



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

LUCIANA LA BANCA

Autonomia privata e atipicità delle sanzioni civili: la configurabilità di una clausola penale pura

ABSTRACT - This paper focuses on the relationships between penalty regulation and negotiating autonomy in a system where the principle of *numerus clausus* and the prohibition of taking the law into one's own hands suggest to consider the hypotheses of private self-protection to be exceptional. Hence, after a short examination of the functions referable to the institution of the penal clause, it follows an inquiry on the meaning of the so-called pure penalty and the limits to the definition of atypical civil sanctions.

KEYWORDS - Private autonomy - self-defense - pure penal clause - deterrence - compensation - atypical civil sanctions

LUCIANA LA BANCA*

**Autonomia privata e atipicità delle sanzioni civili:
la configurabilità di una clausola penale pura****

SOMMARIO: 1. *Presupposti, funzione e limiti delle sanzioni civili. Delimitazione del piano del lavoro.* – 2. *Pena versus risarcimento. Modelli sanzionatori a confronto.* – 3. *La funzione risarcitoria della clausola penale. Una tecnica di liquidazione anticipata e forfettaria del danno.* – 4. *La funzione compulsoria-afflittiva. Un esempio di pena privata.* – 5. *Il problema della clausola penale pura.* – 6. *Autonomia privata e negozi non appartenenti ai tipi muniti di precipua disciplina legale. Se siano ammissibili sanzioni civili atipiche.* – 7. *Autonomia privata e potere sanzionatorio: i confini tra uso e abuso del diritto di predisporre sanzioni civili con finalità non risarcitoria. Il ruolo integrativo della buona fede.* – 8. *La configurabilità di una clausola penale pura*

1. Presupposti, funzione e limiti delle sanzioni civili. Delimitazione del piano del lavoro

In un contesto di relazioni economiche caratterizzato dalla trasformazione dei mercati e dall'intensificazione del traffico giuridico, un ripensamento del ruolo ascrivibile all'autonomia privata si rende quanto mai opportuno al fine di scongiurare quel senso di insoddisfazione, a più livelli avvertito, nei confronti dell'apparato sanzionatorio, là dove reputabile inidoneo a rispondere alle rinnovate istanze degli attori sociali.

L'esigenza di assicurare al titolare di un diritto il più alto grado di effettività della tutela senza, per ciò solo, intaccare il ruolo di *ultima ratio* da sempre riservato alla sanzione criminale ha condotto, per un verso, a un processo di progressiva depenalizzazione di numerosi illeciti ritenuti "bagatellari", per l'altro, alla valorizzazione di rimedi a struttura non risarcitoria nel campo del diritto civile.

In ossequio al principio di sussidiarietà, molteplici reati sono stati convertiti in illeciti civili e amministrativi, persuasi che anche sanzioni meno aggressive potessero preservare, con efficacia pari a quella della pena, l'integrità di taluni beni giuridici.

Nell'ambito dei rimedi "alternativi" a tal fine previsti, le difficoltà probatorie connesse alla sussistenza di un danno risarcibile e l'eventualità che il pregiudizio si prospetti di gran lunga inferiore ai vantaggi che il responsabile intende trarre dall'inosservanza della regola di condotta

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

possono, tuttavia, impedire al risarcimento di assolvere a una precipua funzione preventiva.

L'indagine si propone di riflettere sui rapporti intercorrenti tra l'architettura sanzionatoria e il negozio giuridico, nel senso di interrogarsi sull'ipotizzabilità di una causa punitiva degli atti di autonomia privata in un ordinamento nel quale il principio del *numerus clausus* e il divieto di farsi giustizia da sé imporrebbero di ritenere di competenza esclusiva dello Stato il potere sanzionatorio.

Tale profilo sarà investigato analizzando la disciplina positiva dell'istituto cui si fa comunemente riferimento per tentare di individuare i tratti distintivi della categoria delle sanzioni civili punitive; una volta esaurita la complessa disamina delle norme concernenti, per l'appunto, la clausola penale, ci si interrogherà sull'ammissibilità di rimedi sanzionatori atipici e, in particolare, sulla configurabilità della clausola penale c.d. pura. Uno studio sul tema necessita, invero, di qualche intendimento preliminare in ordine alla nozione di sanzione accolta in materia di responsabilità civile. Si tratta di considerazioni la cui opportunità può spiegarsi in ragione delle specificità della risposta apprestata dall'ordinamento giuridico interno a fronte della commissione di un illecito, le quali contribuiscono a rendere se non altro dubbia la riconducibilità della categoria oggetto di questo lavoro al novero delle tradizionali forme di tutela privatistica.

La costruzione di un ordinamento che sia in grado di garantire la sopravvivenza e la stabilità di un gruppo senza ricorrere alla sanzione rivela un'intrinseca impercorribilità non appena si chiariscono i termini della questione¹. Sembra, invero, priva di concrete potenzialità applicative ogni riflessione in tema di effettività del sistema giuridico che non assuma la socialità del diritto a elemento centrale della disputa². Soltanto la valorizzazione della dimensione relazionale del singolo consente, infatti, di operare una selezione delle condotte rispetto alle quali può essere utile interrogarsi sulla sanzionabilità del contegno umano.

¹ Le uniche ipotesi di sistema normativo sempre osservato (il sistema normativo perfettamente razionale per esseri perfettamente razionali ovvero anche non razionale per esseri completamente automatizzati) sono state qualificate da una certa dottrina come casi-limite, storicamente mai realizzati. Cfr. N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, XVI (1969), 530.

² In argomento, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, Napoli, 2006, 160, il quale afferma che senza la socialità della scienza giuridica si tradisce il compito proprio di questa forma di conoscenza, quale conoscenza del diritto al fine della sua corretta applicazione.

1/2021

Una simile attività ermeneutica si avverte come necessaria perché possa dirsi pienamente soddisfatta la primaria esigenza dell'ordinamento alla non dissoluzione della comunità organizzata alla quale appartengono soggetti liberi di non conformarsi alla regola di comportamento cristallizzata nella norma giuridica.

Si è detto, in proposito, che in tanto ha senso discutere di responsabilità e di sanzione, in quanto vi sia un individuo in grado di autodeterminarsi nel mondo e di alterare, con le proprie scelte, l'ordine sociale³.

Nella prospettiva appena delineata, un'analisi delle concrete modalità attuative del principio di autoconservazione del sistema diventa, dunque, imprescindibile.

Limitatamente alle sanzioni che presiedono al regolare svolgimento dei rapporti privatistici, è possibile inferirne l'appartenenza alla categoria delle misure cosiddette riparative, stante la particolare logica cui risulta informata la relativa disciplina. Esse si ispirano al principio secondo il quale il male generato dall'inottemperanza della norma giuridica non possa e non debba essere ripagato con altrettanto male, bensì rimosso ovvero ridotto nei limiti delle umane e giuridiche facoltà⁴. Tanto varrebbe a giustificare la precipua reazione dell'ordinamento, intesa a ripristinare la situazione antecedente alla violazione ovvero, quando non sia praticabile un ristabilimento in forma specifica⁵, ad attribuire al danneggiato l'equivalente economico della perdita subita⁶.

³ Che l'azione non sanzionabile non sia di per sé un'azione insignificante, ma soltanto un'azione irriducibile alla logica della socialità in quanto rilevante solo per il soggetto agente e per nessun altro è affermato da F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XLI (1989), 309, il quale sottolinea come «sanzionare un'azione significa dunque riconoscerla come coesistenziale, nella prospettiva globale di una coesistenzialità che non è un mero dato naturalistico, ma un co-appartenersi come soggetti liberi e simmetrici; una coesistenzialità che è un sistema dinamico (perché necessariamente soggetto alla legge della temporalità) di equilibri, nel quale ogni soggettività garantisce sé stessa attraverso la garanzia che fornisce all'agire di ogni altro».

⁴ Sia consentito il rinvio a L. LA BANCA, *Sollecitazioni provenienti dagli ordinamenti giuridici stranieri in materia di sanzioni civili afflittive*, in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, 1/2019, 170.

⁵ Così T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private* (a cura di) Busnelli e Scalfi, Giuffrè, Milano, 1985, 59.

⁶ Le sanzioni che determinano l'eliminazione del pregiudizio mediante la ricomposizione dello *status quo ante* sono classificate come "restitutorie"; quando, invece, la misura si sostanzia in una somma di denaro idonea a rimuovere il danno occorso, si discorre di "risarcimento".

Coerentemente con la *ratio* riparatoria del rimedio, l'art. 1218 c.c. regola le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza della norma che impone al debitore di eseguire con esattezza la prestazione dovuta, prevedendo un obbligo, gravante sul trasgressore, di corrispondere al creditore danneggiato il valore economico della lesione sofferta.

La restaurazione del patrimonio del soggetto pregiudicato dalla violazione viene realizzata dal legislatore mediante l'imposizione di un dovere secondario avente la funzione di sostituirsi al dovere originario di prestazione.

Tuttavia, la mera prova dell'inadempimento non è ritenuta sufficiente al fine di consentire al risarcimento di spiegare i propri effetti, rendendosi necessarie ulteriori verifiche concernenti l'esistenza, l'entità e la derivazione causale del danno dall'inadempimento dell'obbligazione. Detto accertamento rappresenta un momento irrinunciabile del processo determinativo e applicativo del risarcimento⁷, del quale è opportuno tenere conto nel prosieguo della trattazione al fine di orientare le riflessioni sul ruolo assolto dalle sanzioni punitive civili nei moderni ordinamenti.

2. *Pena versus risarcimento. Modelli sanzionatori a confronto*

In disparte il comune profilo del pregiudizio in capo a chi abbia mancato di conformarsi alla regola comportamentale da osservare⁸, è utile soffermarsi sulle principali differenze sussistenti tra la sanzione risarcitoria

⁷ Si è a lungo discusso della possibilità di ricondurre il risarcimento del danno nell'ambito delle sanzioni. La questione si è posta con particolare riguardo alle ipotesi di responsabilità oggettiva, per le quali difetterebbe il presupposto rappresentato dalla rimproverabile violazione della norma. D'altro canto, si è evidenziato come anche la minaccia dell'obbligazione risarcitoria sia in grado di motivare all'adempimento e di svolgere quella funzione dissuasiva propria della sanzione penale. Cfr. E. MOSCATI, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII (1982), 782, secondo il quale «l'obbligazione risarcitoria assolverebbe anche ad una funzione intimidatrice nei confronti degli altri consociati, nel senso che il timore di incorrere nella sanzione risarcitoria costituirebbe una remora a commettere nuove e più gravi violazioni: e ciò in quanto il risarcimento si risolverebbe in una vera e propria pena a carico dell'autore del danno». Sul dibattito concernente la natura del risarcimento, si rimanda a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, commentato da G. LAZZARO, *Imperativismo e responsabilità civile*, in *Riv. int. fil. dir.*, XLI, 1964, 780-790.

⁸ Si veda A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1980, 232 ss.

e la sanzione penale, i cui presupposti applicativi ed effetti non sembrano, *prima facie*, equiparabili.

Atteso che la comminazione della pena postula il perfezionamento di una fattispecie espressamente prevista come reato dal legislatore, tendendo a ristabilire l'equilibrio violato attraverso la punizione del trasgressore della regola di condotta, sembra preferibile discutere, nel merito, di reazione alle conseguenze dannose dell'illecito piuttosto che di rimedio in senso stretto; al contrario, la funzione squisitamente economica ascrivibile al risarcimento, implicando una nuova allocazione delle perdite prodottesi e non potendo prescindere da talune verifiche in ordine alla precisa consistenza del danno da riparare, favorisce un'interpretazione di tipo rimediabile.

Il preminente carattere compensativo del risarcimento non consentirebbe, in sostanza, di ipotizzare che, per suo tramite, sia perseguibile una finalità diversa dalla restaurazione dell'interesse leso, potenzialmente ispirata a dinamiche dissuasive e punitive. Tale assunto sarebbe corroborato, tra le altre, dalla norma che contempla la risarcibilità dei soli danni prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione, limitando il risarcimento di quelli imprevedibili alle ipotesi di inadempimento doloso. La prevedibilità fungerebbe, dunque, da parametro alla stregua del quale valutare la proporzionalità della sanzione risarcitoria alla lesione determinatasi nella sfera giuridica del creditore sulla scorta di un giudizio di probabile verifica del danno, condotto secondo il criterio della normalità e alla luce delle circostanze di fatto note⁹.

In quanto riferibile al *genus* delle sanzioni "eterogenee", può rilevarsi come la pena non condivida la medesima natura della condotta prescritta, finendo col risolversi in una conseguenza a contenuto afflittivo che l'ordinamento fa derivare esclusivamente dalla violazione della norma; le discrepanze con il risarcimento si manifestano nella riconducibilità di quest'ultimo alla categoria delle sanzioni "omogenee" le quali, pur discendendo coattivamente dalla violazione di un obbligo, partecipano, all'opposto, della stessa natura della prestazione o comportamento dovuti¹⁰.

⁹ Cfr., in giurisprudenza, Cass., 11 agosto 2004, n. 15559, in *Giust. civ.*, 1/2005, 1562. Per una ricostruzione della nozione di prevedibilità quale criterio atto a verificare la proporzionalità del risarcimento alla lesione di quegli interessi che sono connessi alla prestazione secondo un criterio di normalità, C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, *sub art. 1225*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, 373.

¹⁰ Così P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXXII (1982), 787, il quale rileva che «la sanzione omogenea e la sanzione eterogenea impeditiva rafforzano, in genere, una norma-

Tanto premesso, vale evidenziare come la rigida autoreferenzialità di pena e risarcimento possa, talvolta, venir meno per lasciare spazio a una forma di tutela dei diritti diversa da quella garantita, alternativamente, dalle norme penali e dalle norme civili. L'opportunità di adeguare la sanzione risarcitoria alle rinnovate istanze della realtà giuridica e sociale ha, infatti, realizzato un progressivo avvicinamento della relativa disciplina all'idea di prevenzione dell'illecito e di soddisfazione morale (anziché unicamente economica) del danneggiato¹¹.

L'irrilevanza della concreta portata dei danni e l'astratta idoneità a prevenire e reprimere la commissione dell'illecito attraverso la coazione psicologica del soggetto tenuto a osservare un certo contegno sollecitano una riflessione sull'istituto della clausola penale¹².

L'esigibilità della penale consegue, invero, alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione principale; di qui la necessità di assumere come prioritaria non la funzione di trasferire gli effetti pregiudizievoli dell'inadempimento dal patrimonio del creditore rimasto insoddisfatto a quello del debitore insolvente, bensì quella di stigmatizzare l'inosservanza della regola di condotta convenzionalmente determinata.

Il principio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" potrebbe, tuttavia, ostacolare l'operatività di un meccanismo sanzionatorio il cui funzionamento fosse demandato all'iniziativa dell'autonomia negoziale. Premesso che la pena quale sanzione in grado di incidere sulla libertà personale dell'autore dell'illecito rappresenta appannaggio esclusivo dell'esperienza pubblicistica e che la relativa tipicità è espressamente prevista a livello costituzionale in ragione della natura superindividuale dell'interesse protetto dalla norma penale, è utile chiedersi se sia configurabile, sul piano dei rapporti privatistici, una pena non criminale, intesa quale sanzione idonea a colpire un bene diverso da quello leso a

garanzia; la sanzione eterogenea afflittiva, pur potendo essere vista nella prospettiva della garanzia, rafforza essenzialmente una norma-comando: in altre parole, tende ad offrire una motivazione antitetica rispetto a quella che può portare alla violazione dell'obbligo, sotto il presupposto di una libera scelta». Sulla questione, ID., *Delitto e pena nel pensiero di G. Romagnosi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1961, 959 ss.

¹¹ In tal senso, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1991, 111. Cfr., altresì, B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Metzner, Frankfurt am Main - Berlin, 1961, 82.

¹² È, infatti, la superfluità di qualsivoglia accertamento in ordine al pregiudizio arrecato al creditore a non consentire una pacifica collocazione della clausola penale nell'ambito delle sanzioni civili a preminente carattere satisfattivo.

seguito della violazione di un dovere di astensione o di un obbligo di agire che abbia la propria fonte nel contratto.

3. La funzione risarcitoria della clausola penale. Una tecnica di liquidazione anticipata e forfettaria del danno

La disciplina cui si fa tradizionalmente riferimento per tentare di enucleare gli elementi caratterizzanti la categoria delle sanzioni civili punitive, le quali abbiano titolo in un atto dell'autonomia privata (anche note come "pene private negoziali"), è quella delineata dagli artt. 1382 ss. c.c. in materia di clausola penale.

Secondo un orientamento, tali disposizioni tradiscono una volontà legislativa di non ostracizzare l'idea della pena privata, malgrado dottrina e giurisprudenza maggioritarie continuino a ritenere che nell'istituto poco vi sia di penale e che la clausola rappresenti, al contrario, uno strumento convenzionale di liquidazione anticipata e forfettaria del danno derivante dall'inosservanza del comportamento dovuto¹³.

Al fine di comprendere i termini del rapporto che può instaurarsi tra l'ordinamento sanzionatorio e l'autonomia negoziale, si rende necessaria una puntuale analisi del dato normativo, la cui apparente ambiguità legittima il profilarsi di plurime posizioni in merito allo scopo concretamente perseguito dai privati mediante l'ausilio della penale.

L'art. 1382 c.c., rubricato "effetti della clausola penale", stabilisce che «la clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore», aggiungendo, al comma successivo, che «la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno».

A dispetto del *nomen iuris*, il legislatore individua nella limitazione del risarcimento l'effetto tipico della pattuizione, salvo precisare, immediatamente dopo, che l'esigibilità della penale prescinde dall'assolvimento di specifici oneri probatori in ordine alla sussistenza e all'entità del danno conseguente all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale. L'enunciato effetto

¹³ In tal senso, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 2. Si veda anche F. D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle "pene private"?*, in *Le pene private* (a cura di) Busnelli e Scalfi, *op. cit.*, 3 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 2/1987, 531 ss.

limitativo del risarcimento costituisce l'incontrovertibile ancoraggio testuale a partire dal quale la dottrina e la giurisprudenza tuttora maggioritarie hanno ricostruito la funzione della clausola penale in chiave eminentemente risarcitoria. I fautori di questa teoria attribuiscono alla pattuizione disciplinata dagli artt. 1382 ss. c.c. il fine specifico di semplificare l'applicazione della sanzione tipizzata dal legislatore per le ipotesi di inadempimento¹⁴.

In ambito contrattuale, il risarcimento presuppone l'insorgenza in capo al soggetto non inadempiente non di un qualsiasi danno, ma di un danno giuridicamente rilevante ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 1218 ss. c.c.

Le difficoltà e, talvolta, l'oggettiva impossibilità di fornire una prova in tal senso, unitamente ai tempi sovente troppo lunghi della giustizia civile, indurrebbero il creditore e il debitore ad accordarsi (in vista di un futuro e ipotetico inadempimento) sulla prestazione da eseguire in luogo di quella originariamente dovuta. Tale prestazione, sostituendosi a quella principale per esplicita volontà dei contraenti, garantirebbe alle parti di conseguire le utilità del risarcimento, indipendentemente dall'assolvimento di precisi oneri. La circostanza che la penale sia dovuta pur in assenza di prova del pregiudizio sarebbe indice della facoltà riconosciuta dal legislatore ai privati di predeterminare convenzionalmente e in maniera forfettaria la misura del danno, il quale finisce con l'essere liquidato in deroga alle norme che presiedono alla ordinaria quantificazione del risarcimento.

La forfettizzazione del danno risarcibile metterebbe il debitore nella condizione di conoscere con anticipo le conseguenze del proprio inadempimento¹⁵ e di rendere il creditore previamente edotto in ordine al *quantum debeatur*, così da poter ottenere il risarcimento senza dover provare l'effettiva consistenza del danno sofferto e senza che il debitore possa

¹⁴ Cfr. M. GHIRON, *Della clausola penale e della caparra*, in *Comm. c.c.* (a cura di) D'Amelio e Finzi, Barbera Editore, Firenze, 1948, 537; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Giuffrè, Milano, 1946, 131 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.* (diretto da) Grosso e Santoro Passarelli, Vallardi, Milano, 1966, 146; F. GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2/1983, 207 ss.; L. CARRARO, *Recensione a Trimarchi*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, 189.

¹⁵ La distinzione con il risarcimento risiederebbe nella determinazione postuma del contenuto di quest'ultimo. Una volta verificatosi l'illecito, è compito del giudice stabilire, sulla scorta dei parametri individuati dal legislatore, il *quantum* dovuto al soggetto che ha subito l'inadempimento.

eccepire l'inferiorità di tale danno¹⁶. Ciò non implicherebbe la completa irrilevanza del pregiudizio occorso¹⁷ né la configurabilità di una presunzione assoluta di danno¹⁸, atteso che non ogni inadempimento è causa diretta e immediata della perdita subita dal creditore o del suo mancato guadagno¹⁹. Si tratterebbe, più semplicemente, di un mutamento dei criteri di liquidazione, i quali, essendo rimessi alla scelta dell'autonomia negoziale, ben potrebbero affrancarsi dal tradizionale onere della prova²⁰.

In relazione a detto aspetto, si è posto il problema dell'eventuale superfluità dell'elemento probatorio per intrinseca dannosità dell'inadempimento²¹. Secondo una dottrina, la prova del danno sarebbe assorbita dalla prova dell'inadempimento dal momento che, essendo la prestazione volta ad assicurare al creditore una certa utilità, privarlo della stessa non potrebbe non arrecargli un danno²².

¹⁶ In questi termini, A. DE CUPIS, *op. cit.*, 524. Cfr. anche M. DE LUCA, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1998, 36.

¹⁷ Cfr. A. MARINI, *La clausola penale*, Jovene, Napoli, 1984, 15, il quale rileva che, escludendo la rilevanza del danno nell'interpretazione dell'art. 1382, comma 2 c.c. in conformità a un costante e univoco indirizzo giurisprudenziale e alla dottrina assolutamente dominante, deve conseguentemente ammettersi che la liquidazione preventiva e a *forfait* del danno che si assume quale propria e caratterizzante la clausola penale sembra destinata a entrare in crisi. Si veda anche G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.*, Utet, Torino, 1980, 256, secondo il quale non è certo da porre in dubbio che nella funzione della clausola rientri essenzialmente la funzione sanzionatoria e che questa sia anche la sola sufficiente a giustificare il valore giuridico dell'impiego, giacché altrimenti non potrebbe essere spiegato perché la penale sia dovuta anche se non viene dimostrata la sussistenza di un danno. L'autore sembra escludere che la clausola penale possa essere costruita come un accordo di liquidazione preventiva del danno, salvo poi precisare la possibile coesistenza di una funzione risarcitoria accanto a quella coercitiva, circostanza quest'ultima che mal si concilia, secondo Marini, con l'irrilevanza del danno di cui in premessa. Si rimanda, altresì, alla ricostruzione di E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 906 ss.

¹⁸ Cfr. A. MARINI, *op. cit.*, 16, ove si osserva che «né varrebbe richiamarsi, come pure si è fatto, alla mediazione di una ipotetica presunzione di esistenza del danno destinata ad operare a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione posto che, si tratterebbe, in ogni caso, di una presunzione assoluta di danno e, dunque, il problema appare risolto solo attraverso un artificio costruttivo».

¹⁹ A norma dell'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.

²⁰ Sul punto, A. MAGAZZÙ, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII (1990), 189.

²¹ Per puntuali osservazioni critiche, A. MARINI, *op. cit.*, 17.

²² In argomento, A. DE CUPIS, *op. cit.*, 479, il quale ritiene che nella prova dell'inadempimento sia implicita la prova del danno arrecato al creditore e che, sostanziandosi l'oggetto dell'obbligazione in una prestazione utile al creditore,

La *ratio* compensativa che si vuole ascrivere alla clausola penale sarebbe ulteriormente comprovata dalla lettera dell'art. 1383 c.c., il quale statuisce che «il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo». Fine ultimo della disposizione sarebbe quello di evitare che l'inadempimento sia fonte di un'ingiustificata locupletazione del danneggiato, al quale è preclusa la possibilità di conseguire un risarcimento che si concreti in un beneficio maggiore di quello che avrebbe prodotto la prestazione qualora fosse stata eseguita.

La stessa risarcibilità del danno ulteriore deporrebbe a favore della teoria dominante. Alle parti sarebbe, infatti, consentito di dare rilievo a quella porzione di danno che in concreto superi l'ammontare della penale, stante l'oggettiva difficoltà di avere piena contezza, fin dal momento della conclusione del contratto, del pregiudizio che potrebbe loro derivare da un futuro (e meramente probabile) inadempimento. Condizione ineludibile del patto diverrebbe, dunque, l'accertamento dell'intero danno, compreso quello già coperto dalla penale, a riprova della valenza riparatoria sottesa all'istituto²³.

La stessa norma sul potere di riduzione giudiziale delle penali manifestamente eccessive di cui all'art. 1384 c.c. è stata, di volta in volta, manipolata e piegata al perseguimento di finalità contrapposte. Il Codice civile prevede una modulazione fondata sull'interesse del creditore all'adempimento non solo nell'ipotesi di penale *ab origine* manifestamente eccessiva, ma anche nel caso in cui la stessa diventi tale per effetto del parziale adempimento dell'obbligazione principale. Siffatto assunto verrebbe a corroborare le tesi della funzione risarcitoria della clausola penale, la quale non può essere pretesa nel suo iniziale ammontare quando risulti sproporzionata rispetto a un danno di minore consistenza rispetto a quello che si sarebbe, viceversa, determinato là dove la prestazione fosse rimasta del tutto ineseguita.

Il pregio di questa ricostruzione sarebbe, in sintesi, quello di conferire alla determinazione convenzionale del danno «un margine di dispositività che emancipa le parti da una necessaria mediazione giurisdizionale e dalla

l'inadempimento, il quale priva il creditore di questa utilità, non possa non risultargli dannoso.

²³ Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1947, 585, il quale si esprime in favore di una clausola penale con mera funzione di acconto sul risarcimento del danno.

rigorosa osservanza del regime risarcitorio»²⁴. La previsione di una penale consente di coniugare due diversi profili: stimare la convenienza dell'affare e prevenire contestualmente una lite che può sorgere in ordine al *quantum* risarcibile²⁵. Esito della menzionata valutazione sarebbe, dunque, quello di conformare il risarcimento al fine ultimo concretamente perseguito per il tramite dell'operazione economica²⁶.

4. La funzione compulsoria-afflittiva. Un esempio di pena privata

Secondo una differente interpretazione delle norme in materia di clausola penale, l'inciso "indipendentemente dalla prova del danno" sarebbe da intendersi nella diversa accezione di "indipendentemente dall'esistenza del danno". Diversamente opinando, dovrebbe, infatti, essere garantita al debitore non soltanto la possibilità di provare che il creditore non abbia subito alcun danno ovvero che il proprio inadempimento non abbia determinato un danno risarcibile, ma anche la facoltà di dimostrare che la lesione sofferta dall'altro contraente abbia un'entità inferiore rispetto a quella pattiziamente liquidata, frustrando così lo scopo di agevolazione sanzionatoria cui l'istituto appare preordinato.

In altre parole, la posizione di quanti hanno inteso rinvenire nell'ultimo comma dell'art. 1382 c.c. una mera inversione dell'onere della prova²⁷ non sarebbe condivisibile dal momento che, trattandosi di un'ipotesi che fa eccezione alla regola in forza della quale chi vuole azionare un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, là dove il legislatore avesse voluto disporre in senso derogatorio, vi avrebbe provveduto in maniera esplicita.

Spunti di conferma in tal senso sarebbero ritraibili da un'altra disposizione, l'art. 1224 c.c., il quale disciplina gli interessi legali in tema di obbligazioni pecuniarie, esonerando il creditore dall'onere della prova

²⁴ S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Cedam, Padova, 1990, 131.

²⁵ Sulla funzione transattiva che si intende attribuire alla clausola penale, A. PALAZZO, *La transazione*, in *Tratt. dir. priv.* (diretto da Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, V (1985), in particolare i capitoli I e II relativi al contenuto e agli effetti del contratto. In giurisprudenza, Cass., 21 giugno 1995, n. 6976, in *Giur. it.*, 2/1996, 488, secondo il cui indirizzo la penale consentirebbe di evitare l'azione di risoluzione, permettendo di adire direttamente il debitore per l'ammontare prestabilito.

²⁶ Cfr. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1980, 238 ss.

²⁷ Cfr. M. GHIRON, *op. cit.*, 537.

dell'esistenza del danno ("anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno"). Secondo una certa dottrina, anche tale norma è stata concretamente interpretata nel senso che l'attribuzione degli interessi legali prescinde del tutto dal danno concretamente verificatosi, non nel senso di una semplice inversione dell'onere della prova²⁸.

Si è già detto che l'interpretazione della penale quale forfettizzazione del danno risarcibile costituisce il fulcro della tesi risarcitoria. Detta circostanza solleva il creditore dall'onere di provare un *quantum* che è stato già convenzionalmente individuato, ma è altresì vero che, così argomentando, il medesimo onere probatorio continuerebbe a sussistere in capo all'attore in relazione all'*an* del risarcimento. Tale evenienza, al pari di quelle precedentemente illustrate, vanificherebbe la *ratio* "transattiva" sottesa alla disciplina della clausola penale²⁹.

La stessa tesi dell'intrinseca dannosità dell'inadempimento non sarebbe esente da critiche. Come già evidenziato, essa si fonda sul presupposto che inadempimento e danno procedano di pari passo, ma tale conclusione non può essere accolta. Esistono, infatti, ipotesi di inadempimento che non determinano un danno giuridicamente rilevante, rispetto alle quali un problema di risarcimento non si pone affatto³⁰.

Nel tentativo di superare i limiti della già menzionata elaborazione teorica, è possibile individuare nella funzione punitiva l'elemento caratterizzante la clausola penale e, a tal fine, considerarla una pena privata. In questa nuova prospettiva, la penale fungerebbe unicamente da sanzione per l'inadempimento senza che acquisisca rilevanza alcuna né l'esistenza né la misura del danno. Tanto che la si voglia considerare "privata" per la natura dei soggetti cui è deferita la predeterminazione, quanto che la si voglia così qualificare per il tipo di interesse che essa si propone di tutelare, questa pena condivide con quella di diritto pubblico una doppia anima: deterrente e afflittiva.

Per quanto concerne il primo aspetto, è utile sottolineare come la tutela accordata al creditore in caso di inadempimento o di ritardo possa, talvolta, non risultare sufficiente. La semplice prospettazione della sanzione risarcitoria potrebbe, invero, essere inidonea a distogliere il debitore dalla

²⁸ A. MARINI, *op. cit.*, 14.

²⁹ Secondo questa diversa ricostruzione, la parte che intende conseguire la penale dovrebbe limitarsi a fornire la prova dell'inadempimento, essendo sollevata dall'onere di dimostrare l'entità del pregiudizio sofferto.

³⁰ In tal senso, A. MARINI, *op. cit.*, 18 ss. Sul punto, anche S. SATTA, *Condanna generica*, in *Enc. dir.*, VIII (1961), 720.

condotta illecita là dove il profitto che quest'ultimo si prefigge di realizzare mediante l'inadempimento superi di gran lunga la misura del risarcimento che deve essere corrisposto alla stregua dei parametri individuati dall'ordinamento³¹.

Al fine di ovviare alla paventata inefficacia del rimedio risarcitorio, i privati possono convenire una penale che trascenda, superandola, l'entità del danno potenziale o stimato e sia, per ciò solo, atta a esercitare una forma di coazione psicologica sul debitore, inducendolo ad adempiere per non incorrere nella sanzione individuata a norma dell'art. 1382 c.c. Coerentemente con questo orientamento, la funzione più rilevante della clausola penale consiste nell'assurgere a mezzo di coazione indiretta per le ipotesi in cui la coercizione attraverso gli ordinari rimedi giurisdizionali non può essere attuata o risulti incerta. Esaurita inutilmente la funzione deterrente, la pena privata svolgerebbe nei confronti del debitore, resosi comunque inadempiente, una funzione segnatamente afflittiva.

Ritenuto che anche la previsione di un rimedio a preminente carattere compensativo possa essere astrattamente idonea a determinare l'astensione dal comportamento antiggiuridico³², ne consegue la necessità di fondare su argomenti di altra natura la distinzione tra risarcimento e pena privata. Si è già osservato che il *proprium* del rimedio risarcitorio è quello di operare una traslazione del pregiudizio da chi lo ha subito a chi lo ha provocato, in modo da rimediare alle conseguenze dannose dell'illecito mediante la restaurazione dell'interesse leso. Sotto questo profilo, si attribuisce rilievo preminente all'evento, mentre sarebbe affatto irrilevante la condotta del soggetto agente³³.

A fronte della trasgressione di una regola di condotta - riconducibile, nel caso delle pene contrattuali, al mancato adempimento dell'obbligazione principale - la sanzione, pur concretandosi (al pari del risarcimento) in una reazione all'illecito, ha una sua specificità, costituita dall'attitudine all'afflizione del danneggiante.

Valide ragioni a sostegno della tesi in forza della quale la clausola penale sarebbe da collocare nel novero delle pene private possono trarsi, inoltre,

³¹ Si discorre di "inadempimento efficiente" con riguardo alle ipotesi in cui la mancata esecuzione della prestazione garantisca una migliore allocazione della ricchezza, determinando per il debitore inadempiente vantaggi superiori al danno sofferto dal creditore. Cfr. P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2003, 724 ss.; V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. impr.*, 3/2001, 1085-1086.

³² Sub nota 7.

³³ Così A. ZOPPINI, *op. cit.*, 113.

da un'esegesi di stampo storico-evolutivo e da una lettura sistematica delle norme che governano l'istituto.

In primo luogo, si fa riferimento all'art. 1212 del Codice civile del 1865, il quale definiva testualmente la clausola penale come la «compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale». Gli interpreti, i quali avevano attribuito alla penale la funzione di liquidazione anticipata e convenzionale del danno (e di contestuale rafforzamento del vincolo obbligatorio)³⁴, hanno successivamente inteso la mancanza, nel codice del 1942, di una disposizione che richiamasse in maniera esplicita il danno subito dal creditore quale indice del superamento della teoria risarcitoria, in ossequio all'antico brocardo secondo cui "*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*".

Per quanto concerne il profilo sistematico, lo stesso patto di risarcibilità del danno ulteriore non sarebbe da interpretarsi nel senso di ascrivere alla penale la funzione di "acconto sul risarcimento", ma più congruamente come una stipulazione che nulla toglie alla natura di pena privata dell'istituto, entrando a «far parte del contenuto solo eventuale e dispositivo della clausola penale»³⁵. L'obbligazione risarcitoria acquisirebbe, dunque, una rilevanza marginale dal momento che l'eventuale assenza di danni concreti o la minore estensione degli stessi rispetto a quelli coperti dalla penale non comprometterebbe l'operatività della clausola, la quale continua a essere integralmente dovuta. Così articolato, l'accordo sulla risarcibilità del danno ulteriore consente al soggetto non inadempiente di cumulare la prestazione penale (in relazione alla quale non è richiesta la prova del pregiudizio) con il risarcimento di quella porzione di danno che, una volta dimostrato e stimato, superi il *quantum* convenuto a titolo di penale³⁶.

Anche il potere di riduzione della penale manifestamente eccessiva sarebbe immune da connotazioni risarcitorie. L'art. 1384 c.c. non prevede, tra i criteri atti a orientare la diminuzione, alcun genere di riferimento al danno effettivamente occorso.

Il potere-dovere riconosciuto al giudice di intervenire sul regolamento contrattuale rappresenterebbe l'estrinsecazione del normale controllo che l'ordinamento si riserva sugli atti dell'autonomia privata, non anche una

³⁴ In tal senso, *ivi*, 190.

³⁵ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Esi, Napoli, 1948, 449. Si veda anche S. MAZZARESE, *op. cit.*, 157.

³⁶ Così M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, Milano, 1954, 81.

negazione della funzione punitiva della clausola penale³⁷. L'art. 1384 c.c., lungi dal sottendere un disfavore legislativo nei confronti della sanzione punitiva civile, depone a favore di una possibile causa punitiva degli atti dell'autonomia privata a struttura bilaterale, rispetto ai quali il potere di intervento del giudice si pone quale parametro della proporzione che, in uno Stato di diritto, deve sussistere tra l'illecito e la correlata sanzione. D'altronde, se la *reductio* fosse prevista al fine di ristabilire la funzione compensativa eventualmente compromessa, al giudice sarebbe verosimilmente riconosciuto il potere, previsto in altri ordinamenti³⁸, di aumentare la penale irrisoria.

I privati possono stipulare una clausola penale con funzione dissuasiva e repressiva perché legittimati, in tal senso, da una previsione di legge, la quale, anziché stabilire la sanzione della nullità, contempla il correttivo della riducibilità giudiziale al fine di garantire che l'autonomia contrattuale sia espressione di quegli interessi per tutelare i quali il potere negoziale viene riconosciuto.

In questa prospettiva, il debitore può essere condannato al pagamento di una penale che, pur essendo stata equitativamente ridotta dal giudice, risulti comunque superiore al danno conseguente all'inadempimento, a riprova del fatto che la componente strettamente sanzionatoria non può dirsi completamente estranea all'istituto.

5. Il problema della clausola penale pura

La prima questione da affrontare onde verificare l'ammissibilità e l'ampiezza di una funzione punitiva dell'autonomia privata involge il rapporto tra l'obbligazione risarcitoria e l'obbligazione penale. Trattasi di una relazione alla cui dialettica è ispirata la soluzione che si intende

³⁷ Al contrario, «le finalità della penale sembrano proprio quelle di una pena privata, visto che la prima intenzione delle parti è quella di premere sul comportamento futuro che sarà tenuto da una delle stesse per garantire, con maggiore forza, l'adempimento dell'obbligazione principale: finalità di prevenzione pienamente legittima anche in relazione alla previsione dell'art. 1322 c.c., mentre la finalità di punizione, ineliminabilmente sottesa alla figura di pena privata, non esclusa dall'intervento riduttivo del giudice in quanto esso, per giurisprudenza consolidata, può avvenire solo in via equitativa (...) essendo impossibile pensare ad un ripristino di una rigida correlazione tra riparazione e danno effettivamente subito dal creditore». In questi termini, G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1983, 435 ss.

³⁸ Tale potere è espressamente riconosciuto al giudice dal legislatore francese.

prospettare al problema della configurabilità della clausola penale c.d. pura.

Si è detto in apertura che le riferite obbligazioni si connotano per autonomia reciproca ed eterogeneità funzionale. È vero, infatti, che il presupposto comune alla prestazione risarcitoria e a quella penale è rinvenibile nella mancata osservanza del comportamento dovuto, ma è altresì vero che la concreta determinazione di ciascuna sanzione si snoda lungo itinerari affatto diversi.

Quanto al risarcimento del danno, vale evidenziare come esso consegua a una puntuale scelta legislativa, vincolando il giudice ad attenersi alla semplice applicazione di criteri normativamente prefissati al fine di addivenire alla precisazione del *quantum* risarcibile; in relazione alla penale, tale "obbligatorietà" si tramuta, invece, in "volontarietà" del rimedio, di guisa che, pur risolvendosi in una facoltà che deriva ai privati in ogni caso dalla legge, la previsione e la conseguente applicazione della sanzione non possono prescindere dall'intesa delle parti³⁹.

L'ambiguità della formula legislativa pone non poche difficoltà interpretative in ordine a una prestazione la cui prerogativa si concreta nell'effetto limitativo del risarcimento. Premesso che la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno, si tende a escludere che la stessa possa avere una qualche valenza sostitutiva della prestazione principale, riconducibile, per converso, all'obbligazione risarcitoria⁴⁰.

³⁹ Si è detto che l'obbligazione risarcitoria e l'obbligazione penale sono obbligazioni a contenuto indeterminato, ma determinabile e che, mentre nessuna differenza si pone quanto alla struttura, diverso risulta il procedimento determinativo del contenuto. Più precisamente, l'individuazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria e la specificazione della sanzione devono essere effettuate dal giudice successivamente al verificarsi del fatto sanzionato, sulla scorta di criteri prefissati dal legislatore che servono a restringere (anche se non ad annullare) la discrezionalità del giudice. Viceversa, nell'obbligazione penale il contenuto è determinato antecedentemente all'inadempimento o al ritardo attraverso uno specifico accordo delle parti del rapporto obbligatorio principale, che l'ordinamento riconosce e tutela proprio in quanto specificazione concreta della sanzione. In termini pressoché testuali, A. MARINI, *op. cit.*, 35.

⁴⁰ Una dottrina ha, tuttavia, sostenuto che al creditore non sia mai preclusa la possibilità di chiedere, in alternativa alla penale, il risarcimento del danno. Si tratterebbe, invero, di fare applicazione della norma di cui all'art. 1385 c.c. in materia di caparra confirmatoria sulla base di una semplice considerazione: la penale stipulata a tutela del creditore non può risultargli pregiudizievole ove sia stata convenuta in misura inferiore al danno. Cfr., sul punto, M. TRIMARCHI, *Caparra*, (*dir. civ.*), in *Enc. dir.*, VI (1960), 191, il quale evidenzia che «il disposto dell'art. 1385, commi 2 e 3, dovrebbe rappresentare il fulcro dell'intero e unitario sistema scelto per la clausola penale e per la caparra, per ciò che da quelle norme risulterebbe la volontà del legislatore di non imporre al creditore dell'obbligazione

Sebbene la penale pura non sia causalmente orientata alla reintegrazione del patrimonio dell'offeso⁴¹, non può dirsi che essa sia "pena" secondo l'accezione pubblicistica, non solo e non tanto perché la relativa determinazione è sottratta agli organi dello Stato⁴², quanto, piuttosto, perché si tratta di una sanzione inidonea a incidere sulla libertà personale dell'autore dell'illecito⁴³. Eppure, la possibilità di qualificare la fattispecie di cui all'art. 1382 c.c. in termini di pena privata sembrerebbe

principale una liquidazione preventiva e forfettaria dei danni, e al contrario di consentirgli una scelta tra codesta liquidazione (attuata sotto forma di clausola penale o mediante caparra) e la liquidazione dei danni secondo le regole generali (art. 1385 comma 3)». *Contra* A. ZOPPINI, *op. cit.*, 203. L'autore ritiene che i due istituti abbiano funzioni differenti, circostanza desumibile dalla possibilità di stipulare, con il medesimo contratto, sia una clausola penale sia una caparra. In particolare, la caparra, per la funzione confirmatoria che è chiamata a svolgere, si sostanzierebbe, di regola, in una somma modesta, mentre si verifica il fenomeno opposto quando è stipulata una clausola penale; e questo spiegherebbe perché il creditore insoddisfatto della caparra possa ottenere il risarcimento completo. Se si accogliesse la tesi criticata, perderebbe, inoltre, qualsiasi rilievo il patto con cui le parti convengono la risarcibilità del danno ulteriore. V. anche A. MARINI, *op. cit.*, 164, secondo il cui orientamento la penale impedirebbe la nascita dell'obbligazione risarcitoria, limitando la tutela accordata al creditore alla sola prestazione promessa.

⁴¹ Cfr. N. BOBBIO, *op. cit.*, 534, il quale osserva che è spesso difficile stabilire in concreto la linea di demarcazione tra premio e indennizzo, tra risarcimento e punizione; S. PATTI, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, XIII (1995), 350. L'autore evidenzia come la caratteristica peculiare della pena privata consista nella mancanza di una necessaria corrispondenza tra il vantaggio pecuniario che il soggetto leso consegue e il danno effettivamente subito.

⁴² Potrebbe, infatti, obiettarsi che, ai fini della coercibilità dell'obbligazione penale, si rende pur sempre necessaria l'intermediazione dell'organo giudiziario.

⁴³ La dimensione superindividuale del bene giuridico potenzialmente inciso dal reato giustifica la stretta tipicità e la particolare gravità della sanzione criminale. A tale proposito, si è detto che «la pena "criminale" presenta un contenuto che, per lo meno nelle pene principali (art. 17 c.p.), si caratterizza per l'incidenza diretta o indiretta sulla libertà personale: diretta nelle pene detentive, indiretta in quelle pecuniarie (...). Le pene accessorie (art. 19 c.p.) costituite da interdizioni, sospensioni, incapacità costituiscono un complesso sanzionatorio largamente comune anche all'ambito amministrativo. Il dato che qualifica la natura "penale" di una sanzione è allora eminentemente formale, dipendente cioè dalla sua riconducibilità al novero delle pene contemplate dal codice penale; ma al di là di questo dato si prospetta l'esigenza costituzionale che siano trattate come "penali" tutte le sanzioni che comunque incidano sulla libertà personale, e debbano quindi sottostare alla somma di garanzie previste per questo tipo di intervento: la riserva di legge (art. 25, comma 2, cost. e art. 13, comma 2, cost.), la personalità della responsabilità (art. 27, comma 1, cost.), la giurisdizionalità dell'applicazione e le varie garanzie connesse allo svolgimento del processo penale. Il carattere massimale di questo complesso di limiti e di garanzie, presupponendo chiaramente l'idea che la sanzione penale sia la più grave delle sanzioni, ne postula, *ex adverso*, un'utilizzazione particolarmente oculata e circoscritta da parte dell'ordinamento». Così T. PADOVANI, *op. cit.*, 64.

osteggiata dalla norma che vieta al creditore di cumulare la prestazione principale con la prestazione convenuta a titolo di penale⁴⁴.

Coerentemente con la premessa secondo la quale la penale non pura è dovuta a titolo di risarcimento del danno⁴⁵, anche quella dottrina che ammette la possibile coesistenza di una funzione risarcitoria e di una funzione punitiva⁴⁶ ne spiega la concreta articolazione in chiave di essenzialità del solo risarcimento, rispetto al quale il profilo penale verrebbe in rilievo in veste meramente ulteriore ed eventuale⁴⁷.

Questo orientamento ben si armonizza non solo con il riferimento all'effetto limitativo del risarcimento, ma anche con il patto di risarcibilità del danno ulteriore e con il divieto di cumulo enunciato dall'art. 1383 c.c. Il creditore che ritenga comunque vantaggiosa l'esecuzione della prestazione principale non può, infatti, conseguire la penale che non sia stata stabilita per il semplice ritardo, non essendo ipotizzabile un inadempimento del debitore che si traduca in un'ingiustificata locupletazione della controparte. Si è osservato, nel corso di questo studio, che il fine dell'obbligazione risarcitoria si sostanzia nella redistribuzione delle perdite derivanti dall'illecito mediante una traslazione degli effetti pregiudizievoli prodottisi dalla sfera del danneggiato alla sfera del danneggiante. In quest'ordine di

⁴⁴ Secondo la dottrina, si realizzerebbe un'ingiusta sopraffazione del debitore tanto nell'ipotesi di penale manifestamente eccessiva quanto nell'eventualità in cui fosse consentito al creditore il cumulo della penale con la prestazione principale. Cfr. A. MARINI, *op. cit.*, 31, il quale ritiene «incongruo e contraddittorio un sistema che da un lato vietasse il cumulo della penale con la prestazione principale e dall'altro consentisse il cumulo della penale con la prestazione risarcitoria che è determinata, appunto, mediante il riferimento al danno derivante dalla mancata esecuzione della prestazione principale».

⁴⁵ A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 188.

⁴⁶ In argomento, M. DE LUCA, *op. cit.*, 32, il quale riferisce come la suddetta impostazione sia stata sottoposta a critica da parte di altra dottrina sul presupposto della contraddittorietà dell'individuazione di un'unica figura di clausola penale, capace di assolvere contemporaneamente sia alla funzione punitiva sia a quella risarcitoria. Cfr. anche, su quest'ultimo punto, G. GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milano, 1954, 244; E. GABRIELLI, *op. cit.*, 909, secondo il quale il significato dell'art. 1382, comma 1 c.c. non è nel senso di una vera e propria limitazione del risarcimento. Attraverso lo strumento della clausola penale, il legislatore avrebbe inteso offrire una pronta e immediata realizzazione dell'interesse del creditore in grado di coniugarsi con l'interesse del debitore a non vedersi ingiustamente sopraffatto. In questa prospettiva, il rapporto tra le due obbligazioni sarebbe, quindi, disciplinato nel senso di un rapporto alternativo: la stipulazione della clausola impedirebbe, in relazione alla fattispecie prevista nella clausola, il sorgere dell'obbligazione risarcitoria, con una conseguente sostituzione della sanzione penale a una diversa sanzione.

⁴⁷ Tra gli altri, A. DE CUPIS, *op. cit.*, 224 ss.

idee, la prestazione penale si configura quale surrogato della prestazione originariamente dovuta, di guisa che la loro alternatività risulta connaturata al divieto di conseguire un'ingiustificata locupletazione.

La cumulabilità della prestazione principale con la penale convenuta per il semplice ritardo sembra perfettamente coerente con gli argomenti appena svolti, essendo il danno derivante al creditore dal ritardo ben altra cosa rispetto al pregiudizio che questi venga a subire a causa dell'inadempimento. Ebbene, il ritardo possiede, di per sé, un'attitudine lesiva dell'interesse creditorio al tempestivo adempimento che prescinde dall'eventuale e successivo inadempimento definitivo, il quale acquisisce autonoma valenza, in punto di risarcimento, soltanto ove si si verifichi un qualche danno⁴⁸.

Questa tesi non può essere accolta nella misura in cui si assume che l'inciso "indipendentemente dalla prova del danno" non abbia alcuna valenza probatoria e sottenda, al contrario, l'assoluta irrilevanza di qualsivoglia considerazione afferente al pregiudizio sofferto. Per tale motivo, una dottrina minoritaria⁴⁹ ha ritenuto di dover sovvertire i rapporti tra funzione risarcitoria e funzione punitiva in favore di quest'ultima,

⁴⁸ Cfr. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 112. Cfr., in giurisprudenza, Cass., 13 luglio 1984, n. 4120, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Contratto in genere*, 188 ove si osserva che «l'art. 1383 vieta il cumulo tra la domanda della prestazione principale e quella diretta ad ottenere la penale per l'inadempimento ma non esclude che si possa chiedere tale prestazione insieme con la penale per la mancata esecuzione dell'obbligazione nel termine stabilito, ovvero, cumulativamente la penale per il ritardo e quella per l'inadempimento, salva, nel caso di cumulo di penale per il ritardo e prestazione risarcitoria per inadempimento, la necessità di tener conto, nella liquidazione di quest'ultima, dell'entità del danno ascrivibile al ritardo che sia stato già autonomamente considerato nella determinazione della penale al fine di evitare un ingiusto sacrificio del debitore (che altrimenti dovrebbe eseguire due esborsi per lo stesso titolo) e correlativamente un indebito arricchimento del creditore». Si veda anche Cass., 22 giugno 1995, n. 7078, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, 465, secondo il cui indirizzo «salva diversa volontà delle parti, la pena prevista per l'inadempimento non può essere applicata anche per il semplice ritardo solo perché nel contratto è stato previsto un termine (non essenziale) di adempimento della obbligazione perché attesa la tendenziale incompatibilità tra il diritto alla penale ed il conseguimento della prestazione principale (art. 1383 c.c.), si renderebbe, altrimenti, più gravosa, per il debitore, la responsabilità derivante dall'inadempimento meno grave, costituito da quel ritardo che non faccia perdere all'obbligazione la sua utilità e che, quindi, consenta anche l'inadempimento tardivo rispetto alla responsabilità derivante dall'inadempimento definitivo, in cui, salve diverse pattuizioni, la clausola ha l'effetto di limitare il risarcimento del danno alla penale convenuta».

⁴⁹ Cfr. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., in particolare 11 ss. e 106 ss.

valorizzando una nuova espressione del medesimo fenomeno mediante l'elaborazione della categoria della penale pura.

Secondo tale orientamento, l'aspetto realmente insopprimibile dell'istituto non riguarderebbe la misura del risarcimento, bensì la causa sanzionatoria, la quale «ricorre sia nel caso in cui le parti della clausola (e più precisamente il creditore) vogliono ottenere l'adempimento dell'obbligazione principale e comminano, per la ipotesi in cui non si dovesse verificare, una sanzione punitiva, e sia in quello in cui le stesse parti considerano l'eventuale risarcimento del danno»⁵⁰, di modo che "pura" può essere considerata la clausola convenuta esclusivamente a titolo di pena, "non pura" quella stipulata a titolo di pena e di risarcimento.

Malgrado la suggestività del riferito approccio esegetico, è opportuno meditare sul ruolo assolto dal danno nell'ambito di una fattispecie che sembra verosimilmente non curarsene. A tale proposito, non pare condivisibile l'opinione secondo la quale la penale deve essere interpretata quale limite all'esigibilità dell'obbligazione risarcitoria, dal momento che una simile posizione risulta intimamente connessa proprio a quel genere di accertamento che lo schema cristallizzato nella disciplina positiva si propone di tralasciare⁵¹.

Dalle considerazioni anzi formulate è, invece, possibile desumere che la norma di cui all'art. 1382, co. 1 c.c., stia a indicare che la pattuizione di una penale è in grado di fungere da limite al risarcimento in quanto ne

⁵⁰ *Ivi*, 11.

⁵¹ Sul punto, A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 188, il quale, riferendosi alla limitazione del risarcimento, esclude che «la clausola sia l'antecedente di un effetto destinato ad operare, in funzione di limite, sull'obbligazione di risarcimento, perché in tal caso si dovrebbe presupporre la rilevanza del danno e, parlando di limite al risarcimento, bisognerebbe attribuire all'effetto di cui si tratta un portata puramente quantitativa e, in altri termini, considerare la clausola penale come un mezzo di (preventiva) liquidazione del danno, che vuol dire precisamente specificazione del *quantum* dovuto a titolo di risarcimento. Ora, la liquidazione segue alla determinazione del danno risarcibile (cosiddetto accertamento dell'*an*); e si tratta di due momenti che debbono essere tenuti distinti. Se l'effetto limite del risarcimento, che alla clausola penale si riconduce, riguardasse solo la liquidazione (ossia la specificazione del *quantum* dovuto a titolo di risarcimento), dovrebbe logicamente essere dimostrata dal creditore (almeno) la possibile esistenza (e potrebbe viceversa essere dimostrata dal debitore la insussistenza) di un danno risarcibile. Così il comma 2 dell'art. 1382 c.c. significherebbe soltanto che la penale è dovuta indipendentemente dalla prova (non dell'esistenza ma) dell'ammontare del danno». Del pari, non sembra condivisibile la tesi formulata da D. BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Utet, Torino, 1965, 76. Secondo l'autore, la penale innoverebbe il titolo del risarcimento che, così argomentando, non sarebbe più il danno, bensì la volontà dei contraenti.

esclude, in concreto, l'operatività⁵². In questa circostanza, non troverebbe applicazione l'ordinario rimedio previsto per fronteggiare l'illecito contrattuale, bensì la diversa sanzione convenuta dai privati allo scopo di contrastare il semplice inadempimento.

Pare, dunque, che la dimensione "pura" della penale sia *in re ipsa*, nel senso che la clausola con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, derogando alla disposizione che obbliga il debitore che non esegua esattamente la prestazione dovuta al risarcimento del danno, avrebbe una primaria funzione deterrente, concretantesi nell'attitudine a premere sul comportamento del debitore affinché adempia l'obbligazione principale. Esaurita inutilmente questa insopprimibile funzione, la clausola si tramuterebbe in una vera e propria pena privata a carico del debitore inadempiente, la cui condotta viene a essere sanzionata per la sua antigiridicità, si determini o meno un danno risarcibile.

Soltanto la stipulazione del patto di risarcibilità del danno ulteriore consentirebbe ai privati di attribuire una qualche rilevanza al pregiudizio determinatosi in costanza di inadempimento⁵³, in modo da realizzare quella combinazione tra funzione risarcitoria e funzione punitiva sottesa alla penale non pura⁵⁴. L'assolvimento di specifici oneri probatori sarebbe, in quest'ultimo caso, la sola strada percorribile per garantire alle parti di attuare l'assetto di interessi dalle stesse diviso. Il danno, pur provato nella

⁵² Il rapporto tra le due obbligazioni è di alternatività: la stipulazione della penale impedisce, in relazione alla fattispecie prevista nella clausola, il sorgere dell'obbligazione risarcitoria: la sanzione penale si sostituisce ad una diversa sanzione a carattere risarcitorio. Così A. MARINI, *op. cit.*, 32.

⁵³ Si è detto che «la funzione del patto in esame consiste nell'attribuire al danno parziale rilevanza ai fini della risarcibilità secondo le norme generali (art. 1223 ss.). Non vi è dubbio che il patto con cui si conviene la risarcibilità del danno ulteriore tende ad eliminare la situazione di svantaggio in cui il creditore potrebbe trovarsi qualora il danno (effettivo) fosse superiore al valore della penale, dato che, se fosse stipulata solo la clausola penale, ogni indagine sul danno sarebbe esclusa». Così A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 193, il quale, sulla base di questa premessa, conclude nel senso che il patto di risarcibilità del danno ulteriore non altera, in alcun modo, la precipua funzione della clausola penale. Nella prospettiva delineata, l'accertamento del danno complessivo non rileva di per sé, ma soltanto in quanto strumentale a dimostrare l'esistenza del danno ulteriore, senza che si realizzi alcuna deroga all'art. 1382, comma 2, c.c., dal momento che è sempre preclusa la prova del danno che risulti coperto dalla penale.

⁵⁴ Dello stesso avviso è M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 80, il quale ritiene, per l'appunto, che la suddetta convenzione possa accedere soltanto alla clausola penale non pura («se, infatti, le parti prevedono l'obbligo di prestazione a solo titolo di pena, il risarcimento del danno rimane interamente regolato dalle norme ordinarie»).

sua interezza onde verificarne l'esuberanza rispetto alla prestazione promessa, non acquisisce alcuna importanza in relazione alla penale, la cui funzione punitiva resta invariata. L'accertamento del pregiudizio rileva, invece, ai fini dell'obbligazione risarcitoria collegata dai privati a quella porzione di danno che ecceda la misura della penale e diventi così essenziale ai fini della quantificazione.

L'effetto di parziale risarcimento eventualmente ascritto alla clausola, lungi dal provocarne un indebolimento, sembra rafforzare la posizione del creditore, il quale è posto nella condizione di fruire sia della tutela convenzionale offerta dalla penale sia di quella accordata dal legislatore a norma degli artt. 1218 ss. c.c.

La tesi della configurabilità di una clausola penale pura deve, tuttavia, confrontarsi con il disposto di cui all'art. 1383 c.c., il quale, vietando al creditore di domandare la prestazione principale e la penale rischia di inficiare la ricostruzione fin qui delineata. Si è detto, infatti, che se la funzione da ascrivere alla clausola penale fosse quella propria della pena privata, di coartare la volontà del debitore e di sanzionarlo per l'inadempimento, sarebbe consentito al creditore quel cumulo tra le suddette prestazioni, vietato dal legislatore.

A questo punto della riflessione si impone, dunque, qualche considerazione in ordine alla liceità e alla meritevolezza di una funzione punitiva perseguita dai privati per mezzo di una clausola penale eventualmente cumulabile con la prestazione principale.

6. Autonomia privata e negozi non appartenenti ai tipi muniti di precipua disciplina legale. Se siano ammissibili sanzioni civili atipiche

Il quadro normativo sinora tratteggiato induce a ritenere che la funzione punitiva dell'autonomia privata non sia completamente avulsa dal sistema. Occorre, tuttavia, accertare se le ipotesi di sanzioni civili predisposte direttamente dai soggetti del rapporto obbligatorio rappresentino fattispecie nominate, oggetto di una puntuale previsione legislativa, ovvero se sia dato ai contraenti di ricorrere a schemi atipici.

L'art. 1322 c.c. consente di stipulare contratti non appartenenti ai tipi muniti di una disciplina particolare purché orientati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. L'aprioristica e assoluta negazione della meritevolezza dei patti cosiddetti

sanzionatori potrebbe, invero, determinare la frustrazione di una delle possibili sfaccettature dell'autonomia privata⁵⁵.

Per quanto concerne la disciplina legale della clausola penale, ci si interroga sulla natura della norma contenuta nell'art. 1383 c.c.⁵⁶.

La tesi minoritaria, qui condivisa, esclude il carattere cogente della norma e ammette, conseguentemente, che il divieto di cumulo possa essere espunto dal concreto regolamento d'interessi. L'accoglimento della soluzione opposta implicherebbe un'indebita compressione dell'autonomia privata che in tanto ha ragion d'essere, in quanto vi siano argomenti sufficienti a confutare la meritevolezza degli scopi sanzionatori per suo tramite perseguiti.

Ebbene, le interazioni tra autonomia privata e autotutela sono investigate con tendenziale disfavore da quanti ritengono che la difesa degli interessi del singolo rientri nella competenza esclusiva degli organi dello Stato e che le ipotesi in cui è accordata ai privati la possibilità di conseguire in via stragiudiziale risultati analoghi a quelli realizzabili mediante il processo⁵⁷ rappresentino, in verità, semplici deroghe (tipizzate dal

⁵⁵ Secondo una dottrina, un'applicazione generalizzata del brocardo latino "*nemo iudex in causa propria*" sarebbe foriera di equivoci; viceversa, l'autotutela "controllata" rappresenterebbe la massima espressione di un sistema evoluto, di guisa che negarla equivarrebbe a un'indebita compressione dell'autonomia contrattuale e a una negazione di una delle sue possibili manifestazioni. In tal senso, M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 2006, 42.

⁵⁶ Gli artt. 1382 e 1383 c.c. assurgerebbero non solo a disposizioni inderogabili, ma addirittura a disciplina "minima" applicabile a qualsiasi negozio di carattere sanzionatorio. In questi termini, *ivi*, 82, ove si aggiunge che, in questa prospettiva, dette norme debbano trovare applicazione tanto ai patti sanzionatori a struttura bilaterale (che ricalcano lo schema legale della clausola penale), quanto ai negozi sanzionatori atipici, compresi quelli unilaterali.

⁵⁷ In questi termini, L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Giuffrè, Milano, 1971, 3. L'autrice qualifica, in generale, la tutela quale reazione variamente attuabile contro l'altrui fatto lesivo o pericoloso, sicché resterebbe escluso dal concetto di tutela anche il caso non sia possibile riscontrare quel *minimum* che è rappresentato dalla provenienza del fatto dalla sfera giuridica altrui e nel quale la presunta tutela si realizza attraverso l'esplicazione del contenuto di quella situazione da parte del titolare. Quanto all'autotutela, sarebbe sempre la legge a fornire ai privati lo strumento tipico, nella specie un negozio, che consente la realizzazione dello scopo di attuazione *ex se* dell'interesse violato o messo in pericolo. In questa prospettiva, gli schemi legislativamente predeterminati non sarebbero liberamente modificabili dai privati.

legislatore) a quel principio di ordine generale compendiato nel brocardo latino *“nemo iudex in causa propria”*⁵⁸.

L'art. 23 cost. stabilisce che nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Le prestazioni patrimoniali previste a titolo di penale sarebbero, una volta che se ne escluda la funzione risarcitoria, manifestazioni dell'eccezionale potere di autotutela consensuale accordato dal legislatore ai privati.

Coerentemente con il tessuto assiologico costituzionale, non è dato riscontrare, nell'ordinamento giuridico italiano, la previsione di una norma a vocazione generale di tenore corrispondente a quella di cui al § 229 del BGB. La peculiarità di questa disposizione si sostanzia nell'aver esteso l'ambito applicativo dell'autotutela ai rapporti obbligatori, ammettendo, in tal modo, la possibilità di una realizzazione coattiva del credito⁵⁹.

Al contrario, nel nostro panorama legislativo si tende a disciplinare singoli ed eccezionali poteri di autotutela creditoria, diretti al soddisfacimento di interessi ritenuti, di volta in volta, meritevoli di protezione, di guisa che la realizzazione *ex se* delle proprie ragioni finisce

⁵⁸ Cfr. L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Esi, Napoli, 9, ove si legge che, «in base agli artt. 101 e 102 che attribuiscono la funzione giurisdizionale alla magistratura ordinaria e all'art. 2907, il quale stabilisce che alla tutela giurisdizionale dei diritti provveda l'autorità giudiziaria», l'ordinamento sembra aver voluto «vietare al privato di farsi giustizia da sé ovvero di autotutelare un proprio interesse. Al generale divieto della difesa privata, tuttavia, ostano le numerose ipotesi contenute nel codice civile (...), quali, per citarne alcune, quelle previste agli artt. 748, 924, 1152, 1385, 2756, 2757, 2794 c.c., ecc.».

⁵⁹ Si rimanda al § 229, il quale - sotto la rubrica *“Selbsthilfe”* - dispone che *«Wer zum Zwecke der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt, handelt nicht widerrechtlich, wenn obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert werde»*. Lo scopo perseguito dalla norma è, in sostanza, quello di escludere la responsabilità di chi, a scopo di *“autoaiuto”*, asporti ovvero distrugga o danneggi una cosa o, ancora, arresti il debitore sospetto di prendere la fuga, ovvero superi la resistenza dell'obbligato contro un comportamento che questi è tenuto a subire, sempreché non sia possibile ottenere il tempestivo intervento dell'autorità competente e sussista il pericolo che, senza un simile, immediato intervento, la realizzazione della pretesa dell'agente possa essere frustrata o resa sostanzialmente più difficile. La traduzione è di L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 47.

col risultare preclusa ai privati (e penalmente sanzionata) quando assuma una connotazione pericolosa per la convivenza sociale⁶⁰.

Quanto all'autotutela pattizia, la questione inerente alla possibilità di creare convenzionalmente sanzioni non espressamente tipizzate dal legislatore non può essere affrontata senza estendere la riflessione al ruolo assolto dal consenso di colui che decida di sottoporsi a tale forma di autorità privata⁶¹. A ben guardare, il carattere negoziale degli atti di autotutela del creditore non segna soltanto il discrimine con la fattispecie prevista in termini generali e astratti dal BGB, ma genera qualche dubbio sulla relativa funzione. Ebbene, una più appropriata qualificazione dell'autotutela sembra riferibile a quelle ipotesi in cui la difesa di un diritto o di un interesse dipenda, in via esclusiva, dall'attività del suo titolare senza la necessaria intermediazione di un negozio a struttura bilaterale⁶².

⁶⁰ L'art. 392 c.p., rubricato "esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose", dispone che «chiunque, al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo, mediante violenza sulle cose, è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino a euro 516. Agli effetti della legge penale, si ha violenza sulle cose allorché la cosa viene danneggiata o trasformata, o ne è mutata la destinazione. Si ha, altresì, violenza sulle cose allorché un programma informatico viene alterato, modificato o cancellato in tutto o in parte ovvero viene impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico». Quanto all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone, il successivo art. 393 c.p. stabilisce che «chiunque, al fine indicato nell'articolo precedente, e potendo ricorrere al giudice, si fa arbitrariamente ragione da sé medesimo usando violenza o minaccia alle persone, è punito, a querela dell'offeso, con la reclusione fino a un anno. Se il fatto è commesso anche con violenza sulle cose, alla pena della reclusione è aggiunta la multa fino a euro 206. La pena è aumentata se la violenza o la minaccia alle persone è commessa con armi».

⁶¹ In tal senso, E. BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV (1959), 529.

⁶² Il concetto di autotutela sarebbe ben diverso da quello di autonomia privata riconducibile all'art. 1322 c.c., tradizionalmente definito come il potere dei privati di regolare i propri interessi, e in tal senso essa non avrebbe nulla in comune con il concetto di autotutela in quanto quest'ultima non mira a regolare interessi mediante negozi giuridici. Anche se taluno ha ritenuto che l'autotutela rientri nel concetto di autonomia in quanto questa come potere di darsi un ordinamento comprenderebbe tre settori: normativo, esecutivo e giurisdizionale nel quale ultimo l'autotutela rientrerebbe, in realtà i due concetti si escludono perché l'autonomia come potere (o libertà) dei privati di regolare i propri interessi è funzione del tutto estranea all'autotutela che è ammessa dall'ordinamento con l'esclusiva funzione di difesa, da parte del privato, dei propri interessi. Testualmente, L. MEZZANOTTE, *op. cit.*, 10, la quale ha, altresì, sottolineato come l'autotutela non rappresenti esercizio di un diritto potestativo, in quanto mirerebbe alla difesa della propria situazione giuridica soggettiva e non alla modifica di quella altrui. Sulla relazione di reciproca esclusione, intercorrente tra autotutela e autonomia privata, si veda anche L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 67 ss. Per la nozione di autonomia, si rimanda a S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983, 14, il quale ne offre una definizione sotto il profilo

Tanto vale a trasferire il discorso dal piano dell'autotutela a quello dei limiti cui gli atti dell'autonomia privata soggiacciono in relazione a una loro possibile causa punitiva.

È utile, intanto, chiedersi se il principio di tipicità delle sanzioni, cristallizzato nell'art. 25 cost. in ragione della particolare incidenza della pena sulla libertà personale dell'autore dell'illecito e della peculiare natura dell'interesse protetto dalla norma penale⁶³, sia altresì connaturato al diritto privato, nel senso di non poter far leva sulla disciplina della clausola penale al fine di legittimare ogni forma di autorità e di giustizia privata dal momento che è sempre l'ordinamento a dover fissare le conseguenze sfavorevoli scaturenti dalla violazione del precetto, anche in materia civile⁶⁴. Nell'ambito dei rapporti privatistici, il principio di uguaglianza risponde, invero, all'esigenza della pari autonomia negoziale, fungendo da impedimento all'acquisizione di una posizione autoritativa di ciascun contraente nei riguardi dell'altro⁶⁵.

Un'applicazione rigorosa dell'art. 3 cost. implicherebbe, di rimando, la fine dell'autonomia privata, essendo propria del rapporto obbligatorio

soggettivo (come potestà di darsi un ordinamento giuridico) e sotto il profilo oggettivo (come carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri); E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I (1957), 1559; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1959; N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Giuffrè, Milano, 1970; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970; F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1957, 265; M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Cedam, Padova, 1972; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970.

⁶³ Sul punto, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 303. L'autore ritiene, infatti, che il principio positivo del "nullum crimen, nulla poena sine lege" abbia un suo specifico esclusivamente nei rapporti tra soggetti che "istituzionalmente" non si pongono sullo stesso piano, quale è appunto quello tra lo Stato che agisca *iure imperii* e il cittadino, trovando applicazione soltanto nell'ambito del diritto penale e amministrativo. Si veda anche B. GROSSFELD, *op. cit.*, 120 ss.; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Giuffrè, Milano, 1972, 70, nt. 8; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983, 282 ss. *Contra* A. MARINI, *op. cit.*, 7, ove si osserva che, se il principio "nulla poena sine lege" assume una specifica rilevanza a norma dell'art. 25 cost., non perciò può limitarsi la portata del principio a uno specifico settore dell'ordinamento (quello penale).

⁶⁴ Per un'efficace sintesi dei termini della questione, E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1985, 513, il quale sottolinea l'opportunità di verificare non soltanto se la presenza di una disciplina collaudata, qual è appunto quella della clausola penale, sia un elemento sufficiente a dimostrare il riconoscimento di una funzione punitiva dei privati, ma anche il modello offerto dalla clausola penale rappresenti il punto di partenza o non piuttosto il limite stesso dell'indagine.

⁶⁵ In questi termini, C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977, 5.

una soggezione sostanziale che si estrinseca nella situazione giuridica del debitore, il quale - a fronte del diritto del creditore all'esecuzione della prestazione - è obbligato a (non libero di) tenere una certa condotta. Quando i privati decidono spontaneamente e consapevolmente di vincolare parte del proprio patrimonio al soddisfacimento di un interesse altrui, la condizione di subordinazione in cui venga a trovarsi il soggetto passivo del rapporto obbligatorio non risulta lesiva di alcun precetto costituzionale. Al contrario, la «prevalenza di un interesse attuata mediante un potere di volontà attribuito all'interessato»⁶⁶, lungi dall'essere discriminatoria o irragionevole, sembra essere la più autentica manifestazione della libertà di iniziativa economica privata, riconosciuta dall'art. 41 cost.

La partecipazione consapevole alla determinazione del regolamento contrattuale consente alle parti di costituire, regolare o estinguere rapporti giuridici patrimoniali e di perseguire, in astratto, tutti quegli scopi che non travalichino i limiti stabiliti dal legislatore. Quanto alla clausola penale pura, l'obiettivo cui mirano i contraenti si risolve nella creazione di una sanzione giuridica idonea a colpire un bene diverso da quello leso, provvista di un'essenziale funzione dissuasiva-persuasiva e di un'eventuale funzione punitiva, la quale, presupponendo l'inadempimento, per certi aspetti, la avvicina alla pena *tout court*, per altri, segna il *discrimen* rispetto agli altri rimedi privatistici riconducibili alla categoria delle sanzioni civili restitutorie e risarcitorie⁶⁷.

Anche in ambito contrattuale, luogo privilegiato di tutela degli interessi disponibili, possono talvolta profilarsi superiori esigenze dell'ordinamento, le quali rendono necessaria la predisposizione di specifici

⁶⁶ F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930, 61.

⁶⁷ Si veda G. PONZANELLI, *Pena privata*, in *Enc. giur.* Treccani, XXII (1990), 1, il quale sostiene che «la figura della pena privata non può che essere ricondotta e studiata all'interno del più ampio *genus* delle sanzioni giuridiche. E, in particolare, all'interno di quelle sanzioni che prendono il nome di sanzioni punitive, distinte quanto a finalità e caratteristiche, dalle sanzioni restitutorie e dalle sanzioni risarcitorie. Nelle prime, quelle restitutorie, la sanzione consiste essenzialmente nel ripristino della situazione giuridica antecedente alla commissione dell'illecito, nelle seconde, quelle risarcitorie, il ripristino dello *status quo ante* rispetto al momento in cui viene commesso l'illecito avviene per equivalente economico. Nelle sanzioni punitive, invece, la sanzione colpisce il responsabile in un bene diverso da quello offeso e che non è in alcun rapporto funzionale con esso: in tali sanzioni centrale è la finalità di prevenzione generale, esercitata sia mediante dissuasione sia mediante persuasione, ma è anche presente una finalità di prevenzione speciale, consistente nell'impedire che un determinato soggetto commetta nel futuro nuovi illeciti».

controlli dell'attività negoziale⁶⁸. È quanto si verifica nell'eventualità in cui la penale venga stabilita in una misura tale da risultare manifestamente eccessiva in relazione all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, legittimando l'intervento riduttivo del giudice.

È tale eccessività a giustificare la reazione dell'ordinamento e la consequenziale inderogabilità della norma che attribuisce al giudice il potere di riduzione, non il fatto che la clausola penale sia stata convenuta con finalità, simultaneamente, deterrenti e afflittive. In mancanza di sproporzione, infatti, la funzione punitiva è perfettamente coerente con il disposto legislativo, divenendo finanche la soluzione esegetica preferibile⁶⁹. In relazione alla clausola penale c.d. impropria e alla clausola penale c.d. successiva - sovente ricondotte alla categoria dei patti sanzionatori atipici - pare fuorviante discutere di inderogabilità presunta o effettiva della disposizione che sancisce il divieto di cumulo. È stato convenientemente ritenuto che «dette pattuizioni, incidenti sull'entità del danno risarcibile, appaiono non già introdurre un rimedio (anche) sanzionatorio alternativo a quello risarcitorio, bensì derogare agli ordinari criteri di quantificazione del danno risarcibile: esse, dunque, non sono riconducibili al novero dei patti sanzionatori, ma qualificabili alla stregua di clausole di liquidazione del danno»⁷⁰.

⁶⁸ Quanto ai rapporti tra autonomia ed eteronomia, particolare considerazione merita «la massima reazione dell'ordinamento giuridico nei confronti dello svolgimento dell'attività negoziale svolta dai privati: il riferimento è alla nullità *ex art. 1418 c.c.* perché il contratto è contrario a norme imperative. In termini rigorosamente tecnici, la nullità non presenta certo il carattere di sanzione. Infatti, la nullità postula l'esistenza di due norme: la prima che conferisce un potere, la seconda che disciplina le modalità di esercizio del potere stesso. E in questo rileva il tratto distintivo con la figura della sanzione, la quale presuppone, logicamente, un comportamento disapprovato, mentre invece approvato è il comportamento presupposto dalla nullità. La sanzione, per essere effettiva, esige, però, necessariamente una fase esecutiva, mentre, invece, la nullità è attuata direttamente dallo stesso legislatore, e si appalesa in tal modo come la tecnica più raffinata e perfetta di controllo sociale esercitato dall'ordinamento sull'attività negoziale dei privati». In questi termini si esprime G. PONZANELLI, *Pena privata*, cit., 5.

⁶⁹ Che non si tratti di un rimedio a contenuto risarcitorio è comprovato dal tenore dell'art. 1384 c.c., il quale non individua nella concreta entità del danno patito il criterio atto a guidare l'intervento del giudice.

⁷⁰ M. G. BARATELLA, *op. cit.*, 54. Si veda anche S. MAZZARESE, *Clausola penale e autonomia privata*, in *Le pene private* (a cura di) Busnelli e Scalfi, *op. cit.*, 269, il quale, dopo aver definito la penale "impropria" come la clausola con la quale le parti converrebbero di liquidare anticipatamente i danni, derivanti dal futuro inadempimento, in una misura forfettaria dovuta solo nell'ipotesi che i danni si produrranno ma a prescindere dalla loro effettiva consistenza e la penale "successiva" come patto mediante il quale le parti si impegnano a

Se, viceversa, si assume l'irrelevanza del pregiudizio a elemento caratterizzante la fattispecie, l'orientamento secondo il quale sarebbe inibita ai privati la stipulazione di una clausola a puro titolo di pena necessita di qualche ripensamento. In verità, è la stessa categoria dell'inderogabilità a richiedere una lettura coerente con la *ratio* dell'istituto. A tal fine, è necessario procedere alla individuazione dell'interesse o del valore tutelato dalla disposizione e verificare se la norma della cui natura si dibatte rappresenti la sola modalità attuativa del principio a essa sotteso⁷¹.

È il senso di insoddisfazione verso i tradizionali rimedi del diritto civile⁷² a determinare i soggetti dell'autonomia privata alla predisposizione di una sanzione volta a sopperire alle carenze dell'ordinario risarcimento del danno. In particolare, la stipulazione di una clausola penale concorrerebbe al rafforzamento del vincolo contrattuale e alla tutela delle ragioni del creditore quando la reazione dell'ordinamento non sia, di per sé, sufficiente a dissuadere il debitore dalla condotta illecita⁷³.

convenire, successivamente all'inadempimento, la liquidazione dei danni escludendo il ricorso giurisdizionale in ordine all'accertamento della esistenza e alla liquidazione dei danni, esclude che dette figure possano considerarsi clausole penali ovvero pene private («da tali patti non conseguono obbligazioni penali che si perfezionino a prescindere dal verificarsi in concreto di danni patrimoniali, ma obbligazioni risarcitorie mediante le quali, nel presupposto che i danni realmente si verificchino, le parti derogano alle regole ordinarie del risarcimento»).

⁷¹ In questi termini, P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 247. Secondo questa dottrina, «la qualificazione di derogabilità o inderogabilità non è un "prima" ma un "dopo": insufficiente si palesa la prospettiva strutturalistica, tuttora prevalente, che decide del carattere cogente della normativa in base ad elementi formali ed estrinseci (espressa comminatoria di nullità, tono imperativo del comando). La classificazione delle norme in derogabili o inderogabili è il risultato non di una mera interpretazione grammaticale e letterale della singola norma, ma di una complessa interpretazione, la quale tiene conto dell'interesse e del valore tutelati dalla disposizione, dell'intensità della sua rilevanza e delle garanzie richieste affinché sia concesso ai soggetti il potere di stabilire da sé le regole applicabili alle proprie vicende (...). Una regola è inderogabile qualora, per esplicita scelta legislativa (legittima se congruente con il sistema costituzionale) o per effetto di (corretta) interpretazione, sia l'unica modalità di attuazione del principio corrispondente». *Contra* C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2002, 278, secondo la cui ricostruzione la considerazione degli interessi perseguiti generalmente dalla norma impositrice di un onere formale non può dispensarne l'applicazione nelle singole fattispecie e il contratto privo della forma necessaria deve considerarsi nullo anche in ipotesi di consenso espresso, consapevole e certo.

⁷² Così E. MOSCATI, *op. cit.*, 512.

⁷³ Sulla necessità di interpretare la pena privata come unico strumento veramente efficace quando l'autore potenziale del danno non trovi nell'obbligazione risarcitoria una ragione sufficiente per astenersi dal suo comportamento, poiché la misura prevedibile del

Per tale motivo, la circostanza che la penale sia dovuta “indipendentemente dalla prova del danno” diventa l’unica strada percorribile per ovviare al problema dell’inefficacia della tutela risarcitoria.

I patti con i quali i contraenti intendono attribuire una qualche rilevanza alla sussistenza e all’entità del pregiudizio derivante dall’inadempimento - si pensi alla già menzionata penale impropria ovvero alla clausola di risarcibilità del danno ulteriore - si discostano dallo schema cristallizzato nell’art. 1382 c.c. Per quanto concerne, invece, la clausola penale pura si impone una scelta: o si considera la norma di cui all’art. 1383 c.c. come non derogabile dall’autonomia privata e si attribuisce, conseguentemente, alla fattispecie una funzione risarcitoria in netta contraddizione con la *ratio* che ha ispirato la formulazione dell’art. 1382 c.c. e con l’espressa negazione di qualsivoglia rilevanza al danno occorso ovvero - ed è questa la soluzione qui accolta - si considera il divieto di cumulo non vincolante per le parti che possono, pertanto, creare una “pena privata” coerente con il dato normativo e perfettamente rispondente all’esigenza di garantire l’adempimento dell’obbligazione principale.

Non sembra, quindi, azzardato affermare che non rientri nei propositi del legislatore l’intenzione di ostacolare la stipulazione di una clausola penale nella sua forma pura e che il divieto gravante sul creditore di domandare la prestazione principale e la penale operi soltanto nel caso in cui alla fattispecie sia stata impressa una connotazione (anche solo parzialmente) risarcitoria.

Coerentemente con gli argomenti svolti, si ritiene che la natura derogabile dell’art. 1383 c.c. si spieghi in ragione della sua riferibilità alla clausola penale pura e che la norma ivi contenuta sia, invece, rivolta alla regolamentazione dei rapporti intercorrenti tra la penale e il risarcimento del danno nelle ipotesi di penale non pura⁷⁴.

Sulla scorta delle osservazioni che precedono, è possibile aderire all’indirizzo secondo il quale la funzione punitiva dell’autonomia privata non si realizzi esclusivamente secondo modalità tipizzate dal legislatore, ma soggiaccia a limiti inderogabili che ne conformano il concreto esercizio⁷⁵.

risarcimento, essendo ancorata al limite del danno, è inferiore al profitto della propria iniziativa illecita, E. MOSCATI, *Pena*, cit., 781.

⁷⁴ Cfr. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 105.

⁷⁵ In modo pressoché testuale, M. G. BARATELLA, *op. cit.*, 83, la quale evidenzia come atipici rimedi negoziali di carattere sanzionatorio, diversi dalla clausola penale, possano ritenersi validi nel rispetto di detti limiti.

Una volta escluso dal novero dei suddetti limiti, per le ragioni poc'anzi esposte, il divieto stabilito dall'art. 1383 c.c., è opportuno considerare l'inderogabilità strutturale della clausola penale, nel senso che la bilateralità del negozio da cui origina la pena privata sembra essere «la più confacente al principio di uguaglianza che costituisce una delle direttive del sistema del diritto privato e trova un esplicito riconoscimento a livello costituzionale» e che «il principio di uguaglianza reciproca non verrebbe assicurato altrettanto bene da un atto unilaterale, manifestazione di un potere autoritativo»⁷⁶.

Quanto al contenuto, il principio secondo il quale, nel nostro ordinamento, speciali posizioni di supremazia competerebbero soltanto allo Stato e ad altri enti pubblici⁷⁷ non rappresenta un impedimento alla creazione e all'applicazione di sanzioni civili atipiche nella misura in cui si consideri la norma di cui all'art. 25, comma 2, cost. posta a presidio della libertà personale del singolo⁷⁸.

⁷⁶ E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 533; ID., *Pena*, cit., 786. Nel senso che la bilateralità della struttura rappresenti un preciso limite all'autonomia dei privati che solo attraverso l'accordo possono realizzare la funzione penale, anche A. MARINI, *op. cit.*, 92.

⁷⁷ Cfr. C. M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 92.

⁷⁸ Sul fondamento democratico della riserva di legge, si veda L. FORNARI, *Note sulla "crisi" della riserva di legge in materia penale*, in *Principi costituzionali* (a cura di) Ventura e Morelli, Giuffrè, Milano, 2015, 597, ove si legge che «il principio di legalità attiene storicamente alle garanzie che riguardano le modalità di produzione e la formulazione delle norme incriminatrici o comunque incidenti sui diritti di libertà dell'individuo, posto "di fronte ai rischi di sopraffazione e strumentalizzazione insiti nel meccanismo e nel potere punitivo". Nel nostro ordinamento, questa esigenza di tutela, interna al rapporto di tensione che si crea fra potestà coercitiva dello Stato e destinatario del comando penale si esprime, in particolare, nel principio di riserva di legge (statale) contenuto nell'art. 25 II co. Cost., che si fonda sul principio liberale di separazione dei poteri: in effetti, il principio di riserva di legge "prima che la relazione tra atti, riguarda i rapporti tra gli organi da cui quegli atti emanano". Esso esprime allora una scelta precisa e significativa: l'attribuzione al solo organo parlamentare, riconosciuto come più dotato di sensibilità garantistica, del compito di individuare i reati e le relative sanzioni (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Scelta non coincidente, quanto ad ispirazione ideologica, con quella, ancora intrisa di autoritarismo statale, che ispirò il pur analogo principio dell'art. 1 del codice penale: obbiettivo della proclamazione costituzionale è la difesa del cittadino, sia nei confronti del potere esecutivo, i cui atti normativi esprimono la sola maggioranza parlamentare, sia dal rischio di possibili arbitri del potere giudiziario e più in generale di ogni forma di produzione giudiziale del diritto, che i pensatori di origine illuministica ritenevano fonte di inevitabili discriminazioni. È lecito presumere, del resto, che l'organo rappresentativo della volontà popolare ricorra alla minaccia penale con cautela e quindi solo in vista della protezione di interessi rilevanti della collettività, la cui tutela valga il sacrificio - pesante allo stesso modo

Nessun intralcio, dunque, rispetto all'imposizione di precipe prestazioni di dare, fare o non fare che, pur sostanziandosi in una più o meno ampia limitazione della sfera giuridica del soggetto tenuto all'esecuzione, non incidano - in funzione restrittiva - sulla libertà personale del debitore e siano, in definitiva, suscettibili di apprezzamento economico. Il quadro appena delineato non può, tuttavia, dirsi completo senza un'attenta analisi del ruolo svolto, nell'ambito dei patti sanzionatori atipici, dalla clausola generale di buona fede, tradizionalmente indicata come limite all'atto di autonomia privata⁷⁹.

7. Autonomia privata e potere sanzionatorio: i confini tra uso e abuso del diritto di predisporre sanzioni civili con finalità non risarcitoria. Il ruolo integrativo della buona fede

La comprensione del reale contributo offerto dall'autonomia negoziale al sistema sanzionatorio presuppone che la fruizione di strumenti alternativi di tutela si espliciti in maniera coerente con le finalità per il perseguimento delle quali l'ordinamento riconosce ai privati la titolarità di taluni poteri.

Per questo motivo, è opportuno ampliare le valutazioni concernenti i limiti cosiddetti "interni" alla cui osservanza è vincolata la creazione di pene private negoziali fino a ricomprendervi un rigoroso accertamento in ordine alla sussistenza di un nesso di strumentalità tra l'interesse protetto e l'interesse sacrificato per il tramite del patto sanzionatorio⁸⁰.

La funzione di induzione all'esecuzione della prestazione che si vuole ascrivere alla fattispecie di cui agli artt. 1382 ss. c.c. non si realizza, invero, quando la penale aggredisca il debitore in un modo non funzionale ovvero non strettamente necessario a quanto è da ritenersi utile ad assicurare l'adempimento dell'obbligazione principale. La sanzione così predeterminata si traduce, in sostanza, in un abuso del diritto riconosciuto al creditore, il quale, in aperta violazione dei canoni della correttezza e della buona fede, lo esercita per un fine diverso da quello per il quale gli è stato

per ognuno - della libertà personale». Cfr. anche L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.* Treccani, XVIII (1990), 2.

⁷⁹ In tal senso, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, Giuffrè, Milano, 1974, 37; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, 143; C. VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1972, 216 ss.

⁸⁰ In tal senso, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 302.

attribuito. Se il titolare di un diritto mira a conseguire un'utilità difforme da quella che il legislatore ha inteso garantirgli, la situazione giuridica di vantaggio non sarà più meritevole di tutela secondo l'ordinamento, legittimando quell'intrusione nel regolamento contrattuale che si esprime attraverso la *reductio ad aequitatem*.

L'abuso del diritto si caratterizzerebbe, invero, per «l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto, onde abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere»⁸¹.

Diversamente dal diritto tedesco⁸², non è dato rinvenire nell'ordinamento giuridico italiano alcuna norma idonea a spiegare la posizione assunta dal nostro legislatore nei confronti della categoria dell'abuso del diritto, la cui elaborazione si deve, com'è noto, a una copiosa riflessione dottrinale⁸³.

⁸¹ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37. Di abuso nel senso di modalità di esercizio di un potere discorre G. ROMANO, *Interessi del debitore e adempimento*, Esi, Napoli, 1995, 86, il quale osserva che il contegno abusivo è espressione del potere astrattamente consentito dalla norma autorizzativa, ma è il concreto esercizio, ovvero le modalità attraverso le quali si attua, che ne sancisce l'illegittimità alla luce delle circostanze particolari della situazione di fatto. In termini non dissimili, L. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 97, la quale sostiene che un abuso si realizzi quando un comportamento, pur formalmente corrispondente al contenuto del diritto, prescinda dalla considerazione dell'altrui interesse che la norma pone in funzione di limite incidente non sul *quantum* e, cioè, sull'estensione, bensì sul *quomodo* della situazione, caratterizzandola nel senso della discrezionalità.

⁸² Il divieto della *Chikane* è, invero, espressamente sanzionato dal § 226 del BGB, ove si legge che «*Die Ausübung eines Rechts ist unzüllasig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*». Si veda anche l'art. 2 del Codice civile svizzero, il quale prevede che «*Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln*». In ambito comunitario, il divieto di abuso del diritto è esplicitamente sancito dall'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale riproduce il testo dell'art. 17 della CEDU, stabilendo - sotto la rubrica "divieto dell'abuso del diritto" - che «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». Quanto ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia per stabilire quando l'esercizio di un diritto sia abusivo, essi sono stati individuati nella c.d. alterazione del fattore causale, che si configura tutte le volte in cui il diritto venga, in concreto, esercitato per finalità diverse da quelle che ne hanno giustificato l'attribuzione (profilo oggettivo) e nella consapevolezza di tenere un comportamento "abusivo" (profilo soggettivo ovvero *animus nocendi*).

⁸³ Sul tema dell'abuso in generale, V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano, 1963; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1/1965, 205 ss.; M. DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1/1969, 1596 ss.

La necessità di contenere la portata espansiva dell'ormai sedimentato principio secondo il quale "*qui iure suo utitur neminem laedit*" affonda le proprie radici nel rinnovato assetto impresso ai rapporti privatistici dall'entrata in vigore della Costituzione⁸⁴.

Non sembra potersi revocare in dubbio che la clausola generale di buona fede - cui le parti devono attenersi tanto nello svolgimento delle trattative, quanto nella formazione ed esecuzione del contratto a norma degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c. - concorra alla limitazione delle pretese e dei poteri del titolare del diritto, informandone l'esercizio ai canoni della solidarietà costituzionale.

Nel caso qui esaminato, la clausola generale assurge al rango di criterio alla cui stregua l'interprete è tenuto a valutare il contegno delle parti, onde verificare che gli interessi perseguiti mediante la previsione di una penale siano, in concreto, meritevoli di tutela.

Questa non semplice operazione ermeneutica consente di attribuire alla buona fede una funzione, per così dire, "integrativa" del programma negoziale, specificandosi in un obbligo di protezione⁸⁵ della sfera giuridica altrui nei limiti del sacrificio che è lecito esigere da ciascuna delle parti.

Si discute, nello specifico, di un criterio conformativo della condotta, sulla scorta del quale il debitore sia tenuto a eseguire la prestazione e, contestualmente, a salvaguardare quegli interessi "secondari" della controparte che, pur non essendo esplicitamente dedotti in obbligazione, risultino alla stessa collegati; quanto al creditore, la clausola generale di buona fede non si traduce soltanto in un impedimento all'esercizio abusivo del diritto, ma anche in un obbligo di adoperarsi al fine di scongiurare l'imprevisto aggravio della prestazione *ex latere debitoris*⁸⁶.

⁸⁴ Sulle interazioni tra norme costituzionali e diritto dei contratti, P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 139 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1971; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1999, 126 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 79 ss.; P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Esi, Napoli, 1996, 495 ss.; F. S. MARINI, *Il «privato» e la Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁸⁵ Si è a lungo dibattuto in ordine alla natura contrattuale ovvero aquiliana degli obblighi di protezione. Per la tesi contrattuale, qui sostenuta, si rimanda a E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953, 99; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 368; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit.*, 1984, 507 ss.

⁸⁶ In tal senso, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *La responsabilità*, *op. cit.*, 87, il quale definisce la buona fede come criterio generale di determinazione della prestazione in quanto amplia

Potrebbe, a rigore, obiettarsi che la risposta dell'ordinamento all'ipotesi di prestazione penale convenuta in spregio ai canoni di correttezza e buona fede contenga in sé l'implicita negazione della meritevolezza della funzione sanzionatoria dell'autonomia privata, la quale soltanto potrebbe legittimare una simile intromissione dell'ordinamento nel regolamento contrattuale.

Il fatto che il legislatore abbia previsto la riducibilità della penale manifestamente eccessiva in luogo della sua caducazione depone, invero, a favore della possibile causa punitiva della fattispecie, anziché smentirla. Se la funzione sanzionatoria fosse avversata dall'ordinamento, la sorte di quegli accordi caratterizzati da una manifesta eccessività della prestazione convenuta per l'inadempimento di una prestazione principale non sarebbe, con tutta probabilità, la riduzione giudiziale, bensì la nullità, come previsto nei paesi di *common law*⁸⁷.

In definitiva, ciò che la norma di cui all'art. 1384 c.c. mira a realizzare è far sì che l'operazione economica si compia in una direzione coerente con i valori dell'ordinamento e con il principio di proporzionalità⁸⁸ tra mezzi impiegati e finalità perseguite, il quale si risolve nell'adeguatezza della sanzione confezionata dai privati all'illecito che gli stessi intendono prevenire e reprimere⁸⁹.

la sfera degli interessi che il debitore deve perseguire, senza superare i limiti di un apprezzabile sacrificio, obbligando, viceversa, il creditore ad attivarsi nell'interesse del debitore. Cfr. anche S. RODOTÀ, *op. cit.*, 152 ss.; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 2/1971, 287, 289 e 293.

⁸⁷ Così A. ZOPPINI, *op. cit.*, 172, il quale osserva che se la funzione afflittiva fosse effettivamente non tollerata dall'ordinamento, allora la conseguenza logica non sarebbe la riduzione, bensì la nullità del patto in ragione di una presunta connotazione illecita. Gli ordinamenti che rifiutano la funzione di stimolo indiretto all'adempimento, e concretamente che l'ammontare pattuito superi quello del danno probabile e/o effettivo, prevedono, infatti, la nullità del patto e non la riducibilità. Questa è la posizione degli ordinamenti di *common law* e l'orientamento dalla giurisprudenza belga.

⁸⁸ Sull'applicazione giurisprudenziale del principio di proporzionalità, si veda Corte cost., 25 novembre 1993, n. 417, in *Giur. cost.*, 1993, 3447 ss.; Corte cost., 23 novembre 1993, n. 409, in *Giur. cost.*, 1993, 3398 ss.; Corte cost., 28 giugno 1993, n. 344, in *Giur. cost.*, 1993, 2681; Corte cost., 7 maggio 1993, n. 224, in *Giur. cost.*, 1993, 1656; Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163, in *Giur. cost.*, 1993, 1189, ove si legge che il principio di uguaglianza impone al giudice costituzionale di verificare, tra le altre cose, che vi sia proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata, proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita.

⁸⁹ Sulla scorta di queste argomentazioni, è stato sostenuto che attribuire alla buona fede efficacia integrativa del regolamento pattizio non costituirebbe deroga all'autonomia,

È, dunque, il costante raffronto tra la concertata regola di condotta e il quadro assiologico di riferimento che consente ai privati di “accedere” al sistema sanzionatorio. In questa prospettiva, discutere di buona fede integrativa significa fissare dei limiti alla esigibilità di una prestazione formalmente lecita, la cui esecuzione confligge, tuttavia, con gli interessi sostanziali dei soggetti del rapporto.

Limitatamente al *genus* delle sanzioni civili atipiche, nel novero delle quali si è scelto di collocare la clausola penale pura, la loro configurabilità non si ritiene, in termini generali, esclusa.

L'ordinamento non può, tuttavia, mostrare indifferenza nei riguardi degli atti negoziali con causa punitiva che, trascendendo lo scopo di premere sul comportamento del debitore al fine di evitare l'inadempimento, si risolvano in una indebita sopraffazione di quest'ultimo cui, peraltro, non faccia da contraltare un rilevante interesse del creditore all'esecuzione della prestazione principale.

8. *La configurabilità di una clausola penale pura*

Nel corso della trattazione, si è tentato di evidenziare come l'obbligazione risarcitoria e gli altri rimedi fruibili dal creditore per il soddisfacimento del proprio interesse possano rivelarsi inidonei ad assicurare una piena protezione là dove l'inadempimento si riveli comunque vantaggioso per il debitore⁹⁰.

neppure in quell'accezione che assume quest'ultima a sinonimo di autoregolamentazione, perché attraverso la buona fede non si mira ad imporre alle parti ciò che esse non hanno “voluta”, in quanto l'abbiano escluso, ma soltanto ciò che è coerente con la compiuta realizzazione del programma economico secondo un criterio di razionalità che ne assicuri la congruenza con le finalità generali dell'ordinamento. In modo testuale, G. ROMANO, *op. cit.*, 127 ss., secondo la cui interpretazione la buona fede richiamerebbe le parti alla realizzazione di un interesse o valore che le parti stesse, nell'attuazione del loro progetto economico, non sono ammesse a trascurare.

⁹⁰ Si è cercato di evidenziare come la previsione di un rimedio a preminente carattere compensativo, pur astrattamente idonea a determinare l'astensione dal comportamento antigiusuristico, possa, in concreto, non assolvere allo scopo nell'ipotesi in cui la misura prevedibile del risarcimento si prospetti considerevolmente inferiore all'utilità che il responsabile intende trarre dall'iniziativa illecita. In argomento, E. MOSCATI, *Pena*, cit., 781. La tesi secondo la quale alle pene private deve riconoscersi un'attitudine a prevenire e reprimere inadempimenti/illeciti che non cagionino danni o che ne cagionino in misura esigua a fronte dei potenziali introiti conseguibili dal danneggiante è sostenuta anche da M. G. BARATELLA, *op. cit.*, 214, la cui riflessione ha il pregio di sottolineare come l'iniziativa

Con riguardo alle previsioni di cui agli artt. 1382 ss. c.c., si è potuto constatare come la clausola penale rappresenti uno strumento convenzionale di gestione delle sopravvenienze afferenti alla fase dinamica del rapporto obbligatorio: la mancata ovvero ritardata esecuzione della prestazione principale. Deferire ai privati il compito di disciplinare le conseguenze dell'illecito contrattuale (prima che si verifichi la situazione patologica e mediante la creazione di una sanzione civile con finalità non soltanto redistributiva delle perdite scaturenti dall'inosservanza della regola contrattuale, bensì esclusivamente o prevalentemente punitiva) equivale ad aprire alla configurabilità della penale cosiddetta pura. Tale assunto, lungi dall'essere sconfessato dalla disposizione che prevede un controllo sulle penali manifestamente eccessive, trova proprio nell'art. 1384 c.c. puntuale conferma.

Quale che sia l'opzione esegetica preferibile⁹¹, si ritiene infatti che la *ratio* della norma debba essere individuata nell'esigenza di fissare un limite alla misura della sanzione voluta dalle parti affinché la stessa sia giusta e proporzionata all'illecito⁹². La riducibilità diventa, dunque, espressione dell'equità correttiva del giudice, il cui intervento non pare diretto a evitare possibili abusi di posizione dominante in vista di una supposta tutela della parte contrattualmente più debole⁹³, bensì ad arginare l'eccessività o l'inadeguatezza della sanzione convenuta⁹⁴.

del danneggiato e il beneficio economico previsto in suo favore siano in grado di spiegare la maggiore adeguatezza della sanzione punitiva civile (anche rispetto alla sanzione penale) a soddisfare l'interesse del soggetto leso.

⁹¹ Clausola penale con funzione di liquidazione anticipata e forfettaria del danno ovvero con funzione punitiva.

⁹² Che la sanzione ponga un problema di proporzione o di giustizia e che la giustizia sia nell'essenza stessa della sanzione è sostenuto da G. GORLA, *op. cit.*, 260.

⁹³ Così A. MARINI, *op. cit.*, 141. Cfr. anche E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 519, il quale ritiene che la possibilità di un intervento *a posteriori* da parte del giudice sia, invero, prevista al fine di evitare una sanzione non proporzionata alla violazione commessa dal contraente inadempiente e non tanto per riaffermare quella posizione di sostanziale equilibrio tra le parti, che costituisce, come è noto, una delle direttive dell'ordinamento in materia contrattuale. In senso conforme, G. DE NOVA, *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, II (1988), 381. *Contra*, A. MAGAZZÙ, *op. cit.*, 195, secondo la cui ricostruzione la norma contenuta nell'art. 1384 c.c. sarebbe posta a tutela di un interesse del debitore.

⁹⁴ Si rinvia a S. MAZZARESE, *op. cit.*, 183, ove si osserva come «il sistema di regole che si esprime nella riducibilità della prestazione penale (art. 1384 c.c.) affida al potere di intervento del giudice una esigenza specifica dell'ordinamento volta a contenere l'autonomia privata in materia sanzionatoria non semplicemente entro i limiti negoziali della clausola, che, peraltro, come si è visto, mostra una duttilità non indifferente del

Sebbene si tratti di una verifica alla quale può in astratto essere impressa una duplice direzione⁹⁵, la tesi della ammissibilità di una clausola penale pura risulta confortata da una serie di argomenti.

In primo luogo, non si spiegherebbe la manifesta eccessività originaria di una penale che le parti abbiano ritenuto, nelle loro previsioni, di valore equipollente al danno derivante dall'inadempimento⁹⁶. In questo senso, la riducibilità meglio si combina con la funzione preventiva e repressiva della clausola penale, la quale non può essere caducata⁹⁷ e risulta dovuta nella misura che il giudice ritiene sufficiente a dissuadere il debitore dall'inadempimento ovvero punirlo per la sua condotta illecita. Non a caso il criterio che deve orientare le scelte del giudice è individuato dal legislatore nell'interesse che il creditore aveva all'adempimento, senza che acquisisca alcuna rilevanza né la corrispondenza tra la prestazione principale e la prestazione penale né la correlazione tra quest'ultima e il danno occorso⁹⁸.

proprio assetto costitutivo, sia sotto diversi profili strutturali sia sotto quello funzionale ed effettuale, ma anche entro una sindacabilità giudiziale della "pena" ravvicinata ad una valutazione equitativa della prestazione dovuta dal soggetto responsabile ed orientata eccezionalmente a correggere una manifesta espressione della volontà contrattuale delle parti».

⁹⁵ Ebbene, se di liquidazione anticipata e forfettaria si discute, l'intervento riduttivo del giudice si giustificherebbe in ragione del necessario adeguamento del danno preventivamente liquidato a quello effettivamente determinatosi. Avuto diversamente riguardo alla funzione afflittiva, la correzione verso il basso compiuta dall'autorità giudiziaria risulta diretta a scongiurare che una forma di autotutela delle ragioni del creditore venga concretamente impiegata con modalità eccessive in rapporto alla posizione oggetto di tutela. Cfr. M. TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Esi, Napoli, 2002, 58.

⁹⁶ Di tale opinione è M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 131, il quale ritiene che il profilo della riducibilità della penale per manifesta eccessività possa meglio armonizzarsi con la concezione punitiva della clausola penale («Difficilmente potrebbe, infatti, parlarsi di eccessività (originaria) della penale se questa dovesse intendersi equivalente, per volontà delle parti, al danno nella misura prevista e quindi valutabile sin dall'inizio»).

⁹⁷ Si è già sottolineato come, se l'ordinamento avesse voluto escludere la funzione punitiva della clausola penale, avrebbe previsto la nullità delle penali manifestamente eccessive in luogo della riducibilità.

⁹⁸ In questa prospettiva, è possibile che la penale, seppur oggetto di *reductio* giudiziale, debba comunque essere corrisposta in misura superiore al pregiudizio derivante dall'inadempimento.

Ulteriori indici a supporto della tesi qui sostenuta sono ritraibili dalla posizione assunta dalla giurisprudenza in relazione all'accordo di irriducibilità della penale concluso dalle parti⁹⁹.

La *ratio* che ha ispirato la disposizione sulla riducibilità influenza le considerazioni sulla natura, cogente o dispositiva, della norma¹⁰⁰, nel senso che l'invalidità conseguente all'inosservanza di una previsione inderogabile deve potersi spiegare alla luce dell'interesse che il legislatore ha inteso tutelare. Tale interesse, concretandosi in un'esigenza primaria di proporzionalità della sanzione all'illecito, non è ascrivibile alle parti del rapporto bensì all'ordinamento, di guisa che è possibile inferire l'indisponibilità, da parte dei privati, di ciò che non si configura come un diritto¹⁰¹, bensì quale potere-dovere riconosciuto al giudice in funzione equitativa e per motivi di interesse generale.

Ragioni che trascendono quelle dei singoli soggetti coinvolti nella contrattazione consentono, dunque, di affermare l'inderogabilità della norma sulla riducibilità giudiziale della penale manifestamene eccessiva e di enucleare un ulteriore argomento a supporto della tesi favorevole a un intervento *iussu iudicis*.

In sostanza, se la previsione di una pena privata risponde all'esigenza di rafforzare il vincolo contrattuale, l'indisponibilità del controllo sulla concreta estrinsecazione della funzione punitiva dell'autonomia negoziale si giustifica in ragione di un principio generale che attribuisce allo Stato la competenza esclusiva nella predisposizione e nell'attuazione delle sanzioni. Quel bilanciamento tra interesse tutelato e interesse sacrificato, compiuto direttamente dal legislatore in relazione alle sanzioni di diritto pubblico, è sì demandato ai contraenti, ma sotto l'egida del giudice, il cui ruolo si

⁹⁹ Da ultimo Cass. Sez. II ord., 16 dicembre 2019, n. 33159, in *CED Cassazione*, 2019, la quale si è espressa nel senso del possibile esercizio del potere di riduzione d'ufficio della penale eccessiva anche nel caso in cui le parti ne abbiano convenuto l'irriducibilità, trattandosi di un potere funzionale al perseguimento di un interesse generale dell'ordinamento.

¹⁰⁰ Cfr. M. P. PIGNALOSA, *Riducibilità della penale e autonomia privata*, in *Contr. impr.*, 6/2015, 1409-1411; V. PESCATORE, *Clausola di «irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbl. contr.*, 11/2007, 898-899.

¹⁰¹ Si vedano le considerazioni formulate da A. MARINI, *op. cit.*, 151 in ordine alla validità del patto con cui il debitore rinunci al potere di chiedere la riduzione della penale eccessiva. In tale accordo non potrebbe propriamente ravvisarsi una rinuncia sia in ragione dell'essenziale unilateralità di quest'ultima sia perché, non essendo ancora sorta, al momento in cui il patto viene stipulato, l'obbligazione penale, non può nemmeno ipotizzarsi un diritto alla riduzione della penale rinunciabile dal debitore. La rinuncia preventiva del debitore deve, dunque, considerarsi un semplice patto in deroga alla disciplina di cui all'art. 1384 c.c., in quanto tale nullo *ex art. 1418 c.c.*

traduce in una verifica di adeguatezza della sanzione convenuta dai privati alla luce dei principi generali dell'ordinamento.

Le considerazioni svolte in materia di responsabilità contrattuale risultano, infine, coerenti con i più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità extracontrattuale¹⁰². L'aver ritenuto non più contrastante con il principio dell'ordine pubblico l'idea secondo la quale dalla lesione di diritti soggettivi assoluti possa originare una diversa forma di responsabilità civile, che si propone di superare la centralità del danno cagionato, induce a ritenere ulteriormente confortata la soluzione qui prospettata al problema della penale pura.

La sanzionabilità della violazione dell'obbligo di *alterum non laedere* è, infatti, rappresentativa dell'esigenza dell'ordinamento di preservare, *erga omnes*, determinate situazioni giuridiche. Assumere che si tratti di una forma di tutela suscettibile di articolarsi nell'applicazione di rimedi a contenuto non riparatorio, la cui concreta determinazione rimettere al prudente apprezzamento del giudice, contribuisce, invero, a ridurre i margini di prevedibilità degli effetti del contegno antigiusuridico; prevedibilità che risulta, all'opposto, assicurata in ambito contrattuale. In questo caso è, infatti, il privato a impegnarsi, spontaneamente e in una misura dallo stesso condivisa, al pagamento di una sanzione pecuniaria con valenza non risarcitoria.

Una volta verificata la coerenza della sanzione convenzionalmente prevista con il quadro assiologico di riferimento, è possibile sostenere che quanto più relativizzata tenda a essere la reazione all'illecito, sia in punto di preventiva individuazione del soggetto destinatario della sanzione sia in punto di specificazione del suo grado di incisività sul patrimonio giuridico dell'obbligato (*quantum*), tanto più infondata diventa ogni obiezione di incompatibilità con l'ordinamento di una clausola penale con funzione meramente punitiva.

Il contributo che questo lavoro ha inteso procurare alla tesi della configurabilità di pene private presuppone che alla locuzione venga attribuito un significato idoneo a fugare i dubbi originati dall'utilizzo di un aggettivo ("private") in apparente contrasto con il sostantivo ("pene"), per la definizione di un *genus* che non può, in ogni caso, ritenersi un ibrido. Si è detto che «della pena pubblica, ricorre in questa definizione, la minaccia del male e la irrogazione della pena al soggetto che non osserva la regola di condotta»¹⁰³. Nonostante la comune funzione dissuasiva-repressiva, la pena

¹⁰² Cass. Sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, IX, 2017, 2613.

¹⁰³ M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 150.

di diritto privato conserva, tuttavia, quell'unicità che le deriva dall'essere prevista a tutela di interessi disponibili e dall'essere rivolta a beneficio non dell'Erario¹⁰⁴, bensì del privato, la cui iniziativa assurge a condizione irrinunciabile di applicabilità della sanzione¹⁰⁵.

Ebbene, le discussioni in tema di penale pura sembravano destinate ad assumere risvolti meramente accademici una volta consolidatosi l'orientamento sulla riducibilità d'ufficio¹⁰⁶. Tuttavia, le riferite aperture in ordine alla funzione deterrente-punitiva della responsabilità aquiliana e al riconoscimento di pene private "giudiziali", culminate nella sentenza sui danni punitivi¹⁰⁷, hanno contribuito a dare nuova linfa alla disputa concernente le pene private "contrattuali".

L'esigenza di ricondurre a sintesi la complessità e la dinamicità dell'ordinamento¹⁰⁸ ha imposto all'interprete un'applicazione, per così dire, "circolare" dei principi elaborati o, più correttamente, rielaborati a livello giurisprudenziale, riaccendendo il dibattito sulla clausola penale pura e suggerendone una rimeditazione in termini di compatibilità con l'ordinamento. Sulla scorta di queste premesse, si è, dunque, giunti alla conclusione secondo la quale la stessa riduzione d'ufficio, lungi dal riflettere il disfavore dell'ordinamento nei confronti di una possibile causa

¹⁰⁴ Tuttavia, non si esclude che allo Stato possa derivare, in via mediata, una qualche utilità dal ricorso a siffatta tipologia di sanzioni in termini di puntuale osservanza delle norme giuridiche e di ordinata convivenza civile.

¹⁰⁵ Cfr. F. BRICOLA, *La riscoperta delle "pene private" nell'ottica del penalista*, in *Le pene private* (a cura di) Busnelli e Scalfi, *op. cit.*, 29.

¹⁰⁶ La giurisprudenza di legittimità ha inteso il potere di controllo riconosciuto al giudice a norma dell'art. 1384 c.c. quale espressione del generale interesse dell'ordinamento a che l'autonomia contrattuale non oltrepassi i limiti entro cui essa è considerata suscettibile di realizzare interessi meritevoli di tutela. Occorre, tuttavia, precisare che, sebbene le Sezioni Unite non abbiano, in quella sede, preso posizione sulla *ratio* dell'istituto, dalla pronuncia sono stati ricavati indici a supporto della tesi della liquidazione anticipata e forfettaria del danno. In questo senso, l'intervento d'ufficio è stato interpretato come volto a ripristinare la corrispondenza tra il risarcimento inizialmente concordato a titolo di penale e il pregiudizio concretamente occorso, al fine di impedire al creditore di trarre un indebito vantaggio dall'altrui inadempimento. Cfr. Cass. Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 1/2006, 106.

¹⁰⁷ Cfr. P. PARDOLESI, *Oltre la deterrenza: valenza punitivo/sanzionatoria dell'art. 709 ter c.p.c.*, in *Danno resp.*, 4/2020, 531 ss.; F. QUARTA, *Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 1/2019, 88 ss.; O. CLARIZIA, *Danno non patrimoniale e funzione punitiva del risarcimento ultracompensativo*, in *Giur. it.*, 10/2018, 2277 ss.; A. SARAVALLE, *Cronaca di una sentenza annunciata (per gli internazionalprivatisti)*, in *Giur. it.*, 10/2018, 2283.

¹⁰⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, in particolare 184 ss.

punitiva degli atti dell'autonomia negoziale, realizzerebbe, all'opposto, un'imprescindibile verifica di adeguatezza e proporzionalità della sanzione convenuta dai privati a fronte di un illecito contrattuale.

L'indagine, pur ruotando intorno a categorie giuridiche non più recentissime, ha cercato di dimostrarne l'attualità attraverso un percorso ermeneutico in grado di stare al passo con la storicità del diritto e con la mutevolezza del quadro assiologico di riferimento. Malgrado la rilevata ciclicità degli studi in materia di pene private, è, dunque, possibile concludere nel senso di riconoscere all'istituto una capacità di adattarsi al divenire normativo e di garantire un'effettiva, oltre che sollecita, risposta alle diverse istanze della realtà sociale nell'ipotesi in cui il semplice risarcimento si riveli inidoneo ad assicurare una tutela effettiva.