

## GLI STRUMENTI DI RAFFORZAMENTO DEL VINCOLO CONTRATTUALE

Sia il Codice civile sia la legislazione speciale contengono diverse ipotesi in cui, eccezionalmente e in deroga al divieto di autotutela, è ammesso il ricorso a forme di tutela privata. Nell'ambito delle obbligazioni e dei contratti, l'autotutela intercetta il tema dell'autonomia privata e si sostanzia nella possibilità per le parti di inserire nel contratto specifiche previsioni che consolidano le reciproche obbligazioni e che, nell'eventuale fase giudiziale, vincolano il giudice nella decisione a favore dell'una o dell'altra parte. Si tratta di quelle clausole che disciplinano meccanismi di risoluzione non giudiziale, quali la diffida ad adempiere, la clausola risolutiva espressa, il termine essenziale, ovvero meccanismi di predeterminazione della garanzia in caso di inadempimento, come la clausola penale e la caparra confirmatoria. Tali clausole rafforzano il vincolo contrattuale in funzione di salvaguardia rispetto all'inadempimento, per rispondere a uno dei massimi scopi del contratto: la prevenzione delle controversie.



/ Cristiano BERTAZZONI \*

/ Chiara CORNIANI \*\*

### INTRODUZIONE

Quando le parti si accordano per costituire tra loro un rapporto giuridico patrimoniale, confidano nell'adempimento spontaneo delle prestazioni ivi dedotte.

In concreto, infatti, l'adempimento rappresenta la vicenda conclusiva fisiologica del vincolo contrattuale, in quanto produce sia l'estinzione dell'obbligazione, sia il soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Se, per contro, si apre la fase patologica del rapporto, ossia si verifica il mancato o inesatto adempimento delle obbligazioni dedotte in contratto, la parte non inadempiente può ricorrere all'autorità giudiziaria e accedere a un complesso sistema esecutivo, normativamente previsto, volto alla realizzazione coattiva del proprio diritto.

Alla base di tale sistema vige il principio del c.d. "divieto di autotutela", secondo cui il privato non ha diritto di farsi ragione da sé<sup>1</sup>.

\* Avvocato in Verona – Unistudio Legal & Tax.

\*\* Avvocato in Verona – Unistudio Legal & Tax.

1 Il principio in parola è ricavato indirettamente dal disposto dell'art. 2907 c.c. il quale afferma che: "Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza".

Infatti, come noto, la funzione di composizione eteronoma delle liti è riservata allo Stato, che la esercita per il tramite degli organi giurisdizionali, garantendo all'individuo il prevalente diritto di iniziativa, ma vietandogli, quale necessario contraltare, il ricorso a forme di tutela privata, che non siano eccezionalmente consentite dalla legge.

Il **divieto di autotutela**, poi, è forse il più noto principio inespresso che la dottrina civilistica ha ricavato dall'ordinamento<sup>2</sup>, dal momento che di fatto non esiste nel panorama legislativo italiano un dispositivo contenente in forma esplicita un simile divieto.

In realtà, anche per esigenze di economicità dei mezzi giuridici, sia il Codice civile sia le leggi speciali prevedono una nutrita gamma di ipotesi in cui l'autotutela è consentita quale deroga a tale principio generale<sup>3</sup>.

Si può, anzi, affermare, che il legislatore ha sempre più esteso le ipotesi di autotutela, soprattutto nell'ambito del diritto societario (per esempio, dando ingresso alle clausole di stabilizzazione degli assetti proprietari) e della crisi d'impresa; in questo ultimo ambito, basti pensare ai piani attestati ex art. 67 comma 3 lett. d) o agli accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-bis L. fall. e, da ultimo, la procedura di composizione negoziata della crisi, di cui al recente DL 118/2021. Nella medesima direzione, anche se con esiti meno felici, vanno gli sforzi del legislatore con l'introduzione degli strumenti deflattivi

delle liti, come la mediazione obbligatoria (*rectius* pregiudiziale) di cui al DLgs. 28/2010. Nel campo delle obbligazioni e dei contratti, invece, **l'autotutela intercetta il tema dell'autonomia privata**<sup>4</sup> e si sostanzia nella possibilità, per le parti contraenti, di apporre al negozio giuridico clausole che rimandano al concetto di autoresponsabilità<sup>5</sup> e determinano il prevalere della volontà delle parti sul sindacato giudiziale.

In altri termini, nell'ambito dell'autonomia delle parti, l'ordinamento consente di inserire nel contratto specifiche previsioni che consolidano le reciproche obbligazioni e che, nell'eventuale fase giudiziale, vincolano il giudice nella decisione a favore dell'una o dell'altra parte.

In sostanza, il vincolo contrattuale diviene così forte da sostituirsi di fatto al giudice. Si potrebbe affermare che tali clausole, grazie alla peculiare capacità predittiva circa l'esito di un'eventuale controversia, svolgono una funzione di salvaguardia rispetto all'inadempimento. Si tratta, in verità, della rappresentazione di uno dei massimi scopi del contratto: la prevenzione delle controversie.

Il contratto, infatti, deve rispondere all'esigenza delle parti di condurle fino al termine del rapporto, possibilmente indenni e soddisfatte. In sostanza, il contratto deve essere in grado di prevedere e prevenire le controversie. Infatti, salvo i casi di dolo o malafede, il ricorso a un mezzo esterno di risoluzione della controversia, il più delle volte significa che il

---

*del pubblico ministero o d'ufficio*", nonché dagli artt. 101 e 102 Cost., i quali affidano al potere giudiziario l'esercizio della funzione giurisdizionale.

- 2 Pattaro E. "Temi e problemi di filosofia del diritto", Bologna, 1994, p. 273 ss.
- 3 Si tratta, in particolare, delle diverse ipotesi in cui al titolare di un determinato diritto il Codice civile attribuisce *extra iudicium* forme lecite di autotutela preventiva, riconoscendogli la facoltà di ritenere il possesso di un determinato bene sino al soddisfacimento del proprio diritto di credito (*jus retentionis*) ovvero il potere di vendita diretta del bene per l'esecuzione coattiva di un'obbligazione rimasta inadempita. Una ulteriore deroga al divieto si ravvisa, altresì, nell'arbitrato. Come è noto, in forza di compromessi o di clausole compromissorie negoziali, le parti in lite possono liberamente far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte su diritti disponibili, ossia su diritti che, per loro natura o per espressa volontà di legge, non siano sottratti alla piena disponibilità dei titolari (come, ad es., accade per le questioni di stato o di separazione personale tra coniugi, o per taluni diritti in materia di lavoro), ma siano suscettibili di una valida transazione.
- 4 Il concetto di autonomia privata assume rilievo sotto un duplice profilo, come autodeterminazione del soggetto e come diritto di libertà, costituzionalmente garantito. Per quanto attiene al primo profilo, l'autonomia privata finisce per coincidere con l'autonomia contrattuale, intesa come il potere dei contraenti di regolamentare i propri interessi (cfr. art. 1321 c.c.). Riguardo al secondo profilo, invece, l'autonomia privata va intesa come un diritto di libertà, costituzionalmente garantito (cfr. art. 2 Cost.).
- 5 Cfr. Pugliatti S. "Autoresponsabilità", Enc. Dir., IV, Milano, 1959, p. 452 ss.



contratto non è stato in grado di fornire alle parti strumenti adatti né per prevenire la lite né per risolverla internamente.

Le **clausole tipiche che rafforzano il vincolo contrattuale** e che, *inter alia*, svolgono la funzione di prevenzione delle controversie riguardano:

- la previsione di **meccanismi di risoluzione non giudiziale**, quali la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), la clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), il termine essenziale (art. 1457 c.c.);
- la **valutazione del sinallagma contrattuale**, attraverso l'apposizione della clausola limitativa della proponibilità di eccezioni (art. 1462 c.c.);
- la predeterminazione della **garanzia in caso di inadempimento**, attraverso la previsione della clausola penale (art. 1382 c.c.) o della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), ciò anche al fine di assicurare speditezza nella tutela e difesa dell'interesse creditorio.

Per completezza, si ricorda che l'ordinamento è disseminato di ulteriori previsioni specifiche, volte a rafforzare la tutela ora dell'una ora dell'altra parte. Si pensi, per esempio, al patto di riscatto ex art. 1500 c.c., al patto di riservato dominio ex art. 1523 c.c., al divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c., al patto marciano in ambito bancario (art. 48-bis del DLgs. 385/93 - TUB). Gli esempi sono innumerevoli. Il presente contributo si propone, quindi, di analizzare, senza pretesa di esaustività, la struttura e il funzionamento, anche mediante esempi pratici, delle clausole di natura generale, le quali, oltre a essere annoverate tra i più ricorrenti esempi di autotutela privata riconosciuti e ammessi dal Codice civile, costituiscono, altresì, gli strumenti di rafforzamento del vincolo contrattuale maggiormente utilizzati nella prassi.

## MECCANISMI CONTRATTUALI TIPICI DI RISOLUZIONE NON GIUDIZIALE

Il Codice civile riconosce tre ipotesi di ri-

### **soluzione di diritto per inadempimento:**

- la diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c.;
  - la clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.; e
  - il termine essenziale previsto dall'art. 1457 c.c.
- Seppur con peculiarità proprie, ciascuna di queste clausole ha l'effetto di determinare la risoluzione di diritto del contratto quale conseguenza dell'inadempimento altrui.

L'istituto della risoluzione per volontà privata unilaterale costituisce, così, una delle ipotesi in cui l'ordinamento ammette, a determinate condizioni, il principio eccezionale dell'autotutela privata.

In questo senso, le clausole in parola sono riconosciute come strumenti di rafforzamento del vincolo contrattuale, in quanto consentono alla parte di avvalersi di un mezzo rapido per sciogliersi dal contratto e, al contempo, per spingere la controparte a tenere fede all'impegno assunto, sotto la minaccia della risoluzione.

Va chiarito che tali clausole costituiscono una facoltà per la parte a favore della quale operano, che pertanto può scegliere se avvalersi dell'effetto risolutorio ovvero rinunciarvi. Peraltro, la stipulazione di tali clausole non impedisce che il contratto possa essere risolto anche per mezzo dell'azione costitutiva di inadempimento, come previsto dall'art. 1453 c.c.

### **DIFFIDA AD ADEMPIERE**

La diffida ad adempiere rappresenta la prima delle tre ipotesi contemplate dal Codice civile di risoluzione *ipso iure* del contratto.

Ai sensi dell'art. 1454 c.c., infatti, "*Alla parte inadempiente l'altra può intimare per iscritto di adempiere entro un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto si intenderà senz'altro risolto.*

*Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore. Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risolto di diritto.*

Condizione indispensabile per l'esercizio della facoltà di diffida è che chi se ne avvale non sia inadempiente. Inoltre, quest'ultimo deve essere già vittima dell'altrui inadempimento

dovendosi, in ogni caso, escludere che la diffida possa essere intimata prima della scadenza del termine di esecuzione del contratto<sup>6</sup>. L'inadempimento, poi, deve risultare imputabile e di non scarsa importanza<sup>7</sup>.

**Elementi essenziali** della diffida, quindi, sono:

- la forma scritta, di qualsiasi genere, purché idonea allo scopo<sup>8</sup>;
- l'intimazione ad adempiere;
- la fissazione di un congruo termine; e
- la comminatoria della risoluzione.

Quanto al primo elemento, l'art. 1453 c.c. prevede l'adozione della **forma scritta** analogamente a quanto previsto in tema di costituzione in mora del debitore ex art. 1219 c.c.

È discusso in dottrina se la forma della diffida debba ritenersi *ad substantiam*<sup>9</sup>. Sul punto, la Giurisprudenza ha chiarito che il creditore può scegliere la forma scritta più idonea al raggiungimento dello scopo, essendo sufficiente che la diffida pervenga nella sfera di conoscibilità del destinatario<sup>10</sup>.

Il tema della forma, poi, è rilevante sia in relazione a quella prescritta per il contratto cui accede, sia nel caso in cui, il soggetto intimante, tipicamente un avvocato, sia diverso dal contraente.

Su entrambi gli aspetti, è intervenuta la Suprema Corte, a Sezioni Unite, chiarendo che affinché la diffida ad adempiere, intimata alla parte inadempiente da un soggetto diverso dall'altro contraente, possa produrre gli effetti di cui all'art. 1454 c.c., è necessario che tale soggetto sia munito di procura scritta del creditore, indipendentemente dal carattere eventualmente solenne della forma del contratto destinato a risolversi. Infatti, come si desume anche dagli artt. 1324 e 1392 c.c., la diffida medesima, quale manifestazione di volontà che si sostanzia in un potere unilaterale incidente sulla sorte del rapporto contrattuale tanto da determinare la risoluzione *ipso jure* del vincolo sinallagmatico, ha natura negoziale<sup>11</sup> e, pertanto, soggiace alle norme in tema di forma della procura.

Ne consegue che la diffida ad adempiere deve rivestire forma scritta ma, pur nella libertà delle forme espressive, deve contenere la **inequivoca intimazione a adempiere**, ossia la pretesa del titolare del credito di far valere il proprio diritto nei confronti del soggetto indicato, con l'effetto sostanziale di costituirlo in mora.

Per esempio, affinché la diffida produca l'ef-

---

6 Cass. 11.6.2018 n. 15052, in *Sistema Integrato Eutekne*. Cass. 18.4.2007 n. 9314, *CED Cassazione* 2007, ha specificato che l'intimazione da parte del creditore della diffida a adempiere e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano la necessità dell'accertamento giudiziale dell'imputabilità e della gravità dell'inadempimento, in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine, secondo un criterio che tenga conto, sia dell'elemento oggettivo della mancata prestazione nel quadro dell'economia generale del contratto, sia degli aspetti soggettivi rilevabili tramite un'indagine unitaria sul comportamento del debitore e sull'interesse del creditore all'esatto e tempestivo adempimento.

7 Cass. 7.2.2001 n. 1773, *Contratti*, 2001, p. 560, considera la risoluzione indissolubilmente legata all'inadempimento colpevole e non la ammette quando l'inadempimento sia stato provocato da motivi che escludono tale qualificazione con riguardo al comportamento del debitore. Con riferimento, invece, al criterio della gravità dell'inadempimento, quest'ultimo è considerato tale quando abbia inciso in modo apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto, così da dar luogo a uno squilibrio del sinallagma contrattuale. In tal senso, l'importanza dell'inadempimento va valutata in rapporto al momento in cui doveva essere effettuato l'adempimento.

8 Per esempio, Cass. 7.5.2018 n. 10860, *CED Cassazione* 2018, ha chiarito che in tema di diffida a adempiere intimata da un procuratore, la necessità che la relativa procura abbia forma scritta agli effetti risolutivi di cui all'art. 1454 c.c. non implica la sua allegazione alla diffida medesima, essendo sufficiente che tale procura sia portata a conoscenza del debitore con mezzi idonei, salvo il diritto dell'intimato a farsene rilasciare copia ai sensi dell'art. 1393 c.c.

9 In particolare, sostengono la forma scritta sotto pena di nullità Bianca C.M. "Diritto civile", vol. V, Milano, 1994, p. 307; Natoli U. "Diffida ad adempiere", in Enc. Dir., XII, Milano, 1964, p. 509. *Contra*, Costanza M. "Della risoluzione per inadempimento", in Comm. Scialoja, Branca, *sub* artt. 1453-1454, Bologna-Roma, 1990, p. 441 e Aloisio R. "Diffida ad adempiere", in Enc. Giur. Treccani, X, Roma, 1988, p. 3, secondo il quale non vi è necessità che l'atto posseda i requisiti della scrittura privata e, pertanto, sarebbe sufficiente il telex o il telegramma non sottoscritto nell'originale. Oggi, probabilmente, si parlerebbe di *e-mail*.

10 In particolare, secondo Cass. 26.3.2002 n. 4310, *Contratti*, 2002, p. 680, la legge non richiede una forma particolare per la diffida, mentre è sufficiente per la sua operatività che essa pervenga nella sfera di conoscibilità del destinatario. Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla Suprema Corte, ha ritenuto che l'invio di una lettera raccomandata con avviso di ricevimento alla residenza anagrafica del destinatario, indicata anche nel contratto preliminare, costituisca mezzo idoneo a diffidare e a costituire in mora il contraente inadempiente.

11 Cass. SS.UU. 15.6.2010 n. 14292, *CED Cassazione* 2010.



fetto risolutivo del rapporto, non è sufficiente la manifestazione della generica intenzione di agire in tutte le sedi più opportune, senza specificare se si intenda ottenere l'adempimento o la risoluzione del contratto. Per contro, è necessario che la diffida contenga la manifestazione della volontà dell'intimante di ritenere risolto il contratto in caso di mancato adempimento entro un certo termine<sup>12</sup>.

L'intimazione, quindi, non può nemmeno ridursi a un mero invito a adempiere, ma deve invece contenere la precisa e univoca dichiarazione per cui, decorso inutilmente il termine assegnato per l'esatto adempimento, il contratto si intenderà senz'altro risolto<sup>13</sup>.

L'intimazione consegue, quindi, l'effetto di ricollegare la risoluzione del contratto direttamente alla dichiarazione del contraente deluso sotto il presupposto di fatto dell'inutile decorso del termine.

Su questo ultimo aspetto, l'art. 1453 c.c. stabilisce che il **termine** non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore.

La valutazione circa la congruità del termine della diffida ad adempiere è uno dei temi più dibattuti. La Giurisprudenza<sup>14</sup>, in particolare, ha individuato alcuni criteri guida, da tenere in considerazione ove si intenda prevedere un termine inferiore a quello previsto dall'art. 1453 c.c.

In primo luogo, la deroga al termine di quindici giorni è ammissibile solo nei casi previsti dalla norma in esame, ossia:

- diversa pattuizione delle parti o
- congruità del termine minore per la natura del contratto o secondo gli usi.

In sostanza, il termine assegnato al debitore, cui è strumentalmente collegata la risoluzione di diritto del contratto, può essere anche inferiore a quindici giorni, purché tale minor termine sia stato espressamente previsto dalle parti o, in mancanza di tale pattuizione, risulti congruo per la natura del contratto o secondo gli usi, costituendo, in ogni caso, l'accertamento della congruità del termine, giudizio di fatto di competenza del giudice di merito<sup>15</sup>.

In particolare, nell'intimare l'esecuzione entro un termine inferiore a quindici giorni, va tenuto conto dell'inadempimento che, come noto, può consistere nella totale e definitiva inesecuzione del contratto, oppure nella mera inesattezza della prestazione, oppure ancora nel semplice ritardo, considerando, comunque, che tale inadempimento deve essere di non scarsa importanza ex art. 1455 c.c.<sup>16</sup>.

La congruità del termine, quindi, deve essere valutata, in relazione al contenuto negoziale ed economico dell'operazione voluta dalle parti, alla tipologia del bene oggetto del contratto e, più in generale, alle prestazioni dei contraenti.

In secondo luogo, in presenza dell'intimazione a adempiere in un termine inferiore a quindici giorni, risultano irrilevanti:

- i precedenti solleciti rivolti al debitore per l'adempimento, in quanto tale circostanza non attiene alla natura del contratto, ma a un comportamento omissivo del debitore;
- la mancata contestazione del termine da

12 Cass. 11.5.1990 n. 4066, *Mass. Giur. It.*, 1990.

13 In tema di esatto adempimento oggetto dell'intimazione, Cass. 30.10.2017 n. 25736, *CED Cassazione* 2017, ha chiarito che non determina la risoluzione di diritto del contratto, ai sensi dell'art. 1454 c.c., la diffida con la quale un contraente intimi all'altro di adempiere la prestazione in misura superiore al dovuto.

14 Da ultimo, si veda Cass. 14.5.2020 n. 8943, in *Sistema Integrato Eutekne*, secondo cui la fissazione al debitore di un termine per l'adempimento inferiore ai quindici giorni trova fondamento solo in presenza delle condizioni di cui all'art. 1454 co. 2 c.c., ovvero allorché ricorra una specifica previsione derogatoria o quando il termine abbreviato sia congruo rispetto alla natura del contratto o agli usi. (Nella specie, la Suprema Corte ha cassato la decisione impugnata che aveva ritenuto congruo il termine ridotto assegnato avuto riguardo al fatto che sulla base di una precedente missiva il debitore era già inadempiente e non aveva contestato il termine assegnatogli).

15 Cass. 6.11.2012 n. 19105, *CED Cassazione* 2012.

16 Trib. Torino 6.11.2008, *Contratti*, 2009, p. 71.

parte del debitore, sempre che, in base a un accertamento rimesso al giudice del merito, tale mancata contestazione non assuma significato ai fini della conclusione, in forma tacita, dell'accordo in deroga;

- la mancata indicazione del diverso termine, reputato congruo, da parte del debitore, che presuppone un onere non contemplato dalla norma;
- il protrarsi dell'inadempienza del debitore oltre il termine assegnato, giacché la diffida illegittimamente intimata per un termine inferiore ai quindici giorni è di per sé inidonea alla produzione di effetti estintivi nei riguardi del rapporto costituito tra le parti<sup>17</sup>.

Al di fuori di queste ipotesi, la fissazione di un termine inferiore determina l'inefficacia della diffida alla produzione degli effetti estintivi del rapporto costituito tra le parti e non, invece, la proroga legale del termine a una misura sufficiente<sup>18</sup>.

Il termine, infine, deve essere fissato in modo chiaro e non generico<sup>19</sup>.

È importante precisare che durante il termine fissato nella diffida, il creditore non può chiedere né l'adempimento né la risoluzione, né tantomeno può procedere a esecuzione coattiva<sup>20</sup>.

Infine, quanto alla **comminatoria della risoluzione**, va chiarito che l'effetto risolutivo della diffida opera in via stragiudiziale,

ma ove vi sia contestazione sulla produzione dell'effetto risolutivo, la relativa verifica potrà essere rimessa all'autorità giudiziaria, la quale, tuttavia, si limiterà a emettere, qualora ne siano stati integrati i presupposti, una pronuncia dichiarativa di risoluzione, a differenza della sentenza pronunciata ex art. 1453 c.c., che ha, invece, natura costitutiva, a ulteriore conferma del fatto che la clausola in esame è espressione della volontà delle parti e strumento di autotutela a favore delle quali opera, cui anche il sindacato giudiziale rimane, perciò, vincolato.

Tuttavia, come accennato, l'intimazione da parte del creditore della diffida ad adempiere e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento, non eliminano la necessità, ai sensi dell'art. 1455 c.c., dell'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempienza in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine e al permanere dell'interesse della parte all'esatto e tempestivo adempimento<sup>21</sup>.

La risoluzione del contratto in esito al decorso infruttuoso del termine assegnato al debitore, infine, non esclude l'obbligo di quest'ultimo del risarcimento del danno per la quantificazione del quale, però, occorre fare riferimento al termine assegnato con la diffida e non anche a quello ordinariamente stabilito nel titolo<sup>22</sup>.

17 Cass. n. 8943/2020, cit.

18 Cass. 12.1.1982 n. 132, *Mass. Giur. It.*, 1982, ha riconosciuto l'efficacia di una diffida a adempiere nella quale il creditore abbia intimato l'adempimento entro un congruo termine senza specificarlo, affermando la possibilità di dimostrare successivamente la congruità del termine.

19 Sul punto, Cass. 30.12.2016 n. 27530, *CED Cassazione* 2016, ha chiarito che l'unico onere che, ai sensi dell'art. 1454 c.c., grava sulla parte intimante è quello di fissare un termine entro cui l'altra dovrà adempiere alla propria prestazione, pena la risoluzione *ope legis* del contratto, poiché la *ratio* della norma è quella di fissare con chiarezza la posizione delle parti rispetto all'esecuzione del negozio, mediante un formale avvertimento alla parte diffidata che l'intimante non è disposto a tollerare un ulteriore ritardo nell'adempimento. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto generica e, pertanto, inidonea, la diffida priva dell'indicazione, con congruo anticipo, del giorno e dell'ora prescelto dal promissario alienante per la stipula del contratto definitivo dinanzi al notaio scelto concordemente dalle parti).

20 Secondo Cass. 4.8.1997 n. 7182, *Mass. Giur. It.*, 1997, l'intimazione della diffida a adempiere, dottrina e giurisprudenza sono concorde nel ritenere che il creditore possa rinunciare alla stessa e al suo effetto risolutivo anche mediante comportamenti concludenti, quali, ad esempio, la concessione di un nuovo e ulteriore termine per l'adempimento.

21 Cass. 4.9.2014 n. 18696, *CED Cassazione* 2014.

22 Cass. 26.11.1986 n. 6975, *Mass. Giur. It.*, 1986, ha chiarito che in caso di risoluzione del contratto conseguente alla inosservanza del termine fissato nella diffida a adempiere, la parte adempiente ha diritto al risarcimento del danno in base al disposto dell'art. 1453 c. c. disciplinante l'azione generale di risoluzione per inadempimento; tuttavia, ai fini dell'accertamento della sussistenza del danno e del nesso eziologico tra questo e l'inadempienza, occorre far riferimento soltanto al termine fissato nella diffida e non a quello previsto nel contratto o altrimenti convenuto tra le parti.



### Art. \_\_ Diffida ad adempiere

In caso di mancato rispetto dei termini di pagamento pattuiti al precedente art. \_\_\_\_, Tizio avrà diritto di risolvere il presente contratto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1454 c.c., previo invio di formale diffida ad adempiere inviata per iscritto a mezzo raccomandata a/r o a mezzo PEC, qualora Caio non provveda al pagamento entro il termine ivi assegnato di 15 (quindici) giorni, decorrente dal ricevimento della predetta diffida.

### Esempio di diffida

Con la presente, trasmessa ai sensi e per gli effetti dell'art. \_\_\_\_ del contratto del \_\_\_\_, si intima a Caio l'adempimento dell'obbligazione ivi prevista all'art. \_\_\_\_ e, in particolare a [descrivere la prestazione di cui si chiede l'adempimento – es. consegnare il bene oggetto del contratto] entro 15 (quindici) giorni dal ricevimento della presente.

In caso di inutile decorso del termine di cui sopra, il contratto del \_\_\_\_ si intenderà risolto di diritto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1454 c.c.

### CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA

La clausola risolutiva espressa rientra anch'essa nel *genus* delle clausole che disciplinano meccanismi di risoluzione non giudiziale, ovvero che apposte a un negozio ne prevedono e regolano la risoluzione degli effetti.

A differenza della diffida ad adempiere, però, l'effetto risolutorio si determina **automaticamente** a seguito della semplice dichiarazione di volersi avvalere della clausola medesima.

Infatti, ai sensi dell'art. 1456 c.c. "*I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite.*

*In questo caso la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva.*

La clausola in esame costituisce un patto accessorio e può essere stipulata anche successivamente alla conclusione del contratto, e deve rivestire la forma del con-

tratto in cui è acclusa o al quale accede<sup>23</sup>.

Circa la natura vessatoria o meno della clausola, la dottrina è divisa: alcuni autori ritengono che la clausola non abbia natura vessatoria ex art. 1341 c.c. e, pertanto, la sua efficacia non sia condizionata alla specifica sottoscrizione<sup>24</sup>. Altra parte della dottrina, invece, ne afferma la vessatorietà, riconducendo la clausola a quelle che prevedono la facoltà di recedere dal contratto<sup>25</sup>.

La Giurisprudenza, invece, ritiene che la clausola in esame non abbia carattere vessatorio e non necessiti, perciò, di specifica approvazione, atteso che non è riconducibile ad alcuna delle ipotesi previste dall'art. 1341 comma 2, c.c., nemmeno in relazione all'eventuale aggravamento delle condizioni di uno dei contraenti derivante dalla limitazione della facoltà di proporre eccezioni, in quanto la possibilità di chiedere la risoluzione è connessa alla stessa posizione di parte del contratto e la clausola risolutiva si limita soltanto a rafforzarla<sup>26</sup>.

23 Per tutti, Bianca C.M., cit., p. 313; Mirabelli G. "Dei contratti in generale", in Comm. Cod. civ., IV, 2, Torino, 1980, p. 625.

24 Per tutti, Businelli F.D. "Clausola risolutiva", in Enc. Dir., VII, Milano, 1960, p. 197; Smirardo A. "Profili della risoluzione per inadempimento", Milano, 1982, p. 156; Sacco R. "Il Contratto", II, Torino, 1993, p. 624.

25 Bianca C.M., cit., p. 314.

26 Cass. 11.11.2016 n. 23065, *CED Cassazione*, 2016; Cass. 28.6.2010 n. 15365, *ivi*, 2010.

L'effetto principale della clausola, quindi, è di attribuire al creditore il potere di risolvere il contratto mediante una unilaterale dichiarazione di volontà a ciò diretta, dal momento in cui è configurabile un determinato inadempimento. Il contenuto della clausola risolutiva espressa è, perciò, tipico **dovento individuare esattamente l'obbligazione** o le obbligazioni il cui inadempimento genera la risoluzione del contratto, costituendo, per contro, una clausola di mero stile (e quindi nulla) quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto<sup>27</sup>.

Come per la diffida ad adempiere, la condizione per l'esercizio della facoltà di avvalersi della clausola risolutiva espressa, è che chi se ne avvale non sia inadempiente. Diversamente da quanto previsto per la diffida ad adempiere, però, ai fini risolutivi non è necessario che l'inadempimento contemplato dalla clausola sia di non scarsa importanza<sup>28</sup>, ma deve trattarsi pur sempre di un inadempimento colposo<sup>29</sup>.

In sostanza, con la clausola risolutiva espressa, le parti individuano fin dalla conclusione del contratto le ipotesi di inadempimento considerate tanto importanti da provocare il venire meno dell'interesse all'esecuzione del contratto stesso, superando così in via convenzionale il limite di cui all'art. 1455 c.c.

L'inadempimento del debitore di una delle prestazioni dedotte nella clausola, quindi, co-

stituisce il presupposto di fatto che fa sorgere in capo alla parte adempiente il diritto potestativo alla risoluzione del contratto. Ove tale inadempimento non sussista, la clausola può rilevare alla stregua di condizione risolutiva ex art. 1353 c.c., sempre che l'evento cui si riferisce sia sufficientemente determinato, e non rimesso alla mera volontà di una parte<sup>30</sup>. Come accennato, la parte non inadempiente può sempre scegliere se avvalersi o meno della clausola risolutiva espressa. Tale scelta realizza un vero e proprio diritto potestativo di risolvere il rapporto, in conseguenza dell'inadempimento dell'altro contraente. Tale diritto deve essere esercitato mediante la volontà di avvalersi della clausola ed è **soggetto a prescrizione** ai sensi dell'art. 2934 c.c., non trattandosi di diritto indisponibile o comunque di situazione giuridica soggettiva per cui tale causa di estinzione sia esclusa dalla legge.

L'inizio della decorrenza della prescrizione coincide, secondo la regola generale dettata dall'art. 2935 c.c., con il momento in cui il diritto stesso può essere fatto valere, ossia con il verificarsi dell'inadempimento contemplato nella clausola. Infatti, solo quando sia venuto in essere tale presupposto, può essere esercitato il diritto di risolvere immediatamente il rapporto, senza bisogno di una pronuncia costitutiva del giudice, secondo la valutazione della parte adempiente circa la sussistenza di un

---

27 Per tutte, Cass. 3.9.2021 n. 23879, *Quotidiano Giuridico*, 2021; secondo Cass. 26.7.2002 n. 11055, *Contratti*, 2002, nell'ipotesi di clausola risolutiva espressa che faccia generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni dedotte nel contratto, la clausola dovrebbe essere interpretata come un mero richiamo alla disciplina generale della risoluzione ex art. 1453 c.c., con la conseguente necessità di un'azione giudiziale per ottenere l'effetto risolutorio.

28 Cass. 14.10.2008 n. 25141, *CED Cassazione* 2008.

29 Cass. Sez. Lavoro 4.8.2021 n. 22246, in *Sistema Integrato Eutekne*, in tema di cessazione del rapporto di agenzia, ha chiarito che il recesso senza preavviso dell'impresa preponente è consentito nel caso in cui intervenga una causa che impedisca la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Pertanto, in caso di ricorso da parte dell'impresa preponente ad una clausola risolutiva espressa, che può ritenersi valida nei limiti in cui venga a giustificare un recesso "in tronco" attuato in situazioni concrete e con modalità a norma di legge o di accordi collettivi non legittimanti un recesso per giusta causa, il giudice deve comunque verificare anche che sussista un inadempimento dell'agente integrante giusta causa di recesso, tenendo conto delle complessive dimensioni economiche del contratto, dell'incidenza dell'inadempimento sull'equilibrio contrattuale e della gravità della condotta, da valutarsi in considerazione della diversità della posizione dell'agente rispetto a quella del lavoratore subordinato, in ragione del fatto che il rapporto di fiducia nel rapporto di agenzia assume maggiore intensità, stante la maggiore autonomia di gestione dell'attività. Cass. 17.12.2020 n. 28993, *ivi*, invece, in tema di donazione modale, ha escluso che la risoluzione per inadempimento dell'onere possa avvenire *ipso iure*, senza valutazione di gravità dell'inadempimento, in forza della clausola risolutiva espressa, istituito che, essendo proprio dei contratti sinallagmatici, non può estendersi al negozio a titolo gratuito, cui pure acceda un *modus*.

30 Cass. 5.10.2018 n. 24532, *CED Cassazione* 2018.



proprio interesse a mantenere o meno in vita il contratto nonostante l'inadempimento<sup>31</sup>.

L'effetto risolutorio della clausola, quindi, rimane subordinato alla dichiarazione della parte adempiente di volersi valere della clausola.

Fintanto che la parte adempiente non manifesta l'intenzione di avvalersi della clausola ex art. 1456 c.c., la parte inadempiente può, infatti, adempiere la propria prestazione, anche se in ritardo rispetto ai termini previsti in contratto.

La tolleranza della parte adempiente, che può estrinsecarsi sia nella mancata dichiarazione di volersi avvalere della clausola, sia nell'accettazione di un adempimento parziale o tardivo, non comporta, in via presuntiva, la rinuncia alla facoltà di avvalersi della clausola<sup>32</sup>.

Affinché la clausola possa dirsi **rinunciata**, infatti, è necessario che dopo il verificarsi dell'inadempimento, il creditore compia atti incompatibili con la volontà di conservazione del diritto alla risoluzione, come ad esempio l'adempimento della propria controprestazione<sup>33</sup>.

Si precisa, inoltre, che la rinuncia ad avvalersi della clausola risolutiva espressa, non osta a che il mancato adempimento dell'obbligazione ivi contemplata assuma rilievo preponderante, in

occasione del giudizio sulle reciproche inadempienze da compiersi ai sensi dell'art. 1453 c.c., nella valutazione comparativa della loro gravità, stante l'originaria importanza che le parti hanno attribuito a quella specifica obbligazione, includendola nella clausola medesima<sup>34</sup>.

Gli **elementi essenziali** della dichiarazione di volersi valere della clausola sono:

- la forma;
- la comminatoria della risoluzione.

Quanto al primo elemento, la dichiarazione di volersi valere della clausola, al pari della diffida ad adempiere, è un atto negoziale, unilaterale, recettizio, a **forma libera** (salvo che una determinata forma non sia prescritta per il contratto che si intende risolvere, in tal caso deve rivestire anch'essa la medesima forma) e rappresenta l'esercizio del corrispondente diritto potestativo alla risoluzione<sup>35</sup>.

La **comminatoria della risoluzione**, come per la diffida ad adempiere, opera in via stragiudiziale, ma nel caso in cui sorgano contestazioni sulla produzione dell'effetto risolutorio, la relativa verifica potrà essere rimessa all'autorità giudiziaria, che interviene con sentenza dichiarativa di mero accertamento<sup>36</sup>.

31 Cass. 15.3.2018 n. 6386, *CED Cassazione* 2018. Secondo Cass. 27.01.1996 n. 635, *Contratti*, 1993, è infondata la tesi secondo cui nei contratti in cui sia parte la pubblica amministrazione non sarebbe configurabile la subordinazione dell'effetto risolutorio alla dichiarazione di volersi valere della clausola risolutiva espressa, facendo ad essa difetto il potere discrezionale di avvalersene o no. Come alle parti private, nei contratti *iure privatorum*, il diritto potestativo di avvalersi della clausola risolutiva espressa è infatti riconosciuto anche alla pubblica amministrazione, con la sola ovvia peculiarità che gli interessi da considerare, ai fini dell'esercizio del diritto alla risoluzione, sono quelli pubblici di cui essa è portatrice, secondo una valutazione comparativa che è rimessa alla sua discrezionalità e che comunque non è sindacabile dal giudice ordinario.

32 Secondo Cass. 31.10.2013 n. 24564, in *Sistema Integrato Eutekne*, la tolleranza della parte creditrice, che si può estrinsecare tanto in un comportamento negativo, quanto in uno positivo, non determina l'eliminazione della clausola per modificazione della disciplina contrattuale, né è sufficiente ad integrare una tacita rinuncia a avvalersene, ove lo stesso creditore, contestualmente o successivamente all'atto di tolleranza, manifesti l'intenzione di avvalersi della clausola in caso di ulteriore protrazione dell'inadempimento.

33 Secondo Cass. 8.1.1991 n. 90, *Mass. Giur. It.*, 1991, non integra gli estremi della rinuncia il comportamento del locatore che, instaurato il giudizio per il rilascio dell'immobile locato, riceva, senza esplicite riserve, il pagamento del debito scaduto unitamente agli ulteriori canoni maturati nel corso del giudizio. Del pari, secondo Cass. 11.10.2000 n. 13525, *ivi*, 2000, non può qualificarsi come acquiescenza all'inadempimento e rinuncia agli effetti della risoluzione ex art. 1456 c.c. la percezione del canone di locazione dopo la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa che abbia come oggetto l'abuso del conduttore nel godimento della cosa locata.

34 Cass. 18.9.2015 n. 18320, *CED Cassazione* 2015. Cass. 16.5.1997 n. 4369, *Mass. Giur. It.*, 1997, ha precisato che la stipulazione di una clausola risolutiva espressa non significa che il contratto possa essere risolto solo nei casi espressamente previsti dalle parti, rimanendo fermo il principio per cui ogni inadempimento di non scarsa rilevanza può giustificare la risoluzione del contratto con azione ex art. 1453 c.c.

35 Businelli F.D., cit., p. 197; Bianca C.M., cit., p. 317; Mirabelli G., cit., p. 626. Nell'ipotesi di incapacità legale, la legittimazione al compimento o alla ricezione dell'atto è attribuita al rappresentante legale. Nel caso di rappresentanza volontaria, invece, è necessario che tale potere sia stato espressamente attribuito non rientrando, automaticamente, nel potere di stipulare il contratto nel quale è contenuta la clausola risolutiva espressa.

36 App. Roma 20.7.2021 ha precisato che anche quando la parte interessata abbia manifestato la volontà di avvalersi della

Si precisa che, in sede di giudizio, la clausola risolutiva espressa può essere fatta valere in via di azione o di eccezione: nel primo caso, ove accertati la ricorrenza delle condizioni richieste, il giudice è tenuto a pronunciare la risoluzione; nel secondo, deve invece limitarsi a rigettare la domanda in relazione alla quale l'eccezione risulta proposta<sup>37</sup>.

La risoluzione del contratto a mezzo della clausola risolutiva espressa fa sempre salvo il diritto al risarcimento del danno conseguentemente patito<sup>38</sup>.

Quali sono, dunque, i rapporti tra clausola risolutiva espressa e diffida ad adempiere? E le due previsioni possono coesistere nel medesimo contratto?

Sul punto, si ricorda che la clausola risolutiva espressa non fa venire meno la facoltà di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1454 c.c.

Se, infatti, la clausola risolutiva espressa, come già chiarito, rappresenta una facoltà per la parte che ne beneficia (la quale, quindi, può

scegliere se avvalersi del relativo effetto risolutivo ovvero rinunciarvi), la diffida ad adempiere costituisce un rimedio di risoluzione non giudiziale *ex lege* previsto, di cui la parte non inadempiente può disporre, nei limiti e secondo le modalità sopra descritte, anche in assenza di una specifica pattuizione contrattuale.

In alcuni casi, la **diffida ad adempiere** costituisce persino una vera e propria **clausola di salvaguardia** che consente alla parte di recuperare la facoltà di risoluzione non giudiziale del contratto, qualora a fronte del comportamento della parte non inadempiente la clausola risolutiva espressamente pattuita risultasse inoperante.

Un esempio pratico potrà meglio chiarire.

Si pensi al caso di un contratto di locazione, nell'ambito del quale le parti abbiano previsto una clausola risolutiva espressa per l'ipotesi di ritardo del conduttore all'obbligo di pagamento del canone, rispetto alla scadenza pattuita<sup>39</sup>.

Secondo il prevalente orientamento della Giu-

---

clausola risolutiva espressa il giudice deve valutare l'eccezione di inadempimento proposta dall'altra parte, attesa la pregiudizialità logica della stessa rispetto all'avverarsi degli effetti risolutivi che normalmente discendono in modo automatico, ai sensi dell'art. 1456 c.c., dall'accertamento di un inadempimento colpevole. Si segnala anche Cass. 18.4.2013 n. 9488, *CED Cassazione* 2013, secondo la quale l'azione di risoluzione del contratto *ex art. 1456 c.c.* tende ad una pronuncia di mero accertamento dell'avvenuta risoluzione di diritto a seguito dell'inadempimento di una delle parti previsto come determinante per la sorte del rapporto, in conseguenza dell'esplicita dichiarazione dell'altra parte di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, differendo tale azione da quella ordinaria di risoluzione per inadempimento per colpa *ex art. 1453 c.c.*, che ha natura costitutiva. Ne consegue che, in caso di fallimento del locatario, l'effetto risolutivo del contratto (nella specie, di locazione finanziaria) deve ritenersi già verificato ove la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa sia stata comunicata anteriormente alla data della sentenza di fallimento, spettando il relativo accertamento al giudice delegato in sede di verifica dello stato passivo.

37 Cass. 5.1.2005 n. 167, *CED Cassazione* 2005.

38 Secondo Cass. 28.1.1993 n. 1029, *Contratti*, 1993, quando la risoluzione del contratto si verifica di diritto a seguito della dichiarazione del creditore di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa, la valutazione dell'incidenza dell'inadempimento sull'intero contratto è stata già compiuta dalle parti, la cui autonomia privata ha instaurato il collegamento tra singoli inadempimenti considerati nella clausola e risoluzione dell'intero contratto, con la conseguenza che tale collegamento non può più essere contestato né ai fini dell'accertamento giudiziale sull'avvenuta risoluzione, né agli effetti del risarcimento del danno, che va ricondotto al venire meno dell'intero contratto e non limitato al singolo inadempimento considerato nella clausola risolutiva espressa. Tantomeno, per pervenire ad una risoluzione dei danni risarcibili, può essere invocato l'art. 1227 c.c., in quanto, poiché la legge riconosce al contraente adempiente il potere di provocare la risoluzione del contratto, non può nella stessa condotta essere ravvisato un fatto colposo, ovvero il mancato impiego dell'ordinaria diligenza.

39 È interessante osservare che, secondo la giurisprudenza in materia tributaria, in tema di redditi derivanti da contratti di locazione di immobili, i canoni sono oggetto di tassazione anche se non effettivamente percepiti, fino a quando il contratto non sia cessato, per scadenza del termine e/o per una causa di risoluzione, così che il riferimento al canone di locazione (anziché alla rendita catastale) potrà operare nel tempo solo fin quando risulterà in vita un contratto di locazione e quindi sarà dovuto un canone in senso tecnico. Quando, invece, la locazione (rapporto contrattuale) sia cessata per scadenza del termine (art. 1596 c.c.) ovvero quando si sia verificata una qualsiasi causa di risoluzione del contratto, ivi comprese quelle di inadempimento in presenza di clausola risolutiva espressa e di dichiarazione di avvalersi della clausola (art. 1456 c.c.) o di risoluzione a seguito di diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.), tale riferimento al reddito locativo non sarà più praticabile, tornando in vigore la regola generale, vale a dire tassazione in base alla rendita catastale (cfr. C.T. Prov. Roma 16.4.2019 n. 5624, *Giust. trib.*, 2019). Sempre in materia fiscale, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo affermare che, ai fini delle imposte sui redditi "il riferimento al canone di locazione (anziché alla rendita catastale) non può operare altresì quando il



risprudenza, la tolleranza del locatore nel ricevere il canone oltre il termine stabilito rende inoperante la clausola risolutiva espressa, la quale riprende la sua efficacia se il creditore, che non intende rinunciare ad avvalersene, provveda, con una nuova manifestazione di volontà, a richiamare il debitore all'esatto adempimento delle sue obbligazioni<sup>40</sup>.

Tale manifestazione di volontà, nella pratica, si sostanzia in una diffida ad adempiere a mezzo della quale il locatore intima al conduttore di provvedere al pagamento del canone entro un termine che, considerata la natura del contratto, ben potrà anche essere inferiore a 15 giorni, con l'avvertimento che, in futuro, non saranno tollerati ulteriori ritardi, pena la risoluzione del contratto ai sensi

della clausola risolutiva espressa ivi pattuita. In tal modo, il locatore potrà comunque avvalersi della risoluzione non giudiziale ai sensi dell'art. 1454 c.c., in caso di inadempimento del conduttore entro il termine così assegnato e, al contempo, rendere nuovamente operativa la clausola risolutiva espressa che, pertanto, *pro futuro*, non potrà più validamente ritenersi rinunciata per effetto della tolleranza mantenuta dal locatore sino all'invio della diffida ad adempiere.

**Nulla vieta, in ogni caso, alle parti di prevedere all'interno del medesimo contratto sia la clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. sia la diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. quali meccanismi di reazione per differenti ipotesi di inadempimento.**

#### Art. \_\_\_\_ Clausola risolutiva espressa

Il presente contratto si intenderà risolto di diritto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c., mediante semplice comunicazione scritta inviata a mezzo raccomandata a/r o a mezzo PEC nel caso di inadempimento, anche parziale, delle obbligazioni previste all'art. [-] del presente contratto.

#### Esempio di dichiarazione

Con la presente, trasmessa ai sensi e per gli effetti dell'art. \_\_\_\_ del contratto del \_\_\_\_\_, stante l'inadempimento dell'obbligazione ivi prevista all'art. \_\_\_\_ e, in particolare a [*descrivere la prestazione di cui si chiede l'adempimento – es. consegnare il bene oggetto del contratto entro un certo termine*], la scrivente Società dichiara di volersi valere della clausola risolutiva espressa e, pertanto, il contratto del \_\_\_\_\_ deve ritenersi risolto con effetto dalla ricezione della presente, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1456 e 1458 c.c.

#### TERMINE ESSENZIALE

Ai sensi dell'art. 1457 c.c. "*Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve con-*

*siderarsi essenziale nell'interesse dell'altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l'esecuzione nonostante la scadenza*

*locatore invoca l'inadempimento e la risoluzione anche prima della sentenza di risoluzione giudiziale, quando risulti in maniera certa che abbia scelto la via di risolvere il contratto"* (cfr. Cass. 1.6.2007 n. 12905, in *Sistema Integrato Eutekne*). Sul piano pratico, ciò significa che il contribuente deve dimostrare di essersi avvalso dell'operatività di una clausola di risoluzione non giudiziale del contratto (quale la risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. o la diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c.). Tale orientamento trova riscontro anche nella sentenza della Corte Cost. 26.7.2000 n. 362, *ivi*, a mezzo della quale la Consulta ha avuto modo di precisare che "*il riferimento al canone di locazione (anziché alla rendita catastale) potrà operare nel tempo solo fin quando risulterà in vita un contratto di locazione e quindi sarà dovuto un canone in senso tecnico*" con ciò intendendo che "*la risoluzione del contratto impedisce di configurare il pagamento, effettivo o solo presunto, come effettuato a titolo di canone, cui possa essere commisurata la base imponibile ai fini delle imposte sul reddito*".

40 Cfr. Cass. 6.6.2018 n. 14508, *CED Cassazione* 2018; in senso conforme anche Cass. 27.6.2016 n. 18991, *Quotidiano Giuridico*, 2016 e Cass. 14.2.2012 n. 2111, *CED Cassazione* 2012.

del termine, deve darne notizia all'altra parte entro tre giorni.

*In mancanza, il contratto si intende risolto di diritto anche se non è stata espressa-mente pattuita la risoluzione".*

Il termine essenziale rappresenta la terza ipotesi di risoluzione di diritto del contratto per inadempimento.

La differenza sostanziale rispetto alle clausole della diffida ad adempiere e della clausola risolutiva espressa, si individua nel diverso atteggiarsi della volontà della parte non inadempiente.

Nel termine essenziale, per ottenere la risoluzione, **la parte non inadempiente deve limitarsi a non dichiarare, entro i tre giorni indicati dalla norma, la propria volontà di ricevere la prestazione**; nella diffida ad adempiere e nella clausola risolutiva espressa, invece, il creditore deve manifestare espressamente il proprio intendimento, rispettivamente, di ritenere risolto il contratto ovvero di volersi valere della clausola.

L'effetto risolutorio è perciò ricondotto, nel termine essenziale, a un comportamento omissivo della parte adempiente, mentre nelle ipotesi della diffida ad adempiere e della clausola risolutiva espressa discende da un comportamento commissivo di quest'ultima. L'essenzialità del termine viene, in genere, distinta in:

- **oggettiva**, quando è desumibile da elementi

obiettivi, ossia dall'economia complessiva del contratto, dell'oggetto, degli usi<sup>41</sup>;

- **soggettiva**, quando scaturisce da una manifestazione, espressa o tacita, in tal senso delle parti, che tuttavia non può desumersi dalla mera locuzione di stile "entro e non oltre"<sup>42</sup>.

Esistono, poi, alcuni contratti la cui fattispecie comprende un termine qualificabile ex se come essenziale: si tratta, per esempio, del contratto di riporto (art. 1548 c.c.), della vendita a termine dei titoli di credito (art. 1531 ss. c.c.), del contratto estimatorio (art. 1556 c.c.). In questi casi si parla di essenzialità c.d. oggettiva in astratto e trova applicazione la disciplina dell'art. 1457 c.c., senza però che sia necessario l'accertamento in concreto dell'essenzialità del termine.

Al di fuori di queste fattispecie, la valutazione dell'essenzialità del termine non può mai essere presunta e deve essere svolta con riferimento al momento di conclusione del contratto, non potendosi far riferimento *ex post* all'inutile decorso del termine.

Per la Giurisprudenza pressoché unanime, l'indagine sulla essenzialità del termine rappresenta una questione di fatto, demandata al giudice del merito e, come tale, insindacabile in sede di legittimità, ove sorretta da adeguata motivazione ed esente errori logici e giuridici. L'apprezzamento del giudice deve essere volto ad accertare la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del

41 Ad esempio, Cass. 28.8.2006 n. 18641, *Obb. contr.*, 2006, ha statuito che in tema di vendita di capi di abbigliamento, per loro stessa natura legati alle esigenze stagionali della clientela, il termine di consegna, anche se non specificatamente indicato come tale nel contratto, non può che essere ritenuto essenziale.

42 Per Cass. 25.10.2010 n. 21838, in *Sistema Integrato Eutekne*, in tema di contratto preliminare di vendita, il termine stabilito per la stipulazione del contratto definitivo non costituisce normalmente un termine essenziale, il cui mancato rispetto legittima la dichiarazione di scioglimento del contratto. Tale termine può ritenersi essenziale, ai sensi dell'art. 1457 c.c., solo quando, all'esito di una indagine da condursi alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti (e quindi insindacabile in sede di legittimità se logicamente ed adeguatamente motivata in relazione a siffatti criteri), risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di considerare ormai perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine. Anche per Cass. 15.7.2016 n. 14426, *CED Cassazione* 2016, l'accertamento in ordine alla essenzialità del termine per l'adempimento, ex art. 1457 c.c., è riservato al giudice di merito e va condotto alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, di modo che risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine medesimo, che non può essere desunta solo dall'uso dell'espressione "entro e non oltre", riferita al tempo di esecuzione della prestazione, se non emerga, dall'oggetto del negozio o da specifiche indicazioni delle parti, che queste hanno inteso considerare perduta, decorso quel lasso di tempo, l'utilità prefissatasi (Nella specie, la S.C. ha escluso la possibilità di considerare essenziale, in mancanza di ulteriori elementi che ne attestassero l'improrogabilità, la data di consegna di un plico, convenuta in un contratto di trasporto con la dicitura "entro il", negando al mittente il risarcimento dei danni correlati alla perdita di contributi comunitari, quale conseguenza della mancata esecuzione della prestazione nel rispetto del termine pattuito).



contratto con l'inutile decorso del termine<sup>43</sup>. La **proroga del termine** concessa dal creditore non rappresenta un comportamento incompatibile con l'intenzione di valersi del patto che ne stabilisce l'essenzialità, che rimane perciò efficace nel suo originario contenuto in relazione al termine così modificato, salvo che non si tratti di proroga reiterata, da cui può trarsi indizio per ritenere che il termine non sia essenziale<sup>44</sup>.

In caso di dubbio, l'essenzialità del termine è da escludere data la sua funzione eccezionale, che, di fatto, sottrae al debitore la possibilità di adempiere sino al momento della domanda giudiziale di risoluzione ex art.1453 c.c., o sino al momento in cui il creditore dichiara al debitore di avvalersi della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c.

Si precisa che la natura non essenziale del termine stabilito dalle parti impedisce la configurabilità della risoluzione di diritto del contratto, ma non vale a escludere che la sua inosservanza, ove superi ogni ragionevole limite di tolleranza, possa costituire di per sé inadempimento di non scarsa importanza e determinare la risoluzione del contratto a norma dell'art. 1453 c.c.<sup>45</sup>.

Per la risoluzione del contratto ex art. 1457 c.c., poi, è necessario che la violazione del termine sia imputabile, ossia l'inadempimen-

to del termine deve essere riconducibile alla parte che è obbligata al suo rispetto<sup>46</sup>.

Per contro, secondo la Giurisprudenza, non è necessario che la violazione sia anche grave, reputando che la valutazione circa la gravità dell'inadempimento costituisca un implicito riconoscimento della natura non essenziale del termine<sup>47</sup>.

Sotto il profilo pratico, la risoluzione del contratto a termine essenziale ex art. 1457 c.c. opera in modo pressoché automatico, essendo sufficiente l'inerzia della parte non inadempiente.

In sostanza, con la scadenza del termine essenziale, il creditore insoddisfatto diviene titolare, ex lege, di un potere privato di risoluzione, che potrà esercitare mediante il **silenzio** protratto per tre giorni consecutivi dalla scadenza del termine essenziale.

Il silenzio del creditore, quindi, è interpretato dalla legge quale espressione della volontà di rinunciare al diritto di esigere l'adempimento tardivo della prestazione o di pretendere l'equivalente della prestazione non eseguita ex art. 1218 c.c..

**La risoluzione del contratto si verificherà, quindi, ipso iure, decorso il terzo giorno dalla scadenza del termine essenziale.**

Al pari di quanto previsto per il caso della diffida ad adempiere e della clausola riso-

43 Secondo Cass. 16.7.2018 n. 18835, *Quotidiano Giuridico*, 2018, il termine per l'adempimento può essere ritenuto essenziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1457 c.c., solo quando, all'esito dell'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, da condursi alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine medesimo; tale volontà non può desumersi solo dall'uso dell'espressione "entro e non oltre" quando non risulti dall'oggetto del negozio o da specifica indicazione delle parti che queste hanno inteso considerare perduta l'utilità prefissasi nel caso di conclusione del negozio stesso oltre la data considerata.

44 Cfr. Cass. 16.3.2018 n. 6547, *Guida diritto*, 32, 2018, p. 46; cfr. anche Cass. 26.3.2018 n. 7450, *CED Cassazione* 2018, secondo la quale "la valutazione circa la natura ordinataria assunta dal termine originariamente pattuito come essenziale, ma successivamente prorogato, basata sulla ravvisata volontà delle parti di intervenire non solo sulla decorrenza del termine medesimo, ma anche sulla sua natura giuridica, si risolve in un apprezzamento di fatto del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua e priva di vizi logici e giuridici". In dottrina, si ritiene che la dilazione del termine deponga per il suo carattere obiettivamente non essenziale, mentre l'essenzialità soggettiva del nuovo termine richiederebbe una sicura volontà delle parti (cfr. Bianca C.M., cit., p. 324).

45 Cocuccio M. "Risoluzione del contratto per inadempimento in relazione alla durata della stagione turistica", *Giust. civ.*, 2004, IV, p. 1017.

46 Secondo Cass. 18.2.2011 n. 3993, in *Sistema Integrato Eutekne*, la pattuizione di un termine essenziale per l'adempimento della prestazione comporta la risoluzione del contratto di diritto, alla scadenza del termine, sicché il giudice deve accertare non l'importanza dell'inadempimento, già anticipatamente valutata dai contraenti, ma soltanto la sussistenza e l'imputabilità dell'inadempimento.

47 Cass. 3.7.2000 n. 8881, *Mass. Giur. It.*, 2000.

lutiva espressa, perciò, l'inadempimento del debitore costituisce un mero presupposto di fatto della risoluzione, che resta pur sempre espressione della volontà del creditore.

Per **impedire l'effetto risolutorio**, il creditore può far richiesta di adempimento tardivo.

Tale richiesta di adempimento tardivo:

- è recettizia; e
- dev'essere effettuata dal creditore entro il termine di tre giorni successivi alla scadenza del termine, sotto pena di decadenza.

Quanto alla natura **recettizia**, la richiesta di adempimento produce effetti giuridici solo dal momento della sua ricezione, intesa come conoscibilità e non come effettiva conoscenza da parte del soggetto cui è destinata e, solo nella misura in cui sia effettuata dal creditore entro il termine *ex lege* stabilito<sup>48</sup>.

La previsione di un **termine** così stringente, invece, è funzionale alla tutela dell'altro contraente, in quanto:

- non essendo data a quest'ultimo la possibilità di purgare la mora, è giusto che esso debba conoscere in tempi celeri se è tenuto ancora all'adempimento della sua obbligazione o se invece deve subire la risoluzione;
- siccome i rapporti a termine essenziale hanno normalmente per oggetto beni di valore assai variabile, non deve consentirsi al creditore di speculare, senza limiti

di tempo, su tale variazione di valori, a danno del debitore.

Una volta comunicata all'altra parte la dichiarazione di volere l'esecuzione tardiva, il termine di adempimento, che era stato fissato nel contratto, cessa di essere essenziale.

Qualora tale dichiarazione contenesse anche la fissazione di un nuovo termine per l'adempimento, quest'ultimo non potrebbe ritenersi essenziale, mancando in proposito la volontà concorde delle parti.

Una tale dichiarazione potrebbe, però, valere come diffida ad adempiere *ex art. 1454 c.c.* qualora ne integrasse tutti gli elementi essenziali.

In ogni caso, la previsione di un termine essenziale per l'adempimento del contratto, essendo posta nell'interesse di uno o di entrambi i contraenti, non preclude alla parte interessata di rinunciare, seppur tacitamente, ad avvalersene, anche dopo la scadenza del termine, in particolare accettando un adempimento tardivo<sup>49</sup>.

Scelta la via dell'esecuzione tardiva, però, il creditore non potrà più valersi del potere di provocare la risoluzione *ex art. 1457 c.c.* ancorché il debitore continuasse a essere inadempiente: in tal caso, se egli intendesse ottenere la risoluzione, potrebbe solo fare ricorso alle regole comuni dettate dagli artt. 1453 e 1454 c.c.<sup>50</sup>.

#### Art. \_\_\_\_\_ Termine essenziale

Le parti convengono che il contratto definitivo dovrà essere stipulato entro e non oltre il [...], termine che deve intendersi essenziale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1457 c.c., nel solo interesse della promittente acquirente. Resta inteso che, decorso inutilmente il termine senza che la promittente acquirente abbia comunicato per iscritto a mezzo raccomandata a/r o a mezzo PEC alla promittente venditrice di voler esigere l'esecuzione, il contratto si intenderà senz'altro risolto di diritto.

48 Secondo la dottrina, la previsione normativa della possibilità per il creditore di esigere l'esecuzione tardiva della prestazione fa salvo il patto o uso contrario, a mezzo del quale potrebbe essere concesso al creditore un termine più ampio o più breve per esercitare il diritto di scelta, o potrebbe anche essere esclusa la possibilità di mantenere in vita il contratto (cfr. Bianca C.M., cit., p. 324).

49 Cass. 10.12.2019 n. 32238, *CED Cassazione* 2019.

50 Cass. 6.2.2009 n. 3039, *Guida al diritto*, 18, 2009, p. 63, ha avuto modo di precisare che le azioni di risoluzione contrattuale, rispettivamente previste dall'art. 1453 c.c. e dall'art. 1457 c.c. sono ontologicamente diverse, sia per *causa petendi* sia

## LA CLAUSOLA LIMITATIVA DELLA PROPONIBILITÀ DELLE ECCEZIONI

Gli effetti delle clausole esaminate, in via generale, possono essere paralizzanti, ricorrendone i presupposti, tramite l'**eccezione di inadempimento** ex art. 1460 c.c., che rappresenta una delle più classiche ipotesi di autotutela, in quanto legittima la dilazione della prestazione di un contraente qualora l'altro non adempia o non offra di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi siano stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto.

Il principio sotteso alla norma in parola è esemplificato con il noto brocardo latino *inadimplenti non est adimplendum*.

L'eccezione di inadempimento, però, può essere oggetto di rinuncia, tramite una specifica clausola che, quindi, è rilevante ai fini della presente disamina.

Infatti, in ambito contrattuale, **tale rinuncia si esplica nella clausola limitativa della proponibilità delle eccezioni, c.d. *solve et repete***, la quale, comportando la rinuncia al diritto di opporre eccezioni, con particolare riguardo all'eccezione di inadempimento, ha una formidabile funzione di rafforzamento del vincolo contrattuale. La *solve et repete* è disciplinata dall'art. 1462 c.c. a norma del quale "*La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto.*"

*Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione.*"

In sostanza, la clausola impone che la parte debba adempiere in ogni caso alla propria obbligazione, limitando la facoltà di opporre eccezioni e poi, eventualmente, possa agire in ripetizione di quanto illegittimamente prestato in caso di inadempimento dell'altra parte alla controprestazione dovuta<sup>51</sup>.

La sua **natura giuridica** è dibattuta. In particolare, una parte della dottrina tende ad attribuire alla *solve et repete* natura processuale, in quanto permette al giudice di pronunciare una condanna, riservandosi l'esame delle difese ed eccezioni comunque opposte dal debitore<sup>52</sup>.

Sembra, invece, preferibile la teoria prevalente che attribuisce alla clausola natura sostanziale, da intendersi come rinuncia convenzionale all'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c.<sup>53</sup>.

Anche secondo la Giurisprudenza, la disciplina dell'art. 1462 c.c., pur avendo indubbe conseguenze nel campo del processo, ha un contenuto fondamentale di diritto sostanziale, come è reso manifesto sia dalla collocazione della norma nel Codice civile (subito dopo l'eccezione di inadempimento dell'art. 1460 c.c. e l'eccezione di sospensione della prestazione per mutate condizioni patrimoniali ex art. 1461 c.c.), sia dagli interessi che tutela, ossia assicurare al credito il soddisfacimento della sua pretesa, senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore.

---

per *petitum*: la prima tende a una pronuncia costitutiva che comporta la caducazione del contratto *ex nunc*, anche se con effetto retroattivo, nel presupposto di un inadempimento, la cui non scarsa importanza deve essere verificata dal giudice; con la seconda si chiede invece l'accertamento della cessazione del rapporto negoziale già avvenuta *ex tunc*, in seguito alla inutile scadenza del termine essenziale o all'avveramento della condizione risolutiva espressa, convenzionalmente predeterminati dalle parti quali ragioni di per sé sufficienti a dare luogo alla risoluzione. Le due domande non sono quindi equipollenti, né pertanto può essere accolta una, in base al riscontro di quanto è richiesto per l'altra.

- 51 Risultando fortemente limitativa per la parte che rinuncia alla facoltà di proporre eccezioni, essa deve essere attentamente valutata e, laddove inserita in contratti tra professionista e consumatore, si presume vessatoria "fino a prova contraria".
- 52 Bigliuzzi Geri L. "Della risoluzione per inadempimento", in Comm. Scialoja, Branca, *sub artt. 1460-1462*, Bologna-Roma, 1990, p. 106; Dalmartello A. "Solve et repete (Patto o clausola del)", in *Nov. Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1970, p. 853.
- 53 Lucchi C. "Solve et repete (Patto o clausola del)", in *Digesto civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 596; Miraglia C. "Solve et repete", in *Enc. Diritto*, XLII, Milano, 1990, p. 1263.

Ne consegue che il preventivo adempimento non può essere considerato come un presupposto processuale, la cui mancanza impedisca l'instaurazione di un regolare rapporto processuale e non possa essere promossa nel corso del processo stesso. La clausola *solve et repete*, quindi, è destinata a operare solo sul piano dell'adempimento, in quanto non vi è alcun ostacolo all'esame dell'eccezione o della domanda riconvenzionale, quando, sia pure in corso di giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento della prestazione<sup>54</sup>.

La clausola prevista dal Codice civile e la sua natura sostanziale la distinguono dal principio *solve et repete in ambito tributario*, in base al quale un accertamento fiscale non può essere impugnato innanzi agli organi giudiziari, se non previo pagamento della somma accertata (o, in generale, in base al quale l'adempimento della prestazione tributaria non tollera eccezioni). In questo caso, infatti, il mancato pagamento dell'imposta costituisce un impedimento all'instaurazione di un valido rapporto processuale. Tale principio, però, spesso rinvenibile in diverse norme fiscali, è da sempre fortemente criticato, tanto da essere stato anche più volte

oggetto di declaratoria di incostituzionalità<sup>55</sup>. Da un punto di vista contrattuale, invece, va chiarito che la clausola *solve et repete* ha natura **vessatoria** ex art. 1341 comma 2 a norma del quale non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che sanciscono a carico di un contraente limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni<sup>56</sup>.

Non tutte le eccezioni, però, possono essere oggetto di rinuncia. L'art. 1462 c.c., infatti, indica espressamente una serie di **eccezioni c.d. indifferibili**: l'eccezione di **nullità**, di **annullabilità** e di **rescissione**.

Non sarà sfuggito che tali eccezioni sono relative ai vizi genetici del contratto ossia a quei vizi che colpiscono gli elementi essenziali (oggetto, forma, causa, accordo) e il consenso (errore, violenza, dolo, incapacità, stato di pericolo e stato di bisogno) e, come noto, sono considerati dall'ordinamento, di una certa gravità.

Va chiarito, però, che le eccezioni indifferibili sono riferite esclusivamente al rapporto cui la clausola accede. Per esempio, in tema di fideiussione a prima richiesta, la Giurisprudenza ha chiarito che la clausola *solve et repete*

---

54 Cass. 27.2.1995 n. 2227, *Corr. giur.*, 1995, p. 835; si veda anche Cass. 14.12.1994 n. 10697, *Mass. Giur. It.*, 1994, secondo cui la clausola "solve et repete", prevista dall'art. 1462 c.c., avendo un contenuto fondamentalmente di diritto sostanziale, in relazione alla collocazione della disposizione citata e, soprattutto, agli interessi tutelati (garantire al creditore di una prestazione il soddisfacimento del suo diritto senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore), realizza la sua funzione anche se l'adempimento avviene nel corso del giudizio e per effetto di un provvedimento giurisdizionale non definitivo (nella specie decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo). Conseguentemente il preventivo adempimento non è qualificabile come presupposto processuale e l'eccezione o la domanda riconvenzionale potenzialmente colpite dall'operare della clausola possono essere esaminate quando, sia pure nel corso del giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento del diritto.

55 Cass. 26.1.1994 n. 759, *Mass. Giur. It.*, 1994, ha chiarito che la clausola limitativa della proponibilità di eccezioni, di cui all'art. 1462 c.c., si differenzia dall'istituto del *solve et repete* in materia fiscale (oggetto della dichiarazione di incostituzionalità di cui alla sentenza Corte Cost. 31.3.1961 n. 21) perché ha la sua fonte di un contratto liberamente stipulato (art. 1322 c.c.) e non costituisce ostacolo all'instaurarsi del rapporto processuale, avendo soltanto l'effetto di consentire la pronta soddisfazione della pretesa creditoria della controparte, senza far luogo all'esame dell'eccezione del debitore, le cui ragioni possono essere fatte valere anche nello stesso giudizio dopo l'adempimento, salvo il potere del giudice, a norma dell'art. 1462 co. 2 di sospendere la condanna, ove ricorrano gravi motivi, imponendo se del caso una cauzione. Sull'incostituzionalità del principio *solve et repete* in ambito tributario, si veda Corte Cost. 30.12.1961 n. 79 secondo cui va chiesta e pronunciata la dichiarazione di illegittimità costituzionale di quelle norme che, pur se ritenute applicative di un principio già dichiarato incostituzionale, abbiano, nel sistema, una propria vita giuridica. Sono, pertanto, da ritenersi in contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 Cost., perché riaffermano la regola del *solve et repete* enunciata in via generale nell'art. 6 co. 2 della L. 2248/65, all. E, già dichiarata incostituzionale con sentenza 31.3.1961 n. 21: RD 3269/23, art. 149; L. 762/40, art. 52, secondo periodo del co. 2, e L. 1424/740, art. 24 co. 3, *CED Cassazione* 1961. La Corte Cost. 31.3.1961 n. 21, icasticamente, recita che "la Corte è dell'avviso che l'istituto del *solve et repete* sia in contrasto con le norme della Costituzione e che debba essere dichiarata illegittima la disposizione che lo prevede".

56 Bianca C.M., cit., p. 357.



inserita nel testo della garanzia con formule del tipo "senza riserva alcuna" ovvero "dietro semplice richiesta", ove prevede l'esclusione per il garante di poter opporre al creditore principale eccezioni che attengono alla validità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale, è pienamente valida e non è priva di efficacia ai sensi dell'art. 1462 c.c., in quanto costituisce manifestazione di autonomia contrattuale, non altera i connotati tipici della fideiussione e non comprende il divieto di sollevare eccezioni attinenti alla validità dello stesso contratto di garanzia<sup>57</sup>.

La dottrina, poi, ha ampliato il novero delle eccezioni indifferibili, inserendovi anche le **c.d. eccezioni estintive**, ossia quelle con cui il debitore può fornire la prova dell'estinzione dell'obbligazione (eccezione di pagamento, novazione, compensazione, remissione, confusione, prescrizione, giudicato, transazione e impossibilità sopravvenuta sia del debitore sia del creditore – in quanto questa ultima estinguerebbe comunque quella del debitore)<sup>58</sup>.

Per contro, sono **differibili**, ossia possono essere oggetto di rinuncia, le eccezioni di inadempimento (art. 1460 c.c.) e di mutamento delle condizioni patrimoniali (art. 1461 c.c.) e ciò si evince pacificamente dalla già ricordata collocazione sistematica della norma relativa al *solve et repete* nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive<sup>59</sup>.

Sul punto, però, va chiarito che la clausola *solve et repete* è volta soprattutto a garantire il contraente che deve adempiere per primo da eccezioni dilatorie del contraente che deve adempiere per secondo. Quindi, la clausola non può avere un'efficacia tale da paralizzare

del tutto l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., ossia non impedisce la possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale, della controprestazione.

Per contro, la clausola impedisce di opporre l'inesatto adempimento, con la conseguente riserva di ogni questione relativa a una fase successiva, salva la ricorrenza di gravi motivi idonei a determinare la sospensione della condanna, ai sensi dell'art. 1462 comma 2 c.c.<sup>60</sup>.

Si ritengono, poi, differibili le eccezioni riconvenzionali di carattere sinallagmatico (i casi di risoluzione ex artt. 1454, 1456 e 1457 c.c.), di risoluzione proposta dal convenuto per far valere un precedente inadempimento dell'attore e di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione<sup>61</sup>.

Nulla vieta all'autonomia contrattuale delle parti di convenire specifiche eccezioni cui le parti rinuncino. In questo caso, sarà il giudice ad accertare in concreto l'applicabilità della limitazione.

Infatti, l'art. 1462 c.c. prevede che se ricorrono gravi motivi, ovvero se vi sia un principio di fondatezza dell'eccezione, il giudice può comunque sospendere la condanna all'adempimento della prestazione dovuta in base alla clausola *solve et repete*<sup>62</sup>. La sospensione, però, non va intesa in senso tecnico, in quanto può ben consistere anche nella disapplicazione giudiziale della clausola prima dell'emissione di qualsiasi pronuncia.

In conclusione, la clausola *solve et repete*, mediante la rinuncia a opporre eccezioni, permette di rafforzare il vincolo contrattuale in quanto rappresenta un deterrente all'inadempimento.

57 Cass. 21.2.2008 n. 4446, *CED Cassazione* 2008.

58 Dalmartello A., cit., p. 849; Lucchi C., cit., p. 590; Miraglia C., cit., p. 1259.

59 Bianca C.M., cit., p. 358.

60 Cass. 16.7.1994 n. 6697, *Mass. Giur. It.*, 1994, ha chiarito che la garanzia da eccezioni dilatorie, propria della clausola *solve et repete*, non ha un'efficacia tale da paralizzare in toto la *exceptio inadimpleti contractus*, bensì resta correlata all'ambito di operatività della *exceptio non rite adimpleti contractus*, sicché essa non incide sulla possibilità di far valere la mancata esecuzione, totale o parziale della controprestazione.

61 Dalmartello A., cit., p. 850-851; Lucchi C., cit., p. 591-592; Miraglia C., cit., p. 1260-1261.

62 Si precisa che la clausola *solve et repete* non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere opposta dalla parte interessata. Fatta valere la clausola in esame e adempiuta, in pendenza del giudizio, la prestazione da parte di colui nei confronti del quale è stata opposta, il giudice potrà passare all'esame delle difese proposte da quest'ultimo soggetto prima dell'adem-

### Art. \_\_\_\_ Rinuncia a proporre eccezioni (*solve et repete*)

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 1462 c.c., Tizio rinuncia a proporre eccezioni senza aver previamente adempiuto alla propria obbligazione. In particolare, in caso di mancata o ritardata consegna del bene, perdita, danneggiamento, deterioramento, distruzione o sottrazione, totale o parziale, inidoneità o inutilizzabilità temporanea o definitiva del medesimo, a qualsiasi causa dovute, anche per vizi palesi o occulti, sia originari sia sopravvenuti, ovvero, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, per mancanza delle qualità richieste, mancata omologazione o non rispondenza del bene alle norme antinfortunistiche o antinquinamento, violazione di diritti di privativa industriale, sequestro, requisizione e similari, Tizio non potrà recedere anticipatamente dal presente contratto, né potrà liberarsi dalle obbligazioni qui assunte, in particolare dall'obbligo di eseguire il pagamento del prezzo nella misura e secondo le modalità stabilite nel presente contratto.

## GLI STRUMENTI DI PREDETERMINAZIONE DELLA GARANZIA IN CASO DI INADEMPIMENTO

Si è già detto che l'adempimento rappresenta la vicenda conclusiva fisiologica del vincolo contrattuale, mentre l'inadempimento attiene alla sua fase patologica, da cui consegue, a carico del debitore, l'obbligo di risarcire il danno provocato.

Per quanto attiene al **risarcimento**, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1218 c.c., questo deve in ogni caso comprendere sia la perdita effettiva subita dal creditore, sia il mancato guadagno. Tra inadempimento e danno deve, poi, sussistere un nesso di causalità sufficiente, risultando risarcibile soltanto il danno che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento. Se l'inadempimento è solo colposo, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione.

La regola generale vuole che il giudizio circa la gravità e imputabilità dell'inadempimento sia demandando al giudice e che gravi sul creditore l'onere di provare i singoli fatti lesivi per i quali pretende di essere risarcito:

inadempimento, nesso causale, esistenza e quantificazione del danno.

Come già anticipato, però, il Codice civile ammette la possibilità per le parti di autotutelarsi in caso di inadempimento, pattuendo all'interno del contratto meccanismi attivabili a prescindere dal sindacato circa la gravità e imputabilità dell'inadempimento, nonché di preventiva liquidazione del danno, così da alleggerire l'onere probatorio e rendere più agevole la tutela dell'interesse creditorio.

Tali meccanismi sono tradizionalmente rappresentati dalla **clausola penale** ex art. 1382 c.c. e dalla **caparra confirmatoria** ex art. 1385 c.c. Queste clausole hanno la funzione di incidere sull'ammontare del risarcimento dovuto in caso di inadempimento, convenendo una **anticipata liquidazione del danno**, indipendente dalla prova della sua effettiva integrazione. Entrambe queste norme sono riconosciute come strumenti di rafforzamento del vincolo contrattuale nella misura in cui, prevedendo quanto il debitore dovrà certamente pagare in caso di inadempimento, rappresentano un deterrente per quest'ultimo e un sollecito al corretto adempimento.

Si precisa che entrambe le clausole **possono coesistere** in un medesimo contratto, avendo

pimento, senza che sia necessario instaurare un nuovo giudizio, nel senso che il giudice, una volta che il soggetto obbligato al pagamento lo abbia effettuato, potrebbe esaminare anche la eventuale riconvenzionale di ripetizione. Rispetto, invece, alla valutazione in ordine alla presenza di gravi motivi idonei a consentire la sospensione della condanna, questa va compiuta avendo riguardo al comportamento della controparte, nonché alla necessità che anche il ricorso alla clausola in parola sia conforme a buona fede. Si veda, Mirabelli G., cit., p. 504 ss.



peculiarità e operatività differenti, come meglio si vedrà di seguito.

### CLAUSOLA PENALE

Ai sensi dell'art. 1382 c.c. "*La clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.*

*La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno*".

La clausola penale si sostanzia in una prestazione che un contraente si obbliga a eseguire in favore dell'altro in caso di inadempimento o ritardo nell'inadempimento.

Circa **la funzione della clausola penale** vi sono diversi orientamenti. Secondo la teoria tradizionale, la clausola penale ha funzione risarcitoria, di liquidazione preventiva e forfettaria del danno<sup>63</sup>. Secondo un altro orientamento, la clausola penale avrebbe funzione essenzialmente punitiva o, quanto meno sanzionatoria<sup>64</sup>.

Un ulteriore orientamento attribuisce alla clausola in esame una funzione mista, in parte risarcitoria e in parte sanzionatoria, o, comunque, di coercizione indiretta all'adempimento<sup>65</sup>.

Secondo l'orientamento più recente, invece, non è possibile individuare un'unica funzione tipica della clausola penale. Infatti, la clausola avrebbe una funzione variabile, nel senso che, di volta in volta, assolverebbe alla funzione di coercizione all'adempimento (per esempio quando l'ammontare è superiore al danno prevedibile) o alla funzione di pre-terminazione dell'ammontare del danno al fine di evitare controversie sul punto, oppure, alla funzione di limitare il risarcimento stesso (per esempio quando l'ammontare sia inferiore al danno prevedibile e non venga pattuita la risarcibilità del danno ulteriore)<sup>66</sup>.

La posizione della Giurisprudenza, sul punto, non è granitica. Sono, infatti, rinvenibili pronunce che sembrano riconoscere alla clausola penale, ora una funzione latamente punitiva<sup>67</sup>, ora una funzione volta a rafforzare il vincolo contrattuale<sup>68</sup>, anche tramite la pre-

63 Messineo F. "Il contratto in genere", I, in Tratt. Cicu, Messineo F., Milano, 1968, p. 209; Scognamiglio R. "Risarcimento del danno", in Novissimo Digesto italiano, XVI, Torino, 1969, p.19; Bianca C.M., cit., p. 221; De Cupis A. "Il danno", I, 3 ed., Milano, 1979, p. 517; Gerbo F. "Clausola penale e danno", *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 206.

64 Magazzù A. "Clausola penale", in Enc. Dir., VII, Milano, 1960, p.188; Moscati E. "Pena privata e autonomia privata", *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 511; Trimarchi M. "La clausola penale", Milano, 1954, p. 21; Marini A. "La clausola penale", Napoli, 1984, p.98; Cataudella A. "I contratti. Parte generale", Torino, 1990, p.75. In particolare, la teoria secondo cui la clausola penale abbia funzione risarcitoria, o, quanto meno, esclusivamente risarcitoria trova conforto nel disposto dell'art. 1469-bis co. 3 n. 6 c.c., secondo cui le clausole dirette a imporre il pagamento di una somma di denaro "a titolo di risarcimento", per il caso di inadempimento o di ritardo, vengono menzionate e indicate come clausole distinte dalla "clausola penale".

65 Carresi F. "Il contratto", in Tratt. Cicu, Messineo, Milano, 1987, p. 253; Galgano F. "Degli effetti del contratto", in Comm. Scialoja, Branca, *sub artt.* 1372-1386, Bologna-Roma, 1993, p.165; Mirabelli G., cit., p. 332.

66 De Nova G. "Le clausole penali e la caparra confirmatoria", in Tratt. Rescigno, 10, II, 2 ed., Torino, 1995, p. 408. Su posizioni analoghe, pare collocarsi anche Mazzarese S. "Clausola penale", in Comm. Schlesinger, Milano, 1999, p.181; Zoppini A. "La pena contrattuale", Milano, 1991, p.163.

67 Si veda, per esempio, Cass. Sez. Lavoro 17.8.2001 n. 11153, in *Sistema Integrato Eutekne*, secondo cui il datore di lavoro ha l'onere di provare i presupposti giustificativi delle sanzioni disciplinari, con riferimento, in linea di principio, anche al profilo della proporzionalità della sanzione, pur quando questa non sia di particolare entità, poiché non esiste una correlazione necessaria ed immediata tra l'esistenza di inadempimenti del lavoratore e l'inderogabilità delle sanzioni disciplinari, data la natura e la funzione particolare di quest'ultime, che non trovano il loro fondamento nelle regole generali dei rapporti contrattuali, non sono assimilabili alle penali di cui all'art. 1382 c.c., e non hanno una funzione risarcitoria, ma, grazie ad una portata afflittiva innanzitutto sul piano morale, hanno essenzialmente la funzione di diffidare dal compimento di ulteriori violazioni (salva la funzione di assicurare una diretta tutela degli interessi del datore di lavoro, nel solo caso delle sanzioni estintive del rapporto).

68 Cass. 13.1.2005 n. 591, *CED Cassazione* 2005, ha stabilito che in tema di clausola penale, volta al rafforzamento del vincolo contrattuale e alla liquidazione preventiva del danno, l'art. 1383 c.c., nel vietare il cumulo della penale pattuita per l'inadempimento con la prestazione principale, non esclude che la penale per il ritardo possa cumularsi, nel caso di risoluzione del contratto con il risarcimento del danno da inadempimento; in tale ipotesi peraltro, per evitare un ingiusto sacrificio dell'obbligato e il correlativo indebito arricchimento del creditore, dovrà tenersi conto, nella liquidazione della prestazione risarcitoria, dell'entità del danno per il ritardo, che sia stato già autonomamente considerato nella determinazione della penale.

determinazione di una sanzione punitiva<sup>69</sup>, e volta a coartare all'adempimento il debitore<sup>70</sup>. Più recentemente, però, la Giurisprudenza si è orientata verso teoria tradizionale, secondo cui si riconosce alla clausola una funzione risarcitoria, con riferimento alla liquidazione del danno anticipata e forfettaria<sup>71</sup>.

La questione è tutt'altro che secondaria e ha riflessi assai pratici: poiché, infatti, la Giurisprudenza rigetta l'ipotesi della funzione sanzionatoria, il Giudice potrà sempre ridurre a equità l'eventuale ammontare della penale ritenuto eccessivo in relazione all'inadempimento e al danno effettivo. In altri termini, il principio del tutto pacifico in altri ordinamenti del c.d. danno punitivo (*punitive damages*)<sup>72</sup> non trova albergo nel nostro sistema giuridico (se non in via incidentale e in altro ambito ex art. 96 c.p.c.)<sup>73</sup>.

Parimenti dibattuta è la vessatorietà della clausola penale. Una parte della dottrina, in-

fatti, ritiene che la clausola in esame sia riconducibile a quelle vessatorie ex art. 1341 c.c., in quanto importerebbe, di fatto, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni<sup>74</sup>.

Per contro, altra parte della dottrina sostiene che la clausola penale abbia una funzione variabile e che, quando si persegue la finalità della limitazione del danno risarcibile, disponendo una penale inferiore al danno prevedibile, la clausola potrebbe qualificarsi come limitativa della responsabilità e, quindi, soggetta alla disciplina dell'art. 1341 c.c.<sup>75</sup>.

Invece, secondo l'orientamento dominante, fatto proprio anche dalla Giurisprudenza, la clausola penale **non è vessatoria** ex art. 1341, in quanto la tutela del contraente debole è garantita dal potere di riduzione giudiziale ex art. 1384 c.c., strumento più efficace del mero meccanismo della specifica approvazione per iscritto<sup>76</sup>.

Ai fini dell'operatività della clausola penale, non rileva, né deve essere valutata dal

---

69 Cass. 26.6.2002 n. 9295, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha chiarito che con la clausola penale i contraenti disciplinano gli effetti dell'inadempimento in modo diverso da quello stabilito dalla legge, concordando una preventiva e convenzionale liquidazione del danno. Tale conclusione non muta per il fatto che in tale clausola può essere ravvisata anche una funzione punitiva, perché nella sua stipulazione si commina una sanzione per l'inadempimento, consistente in una prestazione che il contraente inadempiente dovrà effettuare all'altro indipendentemente dal danno sofferto da quest'ultimo.

70 Si veda Cass. 21.6.1995 n. 6976, *Mass. Giur. It.*, 1995, secondo cui la clausola penale è un patto accessorio di un contratto che ha una duplice funzione: una coercitiva all'adempimento e un'altra risarcitoria del danno conseguente all'inadempimento.

71 Cass. 26.7.2021 n. 21398, *CED Cassazione* 2021, ha chiarito che la clausola penale, svolgendo la funzione di risarcimento forfettario di un danno presunto, è intesa a rafforzare il vincolo contrattuale e 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, salvo che sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore, nel qual caso la clausola costituisce solo una liquidazione anticipata del danno, destinata a rimanere assorbita, ove sia provata la sussistenza di maggiori pregiudizi, nella liquidazione complessiva di questi, senza potersi con essi cumulare.

72 Cass. 19.1.2007 n. 1183, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha chiarito che la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se l'ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta. Pertanto, deve escludersi che la clausola penale prevista dall'art. 1382 c.c. possa essere ricondotta all'istituto proprio del diritto nord-americano dei *punitive damages* avente una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito.

73 Per esempio, Trib. Piacenza 7.12.2010, *Nuova giur. civ.*, 2011, p. 435, ha chiarito che la condanna di cui al co. 3 dell'art. 96 c.p.c. ha una duplice funzione, sanzionatoria e risarcitoria ed è riconducibile alla figura dei *punitive (o exemplary) damages* del diritto anglosassone. La funzione sanzionatoria è assicurata dalla (possibile) officiosità della condanna e dal fatto che può essere pronunciata in assenza di qualsiasi prova di un danno effettivo; la funzione risarcitoria sarà invece perseguita, in sede di liquidazione della somma, proprio agganciando la quantificazione ai criteri utilizzati per indennizzare il pregiudizio (sia pure presunto) subito dalla parte vittoriosa per aver dovuto agire o resistere in giudizio.

74 Auletta T. "Le clausole vessatorie nella giurisprudenza", in Bianca C.M. (a cura di), "Le condizioni generali di contratto", I, Milano, 1979, p. 3; Mirabelli G., cit., p. 342.

75 De Nova G. "Clausola penale", in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, p. 378; Id., in Sacco R., De Nova G. "Il contratto", II, in Tratt. Sacco, Torino, 1993, p. 163.

76 Bonilini G. "Sulla natura vessatoria della clausola penale", *Contratti*, 1993, p. 247; Marini A. "In tema di approvazione specifica per iscritto della clausola penale", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 550; Id. "La clausola penale", cit., p. 88; Zoppini A., cit., p. 294;



giudice<sup>77</sup>, l'importanza dell'inadempimento. In sostanza, **non è necessario che vi sia un inadempimento grave**, come per contro previsto nelle ipotesi di clausole risolutive del rapporto. In particolare, la clausola penale è espressamente prevista anche per il **mero ritardo** nell'inadempimento e, quindi, può essere pattuita anche solo a tutela di un puntuale adempimento. Per esempio, nei contratti di appalto sono frequenti le clausole che impongono una penale per ogni giorno di ritardo nella consegna dell'opera<sup>78</sup>.

La penale per il ritardo, poi, non esclude la previsione di un'ulteriore penale per l'inadempimento totale, né che le entità delle due penali si cumulino<sup>79</sup>. Sul punto, si tornerà a breve.

Ciò, che invece preme qui chiarire è se l'**oggetto della penale** debba necessariamente essere una dazione pecuniaria o se, per contro, possa consistere anche in una diversa prestazione.

Sul punto, l'art. 1381 c.c. è alquanto generico e indica testualmente solo una "*determinata prestazione*". Sulla base di questo assunto, parte della dottrina ritiene che l'oggetto della prestazione della penale non debba obbligatoriamente consistere in una somma di danaro<sup>80</sup> ma non possa nemmeno consistere nel trasferimento della titolarità di un determinato bene, ricorrendo, in questo caso, un patto commissorio nullo ex art. 2744 c.c. L'oggetto della penale, però, può consistere anche nella perdita di un credito vantato dall'inadempiente verso l'altro contraente: per esempio in un contratto di *leasing*, la clausola di irripetibilità dei canoni può qualificarsi come clausola penale<sup>81</sup>.

Per la Giurisprudenza, invece, la clausola penale ha sempre per oggetto un'obbligazione pecuniaria<sup>82</sup> e costituisce debito di valuta e non di valore<sup>83</sup>.

---

Persico E. "La clausola penale", *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 75. In Giurisprudenza, si veda Cass. 23.12.2004 n. 23965, *Guida al Diritto*, 8, 2005, p. 62, secondo cui con la clausola penale i contraenti disciplinano gli effetti dell'inadempimento e, quindi, non introducono limitazioni all'esercizio della tutela processuale delle parti, bensì limitazioni di natura sostanziale che derivano dal contenuto del contratto. Ne deriva, pertanto, che una tale clausola non è soggetta a specifica approvazione a norma dell'art. 1341 c.c. Nel merito, si veda Trib. Reggio Emilia 19.12.2013, *Contratti*, 2014, p. 275, secondo cui le ipotesi di clausole vessatorie previste dall'art. 1341 co. 2 c.c., derogando alla generale libertà di forma, sono tassative e a numero chiuso, insuscettibili quindi di applicazione analogica, ma al più solo estensiva; pertanto, non rientrano in tale ambito né la clausola che esclude la facoltà di un libero recesso del contraente né la clausola penale.

77 Cass. 20.7.2000 n. 9532, *Contratti*, 2000, p. 1106, ha chiarito che in materia di clausola penale, non è consentito al giudice di dare rilievo alla scarsa importanza dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento per escludere il diritto alla prestazione della penale, essendo l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento, quale che sia la sua importanza, condizione sufficiente a far sorgere tale diritto.

78 Per esempio, Cass. 2.4.2019 n. 9152, *CED Cassazione* 2019, ha stabilito che in tema di appalto, la richiesta di notevoli e importanti variazioni delle opere, avanzata in corso di esecuzione dei lavori dal committente, comporta la sostituzione consensuale del regolamento contrattuale in essere e il venir meno del termine di consegna e della penale per il ritardo originariamente pattuiti. L'efficacia della penale è tuttavia conservata soltanto se le parti fissano di comune accordo un nuovo termine mentre, in mancanza, grava sul committente, che intenda conseguire il risarcimento del danno da ritardata consegna dell'opera, l'onere di fornire la prova della colpa dell'appaltatore.

79 Cass. 23.7.2021 n. 21207, *CED Cassazione* 2021, ha chiarito che l'art. 1383 c.c. vieta il cumulo tra la domanda della prestazione principale e quella diretta a ottenere la penale per l'inadempimento, ma non esclude che si possa chiedere tale prestazione insieme con la penale per il ritardo e, nella ipotesi di risoluzione del contratto, il risarcimento del danno da inadempimento e la penale per la mancata esecuzione dell'obbligazione nel termine stabilito ovvero, cumulativamente, la penale per il ritardo e quella per l'inadempimento, salva, nel caso di cumulo di penale per il ritardo e prestazione risarcitoria per l'inadempimento, la necessità di tenere conto, nella liquidazione di quest'ultima, della entità del danno ascrivibile al ritardo che sia stato già autonomamente considerato nella determinazione della penale, al fine di evitare un ingiusto sacrificio del debitore.

80 De Nova G. "Clausola penale", cit., p. 378; Basini G.F. "Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente", Milano, 2001, p. 104.

81 Bianca C.M., cit., p. 236; Marini A. "La clausola penale", cit., p. 126.

82 Per tutte, Cass. 9.6.2009 n. 13262, *CED Cassazione* 2009, secondo cui poiché la clausola penale, pur avendo carattere accessorio, ha una sua autonomia identitaria e indipendenza quale obbligazione pecuniaria, in quanto persegue il fine di determinare preventivamente la prestazione dovuta nel caso che una parte si rende inadempiente o ritardi l'adempimento della prestazione stessa, ne consegue che, in ipotesi di inserimento della medesima in un contratto preliminare, non si può ritenere tacitamente rinunciata se non se ne parla nel definitivo, essendo, invece, necessaria una espressa dichiarazione in tal senso da parte di chi ha diritto di avvalersene.

83 Ne consegue che ove la prestazione oggetto della penale non sia eseguita o sia eseguita in ritardo, per essa sono dovuti, ricorrendone le rispettive condizioni, gli interessi moratori e l'eventuale maggior danno di cui all'art. 1224 c.c., a ciò non

Quanto agli **effetti**, l'art. 1382 c.c. stabilisce che la penale, ove non sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore, limita, in generale, il risarcimento alla prestazione promessa. Tale prestazione, inoltre, è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

Se, invece, è stata pattuita la risarcibilità anche del danno ulteriore, la clausola penale costituisce sostanzialmente una liquidazione anticipata del danno, il cui ammontare non si cumula con l'eventuale quantificazione del maggiore danno accertato, ma ne viene assorbito.

Il maggiore danno, però, oltre a dover essere specificamente previsto dalla clausola, deve essere anche provato, non operando alcun automatismo sul punto<sup>84</sup>.

Parimenti, la parte nel cui interesse è prevista la penale, deve espressamente chiederne l'applicazione, poiché la domanda di pagamento della penale ha natura autonoma rispetto sia a quella di risoluzione del contratto<sup>85</sup> sia a quella di risarcimento del danno<sup>86</sup>.

Emerge, quindi, nuovamente il tema del **cumulo delle domande** e delle somme, cui si è fatto un breve cenno più sopra.

Sul punto, l'art. 1383 c.c. stabilisce che il creditore non può domandare sia la prestazione principale sia la penale, salvo che questa ultima sia stata stipulata per il semplice ritardo. In sostanza, la norma vieta che si possa

domandare cumulativamente la prestazione principale e la penale e viceversa.

Il creditore, quindi, ha una scelta: chiedere l'adempimento o chiedere la penale. La *ratio* della norma ha un fondamento logico: se si chiede l'adempimento della obbligazione principale, non vi è ragione per chiedere il danno, salvo non dipenda dal ritardo; se si chiede la penale, non si ha più interesse alla prestazione principale<sup>87</sup>.

In particolare, quando la penale è stata pattuita per il solo ritardo, appare ammissibile cumulare la richiesta della prestazione della penale stessa, con la richiesta di adempimento della prestazione principale, in quanto il ritardo, come situazione sostanziale, è compatibile con l'adempimento della obbligazione principale. Ne consegue che l'accettazione della prestazione eseguita tardivamente non comporta l'automatica rinuncia alla penale prevista per il ritardo<sup>88</sup>.

Parimenti, se è stata solo convenuta la penale per l'inadempimento, ma non anche quella per il ritardo, il creditore che accetti la prestazione tardiva potrà sempre chiedere la liquidazione del danno causato dal ritardo, secondo la norma generale sul risarcimento del danno da inadempimento contrattuale ex art. 1223 c.c.<sup>89</sup>.

Se, poi, l'obbligazione principale è costituita

---

ostando l'effetto, proprio della clausola penale, di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. Cfr. Cass. 8.4.1998 n. 3641, *Mass. Giur. It.*, 1998.

84 Cass. 22.6.2016 n. 12956, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha chiarito che la clausola penale, quando è prevista la risarcibilità del danno ulteriore, costituisce solo una liquidazione anticipata del danno destinata a rimanere assorbita, nel caso di prova di ulteriori e maggiori danni, nella liquidazione complessiva di questi. Ne consegue che, qualora la parte adempiente non voglia limitare la propria richiesta alla penale pattuita, ma intenda richiedere la liquidazione del danno subito, deve dimostrarne l'effettiva entità, non potendo altrimenti risultare provato il danno ulteriore, cioè superiore all'entità della penale.

85 Cass. 15.10.2007 n. 21587, *Contratti*, 2008, p. 276, ha chiarito che in assenza di richiesta di applicazione della clausola penale, non può di ufficio il giudice statuire su di essa, neanche a seguito della pronuncia di risoluzione del contratto, attesa la natura autonoma della domanda di pagamento della penale rispetto a quella di risoluzione contrattuale.

86 Secondo Cass. 24.4.2008 n. 10741, *CED Cassazione* 2008, la richiesta di applicazione di una clausola penale contrattualmente prevista per il caso di inadempimento non può considerarsi implicitamente contenuta nella domanda di risoluzione del contratto per inadempimento ovvero in quella di risarcimento del danno, stante l'indipendenza di tali domande da quella di pagamento della penale, la quale si configura come autonoma sia rispetto all'inadempimento (potendo trovare applicazione tanto in ipotesi di domanda di risoluzione del contratto quanto in quella in cui venga proposta domanda di esecuzione coatta dello stesso) sia rispetto al danno (atteso che la penale può essere prevista anche in assenza di un concreto pregiudizio economico).

87 Cass. n. 21207/2021 cit.

88 Bianca C.M., cit., p. 230; Marini A. "La clausola penale", cit., p. 169.

89 Cass. n. 21207/2021, cit.



da un'obbligazione di durata, di dare o di fare o di non fare, il divieto di cumulo tra esecuzione in forma specifica della prestazione e clausola penale riguarda le sole prestazioni già maturate e non adempiute e non quelle non ancora maturate, per le quali, invece, permane l'obbligo di adempimento<sup>90</sup>.

Infine, l'art. 1384 c.c. stabilisce che nell'ipotesi in cui l'ammontare della penale risulti manifestamente eccessivo, oppure nel caso in cui il debitore abbia parzialmente eseguito la propria prestazione, il giudice, su istanza di parte, possa ricondurre la previsione della clausola a equità, riducendo l'importo della penale stessa.

Alla disposizione dell'art. 1384 c.c. la dottrina attribuisce carattere eccezionale, essendo volta a temperare l'esercizio dell'autotutela delle parti e a integrarne l'autonomia contrattuale, quando contrasta con interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Pertanto, si ritiene non applicabile per analogia a fattispecie diverse, quali la caparra confirmatoria (di cui si dirà *infra*). Inoltre, trovando la propria *ratio* giustificatrice nella finalità di ristabilire l'equilibrio contrattuale e non già nella mera tutela del debi-

tore, la disposizione è ritenuta generalmente inderogabile pattiziamente dalle parti, da cui discende la nullità della rinuncia preventiva, anche bilaterale, ad avvalersene<sup>91</sup>.

Secondo la Giurisprudenza, il principio della **riducibilità della penale eccessiva** ha carattere generale ed è, pertanto, applicabile a tutti i contratti nei quali sia inserita la clausola penale<sup>92</sup>.

Il Giudice, poi, può ridurre la penale d'ufficio, anche senza domanda di parte<sup>93</sup>, ma nel quantificare la riduzione deve ispirarsi non tanto alla valutazione del danno che sia stato accertato o risarcito, ma all'interesse che la parte ha, secondo le circostanze, all'adempimento della prestazione cui ha diritto.

In particolare, tale valutazione deve essere riferita al momento in cui si è concluso il contratto cui accede, e non a quello nel quale viene chiesto il pagamento. In questo modo, se la penale risulta adeguata all'interesse del creditore all'adempimento con riguardo al momento della stipulazione, rimane priva di rilevanza l'eventuale eccessività per la sopravvenienza di fatti che riducano l'interesse del creditore o l'entità del pregiudizio che il medesimo viene a subire per effetto dell'inadempimento<sup>94</sup>.

### Art. \_\_\_\_ Penale per inadempimento (assoluto)

Ai sensi dell'art. 1382 e seguenti del Cod. Civ., in caso di inadempimento della prestazione di cui all'art. \_\_\_\_ del presente contratto, Tizio si obbliga a pagare a Caio, una penale pari a Euro \_\_\_\_\_, salvi in ogni caso i maggiori danni derivanti dall'inadempimento.

90 Cass.21.6.1995 n. 6976, *Giur. It.*, 1996, p. 487.

91 Secondo l'orientamento tradizionale, il giudice non potrebbe procedere alla riduzione della penale d'ufficio, ma solo su istanza del debitore, il quale dovrà allegare le ragioni dell'eccessività (cfr. Galgano F. cit., p. 165), più di recente, tuttavia, la Giurisprudenza ha ammesso che il potere di riduzione ad equità, in quanto attribuito al giudice a tutela di un interesse generale dell'ordinamento, possa essere esercitato d'ufficio, subordinatamente, però, all'assolvimento degli oneri di allegazione e prova, incombenti sulla parte, circa le circostanze rilevanti per la valutazione dell'eccessività della penale, che dovrebbe però in ogni caso risultare dagli atti e quindi dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo (cfr. Cass. 10.2.2015 n. 2491, in *Sistema Integrato Eutekne*).

92 Cass. 21.4.2010 n. 9504, *CED Cassazione* 2010.

93 Cass. SS.UU. 13.9.2005 n. 18128, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha risolto un conflitto interpretativo stabilendo che il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita.

94 Cass. 1.7.2009 n. 15468, *Contratti*, 10, 2009, p. 90.

### Art. \_\_\_\_ Penale per il ritardo (inadempimento relativo)

Ai sensi dell'art. 1382 e seguenti del Cod. Civ., per ogni giorno di ritardo nell'adempimento della prestazione dovuta secondo le modalità previste all'art. \_\_\_\_ del presente contratto, Tizio si obbliga a pagare a Caio, una penale pari a Euro \_\_\_\_, salvi i maggiori danni derivanti dal ritardo.

### CAPARRA CONFIRMATORIA

La clausola penale e la caparra confirmatoria presentano notevoli punti di contatto quanto alla funzione che rivestono, tuttavia, le due figure non devono essere confuse.

La caparra confirmatoria trova il proprio referente normativo nell'art. 1385 c.c., il quale testualmente dispone: *"Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra<sup>95</sup>, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili<sup>96</sup>, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.*

*Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.*

*Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali".*

La caparra confirmatoria deriva dall'antichis-

sima prassi di consegnare una certa somma di danaro, o una certa quantità di cose fungibili, a dimostrazione della serietà delle intenzioni con cui si conclude il contratto. Essa viene utilizzata soprattutto nei contratti a formazione progressiva ossia nei contratti in cui la volontà delle parti si stratifica in diversi documenti, gli uni propedeutici agli altri<sup>97</sup>.

Secondo la dottrina maggioritaria, la caparra è un patto accessorio, che presuppone l'esistenza di un negozio principale a cui riferirsi, il cui elemento essenziale è rinvenibile nella consegna materiale di una cosa o di una somma di denaro dall'una all'altra parte<sup>98</sup>.

Caratteristiche del negozio sono la struttura necessariamente bilaterale<sup>99</sup>, il carattere reale<sup>100</sup>, la produzione di effetti reali<sup>101</sup> e l'assenza di un onere di forma previsto a pena di nullità<sup>102</sup>.

La caparra confirmatoria svolge molteplici **funzioni**, che variano a seconda delle vicende del contratto principale: ha funzione di **garanzia dell'esecuzione del contratto**, venendo incamerata in caso di inadempimento

95 Il legislatore ha inteso utilizzare il termine "caparra" sia per indicare il negozio giuridico istitutivo, sia per indicare la quantità di cose mobili fungibili o la somma di denaro consegnate al momento della stipula del contratto come garanzia della sua esecuzione.

96 Cass. 5.12.2016 n. 24747, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha ritenuto che oggetto della caparra possa essere anche un assegno bancario, perfezionandosi, tuttavia, la clausola solo al momento della riscossione della somma.

97 In particolare, è tipico l'utilizzo della caparra nei contratti preliminari. Talvolta, la caparra viene versata anche senza la sottoscrizione di un vero e proprio contratto ma con la firma di una semplice lettera d'intenti. Nei contratti di acquisizione, infine, la caparra può svolgere anche una funzione di garanzia.

98 Galgano F., cit., p. 171.

99 D'Avanzo W. "Caparra (voce)", in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, p. 895, secondo cui non sarebbe possibile concepire un negozio istitutivo della caparra a struttura unilaterale. Non solo, ma il costituente la caparra dovrebbe essere una delle parti del contratto principale, dovendosi escludere che un terzo possa prestare la caparra. *Contra*, Bavetta G. "La caparra", Milano, 1963, p. 32 ss. e p. 215 ss.

100 Trimarchi M. "Caparra (voce)", in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 195 ss., secondo cui è reale quel contratto che si perfeziona con la consegna materiale della cosa, vale a dire il bene oggetto. Si ammette generalmente, che la caparra confirmatoria possa essere costituita sia contestualmente sia successivamente alla conclusione del contratto principale, ma la dazione successiva alla conclusione del contratto deve comunque precedere la scadenza dell'obbligazione.

101 D'Avanzo W., cit. p. 369.

102 Bianca C.M., cit., p. 369.



della controparte (sotto tale profilo **avvicinandosi alla cauzione**<sup>103</sup>), consente, in via di autotutela e in caso di inadempimento, di recedere dal contratto in via stragiudiziale. Inoltre, la clausola permette la **liquidazione anticipata del danno** derivante dal recesso<sup>104</sup> a cui la parte è stata costretta a causa dell'inadempimento della controparte. Sotto tale profilo, però, si differenzia dalla clausola penale in quanto la parte non inadempiente ben può recedere senza dover proporre domanda giudiziale o intimare la diffida ad adempiere, e trattenere la caparra ricevuta o esigere il doppio di quella prestata senza dover dimostrare di aver subito un danno effettivo.

La peculiarità della caparra confirmatoria è quindi rappresentata dall'intesa che, in caso di inadempimento di una delle parti (sia di chi ha versato sia di chi ha ricevuto la caparra), il contraente potrà disporre di ulteriori rimedi volti a ottenere lo scioglimento del contratto e, nello specifico, nel potere di recedervi unilateralmente e di ritenere la caparra o di richiedere la restituzione del doppio. Tuttavia, a differenza della clausola penale, la caparra confirmatoria non può mai coesistere con il diritto alla liquidazione del maggior danno. In effetti, se il contratto viene eseguito, la caparra deve essere restituita oppure trattenuta a titolo di acconto sul prezzo.

Se, però, la parte che ha consegnato la caparra si rende inadempiente alle obbligazioni assunte con il contratto, la parte che ha ricevuto la caparra può scegliere:

- di recedere dal contratto trattenendo la caparra a titolo di risarcimento;
- di chiedere l'esecuzione del contratto, trattenendo la caparra come anticipo sul pagamento e a garanzia del proprio credito;
- di chiedere la risoluzione del contratto (secondo le norme generali) e il risarcimento del danno, da provarsi secondo le norme generali<sup>105</sup>.

Se, invece, la parte che ha ricevuto la caparra si rende inadempiente, la parte che l'ha consegnata può scegliere:

- di recedere dal contratto e pretendere il doppio di quanto versato a titolo di caparra<sup>106</sup>;
- di chiedere l'esecuzione del contratto e pretendere di imputare a pagamento quanto già versato.

Con la precisazione che quando il contraente non inadempiente agisce per la risoluzione del contratto, il risarcimento rimane regolato secondo i principi generali e non troverà applicazione il secondo comma dell'art. 1385 c.c. e la connessa facoltà di trattenere la caparra.

A tal proposito la Giurisprudenza ha definitivamente chiarito il rapporto di alternatività esistente tra la domanda di recesso e quella di risoluzione, per cui la domanda avente per oggetto la ritenzione della caparra confirmatoria esclude la possibilità di chiedere il risarcimento del danno integrale. Inoltre, l'esercizio della facoltà di recesso e la domanda di risoluzione precludono la domanda di adempimento, mentre chi ha agito per l'adempimento,

103 La caparra non va, però, confusa con la cauzione, che ha invece funzione meramente di garanzia e non può essere incamerata dal garantito. Deve altresì essere tenuta distinta dall'acconto, che non è dato a titolo di cautela, ma come adempimento parziale preventivo.

104 Si precisa che secondo la giurisprudenza e la dottrina, il recesso di cui all'art. 1385 c.c. rientra nella generale fattispecie della risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. della quale condivide la disciplina codicistica.

105 Cass.16.4.2021 n. 10178, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha chiarito che in caso di pattuizione di caparra confirmatoria, la parte adempiente, per il risarcimento dei danni derivati dall'inadempimento della controparte, può scegliere tra due rimedi, alternativi e non cumulabili tra loro: recedere dal contratto e trattenere la caparra ricevuta (o esigere il doppio di essa) oppure chiedere, con pronuncia costitutiva, la risoluzione giudiziale del contratto ed il risarcimento dei conseguenti danni, da provare a norma dell'art. 1223 c.c.

106 Cass. 12.7.2021 n. 19801, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha chiarito che nel caso in cui la parte inadempiente restituisca la somma versata a titolo di caparra dall'altra parte contrattuale, non viene meno il diritto della parte adempiente a pretendere il doppio della caparra, da far valere, ove non emerga in senso contrario un'univoca volontà abdicativa del suo diritto da parte del creditore, mediante l'esercizio del recesso, anche con la proposizione di apposita domanda giudiziale in caso di mancata conformazione spontanea dell'inadempiente al relativo obbligo.

mento del contratto o la risoluzione, potrà sempre, successivamente e in sostituzione della suddetta pretesa, esercitare il diritto e trattenere la caparra<sup>107</sup>.

Si ricorda, poi, che gli importi dedotti come caparra confirmatoria, avendo funzione di garanzia dell'adempimento, non sono soggetti a imposta sul valore aggiunto<sup>108</sup>.

Infine, non va confusa la **caparra confirmatoria** con quella **penitenziale**, disciplinata dall'art. 1386 c.c., a norma del quale, se nel contratto è stato pattuito il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di **corrispettivo del recesso**<sup>109</sup>. Il recedente, quindi, perde la caparra data o deve

restituire il doppio di quella che ha ricevuto. La questione è rilevante, in quanto dalla diversa qualificazione della caparra come penitenziale o confirmatoria, discendono effetti assai diversi<sup>110</sup>.

Peraltro, tale qualificazione è spesso molto controversa, vista la sostanziale coincidenza strutturale tra le due figure di caparra. E non sempre il mero uso del *nomen* "caparra penitenziale" o "caparra confirmatoria" è sufficiente a dirimere la questione.

Ciò che rileva, infatti, è la volontà delle parti<sup>111</sup>. Nella redazione della clausola, quindi, si dovrà prestare particolare attenzione all'esplicitazione di tale volontà.

---

107 Cass. SS.UU. 14.1.2009 n. 553, in *Sistema Integrato Eutekne*.

108 Cass. 20.4.2021 n. 10318, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha chiarito che qualora dalle clausole pattizie del contratto preliminare di compravendita immobiliare emerga che gli importi sono stati corrisposti a titolo di caparra confirmatoria, gli stessi non sono assoggettabili all'IVA, in quanto corrisposti solo in funzione di garanzia del corretto adempimento dell'obbligazione, ponendosi al di fuori della previsione di imponibilità di cui all'art. 6 co. 1 e 4 del DPR 633/72, che attiene, invece, al diverso caso di versamento anticipato del corrispettivo. Non è peraltro rilevante che l'importo versato all'atto della stipula del contratto preliminare sia elevato, trattandosi di scelta negoziale tra le parti.

109 Si ricorda che se il corrispettivo per il recesso non è materialmente consegnato ma è semplicemente promesso, non ricorre la fattispecie della caparra penitenziale ma della diversa ipotesi della multa penitenziale ex art. 1373 co. 3 c.c.

110 Cass. 16.5.2006 n. 11356, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha chiarito che la caparra confirmatoria ha natura composita - consistendo in una somma di denaro o in una quantità di cose fungibili - e funzione eclettica - in quanto è volta a garantire l'esecuzione del contratto, venendo incamerata in caso di inadempimento della controparte (sotto tale profilo avvicinandosi alla cauzione); consente, in via di autotutela, di recedere dal contratto senza la necessità di adire il giudice; indica la preventiva e forfettaria liquidazione del danno derivante dal recesso cui la parte è stata costretta a causa dell'inadempimento della controparte. Va invece escluso che abbia anche funzione probatoria e sanzionatoria, così distinguendosi sia rispetto alla caparra penitenziale, che costituisce il corrispettivo del diritto di recesso, sia dalla clausola penale, diversamente dalla quale non pone un limite al danno risarcibile, sicché la parte non inadempiente ben può recedere senza dover proporre domanda giudiziale o intimare la diffida ad adempiere, e trattenere la caparra ricevuta o esigere il doppio di quella prestata senza dover dimostrare di aver subito un danno effettivo. La parte non inadempiente può anche non esercitare il recesso, e chiedere la risoluzione del contratto e l'integrale risarcimento del danno sofferto in base alle regole generali (art. 1385 co. 3 c.c.), e cioè sul presupposto di un inadempimento imputabile e di non scarsa importanza, nel qual caso non può incamerare la caparra, essendole invece consentito trattenerla a garanzia della pretesa risarcitoria o in acconto su quanto spettante a titolo di anticipo dei danni che saranno in seguito accertati e liquidati. Qualora, anziché recedere dal contratto, la parte non inadempiente si avvalga dei rimedi ordinari della richiesta di adempimento ovvero di risoluzione del negozio, la restituzione della caparra è ricollegabile agli effetti restitutori propri della risoluzione negoziale, come conseguenza del venir meno della causa della corresponsione, giacché in tale ipotesi essa perde la suindicata funzione di limitazione forfettaria e predeterminata della pretesa risarcitoria all'importo convenzionalmente stabilito in contratto, e la parte che allega di aver subito il danno, oltre che alla restituzione di quanto prestato in relazione o in esecuzione del contratto, ha diritto anche al risarcimento dell'integrale danno subito, se e nei limiti in cui riesce a provarne l'esistenza e l'ammontare in base alla disciplina generale di cui agli artt. 1453 ss. c.c. Anche dopo aver proposto la domanda di risarcimento, e fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza, la parte non inadempiente può decidere di esercitare il recesso, in tal caso peraltro implicitamente rinunciando al risarcimento integrale e tornando ad accontentarsi della somma convenzionalmente predeterminata al riguardo. Ne consegue che ben può pertanto il diritto alla caparra essere fatto valere anche nella domanda di risoluzione.

111 Cass. 18.6.1992 n. 7540, *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1611, ha chiarito che in tema di interpretazione del contratto l'accertamento della volontà dei contraenti in relazione al contenuto del negozio si traduce in una indagine di fatto affidata al giudice del merito e censurabile in sede di legittimità solo per il caso di inadeguatezza della motivazione tale da non consentire la ricostruzione dell'iter logico seguito per giungere alla decisione, ovvero per il caso di violazione delle norme ermeneutiche, la quale deve essere dedotta precisandosi in qual modo il ragionamento del giudice del merito abbia deviato da esse, perché in caso diverso, le critiche della ricostruzione della volontà contrattuale operata dal suddetto giudice e la proposta di una diversa interpretazione costituiscono una censura inammissibile in cassazione (fattispecie in tema di distinzione tra vendita a corpo e vendita a misura e tra caparra penitenziale, caparra confirmatoria e clausola penale).

#### Art. \_\_\_\_ Caparra confirmatoria

Tizio versa a Caio, a titolo di caparra confirmatoria, la somma di Euro \_\_\_\_\_. Qualora Tizio non adempiesse alle obbligazioni di cui all'art. \_\_\_\_ del presente contratto, Caio avrà diritto di trattenere la suddetta somma, salvo che Caio preferisca chiedere l'esecuzione delle obbligazioni o i maggior danni causati dal mancato adempimento. Qualora Caio non adempia alle obbligazioni di cui all'art. \_\_\_\_ del presente contratto, Caio dovrà dare a Tizio una somma pari al doppio della caparra ricevuta, salvo che Tizio preferisca chiedere l'esecuzione delle obbligazioni di cui all'art. \_\_\_\_ del presente contratto o i maggiori danni causati dal mancato adempimento.

## CONCLUSIONI

Le parti, nell'esercizio del potere di autonomia contrattuale loro riconosciuto, possono convenire strumenti di rafforzamento del vincolo negoziale.

Si tratta, come emerge dalla disamina delle clausole sopra svolta, di particolari strumenti di reazione dinanzi all'eventualità di un possibile inadempimento della controparte, espressamente consentiti in deroga al generale divieto di autotutela previsto dall'ordinamento, con funzione deterrente e di incentivo al corretto adempimento.

In particolare, la diffida ad adempiere, la clausola risolutiva espressa e il termine essenziale, introducono meccanismi di risoluzione non giudiziale e sono, perciò, riconosciute come strumenti di rafforzamento del vincolo contrattuale, in quanto consentono alla parte di avvalersi di un mezzo rapido per sciogliersi dal contratto e, al contempo, per spingere la controparte a tenere fede all'impegno assunto, sotto la minaccia della risoluzione.

La clausola penale e la caparra confirmatoria, invece, hanno la funzione di incidere sull'ammontare del risarcimento dovuto in caso di inadempimento, pattuendo un'anticipata liquidazione a *forfait* del danno, indipendentemente dalla prova della sua effettiva integrazione; sono anch'esse riconosciute come strumenti di rafforzamento del vincolo contrattuale nella misura in cui, prevedendo quanto il debitore dovrà certamente pagare in caso di inadempimento, rappresentano un deterrente per quest'ultimo e un sollecito al corretto adempimento.

Le clausole di autotutela, in ultima analisi, sono espressione di uno dei principali scopi del contratto, ovvero sia quello di prevenzione delle liti. Ciò che emerge dal presente lavoro, infine, è l'attenzione che l'estensore del contratto deve porre nella redazione delle singole clausole, poiché ciascuna di esse richiede particolari forme e menzioni che, ove disattese, ne inficiano l'applicazione e l'efficacia, tradendo, quindi, la funzione di prevenzione delle controversie del contratto stesso.