

## CLAUSOLE PENALI E PATTI PARASOCIALI TRA TIPICITÀ DELLA FUNZIONE SANZIONATORIA ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

Ignazio Tardia\*

SOMMARIO: 1. *Ars stipulatoria privatorum* e patti sanzionatori tra autonomia privata e controlli ordinali. – 2. Il sistema legale delle tutele civili ed il sistema convenzionale delle sanzioni private. – 3. Clausole penali e principio di tipicità delle sanzioni civili: (in)derogabilità della tipica funzione sanzionatoria e (in)derogabilità della disciplina del tipo. – 4. Un banco di prova: i «patti parasociali». Natura giuridica e problemi di «effettività». – 4.1. Clausole penali, prevenzione dell'inadempimento ed effettività dei patti parasociali.

1. Il punto di abbrivo della presente indagine è la riferibilità all'autonomia negoziale del potere «privato» di stabilire «sanzioni civili», altrimenti affidate solo alle previsioni legali dell'ordinamento statale, a tutela dell'osservanza di comportamenti dovuti.

Le clausole e le obbligazioni penali costituiscono tuttora il paradigma di riferimento (legislativo, dottrinale e giurisprudenziale) di un'analisi di strutture pattizie, funzioni sanzionatorie ed effetti obbligatori che, codicisticamente, sembrano presupporre in modo necessario un accordo ed un illecito «contrattuali», ma che ad una valutazione non strettamente letterale dei dati normativi e ad una ricognizione non tradizionalmente dommatica delle categorie civilistiche mostrano, in realtà, una estensibilità interpretativa del «tipo» ed una compatibilità ordinali di «tutele» in grado di dare rilevanza giuridica a molteplici altre funzioni, strutture ed effetti di ideazione sanzionatoria e privata<sup>1</sup>.

\* Ricercatore di Diritto Privato nell'Università di Palermo.

<sup>1</sup> Per quanto ciò abbia costituito un percorso di analisi già intuito ed in parte sperimentato, tuttavia si è trattato di indagini che non sono andate oltre (né verosimilmente intendevano farlo) la strumentazione delle sole clausole penali. Nella letteratura specialistica, si veda soprattutto: V.M. Trimarchi, *La clausola penale*, Milano, 1954; A. Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984; A.D. Candian, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, che si segnala per le c.dd. «penali testamentarie»; A. Zoppini, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, che si segnala per la ricostruzione comparatistica; l'acuta ed esaustiva ricostruzione di S. Mazzaresse, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990; Id., *Clausola penale*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1999; M. De Luca, *La clausola penale*, Milano, 1998; M. Tatarano, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002; D. Migliasso, *La clausola penale*, Milano, 2007; F. Agnino, *Clausola penale e tutela del consumatore*, Milano, 2009.

Occorre prendere le mosse da alcune considerazioni sul rapporto tra «patti sanzionatori» e «clausole penali», ovvero su quali siano le ragioni di un collegamento strutturale e funzionale tra gli stessi: *a)* i concetti di «patto sanzionatorio» e «clausola penale»; *b)* la «clausola penale» come «paradigma» non solo di patto sanzionatorio ma anche di sanzione civile; *c)* il concetto di sanzione, l'individuazione delle sanzioni civili ed il principio di tipicità delle sanzioni, ancorché civili; *d)* la tipicità sanzionatoria della clausola penale, ovvero i «connotati tipici» della «funzione sanzionatoria» della clausola penale.

A differenza dei filosofi e dei teorici generali del diritto<sup>2</sup>, i giuristi positivi intendono la sanzione, specie quella civile, come qualunque reazione dell'ordinamento all'inosservanza di un precetto (nullità, annullabilità, risolvibilità, rescindibilità, riconducibilità ad equità, risarcibilità, ecc.). Ne discende che «patto sanzionatorio»<sup>3</sup> è qualunque accordo contrattuale, di solito ma non necessariamente una clausola, con il quale le parti convengono una

---

Importanti riferimenti compaiono anche in alcune voci enciclopediche: E. Protetti, *Clausola penale e caparra*, in *Enc. for.*, Milano, 1958, 233 s.; G. Piola, *Clausola penale*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 351 s.; A. Magazzù, *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 186 s.; V.M. Trimarchi, *Clausola penale*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1964, 351 s.; G. De Nova, *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 377 s.; A. Marini, *Clausola penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1 s.

L'argomento, seppur più brevemente, è altresì trattato nelle teorie generali del contratto e nei commentari al codice civile: M. Ghiron, *Della clausola penale e della caparra*, in *Comm. c.c.* D'Amelio e Finzi, I, Firenze, 1948, 533-549; G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, spec. 240-262; C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, 481-483; Id., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 221-238; N. Distaso, *I contratti in generale*, II, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1980, 1332 s.; G. De Nova, *Sub art. 1382-1384*, in *Comm. c.c.* Cendon, IV, Torino, 1991, 647 s.; Id., *Le clausole penali*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, *Le fonti delle obbligazioni*, 1, II, Torino, 1993, 159-171; Id., *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in R. Sacco e G. De Nova, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 10, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1995, 408-423; A. Giampieri, *La clausola penale e la caparra*, in *I contratti in generale* Alpa e Bessone, III, *I requisiti del contratto*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1991, 403 s., spec. 405 s.; F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, 162-174; A. De Cupis, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 10, Torino, 1995, 408 s.; A. Di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, 110-112; A. Zoppini, *La clausola penale e la caparra*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contr.* Rescigno, Torino, 1999, 893-909; A. Jannarelli, *La clausola penale*, in *I contratti in generale*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, VIII, *Efficacia, condizione e termine. Esecuzione. Penale e caparra*, Torino, 2000, 249 s.

<sup>2</sup> Per i quali, sul concetto di sanzione, si rinvia a N. Bobbio, *Sanzione*, in *Nov. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 530 s., e F. D'agostino, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino, 1999; Id., *Sanzione*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 303 s.

<sup>3</sup> Si veda, in generale, G. Gorla, *Il contratto*, cit., spec. 240-262, ripreso in dottrina anche da altri aa., come Bianca, Cataudella, Marini, ecc. Sia poi consentito il rinvio, in particolare, al mio volume, *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori*, Napoli, 2006.

«sanzione civile» per l'inosservanza di un obbligo, ancorché non obbligazione; sanzione prevista in astratto dall'ordinamento ma determinata in concreto dalle parti entro i limiti o connotati tipici della legge (clausola penale, caparra confirmatoria, clausola di recesso, clausola risolutiva espressa, patto di ritenzione delle rate pagate, ecc.).

Un patto posto in essere entro i limiti stabiliti dalla legge, in quanto limiti dell'autonomia contrattuale, ed entro i connotati tipici della legge, in quanto connotati tipici di una sanzione civile.

Si tratta di vagliare «il ruolo dell'autonomia privata e dei patti sanzionatori entro i limiti ed i criteri codicistici di imputazione della (e di responsabilità per la) mancata e inesatta esecuzione delle obbligazioni»<sup>4</sup> e dunque l'operatività di rimedi sanzionatori alternativi al risarcimento e agli altri espedienti legislativi posti a tutela del creditore. In tale prospettiva verranno in rilievo anche istituti in un certo qual modo «sospetti», come le c.dd. «pene private»<sup>5</sup>, attorno ai quali, invero, si registra un notevole risveglio della dottrina, soprattutto in relazione alle possibili accezioni del concetto di «sanzione» ed alla rilevanza che il principio di «tipicità delle sanzioni», ancorché «civili»<sup>6</sup>, assume all'interno del sistema di diritto privato.

Tra vecchi e nuovi patti sanzionatori, in un lungo percorso di adeguamento dell'*ars stipulatoria privatorum* entro i limiti dell'autonomia privata in materia sanzionatoria, i rimedi alternativi ai mezzi ordinari di tutela del creditore si arricchiscono e si alimentano di nuovi congegni suscettibili di essere forgiati dalle parti in vista della realizzazione dei propri interessi; di nuove tipologie rimediali atte a prefigurare modelli sanzionatori persino allo stesso legislatore, come le penali legali e quelle giudiziali<sup>7</sup>, libere dal rigorismo della prova e dalla quantificazione degli stessi danni.

Va comunque precisato che la propensione delle parti ad autoregolamentare le forme di tutela connesse all'incerto sviluppo del rapporto obbligatorio «di specie» non è del tutto rimessa al libero esplicarsi della volontà privata, rimanendo piuttosto soggetta ad una serie di controlli ordinamentali che possono risolversi in un giudizio di invalidità, di inefficacia, di illiceità, di vessatorietà e abusività, di conversione legale e di inserzione automatica,

<sup>4</sup> S. Mazzaresse, *Illecito contrattuale e patti sanzionatori*, in P. Perlingieri (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, Napoli, 2005, 426.

<sup>5</sup> Cfr. E. Moscati, *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 s.; F.D. Busnelli e G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985; G. Ponzanelli, *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 1 s.; S. Patti, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 349 s.; F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, cit., 162-174; P. Gallo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.

<sup>6</sup> Mette in evidenza tale profilo S. Mazzaresse, *Illecito contrattuale*, cit., 427.

<sup>7</sup> V., al riguardo, le ricostruzioni di A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., 305 s., e S. Mazzaresse, *Clausola penale*, cit., 287 s.

nonché di riduzione, rettifica e riconduzione ad equità<sup>8</sup>.

L'esigenza, avvertita dalle parti, di predisporre rimedi in grado di garantire un'efficace azione deterrente nei confronti della persona del debitore, nonché un'adeguata gestione delle conseguenze dell'inadempimento, una volta che questo si sia verificato, ha determinato il crescente utilizzo del modello della clausola penale, soprattutto in quelle ipotesi nelle quali il risarcimento del danno, per equivalente o in forma specifica, si era dimostrato poco idoneo a prevenire e/o a compensare determinate forme di illecito civile.

Peraltro il tema della clausola penale è stato per molto tempo utilizzato dai giuristi nell'ambito di riflessioni teoriche relative ad aree problematiche tra loro assai diverse<sup>9</sup>, sicché la disciplina del codice civile del 1942 appare, quanto meno nella lettera, alquanto riduttiva al confronto della più ampia esperienza giuridica che, in modo diacronico e sincronico, ha accompagnato l'evoluzione di tale istituto.

Non meraviglia che, ad una risalente valutazione civil-comparatistica fra le più autorevoli, il termine «clausola penale» sia ritenuto comprensivo dei patti che, pur avendo «funzioni o scopi diversi»<sup>10</sup>, tuttavia «si possono assommare nel concetto di patto sanzionatorio avente, cioè, lo scopo di rafforzare o anche creare una sanzione»<sup>11</sup>.

La clausola penale, dunque, come «paradigma» di «patto sanzionatorio», ma non di «pena privata», giacché il patto sanzionatorio è più coerente con una concezione moderna del diritto, specie sotto il profilo: *a*) della tipicità ordinamentale delle sanzioni; *b*) del principio della parità reciproca delle parti (e quindi dell'impossibilità di imporre unilateralmente una sanzione). Diversamente, la pena privata evoca altre civiltà del diritto e, specie nell'accezione tradizionale e più risalente, non è compatibile né con l'attuale idea di Stato, né con il principio generale della tipicità delle sanzioni, né con il principio di uguaglianza reciproca delle parti.

Senza nulla togliere alla centralità civilistica della sanzione risarcitoria, che resta il vero e più importante paradigma della sanzione civile, anche la clausola penale ha una «tipica» funzione sanzionatoria, simile ma non identica a quella risarcitoria, in quanto prescindendo dalla prova del danno contiene anche una componente afflittiva; è riscontrabile nell'intero sistema del diritto civile, nel quale la funzione sanzionatoria della penale si manifesta sia sotto forma di clausola contrattuale e quindi di patto sanzionatorio, sia sotto

<sup>8</sup> Su tale complesso sistema, v. P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334, e M.C. Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004.

<sup>9</sup> P. Rescigno, *Presentazione*, in A. Marini, *La clausola penale*, cit., XI.

<sup>10</sup> Così G. Gorla, *Il contratto*, I, *Lineamenti generali*, cit., 242.

<sup>11</sup> G. Gorla, op. loc. cit.

forma di rimedio legale e quindi di penale legale, sia sotto forma di rimedio giudiziale e quindi di penale giudiziale; è piú semplice e meno complessa della sanzione risarcitoria, specie di quella per equivalente, ma anche di quella in forma specifica; è piú consona alle ragioni di speditezza processuale; è piú auspicabile, *de iure condendo*, negli interventi legislativi di riforma a sostegno di qualificate tutele private, specie, ma non solo, di c.dd. soggetti deboli, per rendere piú effettive, o se si preferisce piú effettuali, sia la realizzazione di diritti soggettivi patrimoniali, sia la realizzazione di diritti soggettivi non patrimoniali. Del resto, il legislatore sembra fare sempre piú ricorso alle penali legali e la dottrina, specie comparatistica, sempre piú di frequente suggerisce adozioni legislative di misure sanzionatorie di tipo penale, già note e sperimentate in altri ordinamenti, come le *astreintes* del diritto francese, la *geldstrafe* del diritto tedesco, i *punitive damages* del diritto anglosassone.

Non meraviglia allora che la piú accreditata dottrina<sup>12</sup> ritenga di dover ridimensionare il problema della «funzione penale» della clausola e valorizzare, nell'autonomia contrattuale delle parti, la possibilità (lecita e meritevole di tutela) di realizzare funzioni diverse, sí da far apparire vano lo sforzo di individuarne quella tipica.

E tuttavia, il condivisibile «nichilismo» nell'affrontare il problema della funzione della clausola penale esonera dal compito di una mera classificazione tipologica delle figure, ma lascia impregiudicata la questione dei limiti ordinamentali delle «sanzioni private» assumibili nello schema «tipico» (e dunque positivamente lecito e determinato) delle clausole penali.

Mantiene una imprescindibile indicazione di metodo, nella ricostruzione critica del sistema, l'osservazione secondo cui «il problema centrale in materia sia proprio quello dell'individuazione dell'ambito e dei limiti dell'autonomia privata nel campo sanzionatorio e come pertanto, si ponga in primo piano il profilo della derogabilità dello schema tipico predisposto dal legislatore e cioè della possibilità del ricorso a schemi atipici»<sup>13</sup>. E ciò alla luce del principio di tipicità delle sanzioni, principio «generale», ancorché «non scritto», dello Stato di diritto, da ritenere tale per ogni settore dell'ordinamento e dunque non solo per le sanzioni penali, per le quali è espressamente posto, ma anche per le sanzioni amministrative, disciplinari, civili.

Specie alla verifica delle possibili corrispondenze fra il diritto interno e quello uniforme europeo, appare compito attuale e di prospettiva l'analisi della (in)derogabilità del tipo e della (in)derogabilità della disciplina del tipo<sup>14</sup>. Il che reitera, sul piano dell'adeguamento

<sup>12</sup> G. De Nova, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 413.

<sup>13</sup> A. Marini, *La clausola penale*, cit., 17.

<sup>14</sup> S. Mazzaresse, *Clausola penale*, cit., 270.

legislativo e della ricomposizione sistematica, il tema dei limiti dei patti sanzionatori.

2. Va verificato innanzitutto l'uso per così dire «alternativo»<sup>15</sup> degli enunciati codicistici: artt. 1382-1384 c.c.

Un dato certamente insuperabile dal quale prendere le mosse è infatti quello del carattere alternativo della sanzione penale rispetto a quella risarcitoria (*ex art. 1382 c.c.*), nonché dell'esclusività della prima delle ragioni satisfattorie del creditore (*ex art. 1383 c.c.*).

L'art. 1382 c.c., che in rubrica si riferisce proprio agli «effetti della clausola penale», incide direttamente sulla configurazione strutturale e funzionale della stessa clausola, identificandola, sul piano letterale, con quella mediante la quale «si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione».

All'interno dunque di una struttura dichiaratamente convenzionale, si enucleano due dati fondamentali: l'uno relativo al contenuto della clausola, consistente nella previsione di una obbligazione «penale» a carico del debitore, l'altro riguardante il rapporto tra le vicende dell'obbligazione principale e l'efficacia della penale.

Quanto al piano più strettamente relativo agli effetti della clausola, il medesimo art. 1382 c.c. contiene due regole. Il secondo comma individua gli effetti tipici della clausola nella non necessaria prova del danno e nella limitazione del «risarcimento» alla misura della stessa penale; ma il patto in deroga della risarcibilità del danno ulteriore rimette in causa il sistema legale (anziché convenzionale) della quantificazione dei danni, con evidenti sovrapposizioni normative fra autonomie contrattuali ed eteronomie legislative di determinazioni sanzionatorie.

Il legame esegetico che risulta codificato tra la clausola penale ed il risarcimento del danno è, altresì, alla base della disposizione di cui all'art. 1383 c.c. sul divieto di cumulo. Secondo questa norma, in presenza di una clausola penale relativa al solo inadempimento, il creditore «non può domandare insieme la prestazione principale e la penale», il che porta a considerare problematicamente la configurabilità di una c.d. «penale pura» e l'assumibilità dello stesso divieto come limite positivo ed inderogabile della tipicità sanzionatoria della clausola penale di fonte pattizia.

Infine, l'art. 1384 c.c. ammette la riducibilità della penale, sconosciuta nel codice previgente, anche nell'ipotesi di «eccessività» (e non solo nel caso di adempimento parziale).

---

<sup>15</sup> A voler solo evocare una ben nota formula di Pietro Barcellona (*Id.*, *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, 1973, 45).

Il primo comma dell'art. 1382 c.c., nel sancire l'effetto limitativo del risarcimento alla prestazione accordata, tratteggia quello che è il rapporto intercorrente tra l'obbligazione penale e quella risarcitoria; entrambe le prestazioni appaiono collegate da un nesso di alternatività: la pattuizione di una clausola penale esclude, in modo inderogabile, la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni provocati da inadempimento o da ritardo<sup>16</sup>.

La limitazione del risarcimento e l'alternatività caratterizzante la relazione tra la sanzione penale e quella risarcitoria tendono ad evitare un ingiusto aggravamento della posizione del debitore; come il legislatore considera iniqua e, pertanto, riducibile la penale eccessiva, così reputa ingiusto e vessatorio il cumulo di due sanzioni diverse, riconoscendo all'autonomia privata solo la scelta della sanzione più idonea a reprimere in concreto l'illecito e a rafforzare, indirettamente, il vincolo obbligatorio<sup>17</sup>.

L'indifferenza di quanto preventivamente e forfettariamente pattuito rispetto alla valutazione dei danni effettivi implica l'obbligatorietà della prestazione penale, nell'esatta misura anticipatamente concordata, anche nell'ipotesi in cui i danni concretamente prodottisi dovessero risultare maggiori o minori di quelli quantificati nella clausola, nonché, considerata l'irrilevanza della prova del danno fissata dal secondo comma dell'art. 1382 c.c., nel caso in cui quest'ultimo non si producesse affatto.

Nel tentativo di impedire che il principio dell'alternatività delle sanzioni gravi il creditore a favore del quale è prevista la clausola, va poi inquadrata la facoltà riconosciuta ai privati di prevedere pattiziamente la risarcibilità dei danni ulteriori<sup>18</sup>. Questi ultimi corrispondono a quei pregiudizi il cui valore

<sup>16</sup> Cfr. E. Gabrielli, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 928; A. Marini, *Clausola penale*, cit., 5; A. Giovati, *Divieto di cumulo tra azione di adempimento e penale*, in *Contratti*, 1993, 663 s., spec. 665; M. De Luca, *La clausola penale*, cit., 101; S. Mazzarese, *Clausola penale*, cit., 562-563.

<sup>17</sup> A. Marini, *La clausola penale*, cit., 163 s. Al riguardo, v. in dottrina, M. De Luca, op. loc. cit.; in giurisprudenza, Pret. Milano 13-7-1976, in *Foro it.*, 1977, I, 354, che ha sancito la nullità di una clausola penale che prevedeva l'obbligo, per il debitore, di pagare quanto pattuito e di risarcire integralmente il danno.

<sup>18</sup> Si tratta, in particolare, di un patto che, sotto il profilo strutturale, inerisce al contenuto c.d. «accidentale» della clausola. «L'accessorietà di quest'altra clausola (c.d. di «risarcimento del danno ulteriore») ha una peculiare ricaduta sull'efficacia delle penali alle quali essa si colleghi ed evidenzia un elemento «accidentale» della clausola «principale» che ne porta a considerare, in modo più complessivo, il «contenuto»: la clausola di risarcibilità del danno ulteriore fa infatti «rientrare dalla finestra le regole ordinarie del risarcimento, buttate fuori della porta da quell'effetto limitativo che è, invece, proprio della clausola penale» (S. Mazzarese, *Clausola penale*, cit., 66). Cfr. anche A. Magazzù, *Clausola penale*, cit., 194 s.; A. De Cupis, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 527; A. Marini, op. ult. cit., 165; G. De Nova, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 411; G. Bonilini, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, 551; M. De Luca, op. cit., 102; in giurisprudenza, v. Cass. 23-11-1983, n. 6995, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1209; Cass. 6-7-1991, n. 7603, in *Rep. Foro it.*, 1991,

eccede quello previsto a titolo di penale e, peraltro, si rileva che il risarcimento, anche in presenza di un patto di risarcibilità dei danni ulteriori, non potrà in ogni caso essere integrale<sup>19</sup>.

Le parti, al momento della stipulazione della penale, non sanno con certezza dei danni che potranno subire nell'ipotesi in cui si verifichi un inadempimento; a ciò segue l'esigenza di rimuovere quell'eventuale situazione di svantaggio in cui il creditore verrebbe a trovarsi qualora il danno effettivamente subito fosse di entità superiore a quanto dovuto a titolo di penale<sup>20</sup>.

In ordine poi alla funzione «tipica» della penale, va rilevato come tale pattuizione consenta alla parte non inadempiente il conseguimento di effetti assolutamente non realizzabili mediante il generale rimedio risarcitorio<sup>21</sup>; il riferimento è, in particolare, a quegli interessi meritevoli di tutela, non riconducibili alle tradizionali logiche di mercato e, pertanto, difficilmente monetizzabili.

Se è vero che la pattuizione penale, superando le difficoltà tecnico-operative proprie del rimedio risarcitorio, risulta funzionalmente idonea a garantire il soddisfacimento dei danni non patrimoniali, al contempo, va però osservato che la stessa, mediante il patto di risarcibilità degli ulteriori danni (patrimoniali) di cui all'art. 1382 c.c., può anche assumere una configurazione del tutto peculiare, in grado di comprendere e, al tempo stesso, andare oltre il semplice risarcimento del danno.

La clausola penale rappresenta un rimedio idoneo a garantire una *giusta* «misura risarcitoria», nei limiti in cui l'obbligazione penale riesce a colmare del tutto o in parte i danni derivanti dall'inadempimento, ed, al contempo, una *giusta* «eccedenza risarcitoria», la cui giustificazione normativa è da ricondurre al meccanismo della riducibilità.

La funzione «afflittiva» è un'ipotesi ricorrente nel modello pattizio della clausola penale, ma non ne costituisce l'effetto esclusivo; essa è connaturale a tale istituto, ma, al tempo stesso, non ne infirma la validità se le parti ne rapportino il risultato ad una ragione di sostanziale ristoro dei danni patrimoniali prevedibili, magari facendo salva la risarcibilità dei danni ulteriori.

In sintesi, la funzione penale, sostitutiva del risarcimento del danno, pre-

---

voce *Contratto in genere*, n. 307.

<sup>19</sup> Pacifico è in dottrina che la clausola penale, nel caso specifico, abbia la funzione di mero acconto sul risarcimento del danno; in particolare v. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, 9<sup>a</sup> ed., Milano, 1957, 585.

<sup>20</sup> Del medesimo avviso N. Distaso, *I contratti in generale*, II, cit., 1354; E. Gabrielli, *Clausola penale e sanzioni private*, cit., 929; A. Marini, op. ult. cit., 167; A. Giampieri, *La clausola penale e la caparra*, cit., 421; A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., 201; M. De Luca, op. cit., 103; S. Mazza-rese, op. ult. cit., 563. In giurisprudenza, v. Cass. 20-10-1984, n. 5305, in *Arch. civ.*, 1985, 707.

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. A. Zoppini, op. ult. cit., 162.



senta, al contempo, e un carattere sanzionatorio e un carattere satisfattivo<sup>22</sup>; la «pena» e la «riparazione» rappresentano quindi gli aspetti propri della penale, rispettivamente riconducibili alla posizione del debitore e a quella del creditore.

È chiaro che i due caratteri poco sopra enunciati si attingeranno in maniera differente a seconda della volontà delle parti; nelle diverse ipotesi di specie, la clausola penale potrà quindi avere un effetto più o meno intensamente afflittivo, o più o meno intensamente satisfattivo.

Ciò significa che a fronte del modello astrattamente predisposto dal legislatore, spetta comunque all'autonomia privata fissare di volta in volta il rapporto intercorrente tra questi due estremi, nel rispetto ovviamente e del limite di cui all'art. 1229 c.c., a salvaguardia delle ragioni creditorie, e di quello di cui all'art. 1384 c.c. in ordine all'eccessivo ammontare della clausola rispetto all'interesse del creditore.

La funzione sanzionatoria colloca l'obbligazione penale entro un sistema di sanzioni concrete realizzabili dalle parti e governate da una disciplina in parte imperativa ed in parte dispositiva: l'ordinamento non esclude la possibilità di orientare la funzione penale sia in senso risarcitorio, sia in senso meramente afflittivo, in relazione così al comune interesse delle parti, come alla natura delle obbligazioni sostenute.

All'unità funzionale della clausola penale corrisponde una pluralità di obiettivi che quest'ultima è in grado di realizzare<sup>23</sup>.

A ciò si aggiunga che talvolta la stipulazione della penale, attesa la particolare natura dell'obbligazione assunta, rappresenta l'unico modo per scoraggiare l'inadempimento, garantendo la «effettività» dell'impegno contrattuale: emblematica è l'ipotesi dei patti parasociali<sup>24</sup>.

La duttilità della funzione della clausola penale fa sì che questa possa soddisfare, più degli altri rimedi civilistici, le differenti ragioni creditorie; la funzione penale, infatti, proprio in ragione delle sue peculiarità, si distingue nettamente tanto dalla sanzione risarcitoria, consistente nella corresponsione

<sup>22</sup> S. Mazzaresse, op. ult. cit., 181 s.

<sup>23</sup> Sostiene il contrasto fra la determinazione afflittivo-sanzionatoria della clausola penale ed il principio di uguaglianza reciproca di cui all'art. 3 cost. F. Gerbo, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 206 s., spec. 212, non valutando che la contrarietà della funzione penale a così rilevante principio inderogabile dovrebbe comportare l'illiceità della clausola e non la semplice riducibilità che, al contrario, appare coerente sia al sistema dell'adeguatezza delle sanzioni che al sistema della commutatività dei contratti. In merito, v. anche P. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in Id., *Persona e comunità*, Padova, 1966, 335, spec. 340.

<sup>24</sup> F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, cit., 166, chiarisce che: «Così è, ad esempio, per i patti parasociali di sindacato di voto o di blocco», nei quali «l'estrema difficoltà, se non l'impossibilità, di fornire la prova di un danno per l'inadempimento altrui scoraggerebbe qualsiasi reazione alla violazione del patto, assicurando l'immunità a chi lo abbia violato e finendo con il togliere al patto stesso ogni carattere di giuridica vincolatività».

dell'equivalente economico del danno, secondo criteri di liquidazione legislativamente prefissati, quanto da quella c.d. «costitutiva», volta al ripristino dello *status quo ante*. Del resto, diverse possono essere le motivazioni per le quali può accadere che i mezzi rimediali aprioristicamente predisposti dal legislatore, in concreto, non si rivelino idonei a garantire il soddisfacimento dell'interesse creditorio; l'esecuzione in forma specifica della prestazione dovuta potrebbe infatti non essere praticabile, o comunque, pur essendolo, richiedere tempi di attuazione eccessivamente lunghi.

L'istituto di cui all'art. 1382 c.c. costituisce quindi la diretta espressione di un modello sanzionatorio «elastico», in grado di cambiare in relazione alle diverse vicende del rapporto obbligatorio principale, un modello sanzionatorio nel quale si realizza la sintesi del giusto equilibrio tra autonomia contrattuale e controllo ordinamentale.

3. Alla tipicità della «obbligazione» penale si legano risalenti questioni sulla configurabilità di particolari ipotesi di specie, la cui natura convenzionale – non corrispondente ad alcun tipo nominato – richiede un sindacato di liceità della causa e di meritevolezza dell'interesse, altrimenti traducibile in termini di compatibilità di ogni specifico patto con il principio di tipicità delle sanzioni, che è principio generale del nostro sistema giuridico<sup>25</sup>.

In particolare, l'annosa questione relativa alla funzione tipica della clausola penale – paradigma di ogni altro «patto sanzionatorio» – consegue alla confusione, ingenerata dai precedenti approcci dottrinali, tra la funzione, per così dire, «oggettiva», cioè quella attribuita «in astratto» all'istituto dal dettato normativo, e la funzione «soggettiva», ossia quella assegnata dalle parti nelle possibili varianti applicative.

Ora, al di là del potere attribuito ai privati di creare, con riferimento al singolo caso di specie, la «sanzione penale», astrattamente prevista «nel tipo»,

---

<sup>25</sup> E. Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, 12, e G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 16, che rileva come «è certo che anche la pena privata rispetta esigenze minime imposte dall'ordinamento». *Contra*, B. Grossfeld, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am M.-Berlin, 1961, 121. In particolare, poi, A. Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 70, nota 80, sostiene che il principio *nulla poena sine lege* opera esclusivamente nell'ambito del diritto penale, non trovando alcuna applicazione né nel settore civilistico né in quello amministrativistico. L'a., inoltre, osserva che la diffusa diffidenza nei confronti della pena privata deriva da un'ingiustificata e netta contrapposizione tra questa ed il rimedio risarcitorio. Distinzione che, in verità, non avrebbe ragione di esistere, dal momento che il risarcimento del danno, accanto alla fondamentale funzione di reintegrare il patrimonio del danneggiato, svolge anche quella di dissuadere dal provocare il danno e di infliggere un male al responsabile del fatto illecito, così come, del resto, la pena privata assolve ad una funzione risarcitoria o, quantomeno, riparatoria, atteso che la somma in cui la stessa si sostanzia dev'essere versata alla «vittima» e non allo «Stato» (*ivi*, 68).

pare opportuno osservare come l'intera disciplina della clausola in esame sia permeata dalla costante esigenza, da parte del legislatore, di realizzare un effettivo contemperamento tra i contrapposti interessi delle parti.

È proprio su tali preoccupazioni ordinamentali che poggia la «rete» normativa di contenimento degli effetti della penale, siano essi afflittivi o risarcitori; si tratta dunque di limitazioni indirizzate a coordinare gli effetti della penale con le altre sanzioni, o con gli altri istituti rimediali, nonché a controllare la reale incidenza della clausola mediante la riducibilità giudiziale della prestazione pattuita.

In virtù di tali ragioni ordinarie, la richiesta della prestazione penale esclude tanto il risarcimento che l'adempimento, ma non la risarcibilità dei danni ulteriori, se pattuita, né la possibilità di cumulare l'adempimento della prestazione con la penale, se questa è prevista per il ritardo. Al contempo, la riducibilità non opera solamente nell'ipotesi dell'eccessività (assoluta) della penale dovuta per il totale inadempimento, ma anche nel caso in cui la prestazione pattuita nella clausola risulti (relativamente) eccessiva a séguito dell'adempimento parziale, consentendo così il cumulo della penale con lo stesso adempimento parziale.

In tal modo si cerca di evitare il concorso di sanzioni che gravino interamente sul medesimo fatto illecito, consentendo, per altro verso, il concorso parziale delle medesime sanzioni. In definitiva, la tipicità sanzionatoria dell'obbligazione penale non preclude né un risultato risarcitorio, ma non oltre il limite proprio dell'esatto ammontare dei danni stessi (effetto limitativo del risarcimento e risarcibilità dei danni ulteriori: art. 1382, comma 1, c.c.), né un risultato puramente afflittivo, ma non oltre il divieto di cumulo (art. 1383 c.c.) e la riducibilità della prestazione penale (art. 1384 c.c.).

Tale «tipica» e congrua funzione «dualistica» della clausola penale, del tutto propria ed originale, risulta dunque ascrivibile al sistema delle sanzioni direttamente applicabili dalle parti ma pur sempre sottoposte ad un controllo ordinamentale, controllo che si risolve in una serie di disposizioni normative in parte di natura imperativa, in parte di natura dispositiva.

La tipicità sanzionatoria della funzione penale implica però una verifica dei limiti di dispositività degli artt. 1382-1384 c.c.

La questione non si può risolvere assumendo che sia estraneo alla tipicità sanzionatoria tutto ciò che non sia «in relazione ad ipotesi nominate e alle condizioni espressamente fissate dal legislatore»<sup>26</sup>, come pure non si può escludere che l'obbligazione penale, pur essendo sanzione che comporta un effetto limitativo del risarcimento, abbia anche una prospettiva «non

<sup>26</sup> A. Marini, *La clausola penale*, cit., 9, nonché F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 s.

risarcitoria», potendo sostenere, afflittivamente, un interesse e/o un obbligo patrimoniali (ma anche non patrimoniali).

Si tratta di quei patti sanzionatori che, proprio in virtù dell'obbligazione penale, potrebbero (per così dire) «contrattualizzare» obblighi, orientando la stessa stipulazione penale alla compulsorietà coercitiva di obblighi «relativi» che non siano anche «obbligazioni».

Sulla riferibilità della penale all'inosservanza di un obbligo che non sia anche una obbligazione, tuttavia, va osservato che, pure su questo versante, è il contratto che in realtà polarizza le ipotesi più frequenti, trattandosi di penali che accedono ad obblighi collaterali piuttosto che all'adempimento delle obbligazioni principali: così, soprattutto, per le penali poste a sostegno di semplici modalità contrattuali<sup>27</sup>.

La penale codicistica presenta una caratteristica struttura negoziale ed una precipua funzione sanzionatoria che ne fanno una clausola negoziale «tipica» con una individualità ed una causa del tutto proprie<sup>28</sup>. Tale tipicità è però minata dalla mancanza di una disposizione che tipizzi la prestazione penale, al punto da far ritenere che questa possa consistere in un «dare», come in un «fare» o in un «non fare».

Una «determinata prestazione» è la formula, alquanto astratta, utilizzata dal legislatore all'art. 1382 c.c. per definire l'oggetto della penale. La genericità caratterizzante il dettato codicistico ha indotto gli operatori giuridici a confrontarsi con un tessuto normativo tale da consentire, nel pieno rispetto del dato legislativo, il raggiungimento di esiti interpretativi differenti e, per certi versi, diametralmente opposti, nel tentativo di risolvere l'annosa *querelle* sull'esclusiva pecuniarietà o meno dell'obbligazione penale. Al riguardo, è possibile rinvenire due principali indirizzi: l'uno volto a sostenere che la clausola debba necessariamente, ed a pena di nullità, avere ad oggetto una somma di denaro<sup>29</sup>; l'altro, maggiormente seguito, reputa configurabile la

<sup>27</sup> S. Mazzaresse, *Clausola penale*, cit., 248; si veda, in particolare, V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano. Corso di lezioni*, I, Verona-Padova, 1898, 374, spec. 378.

La stessa distinzione richiamata dal codice (art. 1382) fra la penale per l'inadempimento e quella per il ritardo fornisce un'importante argomentazione logica che depone a favore della configurabilità di una penale volta a sostenere un obbligo non identificabile in una obbligazione contrattuale autonoma; nella particolare ipotesi della penale per il ritardo, infatti, la «pena» è relazionata ad una semplice modalità dell'adempimento, con ciò ammettendo la possibilità, per la penale, di indirizzarsi all'osservanza di un obbligo che sia semplicemente connesso all'adempimento dell'obbligazione principale, senza potersi ritenere coincidente con essa.

<sup>28</sup> M. Fragali, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Ginst. civ.*, 1959, I, 313-314.

<sup>29</sup> Cfr. A. Marini, *La clausola penale*, cit., 126 s., e C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1956, 186; in giurisprudenza, Cass. 11-06-1981, n. 3789, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 231; Cass. 10-04-1995, n. 4126, *ivi*, 1995, voce cit., n. 356. In particolare, i 496

penale non pecuniaria ed, al contempo, la ritiene conforme al nostro sistema ordinamentale<sup>30</sup>.

sostenitori di tale tesi qualificano la pecuniarietà dell'obbligazione penale come un requisito oggettivo del negozio, la cui assenza determina, quindi, l'illiceità e la conseguente nullità della clausola (di tale avviso E. Gabrielli, *Clausola penale e sanzioni private*, cit., 923). Ciò si fonda essenzialmente su due argomentazioni: la riconducibilità al patto commissorio della clausola penale avente per oggetto un bene immobile e l'irriducibilità della penale eccessiva inerente ad un bene indivisibile.

In relazione al primo punto, il patto commissorio, di cui all'art. 2744 c.c., al di là della funzione sanzionatoria, non presenta ulteriori profili che possano in qualche modo assimilarlo alla clausola penale; al riguardo, basti sottolineare l'efficacia reale dello stesso e quella esclusivamente obbligatoria della penale. Neppure si giunge ad una diversa conclusione se si equipara la penale al c.d. patto commissorio obbligatorio, di esclusiva elaborazione dottrinale; quest'ultimo, infatti, pur determinando il sorgere, per il debitore, dell'obbligo di trasferire la proprietà del bene ipotecato o dato in pegno, implica la necessità di un rapporto preesistente e, di conseguenza, è intrinsecamente connesso ad una funzione di garanzia. Diversamente, la penale, a prescindere dalla sua natura di patto autonomo o accessorio, comporta la nascita di una obbligazione la cui finalità non è sempre e solo di garanzia (cfr., in questo senso, M. De Luca, *La clausola penale*, cit., 78-79). Peraltro, si rileva come l'illiceità dovuta alla violazione del divieto di patto commissorio possa colpire una clausola penale, ancorché pecuniaria; si pensi, al riguardo, a quella pattuizione con la quale il debitore si obbliga, in aggiunta ad un pegno irregolare validamente costituito su una somma di denaro, a rinunciare alla restituzione dell'eccedenza del valore del deposito vincolato di denaro rispetto all'ammontare dei crediti garantiti (è di tale opinione S. Mazzarese, *Clausola penale*, cit., 377).

L'ulteriore considerazione, peraltro controvertibile e comunque non decisiva, a sostegno dell'esclusiva pecuniarietà dell'obbligazione penale si basa sulla presunta incompatibilità della disciplina sulla riduzione della penale manifestamente eccessiva con il carattere dell'infrazionabilità della cosa oggetto della clausola (A. Marini, op. ult. cit., 123). Taluni aa. reputano però riducibile anche la penale eccessiva non pecuniaria avente ad oggetto un bene indivisibile, senza che sia necessario attribuire al giudice alcun potere sostitutivo della penale con una somma di denaro inferiore. In particolare, sollecitando l'applicazione analogica dell'art. 510 c.p.c. relativo all'esecuzione forzata, s'è ritenuto che il giudice, una volta valutato in termini economici il valore del bene, possa porre a carico del creditore l'obbligo di restituire il *quantum* in eccesso; al pagamento di tale somma è poi sospensivamente condizionato il passaggio della proprietà del bene (v., in particolare, M. De Luca, op. cit., 80-81). S. Mazzarese, op. ult. cit., 375 e 377, pur ammettendo la configurabilità della penale non pecuniaria, limita il possibile oggetto alle cose fungibili (di cui il denaro rappresenta solo la specie principale) e ai beni divisibili, in modo tale da non pregiudicare l'eventuale riducibilità di una prestazione eccessiva.

<sup>30</sup> Per l'ammissibilità di penali non pecuniarie v. M. De Luca, op. cit., 74 s.; A. Magazzù, *Clausola penale*, cit., 191; A. De Cupis, *Il danno*, cit., 520 s.; N. Distaso, *I contratti in generale*, cit., 1346 s.; A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., 218 s.; G. De Nova, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 410; E. Persico, *La clausola penale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 69 s., spec. 74 s.; V.M. Trimarchi, *La clausola penale*, cit., 94; F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, I, Milano, 1968, 203; S. Mazzarese, *Le obbligazioni penali*, cit., 69 s. e Id., *Clausola penale*, cit., 368 s. In giurisprudenza: Cass. 8-8-1962, n. 2465, in *Rep. Giust. civ.*, 1962, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 43; Cass. 12-3-1984, n.1699, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Obbligazioni in genere*, n. 28. L'unico limite ravvisato è quello del necessario carattere pecuniario della prestazione, così come richiesto dall'art. 1174 c.c.; da ciò discende l'impossibilità di applicare

La clausola penale è particolarmente utilizzata, negli ordinamenti vigenti, in ragione della necessità di integrare il sistema delle tutele per quelle ipotesi in cui il risarcimento del danno, per equivalente o in forma specifica, risulta poco idoneo a compensare determinate forme di illecito. In tale prospettiva, le penali non pecuniarie lasciano presupporre un qualificato interesse del creditore ad una predeterminazione sanzionatoria non necessariamente di carattere risarcitorio, ma eventualmente protesa a conseguire un risultato pratico ritenuto, fra l'altro convenzionalmente, più rispondente alla compulsoietà dell'adempimento primario di quanto non sarebbe la consueta riparazione monetaria. Le penali non pecuniarie, inquadrandosi in un sistema di riferimento caratterizzato dall'emersione di nuovi interessi, costituiscono così degli strumenti giuridici utili al fine di consentire il soddisfacimento di quelle ragioni creditorie il cui conseguimento non è sufficientemente garantito dalle regole generali in materia risarcitoria.

Ne discende che la riserva legale della sanzione che si esprime mediante la clausola penale è sicuramente riscontrabile, sul piano formale, nella riconducibilità astratta della sanzione allo schema obbligatorio penale dell'art. 1382 c.c., ma la prestazione penale in concreto determinata dalle parti sfugge ad una tipicità legislativa ed è consegnata all'autonomia delle parti, che possono adottare una penale anche per il rafforzamento di doveri di condotta la cui inosservanza non produca generalmente danni<sup>31</sup>.

Nel diritto privato, che non ha le stesse ragioni di stretta legalità del diritto penale (e in una certa misura anche del diritto amministrativo), il ruolo dell'autonomia privata porta così a distinguere tra derogabilità del tipo e derogabilità della disciplina del tipo.

Tali circostanze rendono piuttosto «anomala» la tipicità dell'obbligazione penale rispetto a quella, sicuramente immune da tali rischi, delle altre sanzioni civili ed inducono a riconsiderare la tesi della (in)derogabilità dell'art. 1382 c.c., quanto meno sotto il profilo della «disciplina del tipo».

Dall'esame della derogabilità/inderogabilità del tipo negoziale, la dottrina fa discendere l'ulteriore problema dell'autonomia o della «accidentalità-accessorietà» della clausola penale<sup>32</sup>.

---

la disciplina della clausola penale a quelle sanzioni aventi contenuto morale (cfr., in particolare, A. Zoppini, op. ult. cit., 220 s. e M. De Luca, op. cit., 75; per l'irrelevanza giuridica delle sanzioni morali, salvo che comportino una lesione dei diritti della personalità, v. E. Del Prato, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, 278-279, e M. Erolì, *Le associazioni non riconosciute*, Napoli, 1990, 203-204. In giurisprudenza, Cass. 22-5-1976, n. 1859, in *Giur. it.*, 1977, I, 1973 s.).

<sup>31</sup> Così avviene, ad esempio, nei contratti di lavoro, come anche in altre tipologie contrattuali a prestazioni continuate o periodiche, nei quali la pattuizione di una penale non ha lo scopo di risarcire lesioni di carattere patrimoniale, ma semplicemente quello di impedire il verificarsi di determinati comportamenti (A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*<sup>30</sup>, Padova, 1989, 623, nota 1).

<sup>32</sup> A. Marini, *La clausola penale*, cit., 67; cfr., anche, E. Gabrielli, *Clausola penale e sanzioni pri-*

Nella prospettazione codicistica le clausole (e le obbligazioni) penali sono legate all'accordo (ed all'obbligo) primario, almeno nel senso che l'efficacia (se non la validità) delle une dipende dall'esistenza dell'altro<sup>33</sup>.

Mentre la clausola<sup>34</sup> «accessoria» si aggiunge ad un atto, o ad un obbligo, o ad un diritto, ma non si sostituisce al suo referente principale, l'elemento accidentale, «nella diversità funzionale [...] che l(o) caratterizza nelle singole fattispecie, può modificare o meno gli effetti del negozio principale»<sup>35</sup>.

La clausola e l'obbligazione penali, pur aggiungendo effetti ulteriori rispetto a quelli principali, sono destinate a sostituirsi all'obbligazione principale, da cui pur traggono validità ed efficacia. Si inverte, in tal modo, il binomio principale/accessorio, non verificandosi il cumulo dell'obbligazione principale con quella penale ma la semplice sostituzione della prima con la seconda.

Ne discende che se vi è unanimità di posizioni sull'accessorietà dell'obbligazione penale<sup>36</sup>, altrettanto non può dirsi per l'accidentalità (e/o l'accessorietà) della convenzione penale, ritenuta, da parte della dottrina, un negozio giuridico autonomo<sup>37</sup>.

---

*vate*, cit., 914, secondo cui «da qualificazione, sotto il profilo strutturale, della clausola penale come negozio autonomo o come elemento accidentale di una determinazione negoziale complessa è da tempo oggetto dell'alternarsi delle soluzioni proposte dalla dottrina, che, pur nella diversità delle tesi prospettate, fa riferimento, come momento centrale e determinante, alla funzione tipica della clausola». La stessa giurisprudenza è particolarmente incline a parlare di «accessorietà» sia di «clausole» che di «obbligazioni» penali. È, infatti, pressoché tralasciata la massima secondo cui: la clausola penale costituisce una pattuizione accessoria del contratto, che svolge, oltre alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale, quella di stabilire, in via preventiva, la prestazione dovuta per il caso di inadempimento (Cass. 8-8-1962, n. 2465, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1127; Cass. 25-7-1966, n. 2055, in *Mass. Giust. civ.*, 1966, n. 1175; Cass. 17-12-1976, n. 4664, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 217; Cass. 10-12-1979, n. 6415, in *Rep. Giust. civ.*, 1979, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 41; Cass. 30-1-1982, n. 590, in *Rin. dir. civ.*, 1983, II, 206; Cass. 20-10-1984, n. 5305, in *Arch. civ.*, 1985, 710; Cass. 31-1-1989, n. 595, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Contratto in genere*, n. 295; Cass. 25-1-1997, n. 771, in *Guida dir.*, 8/1997, 26).

<sup>33</sup> Cfr. S. Mazzaresse, *Clausola penale*, cit., 205, per il quale «i richiami normativi alla “prestazione principale” ed alla “obbligazione principale”, contenuti rispettivamente negli artt. 1383 e 1384 c.c., confermano la “accessorietà” della (clausola) e dell'obbligazione penale, più per implicita contrapposizione letterale, che non anche per contrapposto logico o, rigorosamente, tecnico». Ciò si evince anche dalle ricognizioni giurisprudenziali di A. Giampieri, *La clausola penale e la caparra*, cit., 412 s.; E. Persico, *La clausola penale*, cit., 69 s.; M. De Luca, *La clausola penale*, cit., 65 s.

<sup>34</sup> Si rinvia, al riguardo, alle attente ricostruzioni di M. Fragali, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, cit., 312 s. e C. Grassetti, *Clausola (clausola del negozio)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 184 s., spec. 186-187.

<sup>35</sup> S. Mazzaresse, op. loc. ult. cit.

<sup>36</sup> Si veda, per tutti, S. Mazzaresse, op. ult. cit., 206.

<sup>37</sup> Di tale avviso A. Marini, *La clausola penale*, cit., 65 s.; E. Protetti, *Clausola penale e caparra*, cit., 233; F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, cit., 166; V.M. Trimarchi, *La clausola penale*, cit., 19

Tale orientamento rileva il rapporto di reciproca indifferenza tra gli scopi perseguiti: la penale non modifica lo scopo del contratto principale ma, allo stesso tempo, la causa della prima non viene alterata da quella del secondo. La clausola penale non è, quindi, una pura e semplice clausola negoziale, cioè una clausola-parte, ma un negozio autonomo con un proprio schema causale<sup>38</sup>.

Altri autori, invece, fondano la «accidentalità» (più che la «accessorietà») della penale sulla necessaria esistenza di un contratto principale, valido ed efficace, e negano che si possa configurare una autonoma penale avulsa da una obbligazione «contrattuale» o riferita ad una obbligazione «non contrattuale»<sup>39</sup>, esistendo «una stretta connessione [...] tra clausola e contratto, del quale la prima completa il contenuto sul piano delle conseguenze dell'inadempimento»<sup>40</sup>.

La più recente impostazione del problema ridimensiona il contrasto dottrinale e qualifica la clausola penale «negozio “autonomo” ma “accessorio” rispetto ad un diverso negozio principale»<sup>41</sup>. Si osserva che: «l'inidoneità della penale a modificare od arricchire il contenuto tipico del contratto cui accede dipende proprio dalla sua essenziale estraneità a tale contenuto in relazione al tipo di funzione che la caratterizza quale schema tipico»<sup>42</sup>. La clausola penale «non ha riguardo al momento (positivo) della regolamentazione degli interessi privati, ma a quello (negativo) della mancata realizzazione degli interessi disciplinati»<sup>43</sup> ed è, pertanto, «un negozio accessorio rispetto ad un diverso contratto, principale, nel ben preciso senso che la funzione sanzionatoria propria della stessa non può esplicarsi se non in relazione ad una diversa funzione, precettiva, in senso ampio, realizzata da

---

s., spec. 27; A. Magazzù, *Clausola penale*, cit., 189 s., spec. 189-190, ove si osserva che «se si guarda alle ipotesi più comuni in cui la clausola penale accede a contratti che implicano effetti obbligatori (vendita, somministrazione, appalto, trasporto), ci si accorge che le parti, ponendo in essere la clausola, hanno di mira l'attuazione di uno scopo pratico a sé stante: intendono disporre una sanzione per l'inadempimento (o per il ritardo nell'adempimento) dell'obbligazione nascente dal contratto. Nella previsione legale e nell'intento delle parti gli scopi perseguiti col contratto e con la clausola penale sono diversi e non influiscono fra loro; perciò l'autonomia causale e quindi negoziale della clausola penale non può essere negata». In giurisprudenza, Cass. 7-5-1964, n. 2230, in *Mass. Foro it.*, 1964, n. 486. *Contra*, R. Scognamiglio, *Contratti in generale*, Milano, 1961, 146 s.; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c. Utet*, IV, 2, Torino, 1980, 296-298; F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1948, 131; A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 217 s.

<sup>38</sup> Cfr. V.M. Trimarchi, op. ult. cit., 27 e A. Magazzù, op. cit., 189.

<sup>39</sup> Al riguardo, v. G. Mirabelli, op. cit., 255 e A. Cataudella, op. ult. cit., 220.

<sup>40</sup> R. Scognamiglio, op. ult. cit., 146, nonché A. Cataudella, op. loc. ult. cit.

<sup>41</sup> A. Marini, *Clausola penale*, cit., 4.

<sup>42</sup> A. Marini, *La clausola penale*, cit., 70.

<sup>43</sup> E. Gabrielli, *Clausola penale e sanzioni private*, cit., 916.



un diverso negozio che ne viene, pertanto, a costituire il presupposto»<sup>44</sup>.

Va però sottolineato che il problema dell'accessorietà o dell'autonomia assume una portata tecnica reale, solo se riferito alla clausola come «archetipo» di accordo produttivo di obbligazioni penali in grado di sanzionare non solo obbligazioni «contrattuali» ma anche obbligazioni «non contrattuali» e obblighi «non patrimoniali», o, ancora, obblighi futuri (come quello del risarcimento di eventuali danni a titolo precontrattuale o extracontrattuale)<sup>45</sup>.

Va invertito il modo in cui si è trattata la questione dell'autonomia o meno della clausola penale: invece di assumere in astratto uno schema causale tipico e su di esso fondare una autonomia negoziale che giustifichi una più larga ideazione di accordi penali, andrebbe verificata specificamente, per ognuna delle fattispecie «anomale», la possibilità ontologica di «essere», pur se tali fattispecie siano da considerare clausole (ed obbligazioni) penali non tipiche ovvero patti sanzionatori con «tipica» funzione penale.

In altri termini, malgrado il contesto codicistico degli artt. 1382-1384 c.c. iscriva le clausole penali nelle vicende della mancata o inesatta esecuzione delle «obbligazioni», peraltro «contrattuali», l'individuazione di una tipica «funzione penale», affidata, entro peculiari limiti, all'autonomia privata, sollecita, problematicamente, la configurabilità di atti negoziali, sia unilaterali (come le c.dd. «penali» testamentarie), sia bilaterali o, addirittura, plurilaterali (come taluni patti sanzionatori), che abbiano l'effetto di produrre una «sanzione» a sostegno di obblighi che non siano anche «obbligazioni contrattuali» o che non siano neppure vere e proprie «obbligazioni»<sup>46</sup>.

Sul versante dell'ammissibilità delle penali volte alla tutela di obbligazioni non contrattuali non vi è però, in dottrina, concordia di opinioni; alcuni<sup>47</sup>, ancora influenzati dalla vecchia impostazione che vede la penale come una figura inscindibilmente connessa al rapporto contrattuale, negano la liceità di una clausola che sia del tutto avulsa dal contratto; altri<sup>48</sup> ritengono che tale clausola debba necessariamente ancorarsi ad una obbligazione, seppur non contrattuale; altri ancora<sup>49</sup>, in chiave nettamente più estensiva, affermano

<sup>44</sup> A. Marini, op. ult. cit., 79.

<sup>45</sup> Si veda, sul punto, la ricostruzione di S. Mazzaresse, *La clausola penale*, cit., 210-211.

<sup>46</sup> In tal senso, è stato affermato che: «la possibilità di espansione della clausola penale fuori dell'area del contratto starebbe a dimostrarne la sicura autonomia della causa» (E. Moscati, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 529), ciò implicando il riconoscimento dell'autonoma tipicità sanzionatoria del modello «obbligatorio penale».

<sup>47</sup> Così A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, cit., 220 e G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, cit., 225.

<sup>48</sup> Cfr. C. Scuto, *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1959, 385 e A. Magazzù, *Clausola penale*, cit., 190.

<sup>49</sup> V.M. Trimarchi, *La clausola penale*, cit., 33; A. De Cupis, *Il danno*, I, cit., 518-520; A. Ma-

che la penale debba prescindere da un necessario riferimento ad obblighi che siano anche obbligazioni.

Pur volendo configurare una stipulazione penale, del tutto autonoma dal rapporto contrattuale, avulsa da ogni relazione di accessorietà con l'accordo principale e finalizzata al rafforzamento di obbligazioni non contrattuali, va però osservato che un'eccessiva apertura in tal senso finirebbe con il legittimare talune realizzazioni obbligatorio-penali collocabili ai margini della ragionevolezza e dell'opportunità economico-sociale<sup>50</sup>.

Di qui un ridimensionamento, ulteriore rispetto a quanto più sopra rilevato, del problema dell'autonomia negoziale della clausola il quale, in relazione alle ipotesi residuali di obbligazioni non contrattuali suscettibili di una «sanzionabilità» convenzionalmente predeterminata, va risolto in positivo, laddove, nella fattispecie concreta, la «funzione penale» possa costituire una causa lecita e diretta a realizzare un interesse meritevole di tutela (artt. 1343 e 1322, comma 2, c.c.).

4. Di tutto questo (e di molto altro) si possono verificare talune particolari e significative ricadute, come quella sul rapporto tra la «tipica» funzione sanzionatoria della clausola penale e l'esigenza di effettività della tutela degli aderenti ad un patto parasociale.

L'esigenza di organizzare la gestione comune di una società e la ricerca all'interno dell'ente di un equilibrio tra interessi contrastanti hanno portato alla progressiva diffusione nella pratica degli affari di convenzioni volte a regolamentare le modalità di partecipazione alla società nonché l'esercizio dei diritti da questa nascenti. Si tratta di accordi da sempre discussi in dottrina e in giurisprudenza: in specie, con riferimento alla loro natura giuridica e liceità; questioni che vanno riesaminate anche alla luce della riforma del diritto societario (artt. 2341 *bis* e *ter* c.c., come modificati dal d.lg. 17 gennaio 2004, n. 6)<sup>51</sup>.

Pur essendo caratterizzata da una notevole eterogeneità di struttura, funzione e contenuto, la pratica dei patti parasociali ricomprende quelle pattuizioni stipulate – al di fuori dell'atto costitutivo e dello statuto<sup>52</sup> – tra

---

gazzú, op. loc. cit., secondo cui «la clausola penale può riferirsi non soltanto ad obbligazioni nascenti da contratto, ma anche ad obbligazioni nascenti da atto giuridico in genere, e persino a doveri in senso stretto»; F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, cit., 166, che ritiene la penale ammissibile «anche per obbligazioni non contrattuali e, in particolare, da fatto illecito». V., inoltre, A. Zoppini, *La pena contrattuale*, cit., 214; M. De Luca, *La clausola penale*, cit., *passim*, e S. Mazzaresse, *Le obbligazioni penali*, cit., 176 s.

<sup>50</sup> *Contra* V.M. Trimarchi, op. loc. ult. cit.

<sup>51</sup> Per un primo commento alla riforma, sotto il profilo delle novità inerenti ai patti parasociali, v. G. Semino, *I patti parasociali hanno assunto efficacia reale?*, in *Società*, 2004, 1265 s.

<sup>52</sup> Sul collegamento unilaterale dei patti parasociali con il contratto sociale cfr. G. Oppo, *Le convenzioni parasociali fra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 517 502

tutti i soci, di maggioranza o di minoranza, o tra gruppi di soci<sup>53</sup>, che sono destinate a regolare il futuro comportamento degli aderenti durante lo svolgimento della vita della società, al fine di tutelare più proficuamente gli interessi dei parasoci, di sopperire a lacune e deficienze della legislazione nonché, infine, per adeguarsi a sopravvenute ed effettive esigenze della prassi societaria<sup>54</sup>.

La dottrina<sup>55</sup>, in modo quasi unanime, è solita inquadrali nell'ambito dei contratti atipici<sup>56</sup>, espressione di quell'autonomia privata di cui all'art. 1322

---

s. e, di recente, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2009, 51 s., il quale osserva come solo le vicende del secondo incidono sui primi e non viceversa.

<sup>53</sup> In tema di configurabilità di patti parasociali stipulati tra soci e terzi, v. Cass. 18-7-2007, n. 15963, in *Giur. it.*, 2007, 2754, ove si legge: «Si deve riconoscere natura parasociale anche al patto cui partecipino soggetti non soci ogni qual volta l'oggetto dell'accordo verta sull'esercizio da parte dei soci di diritti, facoltà o poteri loro spettanti nella società». Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Salerno 16-6-2009, n. 1438, in *Dvd Juris data*, secondo cui «I patti parasociali, in quanto destinati a disciplinare convenzionalmente l'esercizio di diritti e facoltà dei soci, non sono vietati e possono essere stipulati anche tra soci e terzi».

<sup>54</sup> Al riguardo, v. G. Oppo, *Contratti parasociali*, Milano, 1942, 6 s., che individua tre distinte categorie di patti parasociali, in funzione della diversa incidenza degli effetti sullo svolgimento del rapporto sociale e della vita della società: 1) i contratti che limitano i loro effetti ai parasoci ed hanno eventualmente per la società e gli altri soci una ripercussione di mero fatto, né favorevole né sfavorevole (ad esempio, i patti con cui i soci regolano i reciproci rapporti in ordine ai vantaggi e alle perdite dell'esercizio sociale o i patti mediante i quali si concorda una distribuzione degli utili o una ripartizione delle perdite in misura differente rispetto a quella prevista dal contratto sociale); 2) i contratti che non hanno una ripercussione giuridicamente apprezzabile sulla società e sul rapporto sociale (come gli accordi con cui i soci si obbligano a rispondere dei debiti sociali per una cifra superiore al capitale sottoscritto o i contratti con cui i soci si obbligano l'uno verso l'altro ad astenersi per un certo lasso di tempo dal fare concorrenza alla società); 3) i contratti che incidono direttamente sulla società (quali i sindacati azionari e quelle autorizzazioni date dai soci *uti singuli* ad altri soci od organi sociali per il compimento di atti che ricadono sulla società o dispongono di diritti di questa). Più di recente, R. Sparano ed E. Adducci, *Aspettando la riforma del diritto societario: la nuova disciplina dei patti parasociali*, in *Società*, 2003, 4, per i quali varie sono le tipologie di patti parasociali riscontrabili nella pratica: sindacati di voto, sindacati di blocco, patti parasociali relativi alla ripartizione degli utili o delle perdite (spesso conclusi per invogliare gli investitori), patti parasociali di garanzia degli utili, patti parasociali modificativi del regime di responsabilità dei soci (convenzioni mediante le quali alcuni soci assumono la responsabilità illimitata per tutte le obbligazioni presenti e future della società di capitali), patti parasociali relativi al finanziamento della società, patti di consultazione (accordi che intercorrono tra i soci i quali si impegnano a discutere insieme le materie, specificate nel patto, oggetto di voto in una prossima assemblea).

<sup>55</sup> Sul punto, si veda la ricostruzione di C. Fontana, *Brevi note in tema di 'efficacia' dei patti parasociali dopo la riforma*, in *Vita not.*, 2004, 1430; cfr. anche G. Santoni, *Patti parasociali*, Napoli, 1985, 243 s.; L. Farenga, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, 316 s.; G.A. Rescio, *Le convenzioni di voto*, in *Tratt. spa Colombo e Portale*, 3, Torino, 1994, 599 s.; G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle Società*, Torino, 2003, 355.

<sup>56</sup> Il d.lg. 17 gennaio 2003, n. 6 ha introdotto una disciplina dei patti parasociali differenziata, a seconda che questi vengano posti in essere nell'ambito di società per azioni chiuse ovvero di società per azioni che fanno ricorso al capitale di rischio. Il legislatore del 2003,

c.c.; da qui, l'applicabilità, in via diretta, della disciplina generale del contratto<sup>57</sup> e la difficile valutazione della meritevolezza dell'interesse perseguito attraverso tali accordi, cui è subordinata la legittimità di questi ultimi. S'è così tentato di individuare un criterio di riferimento, normativamente fissato, che consentisse un concreto accertamento della meritevolezza e scongiurasse il pericolo per questa di diventare una «formula vuota»<sup>58</sup>.

peraltro, non ha previsto una regolamentazione dettagliata del contenuto dei patti e dei rapporti derivanti dalla stipulazione degli stessi, preoccupandosi esclusivamente dell'inserimento di un termine massimo di durata (recepito nell'art. 2341 *bis* c.c.) e dell'introduzione del regime pubblicitario (recepito nell'art. 2341 *ter* c.c. per le sole società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio). L'intervento legislativo non ha riguardato invece i patti parasociali posti in essere in seno alle società diverse da quelle a base azionaria, che rimangono pertanto soggetti alla disciplina generale dei contratti. Sull'ammissibilità dello strumento parasociale nella società a responsabilità limitata, v. F. Kustermann, *Considerazioni critiche sui patti parasociali, come previsti nella legge delega n. 366 del 2001*, in *Società*, 2002, 71. Più in generale, M. Ventoruzzo, «*Sindacati di voto a tempo indeterminato*» e *diritto di recesso dei paciscenti nella società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 573 s.; F. Tassinari, *I patti parasociali e le obbligazioni del socio a titolo diverso dal conferimento*, in *La riforma della società a responsabilità limitata*, a cura di C. Caccavale, F. Magliulo, M. Maltoni e F. Tassinari, 2ª ed., Milano, 2007, 661 s.; V. Donativi, *Dei patti parasociali*, in *Società di capitali*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, 163 s.

Sull'inquadramento dei patti parasociali nell'alveo dei contratti atipici, anche dopo la riforma del diritto societario, v. G. Sbisà, *Dei patti parasociali. Art. 2341 bis c.c.*, in *Società per azioni*, a cura di F. Galgano, P. Zanelli e G. Sbisà, Bologna, 2006, 210-212, e C. Fontana, *I patti parasociali*, in *La riforma delle società. Aspetti applicativi*, a cura di A. Bortoluzzi, Torino, 2004, 678 s., i quali osservano come la *ratio* dell'art. 2341 *bis* c.c. non sia quella di tipizzare i patti parasociali, proponendosi tale norma di regolamentare determinate categorie di patti individuate sulla base dello scopo perseguito: patti che riguardano l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano; che pongono limiti al trasferimento delle azioni o delle partecipazioni in società controllanti; che hanno ad oggetto o come effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società. Sul tema, cfr., in particolare, S. Mazzamuto, *I patti parasociali: una prima tipizzazione legislativa*, in *Contr. impr.*, 2004, 1086 s., il quale sottolinea come «la dizione patti parasociali potrà essere utilizzata esclusivamente nel caso di patti stipulati con riferimento alle spa che abbiano il fine e l'oggetto previsto dalla legge», mentre «ai patti che hanno un diverso fine ed oggetto ovvero ai patti che hanno medesimi o diversi fini ed oggetto ma che si riferiscono a s.r.l. o società di persone non potrà applicarsi la nozione legale di patto parasociale qual è disciplinato dall'art. 2341 *bis* c.c.». Da ciò consegue che i patti parasociali non corrispondenti alle caratteristiche puntualmente delineate dall'art. 2341 *bis* «rimangono assoggettati alle regole di diritto comune e, con specifico riferimento alla durata, ai principi generali in tema di contratto», con la precisazione peraltro che «non è possibile operare una assoluta demarcazione tra i patti parasociali soggetti alla disciplina speciale e quelli soggetti alle norme di diritto comune, poiché è possibile un'interferenza di piani».

<sup>57</sup> Da ultimo, Cass. 25-7-2008, n. 20462, in *Giur. comm.*, 2010, II, 626, con nota di S. Parmiggiani, secondo cui «il patto parasociale è un contratto e come tale deve essere interpretato secondo i criteri ermeneutici previsti dagli artt. 1362 e ss. c.c.».

<sup>58</sup> G.A. Rescio, *Le convenzioni di voto*, cit., 518, spec. nota 70. Ad avviso di G. Sbisà, *Il definitivo riconoscimento dei patti parasociali nell'attuale legislazione*, in *Contr. impr.*, 1995, I, 69 s., 504

Oscillanti e, per certi versi, diametralmente opposte sono state le pronunce della giurisprudenza; talune hanno escluso, in chiave fortemente restrittiva, la validità dei patti parasociali e ne hanno dichiarato la nullità per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418 c.c.<sup>59</sup>, talaltre, invece, ne hanno ammesso l'applicabilità a condizione che questi, al loro interno, prevedano l'operatività all'unanimità e la fissazione di un termine di durata ben preciso<sup>60</sup>.

Più di recente, la giurisprudenza sembra avere progressivamente abbandonato le remore ed i dubbi in tema di liceità delle pattuizioni parasociali, prendendo atto del sempre più penetrante utilizzo di tali schemi da parte dell'autonomia privata al fine di derogare ai rigidi criteri organizzativi dettati dal diritto societario. Mostrando un atteggiamento di apertura, essa ha più volte riconosciuto la liceità di tali convenzioni, ancorché operative a maggioranza ed a tempo indeterminato, argomentando che la mancata fissazione di un termine che limiti l'efficacia di questi accordi non può ritenersi lesiva di alcun diritto del socio; questi, infatti, ben potrà recedere *ad nutum*<sup>61</sup>.

---

l'ordinamento non solo riconosce espressamente i patti parasociali come validi e produttivi di effetti giuridici, ma li considera come strumenti essenziali anche per il perseguimento di interessi generali. L'a. rimanda, in particolare, a talune ipotesi in cui è lo stesso legislatore ad imporne la stipulazione, deducendo da ciò che il giudizio di meritevolezza sui patti parasociali è definitivamente e positivamente dato dal legislatore. Sul sindacato di meritevolezza cfr. anche B. Libonati, *Sindacati di voto e gestione dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 101 s., che ravvisa la meritevolezza dei sindacati di voto nella possibilità di perseguire un'efficace gestione dell'impresa, e P. Bernardini, *Clausole sull'organizzazione dei sindacati di voto*, in F. Bonelli e P.J. Jaeger (a cura di), *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, Milano, 1993, 88 s., secondo cui la meritevolezza dei sindacati di voto si fonda sull'idoneità degli stessi ad assicurare un maggior grado di stabilità alla gestione aziendale.

<sup>59</sup> Si vedano Cass. 25-1-1965, n. 136, in *Foro it.*, 1965, I, 427 e Cass. 27-7-1994, n. 7030, in *Giur. comm.*, 1997, II, 99, che ha dichiarato nullo un patto con cui i soci si erano impegnati a non votare l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore perché contrario all'interesse sociale. In senso conforme, Trib. Bologna 12-12-1995, in *Società*, 1996, 907 s.

<sup>60</sup> Cfr. Cass. 20-9-1995, n. 9975, in *Giust. civ.*, 1996, I, 73, con nota di G. Vidiri, *Sui sindacati di voto a tempo indeterminato*. Sull'ammissibilità dei patti parasociali v. Cass. 23-11-2001, n. 14865, in *Giur. it.*, 2002, 547, con nota redazionale di G. Cottino; Cass. 19-8-1996, n. 7614, in *Giur. comm.*, 1997, II, 240 s.; Cass. 22-10-1996, n. 9191, *ivi*, 485 s. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Lodi 12-6-2002, in *Giur. it.*, 2002, 1888, e Trib. Torino 28-4-1998, in *Società*, 1999, 326 s.

<sup>61</sup> Cass. 23-11-2001, n. 14865, in *Società*, 2002, 431, con nota di L. Picone, *Validità dei sindacati di voto a tempo indeterminato*. La riforma ha introdotto due tipologie di patti: uno a tempo determinato e l'altro a tempo indeterminato. Nel primo caso, ex 2341 *bis* c.c., i patti non potranno avere una durata superiore ai cinque anni, anche laddove le parti abbiano previsto un termine più lungo; nel secondo caso, invece, ciascun contraente avrà diritto di recedere dal patto con un preavviso di sei mesi. I patti a tempo determinato sono sempre rinnovabili dalle parti alla scadenza.

È opportuno sottolineare che tale elaborazione giurisprudenziale riguarda principalmente i c.dd. sindacati di voto e, cioè, quei patti parasociali con i quali gli aderenti decidono il modo di atteggiarsi del loro diritto di voto in assemblea.

Con riferimento ai c.dd. sindacati di blocco, la situazione è alquanto differente; essendo gli stessi volti a limitare il trasferimento delle azioni o delle partecipazioni in società, possono essere assimilati ai patti di non alienazione di cui all'art. 1379 c.c., che devono essere contenuti «entro convenienti limiti di tempo» e rispondere «ad un apprezzabile interesse di una delle parti»; da qui, secondo alcuni, l'obbligo, per i sindacati di blocco, di rispettare determinati limiti temporali<sup>62</sup>.

Una questione particolarmente delicata e di importante risvolto pratico è quella inerente agli effetti dei patti parasociali; si discute se a questi debba riconoscersi una efficacia meramente obbligatoria tra i soggetti aderenti al patto o, come minoritariamente sostenuto, una efficacia *erga omnes*, ammettendo così la possibilità per tali accordi di incidere, condizionandolo, sul regolamento sociale<sup>63</sup>.

La difficoltà maggiormente riscontrata nella pratica degli affari è stata quella di individuare rimedi che, in alternativa a quelli di carattere meramente risarcitorio, fossero idonei a garantire, in modo effettivo, il rispetto dei patti convenuti. Ed in tale prospettiva l'autonomia privata ha forgiato strumenti che in concreto rendono difficile, se non addirittura impossibile, l'inadempimento: la girata per procura delle partecipazioni sindacate ad una società fiduciaria; il deposito delle stesse presso la fiduciaria *ex art. 1773 c.c.* fatto anche nell'interesse di terzi; il mandato collettivo irrevocabile, *ex art. 1726 c.c.*, conferito alla fiduciaria, di votare eseguendo

<sup>62</sup> Cfr., sul punto, R. Sparano ed E. Adducci, *Aspettando la riforma del diritto societario*, cit., 6.

<sup>63</sup> Nel primo senso, R. Sparano ed E. Adducci, op. cit., 5. In giurisprudenza, sull'efficacia obbligatoria dei patti parasociali, v. Cass. 18-7-2007, n. 15963, in *Giur. it.*, 2007, 2754 s., con nota di G. Cottino, *Patti parasociali: la Cassazione puntualizza*, e Cons. St. 26-11-2008, n. 5845, in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 3038. Quest'ultimo, in particolare, partendo dal presupposto secondo cui il patto parasociale vincola esclusivamente i soci contraenti e non anche la società, afferma che il mancato rispetto del patto parasociale è ininfluenza sulla validità delle delibere assembleari, lasciando inalterata la libertà del socio di votare anche in difformità dal patto stesso, fatte salve le conseguenze dell'inadempimento.

Favorevole ad un riconoscimento dell'efficacia «reale» dei patti parasociali sembra, invece, Trib. Genova ord. 8-7-2004, in *Vita not.*, 2004, 1427 s., con nota di C. Fontana, *Brevi note in tema di 'efficacia' dei patti parasociali dopo la riforma*, e in *Contratti*, 2005, 336 s., con nota adesiva di E. Cervio, *Patti parasociali e tutela d'urgenza*. Nel caso di specie, il giudice di merito ha dichiarato ammissibile un provvedimento emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., sospendendo l'efficacia della cessione delle azioni, effettuata in violazione di un sindacato di blocco, ed imponendo al parasocio un *facere* specifico consistente nel votare in conformità alle deliberazioni di maggioranza del patto.

quanto deciso dalla maggioranza dei soci sindacati<sup>64</sup>.

Si tratta di meccanismi mal visti dalla dominante giurisprudenza e della cui liceità, ad eccezione della girata per procura, espressamente prevista dall'art. 2372 c.c.<sup>65</sup>, anche così come novellato, ancora si discute: i giudici hanno infatti riconosciuto la liceità dei patti parasociali operanti a maggioranza in forza dell'assunto secondo cui tali convenzioni non possono che comportare la nascita di rapporti esclusivamente obbligatori, non opponibili alla società, agli altri soci o ai terzi acquirenti delle partecipazioni societarie<sup>66</sup>.

La natura infungibile delle prestazioni (si pensi all'obbligo di votare in un certo modo in assemblea) e le regole sulla circolazione delle azioni (in ipotesi di inadempimento di un patto di inalienabilità o di preferenza) inducono peraltro ad escludere l'operatività dell'esecuzione in forma specifica, ravvisando nella tutela risarcitoria per equivalente l'unico rimedio esperibile a fronte dell'inadempimento degli obblighi assunti dal parasocio. Peraltro, la concessione del solo risarcimento per equivalente finisce con il frustrare l'interesse dei parasoci adempienti al pieno soddisfacimento delle loro pretese, giacché tale rimedio è inidoneo a offrire un serio ristoro, anche in ragione delle intrinseche difficoltà di fornire la prova di una diminuzione patrimoniale e del suo ammontare, quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento<sup>67</sup>.

Ed è proprio nell'ottica della ricerca di rimedi alternativi a quello risarcitorio che possano il più possibile tutelare l'affidamento dei parasoci, garantendo, in modo efficiente, il rispetto degli accordi da questi raggiunti, che si colloca lo strumento della clausola penale apposta, non di rado, ai patti parasociali al fine di sanzionare il ritardo o l'inadempimento di un aderente al patto<sup>68</sup>. In tal modo si ovvierebbe, *in primis*, al calcolo del danno risarcibile e, in secondo luogo, si fugherebbe ogni ragionevole dubbio circa la volontà delle parti di vincolarsi secondo gli effetti di legge.

<sup>64</sup> C. Fontana, op. ult. cit., 1433.

<sup>65</sup> E. Cervio, op. cit., 336 s., spec. 346 s.

<sup>66</sup> Di questa opinione C. Fontana, op. loc. ult. cit.

<sup>67</sup> Cfr. A. Tucci, *Patti parasociali e governance nel mercato finanziario*, Bari, 2005, 122.

<sup>68</sup> Seppur con riguardo ai patti di consultazione, si veda N. Irti, *I patti di consultazione*, in *Riv. soc.*, 1991, 1378: «Il danno [...] sta nel non fruire della prestazione conoscitiva, dovuta dall'altra parte: nel minore grado di consapevolezza, che accompagna l'esercizio del diritto del voto e la scelta tra le soluzioni possibili. È danno di ardua e difficile determinazione [...]. Il bene dovuto in forza del patto di consultazione, è, in linea di principio, infungibile ed insostituibile. [...] La prestazione ha una intrinseca qualità giuridica, sicché il mercato non può offrire indici di confronto e parametri di scambio. È appena il caso di soggiungere che l'introduzione di una clausola penale darebbe risposta ai nostri interrogativi: così a quello della giuridicità del vincolo come all'altro della determinazione del danno da inadempimento».

4.1. Nessun ostacolo è stato sollevato dalla dottrina in ordine all'ammissibilità della penale nell'ambito dei patti parasociali; ciò su cui, in particolare, si discute è piuttosto l'utilità pratica che potrebbe derivare dal suo impiego: s'è osservato che l'utilizzo della clausola penale, in materia di patti parasociali, risulterebbe poco opportuno e, per certi versi, inconveniente, in quanto in tali specie di convenzioni lo strumento risarcitorio, a séguito delle difficoltà esistenti in sede di quantificazione del danno, svolge un ruolo marginale, se non addirittura nullo. L'assenza, sempre secondo tale impostazione, di un qualche criterio oggettivo di riferimento che consenta di giudicare equa la prestazione pattuita renderebbe poi del tutto improponibile l'utilizzo della clausola penale<sup>69</sup>.

L'indirizzo dottrinale appena richiamato si rivela però facilmente controvertibile; si potrebbe, infatti, eccepire che la soluzione negativa cui lo stesso perviene è frutto di una eccessiva ed erronea visione unilaterale della predetta pattuizione, visione tendente a privilegiare il solo profilo risarcitorio. Del resto, si rileva come la penale, sia pure nell'area squisitamente risarcitoria, sia stata più volte impiegata anche in quelle ipotesi in cui, sulla base di parametri oggettivamente valutabili, era persino in dubbio la venuta ad esistenza di un danno. Non può, infine, dimenticarsi che il presupposto della manifesta eccessività della penale, legittimante l'intervento riduttivo del giudice, di cui all'art. 1384 c.c., non deriva certo dall'accertamento *ex post* della presenza di uno scarto tra l'entità della penale e l'ammontare, decisamente minore, del danno effettivamente verificatosi, bensì dalla valutazione dell'interesse del creditore all'adempimento.

In particolare, la clausola penale rientra tra quei congegni atti a «garantire» l'adempimento o, in una diversa prospettiva, a «scoraggiare» l'inadempimento dei patti parasociali. Tali tecniche, create dai privati per assicurarsi l'effettivo rispetto degli accordi parasociali, non sono state prese in adeguata considerazione dalla dottrina e dalla giurisprudenza, più attente ai riflessi societari di tali accordi. Anche la riforma societaria è muta sui profili civilistici delle suddette tecniche e ciò rende l'approfondimento della tematica particolarmente utile non solo per gli studiosi del diritto ma anche, e soprattutto, per gli operatori.

Si tratta, in sintesi, di affrontare e risolvere l'«eterno problema» rappresentato dall'«efficacia obbligatoria» dei patti parasociali, e cioè di «evitare il rischio di inadempimento da parte di coloro che eventualmente si

---

<sup>69</sup> Cfr., al riguardo, P. Trimarchi, *Strumenti per assicurare l'adempimento dei sindacati di voto*, in *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. Bonelli e P.G. Jaeger, Milano, 1993, 115, e A. Pomelli, *Stipulazione per facta concludentia, efficacia e coercibilità dei patti parasociali di voto*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 1498 s.



trovassero in minoranza in seno al sindacato»<sup>70</sup>, nonché, nell'ipotesi in cui l'inadempimento si verificasse, di garantire un più rapido ed efficace ristoro delle ragioni della parte adempiente. Non può, infatti, negarsi il carattere strumentale della clausola penale che, quale atto di autonormazione delle parti, fornisce validi rimedi in relazione ad interessi rispetto alla cui lesione l'ordinamento non appresta efficaci e spediti mezzi di tutela.

Inoltre, considerato il carattere misto della funzione «penale», le parti, nella stipulazione della clausola, possono disporre quanto della componente risarcitoria quanto di quella meramente afflittiva. Da qui, la facoltà, per i contraenti, di appagare gli interessi di natura patrimoniale, mediante la mera liquidazione convenzionale e forfettaria dei danni, e di soddisfare gli interessi di natura non patrimoniale che possono essere sottesi all'esecuzione della prestazione contrattuale, mediante la repressione della condotta antiggiuridica in sé considerata<sup>71</sup> (lo stesso può dirsi laddove dalla lesione di interessi patrimoniali non discenda alcun danno).

L'efficacia deterrente della penale che accede al patto parasociale può inoltre essere rafforzata dalla pattuizione della risarcibilità del danno ulteriore (art. 1382, comma 1, c.c.).

Un'altra dimostrazione dell'utilità e dell'efficacia delle penali quali tecniche di prevenzione dell'inadempimento dei patti parasociali e quali strumenti in grado di dare effettività agli stessi patti è data dalla circostanza che, nella pratica degli affari, gli aderenti ad un patto parasociale adottano di frequente clausole penali, nella maggior parte dei casi anche «eccessive». Resta ferma, ex art. 1384 c.c., la possibilità di ricorrere al giudice al fine di ottenere la riduzione della penale «valida» ma «manifestamente eccessiva», avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento<sup>72</sup> e non al valore astratto dell'obbligazione principale o all'effettivo ammontare del danno<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> L. Farenga, *Patti parasociali*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, X, Torino, 1995, 22.

<sup>71</sup> Dello stesso avviso, C. Medici, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 339.

<sup>72</sup> Sul punto, v. M. Tatarano, *L'adeguamento della penale tra realtà e rapporto*, cit., 9 s.; G. Cipolini, *Poteri del giudice in tema di riduzione della penale*, in *Nuovo dir.*, 1979, 269 s.; E. Moscati, *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1783 s.; L. Ghedini Ferri, *La riduzione della clausola penale e i valori dell'ordinamento*, nota a Pret. Trento 19-7-1991, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, 558 s.; G.M. Pellegrini, *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, nota a Cass. 27-2-1996, n. 1541, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 801 s.; T. Febbrajo, *La riducibilità d'ufficio della penale*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 557 s.; R. Calvo, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 297 s.

<sup>73</sup> Cass. 4-12-1982, n. 6643, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 206: «nell'esercizio del potere discrezionale di riduzione della penale, ai sensi dell'art. 1384 c.c., il giudice deve valutare, non la prestazione in sé astrattamente considerata, bensì l'interesse che la parte, secondo le circostanze, ha all'esatto adempimento della pretesa prestazione, tenendo conto delle ripercussioni dell'inadempimento sull'equilibrio delle contrapposte prestazioni e

Pare poco condivisibile l'orientamento di quella parte della dottrina e della giurisprudenza che ravvisano nell'interesse del creditore all'adempimento il parametro sulla base del quale valutare la manifesta eccessività della clausola apposta al patto parasociale<sup>74</sup>; sebbene, infatti, l'art. 1384 c.c. vi faccia espressamente rinvio, si può ritenere che tale interesse sia funzionale alla fase successiva in cui il giudice, dopo avere accertato la manifesta eccessività della penale, esercita il potere di riduzione<sup>75</sup>. Diversamente, si giungerebbe alla paradossale conseguenza che una penale non manifestamente eccessiva con riguardo al solo interesse creditorio ma sproporzionata in relazione all'intero rapporto contrattuale non sarebbe riducibile in via equitativa dal giudice<sup>76</sup>. L'accertamento dell'eccessività della penale non può essere effettuato sulla base di elementi riferibili solo alla sfera del creditore; lo stesso richiede il compimento di una valutazione oggettiva che tenga conto della compatibilità tra l'ammontare della penale e i termini dello scambio contrattuale. In particolare, nel caso dei patti parasociali, l'interesse all'integrale adempimento della condotta dedotta nell'accordo parasociale va comparato con l'importanza del comportamento contrario al patto. L'interesse del creditore all'adempimento entrerebbe in gioco, quindi, *ex post*, quale parametro di quantificazione della misura della riduzione.

Nella dinamica dei rapporti tra soci, è frequente la previsione di un patto di irriducibilità della penale, ancorché manifestamente eccessiva, ciò al fine di dare rilievo alla semplice inosservanza del patto parasociale più che alla concreta incidenza dell'inadempimento di tale patto sul funzionamento della società. Così come, non di rado, i parasoci appongono al contratto una clausola nella quale dichiarano la congruità dell'entità della penale pattuita rispetto all'eventuale lesione dell'interesse tutelato dal patto parasociale, così

---

dell'effettiva incidenza dell'inadempimento sulla situazione contrattuale concreta»; Cass. 14-7-1976, n. 2716, *ivi*, 1976, voce *Contratto in genere*, n. 218: «l'entità concreta dei danni conseguenti all'inadempimento è circostanza irrilevante quando sia stata pattuita una clausola penale a carico dell'inadempiente, e ciò anche nel caso in cui venga richiesta la riduzione della penale stessa ai sensi dell'art. 1384 c.c., poiché la riduzione è affidata all'apprezzamento discrezionale del giudice e deve essere collegata all'equità».

<sup>74</sup> Così A. Marini, *La clausola penale*, cit., 143. In giurisprudenza, v. Cass. 9-5-2007, n. 10626, in *Contratti*, 2008, 765 s., secondo cui «al fine di valutare il carattere asseritamente eccessivo della clausola penale, il giudice avrebbe dovuto valutare non già quali danni il creditore aveva subito per l'inadempimento, e quali di essi fossero stati già risarciti o insinuati al passivo del fallimento del debitore, bensì quale fosse, al momento della stipulazione della clausola, il suo interesse all'esecuzione del contratto».

<sup>75</sup> Sul punto vedi C. Medici, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, cit., 2003, 333.

<sup>76</sup> Cfr. C. Medici, op. cit., 334. Sul tema si rinviene una pronuncia di merito (Pret. Trento 19-7-1991, cit., 556) in cui si osserva che «il potere discrezionale di ridurre la penale manifestamente eccessiva costituisce [...] una manifestazione della funzione equitativa del giudice che è prestata nell'interesse del debitore, ma per finalità che lo superano, lo trascendono».

da prevenire la riduzione della penale «sproporzionata».

È, tuttavia, incontrovertibile che l'art. 1384 c.c., analogamente all'art. 1383 c.c. relativo al divieto di cumulo, abbia natura inderogabile, mirando a tutelare «un interesse primario dell'ordinamento distinto da quello individuale della parte soggetta alla sanzione»<sup>77</sup>. Le parti, pur potendo liberamente stipulare clausole penali manifestamente eccessive, senza in alcun modo inficiarne la validità, non potranno tuttavia disporre autonomamente del potere conferito al giudice dalla legge<sup>78</sup>. Ogni patto con il quale il debitore rinunci alla facoltà di chiedere la riduzione è da reputarsi nullo<sup>79</sup>, come «qualsiasi patto che tenda a limitare o ad escludere i poteri del giudice»<sup>80</sup>.

Peraltro, il giudice può ridurre d'ufficio la penale ancorché il socio convenuto per aver violato il patto parasociale non ne abbia eccepito la manifesta eccessività<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> E. Gabrielli, *Clausola penale e sanzioni private*, cit., 927.

<sup>78</sup> Di questo avviso A. Marini, *La clausola penale*, cit., 151; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, cit., 341-342; E. Moscati, *Riduzione della penale*, cit., 1788; soluzione accolta anche da Cass. 4-2-1960, n. 163, in *Foro pad.*, 1961, I, 320. Diversamente, A. Magazzù, *Clausola penale*, cit., 195.

<sup>79</sup> A. Giampieri, *La clausola penale e la caparra*, cit., 424; G. Mirabelli, op. cit., 341, n. 50; E. Moscati, op. loc. ult. cit.; A. Marini, op. ult. cit., 150; *contra*, A. Magazzù, op. loc. cit. Singolare è la posizione di M. Ghiron, *Della clausola penale e della caparra*, cit., 542, per cui la norma sarebbe derogabile solo se manifestamente eccessiva.

In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 28-9-2006, n. 21066, in *Corr. giur.*, 2007, 46, che ha cassato la sentenza con cui la Corte d'Appello aveva ritenuto irriducibile una penale stante la espressa previsione delle parti, ritenendo «che il potere di riduzione della penale ad equità è stato riconosciuto al Giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento [...], sicché, trattandosi di un c.d. potere-dovere, lo stesso può essere esercitato anche d'ufficio, al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela».

<sup>80</sup> E. Gabrielli, *Clausola penale e sanzioni private*, cit., 927.

<sup>81</sup> In tal senso, v. Cass. s.u. 13-9-2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, 432, secondo cui «il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità. Se così non fosse, apparirebbe quanto meno singolare ritenere, sicuramente con riferimento all'ipotesi di penale manifestamente eccessiva, in presenza di una clausola valida (si ricordi che è valida la clausola ancorché manifestamente eccessiva), che l'esercizio del potere del giudice di riduzione della penale debba essere condizionato alla richiesta della parte, quasi che, a questa, fosse riconosciuto uno *jus poenitendi*, e, quindi la facoltà di sottrarsi all'adempimento di un'obbligazione liberamente assunta (quella appunto del pagamento di una penale che fin dall'origine si manifestava come eccessiva). Se si considera che il potere di riduzione della penale può essere esercitato solo in presenza di una clausola che sia valida [...], più coerente appare allora qualificare detto potere come officioso [...] di riconduzione dell'accordo, frutto della volontà liberamente manifestata dalle parti, nei limiti in cui esso appare meritevole di ricevere tutela dall'ordinamento»; in *Corr. giur.*, 2005,

Il fondamento della rilevabilità *ope iudicis* della penale «manifestamente» eccessiva va opportunamente ricondotto all'esigenza di proporzionalità e di giustizia della sanzione, materia che evidentemente non può essere rimessa al potere dispositivo delle parti, negando al giudice la possibilità di rifiutarsi di applicare una sanzione che reputa ingiusta e sproporzionata. Il potere/dovere del giudice di ricondurre ad equità<sup>82</sup> la penale è posto a salvaguardia di un interesse oggettivo dell'ordinamento che si specifica e consolida nell'esigenza di garantire l'adeguatezza della sanzione all'illecito che essa è destinata a prevenire o reprimere<sup>83</sup>.

1534 s., con nota di A. Di Majo, *La riduzione della penale ex officio*, per il quale «ricorrendo il principio della "inesigibilità" di una pretesa creditoria, perché ritenuta "manifestamente eccessiva" avuto riguardo all'interesse del creditore [...], a sollevare l'eccezione, e ad essere giudice della sua convenienza, non può non essere che il soggetto che di quella "inesigibilità" intende avvalersi» (1541); in *Resp. civ. prev.*, 2006, I, 56 s., con nota di G. Schiavone, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*, che, in merito alla riducibilità d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva, ritiene non condivisibile l'interpretazione della Cassazione alla luce del carattere dispositivo del processo civile; inoltre, avendo la clausola penale una funzione risarcitoria, oltre che afflittiva, la valutazione del giudice non può svolgersi senza l'impulso di parte, giacché sono il debitore e il creditore i soggetti che possono indicare il minor danno verificatosi e/o lo squilibrio della sanzione o il particolare interesse all'esecuzione della prestazione.

<sup>82</sup> Il concetto giuridico di equità affonda le sue radici nel pensiero aristotelico, sebbene taluni aa. abbiano ricondotto la nascita dello stesso a tradizioni precedenti alla civiltà greca. Secondo Aristotele, l'equo è pur giusto, ma non secondo la legge, bensì è correzione e supplemento del giusto legale. L'equità sarebbe finalizzata ad integrare il dettato legislativo laddove questo dovesse risultare insufficiente e troppo generico; la stessa è allora, secondo Aristotele, integrazione e correzione della norma scritta. In altri termini, «il giudice è chiamato ad esprimere una valutazione di fatto ad integrazione delle valutazioni delle parti» (F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 184); l'equità nell'accezione contrattuale è «il criterio secondo il quale un soggetto, diverso dai contraenti, dovrà partecipare alla costruzione del regolamento contrattuale» (S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, rist. 1970, 222) e il «potere di assumere sotto il profilo del regolamento quelle circostanze del contratto che, al suo apprezzamento discrezionale, appariranno più adeguate allo scopo» (S. Rodotà, op. cit., 225). In generale, cfr. G. Finocchiaro, *Il giudizio di equità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Contr. impr.*, 2005, 104; G. Broggin, *Aspetti storici e comparativistici*, in *L'equità. Atti del Convegno del centro Nazionale di Previdenza e difesa sociale*, Milano, 1975; V. Frosini, *L'equità nella teoria generale del diritto*, ivi; O. Bucci, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000.

<sup>83</sup> Orientamento peraltro avallato dalla prima sezione della Cassazione che, ribaltando l'impostazione fino ad allora dominante, ha ammesso per la prima volta la riduzione d'ufficio: cfr. Cass. 24-9-1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929 s.; in *Foro it.*, 2000, I, 1929 s., con nota (critica) di A. Palmieri, *La riducibilità «ex officio» della penale ed il mistero delle «liquidated damages clauses»*; in *Corr. giur.*, 2000, 68 s., con commento (adesivo) di M. Fancelli, *Sulla riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva*. *Contra*, Cass. 27-10-2000, n. 14172, in *Giust. civ.*, 2001, I, 104 s., e Cass. 5-8-2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, 336 s., con nota di F.M. Andreani, *Riduzione della penale e valutazione dell'interesse del creditore*, secondo la quale: «va rilevato che, pur costituendo espressione dell'equità non suppletiva, ma integrativa o più esattamente correttiva, la riduzione della penale è soggetta al principio della domanda». In dottrina, sulla

La riducibilità della penale corrisponde all'esigenza di riservare la possibilità di una valutazione a posteriori della congruità del patto e di scongiurare, quindi, l'applicazione di una sanzione eccessiva rispetto alla gravità dell'illecito commesso dal parasocio inadempiente. Mediante la stipulazione di una clausola penale, infatti, le parti fissano una sanzione, sia pure di carattere convenzionale; da qui il problema dei limiti posti all'esercizio di un tale potere di autotutela, limiti intrinsecamente connessi all'esigenza della giustizia della sanzione: «la sanzione nella sua determinazione e nella sua applicazione è appunto un problema di proporzione o di giustizia; si può anzi dire che la giustizia è nell'essenza stessa della sanzione»<sup>84</sup>.

---

riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva, v. M. Tatarano, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, cit., 70 e A. Marini, *La clausola penale*, cit., 152 s.

<sup>84</sup> A. Marini, *La clausola penale*, cit., 142; al riguardo v. poi E. Gabrielli, *Clausola penale e sanzioni private*, cit., 925.