

Con ordinanza n. 11548 del 3 maggio 2023, la prima sezione civile della Corte di Cassazione è intervenuta in tema di determinazione della prestazione posta a carico della parte inadempiente a titolo di penale.

Si sa che in dottrina è stata in passato, per la verità ormai non recente, sostenuta la tesi secondo cui l'art. 1382 c.c., nel riferirsi ad una «determinata prestazione», renderebbe insufficiente la sola determinabilità, il che si giustificerebbe per la considerazione che una penale non determinata, ma soltanto determinabile, rimarrebbe indebolita nella sua funzione di coazione indiretta all'adempimento: tesi che il giudice di merito, peraltro, non ha neppure seguito avendo egli stesso riconosciuto, dando così luogo ad un patente cortocircuito logico, che la clausola penale, la quale soggiace ai principi generali delle obbligazioni, non deve essere necessariamente determinata ab initio, essendo sufficiente la sua determinabilità.

Alla tesi ricordata, tuttavia, è agevole non solo replicare, in generale, che una penale soltanto determinabile non è per questo meno dissuasiva di una penale invece predeterminata, dal momento che esonera pur sempre il creditore dall'onere della prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno, nel che risiede l'effetto strutturale della stessa, ma anche aggiungere, con riguardo al caso in considerazione, che l'indole intimidatrice della pattuizione rapportata al «valore dell'inadempimento», è semmai qui incrementata, giacché volta a mettere sull'avviso il contraente che quanto più egli si fosse reso inadempiente, tanto più sarebbe stato costretto a pagare.

Si è aggiunto, al fine di dimostrare l'esigenza di necessaria determinatezza della penale, che essa andrebbe a collocarsi al fianco dell'obbligazione risarcitoria da inadempimento, dalla quale si differenzerebbe però proprio perché il contenuto di quest'ultima viene determinato dal giudice, mentre la prestazione oggetto della penale, atteso il suo carattere sanzionatorio, dovrebbe essere anticipatamente definito dall'accordo delle parti.

Ma l'osservazione, la quale seconderebbe nella materia una significativa compressione dell'autonomia negoziale dei contraenti, cade dinanzi alla constatazione, secondo quanto la Suprema Corte ha da tempo chiarito, che la clausola penale — pur nella complessità della sua fisionomia, da rapportarsi alla concreta conformazione che le parti le hanno di volta in volta assegnato — svolge una funzione, non tanto sanzionatorio-punitiva, quanto di risarcimento forfettario del danno, essendo intesa a rafforzare il vincolo contrattuale ed a stabilire preventivamente la prestazione cui è tenuto uno dei contraenti qualora si renda inadempiente, con l'effetto di limitare a tale prestazione il risarcimento, indipendentemente dalla prova dell'esistenza e dell'entità del pregiudizio effettivamente sofferto (da ultimo Cass. civ. 26 luglio 2021, n. 21398): funzione risarcitoria, più che sanzionatoria-punitiva, evidentemente confermata dalla riducibilità, anche officiosa (Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128), quand'anche le parti ne abbiano convenuto l'irriducibilità (Cass. civ. 16 dicembre 2019, n. 33159), della penale manifestamente eccessiva (Cass. civ. 18 gennaio 2018, n. 1189).

In definitiva, va seguito l'orientamento ampiamente maggioritario secondo cui alla clausola penale deve applicarsi la disciplina generale dell'oggetto del contratto, la cui natura può essere tanto determinata quanto determinabile, di guisa che la determinazione ben può avvenire *ex post*, sulla base di un criterio predeterminato, di cui sia fatta applicazione in un momento successivo all'inadempimento. In tale prospettiva le parti possono convenire, ad esempio, il pagamento di una somma rapportata all'entità temporale di durata dell'inadempimento, o convenire soltanto il tetto della penale, suscettibile di essere poi rapportata alla effettiva consistenza dell'inadempimento consumato (in questo senso espressamente in motivazione Cass. civ. 18 gennaio 2018, n. 1189), nel qual caso, parimenti, l'entità della penale diviene concretamente determinato soltanto *ex post*.

In tale quadro, dunque, la previsione secondo cui in caso di inadempimento «saranno applicate, a carico della parte inadempiente, penali pari al doppio del valore dell'inadempimento», è conforme alla previsione dell'art. 1382 c.c., dal momento che predetermina il danno in funzione di un parametro individuato *ex ante* e considerato dalle parti nella sua

oggettività, tale da vincolare il giudice, fatto salvo il potere di riduzione (beninteso, esercitabile nell'osservanza dei rigidi criteri che la Suprema Corte ha fissato: v. p. es. Cass. civ. 10 maggio 2012, n. 7180).

Al termine la Suprema Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: *«in materia di clausola penale, la prestazione posta a carico della parte inadempiente ai sensi dell'art. 1283 c.c. è soggetta all'applicazione della disciplina generale dell'oggetto del contratto, sicché può essere determinata o determinabile sulla base di un criterio predeterminato, quantunque la determinazione possa aver luogo soltanto ex post, in un momento successivo al consumarsi dell'inadempimento»*.

Riferimenti Normativi:

- art. 1382 c.c.