

Trattato dei contratti

diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli

I contratti in generale

Tomo I

a cura di

Enrico Gabrielli

TERZA EDIZIONE



Giappichelli

Trattato dei contratti

diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli

1



I contratti in generale

Tomo I

a cura di

Enrico Gabrielli

TERZA EDIZIONE



Giappichelli

© Copyright 2026 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4343-2 (Due tomi indivisibili)

ISBN/EAN 978-88-921-7215-9 (ebook - pdf)

ISBN/EAN 979-12-211-6726-9 (ebook - epub)



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Capitolo Quindicesimo LA CLAUSOLA PENALE E LA CAPARRA

Andrea Zoppini

Sommario: 1. Definizione di clausola penale. – 2. Funzione della penale e problema del potere punitivo dei privati. – 3. Clausola penale ed inadempimento efficiente. – 4. Profili strutturali e caratteristiche ontologiche della penale. – 5. Individuazione dell'oggetto della prestazione. – 6. Presupposti della penale. – 7. Clausola penale e limiti all'autonomia privata. Il caso dei contratti con i consumatori. – 8. La riduzione della clausola penale. – 9. Confini del potere di riduzione del giudice. – 10. Nozione e disciplina della caparra confirmatoria. – 11. Riduzione a equità della caparra confirmatoria. – 12. Clausola penale e caparra confirmatoria nella riflessione dedicata al «contenuto del contratto giusto». – 13. Clausola penale e clausole indennitarie. – 14. La caparra penitenziale.

1. Definizione di clausola penale.

Con la clausola penale le parti prevedono che una determinata prestazione si sostituisca a quanto dovuto a titolo di risarcimento, indipendentemente dalla prova del danno (art. 1382 c.c.)¹. Al verificarsi dell'inadempimento, il creditore potrà esigere alternativamente

¹ Sul tema in letteratura, tra gli altri, TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002; MAZZARESE, *Clausola penale (artt. 1382-1384)*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1999; DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998; DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, X, 2ª ed., Torino, 1995, 408 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, 3ª ed., Milano, 2021, 241 ss.; (SACCO e) DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, 159 ss.; GALGANO (e VISINTINI), *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da SCIALOJA e BRANCA (artt. 1382-1384), Bologna-Roma, 1993, 162; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 2ª ed., Milano, 1993, 53 ss.; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da IUDICA e ZATTI, Milano, 1991, 662 ss.; MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990; DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Digesto*, sez. civ., II, Torino, 1988, 377 ss.; A. MARINI, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, I, Milano, 1987, 232 ss.; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 901 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 168 ss.; GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 244 ss.; M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954. Più di recente si v. no F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, spec. 101 ss.; PALAZZO, *Le clausole penali e le caparre tra tipicità e autonomia contrattuale: profili ricostruttivi ed applicativi*, Napoli, 2019; RATTI, *La caparra e la clausola penale tra autonomia privata e potere correttivo del giudice*, Pisa, 2020.

Il tema è trattato in una prospettiva comparatistica da SANTARONI, *Spunti comparatistici in tema di clausola penale*, in *Scritti in onore di SACCO*, I, Milano, 1994, 1057 ss. Per i principi Unidroit in materia di

o la penale o l'adempimento dell'obbligazione inadempita²; solo quando sia pattuita la risarcibilità del danno ulteriore il creditore potrà ottenere quella parte del danno che eccede quantitativamente l'ammontare della penale³.

La dottrina si divide circa la natura della clausola penale, attribuendo all'accordo carattere ora sanzionatorio ora risarcitorio⁴. Il dibattito sul punto appare però troppo spesso attraversato da venature nominalistiche, che evidentemente non aiutano alla comprensione del fenomeno. Così, chi attribuisce prevalente significato al profilo sanzionatorio non esclude parallelamente che l'istituto possa reintegrare il pregiudizio subito; al contempo, chi insiste sul carattere risarcitorio afferma che l'ammontare del risarcimento è convenzionalmente determinato dalle parti e può, dunque, essere fissato ben al di sopra del danno effettivo e/o prevedibile.

In realtà – come dimostra l'esperienza comparatistica – interrogarsi sulla natura sanzionatoria e/o risarcitoria della clausola penale riveste un significato pratico nel momento in cui è necessario precisare i confini del potere riconosciuto al giudice di ridurre la penale eccessiva (art. 1384 c.c.)⁵.

È allora opportuno insistere sul fatto che la clausola penale realizza una forma di tutela convenzionale dell'interesse del creditore attraverso la previsione anticipata della prestazione cui sarà tenuto il debitore inadempiente⁶. Il dato caratterizzante la fattispecie deve ravvisarsi nel diritto (potestativo) del creditore alla conformazione del patrimonio del debitore⁷, mentre l'inessenzialità della funzione risarcitoria è dimostrata dal fatto

contratti v. UNIDROIT, *Principi dei Contratti Commerciali Internazionali*, Roma, 1995, 232 ss. su cui v. BONELLI, *Un «Codice» Internazionale del Diritto dei Contratti*, Milano, 1995, 121 ss.

Nella prospettiva delle pene private di origine consensuale si v. P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 98 ss.; MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 1, 511 ss. Per una rassegna di dottrina e giurisprudenza v. GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, in ALPA-BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, 405 ss.; PERSICO, *La clausola penale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, 11, 69 ss.

Sulla clausola penale nella dottrina straniera si v. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1990; D. MAZEAUD, *La clause pénale*, Paris, 1992; HESS, *Die Vertragsstrafe. Ein unerkanntes Mittel privater Genugtuung*, Berlin, 1993 e, sempre per un quadro nella dottrina tedesca, RIEBLE, sub § 339 ss., *Staudingers Kommentar zum BGB*, 13ª ed., II (§§ 328-365), Berlin, 1995, 201 ss.; EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht*, Tübingen, 2004.

² Tuttavia, una volta richiesta la penale non è più possibile chiedere l'adempimento, v. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 202 ss.; contra MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 339; in dottrina però nel senso, invece, che al creditore è sempre data la possibilità di optare per il risarcimento in via ordinaria TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 192 ss.

³ In questo senso BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, in *Contratti*, 1996, 549 ss.

⁴ I diversi orientamenti della dottrina sono rassegnati da DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 412 ss.

⁵ In questo senso ci pare esemplare il dibattito presente nell'ordinamento francese dove la tesi della natura afflittiva della clausola penale è stata affacciata (da MAZEAUD, *La clause pénale*, cit.) dopo che il legislatore ha introdotto il potere moderatore del giudice (NEGRI, *La legge francese sulla penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 440 ss.), mentre precedentemente la dottrina attribuiva all'istituto una funzione risarcitoria.

⁶ Cfr. GORLA, *Il contratto*, cit., 242 ss. La clausola penale ha storicamente integrato convenzionalmente le tecniche di tutela offerte dall'ordinamento, v. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976.

⁷ Sul punto sia concesso richiamare ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 99 ss.; per questa impostazione concettuale cfr., più in generale, BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1307 ss.

che la clausola opera anche quando un pregiudizio patrimoniale non si è verificato ovvero la penale può essere pagata ad un terzo per fini benefici ⁸.

2. Funzione della penale e problema del potere punitivo dei privati.

Il carattere sanzionatorio della clausola penale – che allora ne giustifica l'iscrizione tra le pene private – consiste nel fatto che si ha una reazione nei confronti dell'illecito ispirata non alla riparazione di un danno, ma alla retribuzione di un comportamento illecito ⁹.

Questa tesi è andata incontro a due obiezioni.

La prima nega che all'autonomia privata possa riconoscersi la disponibilità di un potere sanzionatorio, in quanto incompatibile con la posizione di parità che caratterizza i rapporti tra privati ¹⁰.

In realtà, ove alla funzione punitiva si assegni una valenza non meramente descrittiva, essa può significare l'estensione alla fattispecie privatistica dei requisiti cui sottostà la sanzione comminata dal diritto penale. In questa linea di riflessione, la clausola penale – e più in generale tutte le pene private – vedrebbe applicato il principio *nemo iudex in causa propria*, il *ne bis idem*, il *nulla poena sine lege* ¹¹ (che significherebbe negare al creditore la possibilità di determinare l'ammontare della penale) ¹²; che la penale non possa concorrere con il risarcimento del danno; che sia necessario fissare in modo rigoroso i confini della fattispecie sanzionatoria ¹³.

Tuttavia, è la funzione general-preventiva della fattispecie sanzionatoria che giustifica l'applicazione dei principi ricordati alla pena irrogata dal diritto penale. Al contrario, la clausola penale non è «pena» nel senso appena descritto, in quanto si radica nell'autonomia privata e ha il fine di assicurare la tutela di interessi disponibili nell'ambito del rapporto bilaterale. In questa prospettiva è soggetta ai medesimi limiti e all'ambito operativo che si riconosce all'autonomia privata ¹⁴.

⁸ Il dato è sottolineato nella dottrina tedesca, all'interno della quale si v. in part. KNÜTEL *Ver fallbereinigung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe*, in *AcP*, 175 (1975), 44 ss., in part. 45 s., testo e nt. 4.

⁹ In termini sistematici sulle pene private, MOSCATI, voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 770 ss.; PONZANELLI, voce *Pene private*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990; PATTI, voce *Pena privata*, in *Digesto, sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 349 ss.; per qualche riferimento comparatistico v. anche KÖNDGEN, *Immaterialschadensersatz*, in *Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch?*, in *RabelsZ*, 56 (1992), 696 ss.; sulla funzione sistematica della pena contrattuale al fine del riconoscimento di sentenze di ordinamenti stranieri che prevedono danni punitivi sia concesso rinviare a ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 331, testo e nt. 35, dove il riferimento alla pronuncia del *OLG*, München, 9 maggio 1989, WM, 1989, 1481 ss.

¹⁰ In questo senso GERBO, *Clausola penale e danno*, in *Riv. dir. civ.* 1983, 11, 206 ss.; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 227; MEDICI, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 321 ss.

¹¹ In questo senso v. MARINI, *La clausola penale*, cit., 7 ss.

¹² Per questa ricaduta in termini di disciplina MARINI, *La clausola penale*, cit., 34 ss. e 134.

¹³ MARINI, *La clausola penale*, cit., 7 ss.

¹⁴ Questa prospettiva ricostruttiva è sviluppata da MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 511 ss.; mentre nella dottrina si ha testimonianza di una diffusa analisi dei caratteri della pena pubblicistica che

3. Clausola penale ed inadempimento efficiente.

Un secondo ordine di obiezioni¹⁵ fa leva sul modello dell'inadempimento «efficiente». Si tratta dell'esigenza di favorire l'inadempimento quando consenta una migliore e più redditizia allocazione delle risorse, garantendo al contempo al creditore la soddisfazione per equivalente attraverso la tutela risarcitoria. In questa logica, fissare il livello del risarcimento convenzionale al di sopra del danno subito dal creditore significa disincentivare l'inadempimento anche quando esso è (economicamente) opportuno¹⁶.

Questa argomentazione ha, tuttavia, incontrato la replica orientata a sottolineare come essa tenga in considerazione solo i valori di mercato e presupponga un sistema giuridico privo di costi transattivi¹⁷. Per altro verso, la tesi dell'inadempimento efficiente non è sistematicamente coerente con quegli ordinamenti che garantiscono quale rimedio generale il risarcimento del danno in forma specifica¹⁸.

Allo stesso tempo, sono considerazioni di tipo gius-economico quelle che mettono in luce l'utilità dell'istituto quale strumento a disposizione dell'autonomia dei privati: la clausola penale, nella realtà, è stipulata dalle parti anche quale conseguenza dell'inefficienza del sistema giudiziale di risarcimento del danno, in quanto – pure a prescindere dalle lungaggini caratteristiche della macchina giudiziaria – la tutela risarcitoria può implicare una difficile e incerta liquidazione e comunque non abbraccia il danno qual è soggettivamente apprezzato dal creditore.

Così come la previsione di una clausola penale favorisce gli investimenti nei mercati e nelle relazioni economiche caratterizzate da situazioni di asimmetria informativa ovvero là dove le parti non abbiano un'adeguata capacità di comunicare le proprie preferenze.

4. Profili strutturali e caratteristiche ontologiche della penale.

La clausola penale costituisce un contratto autonomo che accede all'obbligazione principale¹⁹. Affermare la natura contrattuale in concreto significa che, nel dubbio,

ritiene insuscettibili di estensione alla clausola penale v. RIEBLE, *Vorbem. zu §§. 339 ff.* cit., 222 ss. (*Rdn.* 66 ss.); in termini più generali si v. anche EBERT, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht*, cit., in part. 254 ss.

¹⁵ PARISI-CENINI, *Allocazione del rischio tra clausola penale e autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 309 ss.

¹⁶ Per questa dottrina e per un'analisi critica v. FRIEDMANN, *The Efficient Breach Fallacy*, in *J. of Leg. Stud.*, 18 (1989), 1 ss.

¹⁷ Cfr. SCHWARTZ-SCOTT, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, in *Yale Law J.*, 113 (2003), 541 ss.; EDLIN-SCHWARTZ, *Optimal Penalties in Contracts*, in *Chi.-Kent Law Rev.*, 78 (2003), 33 ss.

¹⁸ Per un'efficace sintesi e per un'equilibrata valutazione dei modelli MATTEI, *Penalty Clauses*, in *Contracts*, in *Am. J. of Comp. Law*, 43 (1995), 427 ss.

¹⁹ La penale può essere pattuita anche in connessione all'inosservanza di specifiche modalità dell'obbligazione, come sostenuto da MAGAZZÙ, *Clausola penale*, cit. 192 e non si esclude nella letteratura italiana, così come in altri ordinamenti, che l'obbligazione «garantita» dalla penale possa essere extracontrattuale, cfr. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 254. *Contra*, Cass., 16 marzo 1988, n. 2468, in *Giust. civ.* 1989, I, 648. Cass., 24 aprile 2018, n. 10046, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, ribadisce che la clausola penale ha una causa distinta da

devono applicarsi le norme sull'interpretazione del contratto; inoltre, anche a prescindere dall'eccessività della penale, può apprezzarsi l'illiceità dell'accordo che abbia come fine quello di vessare o di prevaricare il debitore (criterio questo che trova accoglimento anche nei Principi Unidroit del commercio internazionale, come può ricavarsi dall'art. 3.10)²⁰. Dalla natura contrattuale deriva altresì che l'accordo con cui si pattuisce la penale non subisce l'attrazione formale del contratto cui accede (ma se importa la stipulazione di un saggio di interessi superiore al tasso legale è necessaria, ai sensi dell'art. 1284, comma 3, c.c., la forma scritta)²¹.

Così, per quanto riguarda i termini di prescrizione, chi ritiene che si tratti di un rapporto contrattuale autonomo ne deriva l'applicazione del termine ordinario, indipendentemente dal termine cui è soggetta l'obbligazione principale²². A tale riguardo, sempre muovendo dalla natura sanzionatoria della penale, può argomentarsi che quest'ultimo termine attenga al diritto di credito alla prestazione dedotta come penale, mentre la contestazione dell'inadempimento e la richiesta della penale debba avvenire in un termine congruo rispetto al momento in cui si è verificato l'illecito contrattuale²³.

La contrattualità è generalmente considerata un requisito indispensabile della clausola. Non si esclude, tuttavia, che la penale possa essere contenuta in un titolo di credito, in quanto l'inadempimento è capace da solo di attivare la fattispecie sanzionatoria incorporata nel titolo stesso. Dubbi sussistono, invece, in ordine alla possibilità di qualificare come clausola penale le sanzioni testamentarie²⁴.

quella del contratto cui afferisce, rispetto al quale assume una sua rilevanza contrattuale autonoma, anche se collegata e complementare.

²⁰ ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit. 243 ss.; cfr. anche PELLEGRINI, *Clausola penale, autonomia privata e poteri di controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 1997, I, 801 ss.; sul punto cfr. anche FEBBRAJO, *La riducibilità d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 557 ss. in part. 568, in ordine all'invalidità della penale convenuta in una situazione di «abuso di dipendenza economica» ai sensi dell'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192.

²¹ In questo senso anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 6ª ed., Napoli, 1996, 615; diversamente BIANCA, *La responsabilità*, cit., 247, che argomenta dall'art. 2722 c.c.

²² Cfr. Cass., 6 aprile 1995, n. 4034, in *Corr. trib.*, 1995, 1618.

²³ Siffatta concezione è rinvenibile anche in ambito pubblicistico e, segnatamente, nelle norme che regolano i procedimenti amministrativi, ove si desume l'indicazione generale secondo cui, ai fini dell'applicazione delle sanzioni, le contestazioni debbono essere sollevate tempestivamente e, comunque, entro un termine predefinito. In tal senso depone, tra gli altri, l'art. 14 della l. 24 novembre 1981, n. 689, a mente del quale «la violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente [...]». Sul punto si v. T.A.R. Campania, 20 giugno 2022, n. 4154, in *Onelegale*. Nondimeno, anche con specifico riguardo alla penale contrattualmente stabilita, la giurisprudenza (tra le altre, Cons. Stato, 11 dicembre 2014, n. 6094, in *Foro amm.*, 2014, 3099) ritiene che il termine entro cui la penale va irrogata, fermo restando che la decadenza può essere stabilita contrattualmente, ha natura perentoria ricavabile dalla funzione perseguita dalle parti con la previsione di tale patto accessorio. Nel caso di specie il termine di trenta giorni per la contestazione dell'inadempimento era stato ritenuto congruo e perentorio.

²⁴ Per un'analisi del tema v. A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, *passim* e part. 199 ss.; BONILINI, *Autonomia testamentaria e legato. I legati così detti atipici*, Milano, 1990, 157 ss., part. 170 testo e nt. 274; da ultimo, nel senso dell'inammissibilità, VILLANI, *Clausola penale testamentaria*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 538 ss. L'argomentazione in senso contrario in MARINI, *La clausola penale*, cit., 92 ss.

5. Individuazione dell'oggetto della prestazione.

L'oggetto della clausola penale deve consistere (come recita l'art. 1382 c.c.) in una «determinata prestazione»: secondo la tesi più restrittiva può trattarsi esclusivamente di una somma di denaro²⁵ – e si tratta in ogni caso di un debito di valuta²⁶; secondo una diversa opinione, questo può risolversi in un contenuto positivo o negativo, materiale o negoziale²⁷.

La prestazione dovuta può essere tuttavia determinata in un momento successivo all'inadempimento²⁸. Infatti, le parti possono, ad esempio, pattuire il pagamento di una somma per ogni unità temporale trascorsa nel ritardo²⁹. L'ammontare della penale può altresì essere fissato da un terzo e, in questo caso, la disciplina prevista dall'art. 1349 c.c. concorre con l'eventuale domanda di riduzione ai sensi dell'art. 1384 c.c.³⁰. Ci s'interroga, invece, se a determinare l'ammontare della penale possa essere il creditore³¹ e si pone altresì il problema se sia necessario fissare un tetto massimo che il creditore non può comunque superare³².

Con riguardo al primo problema, e nonostante la tesi radicalmente negativa prevalga nella dottrina e nella giurisprudenza³³, può indicarsi una soluzione che guardi al tema

²⁵ Un'opinione sostenuta da MARINI, *La clausola penale*, cit., 132, secondo il quale in caso contrario la penale è nulla.

²⁶ In questo senso Cass., 16 marzo 1988, n. 2468, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 117, con nota di ALESSANDRI; DELFINI, *Inadempimento e «diritto alla risoluzione»*. *Clausola penale e principio nominalistico*, nota a Cass., Sez. Un., 10 aprile 1995, n. 4126, in *Contratti*, 1995, 570 ss.

²⁷ ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 218 ss., soluzione cui si può giungere sia alla luce del tenore testuale dell'art. 1382 c.c. sia dell'analisi comparatistica (espressamente il § 342 BGB); nel senso che la penale possa risolversi nell'estinzione di un credito v. Cass., 8 luglio 1962, n. 2465, in *Foro it.*, 1962, I, 2081; per un'analisi del possibile conflitto che si determina con il divieto del patto commissorio quando oggetto della penale è il trasferimento di un diritto v. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, cit., 69 ss., testo e nt. 34; LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 219 ss., in part. 225; diffusamente da ultimo ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 281 ss.

²⁸ Secondo Cass., 3 maggio 2023, n. 11548, in *Dir. giust.*, 4 maggio 2023, la prestazione della parte inadempiente è soggetta alla disciplina generale dell'oggetto del contratto e può essere determinata o determinabile sulla base di un criterio predeterminato. Non è necessario che la prestazione sia già individuata al momento dell'accordo, ben potendo tale operazione avvenire al consumarsi dell'inadempimento.

²⁹ Non sussistono problemi se le parti hanno fissato un «tetto» al di sopra del quale l'inadempimento diventa definitivo; in caso contrario sarà il giudice, su istanza del debitore, a fissare tale soglia e a liquidare il danno dovuto per l'inadempimento ormai definitivo, come affermato in ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 222.

³⁰ L'applicazione dei rimedi contemplati nella disciplina della determinazione dell'oggetto del contratto da parte del terzo è più diffusamente argomentata nel mio *La pena contrattuale*, cit., 225; ma v. anche l'opinione contraria sostenuta da MARINI, *La clausola penale*, cit., 134.

³¹ Un fenomeno di significativa diffusione nei gruppi privati dove lo pene endoassociative non infrequentemente sono fissate dalla stessa associazione. Su questa problematica ZOPPINI, *Note in margine ad un recente libro tedesco sulle pene nelle associazioni*, cit., 303 s.

³² Nella dottrina tedesca, la soluzione prevalente è quella che ritiene valido l'accordo anche senza che sia necessario fissare un tetto massimo, in quest'ultimo senso e per la documentazione delle tesi contrarie v. KÖHLER, *Vereinbarung und Verwirkung der Vertragsstrafe*, *Festschrift für Gerbner zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1993, 210 ss.

³³ V. per tutti (SACCO e) DE NOVA, *Il contratto*, cit., 162; in giurisprudenza v. Pret. Asti, 9 aprile 1966, in *Riv. dir. agr.*, 1967, II, 89 (nullità della penale discrezionalmente determinata anno per anno dal consiglio di amministrazione di una cooperativa); Pret. Putignano, 2 aprile 1990, in *Giur. mer.*, 1992, 75.

più generale dell'ammissibilità dell'arbitraggio del creditore. In questa prospettiva, chi riconosce uno spazio a questa fattispecie – ricostruibile sulla base dello stesso art. 1349 c.c.³⁴ – dovrà concludere che la penale possa essere determinata anche dal creditore, con il solo limite del mero arbitrio³⁵.

Un limite quantitativo all'ammontare della penale si può desumere indirettamente dalla disciplina delle clausole di esonero della responsabilità, in quanto la qualificazione della clausola come «penale», quando in concreto essa assolve alla funzione di limitare il risarcimento del danno, non preclude l'applicazione della disciplina imperativa prevista dall'art. 1229 c.c.³⁶.

6. Presupposti della penale.

La penale può essere prevista per il ritardo o per l'inadempimento³⁷. Se però l'inadempimento non è imputabile al debitore³⁸ o è un effetto del fallimento³⁹, la penale non

³⁴ In senso affermativo ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, 76 ss.; DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, 280 e 415 ss.; cfr. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, rist., Milano, 1987, 335; BARENGHI, *Note sull'arbitramento della parte*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, Milano, 1998, 65 ss.

³⁵ Anche in questo caso i rimedi previsti per l'arbitraggio concorrono con la possibilità di chiedere la riduzione della penale, v. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit. 226.

³⁶ TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 137 ss.; DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 411; BENATTI, voce *Clausole di esonero dalla responsabilità*, in *Digesto*, sez. civ., IV, Torino, 1988, 402 ss.; Trib. Lucca, 4 aprile 1992, in *Giur. merito*, 1993, 633 ss. Perché la pattuizione sia soggetta alla disciplina di cui all'art. 1229 c.c. non è però sufficiente che la penale si collochi al di sotto del danno, v. CORSALE, *Clausola penale stabilita in misura inferiore al tasso legale degli interessi*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1250, nota a Cass., 3 dicembre 1993, n. 12013. Sui problemi di qualificazione, che talora possono determinare incertezze, cfr. NAPOLITANO, *Gli «indennizzi automatici» agli utenti di servizi pubblici*, in *Danno e resp.*, 1996, 15 ss. L'applicabilità dell'art. 1229 c.c. nel caso in cui le parti abbiano previsto una penale irrisoria è stata riconosciuta anche da Cass., 12 luglio 2018, n. 18338, la quale ha precisato che «la irrisorietà del risarcimento del danno pattuito preventivamente sotto forma di clausola penale viene a costituire elemento sintomatico dell'aggravamento del divieto di limitazione di responsabilità stabilito dall'art. 1229 c.c., comma 1°». Conf. v. Cass., 3 marzo 2019, n. 21971.

³⁷ La penale opera indifferentemente dalla qualificazione della condotta del debitore; i contraenti possono, tuttavia, rendere esigibile la penale in coincidenza di comportamenti predeterminati (il grado della colpa; il dolo), diversamente il creditore dovrà agire per il risarcimento nel modo ordinario, v. GABRIELLI, *Clausola penale*, cit., 922; cfr. anche BONILINI, *Regole applicative in tema di clausola penale*, cit., 549 ss.

³⁸ Concordano sulla necessità che l'inadempimento sia imputabile, seppure da prospettive argomentative diverse, BIANCA, *La responsabilità*, cit., 248 e MARINI, *La clausola penale*, cit., 115; su questo problema per quanto concerne la convenzione di Vienna sulla vendita internazionale del 1980, che però non regola la clausola penale, v. TALLON, *Sub art. 79*, in BIANCA-BONELL (a cura di), *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987, 589.

³⁹ Ipotesi su cui si è pronunciata la nostra giurisprudenza di merito, tra cui si v. Trib. Bologna, 14 ottobre 1960, in *Giur. it.*, I, 2, 141 ss., part. 143; diversamente App. Milano, 17 giugno 1958, in *Foro pad.*, 1959, I, 871 ss., annotata criticamente da FORTE, *Penale garantita ipotecariamente nel fallimento del debitore inadempiente*; quando la penale è espressamente prevista per l'inadempimento dovrà verificarsi se il titolo del risarcimento è successivo al fallimento stesso: in senso affermativo si esprime SEMIANI BIGNARDI, *Clausola penale e fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 317 ss.; diversamente potrebbe sostenersi che l'evento che consente di domandare la penale è contemporaneo al fallimento, ove si consideri che il creditore attraverso la penale voleva verificare l'attendibilità che il debitore assumeva in ordine alla propria capacità di adempiere

è dovuta⁴⁰; se, invece, è stata pattuita anche per l'ipotesi d'inadempimento non imputabile, si concreta in realtà una clausola di assunzione del rischio⁴¹.

Un'ulteriore ipotesi in cui il debitore non è tenuto alla prestazione dedotta nella clausola penale è data quando l'inadempimento è provocato dal creditore (mentre quando quest'ultimo è stato concausa oggettiva dell'inadempimento la penale potrà eventualmente essere ridotta ai sensi dell'art. 1384 c.c.)⁴². Nel caso d'inadempimento reciproco di obbligazioni tutte assistite da una clausola penale, quest'ultima può essere richiesta da entrambe le parti, salvo il caso in cui l'inadempimento di una parte sia stato così grave da doversi ritenere che la controparte a sua volta non era più tenuta ad adempiere⁴³.

Il creditore, ai sensi dell'art. 1383 c.c., non può chiedere contemporaneamente l'adempimento e la penale⁴⁴, salvo questa non fosse dovuta per il ritardo⁴⁵ o comunque non fosse stato diversamente previsto (come non di rado avviene per la violazione di norme statutarie nei contratti associativi)⁴⁶.

Attraverso la clausola penale può fissarsi convenzionalmente il risarcimento previsto quando la parte non inadempiente intenda avvalersi della risoluzione⁴⁷; nel caso, invece,

(ma per l'inefficacia nei confronti della massa dei creditori v. Trib. Roma, 21 febbraio 1983, in *Foro amm.*, 1983, 1122).

⁴⁰ Ricorda Cass., 23 maggio 2019, n. 13956, in *Giust. civ. Mass.*, 2019, che il "connotato essenziale della clausola penale è la sua connessione con l'inadempimento colpevole di una delle parti e, pertanto, essa non è configurabile allorché la relativa pattuizione sia collegata all'avverarsi di un fatto fortuito o, comunque, non imputabile all'obligato, costituendo, in tale ultima ipotesi, una condizione o clausola atipica che può essere introdotta dall'autonomia contrattuale delle parti, ma resta inidonea a produrre gli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la clausola penale".

⁴¹ In questo senso ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 237; DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 410; ma, sul punto, insiste che comunque ci si trovi di fronte ad una clausola penale, TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 38.

⁴² In senso negativo MARINI, *La clausola penale*, cit., 160; nel senso della possibilità di estendere analogicamente l'art. 1384 c.c. si esprime invece BIANCA, *La responsabilità*, cit., 257.

⁴³ KOHLER, *Vereinbarung und Verwirkung der Vertragsstrafe*, cit., 221. Cfr. Cass., 17 febbraio 1969, n. 550, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 618.

⁴⁴ Per un'applicazione della regola, Cass., 10 giugno 1993, n. 6471, in *Contratti*, 1993, 659.

⁴⁵ Così Cass., 16 ottobre 1984, n. 5828; in giurisprudenza possono trovarsi pronunce nel senso che la penale può essere richiesta indipendentemente dalla costituzione in mora, come in Cass., 6 ottobre 1978, n. 4463; ma anche opinioni a ciò contrarie che argomentano dalla circostanza dall'essere la mora coelemento dell'obbligazione risarcitoria, come sostenuto da Cass., 17 dicembre 1976, n. 4664.

⁴⁶ Interpretano la disposizione contenuta all'art. 1383 c.c. come norma derogabile TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 118 e MAGAZZÙ, *Clausola penale*, cit., 187; sostanzialmente Trib. Roma, 21 ottobre 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, 561 ss.; ma è bene ricordare che sul punto la dottrina prevalente è orientata in senso contrario, v. per tutti DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 411; *contra* anche Pret. Milano, 13 luglio 1976, in *Foro it.*, 1977, I, 534.

⁴⁷ Nel senso del cumulo tra i due rimedi, tenuto conto che sono ancorati a presupposti diversi, v. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 248; in giurisprudenza Cass., 18 giugno 1992, n. 7540, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1612, con nota di FIASCHETTI, *Distinzione tra vendita a corpo e vendita a misura; clausola penale e clausola risolutiva espressa*; Trib. Roma, 1° agosto, 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 483, con nota di MASUCCI, *Il leasing e la clausola penale: il cerchio non si chiude*. Ma problematicamente sul punto si cfr., nella dottrina francese, HUGON, *La sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat*, JCP, 1994, I, 421 ss., sulla base dell'argomento che la parte non inadempiente otterrebbe un beneficio ingiustificato a fronte della liberazione dall'obbligo di prestare e in considerazione del fatto che la natura accessoria della clausola non ne consente la sopravvivenza nel caso in cui l'intero contratto è risolto.

in cui sia previsto il diritto di recesso, il creditore che sceglie il recesso non ha diritto alla penale ⁴⁸.

Più in generale, i problemi applicativi che l'istituto solleva debbono essere risolti avendo riguardo al fatto che la clausola penale programmaticamente mira a tutelare l'interesse del creditore ⁴⁹. Così, ad esempio, alla luce del criterio teleologico della tutela dell'interesse del creditore, deve valutarsi se il debitore, cui sia già stata richiesta la penale, possa liberarsi coll'adempimento tardivo della prestazione principale ancora possibile. Nella dottrina straniera si è manifestata l'opinione orientata a ritenere che il creditore sia tenuto ad accettare la prestazione originaria quando sia comunque idonea a soddisfare l'interesse alla cui protezione mirava; quando invece il ritardo lo abbia definitivamente pregiudicato il rifiuto della prestazione originaria è considerato giustificato ⁵⁰.

7. Clausola penale e limiti all'autonomia privata. Il caso dei contratti con i consumatori.

Un divieto assoluto di sanzionare con la penale il mancato rispetto della promessa di matrimonio è fatto dall'art. 79 c.c. ⁵¹. Mentre, tra i limiti di ordine quantitativo, va annoverato quello previsto per le sanzioni disciplinari nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, che non possono superare l'importo equivalente a quattro ore della retribuzione base (art. 7, comma 4, l. 20 maggio 1970, n. 300).

È, invece, generalmente interpretata nel senso che si tratti d'una norma derogabile dalla volontà delle parti – in questo caso dell'assemblea – quella che fissa fino a euro 200 l'ammontare delle sanzioni irrogate a fronte d'infrazioni del regolamento di condominio (art. 70 disp. att. c.c.) ⁵².

La clausola penale non rientra nell'elenco delle clausole vessatorie, in quanto la tutela

⁴⁸ Dato è messo in evidenza, in funzione orientante, da GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, cit., 758 (§ 34 I 2b).

⁴⁹ Così, ad esempio, se l'interesse all'adempimento viene meno, può dubitarsi che il creditore possa comunque esigere la penale, come nel caso in cui l'inadempimento di un obbligo di non concorrenza sanzionato da una clausola penale si verifichi dopo la cessazione dell'attività imprenditoriale. (cfr. per l'esempio KÖHLER, *Vereinbarung und Verwirkung der Vertragsstrafe*, cit., locc. citt.).

⁵⁰ In questo senso KNÜTEL, *Verfallsvereinbarung, nachträglicher Verfall und Unmöglichkeit bei der Vertragsstrafe*, in *AcP*, 175 (1975), 44 ss., in part. 49 ss., che ritiene che la pretesa del creditore alla penale possa essere paralizzata attraverso l'*exceptio doli*.

⁵¹ Mentre con riferimento ai rapporti di convivenza si pone il problema se la rottura unilaterale e discrezionale possa essere sanzionata con la previsione di una clausola penale, problema prospettato con l'ingresso della disciplina del *Pacs* in Francia (ci forniscono notizia di ciò TORINO, *Nuovi modelli familiari. Il diritto ad essere genitori*, Roma, 2003, 99, e AMBANELLI, *La disciplina del pacte civil de solidarité e del concubinage*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 75 ss., segnatamente 81) e su cui, nel senso dell'ammissibilità, cfr. MALAURIE, *Sur le pacs. Le Pacs: Hors série, Dr. famille*, 1999, 31.

⁵² All'interpretazione che ritiene la norma inderogabile – privando così il rimedio di significato – così come a quella che la ritiene derogabile, svuotando così la norma di forza precettiva, si contrappone la tesi che considera la norma inderogabile alla stregua di un criterio valoristico, rivalutando quindi l'ammontare fissato dal legislatore del '42 al valore corrente, v. in questo senso LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in *Scritti in onore di Falzea*, I, Milano, 1991, 347 ss., alla nt. 60 di 382.

del contraente «debole» era in ogni caso assicurata dal potere di ridurre la penale eccessiva previsto dall'art. 1384 c.c.⁵³.

Parimenti, alla clausola penale non trova applicazione la disciplina dei «ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali» (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231)⁵⁴.

Alla penale fa, invece, riferimento la disciplina dei contratti dei consumatori, che l'inserisce, all'art. 33, comma 2, lett. f), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ("Codice del consumo") tra le clausole c.d. «grigie». Vi è, dunque, una presunzione di vessatorietà, e così d'inefficacia, quando la prestazione posta a carico del consumatore inadempiente o in ritardo sia «d'importo manifestamente eccessivo»⁵⁵. Alla regola presuntiva si sottrae, pertanto, il caso in cui l'ammontare pattuito sia parametrato sul danno probabile⁵⁶. Mentre la disciplina generale che consente di chiedere la riduzione della penale eccessiva (art. 1384 c.c.) troverà applicazione nei casi in cui la clausola sia stata oggetto di negoziato – e non sia, quindi, inefficace – e in caso di adempimento parziale⁵⁷. Un'ulteriore distinzione rispetto alla disciplina codicistica concerne l'oggetto della prestazione, qui circoscritto alle prestazioni pecuniarie⁵⁸.

La norma sui contratti dei consumatori merita, altresì, di essere segnalata in quanto riserva un eguale trattamento a tutti i tipi di clausole che si collegano all'inadempimento e che prevedono il pagamento di una somma, indipendentemente dal fatto che l'accordo

⁵³ Cfr. da ultimo, Cass., 30 giugno 2021, n. 18550, in *Rep. Foro it.*, 2021, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 330. In dottrina, A. MARINI, *In tema di approvazione specifica per iscritto della clausola penale*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 555; per un'analisi delle tesi prospettate dalla dottrina ed emerse nella giurisprudenza BONILINI, *Sulla natura vessatoria della clausola penale*, in *Contratti*, 1993, 247 ss.

⁵⁴ MENGONI, *In tema di direttiva 2003/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 73 ss., in part. 75.

⁵⁵ Trib. Milano, sez. impr., 9 gennaio 2023, n. 109, in *Red. Giuffrè*, 2023 ha ricordato che in materia di clausole penali inserite nel contratto e di validità delle stesse, la penale assume carattere vessatorio quando appare sproporzionata rispetto all'equilibrio sinallagmatico del contratto, anche qualora di per sé non rivesta natura vessatoria e non rientri tra le clausole di cui all'art. 1341 c.c. *Contra* Trib. Trento, 4 novembre 2022, n. 630, in *Red. Giuffrè*, 2022, secondo cui, invece, la clausola penale con la quale i contraenti abbiano anticipatamente determinato, in via convenzionale, la misura del ristoro economico dovuto in caso di inadempimento contrattuale di una delle due non ha natura vessatoria e pertanto non necessita di specifica approvazione ex art. 1341 c.c.

⁵⁶ Per un commento v. CECERE, *sub art. 1469-bis*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di Barengi, Napoli, 1996, 82 s.; CHIRICO, *sub art. 1469-bis, comma 3°*, n. 6, in CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, I, Padova, 1996, 271 ss.; NIGLIA, *Le clausole penali abusive*, in *Dir. priv.*, 1996, 271 ss.; CARICATO *sub art. 1469-bis, comma 3*, n. 5, in ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Commentario agli artt. 1469-bis-1469-sexies*, t. I, Milano, 1997, 209 ss.; NAVARRETTA, *sub art. 1469-bis, comma 3*, n. 5, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Commentario*, a cura di BIANCA et al., in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 889 ss., in part. 897.

⁵⁷ Sul rapporto tra l'inefficacia della clausola, che importa il ricorso alla normale disciplina risarcitoria, e la riducibilità ai sensi dell'art. 1384 c.c.: cfr. CIAN, *Il nuovo capo XVI-bis (titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 442; Pret. Bologna, 20 gennaio 1998, nota di PALMIERI e PARDOLESI, *Dalla parte di Shylock: vessatorietà della clausola penale nei contratti dei consumatori?*, in *Danno e resp.*, 1998, 205 ss.; Giud. pace Strambino, 26 giugno 1997, in *Giur. it.*, 1998, 48 ss., nota di TOGLIATTO, *Penale, clausola vessatoria e poteri del giudice*; ATELLI, *Chi troppo vuole ottiene (appena) il dovuto più faticosamente etc.*, in *Danno e resp.*, 1998, 205 ss.

⁵⁸ Tale distinzione tra artt. 1382 c.c. e 33, comma 2, lett. f), c. cons. è ritenuta irragionevole, e perciò superabile mediante un'interpretazione estensiva, da MAZZARESE, *Clausola penale (arti 1382-1384)*, cit., 368 ss. *Contra*, CARICATO, *sub art. 1469-bis*, cit., 358 ss.

debba essere formalmente qualificato come clausola penale in senso stretto o come liquidazione convenzionale del danno.

8. La riduzione della clausola penale.

La penale può essere ridotta quando ricorra alternativamente una delle due condizioni previste dall'art. 1384 c.c.: quando essa è manifestamente eccessiva e quando vi sia stato un adempimento parziale⁵⁹. In questo modo l'ordinamento opera una valutazione in ordine all'esplicarsi dell'autonomia privata nel prevedere una sanzione di natura privatistica⁶⁰. La possibilità di chiedere la riduzione della penale – che si realizza mediante sentenza costitutiva – costituisce parte della disciplina inderogabile dell'istituto; quindi, non è rinunciabile⁶¹ e si applica anche alle penali previste a favore della pubblica amministrazione⁶², così come agli accordi sostitutivi ex art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241⁶³.

Non vi è univocità di orientamento in ordine al problema se la riduzione della penale possa essere pronunciata solo qualora sia oggetto di una domanda o eccezione delle parti ovvero se il giudice possa operare la riduzione a prescindere da una esplicita o implicita (come nel caso della dichiarazione di nulla dovere a titolo di penale) richiesta della parte.

La tesi favorevole alla riducibilità *ex officio* della penale eccessiva si è progressivamente fatta strada nella giurisprudenza pratica, e in particolare in quella di legittimità del Supremo Collegio⁶⁴. Tale conclusione – che accoglie un suggerimento della dottrina –

⁵⁹ Una regola chiaramente affermata dalla giurisprudenza, in part. si v. Cass., 21 aprile 1965, n. 699, in *Foro it.*, 1965, I, 2090. Tra le pronunce più recenti sul punto si v. Cass., 15 giugno 2018, n. 15753, in *Arch. loc.*, 2018, 6, 655.

⁶⁰ Anche se con impostazioni in parte diverse MOSCATI, *Riduzione della penale e controllo degli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1784; MARINI, *La clausola penale*, cit.; 138; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 254; per una diffusa analisi sistematica cfr. PERBETTA, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, 45 ss.; su una diversa posizione v. BIANCA, *La responsabilità*, cit., 243 ss. Cfr. anche MEDICI, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, cit., 321 ss.; CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 297 ss.; FEBBRAJO, *La riducibilità d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva*, cit., 568 ss.

⁶¹ Carattere affermato da Cass., 4 febbraio 1960, n. 163, in *Foro pad.*, 191, I, 320. Di recente si v. Cass., 16 dicembre 2019, n. 33159, in *Giust. civ. Mass.*, 2020, secondo cui “il potere officioso di riduzione della penale eccessiva, a norma dell'art. 1384 c.c., può essere esercitato anche qualora le parti ne abbiano convenuto l'irriducibilità, trattandosi di un potere funzionale a un interesse generale dell'ordinamento”.

⁶² Come sostenuto da Cass., Sez. Un., 5 dicembre 1977, n. 5261, in *Giur. it.*, 1978, I, 1485 e in *Foro it.*, 1977, I, 2631.

⁶³ Cfr. Cons. Stato, 20 luglio 2022, n. 6309, in *Foro it.*, 2022, III, 571.

⁶⁴ Il riferimento è ovviamente a Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, 2985 ss. in *Corr. giur.*, 2005, 1538 ss., con nota di DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*; in *Resp. civ. prev.*, 2006, 56 ss., con nota di SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*; in *Notariato*, 2006, 13 ss., con nota di TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*; e in *Danno resp.*, 2006, 411 ss., con nota di MEDICI, *Controllo sulla penale «manifestamente eccessiva» ed equilibrio degli scambi contrattuali* e di RICCIO, *Il generale intervento del giudice sugli atti di autonomia privata*; Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 553 ss., con nota di PALASCIANO; Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929 ss. e in *Contr.*, 2000, 118 ss., con nota di BONILINI: *contra* v. Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Giust. civ.*, 2001, I, 104 ss.

trae alimento dall'indisponibilità del controllo sulla fattispecie sanzionatoria privata⁶⁵.

Il criterio che deve guidare il giudice nel ridurre la penale è l'«interesse che il creditore aveva all'adempimento», secondo la formula adottata dal legislatore, che però non appare traducibile in un immediato criterio operativo. L'esegesi della norma evidenzia tuttavia un riferimento all'interesse programmatico del creditore e non a quello effettivamente leso⁶⁶ e vale, soprattutto, ad escludere che il giudice, ai fini della riduzione, debba prendere a riferimento il danno storicamente determinatosi⁶⁷. Per altro verso, ai fini della riduzione giudiziale il debitore non può limitarsi a contestare l'eccessività dell'ammontare, ma deve specificare le ragioni della dedotta eccessività⁶⁸. La natura officiosa di tale potere non toglie che esso sia subordinato all'assolvimento degli oneri di allegazione e prova, incombenza sulla parte, circa le circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale. In altre parole, il giudice non può ricercare d'ufficio tali informazioni, che devono invece risultare *ex actis*, ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo⁶⁹.

9. Confini del potere di riduzione del giudice.

Secondo la tesi tradizionale, il potere moderatore del giudice non è suscettibile d'estensione a fattispecie analoghe⁷⁰.

Ad una diversa conclusione può giungersi ove si riconosca nella pena contrattuale, e nella sua disciplina, il modello tipico della fattispecie sanzionatoria di natura privatistica.

⁶⁵ La soluzione è stata in particolare suggerita da MARINI, *La clausola penale*, cit., 152 ss.; tesi cui hanno aderito FEBBRAJO, *La riducibilità d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva*, cit., 568 ss.; TARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, cit., 130 ss.; per la tesi contraria v. G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, 1 ss. In giurisprudenza, di recente, si v. Cass., 19 giugno 2020, n. 11908, in *Giust. civ. Mass.*, 2020, secondo cui «ai fini dell'esercizio del potere di riduzione della penale, il giudice non deve valutare l'interesse del creditore con esclusivo riguardo al momento della stipulazione della clausola – come sembra indicare l'art. 1384 c.c., riferendosi all'interesse che il creditore aveva all'adempimento – ma tale interesse deve valutare anche con riguardo al momento in cui la prestazione è stata tardivamente eseguita o è rimasta definitivamente ineseguita, poiché anche nella fase attuativa del rapporto trovano applicazione i principi di solidarietà, correttezza e buona fede, di cui agli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c., conformativi dell'istituto della riduzione equitativa, dovendosi intendere, quindi, che la lettera dell'art. 1384 c.c., impiegando il verbo avere all'imperfetto, si riferisca soltanto all'identificazione dell'interesse del creditore, senza impedire che la valutazione di manifesta eccessività della penale tenga conto delle circostanze manifestatesi durante lo svolgimento del rapporto».

⁶⁶ In questo senso v. (SACCO e) DE NOVA, *Il contratto*, cit., 171; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 270; ma la dottrina dà prova di opinioni differenti: nel senso che si debba fare riferimento al momento dell'applicazione della penale si esprime MARINI, *La clausola penale*, cit., 159; nel senso che la penale sia riducibile anche quando la manifesta eccessività si realizzi successivamente alla stipulazione della clausola si pronuncia MAGAZZÙ, *Clausola penale*, cit., 195; in questo senso anche BIANCA, *La responsabilità*, cit., 251. Tale ricostruzione è stata avallata anche da Cass., 1° luglio 2009, n. 15468, in *Contr.*, 2009, 903.

⁶⁷ Cfr. Cass., 5 ottobre 1981, n. 6456, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1597.

⁶⁸ Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, in *Giust. civ. Mass.*, 1982.

⁶⁹ Cfr. Cass., 19 dicembre 2019, n. 34021, in *Giust. civ. (online)*, 2022, con nota di AGNINI.

⁷⁰ Cass., 24 febbraio 1982, n. 1143, Per un raffronto con le fattispecie previste dagli artt. 1526, comma 2 e 1934, comma 2, c.c., v. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 254 ss.

In questa prospettiva, mentre deve escludersi che esista nell'ambito del diritto privato un principio di tipicità della fattispecie sanzionatoria, è possibile porre un problema di controllo sulla proporzionalità della reazione anche ad istituti strutturalmente differenti dalla penale, ma che assolvono ad una funzione non dissimile. Dunque, nell'art. 1384 c.c., può ravvisarsi un criterio generale, in ordine al quale – attraverso il controllo *ex post* del giudice – è necessario apprezzare l'esistenza di un nesso di strumentalità e proporzionalità tra l'interesse tutelato e l'interesse sacrificato.

Il profilo effettuale comune che giustifica l'estensione analogica dell'art. 1384 c.c. consiste nel fatto che sia possibile identificare una forma di tutela convenzionale dell'interesse del creditore, che in concreto si risolve nel privare il giudice della sua competenza quanto alla liquidazione del danno, decisione invece operata attraverso un atto di autonomia delle parti.

Passibili di riduzione debbono pertanto ritenersi quelle clausole che presentano qualche elemento di difformità rispetto alla struttura prevista dall'art. 1384 c.c.⁷¹. Lo sono, in primo luogo, le clausole di liquidazione anticipata del danno la cui operatività è subordinata alla prova, oltre che dell'inadempimento, anche dell'esistenza di un danno risarcibile.

Dalla clausola penale si distinguono le clausole di decadenza in quanto provocano l'estinzione di un diritto e non la nascita d'una nuova obbligazione; ma, quando il risultato voluto sia quello di creare uno stimolo all'adempimento, non si può escludere l'opportunità di applicare la medesima disciplina, in particolare per quanto concerne la riduzione⁷².

Infine, preme ricordare che l'istituto che ha maggiormente animato il dibattito sull'estensione analogica dell'art. 1384 c.c. è la caparra confirmatoria, su cui si è pronunciata la Corte costituzionale (v. *infra*).

Ma il problema di applicare analogicamente la norma che consente di ridurre la penale eccessiva si è posto anche per la caparra penitenziale, atteso che quando è manifestamente eccessiva essa serve in realtà ad impedire che il debitore si avvalga della possibilità del recesso, inducendolo di tal guisa all'adempimento⁷³. Un'applicazione estrema è quella che concerne la clausola risolutiva espressa, che già dovrebbe sottostare ad un controllo fondato sul principio di buona fede⁷⁴, e rispetto alla quale, nella letteratura francese, è possibile leggere opinioni inclini ad estendere il potere moderativo previsto per la penale⁷⁵.

⁷¹ I risultati senz'altro discutibili che derivano dal ritenere non suscettibile di riduzione le clausole penali «atipiche» sono dimostrati da App. Roma, 30 novembre 1993, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 193 ss., con nota di MORACE PINELLI, *Promessa del fatto del terzo e clausola penale*, in cui si è escluso che si tratti di clausola penale e dunque si è ritenuta non suscettibile di riduzione la penale che afferisce alla promessa del fatto del terzo; nel senso invece che quest'ultima debba essere considerata a tutti gli effetti una clausola penale v. Cass., 16 marzo 1988, n. 2468, in *Giust. civ.*, 1989, I, 678.

⁷² ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 286, testo e nt. 93, con riferimenti comparatistici; cfr. Cass., 30 ottobre 1959, n. 3185, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 1361.

⁷³ App. L'Aquila, 23 settembre 1953, in *Riv. giur. umbro-abruzzese*, 1954, 46 ss.; ma *contra* Cass., 8 settembre 1978, n. 4052, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Contratto in generale*, n. 190, 160, in relazione alla prestazione convenuta per il recesso da un prestito agrario, sulla base dell'eccezionalità dell'art. 1384 c.c. Favorevole all'estensione la giurisprudenza francese, cfr. PAISANT, nota a Cass., 5 dicembre 1984, in *JCP*, 1986, II, n. 20555. Per una critica v. però NAVARRETTA, *op. cit.*, 894 ss.

⁷⁴ ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 299 ss.

⁷⁵ Diffusa discussione della problematica in OSMAN, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en oeuvre de la clause résolutoire de plein droit*, in *Rep. Defrénois*, 1993, I, 65 ss.

10. Nozione e disciplina della caparra confirmatoria.

Diverse tra loro e dalla clausola penale sul piano strutturale sono sia la caparra confirmatoria sia la caparra penitenziale⁷⁶. Spetta al giudice qualificare, interpretando la volontà delle parti, il ruolo della somma versata al momento della conclusione del contratto (adempimento parziale, cauzione per l'inadempimento, caparra confirmatoria o penitenziale)⁷⁷; il *nomen iuris* speso dalle parti non è comunque decisivo: così ad esempio qualificare la prestazione pagata come caparra penitenziale è incompatibile con la mancata previsione del diritto al recesso⁷⁸.

In linea di principio, la giurisprudenza nel dubbio presume trattarsi di una caparra confirmatoria e non penitenziale⁷⁹, di un acconto e non di una caparra⁸⁰.

La funzione della caparra confirmatoria varia in relazione alle vicende del rapporto cui accede⁸¹. Se vi è adempimento, la somma ricevuta al momento della conclusione del contratto – o comunque prima della scadenza dell'obbligazione⁸² – dev'essere restituita ovvero imputata alla prestazione principale⁸³. Nel caso d'inadempimento (è invece insufficiente il mero ritardo⁸⁴), la parte non inadempiente ha la scelta tra recedere e conservare la caparra⁸⁵, ovvero ricorrere ai normali rimedi contrattuali (richiesta di esecuzione della prestazione rimasta inadempita, risoluzione e risarcimento del danno). Nella stessa situazione, se la parte non inadempiente è quella che ha pagato la caparra può

⁷⁶ DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, X, 2ª ed., Torino, 1995, 408 ss.; BIANCA, *La responsabilità*, cit., 255, 360 ss.; GALGANO (e VISINTINI), *Degli effetti del contratto*, cit., 170 ss.; DE NOVA, voce *Caparra*, cit., 240; A. MARINI, *Caparra*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988; BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963; V.M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 191. Sugli orientamenti della giurisprudenza v. GIAMPIERI, *La clausola penale e la caparra*, cit., 405 ss.

⁷⁷ DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 421; nella giurisprudenza di legittimità per una qualificazione delle diverse ipotesi di consegna di somma di denaro alla conclusione del contratto v. Cass., 4 marzo 2004, n. 4411, in *I contratti*, 2004, 987 ss., con nota di SCARDIGNO. Cass., 29 novembre 2022, n. 35068, in *Giust. civ. Mass.*, 2022, ha statuito che in materia di contratto preliminare, “la caparra confirmatoria, al pari della clausola penale stipulata per il caso di inadempimento, rivelano il comune intento di indurre l'obbligato all'adempimento e, pertanto, entrambe possono coesistere nell'ambito dello stesso contratto. I due istituti, tuttavia, differiscono quanto ad ambito di applicazione, giacché la caparra confirmatoria trova applicazione quando, per effetto del recesso, il contratto non possa essere più adempiuto, mentre la clausola penale è applicabile laddove colui che non è inadempiente preferisca domandare l'esecuzione del contratto o la risoluzione”.

⁷⁸ Cass., 28 gennaio 1985, n. 437, in *Giust. civ. Mass.*, 1985.

⁷⁹ Cass., 4 ottobre 1983, n. 5777, in *Foro pad.*, 1984, I, 354.

⁸⁰ Cass., 22 agosto 1977, n. 3833.

⁸¹ Cfr. per un'analisi BIANCA, *La responsabilità*, cit., 395-396. Sulla natura accessoria della caparra, M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 196; pertanto su questa incidono le vicende dell'obbligazione contrattuale, v. Cass., 9 ottobre 1971, n. 2801, in *Giust. civ.*, 1972, I, 113. Diversamente BAVETTA, *La caparra*, cit., 29 ss.

⁸² Sul punto M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 194; Cass., 31 maggio 1988, n. 3704.

⁸³ La computazione dev'essere richiesta da colui che ha versato la caparra, come sostenuto da M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 198.

⁸⁴ Salva, evidentemente, la diversa volontà delle parti, v. Cass., 13 giugno 1975, n. 2380, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1844.

⁸⁵ In questo caso si ritiene che la disciplina che trova applicazione è quella prevista dagli artt. 1453 ss. c.c., v. MARINI, *Caparra*, cit., 3; cfr. però Cass., 19 febbraio 1993, n. 2032, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 608, annotata criticamente da ACCORNERO.

scegliere di ottenere il doppio della caparra versata⁸⁶. La richiesta dell'adempimento non preclude la possibilità di chiedere successivamente la caparra, mentre non vale il contrario⁸⁷. Quando sia richiesto l'adempimento o la risoluzione, la caparra può essere ritenuta fino alla concorrenza del danno⁸⁸.

La caparra si perfeziona solo con la consegna di denaro o di cose fungibili⁸⁹. A questo proposito, il riferimento della norma ad «una somma di denaro»⁹⁰ o ad «una quantità di cose fungibili» è interpretata restrittivamente, pertanto non può consistere in una promessa di pagamento⁹¹ o nella cessione di un credito⁹².

11. Riduzione a equità della caparra confirmatoria.

Delineati così i tratti essenziali della figura, giova soffermarsi sulla *vexata quaestio* della riducibilità a equità della caparra confirmatoria. A tal proposito, il dibattito vedeva l'assoluta prevalenza della tesi negativa in virtù della differenza strutturale tra le due figure⁹³. Tuttavia, una certa dottrina aveva già sostenuto che, pur senza attenuare le dissomiglianze tra le due fattispecie, quando la caparra ammonti ad un valore che equivale per una parte significativa alla controprestazione, essa può svolgere un ruolo di stimolo all'adempimento. Tale circostanza andrebbe così a legittimare l'estensione dell'art. 1384 c.c.⁹⁴.

Sul tema si è pronunciata la Corte costituzionale che ha sancito la riducibilità della caparra confirmatoria, smentendo così l'indirizzo maggioritario⁹⁵. Preme segnalare,

⁸⁶ L'obbligazione restitutoria costituisce un debito di valuta e come tale è soggetta ai principi in materia di obbligazioni pecuniarie. Sul punto Cass., 23 marzo 1977, n. 1131, in *Foro it.*, 1977, I, 1431, con nota di A. LENER.

⁸⁷ In questo senso Cass., 5 marzo 1986, n. 1391, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2184 ss.

⁸⁸ CAVANNA, *Cumulabilità degli effetti di risoluzione e recesso nella caparra confirmatoria*, in *Giur. mer.*, 1995, I, 949 ss., nota ad App. Genova, 24 novembre 1994.

⁸⁹ DE NOVA, *Caparra*, cit., 241. La consegna può avvenire anche in un momento successivo alla conclusione del contratto, ma comunque prima della scadenza delle obbligazioni, v. M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 194 ss.

⁹⁰ Si tratta di un debito di valuta, soggetto ai principi in tema di obbligazioni pecuniarie, v. Cass., 23 marzo 1977, n. 1131, in *Foro it.*, 1977, I, 1431, annotata da A. LENER.

⁹¹ Qual è un vaglia cambiario Cass., 15 marzo 1976, n. 950, in *Foro it.*, 1977, d, 1223; Trib. Cagliari, 11 novembre 1984, in *Rass. giur. sarda*, 1986, 103.

⁹² M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 194. La dazione di una cosa determinata andrà quindi qualificata come pegno e disciplinata alla stregua delle norme sulle garanzie reali, così BIANCA, *La responsabilità*, cit., 366.

⁹³ Per la soluzione negativa, assolutamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza, si v. A. MARINI, *Clausola penale e reductio ad aequitatem*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 176 ss. (con riferimenti ulteriori alla nt. 1) nota adesiva a. Cass., 10 novembre 1977, n. 4850; v. anche App. Napoli, 6 luglio 1963, in *Foro it.*, 1963, I, 2253.

⁹⁴ ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., 269 ss., in particolare 276; BIANCA, *La responsabilità*, cit., nt. 11 a 363; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 286 ss.; TRIMARCHI, voce *Caparra*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 202, nt. 46.

⁹⁵ Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 367; in *Foro it.*, 2014, I, 2035 ss., con note di SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*; in

nondimeno, che il Giudice delle leggi non ha raggiunto tale soluzione avallando la tesi dottrinarina dell'estensione analogica dell'art. 1384 c.c. Al contrario, la Consulta, pur dichiarando l'inammissibilità della questione, ha tracciato una precisa traiettoria ermeneutica imperniata sull'art. 2 Cost.: la caparra sproporzionata viola il principio di solidarietà ed è perciò nulla ex art. 1418, comma 1, c.c.

Di tal guisa, l'ordinanza si inserisce nella tendenza a valorizzare i principi di buona fede e solidarietà nella materia delle obbligazioni e dei contratti⁹⁶. In particolare, nel caso in esame, la buona fede solidaristica assurgerebbe al rango di regola di validità (della clausola iniqua) e permetterebbe così al giudice di rideterminare il contenuto del contratto anche al di fuori delle ipotesi di "contratti asimmetrici".

Tale soluzione ha suscitato reazioni opposte nella dottrina civilistica. Alcuni Autori⁹⁷ hanno elogiato la scelta di operare un'interpretazione orientata che vada oltre le costruzioni giuridiche (nella specie, il distinguo tra regole di validità e di condotta): l'interpretazione costituzionale è autonoma da quella di settore. In altre parole, l'asse di rotazione del diritto civile non è più dato esclusivamente dalle categorie e dagli istituti, ma è integrato dalle singole regole di bilanciamento in concreto dei principi costituzionali. Ne deriva che le considerazioni di giustizia materiale possono prevalere sulla coerenza costruttiva delle categorie per la sovra-ordinazione della fonte costituzionale su quella ordinaria.

Altra dottrina⁹⁸ ha invece criticato l'ordinanza, ritenendo che la giustizia costituzionale del caso concreto (ovvero l'applicazione dell'art. 2 Cost. senza l'intermediazione di disposizioni e categorie) sia preludio di incoerenza e arbitrarietà. Tale soluzione non sarebbe neanche preferibile *de iure condendo* in quanto, al di fuori del settore consumeristico, non è possibile razionalizzare forme d'intervento a livello individuale, posto che la disparità occasionale di forza negoziale (c.d. *bargain power*) rappresenta il motore immanente dell'attività contrattuale. Si aggiunga, poi, che la caparra fa riferimento a un valore idiosincratico, che non è oggettivizzabile dal giudice.

Infine, non è mancato chi ha criticato la scelta della Consulta di indicare al giudice ordinario una tutela specifica⁹⁹.

Ad ogni modo, si segnala che la decisione della Consulta (non vincolante poiché di rigetto) non ha convinto la giurisprudenza di legittimità, tanto che la Corte di cassazione, dopo pochi mesi, è intervenuta ribadendo l'opinione tradizionale secondo cui la caparra confirmatoria differisce dalla clausola penale per la struttura (bilaterale e non unilaterale)

Contratti, 2014, 926 ss.; D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria 'eccessiva'*, in *Giur. cost.*, 2014, 1497. V. altresì Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, 382, con nota di F.P. PATTI.

⁹⁶ Per tutti RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, IV, 1968, 209 ss.

⁹⁷ SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, cit., 2035 ss.

⁹⁸ PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, cit., 2039 ss. che mette in guardia dai rischi di affidarsi al "paternalismo benevolente" del giudice.

⁹⁹ VETTORI, voce *Effettività delle tutele (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss., il quale rileva che "[l]'ordinanza della Corte costituzionale ha un merito nel ribadire con forza che il giudice ordinario deve individuare il rimedio nel confronto fra norme dei codici e principi costituzionali. Tanto che, in mancanza, il ricorso alla Corte è inammissibile. Non è condivisibile invece l'indicazione rigida di una tutela e del modo in cui l'interpretazione del giudice deve raggiungere il suo scopo".

e per la funzione non solo coercitiva e risarcitoria ma di anticipazione del prezzo. Sicché non sarebbe possibile applicare analogicamente l'art. 1384 c.c., che consente al giudice di modificare il contenuto del contratto, costituendo così eccezione alla «regola generale [...] che impone il rispetto dell'autonomia contrattuale dei privati»¹⁰⁰. Di qui il rifiuto di qualsiasi correzione della disciplina della caparra ad opera del giudice¹⁰¹.

12. Clausola penale e caparra confirmatoria nella riflessione dedicata al «contenuto del contratto giusto».

Le considerazioni svolte in ordine ai presupposti e all'estensione del potere giudiziale di ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva giustificano una considerazione ulteriore: l'art. 1384 c.c. autorizza indubbiamente il giudice a correggere l'equilibrio economico delle prestazioni pattuite dalle parti.

È una questione aperta nel nostro, e così pure in altri ordinamenti, se sia possibile ricostruire un principio o una regola generale, coordinando le fattispecie che autorizzano il giudice a riformulare un programma contrattuale pur voluto dai privati¹⁰²: si pensi – oltre al caso della riduzione equitativa della penale eccessivamente onerosa (art. 1384 c.c.) – alle clausole che «determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» nei contratti dei consumatori (art. 33 del d.lgs. n. 206/2005, già art. 1469 *bis* c.c.), alla disciplina dell'usura (art. 1815, comma 2, c.c. e art. 644 c.p.), alla rescissione (art. 1447 c.c.), alla riduzione dell'indennità convenuta a favore del venditore nella vendita a rate (art. 1526 c.c.) e della posta eccessiva in caso di gioco autorizzato dalla legge (art. 1934 c.c.); si pensi, ancora, alle fattispecie collegate alla regolazione del mercato, quali l'abuso di posizione dominante e l'abuso di dipendenza economica (art. 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287; art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, ma anche l'art. 6, comma 3).

Le norme appena richiamate variamente sottendono un controllo sul contenuto del contratto in senso stretto, in cui il giudice opera il riequilibrio del regolamento contrattuale attraverso tecniche che, tuttavia, trascorrono dall'invalidità parziale e relativa, all'inefficacia, alla riduzione della prestazione dovuta, alla riconduzione del contratto ad equità (e, proprio perché detta *Inhaltskontrolle*, esprime un interesse alla conservazione della regola contrattuale seppure rettificata, si distingue dal controllo sul contenuto del

¹⁰⁰ Cass., 30 giugno 2014, n. 14776, in *Foro it.*, 2015, I, 1044, con nota di MACARIO, *La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le Corti*.

¹⁰¹ Tale indirizzo è stato più recentemente ribadito da Cass., 25 agosto 2020, n. 17715, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 374, secondo cui “il potere del giudice di ridurre la penale, di cui all'art. 1384 c.c., non può essere esercitato per la caparra confirmatoria, sia a cagione del carattere eccezionale della norma in questione, che ne preclude l'applicazione analogica, sia per le differenze strutturali intercorrenti tra i due istituti, in quanto la caparra pur assolvendo, come la clausola penale, alla funzione di liquidare preventivamente il danno da inadempimento, svolge l'ulteriore funzione di anticipato parziale pagamento per l'ipotesi di adempimento”.

¹⁰² V. ne un'analisi, seppure prospettando un differente apprezzamento sistematico delle fattispecie indicate nel testo, nei saggi di VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, 21 ss., e di P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 223 ss., in part. 236 ss.

contratto *in senso ampio*, che coincide sostanzialmente con i limiti all'autonomia privata)¹⁰³.

Non è qui necessario rimarcare le differenze, anche profonde, che caratterizzano le fattispecie che consentono al giudice di 'correggere' la regola privata, sia in ordine ai presupposti sia nella disciplina applicabile, e che possono rendere particolarmente incerta un'operazione di coordinamento sistematico¹⁰⁴. Pure, non può sottacersi quanto sia problematico fondare sulle singole norme che guardano alla corrispettività economica e/o normativa delle prestazioni una regola che, *in termini generali*, autorizzi il giudice a modificare il programma contrattuale, sul presupposto del disequilibrio¹⁰⁵.

Si registra nelle fattispecie ricordate, e così pure nelle riflessioni sistematiche che le hanno accompagnate, l'affermarsi di un paradigma diverso e, per molti aspetti, antitetico rispetto a quello in cui si radica il sistema tradizionale del diritto privato, che consegna integralmente l'equilibrio economico del contratto alla determinazione delle parti, mentre l'intervento dell'ordinamento si ferma ad assicurare la libera e volontaria formazione del vincolo¹⁰⁶.

Questa sede non consente, evidentemente, di procedere ad un approfondimento del tema; merita piuttosto considerare che proprio nell'art. 1384 c.c. si è voluto leggere il punto di emersione di un principio di proporzionalità ovvero di «giustizia contrattuale» nel diritto privato, di per sé capace di sorreggere e giustificare l'intervento del giudice a prescindere da una specifica norma autorizzativa¹⁰⁷.

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che non può essere accolta nei termini generali in cui talora è formulata¹⁰⁸.

Da un lato, si è constatato che l'intervento correttivo del giudice, proprio con riguardo a talune delle fattispecie che sono state ricordate, trova la sua *ratio* non nel mero squilibrio delle prestazioni, quanto piuttosto nell'esistenza di una «asimmetria del potere

¹⁰³ Sul tema conserva sicuro valore, anche al di fuori del dibattito che percorre la dottrina tedesca, l'*Habilitationschrift* di FASTERICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992, 11 ss.

¹⁰⁴ OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 533 ss., e 538 ss. (e, anche, in *Principi e problemi di diritto privato. Scritti giuridici*, vol. VI, cit., 229 ss.).

¹⁰⁵ *Contra* esemplarmente L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1997, I, 5, secondo il quale «un potere del giudice di modificare il contenuto del contratto secondo equità non è ammissibile se non nei casi espressamente previsti dalla legge».

¹⁰⁶ Per una critica all'applicazione indiscriminata dei principi nel contratto si v. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 83 ss., nonché PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario*, cit. *Contra*, SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, cit.

¹⁰⁷ Un potere che trova una sua più compiuta costruzione nelle riflessioni di P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss., segnatamente 343; CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, 129 ss.; TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, cit., 130 ss., 146 ss. Alla norma fanno riferimento molti degli studi che affrontano il tema della regolazione del mercato, cfr. a titolo esemplificativo PAGLIANTINI, *Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali*, in BARBA (a cura di), *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, 2000, 295 ss.; COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e disciplina dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, 6, testo e nota 17.

¹⁰⁸ Per un'analisi seppure in termini diversi rispetto a quella che qui si svolge v. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, cit. 45 ss., in part. 58.

contrattuale» delle parti ¹⁰⁹. D'altra parte, la prospettiva appena esposta appare inidonea ad offrire una sistemazione concettuale al tema del controllo sul contenuto contrattuale, nel suo complesso considerato, atteso che il fondamento dell'intervento giudiziale nei contratti in cui è parte un soggetto debole (qual è tipicamente il consumatore) è radicalmente diverso, nei presupposti e nell'applicazione, rispetto all'intervento giudiziale nei contratti tra imprese, ove si riflettono piuttosto le interazioni tra la disciplina del mercato e la disciplina del contratto ¹¹⁰.

Già alla luce di questa considerazione di ordine sistematico ne deriva – a mio parere – che molto difficilmente può identificarsi nella riduzione della clausola penale «manifestamente eccessiva» una norma capace di esprimere un principio generale inerente alla proporzionalità delle prestazioni contrattuali. Basti pensare al fatto che proprio attraverso la clausola penale le parti intendono attribuire un valore soggettivamente rilevante a prestazioni che non possono essere apprezzate negli stessi termini alla stregua di valutazioni oggettive di mercato; ovvero al fatto che la previsione della penale costituisce una tecnica con cui una parte comunica all'altra la propria attendibilità nell'assicurare l'adempimento.

Al contrario, la riflessione dedicata al «controllo sul contenuto del contratto» può offrire taluni utili direttive capaci di guidare il giudice nella valutazione della manifesta eccessività e così pure di motivare convincentemente la riduzione della medesima: si pensi alla disparità di forza contrattuale delle parti, all'asimmetria informativa, alle condizioni di mercato nelle quali operano ¹¹¹.

13. Clausola penale e clausole indennitarie.

Strettamente connesso al tema dell'estensione analogica del potere del giudice di ridurre la penale eccessiva e così pure dell'intervento nel contenuto del contratto appare il tema della possibile applicazione delle regole previste per la penale anche alle clausole indennitarie, sorte negli ordinamenti di *common law* (c.d. *indemnity clauses*) e ormai frequentemente inserite nei contratti di acquisizione di partecipazioni sociali anche in Italia ¹¹². A tale scopo occorre verificare (i) se, sul piano tipologico, tali clausole possano essere ricondotte alla penale o se, invece, costituiscano una fattispecie autonoma e distinta, caratterizzata da una propria funzione economico-giuridica; (ii) se esse possano

¹⁰⁹ ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 697 ss. ed ora in ID., *Il contratto del duemila*, 4ª ed., Torino, 2020, 23 ss.

¹¹⁰ Mette in rilievo il dato della diversità strutturale del controllo del giudice nei contratti tra imprese AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285, ss., in part. 301 ss.; cfr. anche MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 ss., segnatamente 67 ss. (saggio pubblicato anche nel volume *Il nuovo diritto dei contratti*, cit., 205 ss. e negli *Scritti in onore di Schlesinger*, Milano, 2004, t. II, 1447 ss.).

¹¹¹ ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 286.

¹¹² DE NOVA, *Validità ed effetti in diritto italiano di alcune clausole del commercio internazionale: merger clause, sole remedy clause, no waiver clause*, in *Dir. comm. int.*, 2022, 239.

essere soggette al potere di riduzione a equità del giudice ai sensi dell'art. 1384 c.c. e, infine, (iii) se, nell'ipotesi in cui le parti abbiamo previsto un importo irrisorio nella clausola indennitaria, possa trovare applicazione la previsione di cui all'art. 1229 c.c. sulla nullità dei patti di esonero da responsabilità.

Le clausole indennitarie sono tendenzialmente strutturate secondo due distinte modalità. In un caso, esse costituiscono un contratto autonomo che accede all'obbligazione principale, mediante il quale è realizzata una forma di tutela convenzionale dell'interesse del venditore, consistente nella previsione anticipata della prestazione cui quest'ultimo sarà tenuto in caso di violazione delle c.d. *representations and warranties*, ossia delle garanzie patrimoniali, finanziarie e reddituali da esso concesse. Nell'altro caso, invece, le *indemnities* si configurano come clausole di assunzione del rischio con cui le parti pongono in capo al venditore l'obbligo di tenere indenne il compratore da determinati eventi negativi per la società *target*, quali le sopravvenienze passive derivanti da sanzioni amministrative o dalla violazione di norme fiscali e contributive¹¹³.

Così configurati, tali accordi possono presentare taluni tratti di affinità rispetto alla clausola penale. Segnatamente, i patti di indennizzo sono volti a stabilire preliminarmente quali rimedi possa azionare il compratore in caso di violazione delle *representations and warranties* ovvero ad allocare tra le parti il rischio di passività sopravvenute. In sostanza, la loro funzione, come per la penale, è quella di determinare anticipatamente l'ammontare del ristoro del soggetto garantito.

Tuttavia, di là da tali elementi comuni, le *indemnities*, diversamente dalla penale, rappresentano più correttamente clausole di assunzione del rischio¹¹⁴. Ciò in quanto l'utilità dell'indennizzo risiede nell'eliminazione di uno specifico pregiudizio subito dal compratore qualora si verifichi l'evento oggetto dell'obbligazione, attraverso il trasferimento del rischio dell'operazione dal compratore al venditore. L'indennità è dovuta indipendentemente dall'esistenza di un inadempimento imputabile al venditore, essendo sufficiente che si realizzi l'evento garantito. Gli è che la clausola indennitaria non presuppone l'inadempimento di un'obbligazione preesistente da sanzionare, ma rappresenta un obbligo posto a carico del venditore a prescindere dal suo comportamento¹¹⁵.

Posto allora che la clausola indennitaria presenta natura distinta ma anche similitudini rispetto alla penale, si pone il problema di verificare se sia possibile decodificare le regole codicistiche sulla penale alla stregua di principi generali applicabili anche a ulteriori fattispecie. Ciò principalmente, sul piano pratico, con riferimento a un intervento da parte del giudice – o dell'arbitro, considerato che i contratti contenenti clausole indennitarie includono spesso una clausola compromissoria – nei termini indicati dall'art. 1384 c.c.

¹¹³ DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, Torino, 2017, 181-184.

¹¹⁴ DE NOVA, voce *Clausola penale*, cit., 378; DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement*, cit., 186; PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, diretto da Galgano, I, Torino, 1995, 339, nt. 180; SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, Milano, 2006, 486; D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, Milano, 2003, 211 ss.; OLG Köln, 23 giugno 1995, in WM, 1995, 1595.

¹¹⁵ Lo scopo della clausola è, in definitiva, quello di compensare l'esborso economico derivante dall'inottemperanza a garanzie contrattuali, anche laddove questa non sia a lui imputabile. Si v. D'ALESSANDRO, *Compravendita di partecipazioni sociali e tutela dell'acquirente*, cit., 212.

In particolare, al fine di evitare che l'indennizzo si trasformi in un vantaggio sproporzionato per il beneficiario, è opportuno chiarire se possa ammettersi, di tal guisa, un'equa riduzione dell'indennizzo qualora esso appaia manifestamente eccessivo avuto riguardo all'interesse del creditore alla corrispondenza tra la situazione garantita e quella effettivamente riscontrata.

Al riguardo si è già sostenuto che l'art. 1384 c.c. esprime un principio generale che consente al giudice di operare un controllo *ex post* in merito alla proporzionalità della reazione, applicabile dunque anche a istituti strutturalmente differenti dalla penale, ma che assolvono a una funzione non dissimile¹¹⁶. Tali considerazioni acquisiscono rilevanza anche rispetto alla clausola indennitaria, poiché, analogamente alla clausola penale, essa ha la funzione di determinare in via anticipata il ristoro del bene della vita garantito¹¹⁷.

Del resto, se, come evidenziato (par. 8), l'art. 1384 c.c. prevede la riduzione a equità per tutelare il debitore inadempiente da una penale eccessiva, non vi sono ragioni per escludere una simile tutela in capo al venditore, il quale, nell'ambito delle clausole indennitarie, non è neppure responsabile di un inadempimento. Ne consegue che, in un'ottica di equilibrio contrattuale, pare plausibile ammettere un intervento correttivo del giudice o dell'arbitro per ridurre l'indennizzo qualora esso risulti manifestamente sproporzionato rispetto al pregiudizio effettivamente subito dal compratore¹¹⁸.

Più incerta, invece, è l'applicabilità dell'art. 1229, comma 1, c.c. nel caso in cui le parti abbiano previsto un indennizzo irrisorio¹¹⁹. Il fondamento della norma, che vieta patti preventivi di irresponsabilità, risiede nella tutela del credito e dell'equilibrio del rapporto obbligatorio, in quanto l'irresponsabilità totale, facendo venir meno la remora alla produzione di danni futuri, costituita dal timore della funzione riparatoria, finirebbe con l'incentivare l'inadempimento. Gli è che, limitando l'irresponsabilità, l'art. 1229 c.c. assicura al creditore un minimo di impegno diligente del debitore, il quale non può mai spingersi a eludere deliberatamente il vincolo e ad abbandonarsi a grave trascuratezza¹²⁰.

Alla luce di tanto, pare complesso sostenere che l'art. 1229 c.c. possa trovare applicazione anche per l'indennizzo irrisorio, stante la natura delle *indemnities* di clausole di assunzione del rischio, la cui funzione prescinde dalla sussistenza di un inadempimento

¹¹⁶ V. par. 9. *Amplius* ZOPPINI, *La pena contrattuale*, 277 ss.; con riferimento al § 343 del BGB, corrispondente all'art. 1384 c.c., v. P. GOTTWALD, Vor § 313 e § 343, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Monaco, 2003, rispettivamente Rdn. 1 ss., 1788 ss., e Rdn. 27, 2201; OLG Köln, cit.

¹¹⁷ PANZARINI, *Cessione di pacchetti azionari: il contenuto delle clausole di garanzia*, cit., 140, nota 180; SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 311 ss.; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, Milano, 2007, 484 ss.

¹¹⁸ SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 313; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 486 e 487.

¹¹⁹ Si è detto, invece, che la penale irrisoria può essere considerata come una limitazione della responsabilità e dunque nulla ai sensi dell'art. 1229 c.c. (v. par. 5).

¹²⁰ CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero della responsabilità*, artt. 1228-1229, in *Codice Civile, Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2016, 184; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, 2ª ed., Bologna-Roma, 1979, 175.

imputabile al venditore e che dunque mal si presta a una qualificazione e ad una valutazione in termini di dolo o colpa grave ai sensi dell'art. 1229 c.c.¹²¹.

14. La caparra penitenziale.

La caparra penitenziale costituisce la somma che è stata versata quale corrispettivo del diritto di recesso previsto dal contratto¹²²; la disciplina di cui all'art. 1386 c.c. non si applica pertanto quando la prestazione sia stata solo promessa.

Della norma si è denunciata la scarsa coerenza sistematica¹²³: in essa non si ha riguardo alla patologia del rapporto – così com'è per la clausola penale e per la caparra confirmatoria – quanto trova disciplina un profilo del recesso previsto a favore di una o di entrambe le parti.

Questo significa, in primo luogo, che trova applicazione il principio generale contenuto nell'art. 1373, comma 1, c.c. in ordine al quale il recesso può esercitarsi solo se il contratto non ha avuto principio di esecuzione¹²⁴.

In secondo luogo, nel caso in cui il recesso sia stato pattuito a favore di entrambe le parti e a recedere sia la parte che non ha versato la caparra, il recesso ha effetto solo dal momento in cui questa versi il doppio della caparra ricevuta, in ossequio alla norma che – salvo diversa volontà delle parti – fa decorrere gli effetti del recesso dal momento dell'adempimento della prestazione promessa (art. 1373, comma 3, c.c.).

Una volta che il recesso non è più possibile, la caparra – in mancanza di diverso accordo – dev'essere imputata alla prestazione principale, soluzione che può argomentarsi dalla previsione dettata in tema di caparra confirmatoria e, più in generale, da un principio di economia dei mezzi giuridici posti in essere dalle parti¹²⁵.

¹²¹ SPERANZIN, *Vendita della partecipazione di "controllo" e garanzie contrattuali*, cit., 315 e 316; TINA, *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*, cit., 502 e 503; DE NOVA, *Validità ed effetti in diritto italiano di alcune clausole del commercio internazionale: merger clause, sole remedy clause, no waiver clause*, cit., 239.

¹²² In dottrina per una definizione dell'istituto MARINI, *Caparra*, cit., 4; BIANCA, *Il contratto*, cit., 706 ss.

¹²³ Critica che può leggersi in DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 644.

¹²⁴ DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, cit., 644; Cass., 11 ottobre 1978, n. 4545; Cass., 15 dicembre 1984, n. 6482.

¹²⁵ Un fondamento su cui per più ampie argomentazioni M. TRIMARCHI, *Caparra*, cit., 202; BIANCA, *Il contratto*, cit., 707; nel senso, invece, che debba essere in ogni caso restituita si esprime MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 347.

INDICE

Autori [XXV]

Premessa alla terza edizione [XXVII]

Premessa alla seconda edizione (2006) *Pietro Rescigno* [XXIX]

TOMO I

Capitolo Primo

IL CONTRATTO E L'AUTONOMIA PRIVATA

Enrico Gabrielli

Sezione I – *Il contratto e il negozio giuridico* [1]. – 1. Il contratto e la edificazione della categoria del negozio giuridico [1]. – 2. Teorie e ideologie del negozio giuridico: le teorie soggettive [4]. – 3. (*Segue*). Le teorie oggettive [6]. – 4. Il negozio giuridico come “atto di autonomia privata” [8]. – 5. Le critiche alla teoria del negozio giuridico e il recupero della categoria per la sua persistente utilità [9]. – 6. La nozione di contratto [15]. – 7. (*Segue*). Il linguaggio del contratto: accordo, consenso, convenzione, patto [17]. – 8. La funzione della nozione di contratto [19]. – 9. Il contratto come “atto di autonomia privata” [20]. – 10. Il contratto e i suoi elementi essenziali [24]. – 11. Parte generale e parte speciale del diritto dei contratti. La classificazione dei contratti. Le linee di evoluzione [28]. – Sezione II – *L'autonomia privata e i tipi contrattuali* [34]. – 12. L'autonomia privata: la nozione e il concetto [34]. – 13. Il rilievo costituzionale dell'autonomia privata [38]. – 14. Autonomia privata e tipi contrattuali [46]. – 15. La causa, il tipo e l'interesse [48]. – 16. Autonomia privata e individuazione dei tipi contrattuali [51]. – 17. Autonomia privata e articolazioni strutturali del tipo contrattuale [54]. – 18. Autonomia privata e libertà di concludere contratti atipici [58]. – 19. Il giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito [60]. – 20. Autonomia privata e combinazioni dei tipi: contratti misti, complessi e collegati [64]. – Sezione III – *Il contratto e l'“operazione economica”* [67]. – 21. Dal contratto all'operazione economica. La nozione, il concetto, la categoria [67]. – 22. L'operazione economica come “unità formale” degli atti di autonomia privata [72]. – 23. La tipizzazione legislativa della fattispecie. La tipizzazione diretta [76]. – 24. (*Segue*). Raggruppamento tra contratti e tipicità dell'operazione economica [81]. – 25. (*Segue*). La tipizzazione indiretta [83]. – 26. L'operazione economica come categoria ordinante degli atti di autonomia privata [85]. – 27. Le strutture formali dell'operazione economica. La combinazione tra atti e comportamenti [90]. – 28. (*Segue*). Pluralità di contratti e collegamento negoziale [91]. – 29. (*Segue*). Causa in concreto e unità dell'operazione economica [94]. – 30. (*Segue*). Il rapporto tra più contratti collegati all'interno della struttura dell'operazione. La rilevanza della funzione negoziale complessiva [98].

Capitolo Secondo

IL CONTRATTO UNILATERALE

Francesco Rossi

1. I principali problemi che pone all'interprete l'istituto di cui all'art. 1333 c.c. [103]. – 2. Promesse unilaterali e contratto con obbligazioni del solo proponente [105]. – 3. Gli argomenti favorevoli e quelli contrari alla contrattualità della fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. [111]. – 4. (*Segue*). Le figure riconducibili al contratto unilaterale [122]. – 5. Le norme applicabili alla manifestazione di volontà dell'oblato [130]

Capitolo Terzo

IL CONTRATTO E IL MERCATO

Fabrizio Di Marzio

1. Contratto, impresa, mercato [137]. – 2. Contratti standard ed effettività del consenso [141]. – 3. L'impresa legislatrice [145]. – 4. Contratti tra professionista e consumatore [148]. – 5. Contratti asimmetrici tra imprese [151]. – 6. Sintesi: i contratti conclusi 'con' l'impresa [155]. – 7. Abuso della libertà contrattuale [157]. – 8. Libertà e disuguaglianza [160]. – 9. Contesti abusivi [161]. – 10. Una libertà uguale [162]

Capitolo Quarto

L'ACCORDO

Francesco Venosta

1. Premesse generali; l'accordo negli artt [1321 e 1325 c.c. [165]. – 2. Nozione di "accordo"; "accordo" e "consenso" [170]. – 3. Accordo come concetto di relazione [173]. – 4. (*Segue*). Elementi dell'accordo [177]. – 5. Cenni su accordo e riserva mentale comune alle parti [181]. – 6. L'oggetto dell'accordo: effetti giuridici o effetti pratici? [182]. – 7. Autonomia normativa dell'art. 1321 c.c. [183]. – 8. L'intento attuale di concludere il contratto; la proposta condizionata; la minuta o punteggiatura [188]. – 9. "Accordo" e art. 1333 c.c.: presentazione del problema [197]. – 10. (*Segue*). La ratio dell'art. 1333: "prevenzione della lesione patrimoniale ingiusta"? Critica [200]. – 11. (*Segue*). Critica della tesi per la quale si tratterebbe di un negozio unilaterale [205]. – 12. (*Segue*). La fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. ha natura contrattuale; carattere negoziale sia del rifiuto sia del mancato rifiuto [206]. – 13. (*Segue*). Il silenzio dell'oblato; conclusione di fatto e di diritto [207]. – 14. (*Segue*). Ruolo del silenzio nella categoria dei comportamenti concludenti; in conclusione, l'art. 1333 c.c. ha ad oggetto contratti a formazione bilaterale; conseguenze in tema di disciplina del silenzio [209]. – 15. Il necessario indirizzamento della dichiarazione negoziale [215]. – 16. La consegna dell'originale della dichiarazione non è sempre necessaria [218]. – 17. Gli interessi rilevanti nel processo di trasmissione della dichiarazione [220]. – 18. Anomalie che possono verificarsi nel processo di trasmissione della dichiarazione [222]. – 19. Interessi protetti nel processo di trasmissione della dichiarazione, affidamento delle parti e principio di apparenza [223]. – 20. Principio di apparenza e volontario indirizzamento della dichiarazione [225]. – 21. I presupposti necessari per l'applicazione del principio di apparenza nella trasmissione della dichiarazione [229].

Capitolo Quinto

LA CAUSA

Donato Carusi

1. Una storia millenaria (e il suo precipitato nel *code Napoléon*) [233]. – 2. Archeologia del principio causalistico: ritualismo magico, volontà, «razionalizzazione» [236]. – 3. La causa nel codice dell'Unità d'Italia: crisi del dogma della volontà e concezioni «oggettive» del contratto [239]. – 4. La nuova codificazione in Italia e l'ombra sulla causa del fascismo [240]. – 5. La causa nel codice civile del 1942 [242]. – 6. (*Segue*). L'art. 1322, comma 2, c.c. e gli «interessi meritevoli di tutela» nella Relazione del Guardasigilli [244]. – 7. (*Segue*). L'art. 1322, comma 2, nell'intendimento della dottrina e degli operatori [246]. – 8. Causa e tipo. Contratti tipici con causa illecita [249]. – 9. Riepilogo provvisorio: la causa secondo il codice vigente e il linguaggio dei giuristi. "Causa concreta", circostanze obiettive del contratto e operazione economica. "Divieto di astrazione". Interdipendenza degli effetti del contratto [253]. – 10. I contratti atipici [255]. – 11. I parametri del giudizio di liceità della causa. Le clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume. Ridimensionamento dell'importanza della distinzione: l'art. 2035 c.c. [261]. – 12. Il motivo illecito e l'art. 1345 c.c. Il dogma della generale irrilevanza dei motivi. Presupposizione [267]. – 13. Il contratto in frode alla legge [271]. – 14. Contratti collegati [277]. – 15. Contratto fiduciario [281]. – 16. Contratti indiretti [286]. – 17. Causa e contratti reali. La "debolezza causale" degli atti dispositivi gratuiti. Nuovi limiti al consensualismo [287]. – 18. Causa e donazione. L'idea della forma quale surrogato della causa. Modo e condizione: la donazione motivata. Causa di solidarietà [290]. – 19. La causa di garanzia. La questione delle garanzie autonome [297]. – 20. La causa associativa [299]. – 21. Causa, astrazione e promesse unilaterali [303]. – 22. Gli atti traslativi *solvendi causa* [306]. – 23. Limiti o eccezioni al principio causalistico, sue possibili elusioni. A proposito dell'azione di arricchimento «senza causa» [309]. – 24. In morte della causa? Progetti per un diritto uniforme europeo delle obbligazioni e dei contratti. Principi del commercio internazionale. La riforma del codice francese [311]. – 25. Vitalità del controllo sulla causa nell'esperienza italiana. Nuove linee di tendenza. Causa, meritevolezza degli interessi ed «equilibrio del contratto» [314]

Capitolo Sesto

IL CONTENUTO E L'OGGETTO

Enrico Gabrielli

I – IDEOLOGIA E TECNICA NELLA TEORIA DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO

1. Storia e dogma dell'oggetto del contratto [319]. – 2. (*Segue*). Le dottrine sull'oggetto del contratto [325]. – 3. (*Segue*). L'oggetto come termine esterno alla struttura del contratto [331]. – 4. Contenuto, regolamento e oggetto del contratto: il labirinto delle distinzioni [332]. – 5. Profilo dispositivo e profilo descrittivo del contenuto [338]. – 6. La descrittiva dell'oggetto nella struttura del contenuto [340]. – 7. L'oggetto (e la sua descrittiva) nel nuovo diritto dei contratti [342]

II – I REQUISITI NORMATIVI DELL'OGGETTO

Sezione I – *I requisiti dell'oggetto nell'unità dell'operazione economica* [346]. – Sezione II – *L'oggetto possibile* [348]. – 8. L'art. 1347 c.c. e le qualificazioni dell'oggetto impossibile [348]. – 9. (*Segue*).

Impossibilità materiale e impossibilità giuridica [351]. – 10. (*Segue*). I caratteri e la disciplina dell'impossibilità [354]. – Sezione III – *L'oggetto illecito* [357]. – 11. La rilevanza del requisito [357]. – 12. Oggetto illecito e causa illecita [359]. – Sezione IV – *L'oggetto futuro* [363]. – 13. Il problema dell'oggetto futuro tra disciplina di parte generale e disciplina speciale dei singoli tipi contrattuali [363]. – 14. La costruzione dogmatica dei negozi su cosa futura [365]. – 15. L'art. 1348 c.c. e l'oggetto futuro come oggetto possibile [368]. – 16. La nozione di «prestazione di cosa futura» [370]. – Sezione V – *Determinatezza e determinabilità dell'oggetto* [372]. – 17. Il problema della determinazione dell'oggetto nella dottrina del contratto [372]. – 18. La determinatezza [376]. – 19. La determinabilità [378]. – 20. (*Segue*). Attività di determinazione dell'oggetto e unità dell'operazione economica. I rapporti giuridici «individuabili in blocco». La natura dell'atto di determinazione [380]. – 21. (*Segue*). Determinazione e modalità di determinazione [384]. – 22. La determinabilità per rinvio [385]. – 23. La determinazione dell'oggetto tra disciplina generale del contratto e disciplina dei singoli tipi [387]. – Sezione VI – *Determinazione dell'oggetto e individuazione del bene* [389]. – 24. Autonomia privata e atto di individuazione [389]. – 25. (*Segue*). La divergenza tra atto di individuazione e descrittiva negoziale [393]. – 26. La divergenza tra determinazione dell'oggetto e individuazione del bene [398].

III – LA DETERMINAZIONE DELL'OGGETTO AD OPERA DEL TERZO

Sezione I – *La fattispecie* [401]. – 27. Autonomia privata e fonti determinative esterne [401]. – 28. La struttura del contratto con clausola di arbitraggio [403]. – 29. (*Segue*). Completezza ed efficacia del contratto con clausola di arbitraggio [404]. – 30. La clausola di arbitraggio [408]. – 31. La configurazione formale della clausola di arbitraggio [408]. – 32. L'ambito oggettivo dell'arbitraggio. L'arbitraggio della parte [410]. – 33. L'atto di determinazione del terzo e la sua incidenza sul contratto [415]. – 34. Il problema della trascrivibilità del contratto con clausola di arbitraggio [417]. – 35. Arbitraggio e perizia contrattuale [418]. – Sezione II – *La disciplina* [422]. – 36. La nomina dell'arbitratore e la sua accettazione [422]. – 37. Il mancato accordo delle parti sulla designazione del terzo. Il rifiuto del terzo nell'accettare la nomina. L'esclusione della possibilità di ricasazione dell'arbitratore [424]. – 38. Quantità e limiti al potere del terzo nella determinazione: l'equo apprezzamento e il mero arbitrio [426]. – 39. (*Segue*). Il richiamo alle condizioni generali della produzione [428]. – 40. Il problema della determinazione rimessa ad una delle parti [429]. – 41. L'impossibilità o rifiuto del terzo di procedere alla determinazione [431]. – 42. Forme ed effetti della determinazione del terzo [433]. – 43. Invalidità e vizi della determinazione del terzo [435]. – 44. (*Segue*). I motivi di impugnazione della determinazione del terzo, gli effetti della sua caducazione e l'intervento del giudice [439].

Capitolo Settimo

LA FORMA

Francesco Di Giovanni

1. La forma come elemento strutturale dell'atto e come requisito di validità [445]. – 2. Autonomia del profilo della forma quale requisito di validità rispetto a quello della adeguata manifestazione della volontà [448]. – 3. Forma, scrittura, documento [451]. – 4. Il (mutevole) ruolo dei precetti di forma nella disciplina delle figure contrattuali [452]. – 5. L'ambito di operatività delle prescrizioni di forma e la loro applicazione ai casi controversi: contratti atipici, negozi misti, negozi risolutivi di contratti formali [455]. – 6. La forma volontaria [467].

Capitolo Ottavo LA CONCLUSIONE

Roberto Calvo

1. Proposta e accettazione: natura giuridica [479]. – 2. La formazione dell'accordo fra persone dialoganti e assenti [481]. – 3. Proposta: il requisito della completezza [482]. – 4. L'invito a proporre [483]. – 5. Errore ostativo e trasmissione della proposta dal nunzio [484]. – 6. La documentazione della trattativa (cenni) [485]. – 7. La lettera d'intenti [486]. – 8. La rispondenza dell'accettazione alla proposta [487]. – 9. Il rifiuto della proposta [488]. – 10. Conclusione del contratto e formalismo [489]. – 11. (*Segue*). La volontà implicita [489]. – 12. Accettazione soggetta alla forma volontariamente vincolata [490]. – 13. L'accettazione conseguente alla produzione in giudizio del documento [491]. – 14. Il termine per l'accettazione [492]. – 15. L'esecuzione concludente [494]. – 16. La revocabilità della proposta e dell'accettazione [498]. – 17. L'offerta al pubblico [500]. – 18. (*Segue*). Casistica [501]. – 19. (*Segue*). Questioni particolari [501]. – 20. La proposta contrattuale nel prisma dell'atipicità testamentaria [503]. – 21. (*Segue*). La responsabilità degli eredi [504]. – 22. (*Segue*). La sopravvenuta morte dell'oblato [506]. – 23. (*Segue*). Interferenze con gli artt [1326 ss. c.c. [506]. – 24. (*Segue*). Proposta di *datio in solutum* [507]. – 25. (*Segue*). *Modus* e vicende contrattuali [508]

Capitolo Nono I VIZI DEL CONSENSO

Paolo Gallo

I – I VIZI DEL CONSENSO NEL SISTEMA

1. Volontà e dichiarazione nel negozio giuridico [511]. – 2. Vizi del consenso e giustizia contrattuale [513]. – 3. Vizi del consenso e responsabilità precontrattuale [516]. – 4. Vizi del consenso e conservazione del contratto [516]. – 5. Vizi del consenso e risarcimento del danno [519]. – 6. Regole di correttezza e di validità del contratto [520]. – 7. Buona fede in senso oggettivo e trasformazione dei vizi del consenso [522]. – 8. Vizi incompleti e risarcimento del danno [523]. – 9. Tipicità e atipicità dei vizi del consenso [524]. – 10. La rilevanza attuale dei vizi del consenso [525].

II – L'ERRORE

1. L'errore [527]. – 2. L'essenzialità dell'errore [529]. – 3. Carattere tassativo o meno della classificazione codicistica [533]. – 4. L'errore sull'edificabilità del terreno [535]. – 5. L'errore sulla paternità dell'opera d'arte compravenduta [536]. – 6. L'errore di diritto [537]. – 7. L'errore sui motivi [538]. – 8. L'errore sul valore [539]. – 9. L'errore di calcolo [540]. – 10. L'errore nella dichiarazione [541]. – 11. Il dissenso occulto [542]. – 12. Errore ed interpretazione [542]. – 13. Rischio linguistico e lingua straniera [543]. – 14. La riconoscibilità dell'errore [543]. – 15. L'errore comune [545]. – 16. L'errore riconosciuto [546]. – 17. La scusabilità dell'errore [547]. – 18. La rettifica del contratto [547]. – 19. Errore ed inadempimento [549]. – 20. L'errore nei negozi a titolo gratuito [550].

III – IL DOLO

1. Il dolo raggiri [551]. – 2. L'elemento oggettivo del raggiri [552]. – 3. La reticenza [555]. – 4. L'elemento soggettivo del raggiri [556]. – 5. L'idoneità della condotta a trarre in inganno [557]. – 6. Il

dolus bonus [559]. – 7. Il dolo incidente [559]. – 8. Il risarcimento del danno [560]. – 9. Il dolo del terzo [561].

IV – LA VIOLENZA

1. La violenza [563]. – 2. La minaccia [564]. – 3. L'ingiustizia del male minacciato [567]. – 4. L'elemento soggettivo della minaccia [568]. – 5. La violenza del terzo [568]. – 6. La violenza incidente [569]. – 7. Il risarcimento del danno [569]. – 8. La minaccia di far valere un diritto [569].

Capitolo Decimo

LA FORMAZIONE PROGRESSIVA DEL CONTRATTO

Vincenzo Ricciuto

I – «ACCORDI PREPARATORI», «INTESE», «CONTRATTI PREPARATORI»

1. La ricostruzione del fenomeno. Formazione progressiva e trattative [573]. – 2. (*Segue*). «Accordi preparatori», «intese», «contratti preparatori»: l'eterogeneità delle figure che compongono il fenomeno della formazione progressiva del contratto, la loro natura giuridica ed i loro effetti [577]. – 3. La minuta di contratto (o «puntuazione») [584]. – 4. Il contratto normativo [593]. – 5. L'opzione [599]. – 6. La prelazione volontaria [614]. – 7. La responsabilità precontrattuale [627].

II – IL CONTRATTO PRELIMINARE

8. La nozione e l'ambito di applicazione [650]. – 9. Il contratto preliminare e gli altri accordi preparatori [655]. – 9.1. (*Segue*). Il contratto preliminare di preliminare [656]. – 10. Le tesi ricostruttive della figura del contratto preliminare [661]. – 11. I requisiti del contratto [665]. – 12. L'invalidità. La rescissione [671]. – 13. La risoluzione [675]. – 14. La trascrizione del contratto preliminare: l'art. 2645 *bis* c.c. Premessa [682]. – 15. La sfera di applicazione: le fattispecie trascrivibili. In particolare, gli «altri atti» che costituiscono esecuzione del contratto preliminare [685]. – 16. La disciplina del preliminare trascrivibile; il profilo fisiologico e quello patologico [690].

III – GLI OBBLIGHI A CONTRARRE

17. Obbligo a contrarre ed autonomia privata. Le questioni generali [698]. – 18. (*Segue*). Il problema della tutela [708]. – 19. Gli obblighi a contrarre volontariamente assunti: il contratto preliminare [712]. – 20. L'eterogeneità delle figure che compongono il fenomeno [713]. – 21. (*Segue*). Le fattispecie codicistiche. In particolare l'art. 2597 c.c. e l'art. 1679 c.c. [718].

Capitolo Undicesimo

LA RELAZIONE PRECONTRATTUALE

Manuela Mantovani

I – LA CONDOTTA CONTRARIA A BUONA FEDE

1. Premessa [725]. – 2. Trattative e formazione del contratto [728]. – 3. La clausola generale e le sue «concretizzazioni» [730]. – 3.1. (*Segue*). Gli obblighi di informazione. Estensione e limiti [737]. – 4.

La rottura (ingiustificata) delle trattative [745]. – 5. Responsabilità precontrattuale e validità del contratto [747]. – 5.1. (*Segue*). La teoria dei cc.dd. “vizi incompleti” (cenni) [754]. – 5.2. (*Segue*). Validità del contratto e rilievo della scorrettezza precontrattuale. L’area del danno risarcibile [756]. – 6. La natura della responsabilità precontrattuale [762].

II – LA MANCATA COMUNICAZIONE DI CAUSE DI INVALIDITÀ DEL CONTRATTO

1. Il fondamento della regola di responsabilità e il rapporto sistematico con l’art. 1337 c.c. [765]. – 2. L’ambito del dovere di comunicazione: le cause di inefficacia del contratto [768]. – 2.1. (*Segue*). L’invalidità derivante dalla violazione di norme imperative [769]. – 2.2. (*Segue*). Il difetto di diligenza nell’accertamento delle cause di invalidità [771]. – 3. L’art. 1338 c.c. e la configurabilità di un dovere generale di informazione (rinvio) [772]. – 4. La responsabilità precontrattuale del minore [774]. – 5. L’area del danno risarcibile [775].

Capitolo Dodicesimo

LA CONDIZIONE E GLI ALTRI ELEMENTI ACCIDENTALI

Maria Costanza

1. Premessa [783]. – 2. L’evento deducibile in condizione [785]. – 3. L’evento deducibile in condizione e la deducibilità dell’adempimento [786]. – 4. Condizione sospensiva e risolutiva [791]. – 5. La condizione unilaterale [795]. – 6. La condizione illecita [800]. – 7. *Vitiatur et vitiat* e nullità parziale [804]. – 8. L’invalidità della condizione apposta ad una singola clausola [806]. – 9. La norma dell’art. 1355 c.c. [807]. – 10. Condizione meramente potestativa e condizione potestativa [809]. – 11. La condizione potestativa risolutiva [811]. – 12. La pendenza della condizione [813]. – 13. Gli atti conservativi [814]. – 14. Condizione risolutiva e atti conservativi. (rinvio) [816]. – 15. Atti di disposizione [818]. – 16. Il comportamento delle parti in pendenza della condizione [819]. – 17. La finzione di avveramento [822]. – 18. La causa imputabile [825]. – 19. Ambito di applicazione della norma e la finzione di non avveramento [828]. – 20. La retroattività [830]. – 21. Il limite della retroattività [833]. – 22. Limiti di apponibilità della condizione [836]. – 23. Condizione legale [837]. – 24. Il termine [838]. – 25. Differenza fra termine e condizione [841]. – 26. L’onere [843].

Capitolo Tredicesimo

IL *MODUS* CONTRATTALE

Giovanni Maria Uda

1. Il *modus* (o onere) nel contratto: alcune precisazioni terminologiche e categoriali [847]. – 2. Polisemia e significato pluricategoriale del termine *modus* (o onere) nel regime della donazione modale [851]. – 3. *Modus* come elemento della fattispecie: la disposizione modale [852]. – 4. *Modus* come effetto obbligatorio della donazione modale: l’obbligazione modale [853]. – 5. Il *modus* (o onere) come motivo: esclusione [854]. – 6. *Modus* e operazione economica del contratto [856]. – 7. L’accidentalità e l’accessorietà del *modus*: revisione critica [858]. – 8. Causa del contratto e funzione del *modus* [861]. – 9. Effetti del *modus* ed effetti del contratto: distinzione e unitarietà [863]. – 10. Operazione economica e donazione onerosa: esclusione della natura sinallagmatica del *modus* [866]. – 11. Operazione economica unitaria e causa variabile del contratto [869]. – 12. Rilevanza causale del *modus* nelle vicende patologiche del contratto [872].

Capitolo Quattordicesimo LE CLAUSOLE CONTRATTUALI

Gianluca Sicchiero

1. Le parole della legge [877]. – 2. Qualche riferimento storico [878]. – 3. Il cuore del problema: clausole in senso formale ed in senso sostanziale [881]. – 4. La struttura minima della clausola [883]. – 5. Alcune complicazioni inutili [886]. – 6. Meritevolezza della clausola [888]. – 7. Il rapporto tra contenuto e contenitore: clausole principali e clausole accessorie [889]. – 8. (*Segue*). La clausola autosufficiente (c.d. clausola negozio) [892]. – 9. La clausola di stile [899]. – 10. La clausola bilaterale [903]. – 11. La clausola di inscindibilità [906]. – 12. La rilevanza della punteggiatura delle clausole [908]. – 13. La clausola di rinvio [912]. – 14. Le patologie della clausola [916].

Capitolo Quindicesimo LA CLAUSOLA PENALE E LA CAPARRA

Andrea Zoppini

1. Definizione di clausola penale [919]. – 2. Funzione della penale e problema del potere punitivo dei privati [921]. – 3. Clausola penale ed inadempimento efficiente [922]. – 4. Profili strutturali e caratteristiche ontologiche della penale [922]. – 5. Individuazione dell'oggetto della prestazione [924]. – 6. Presupposti della penale [925]. – 7. Clausola penale e limiti all'autonomia privata. Il caso dei contratti con i consumatori [927]. – 8. La riduzione della clausola penale [929]. – 9. Confini del potere di riduzione del giudice [930]. – 10. Nozione e disciplina della caparra confirmatoria [932]. – 11. Riduzione a equità della caparra confirmatoria [933]. – 12. Clausola penale e caparra confirmatoria nella riflessione dedicata al «contenuto del contratto giusto» [935]. – 13. Clausola penale e clausole indennitarie [937]. – 14. La caparra penitenziale [940].

Capitolo Sedicesimo LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO E I CONTRATTI DEL CONSUMATORE

Salvatore Patti

I – CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO

1. Esigenza e limiti della contrattazione standardizzata [941]. – 2. Nozione di condizioni generali di contratto e ambito di applicazione dell'art. 1341 c.c. [944]. – 3. Lo svolgimento di trattative e la conclusione del contratto per atto pubblico [946]. – 4. La conoscenza e la conoscibilità delle condizioni generali [949]. – 5. La ripartizione dell'onere della prova [953]. – 6. L'inefficacia delle condizioni generali di contratto non conosciute e non conoscibili [955]. – 7. La sottoscrizione specifica delle clausole vessatorie [956]. – 8. L'inefficacia delle clausole vessatorie non sottoscritte specificamente [959]. – 9. L'elenco delle clausole vessatorie [962]. – 10. Clausole ritenute non vessatorie dalla giurisprudenza [975]. – 11. L'interpretazione delle condizioni generali di contratto [977].

II – CONTRATTI DEL CONSUMATORE

12. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993: gli artt. 1469 *bis*-1469 *sexies* c.c. [980].
 – 13. Il principio di buona fede e il «significativo squilibrio» [981]. – 14. L'ambito soggettivo e oggettivo [984]. – 15. La ripartizione dell'onere della prova [985]. – 16. Gli elenchi di clausole [987].
 – 17. La regola della trasparenza e l'interpretazione [988]. – 18. Tutela collettiva e preventiva [989].

TOMO II

Capitolo Diciassettesimo

L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

Antonio Rizzi

I – I FONDAMENTI

1. Le norme sulla interpretazione del contratto e il fallimento del dialogo tra dottrina e giurisprudenza [993]. – 2. Norme sulla interpretazione e natura dell'atto di autonomia privata [995]. – 3. Il gradualismo [998]. – 4. Il dogma aletico [1007]. – 5. La giuridicità delle norme sulla interpretazione [1011]. – 6. Verità e contratto [1015]. – 7. a) Le norme interpretative speciali [1017]. – 8. b) L'art. 1371 [1020]. – 9. La funzione delle norme di interpretazione del contratto [1024].

II – LA LITE INTERPRETATIVA

Sezione I – *Concetto e limiti funzionali* [1027]. – 1. La lite come paradigma ricostruttivo [1027]. – 2. Il difetto di autonomia [1028]. – 3. La lite interpretativa e gli effetti del contratto [1030]. – 4. Profili interpretativi del giudizio sulla validità del contratto [1032]. – 5. Questioni in tema di formazione e interpretazione del contratto [1035]. – Sezione II – *Profili analitici* [1039]. – 1. I soggetti della lite. Il principio dispositivo nell'interpretazione dell'atto di autonomia [1039]. – 2. La posizione degli elementi significanti [1042]. – 3. La tavola dei significati e la qualificazione [1045]. – 4. (*Segue*). Il c.d. principio di conservazione [1049]. – 5. La scelta dei codici semantici [1052]. – 6. La regola imperativa di scelta del significato [1052]. – 7. Tipologia della lite sulla interpretazione e interessi in gioco [1053]. – 8. Componenti di giudizio di fatto nell'applicazione della regola interpretativa [1055].

III – LE SINGOLE NORME DI INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

Sezione I – *La fattispecie dell'atto e la determinazione del significato* [1058]. – 1. La funzione della fattispecie nell'interpretazione [1058]. – 2. La fattispecie contrattuale e la comune intenzione. Minime note storiche [1061]. – 3. Egesi del comma 1 dell'art. 1362: novità testuali e tradizione [1063]. – 4. La «comune intenzione» nella prospettiva strutturale [1069]. – 5. La comunanza dell'intenzione [1071]. – 6. La selezione delle condotte. La bilateralità e la sua declinazione nella disciplina dell'interpretazione [1073]. – 7. (*Segue*). I comportamenti complessivi posteriori alla conclusione del contratto [1077]. – 8. La dialettica tra fattispecie e condotte esterne. Varietà strutturale e unità semantica [1083]. – 9. «In claris non fit interpretatio» [1087]. – 10. I requisiti formali della fattispecie e le regole sulla costruzione della comune intenzione [1090]. – 11. (*Segue*). Principio di autosufficienza semantica della fattispecie e tecniche di riduzione della polisemia [1093]. – Sezione II – *I codici* [1097]. – 1. La funzione del codice nella dinamica semiotica [1097]. – 2. L'art. 1368 come norma generale sul codice [1098]. – 3. La scelta del codice [1102]. – Sezione III – *I criteri di scelta del significato* [1104]. – 1. La tecnica di intervento normativo sul significato [1104]. – 2. L'interpretazione complessiva come canone

ermeneutico e come metodo epistemico. Cenni critici [1107]. – 3. Il principio di coerenza dell'autoregolamento: valore politico ed esigenza tecnica [1110]. – 4. Circolarità tra significato delle singole clausole e significato che risulta dal complesso dell'atto [1111]. – 5. Il principio di adeguatezza funzionale. Le incertezze della dottrina [1114]. – 6. (*Segue*). Qualificazione, tipo e interpretazione del contratto [1116]. – 7. Il termine del giudizio di «convenienza» [1117]. – 8. La «natura del contratto» nell'art. 1369 [1120]. – 9. Le «espressioni generali» [1123]. – 10. La buona fede nell'interpretazione: tra legge e dottrina [1125]. – 11. (*Segue*). Buona fede e valutazione di rilevanza del contratto [1129]. – 12. (*Segue*). Buona fede e standard sociali [1132]. – 13. Limiti funzionali del criterio della buona fede: profili ricostruttivi [1135]. – 14. Le «indicazioni esemplificative» [1137]. – 15. Estensione secondo ragione e argomento analogico [1139]. – 16. La norma finale e i limiti della sua sussidiarietà [1141].

Capitolo Diciottesimo

L'INTEGRAZIONE E IL PRECETTO DI BUONA FEDE

Fabrizio Piraino

1. L'integrazione [1145]. – 2. Integrazione suppletiva e integrazione cogente. La relazione sistematica tra gli artt [1339 e 1374 c.c.: “integrazione cogente antagonista” e “integrazione cogente concorrente” [1152]. – 3. L'integrazione legale: regole e principi [1160]. – 4. (*Segue*). L'integrazione legale nel diritto privato europeo [1171]. – 5. L'integrazione sulla base degli usi [1180]. – 6. L'integrazione giudiziale. Le fonti: buona fede, equità e ragionevolezza [1185]. – 7. La funzione integrativa della buona fede [1191]. – 8. (*Segue*). Gli obblighi di protezione [1204]. – 9. (*Segue*). La critica fondata sull'esclusiva natura di limite della buona fede e il suo superamento [1207]. – 10. La natura dell'integrazione *ex fide bona* tra integrazione suppletiva e cogente [1213]. – 11. Gli obblighi integrativi di buona fede [1229]. – 12. L'equità [1237].

Capitolo Diciannovesimo

IL CONTRATTO E I TERZI

Massimo Franzoni

I – IL PROBLEMA

1. Premessa [1249]. – 2. L'efficacia del contratto tra le parti [1249]. – 3. (*Segue*). Gli eredi del contraente [1251]. – 4. (*Segue*). Gli aventi causa dal contraente [1252]. – 5. L'art. 1372, comma 2, c.c.: prime riflessioni [1252].

II – EFFETTI APPARENTI VERSO IL TERZO

6. La promessa del fatto o dell'obbligazione del terzo [1256]. – 7. La natura e l'oggetto dell'obbligazione nascente dalla promessa [1258]. – 8. La promessa e l'obbligazione preesistente del terzo: la fideiussione [1261]. – 9. La promessa e le figure affini: la vendita di cosa altrui [1263]. – 10. (*Segue*). La rappresentanza senza potere [1264]. – 11. (*Segue*). La *lettre de patronage* [1265]. – 12. La natura della indennità dell'art. 1381 [1266].

III – EFFETTI DIRETTI VERSO IL TERZO

13. Il contratto a favore di terzo [1268]. – 14. Il terzo [1269]. – 15. La determinazione del terzo [1272]. – 16. L'interesse dello stipulante [1273]. – 17. Interesse, causa e motivi nel contratto [1275]. – 18. La funzione

dell'interesse dello stipulante [1278]. – 19. L'acquisto del diritto per il terzo [1280]. – 20. La dichiarazione del terzo di voler profittare [1281]. – 21. Il problema dell'accollo [1282]. – 22. Il problema del contratto di trasporto [1283]. – 23. Il problema del contratto per conto altrui o per conto di chi spetta [1284]. – 24. La stipulazione a favore di terzo nei contratti ad effetti reali [1285]. – 25. Effetti reali e pubblicità degli atti [1287]. – 26. La revoca o la modifica dello stipulante e il rifiuto del terzo [1289]. – 27. I rapporti fra stipulante, promittente e terzo in caso di inadempimento [1292]. – 28. La prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulante [1294]. – 28.1. Un caso particolare: gli accordi di ristrutturazione dei debiti [1295].

IV – LA RILEVANZA DEL CONTRATTO VERSO IL TERZO

29. Gli effetti del contratto, inteso come fatto giuridico [1298]. – 30. Le azioni dirette [1298]. – 31. Il collegamento contrattuale e il contratto accessorio [1299]. – 32. Casistica [1301].

V – L'OPPONIBILITÀ DEL CONTRATTO

33. Il contratto e l'opponibilità [1303]. – 34. La trascrizione [1304]. – 35. La trascrizione e l'art. 1372 c.c. [1306]. – 36. L'art. 1155 c.c. [1306]. – 37. Il conflitto non regolato dall'art. 1155 c.c. [1308]. – 38. L'art. 1380 c.c. ed altre ipotesi [1309]. – 39. Il conflitto tra più cessionari di un diritto di credito [1310]. – 40. L'art. 2704 e l'art. 1372, comma 2, c.c. [1312]. – 41. Quando manca la formalità [1314]. – 42. Altre figure di opponibilità del contratto, sussistendo i requisiti indicati dalla legge [1314]. – 43. Casi in cui il contratto o una sua clausola è per legge opponibile: A) la prelazione legale [1317]. – 44. (Segue). B) Il patto di reversibilità nella donazione [1317].

Capitolo Ventesimo LA RAPPRESENTANZA

Angelo Chianale

1. Nozione [1319]. – 2. La rappresentanza legale [1323]. – 3. La spendita del nome [1325]. – 4. La rappresentanza in materia commerciale [1327]. – 5. La rappresentanza volontaria: la procura [1330]. – 6. La sostituzione del rappresentante [1340]. – 7. I vizi del contratto; il conflitto di interessi [1341]. – 8. Il rappresentante senza poteri: ratifica e risarcimento del danno [1345]. – 9. La rappresentanza apparente [1353].

Capitolo Ventunesimo IL CONTRATTO PER PERSONA DA NOMINARE

Angelo Chianale

1. Nozione [1357]. – 2. Ambito ed effetti [1361]. – 3. Nomina [1364]. – 4. Procura ed accettazione: rapporti tra stipulante e persona nominata [1367].

Capitolo Ventiduesimo LA CESSIONE DEL CONTRATTO

Franco Anelli

1. Le costruzioni giuridiche [1371]. – 2. La fattispecie. L'oggetto [1375]. – 3. L'accordo delle parti: il

consenso del ceduto e la struttura del negozio di cessione [1391]. – 4. (*Segue*). La manifestazione preventiva del consenso del contraente ceduto [1393]. – 5. La circolazione del contratto all'ordine [1399]. – 6. La causa [1401]. – 7. La forma [1404]. – 8. Gli effetti: fra cedente e ceduto [1405]. – 9. (*Segue*). Fra ceduto e cessionario [1409]. – 10. (*Segue*). Fra cedente e cessionario [1411]. – 11. Il subcontratto [1414].

Capitolo Ventitreesimo

IL RECESSO

Alba F. Fondrieschi

1. Nozione e classificazioni [1417]. – 2. Ambito di applicazione [1419]. – 3. Forma e regole generali [1422]. – 4. Il recesso determinativo [1424]. – 5. Il recesso di impugnazione [1427]. – 6. I recessi di pentimento [1431]. – 7. I patti sul recesso [1435].

Capitolo Ventiquattresimo

LA SIMULAZIONE

Andrea Orestano

1. Premessa [1439]. – 2. Le dottrine [1440]. – 3. La rilevanza dell'accordo simulatorio [1443]. – 4. Accordo simulatorio e atto simulato [1445]. – 5. Contratto simulato ed esecuzione dell'accordo simulatorio [1449]. – 6. La natura giuridica del contratto simulato e dell'accordo simulatorio [1452]. – 7. Le ragioni dell'inefficacia del contratto simulato [1453]. – 8. Contratto simulato e nullità [1456]. – 9. La disciplina [1460]. – 10. La simulazione relativa [1464]. – 11. L'interposizione fittizia [1470]. – 12. La simulazione degli atti unilaterali [1475]. – 13. La simulazione degli atti non negoziali e della data dell'atto [1477]. – 14. La tutela degli aventi causa dal titolare apparente [1478]. – 15. I terzi pregiudicati dalla simulazione [1485]. – 16. I creditori [1489]. – 17. L'azione di simulazione [1492]. – 18. La prova della simulazione [1496].

Capitolo Venticinquesimo

LE INVALIDITÀ

Aurelio Gentili

I – L'INVALIDITÀ DEI CONTRATTI

1. Generi e specie nella teoria dell'invalidità dei contratti [1501]. – 2. Origini e ragioni del sistema del codice civile [1504]. – 3. Invalidità dei negozi e invalidità degli altri atti giuridici [1507]. – 4. La teoria classica dell'invalidità [1509]. – 5. I problemi teorici della teoria tradizionale [1513]. – 6. Il compito della teoria dell'invalidità [1516]. – 7. L'invalidità come specie [1518].

II – LA NULLITÀ

8. La definizione di nullità: le nullità assolute, speciali, non assolute [1523]. – 9. Nullità e mera irregolarità [1528]. – 10. La nullità sospesa o pendente [1529]. – 11. La nullità sopravvenuta [1532]. – 12. Le cause di nullità nel sistema del codice [1537]. – 13. Nullità e inesistenza [1539]. – 14. La

manca di accordo [1544]. – 15. Inesistenza e indeterminazione del soggetto, inesistenza, indeterminazione e impossibilità materiale dell'oggetto [1550]. – 16. La forma *ad substantiam* imposta dalla legge: a) nel codice civile [1555]. – 17. La forma *ad substantiam* imposta dalla legge: b) nella legislazione speciale [1560]. – 18. La mancanza della causa [1564]. – 19. L'illiceità della causa, dell'oggetto, del motivo e della condizione [1572]. – 20. La frode alla legge [1581]. – 21. La violazione di norme imperative [1584]. – 22. L'immeritevolezza di tutela del contratto atipico [1594].

III – LE NULLITÀ SPECIALI

23. Le c.d. nullità speciali [1600]. – 24. Le nullità a difesa della concorrenza nel diritto comunitario [1601]. – 25. Le nullità a difesa della concorrenza e del pluralismo nel diritto interno [1604]. – 26. Le nullità derivanti dai provvedimenti delle autorità indipendenti [1609]. – 27. Le nullità di protezione [1613]. – 28. Nullità “speciali” nel codice civile [1628].

IV – LA DISCIPLINA DELLA NULLITÀ

29. La nullità parziale [1630]. – 30. La nullità del contratto plurilaterale [1640]. – 31. La conversione [1641]. – 32. L'inefficacia del contratto nullo e gli effetti di certi atti nulli: donazione, società, lavoro, acquisti trascritti [1647]. – 33. L'azione di nullità: natura, legittimazione e interesse [1657]. – 34. La rilevazione d'ufficio [1661]. – 35. La prescrizione [1664]. – 36. Le azioni restitutorie [1664]. – 37. Il recupero della regola nulla: convalida, sanatorie [1666].

V – L'ANNULLABILITÀ

38. La definizione di annullabilità [1670]. – 39. L'incapacità legale [1671]. – 40. L'incapacità naturale [1673]. – 41. L'errore [1675]. – 42. La violenza [1682]. – 43. Il dolo [1684]. – 44. Ipotesi particolari: i conflitti di interessi nella rappresentanza e la comunione tra coniugi [1691]. – 45. La convalida [1693]. – 46. La disciplina dell'annullamento: “inefficacia” del contratto annullabile, domanda ed eccezione, l'annullabilità nel contratto plurilaterale [1696]. – 47. L'azione di annullamento: legittimazione, prescrizione, caratteri della pronuncia [1699].

Capitolo Ventiseiesimo

LA RESCISSIONE

Enrico Minervini

1. Considerazioni introduttive [1703]. – 2. La rescissione per lesione [1705]. – 3. Lo stato di bisogno [1707]. – 4. L'approfittamento [1711]. – 5. La lesione [1713]. – 6. L'ambito di applicazione [1715]. – 7. Rescissione per lesione e usura [1718]. – 8. La prescrizione dell'azione e dell'eccezione [1726]. – 9. Gli effetti della sentenza [1730]. – 10. L'inammissibilità della convalida [1731]. – 11. L'offerta di modificazione del contratto [1734]. – 12. La rescissione del contratto concluso in stato di pericolo [1738]. – 13. L'ambito di applicazione [1740]. – 14. La disciplina [1742]. – 15. La rescissione per lesione della divisione [1743]. – 16. Conclusioni [1744].

Capitolo Ventisettesimo

LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO

Gianluca Sicchiero

1. Una preliminare breve veduta d'insieme [1747]. – 2. L'ambito di applicazione: contratti sinallagmatici, aleatori e gratuiti [1751]. – 3. (*Segue*). In particolare, i contratti misti *cum donazione*; il collegamento contrattuale [1753]. – 4. La risoluzione dei contratti con effetti reali [1756]. – 5. La risoluzione dei contratti con comunione di scopo [1757]. – 6. La risoluzione nei contratti plurilaterali di scambio [1762]. – 7. Le risoluzioni "speciali" [1766]. – 8. La risoluzione parziale [1769]. – 9. La risoluzione dei contratti a prestazioni continuative o periodiche [1771]. – 10. Il presupposto per la risoluzione: il grave inadempimento ed imputabilità; la definitività [1773]. – 11. I criteri di valutazione [1776]. – 12. Irrilevanza di rimedi al grave pregiudizio [1781]. – 13. Il requisito della colpa [1782]. – 14. I rapporti tra risoluzione e mora [1789]. – 15. Risoluzione e purgazione della mora [1794]. – 16. Il fondamento della retroattività della risoluzione (art. 1458) [1797]. – 17. Risoluzione del contratto risolutivo e reviviscenza dei contratti anteriori [1802]. – 18. Il conflitto con i terzi [1805]. – 19. Prescrizione del diritto alla risoluzione [1808]. – 20. Autonomia del diritto al risarcimento del danno [1810]. – 21. Il rapporto tra giudicato sull'inadempimento e diritto al risarcimento [1814].

Capitolo Ventottesimo

LA RISOLUZIONE DI DIRITTO PER INADEMPIMENTO

Giorgio Lener

1. La risoluzione di diritto (per inadempimento): cenni introduttivi [1817]. – 1.1. Le fattispecie [1817]. – 1.2. Dal diritto romano al codice civile vigente: brevissimi riferimenti [1822]. – 2. Profili (problematici) comuni alla diffida ad adempiere, alla clausola risolutiva espressa e al termine essenziale [1823]. – 2.1. L'imputabilità dell'inadempimento: cenni [1824]. – 2.2. La (ir)irilevanza della "non scarsa importanza" dell'inadempimento [1832]. – 2.3. La (in)ammissibilità della rinuncia all'effetto risolutivo [1839]. – 2.4. Natura giuridica, forma, questioni pubblicitarie e processuali [1843]. – 3. La diffida ad adempiere [1845]. – 3.1. I presupposti della diffida [1846]. – 3.2. Il contenuto della diffida [1849]. – 3.3. Diffida e caparra confirmatoria [1851]. – 4. La clausola risolutiva espressa [1853]. – 4.1. La "struttura" della clausola risolutiva espressa [1853]. – 4.2. I presupposti della risoluzione ex art. 1456 c.c. [1856]. – 4.3. Ulteriori profili rilevanti [1858]. – 5. Il termine essenziale [1860]. – 5.1. Essenzialità soggettiva e oggettiva [1861]. – 5.2. I presupposti (ulteriori) della risoluzione ex art. 1457 c.c. [1865].

Capitolo Ventinovesimo

LE ECCEZIONI DILATORIE

Enrico Gabrielli

1. Il diritto di autotutela contrattuale e le eccezioni dilatorie [1871]. – 2. L'ambito di applicazione delle eccezioni dilatorie [1874]. – 3. L'eccezione di inadempimento. Fondamento e limiti di esercizio del diritto [1876]. – 4. Eccezione di inadempimento ed eccezione di risoluzione. L'inadempimento reciproco [1879]. – 5. Il problema della ripartizione dell'onere della prova nell'esercizio dell'eccezione di inadempimento [1883]. – 6. Eccezione di inadempimento e buona fede: il giudizio di proporzionalità

dell'inadempimento reciproco [1886]. – 7. Inadempimento reciproco, *contrarius consensus* e principio dispositivo [1890]. – 8. L'eccezione di «sospensione» per il mutamento delle condizioni patrimoniali nel diritto comune dei contratti [1892]. – 9. La prestazione di idonea garanzia quale strumento impeditivo degli effetti dell'eccezione di sospensione [1895]. – 10. La sospensione del contratto nella liquidazione giudiziale [1897]. – 11. Gli effetti della liquidazione giudiziale sul rapporto ineseguito e la tutela del sinallagma [1898]. – 12. L'esercizio dell'autotutela negoziale e la sua opponibilità nel concorso dei creditori [1902]. – 13. L'eccezione “solve et repete” [1905]. – 14. La sospensione degli effetti della clausola [1908]. – 15. L'eccezione di irresolubilità: la clausola di *exclusive remedy* [1909]. – 16. Autonomia privata e potere dispositivo dei rimedi risolutivi [1911].

Capitolo Trentesimo

LA RISOLUZIONE PER IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA

Francesco Delfini

1. Inattuazione del contratto: la dicotomia rischio/inadempimento [1917]. – 1.1. Gli artt [1218 e 1256 c.c. e la definizione del rischio contrattuale [1918]. – 2. Il problema del rischio e pericolo nelle obbligazioni [1920]. – 3. La pretesa unitarietà della disciplina di cui agli artt [1463 ss. c.c. [1920]. – 4. La disciplina degli effetti dell'impossibilità della prestazione dedotta in obbligazione nei contratti sinallagmatici [1924]. – 4.1. Il problema della impossibilità temporanea: il richiamo all'art. 1256, comma 2, c.c. [1926]. – 5. La applicazione giurisprudenziale degli artt [1463-1464 c.c. [1927]. – 6. L'uso pretorio del concetto di causa e la risoluzione del contratto per “irrealizzabilità della causa concreta” [1930]. – 7. La giurisprudenza in punto di derogabilità della disciplina di cui agli artt [1463 e 1464 c.c. [1932]. – 8. La disciplina del perimento della cosa nei contratti traslativi [1936]. – 8.1. L'art. 1465 c.c. come ricostruzione tipica dell'oggetto del contratto traslativo [1938]. – 8.2. Le applicazioni giurisprudenziali dell'art. 1465 c.c. [1939]. – 8.3. I limiti di applicazione della disciplina: la inapplicabilità dell'art. 1465, comma 1, ai contratti traslativi ad effetto reale differito [1940]. – 8.4. Le disarmonie della disciplina: il secondo e il quarto comma dell'art. 1465 c.c. [1941]. – 9. L'impossibilità sopravvenuta nel contratto plurilaterale [1942].

Capitolo Trentunesimo

LA RISOLUZIONE PER ECCESSIVA ONEROSITÀ

Enrico Gabrielli

1. La risoluzione per eccessiva onerosità tra disciplina generale e disciplina speciale dei contratti [1947]. – 2. Ambito di applicazione dell'istituto [1949]. – 3. Risoluzione per eccessiva onerosità e contratti aleatori [1950]. – 4. Il fondamento dell'istituto [1953]. – 5. (*Segue*). Il tipo contrattuale quale criterio di distribuzione del rischio. La teoria del controllo sui vizi della causa in concreto [1954]. – 6. (*Segue*). Eccessiva onerosità sopravvenuta ed alea normale del contratto [1957]. – 7. Le caratteristiche della prestazione divenuta “eccessivamente onerosa”. La c.d. “onerosità rovesciata” [1958]. – 8. (*Segue*). Gli avvenimenti straordinari e imprevedibili [1962]. – 9. (*Segue*). Le sopravvenienze legislative [1965]. – 10. Il comportamento del debitore colpito dalla sopravvenienza. La domanda di risoluzione e l'eccezione di onerosità sopravvenuta [1966]. – 11. L'offerta di modificazione del contratto: le teorie sulla natura della fattispecie [1970]. – 12. (*Segue*). Il contenuto dell'offerta e l'intervento del giudice nella riduzione ad equità del contratto [1974]. – 13. (*Segue*). Svalutazione monetaria e recupero dell'economia del contratto [1976]. – 14. L'art. 1468 c.c. e la riduzione della prestazione [1979]. – 15. Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione [1980]. – 16. Obbligo alla rinegoziazione ed

esecuzione in forma specifica [1982]. – 17. La tesi della “rinegoziazione *iussu judicis*” e le sue critiche [1984]. – 18. Il giudice e la rinegoziazione 1986]. – 19. La “composizione negoziata” nel diritto della crisi d’impresa [1990]. – 20. La rinegoziazione e i suoi limiti [1991].

Capitolo Trentaduesimo

L’ADEGUAMENTO E LA RINEGOZIAZIONE

Francesco Macario

1. L’inquadramento della problematica: la gestione del rischio e l’esigenza dell’adeguamento del contratto in corso di esecuzione [1995]. – 2. (*Segue*). La rilevanza della tipologia contrattuale di riferimento: contratti di durata e rapporti a lungo termine a partire dalla prospettiva socio-economica [2002]. – 3. (*Segue*). Adeguamento e rinegoziazione nella disciplina generale e dei singoli contratti; interventi legislativi settoriali in materia di rinegoziazione [2005]. – 4. Le tecniche convenzionali di gestione del rischio contrattuale: i diversi tipi di clausole di adeguamento [2014]. – 5. La disciplina legale delle sopravvenienze e l’adeguamento giudiziale mediante *reductio ad aequitatem* [2023]. – 6. (*Segue*). Il modello di normativa generale in tema di sopravvenienze (*hardship*) nei Principi Unidroit e nei Principi di diritto europeo dei contratti [2031]. – 7. Adeguamento e revisione del contratto mediante obbligo di rinegoziare nell’analisi della dottrina [2034]. – 8. (*Segue*). In particolare, il dibattito sull’ammissibilità dell’obbligo di rinegoziare in diritto italiano [2039]. – 9. (*Segue*). Contenuto dell’obbligo, inadempimento e forme di tutela [2044]. – 10. Il contributo della comparazione e le aperture verso l’obbligo di rinegoziare in altri ordinamenti [2049]. – 11. Considerazioni conclusive. Le nuove prospettive dell’adeguamento e della rinegoziazione nel sistema dei rimedi manutentivi e correttivi quali strumenti di controllo e repressione dei comportamenti abusivi nell’esecuzione del contratto [2064].

Capitolo Trentatreesimo

LA TUTELA AQUILIANA DEL CONTRATTO

Massimo Franzoni

1. Contratto e illecito aquiliano [2071]. – 2. Il contratto concluso in danno di un terzo nell’ambito della lesione del credito [2072]. – 3. Responsabilità extracontrattuale da contratto e lesione dell’aspettativa di realizzare il credito [2074]. – 4. Gli illeciti per induzione all’inadempimento e gli illeciti di derivazione concorrenziale [2076]. – 5. Altre ipotesi di responsabilità extracontrattuale da contratto [2081]. – 6. (*Segue*). Il recesso *ad nutum* e l’erogazione del credito all’insolvente [2084]. – 7. Una proiezione del fenomeno [2085]. – 8. L’ingiustizia del danno nella lesione dell’aspettativa giuridicamente tutelata [2087]. – 9. Le aspettative nella tutela della libertà contrattuale [2087]. – 10. (*Segue*). La lesione della libertà contrattuale in senso positivo [2088]. – 11. (*Segue*). La lesione della libertà contrattuale in senso negativo [2091]. – 12. La c.d. responsabilità da prospetto informativo [2093]. – 13. La responsabilità solidale degli amministratori della controllante nell’illecito compiuto da quelli della controllata [2096]. – 14. I soggetti responsabili della direzione unitaria negligente [2100]. – 15. La responsabilità dei sindaci della controllante [2102].

Capitolo Trentaquattresimo
LA TRASCRIZIONE DEL CONTRATTO

Giampaolo Frezza

1. Principio del consenso traslativo e trascrizione immobiliare [2105]. – 2. Funzioni della trascrizione del contratto. Cenni al principio di continuità [2111]. – 3. Trascrizione disposta in ragione dell'efficacia reale del contratto. In particolare, contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori [2113]. – 4. Vincoli di destinazione (art. 2645 *ter* c.c. e *trust*) [2116]. – 5. Verbale di conciliazione che accerta l'usucapione [2122]. – 6. Trascrizione dei contratti in materia di diritti personali di godimento [2124]. – 7. Transazione e accordo di negoziazione assistita [2125]. – 8. Contratti atipici in vista della separazione e del divorzio su domanda congiunta. Novità della legge c.d. Cartabia [2131]. – 9. Trascrizione dei contratti con efficacia prenotativa: preliminare, opzione e patto di prelazione. Cenni [2135]. – 10. Contratti non ancora efficaci e ad efficacia non stabilizzata [2136]. – 11. Contratto a favore di terzo e per persona da nominare [2139]. – 12. Mutuo dissenso [2140]. – 13. Nozione di terzo [2142]. – 14. Artt. 2645 e 2672 c.c.: la trascrizione del contratto fra tipicità e atipicità [2143].

AUTORI

PIETRO RESCIGNO, Professore Emerito di Diritto civile nell'Università di Roma "La Sapienza"

ENRICO GABRIELLI, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma "Tor Vergata"

FRANCO ANELLI, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università Cattolica di Milano

ROBERTO CALVO, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università della Valle d'Aosta

DONATO CARUSI, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Genova

ANGELO CHIANALE, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Torino

MARIA COSTANZA, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Pavia

FRANCESCO DELFINI, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Milano

FRANCESCO DI GIOVANNI, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Bari

FABRIZIO DI MARZIO, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Pescara

ALBA F. FONDRIESCHI, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università dell'Insubria

MASSIMO FRANZONI, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Bologna

GIAMPAOLO FREZZA, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università LUMSA, sede di Palermo

PAOLO GALLO, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Torino

AURELIO GENTILI, Professore Emerito di Diritto civile nell'Università di Roma Tre

GIORGIO LENER, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Roma "Tor Vergata"

FRANCESCO MACARIO, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Roma Tre

MANUELA MANTOVANI, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Padova

ENRICO MINERVINI, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Napoli "Federico II"

ANDREA ORESTANO, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Perugia

SALVATORE PATTI, Professore Emerito di Diritto privato nell'Università di Roma "La Sapienza"

FABRIZIO PIRAINO, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Palermo

VINCENZO RICCIUTO, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Roma "Tor Vergata"

ANTONIO RIZZI, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Roma "Tor Vergata"

FRANCESCO ROSSI, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Napoli "Federico II"

GIANLUCA SICCHIERO, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Venezia

GIOVANNI MARIA UDA, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Sassari

FRANCESCO VENOSTA, Professore Ordinario di Diritto privato nell'Università di Milano

ANDREA ZOPPINI, Professore Ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma Tre