danno, o al principio di adeguatezza e proporzionalità della sanzione rispetto alla violazione, non ci sembra apporti argomenti significativi sul versante problematico che contrassegna il quesito se, per effetto della riduzione, la regola privata ne risulti in tal modo corretta; a questa domanda non può che darsi risposta positiva perché in ciascuna delle due prospettive (penale come forma di prede-

(31) MOSCATI, *Riduzione*, cit., 1787.

(32) MOSCATI, *op. ult. cit.*, 1784 ss.

(33) MOSCATI, *op. ult. cit.*, 1787.

(34) Ci riferiamo a CASS., 24.4.1980, n. 2479, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1784, (cui si riferisce la nota di MOSCATI di cui *supra*) ed alla più recente CASS., 9.11.1994, n. 9304, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce «Contratto in genere», n. 364. In tutte e due le sentenze si sottolinea che il potere riduttivo esplica la necessità di correggere l'autonomia privata; nella prima, si evidenzia in particolare che la correzione della regola privata è legittima se l'autonomia privata è esercitata fuori dei limiti riconosciuti meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico.

terminazione forfetaria del danno e penale sanzionatoria) il frutto della regola privata e cioè, rispettivamente, la determinazione preventiva del danno, o la sanzione, è innegabilmente conformato dall'ordinamento.

Dunque non può negarsi che l'atto di autonomia privata ne risulti manipolato da quest'ultimo.

Il problema è semmai un altro ed è quello di individuare la ragione dell'intervento correttivo dell'equità, con il correlativo sacrificio dell'autonomia privata.

In questo senso, si è già detto che tutte le opzioni ideologiche di fondo risultano astrattamente in grado di apprestare una solida base argomentativa al potere di riduzione, se lo si vede come strumento idoneo a garantire il rispetto del principio sotteso ad ogni ricostruzione funzionale, tradotto in interesse oggettivo dell'ordinamento alla sua salvaguardia.

6. *Segue: LA RIDUZIONE NON È ESPRESSIONE DI UN PRINCIPIO DI GIUSTIZIA CONTRATTUALE.* Contemporaneamente, l'ambivalenza funzionale non contraddice l'idea secondo cui è impossibile leggere nel meccanismo di riduzione dell'art. 1384 cod. civ. un riflesso dell'interesse dell'ordinamento alla salvaguardia dell'equilibrio delle prestazioni e quindi, in ultima analisi, una tendenza ad assicurare la giustizia del contratto.

Questa conclusione, che avevamo già avuto modo di raggiungere⁽³⁵⁾, ci sembra confermata, o comunque non contraddetta dalla sentenza delle sez. un. che, pur richiamando l'equità come limite allo svolgimento dell'autonomia privata, marca i confini di operatività del principio con riferimento alla funzione risarcitoria, ovvero sanzionatoria della clausola penale⁽³⁶⁾.

(35) Ci permettiamo, anche qui, di rinviare a PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, cit., 45 ss.

(36) Tuttavia, è da registrare tra i primi commentatori della sentenza la decisa presa di posizione di chi ha ritenuto che la rilevanza della pronuncia stia soprattutto «(...) nell'ottica sottostante il principio di diritto affermato dalle sezioni unite che assegna al giudice il delicato compito di garantire la giustizia contrattuale, in funzione di controllo dell'adeguatezza delle prestazioni, superando il principio dell'intangibilità del contratto dall'esterno e il dogma

Infatti, se la funzione della penale è quella di liquidare preventivamente il danno, la riduzione è l'estrinsecazione del potere del giudice di determinare la misura del pregiudizio, piuttosto che espressione di un'esigenza di proporzionalità tra prestazioni; se, privilegiando il momento sanzionatorio, si individua il fondamento del potere di riduzione nella necessità che la sanzione sia comunque e sempre proporzionata alla violazione, è quest'ultimo – la giustizia della sanzione – il valore in gioco da salvaguardare, non già quello della proporzionalità tra prestazioni.

Tutto ciò, a tacere della stessa inconfigurabilità della precondizione per un discorso su giustizia del contratto ed equilibrio delle prestazioni, e cioè il nesso di interdipendenza tra queste ultime.

Infatti, sia che si aderisca all'idea della clausola penale come elemento accidentale del contratto cui accede, sia che la si intenda quale negozio autonomo, seppur collegato, al contratto del cui inadempimento si tratta, non è possibile individuare un sinallagma in rapporto al quale contestualizzare il tema della giustizia del programma negoziale⁽³⁷⁾.

ottocentesco della signoria della volontà privata»: così GARUFI, *Dietrofront sulla penale, garanzia di equità. Si al potere giudiziale di riduzione come strumento di controllo*, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 38, 11. Ma la conclusione, come si vedrà nel testo, non è condivisibile.

(37) Le due ricostruzioni corrispondono, anche qui, a due diversi modi di intendere strutturalmente la clausola. La intende come negozio autonomo, ad esempio e tra gli altri, MARINI, *La clausola penale*, cit., 68 ss. La considera quale elemento accidentale, tra gli altri, CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, 1966, 255. Questa autorevole dottrina chiarisce bene come, ai fini della qualificazione in termini di *accidentalità*, non rilevi l'importanza del dato nel quadro del programma negoziale perché tutti gli elementi ivi inseriti dovrebbero ritenersi essenziali in quanto afferenti al contenuto stesso del contratto. La contrapposizione tra elementi accidentali e non accidentali rileva, invece, sul diverso versante della qualificazione tipologica del contratto, nel senso che sono essenziali tutti gli elementi indispensabili a marcare l'appartenenza di un contratto al tipo, mentre non lo sono tutte le altre determinazioni che, pur concorrendo alla costruzione del

Se si tratta di un negozio autonomo, manca una correttezza tra prestazioni posto che la parte a cui favore opera la penale non è tenuta ad alcunché, né si può dire che l'impegno al suo pagamento sia controprestazione del danno, la relativa struttura negoziale prestandosi ad una qualificazione in termini di contratto con prestazioni a carico di una sola parte⁽³⁸⁾.

Se si tratta di elemento accidentale, resta comunque fermo che l'unica prestazione dovuta è quella dedotta ad oggetto della clausola penale e manca, anche in questa prospettiva, un effettivo intrecciarsi tra prestazioni.

In ogni caso, pertanto, l'interesse oggettivo dell'ordinamento non è la salvaguardia dell'equilibrio di quest'ultime, ma quello correlato al carattere intrinseco della sanzione, o alla funzione del risarcimento del danno, rispetto ai quali l'equità è impiegata sia come strumento in grado di individuare il limite oltre cui l'uno, o l'altra, perdono il significato loro proprio, sia come criterio per conformare quantitativamente la nuova regola sostitutiva.

7. Segue: MA NON SI PUÒ NEMMENO SPIEGARE QUALE STRUMENTO DI GARANZIA DELL'EQUITÀ/PROPORZIONALITÀ DEL RISARCIMENTO, O DELLA SANZIONE PRIVATA; L'INCOERENZA CON LA MANCATA PREVISIONE DELLA MODIFICABILITÀ IN AUMENTO DELLA PENALE IRRISORIA. Infine, se la conclusione cui pervengono le sez. un. può apparire in astratto condivisibile, altrettanto non è la motivazione che la sorregge.

contenuto del contratto, non assolvono a tale funzione: CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 193. Contemporaneamente, sempre secondo il condivisibile insegnamento di questa dottrina, accidentalità e carattere primario di un elemento non sono termini di un'antinomia perché, nella diversa prospettiva che valorizza l'importanza della regola ai fini della realizzazione dell'assetto di interessi diviso, un elemento accidentale può assumere un peso decisivo per la realizzazione della regola, sicché esso può essere al tempo stesso accidentale e primario, com'è il caso della clausola condizionale: CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 196.

⁽³⁸⁾ In un senso non dissimile v. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, 1954, 136, secondo cui la clausola penale genera effetti giuridici solo a carico di una parte.

L'ostacolo principale per un suo pieno accoglimento è rappresentato dall'unidirezionalità operativa della regola di riduzione, congegnata per conformare ad equità la penale eccessiva, non anche per aumentare quella irrisoria.

La dottrina non ha potuto far altro che constatare l'esistenza, al riguardo, di una imperfetta e solo parziale realizzazione dell'esigenza di giustizia che è alla base del potere di riduzione visto che il dato normativo è insuperabile quando nega che al potere di diminuire la penale eccessiva possa far riscontro quello del giudice di aumentare quella irrisoria⁽³⁹⁾ tanto che l'intervento equitativo del giudice è stato definito *claudicante*⁽⁴⁰⁾.

Infatti, eccettuato il caso in cui l'irrisorietà costituisca il mezzo per eludere il divieto di esonero da responsabilità per fatto proprio, o

⁽³⁹⁾ MARINI, *La clausola penale*, cit., 142. Di recente TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, cit., 134, ha tuttavia teorizzato la possibilità di intervento anche sulla clausola penale irrisoria ritenendo che essa sarebbe sempre nulla ex art. 1229, comma 1°, cod. civ. L'aumento della clausola penale irrisoria corrisponderebbe ad un'esigenza di completezza sistematica del disegno equitativo sotteso alla riduzione della clausola penale eccessiva. Si trarrebbe, perciò, di una sorta di necessità di simmetria di sistema. L'opinione non ci sembra da condividere perché essa sconta la premessa, tutta da dimostrare, dell'equiparazione, per valutazione legale tipica, dell'irrisorietà a manifestazione di volontà elusiva del divieto dei patti di esonero da responsabilità. A parte ciò, possono qui riproporsi le critiche in precedenza espresse a proposito della supposta nullità della clausola penale eccessiva; la nullità, a nostro parere e comunque la si voglia inquadrare, espunge il patto dal mondo giuridico e quindi non si tratta di un intervento correttivo operato dal giudice sull'atto di autonomia privata. Tanto ciò vero che questa stessa dottrina è poi costretta ad ammettere che nel caso di penale irrisoria il giudice interviene (non a correggere verso l'alto, ma) «(...) a condannare il debitore all'integrale risarcimento del danno»: TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, cit., 134; per cui si assiste, in realtà, ad un fenomeno di espansione del diritto originariamente compreso dall'irrisorietà della clausola penale e non ad un intervento del giudice in senso correttivo.

⁽⁴⁰⁾ MAZZARESE, *Clausola penale*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1999, sub artt. 1382-1384, 614.

degli ausiliari (nel qual caso il rimedio resta quello della nullità della clausola, in quanto in frode alla legge), non è dubbio che una penale irrisoria, valida e non abusiva, pone seri problemi di coerenza e di corrispondenza con gli stessi principi di adeguatezza e proporzionalità assunti a base della riducibilità della penale eccessiva⁽⁴¹⁾.

Anche una penale irrisoria, infatti, contrasta con l'esigenza che la sanzione sia intrinsecamente proporzionata alla violazione, o con quella per cui il risarcimento deve essere coerente con il valore dell'inadempimento.

Cosicché, di fronte alla chiarezza del dato normativo che esclude l'aumento della penale irrisoria, si deve parimenti escludere che la giustificazione dell'iniziativa officiosa di riduzione sia rintracciabile nell'interesse oggettivo dell'ordinamento alla salvaguardia dei caratteri propri di giustizia e proporzionalità della sanzione, o del risarcimento del danno, perché tale esigenza si prospetta in ugual forza e misura anche per il caso di una penale irrisoria per la quale, tuttavia, l'ordinamento non appresta rimedi.

8. LA SPIEGAZIONE DELL'OFFICIOSITÀ DELL'INIZIATIVA RIDUTTIVA NEL QUADRO DEL DIVIETO DI CUMULO EX ART. 1383 COD. CIV.: L'ART. 1384 COD. CIV. SPOSTA IL CONTROLLO SUL RISPETTO DEL DIVIETO DI CUMULO, DAL PIANO DELLA PROPONIBILITÀ DELLA DOMANDA - SU CUI OPERA L'ART. 1383 COD. CIV. - A QUELLO SOSTANZIALE. L'alternativa che la sentenza delle sez. un. segnala sta pertanto in ciò: (i) o l'apparato concettuale che sostiene la conclusione è impiegabile per portare ad ulteriori e più estreme conseguenze l'idea dell'iniziativa officiosa del giudice sul piano della riduzione della penale, ampliandone lo spettro operativo sino a comprendere anche la possibilità di aumentare, sempre di ufficio, quella irrisoria; (ii) o la spiegazione dell'iniziativa officiosa, mantenuta nello stretto recinto della sola riduzione di quella eccessiva e non anche dell'aumento dell'altra irrisoria, va ricercata altrove.

⁽⁴¹⁾ MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 612.

A noi sembra che la soluzione sia la seconda per l'insuperabilità del dato normativo e la spiegazione va ricercata, precisamente, nella norma dell'art. 1383 cod. civ. che vieta il cumulo di penale ed adempimento, salvo che la prima sia stata pattuita per il semplice ritardo.

Il quesito da porre è se una delle funzioni della riducibilità può consistere nell'assicurare la *chiusura* del sistema imperniato sulla norma che vieta il cumulo.

Infatti, esso potrebbe risultare aggirato se si consentisse al creditore di negoziare una penale che, nella sua (e grazie alla sua) eccessività, svolge sostanzialmente la funzione di garantire, sia l'utilità ritraibile dalla prestazione principale per la parte di penale idealmente corrispondente (quanto a valore) all'interesse correlato all'adempimento, sia l'utilità aggiuntiva e propria della clausola per la parte di essa idealmente eccedente (quanto a valore) detto interesse; così attuandosi, sotto il profilo economico, il cumulo vietato.

In questa prospettiva, mentre il divieto di cumulo ex art. 1383 cod. civ. regola, sul piano della proponibilità della domanda in sede processuale, il concorso delle richieste di adempimento e di pagamento della penale, la norma dell'art. 1384 cod. civ. consente al giudice di spostare quel controllo sul piano squisitamente sostanziale (contrattuale), ma sempre in funzione repressiva di un cumulo attuato, indirettamente, o surrettiziamente, nella fase della negoziazione del patto.

Questo potrebbe spiegare perché la norma opera nei soli confronti del creditore; non si tratterebbe di *favor debitoris*, ma di coerente proiezione soggettiva, in questa dimensione, del divieto di cumulo che - come evidente - ha quale unico referente il solo creditore.

E ciò spiegherebbe anche l'officiosità dell'iniziativa giudiziale stante la natura del divieto di cumulo corrispondente ad un principio inderogabile che, se violato, produce la nullità dell'accordo in deroga⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ Per tutti, v. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti Sacco*, II, Giuffrè, 1994, 411.