



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN AUTONOMIA INDIVIDUALE E
COLLETTIVA

XXII CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

**LE CLAUSOLE PENALI NEL DIRITTO DEL
LAVORO**

Dott. Alessandro Ruggiero

A.A. 2009/2010

Docente Guida/Tutor: Chiar.mo Prof. Antonio Vallebona

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Paolo Papanti Pellettier

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
 “TOR VERGATA”
 FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
 ANNO ACCADEMICO 2009-2010

Capitolo Primo
 LE TECNICHE DI TUTELA DEL DIRITTO

1. Effettività delle tutele e categorie sanzionatorie.	7
2. <i>Segue</i> : l’adempimento in natura.....	17
3. <i>Segue</i> : la tutela specifica.	25
4. <i>Segue</i> : la tutela per equivalente.....	35
5. La penale tra tutela specifica e per equivalente.	44
6. <i>Segue</i> : indennità di fonte legale e adempimento coattivo della prestazione principale.....	52

Capitolo Secondo
 LA CLAUSOLA PENALE

1. Caratteri della clausola penale.	57
2. Funzione della clausola penale ed implicazioni dottrinali.	66
3. <i>Segue</i> : le teorie sulla funzione risarcitoria e sulla funzione afflittiva.	72
4. <i>Segue</i> : le teorie sulla funzione sanzionatoria e sulla funzione dualistica.	78
5. <i>Segue</i> : il divieto di esclusione o di limitazione della responsabilità del debitore ex art. 1229 cod. civ.....	80
6. La penale e la prova del danno.....	88
7. <i>Segue</i> : la prova contraria sull’inesistenza del danno e la mancanza di causa della penale. Critica	92

8. L'oggetto della prestazione penale. Tipicità della clausola e atipicità del suo contenuto.	96
9. <i>Segue</i> : il contenuto della penale. Determinatezza o mera determinabilità?...	100
10. <i>Segue</i> : pecuniarietà o mera patrimonialità dell'obbligazione penale? Implicazioni ricostruttive.	101
11. La riducibilità <i>ex officio</i> della penale.	107
12. <i>Segue</i> : rapporti tra riducibilità <i>ex officio</i> e funzione dell'obbligazione penale.	113
13. La penale tra debito di valuta e debito di valore.	119
14. <i>Segue</i> : inadempimento della penale e applicabilità dell'art. 1224, co. 2, cod. civ.	120

Capitolo Terzo LE FONTI

1. Il codice civile.	122
2. La volontà delle parti del negozio giuridico.	124
3. Il contratto individuale di lavoro.	126
4. I contratti collettivi.	129
5. <i>Segue</i> : le leggi speciali.	132

Capitolo Quarto RAPPORTI TRA CLAUSOLA PENALE E NORME INDEROGABILI

1. Le sanzioni disciplinari. Penali legali o pene private?	134
2. Le tutele contro il licenziamento.	138
3. <i>Segue</i> : l'indennità nella tutela obbligatoria.	140
4. Le indennità nella tutela reale.	142
5. <i>Segue</i> : l'ultimo comma dell'art. 18. Penale a favore di terzo?	146

6. L'indennità supplementare nei CCL.....	149
7. L'indennità sostitutiva del preavviso ex art 2118, co. 2, cod. civ.....	152
8. Le penali nei patti di stabilità relativa del rapporto di lavoro.	154
9. L'indennità per il termine nullo nel c.d. Collegato Lavoro	156
BIBLIOGRAFIA	160

LE CLAUSOLE PENALI NEL DIRITTO DEL LAVORO

Capitolo Primo

LE TECNICHE DI TUTELA DEL DIRITTO

1. Effettività delle tutele e categorie sanzionatorie.

La questione del risarcimento del danno e delle sue possibili declinazioni sia in rapporto alla fonte – se contrattuale (art. 1218 cod. civ.) o extracontrattuale (art. 2043 cod. civ.) – sia in rapporto alla natura – a seconda che si invochi un danno patrimoniale (artt. 1223 ss. cod. civ.) ovvero non patrimoniale (art. 2059 cod. civ.) – sia, ancora, in relazione alle modalità di quantificazione dello stesso ⁽¹⁾ ed alle

¹ Sul risarcimento del danno patrimoniale si vedano in generale i ricordati artt. 1223 e seguenti del codice civile, richiamati anche dal successivo art. 2056 a proposito della determinazione del danno conseguente al risarcimento per fatto illecito (di cui all'art. 2043), il quale opportunamente richiama i soli artt. 1223, 1226 e 1227. Quanto invece al danno non patrimoniale, recentemente ricondotto ad unità, cfr. Cass. SU 11 novembre 2008, n. 26972, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 49 ss. con note di A. VALLEBONA, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro* e di F. BIANCHI D'URSO – G. CINQUE, *Le Sezioni Unite si pronunciano sul danno «(in)esistenziale»*. Con l'indicata sentenza, la S.C. ricollega una volta per tutte il danno determinato dalla lesione di interessi della persona non connotati da rilevanza economica alla disposizione dell'art. 2059, definita espressamente norma di rinvio, ed afferma che «il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in categorie variamente etichettate [...]» mentre «il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario

conseguenti ricadute sul piano processuale – con i relativi oneri di allegazione e prova a carico di chi ne pretenda il risarcimento ⁽²⁾ – rappresenta un aspetto molto importante dei rapporti giuridici ed è stata, perciò, largamente esplorata sia in dottrina che in giurisprudenza alla luce delle norme del diritto positivo.

Le implicazioni legate al tema sono infatti molteplici, anche in ragione dell'impossibilità di circoscrivere la questione del risarcimento, nella sua più ampia accezione, ad un solo campo d'indagine o, potremmo dire, ad una sola materia quale può essere il diritto civile piuttosto che il diritto penale o il diritto amministrativo ⁽³⁾.

L'esigenza di tutela del soggetto che subisca un danno, invece, concerne tutte le possibili relazioni umane che l'ordinamento giuridico è

modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno». Facendo leva sulla riferita unicità del danno, la S.C. conclude affermando che il giudice non potrà procedere, come in passato, alla liquidazione di importi separati in relazione alle diverse categorie di danno, bensì alla quantificazione del pregiudizio complessivamente sofferto, tenuto conto dei diversi pregiudizi accertati a carico del danneggiato nel caso concreto, eventualmente mediante personalizzazione delle tabelle usualmente impiegate per la liquidazione del “vecchio” danno biologico.

² In giurisprudenza, cfr. da ultimo Cass. SU 3677/2009, in *Mass. giur. lav.*, 2009, con nota di A. VALLEBONA, *Il danno non patrimoniale tra presunzioni semplici e presunzioni giurisprudenziali e Cass. SU 26972/2008, cit.*, quest'ultima anche a proposito degli oneri di allegazione e prova del danno patrimoniale. In dottrina, sugli oneri di allegazione e prova, A. VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, 2005. ID., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 1988. ID., *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziali delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 777 ss. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.

³ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XVII edizione, Giuffrè, 2004, 655 ss. e, spec., 658; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1985, 741 ss. e, spec., 751 ss.;

in grado di ricomprendere al proprio interno, siano determinate o meno da obbligazioni correnti tra soggetti determinati, in rapporto alle quali (come avviene nel caso della responsabilità aquiliana o per fatto illecito) la legge è talora indotta a prescindere persino dal tipo di illecito (⁴), salvo poi a bilanciare questa apparente incertezza con la necessità sul piano processuale di un rigoroso onere della prova in relazione all'invocata responsabilità risarcitoria (⁵) o che, per taluni pregiudizi (⁶), l'evento dannoso risponda a specifici requisiti in funzione della certezza dei rapporti giuridici (art. 2059 cod. civ.; art. 185 c.p.; art. 598, comma 2, cod. pen.; art. 89, comma 2, cod. proc. pen.).

⁴ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 656, che definisce l'art. 2043 cod. civ. «clausola generale».

⁵ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 658 ss.; P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 749 ss.

⁶ È questo il caso del danno non patrimoniale, in relazione al quale il risarcimento è connotato dal requisito della tipicità, non potendosi prescindere in tal caso dal disposto dell'art. 2059, il quale fa espresso riferimento ai soli «casi determinati dalla legge»: cfr. Cass. SU Cass. SU 11 novembre 2008, n. 26972, cit., secondo cui «La rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., come norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia accezione, riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal vigente codice civile tra danno patrimoniale (art. 2043 c.c.) e danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) [...]. Sul piano della struttura dell'illecito, articolata negli elementi costituiti dalla condotta, dal nesso causale tra questa e l'evento dannoso, e dal danno che da quello consegue (danno-conseguenza), le due ipotesi risarcitorie si differenziano in punto di evento dannoso, e cioè di lesione dell'interesse protetto. Sotto tale aspetto, il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante [...], mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona [...]».

In altri casi, addirittura, la tutela del soggetto oltrepassa i confini dei rapporti tra privati ed investe quelli tra privato cittadino e pubblica amministrazione ⁽⁷⁾.

All'esigenza di garanzie per il soggetto danneggiato il legislatore ha risposto attraverso la previsione di tecniche risarcitorie – o, sarebbe più corretto dire, categorie sanzionatorie – in grado non soltanto di rafforzare il vincolo giuridico nascente dal contratto o dalle norme dell'ordinamento (a seconda che si discuta di responsabilità contrattuale o aquiliana), in ragione dell'indubbia forza dissuasiva legata alla prestazione risarcitoria, ma soprattutto di riparare la violazione del diritto leso imponendo al danneggiante una prestazione in grado di colmare la perdita patrimoniale subita dal danneggiato o, laddove ciò sia possibile e non risulti eccessivamente gravoso per il debitore, di rimuovere gli effetti dell'inadempimento al precetto sostanziale.

In entrambi i casi, comunque, la finalità perseguita dall'ordinamento è meramente risarcitoria, mentre è da escludere una finalità propriamente punitiva della disobbedienza alla norma imperativa.

Sia il risarcimento per equivalente, sia la reintegrazione in forma specifica, pacificamente estesa anche all'ambito della responsabilità contrattuale ⁽⁸⁾, infatti, rappresentano categorie sanzionatorie dell'ordinamento positivo che poco e nulla hanno in comune con le pene private.

Attraverso la loro applicazione viene soddisfatto il fine della riparazione del danno prodottosi per effetto di un illecito, tanto che il diritto alla reintegrazione patrimoniale sorge non soltanto in relazione

⁷ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 70-73.

⁸ A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *op. ult. cit.*, 669; L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F. D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto Civile, III, Obbligazioni e contratti*, Utet, 1992, 152.

all'effettiva sussistenza di quest'ultimo (c.d. primo nesso di causalità), ma a condizione che sia altresì dimostrato in giudizio un suo effetto pregiudizievole, perciò anche definito danno-conseguenza, in rapporto al quale viene stabilito l'ammontare della prestazione risarcitoria (c.d. secondo nesso di causalità).

Per quanto concerne invece la clausola penale, l'analisi di funzione ha diviso i contributi dottrinali in più indirizzi, talora apertamente antitetici, come quello sulla funzione risarcitoria della penale e quello sulla funzione punitiva della stessa, solo in seguito ricomposti da un'autorevole dottrina attraverso la teorizzazione di una funzione dualistica dell'istituto (⁹), il cui contenuto non si identificherebbe né con il risarcimento forfettario del danno, di difficile individuazione nell'ambito di un'obbligazione la cui caratteristica è di prescindere dalla prova in giudizio non soltanto dell'esistenza di quest'ultimo ma, altresì, dell'entità dello stesso, né con la mera afflizione del danneggiante nell'ottica della punizione pura dell'inosservanza dell'obbligo, alla stregua delle pene private (¹⁰), ma con entrambe tali finalità congiuntamente esaustive della struttura obbligatoria della penale.

In rapporto alla fonte ed all'obiettivo che quest'ultima si propone di realizzare nel sistema positivo, quindi, sarebbe possibile individuare nell'obbligazione penale una tipicità sanzionatoria in grado, alternativamente, di soddisfare una preoccupazione di tipo risarcitorio attraverso la reintegrazione della perdita patrimoniale sofferta dal

⁹ S. MAZZARESE, *La clausola penale. Artt. 1382-1384 cod. civ.*, in *Comm. Cod. Civ.*, SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1999, *passim*.

¹⁰ Sull'assimilabilità della clausola penale alle pene private, v. G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 1 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 33 ss.; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, BUSNELLI e SCALFI (a cura di), Milano, 1985, 235 ss. V. anche S. MAZZARESE, *op. cit.*, 136.

titolare del diritto, al pari della tutela specifica e di quella per equivalente, ovvero una finalità eminentemente afflittiva con la mera punizione del trasgressore.

Sarebbero proprio le due funzioni, ciascuna in sé esclusiva rispetto all'altra, a tipizzare la sanzione dell'obbligazione penale indifferentemente di fonte negoziale o legale, unificando sotto una struttura comune tutti i possibili modelli rimediali previsti nell'ordinamento ⁽¹¹⁾. Ciò, come vedremo, consentirebbe di valicare il limite rappresentato per i modelli di fonte negoziale dal loro ambito esclusivamente pattizio e di individuare nel sistema di diritto positivo «una autonoma ed originale sanzione a «*struttura obbligatoria*» ed a «*funzione penale*»».

Sia nel caso delle forme di risarcimento tipizzate dalla legge, sia in quello delle clausole penali si tratterebbe comunque di categorie preventivamente compulsorie dell'adempimento e successivamente sanzionatorie, in ragione dell'attitudine di entrambe a sollecitare indirettamente il rispetto della norma scoraggiando condotte illecite e, al momento in cui si determini invece la lesione del bene, a sanzionare tale condotta, mentre in nessuno dei due modelli sembrerebbero potersi rinvenire i caratteri dell'esecuzione in forma specifica della prestazione principale (ma semmai, con riferimento a talune penali contenute in leggi speciali, quelli propri di una misura coercitiva indiretta).

In questi casi, infatti, «la coazione all'adempimento viene dall'obbligo di risarcire il danno, di cui la clausola agevola l'esecuzione: la agevola evitando la prova del danno» ⁽¹²⁾.

¹¹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 152 ss.

¹² *Relazione al Codice Civile*, n. 632.

Entrambi i modelli cui si è fatto riferimento, pertanto, non mirando alla realizzazione coattiva della prestazione principale sollecitano ma non garantiscono il rispetto della norme sostanziali, essendo deputati ad intervenire solo quando vi sia stato l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento e da questi ultimi sia scaturito l'interesse succedaneo del titolare del bene alla riparazione in forma specifica o per equivalente della lesione sofferta.

Con riferimento agli obblighi infungibili di fare e di non fare, che particolarmente interessano la materia del diritto del lavoro, l'ordinamento, se non è stato in grado di superare il problema della loro incoercibilità per mancanza di tecniche di tutela specifica che assicurino l'adempimento in natura (¹³), ha in questo modo potuto almeno garantire al titolare dell'interesse protetto una tutela, in alcuni casi rafforzata dalla previsione di apposite misure compulsorie per il caso in cui dall'inadempimento dell'obbligazione infungibile conseguisse un danno, così evitando che il creditore rimanesse completamente esposto non soltanto a detto inadempimento, ma altresì ai relativi effetti pregiudizievoli, sebbene in molti casi la soluzione prescelta dal legislatore sembri imporre un sacrificio eccessivo dell'interesse protetto frustrando la naturale propensione dell'ordinamento verso l'attuazione del diritto soggettivo (¹⁴).

¹³ A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, 9 ss.

¹⁴ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 9-10, secondo cui «l'ordinamento appare, così, contraddittorio, poiché da un lato privilegia l'adempimento in natura e dall'altro non appresta alcuna misura coercitiva generale per realizzare in concreto questo risultato. Anche se, in effetti, la contraddizione risulta più dalla prospettiva di politica del diritto adottata dall'interprete che non dal sistema positivo, in cui è semplicemente sancita la scelta di escludere per le obbligazioni di fare e di non fare infungibili ogni possibilità di adempimento coattivo, secondo una valutazione magari opinabile ma certo chiaramente incorporata nella combinazione delle norme sostanziali e processuali, insuscettibili

Accanto alla tutela risarcitoria la legge prevede in casi particolari una tutela indennitaria, connessa generalmente al compimento di attività pienamente lecite (art. 843, 2° co., cod. civ.; art. 924 cod. civ.; art. 925 cod. civ.) – le quali costituiscono, anzi, tipiche modalità di esercizio del diritto di proprietà o di realizzazione di un interesse pubblico (artt. 834 e 835 cod. civ.) – e solo raramente a fatti illeciti (art. 2045 cod. civ.)⁽¹⁵⁾.

In questi casi, la funzione risarcitoria di cui si diceva è particolarmente marcata, poiché l'obiettivo perseguito dall'ordinamento è propriamente quello di un'adeguata riparazione del danno sofferto.

La prestazione indennitaria, infatti, come si evince dalle norme che la contemplano, dipende dalla prova di un pregiudizio concreto, che pertanto deve essere dimostrato in giudizio affinché sorga il diritto alla prestazione stessa.

È perciò evidente la differenza rispetto alla clausola penale di cui agli artt. 1382 e seguenti del codice civile, in rapporto alla quale è possibile parlare tutt'al più di un danno evento, non certo di un danno conseguenza dal quale, invece, essa espressamente prescinde.

Sarebbe tuttavia possibile tentare di accostare i due modelli rimediali individuandone il presupposto nell'accertamento dell'esistenza pur

all'uopo di separata considerazione.» Il conseguente sacrificio dell'interesse del creditore si giustifica certamente quando si tratta di un interesse patrimoniale, che opportunamente cede all'altrui libertà [...]. Ma la situazione è assai diversa se anche il creditore è portatore di un interesse «esistenziale» che non possa essere adeguatamente soddisfatto con un equivalente monetario, sicché qui emerge con prepotenza la tensione all'adempimento in natura [...]. In argomento, v anche E. GHERA, *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, II, 1989, 1079 ss.. Sulla teoria del primato dell'adempimento in natura, v. tra i molti L. FERRONI, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, I, 1989, 236

¹⁵ P. RESCIGNO, *op. cit.*, 747 ss.

sempre di un evento pregiudizievole, ma in questo modo si rischierebbe di non inquadrare adeguatamente nessuno dei due schemi, dal momento che il danno cui fanno riferimento le norme di legge che contemplano dette indennità è il pregiudizio concretamente sofferto dal danneggiato, non il semplice danno-evento, e, d'altro canto, questo pregiudizio viene ricollegato da tali disposizioni al compimento generalmente di attività lecite.

Le clausole penali, invece, hanno il loro presupposto nella violazione del precetto sostanziale, ma a differenza delle prime non si interessano dell'eventuale pregiudizio prodottosi a carico del creditore se non implicitamente, dal momento che il loro effetto è di limitare l'intero danno risarcibile alla prestazione promessa ogni qualvolta non sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

Non a caso, come vedremo, proprio in ciò la dottrina dominante ha individuato la tipica causa pattizia della penale (¹⁶).

Con riferimento invece ai criteri di determinazione della misura dell'indennità, quest'ultima al pari dell'obbligazione penale può legittimamente discostarsi dall'entità del danno patito, come avviene ad esempio per i danni cagionati da fatti compiuti in stato di necessità, la cui valutazione è rimessa all'equo apprezzamento del giudice secondo il disposto dell'art. 2045 cod. civ., con sostanziale beneficio per il danneggiato sollevato in tal modo dai relativi oneri di allegazione e prova.

Nel diritto del lavoro, al contrario di quanto si è appena detto a proposito delle indennità di fonte legale, le penali disposte dalla legge o dai contratti collettivi in favore del lavoratore costretto a subire condotte illecite del datore di lavoro sono viceversa del tutto sganciate dalla

¹⁶ Per tutti, A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 34 ss.

prova del danno. Tanto che si è discusso se, in tali casi, la prestazione indennitaria assolva appunto ad una funzione afflittiva piuttosto che riparatoria ⁽¹⁷⁾.

L'indagine sulla prestazione accessoria stabilita in favore del dipendente danneggiato evidenzia, infatti, che l'esistenza del danno non riveste alcun ruolo ai fini del diritto alla corresponsione dell'indennità di fonte legale o contrattuale e, anzi, i parametri utilizzati per la sua quantificazione sono sovente legati più alla condotta e alle condizioni del danneggiante che alla situazione del danneggiato, così risultando avvalorata la tesi per cui l'ordinamento positivo vorrebbe, qui, prima di tutto punire l'illecito datoriale. D'altro canto, se posti in relazione alla funzione satisfattoria-riparatoria svolta dal risarcimento, tali parametri risulterebbero del tutto inconferenti e inadeguati a fornire un utile criterio di misurazione e conseguente monetizzazione del pregiudizio patito dal lavoratore.

Tant'è che a proposito delle indicate indennità si è parlato di penali sostitutive «di qualsiasi risarcimento e con funzione deterrente dell'illecito, anche se l'attribuzione della somma al soggetto passivo non esclude che di fatto il versamento possa anche ristorare, in tutto o in parte, un eventuale danno» ⁽¹⁸⁾.

Come si è infatti osservato, ogni strumento apprestato dall'ordinamento in risposta ad una condotta lesiva dell'interesse

¹⁷ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 98 ss., ed ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Secondo l'A. risulta certamente difficile distinguere tra sanzione civile e risarcimento quando il beneficiario sia lo stesso soggetto passivo dell'illecito. Infatti, «In questi casi i sintomi più rilevanti della natura afflittiva sono lo sganciamento dell'indennizzo dalla prova di un danno effettivo e la sua liquidazione in base a criteri (ad es. grado di colpa, condizioni economiche del responsabile, entità del profitto derivato dall'illecito) non funzionali ad una quantificazione presuntiva del danno medesimo».

¹⁸ A. VALLEBONA, *op. loc. ult. cit.*.

protetto è per sua natura idoneo a scoraggiare l'illecito, dal momento che già la minaccia di una reazione indifferentemente di tipo afflittivo o risarcitorio può efficacemente dissuadere dal violare le regole dell'ordinamento.

Quindi, anche la prospettazione del risarcimento del danno attraverso la mera monetizzazione di quest'ultimo, indifferentemente in via preventiva e forfettaria come nel caso delle penali o successiva e non forfettaria come nel caso della tutela per equivalente, è idonea a svolgere utilmente tale compito, poiché la dissuasione non è legata tanto al tipo di strumento apprestato dalla legge, quanto piuttosto alla risposta in chiave sanzionatoria prospettata per il caso dell'inadempimento e, più in generale, dell'inosservanza del dovere di condotta.

In questo senso, le diverse categorie sanzionatorie intensificano la tutela del diritto sostanziale al pari delle sanzioni civili e amministrative.

È solo nel momento successivo della lesione del bene che la funzione cui assolvono diverge, dal momento che le sanzioni non mirano a riparare il danno, ma a reprimere la condotta illecita, come dimostrato anche dalla inequivoca destinazione della somma imposta a titolo di sanzione non già in favore del danneggiato, ma di un terzo.

Sotto questo profilo, pertanto, le indennità di fonte legale, come le penali di fonte negoziale, sembrerebbero assimilabili più a comuni tecniche di risarcimento del danno che a modalità sanzionatorie dell'illecito essendo sempre disposte in favore della parte che lo abbia subito.

2. *Segue: l'adempimento in natura.*

La tutela del bene e, più in generale, il rispetto delle regole dell'ordinamento sono dunque garantiti attraverso molteplici e differenti

strumenti il cui risvolto processuale, però, non sempre è in grado di soddisfare il principio di effettività della tutela giurisdizionale, inteso come «la tendenza dell'ordinamento a consentire che il titolare del diritto sostanziale consegua mediante il processo non un qualsiasi risultato utile, bensì la concreta soddisfazione del suo preciso interesse protetto dalla legge»⁽¹⁹⁾.

Non sempre infatti, in relazione al bene protetto dall'ordinamento, è possibile assicurare al suo titolare l'adempimento in natura.

Addirittura, anzi, vi sono casi nei quali neppure è possibile garantire la reintegrazione in forma specifica del diritto sostanziale violato, il che accade ad esempio ogni qualvolta la lesione del bene sia irrecuperabile.

E d'altro canto, anche la tutela specifica si traduce sul piano pratico nella quantificazione economica della spesa sopportata dal titolare del diritto per la riparazione in forma specifica del danno sofferto, sicché la differenza rispetto al mero risarcimento per equivalente tende sensibilmente ad assottigliarsi, mentre quella rispetto alle misure coercitive dell'adempimento si amplia giocoforza notevolmente.

Seppure, infatti, la coazione all'adempimento è connaturale alla mera prospettazione di un'obbligazione risarcitoria per il caso della lesione del bene, in grado di esercitare una pressione di tipo psicologico nella direzione del rispetto delle norme, la sanzione del risarcimento non consente tuttavia al creditore di dotarsi di un provvedimento giudiziale sostitutivo della prestazione rimasta ineseguita.

La sentenza di condanna emessa in ipotesi ai sensi degli artt. 1223 e seguenti del codice civile non potrebbe tradursi, infatti, nell'imposizione a carico del debitore inadempiente dell'obbligo ad eseguire la

¹⁹ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 1.

prestazione concordata, a differenza di quella emessa ad esempio in applicazione dell'art. 2933 cod. civ.

Lo stesso dicasi per la clausola penale, a fronte della condotta dedotta in contratto o preveduta dalla legge quale presupposto legittimante l'esecuzione della relativa prestazione in sostituzione dell'obbligazione principale rimasta ineseguita.

La sostituzione, in tali casi, non avrebbe l'effetto di compensare l'inerzia del debitore mediante surrogazione, ma di reintegrare, come si è osservato, la perdita patrimoniale sofferta dal creditore o di soddisfare un suo interesse anche non patrimoniale con una prestazione accessoria preventivamente determinata.

È pur vero che attraverso la reintegrazione in forma specifica di cui all'art. 2058 cod. civ. vengono rimossi tutti gli effetti pregiudizievoli della condotta illecita e ripristinato lo *status quo ante*, ma detta tutela non può che intervenire quando il danno si è già prodotto appunto con l'imputazione, a carico del responsabile, del costo effettivo dell'operazione ripristinatoria e, quindi, in definitiva con la monetizzazione di quest'ultimo.

Nel caso poi della penale consistente in una prestazione pecuniaria non soltanto gli effetti dannosi dell'inadempimento potrebbero essere integralmente compensati, ma addirittura potrebbe essere assicurato proprio il contenuto della prestazione principale laddove quest'ultima consistesse a sua volta in un'obbligazione pecuniaria e l'importo dell'obbligazione accessoria fosse parametrato su di essa, come nel caso dell'art. 18 4° comma, della legge n. 300 del 1970.

Ma al di là del caso specifico, nel quale sarebbe ravvisabile una mera coincidenza d'intenti, la funzione della penale rimarrebbe inevitabilmente la stessa e cioè la sanzione dell'inadempimento attraverso una risposta alternativamente in chiave risarcitoria o afflittiva,

che nel primo caso si tradurrebbe pur sempre nella monetizzazione (forfettaria e anticipata) del(l'eventuale) danno patito dal creditore della prestazione principale.

Tuttavia, optare di conseguenza per la mera tutela sostitutiva per equivalente potrebbe implicare un sacrificio fin troppo gravoso del diritto sostanziale, specie quando quest'ultimo non abbia contenuto patrimoniale, ma consista piuttosto in un interesse che attiene alla libera e dignitosa esistenza dell'individuo, come ad esempio il diritto alla reputazione, il quale non può certo essere adeguatamente soddisfatto attraverso il suo equivalente pecuniario se non altro per la sua naturale resistenza a essere monetizzato.

A differenza infatti di una speciale abilità professionale della persona o di una particolare qualifica che, nell'ambito del rapporto di lavoro, potrebbe rendere quest'ultima particolarmente competitiva e che sarebbe quindi chiaramente suscettibile di valutazione economica, diritti della personalità come la reputazione e l'onore solo indirettamente entrano nel rapporto e, comunque, anche quando assumano una qualche valenza difficilmente rappresentano un parametro per la determinazione del contenuto economico della prestazione a carico del datore di lavoro.

A maggior ragione nei rapporti con i consociati non qualificati da un fine produttivo tali beni non possiedono, in genere, alcuna valenza economica.

Rispetto ad essi, pertanto, è indiscutibile che la legge raggiunga la sua piena realizzazione soltanto laddove sia in condizione di garantirne il rispetto, assicurando al titolare del diritto esistenziale proprio quest'ultimo in luogo del suo equivalente pecuniario prevenendo l'illecito, e soltanto quando ciò sia impossibile rimuovendone tutti gli effetti pregiudizievoli.

Nella fase in cui l'esercizio del diritto è ancora possibile e l'obbligo non sia incoercibile l'adempimento in natura può essere garantito mediante surrogazione attraverso l'esecuzione coattiva della prestazione dovuta e rimasta ineseguita.

Ne sono degli esempi, nell'ordinamento giuridico, i rimedi apprestati dagli articoli del codice civile dal 2930 al 2933, tra i quali particolare interesse suscita l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto (art. 2932), cui il contraente non inadempiente può ricorrere per salvaguardare il proprio diritto alla stipulazione del contratto definitivo a fronte del rifiuto dell'altro di dare esecuzione spontanea all'accordo preliminare.

Si tratta di un problema fortemente avvertito nell'ordinamento del lavoro allorché il preliminare riguardi l'impegno alla futura assunzione del lavoratore (²⁰).

²⁰ Cfr. sul punto Cass. 26 agosto 2003, n. 12516 la quale correttamente statuisce «la disposizione di cui all'art. 2932 c.c., diretta a dare esecuzione in forma specifica all'obbligo di contrarre, è applicabile solo ove la fonte dell'obbligo consenta di determinare completamente tutti gli elementi del contratto, anche nei dettagli, in modo che sia possibile iniziarne l'esecuzione senza che le parti debbano esprimere ulteriori dichiarazioni dirette a precisarne l'oggetto o il contenuto, elementi tra i quali sono comprese soprattutto le mansioni (cfr., ex plurimis, Cass. 11284/1991; 4953/1998; 8489/2002). Sicché, mancando tale specificazione e allorché l'obbligo del datore di lavoro rimanga inadempito, il lavoratore non può esperire il rimedio dell'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., ma ha (soltanto) diritto all'integrale risarcimento dei danni, ossia al ristoro delle utilità perdute per tutto il periodo del protrarsi di detto inadempimento». In dottrina, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, 5^a edizione, Padova, 2005, 82 ss. e specialmente nota 2. L'A., in relazione al rimedio dell'esecuzione specifica ex art 2932 cod. civ., richiama altresì la materia delle assunzioni obbligatorie dei soggetti appartenenti alle categorie protette e quella della successione negli appalti, attualmente disciplinata dal d.lgs. n. 276 del 2003. Quanto alla prima l'A. chiarisce, con ampia nota di richiami, che «il lavoratore avviato legittimamente ha diritto ad essere assunto e può chiedere la

L'esecuzione forzata in forma specifica, nelle diverse declinazioni qui elencate, nonostante talune affinità legate ad una finalità di riparazione – reintegrazione insista nella mera reazione all'inadempimento, si differenzia dalla sanzione del risarcimento e da quella della penale sia sotto il profilo strutturale, sia sotto il profilo effettuale.

Certamente, già nella risposta del sistema alla condotta violativa dell'obbligo giuridico, le misure coercitive dell'adempimento soddisfano alla medesima finalità che è propria delle categorie sanzionatorie di assicurare al creditore quanto a lui dovuto.

Tuttavia, sul piano della funzione svolta, che secondo la concezione tradizionale ⁽²¹⁾ influenza e condiziona quello della struttura, l'esecuzione forzata in forma specifica ha riguardo unicamente al diritto sostanziale, che mira a preservare attraverso la sostituzione del debitore inadempiente e la realizzazione coattiva della fattispecie sostanziale; dal che deriva una struttura del rimedio predisposto dall'ordinamento non certo a carattere obbligatorio, altrimenti l'effetto sarebbe in ogni caso quello di affidare alla volontà del destinatario del provvedimento

condanna del datore di lavoro inadempiente a risarcirgli il danno contrattuale derivante dalla mancata assunzione, solitamente quantificato in misura pari alle retribuzioni perse fino al momento in cui il lavoratore stesso ottenga un altro avviamento [...]» mentre con riferimento alla costituzione *ope iudicis* del contratto di lavoro, condivisibilmente, con ulteriore nota di richiami, conclude nel senso di escludere tale possibilità «non essendo noti tutti gli elementi di tale contratto, anche se l'innovazione relativa alla richiesta per qualifica riduce la forza di questo argomento, ancora sostenibile essenzialmente in considerazione della eventualità di un patto di prova». Quanto invece alla successione negli appalti, in assenza della tutela di fonte legale, l'esecuzione coattiva ex art. 2932 cod. civ. dell'obbligo a contrarre viene dall'A. rinvenuta nelle previsioni di taluni contratti collettivi sull'obbligo per l'impresa subentrante «di assumere, alle stesse condizioni, i lavoratori già addetti all'appalto da parte dell'impresa uscente».

²¹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit., passim*.

giudiziale l'esecuzione del provvedimento stesso, con conseguente incertezza sull'esito in aperta contraddizione con il fine della surrogazione.

L'esecuzione in forma specifica, infatti, non sostituisce all'obbligazione principale un'obbligazione accessoria ma si struttura sui caratteri della stessa prestazione dovuta, della quale assume la forma allo scopo di garantire la realizzazione proprio di quanto dovuto al titolare del diritto sostanziale.

Successivamente al verificarsi del danno, invece, quando non sia convenuta dalle parti una clausola penale e questa non sia prevista da alcuna norma di legge o di contratto collettivo il problema è di comprendere se sia ancora possibile la reintegrazione in forma specifica⁽²²⁾ o se, viceversa, non rimanga altra tutela che il risarcimento per equivalente.

A riguardo, è stato osservato che la reintegrazione diviene impossibile e non può essere domandata dal soggetto che abbia subito un danno non soltanto quando la lesione del diritto risulti ormai irrecuperabile, ma anche laddove il risarcimento in forma specifica, in ipotesi possibile, venga ritenuto dal giudice eccessivamente oneroso (art. 2058, comma 2, cod. civ.).

Non sarebbe cioè possibile affermare, in ogni caso, il primato della tutela specifica. Dovrebbe invece distinguersi la vicenda tipo che viene in considerazione e in rapporto ad essa misurare il sacrificio degli

²² Per una esaustiva ricostruzione dell'argomento, cfr. L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F. D. BUSNELLI – U. NATOLI, *op. cit.*, 151 ss.. V., inoltre, A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., 21.

interessi in gioco al fine di individuare, nel caso concreto, il mezzo più adeguato ⁽²³⁾.

Infatti, mentre non sarebbe consentito all'ordinamento negare ingiustificatamente per ogni diritto la tutela specifica, egualmente non sarebbe pensabile concederla aprioristicamente, dando luogo ad una sua «generalizzazione indiscriminata», sicché una vera e propria preferenza per l'una o l'altra tutela non potrebbe essere affermata «una volta per tutte in via generale ed astratta» ⁽²⁴⁾.

Come si accennava, vi sono poi dei casi nei quali la sostituzione del debitore ai fini dell'adempimento coattivo del diritto o della riparazione dell'interesse leso in forma specifica è impedita dall'infungibilità degli obblighi di fare o di non fare, la quale nella materia del lavoro è strettamente connessa con il riconoscimento in favore del debitore di una sfera di autonomia costituzionalmente garantita, all'interno della quale la surrogazione sarebbe illegittima a prescindere dalle finalità perseguite e dal grado di meritevolezza delle stesse ⁽²⁵⁾.

Nell'ambito della libertà di iniziativa economica prevista dall'art. 41 Cost. viene infatti in considerazione un'infungibilità di tipo giuridico ⁽²⁶⁾ che, nel riconoscere l'esclusività dell'attività svolta nell'esercizio dell'impresa, impedisce la possibilità di interventi “dall'esterno” ad opera di terzi per il compimento di tutti quegli atti che alla sfera di libertà costituzionalmente garantita siano comunque riconducibili.

²³ R. PARDOLESI, *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Napoli, 1989, 515 ss.. A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., 6 ss e 21 ss.

²⁴ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, *passim*.

²⁵ E. GHERA, *op. cit.*, 1080; A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 11.

²⁶ E. GHERA, *op. cit.*, 1080; A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 11

Questo vincolo, dai caratteri intensi per il rango di libertà costituzionale conferitogli dall'ordinamento positivo, interferisce sia nella fase in cui la tutela del bene sarebbe ancora possibile attraverso l'esecuzione coattiva, sia nella fase successiva alla lesione del diritto sostanziale, precludendo la concreta realizzazione dell'interesse protetto dall'ordinamento.

3. *Segue: la tutela specifica.*

Tornando per un momento al problema dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto di lavoro ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., si può ad esempio osservare come neppure la sentenza del giudice che accertasse il diritto del lavoratore alla stipulazione del contratto di lavoro e ne producesse gli effetti potrebbe materialmente sostituirsi al datore di lavoro nell'assegnazione al ricorrente di un posizione all'interno dell'organico aziendale.

Per quanto si è detto sopra, non sarebbe infatti possibile affidare ad un soggetto diverso dal datore destinatario del provvedimento giudiziale il compito materiale di predisporre una posizione di lavoro compiendo tutte quelle attività – come l'individuazione di una postazione, la dotazione di una scrivania, di un personal computer, degli altri ordinari strumenti di lavoro, nonché in ipotesi di un badge per l'accesso in azienda – che sono invece indispensabili per il quotidiano svolgimento della prestazione di lavoro dedotta nel contratto preliminare.

Lo stesso discorso deve essere fatto per il caso in cui sia già intervenuta la lesione del diritto sostanziale, rispetto alla quale i rimedi apprestati dalle leggi speciali sono del tutto inefficaci in mancanza della cooperazione del datore di lavoro.

Ne sono degli esempi, l'obbligo di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato nel precedente posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 o l'obbligo di riassumerlo in alternativa al pagamento dell'indennità ai sensi dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966. La scelta effettuata dal datore a seguito della sentenza di condanna di stipulare ad esempio un nuovo contratto di lavoro non potrebbe essere garantita infatti dall'art. 2931 cod. civ., né dall'art. 2932 cod. civ. per il caso di un successivo ingiustificato rifiuto dello stesso di provvedere all'assunzione.

Quest'ultima norma, in particolare, incontrerebbe il limite della mancanza di un accordo preliminare, che non potrebbe essere individuato nel provvedimento del giudice, mentre la prima incontrerebbe il limite costituzionale di cui si è detto.

In tali casi, essendosi consumata la lesione del bene, la legge consentirebbe dunque un atto di reintegrazione in forma specifica appunto dell'interesse ormai leso mediante una prestazione diversa e successiva rispetto a quella originariamente dedotta nel contratto, tuttavia potenzialmente ineffettiva in ragione della struttura necessariamente obbligatoria del rimedio, che demanda alla stessa parte datoriale l'esecuzione dell'ordine giudiziale ⁽²⁷⁾.

²⁷ L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F. D. BUSNELLI – U. NATOLI, *op. cit.*, 152, il quale riporta ed interpreta in senso critico il pensiero di vari autori sull'argomento tra i quali, soprattutto, R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Studi Messineo*, I, Milano, 1959, 522 ss. e C.M. BIANCA, in *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. civ.*, Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1979, 315. L'A., in relazione alla distinzione tra reintegrazione in forma specifica ed esecuzione forzata in forma specifica, afferma «Si tratta di una conclusione, del resto largamente condivisa, che non può non destare qualche ragionevole perplessità ove [...] si tenga conto del fatto che anche l'esecuzione forzata (in generale e quella in forma specifica in particolare) presuppone l'inadempimento (imputabile) del debitore: dunque, la lesione del diritto del creditore

Addirittura, anzi, nella legge n. 604 del 1966 il problema dell'incoercibilità dell'obbligo è parzialmente superato dalla possibilità per il datore di lavoro di scegliere se riassumere il lavoratore o pagare l'indennità, con automatica preclusione della tutela specifica e sostanziale irrilevanza della questione dianzi esposta ogni qualvolta, in ossequio alla libertà di iniziativa economica, egli opti per la soluzione negativa decidendo di non riassumere il dipendente licenziato.

Nel caso della tutela reale, invece, il problema dell'incoercibilità degli obblighi infungibili riemerge in tutta la sua ampiezza essendo la reintegrazione in servizio un rimedio all'inadempimento la cui esecuzione viene rimessa dalla legge, come si è detto, alla stessa parte datoriale, la quale potrebbe decidere ad esempio di non eseguire l'ordine giudiziale nella prospettiva di una riforma in appello o in cassazione della sentenza di primo grado.

Il problema dell'incoercibilità del fare infungibile è invece solo parzialmente arginato dalla previsione di misure coercitive indirette di carattere civile, ossia di sanzioni compulsorie che si accompagnano al provvedimento del giudice nell'ottica della dissuasione di un'eventuale inottemperanza, il cui importo forfettario, come nel caso di cui all'ultimo comma dell'art. 18 Stat. lav., non è fisso, ma variabile in

[...]. Sicché parlare di «adempimento coattivo» desta la sensazione di una sorta di contraddizione in termini», sebbene poi «l'esecuzione forzata in forma specifica costituisce un mezzo di reazione all'inadempimento e – non diversamente, sotto tale profilo, dalla reintegrazione – tende al soddisfacimento non del credito (ormai violato dal comportamento del debitore), ma dell'interesse (sucedaneo) del creditore ad ottenere (ove tuttora possibile) quanto a lui dovuto [...]. Ed è per ciò che si potrebbe ritenere che la prima costituisca una *species* della seconda od uno dei mezzi di attuazione di questa, tanto più ove si consideri che la maggior parte dei casi indicati come di reintegrazione [...] coincidono con quelli disciplinati dal codice civile come ipotesi (tipiche) di esecuzione forzata in forma specifica [...]».

ragione del collegamento tra la durata dell'inadempimento e la misura della sanzione a carico del datore che non ottemperi alla sentenza.

È stato infatti osservato che attraverso queste tecniche di protezione, tutte accomunate dal carattere afflittivo e sganciate dal danno, viene conferita effettività all'ordine del giudice insuscettibile di esecuzione forzata ⁽²⁸⁾, non soltanto in quanto il loro ammontare cresce fin quando il provvedimento giudiziale non riceva esecuzione, ma anche in quanto si tratta di somme pignorabili, concretamente in grado di incidere, come tali, sulla sfera patrimoniale del datore di lavoro.

Rispetto alla clausola penale, le misure coercitive indirette condividono numerosi caratteri, dalla funzione preventivamente compulsoria e successivamente sanzionatoria alla struttura obbligatoria, tanto che secondo un autorevole indirizzo dottrinale si potrebbe parlare anche in tale caso di penali sia pure in favore di un terzo ⁽²⁹⁾, cioè di un soggetto distinto dal creditore della prestazione principale.

Peraltro, a differenza delle penali le sanzioni non assolverebbero in nessun caso ad un fine risarcitorio, essendo asservite unicamente all'interesse del sistema positivo per l'ottemperanza al provvedimento del giudice, tanto da essere paramtrate in genere, come stabilito dall'ultimo comma dell'art. 18 Stat. lav., al numero di giorni trascorsi dall'emanazione della sentenza al momento della sua esecuzione ad opera del datore di lavoro condannato.

²⁸ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 13 e 25 ss.

²⁹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*

Parzialmente diverso è invece il caso della nuova misura compulsoria introdotta dalla recente riforma del processo civile a proposito dei provvedimenti giudiziali di condanna incoercibili in materia civile⁽³⁰⁾. La sanzione penale richiesta dalla parte, infatti, è qui slegata dalla durata dell'inottemperanza o, almeno, la norma non stabilisce alcuna connessione diretta o indiretta tra i due fattori ed anzi ne rimette la quantificazione al giudice tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno anche prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

Inoltre, a differenza delle misure compulsorie delle quali si è detto in precedenza, quella di cui all'art. 614 bis c.p.c. viene sempre disposta dal giudice a favore del beneficiario della sentenza di condanna e non di un soggetto pubblico, terzo rispetto alle parti in causa, come ad esempio il Fondo Adeguamento Pensioni nel caso enucleato dal ricordato ultimo comma dell'art. 18 Stat. lav.

È dunque vero che la nuova penale tipizzata dalla legge, al pari delle altre misure coercitive indirette, assolve qui ad una funzione

³⁰ Si tratta della legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69 che, all'art. 49, ha introdotto l'art. 614-bis c.p.c. intitolato *Attuazione degli obblighi infungibili di fare o di non fare* secondo cui «Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza.» Lo stesso comma, peraltro, chiarisce che dette disposizioni «non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.» In questo modo, evidentemente, ogni provvedimento di condanna che contenga un obbligo di fare o di non fare infungibile sarà assistito da una misura compulsoria civile che la parte vittoriosa in giudizio potrà richiedere per il solo fatto dell'inesecuzione dell'ordine del giudice, a prescindere dall'esistenza di un danno.

eminentemente compulsoria dell'ottemperanza all'ordine giudiziale, ma sembrerebbe altrettanto innegabile nella sua struttura l'intenzionalità sanzionatoria dell'inadempienza, tipica della clausola penale.

D'altro canto, si tratta di un'obbligazione accessoria che sorge in capo al soggetto condannato solo in virtù di una altrui manifestazione di volontà e, cioè, solo in quanto ne sia stata fatta richiesta dal soggetto in favore del quale il provvedimento giudiziale sia stato emesso; il suo importo, inoltre, non è necessariamente variabile e comunque non è rapportato alla periodo di tempo durante il quale perduri l'inesecuzione del provvedimento stesso, il che sembrerebbe non giovare ad una finalità propriamente coercitiva dell'adempimento, quantunque la norma espressamente disponga che la somma di denaro fissata dall'autorità giudiziaria è dovuta dall'obbligato «per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento».

In questo modo, infatti, sembrerebbe essere esaltata più che altro la funzione afflittiva della penale che, nel sanzionare non la durata dell'inadempienza, ma ciascuna violazione (o inosservanza, così come i ritardi nell'esecuzione della sentenza) “punisce” la pura e semplice violazione dell'obbligo.

A riguardo, non v'è chi non abbia individuato anche la giustificazione normativa della clausola penale di cui agli artt. 1382 e seguenti del codice civile nella preoccupazione di sanzionare l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento indipendentemente da qualunque preoccupazione di tipo risarcitorio e a prescindere sia dal carattere necessariamente patrimoniale della prestazione principale, sia

dell'interesse economico del creditore (³¹); per cui i punti di incontro tra l'istituto della penale e quello della misura compulsoria enucleata dal nuovo art. 614 bis c.p.c. sembrerebbero molteplici.

Quest'ultima, del resto, non condivide con le misure coercitive indirette delle quali si è detto sopra neppure la destinazione della somma ad un terzo, dal momento che l'importo fissato dal giudice, al contrario, è versato nelle mani ed in favore del beneficiario della sentenza di condanna, tra l'altro tenuto conto anche del danno concreto o solo potenziale a carico di quest'ultimo.

Tuttavia, essa accompagna pur sempre un provvedimento del giudice del quale mira ad assicurare l'esecuzione. Le similitudini rispetto alla penale, infatti, sia sul piano strutturale, sia soprattutto su quello effettuale, non ne escludono il fine primario di coazione all'adempimento dell'obbligo imposto con l'ordine giudiziale, invece senz'altro ravvisabile già nella volontà del legislatore di reagire all'inosservanza del provvedimento, non sanzionando genericamente la violazione dell'obbligo, ma colpendo espressamente ciascuna di queste violazioni e persino il ritardo nell'esecuzione della sentenza attraverso una risposta idonea a scoraggiare l'indifferenza del soggetto per l'obbligo impostogli, con esito sostanzialmente analogo a quello realizzato dall'*astreinte* di cui all'art. 18, ult. co., Stat. lav..

Si tratta, però, di una misura coercitiva che non si applica all'ordinamento del lavoro. Il nuovo art. 614 bis c.p.c., infatti, esclude espressamente tutte le controversie del lavoro, ivi incluse quelle sui

³¹ Si tratta di quella parte della dottrina che ha teorizzato, come vedremo, una funzione propriamente afflittiva della penale, sganciandola dell'esistenza sotto ogni profilo di un danno a carico del creditore insoddisfatto.

diritti del sindacato proposte in via ordinaria ⁽³²⁾. La conseguenza è che nella materia speciale del lavoro il ruolo e la funzione delle sanzioni compulsorie rimane circoscritto a quei soli casi in cui esse siano espressamente previste, come a proposito del ricordato licenziamento illegittimo del dirigente di una rappresentanza sindacale aziendale (art. 18, ult. co., Stat. lav.).

Ma anche quando la sentenza si accompagna ad uno strumento come le sanzioni compulsorie, in grado di dissuadere condotte elusive dell'ordine giudiziale, il suo destinatario rimane libero di non conformarsi all'obbligo impostogli addossandosi il costo della propria scelta che, nella materia del lavoro, è talvolta assai ingente.

Infatti, al di là della ricordata sanzione compulsoria, sia la tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604 del 1966, sia la più intensa tutela reale di cui alla legge n. 300 del 1970 pongono a carico del datore di lavoro che abbia illegittimamente licenziato un proprio dipendente anche un'obbligazione di tipo indennitario.

Quest'ultima, al pari della misura coercitiva indiretta, è sganciata dalla prova del danno e calcolata invece, come si diceva, talora su requisiti del datore di lavoro, talora invece in modo forfetario sulla perdita patrimoniale sofferta dal lavoratore.

A differenza dell'*astreinte*, però, la prestazione indennitaria cui la parte datoriale è tenuta per ordine del giudice non è disposta in favore di un soggetto pubblico, terzo rispetto al rapporto di lavoro, bensì in favore dello stesso lavoratore in risposta all'accertata illegittimità del licenziamento.

³² A. VALLEBONA, *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 568 ss.

Quindi, sebbene non possa dubitarsi del potenziale carattere afflittivo connesso con il suo adempimento, detta prestazione sembrerebbe rivestire soprattutto una funzione riparatoria – risarcitoria essendo indiscutibile il suo collegamento eziologico con il pregiudizio sofferto dal prestatore ingiustamente licenziato, a differenza di quanto ad esempio avviene per l'*astreinte* di cui all'art. 18, ult. co., Stat. lav. la quale successivamente all'emanazione dell'ordine del giudice è volta unicamente ad assicurare effettività al suo contenuto.

Essa, inoltre, al pari della penale presenta una struttura tipicamente obbligatoria, poiché alla prestazione principale si sostituisce anche in tali casi un'obbligazione accessoria la cui esecuzione è rimessa, come si diceva, al soggetto condannato in giudizio.

Peraltro, in questi casi la natura dell'obbligazione accessoria coincide sotto il profilo economico del rapporto di lavoro con la natura della prestazione principale, dal momento che la prestazione corrispettiva a carico del datore di lavoro che per effetto del licenziamento il dipendente perde è la retribuzione mensile.

Mentre però nella tutela obbligatoria l'indennità ha certamente i caratteri della penale poiché rappresenta una forfetizzazione della perdita patrimoniale sofferta dal lavoratore che assorbe l'intero danno risarcibile sostituendosi alla prestazione principale della prosecuzione del rapporto illegittimamente interrotto e del conseguente pagamento delle retribuzioni, nella tutela reale la prospettiva cambia radicalmente.

La prestazione indennitaria, infatti, non è qui determinata in modo forfettario ed inoltre il suo scopo è inequivocabilmente risarcitorio. Essa infatti mira espressamente a reintegrare in forma specifica il pregiudizio economico sofferto dal lavoratore a seguito del licenziamento e anzi a riconoscergli proprio l'oggetto dell'obbligazione retributiva, salva la prova ed il conseguente risarcimento (ma in tal caso solo per

equivalente) del maggior danno. Sicché, da un lato, il suo contenuto è strettamente correlato al duplice fattore del trattamento retributivo goduto dal dipendente prima del licenziamento e della durata dell'inottemperanza del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione, con potenziale crescita indefinita (soprattutto in relazione al secondo fattore) dell'ammontare dell'indennità risarcitoria. Dall'altro, l'equivalenza tra l'importo dell'indennità e la perdita economica sofferta dal lavoratore sembrerebbero allontanare la prestazione accessoria dalla penale, la cui causa si identifica invece con la «creazione convenzionale di una sanzione per il caso della disobbedienza ad un comportamento dovuto»⁽³³⁾, piuttosto che con una modalità alternativa di adempimento in natura dell'obbligazione retributiva gravante sul datore di lavoro scorretto, in funzione della riparazione integrale della perdita patrimoniale sofferta dal lavoratore.

Ciò non esclude, comunque, che l'indennità di cui all'art. 18 possa consistere in una penale, specialmente in quanto essa prescinde dalla prova in giudizio non soltanto del danno sofferto dal lavoratore, ma altresì dell'entità dello stesso ai fini della quantificazione del risarcimento, alla stregua della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 1382 cod. civ.; il che sembrerebbe confermare la pregnanza attrattiva dello schema delineato dal legislatore del 1942.

Ma altrettanto potrebbe dirsi con riferimento alla reintegrazione in forma specifica contenuta nell'art. 2058 cod. civ., rispetto alla quale l'indennità risarcitoria prevista dal 4° comma dell'art. 18 presenta più marcate affinità.

Al pari della prima, infatti, anche il modello rimediale delineato dalla legge speciale punta a rimuovere integralmente gli effetti

³³ A. MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 188.

pregiudizievoli dell'inadempimento, assicurando al creditore insoddisfatto quanto gli sarebbe spettato in esecuzione della prestazione principale. Inoltre, anche l'indennità risarcitoria ha un contenuto determinabile solamente dal giudice a posteriori, a differenza della clausola penale il cui contenuto viene invece determinato a priori dall'accordo delle parti.

Tuttavia, non è incompatibile con la natura dell'obbligazione penale un contenuto inizialmente solo determinabile e successivamente determinato da un terzo arbitratore, così come non è da escludere che l'oggetto della penale sia una prestazione del tipo di quella principale, ad esempio in quanto entrambe hanno carattere pecuniario.

4. *Segue: la tutela per equivalente.*

Dall'analisi dell'ordinamento positivo emerge quindi la presenza di più categorie sanzionatorie, diversificate fra loro in relazione agli effetti che producono nella sfera giuridica del soggetto danneggiato.

Il nostro ordinamento, infatti, mentre con la tutela specifica assicura il ripristino della situazione che sarebbe conseguita all'adempimento della prestazione principale mediante un atto di reintegrazione del bene leso succedaneo e certamente diverso da quest'ultima, col risarcimento per equivalente attribuisce invece al titolare del diritto sostanziale appunto l'equivalente pecuniario della mancata prestazione ⁽³⁴⁾.

In ragione dell'idoneità della tutela specifica a ricostituire il bene distrutto o diminuito nella sua entità fisica, ne è stata sottolineata la maggiore intensità rispetto alla tutela solo per equivalente, poiché rappresenterebbe una «forma più piena di risarcimento», sebbene sia

³⁴ L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F. D. BUSNELLI – U. NATOLI, *op. cit.*, 151 ss.

stato poi rilevato che nell'ordinamento positivo la normale forma di risarcimento, in definitiva, sia comunque «quella in danaro». Il danaro si conferma, d'altro canto, come l'unità di misura dei valori tutelati nel sistema ed è per sua natura suscettibile di agevole e spedita applicazione⁽³⁵⁾.

Alcuni autori⁽³⁶⁾, per questo, pur riconoscendo il ruolo e la funzione della reintegrazione in forma specifica, ne evidenziano l'incapacità a conseguire un vero e proprio primato a dispetto della naturale tendenza dell'ordinamento positivo verso il massimo grado di conservazione dei diritti; il che sembrerebbe confermare, all'opposto, il carattere di tutela generalizzata del risarcimento per equivalente, per sua natura destinato ad operare ogni qualvolta la tutela specifica risulti impedita.

Si è infatti osservato come non soltanto il perimento definitivo del bene oggetto di tutela e, più in generale, la lesione irreparabile in natura ne rendano impossibile la ricostituzione in forma specifica, imponendo invece la monetizzazione del valore di scambio del bene leso.

Ma, altresì, interferiscono sul tipo di tutela fattori come l'onerosità della prestazione risarcitoria in forma specifica posta a carico del danneggiante o ancora l'incoercibilità degli obblighi infungibili, in relazione ai quali il solo rimedio esperibile del risarcimento per equivalente, se non inverte il principio di effettività della tutela giurisdizionale laddove imponga un ingiustificato sacrificio della libertà del creditore a vantaggio di quella del debitore, consente almeno la riparazione del danno sofferto, che si mostra tanto più efficace quanto più sia slegata dalla prova in giudizio del danno patito.

³⁵ P. RESCIGNO, *op. cit.*, 746.

³⁶ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, *passim*. V. anche C. SALVI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, 1989 b 1805

In relazione all'ambito nel quale sono destinate ad operare, le tecniche risarcitorie rivestono un ruolo talvolta assai delicato potendo incidere su posizioni non sempre e non soltanto prettamente giuridiche, ma dai forti risvolti socio-economici.

Nei rapporti di lavoro, in particolare, il confronto tra i soggetti contraenti difficilmente mostra un situazione di eguale forza contrattuale in considerazione della disparità economica tra loro esistente, la quale assai spesso pone il lavoratore in una condizione di dipendenza dal proprio lavoro – e, di riflesso, dalla persistenza del rapporto – non soltanto tecnico funzionale, ma prima di tutto alimentare.

Le condotte datoriali illecite, pertanto, posso rivelarsi talora molto pregiudizievoli per il lavoratore almeno sotto il ricordato profilo economico, potendo incidere negativamente sulla capacità di reddito del dipendente e frustrare in tal modo il bisogno alimentare che per il lavoratore e la sua famiglia il rapporto di lavoro è per sua natura destinato a soddisfare.

Appare quindi ampiamente condivisibile la scelta operata dal legislatore di derogare sul piano processuale, per quanto possibile, alle regole generali sugli oneri di allegazione e prova introducendo meccanismi indennitari che sollevano il ricorrente dagli altrimenti indefettibili carichi probatori, secondo il noto principio di cui all'art. 2697 cod. civ. in rapporto all'art. 414, 4° e 5° comma, cod. proc. civ. ⁽³⁷⁾.

³⁷ Ad esempio nel caso del licenziamento ingiustificato, è il datore di lavoro interessato ad evitarne le conseguenze di legge a dover provare la fondatezza del recesso, mentre sul lavoratore ricorrente, secondo il noto insegnamento della S.C. a Sezioni Unite, graverà invece l'onere di allegare e provare l'esistenza del rapporto di lavoro, dopodiché egli dovrà limitarsi a dedurre appunto l'inadempimento del datore di lavoro concretatosi nel recesso privo della necessaria giustificazione (Cass. SU 13533/2001).

Ma si spiega, soprattutto, la commisurazione delle indennità di fonte legale sulla retribuzione del dipendente. Lo si può verificare, ad esempio, a proposito: della menzionata indennità di cui all'art. 8 della legge n. 604/1966; dell'indennità risarcitoria, ivi inclusa la misura minima delle cinque mensilità, e dell'indennità sostitutiva della reintegrazione di cui al richiamato art. 18 della legge n. 300/1970 nel testo novellato dalla legge n. 108 del 1990; dell'indennità supplementare prevista dai contratti collettivi per il caso di licenziamento ingiustificato del dirigente; o, ancora, dell'indennità sostitutiva del preavviso di cui all'art. 2118, riconosciuta dalla legge non soltanto a inadempienze del datore (art. 2119 cod. civ.), ma altresì a vicende in sé perfettamente lecite in grado tuttavia di alterare sensibilmente le condizioni di lavoro del dipendente (art. 2112 cod. civ.).

In tutti i casi ora esaminati, l'indennità dovuta dalla parte datoriale è strettamente connessa e anzi parametrata al trattamento retributivo, il quale, nei casi sopraelencati di interruzione del rapporto sinallagmatico, è inevitabilmente destinato a venire meno.

Dal lato del lavoratore, infatti, la relazione contrattuale che si instaura per effetto dell'assunzione ha prima di tutto contenuto pecuniario, dal momento che egli è indotto a cedere la propria forza lavoro in corrispettivo della retribuzione mensile, mentre le numerose tutele che circondano il rapporto di lavoro subordinato sono strumentali alla garanzia della continuità proprio di tale prestazione.

Si comprende perciò come sull'obbligazione retributiva e, soprattutto, sulla garanzia della sua continuità il lavoratore misuri non soltanto la propria disponibilità a rendere la prestazione di lavoro, ma talora anche l'interesse alla conservazione del rapporto. Ne sono alcuni esempi le dimissioni rese nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda dal dipendente le cui condizioni di lavoro abbiano subito, per effetto della

cessione, un significativo peggioramento (art. 2112, 4° comma, cod. civ.) o le dimissioni rese dal dipendente a causa di comportamenti datoriali che non consentano la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto (art. 2119 cod. civ.).

Con riferimento a quest'ultima ipotesi, in conformità alla ricordata posizione di debolezza economica del lavoratore dipendente, non soltanto l'autonomia collettiva, ma, altresì, la giurisprudenza di merito e di legittimità⁽³⁸⁾ considerano una tipica giusta causa di dimissioni appunto la mancata corresponsione (o anche solo un considerevole ritardo nel pagamento) del trattamento economico spettante al lavoratore.

Non in tutte le ipotesi sopraelencate, però, la tecnica risarcitoria di fonte eteronoma è in grado di riparare integralmente la perdita economica subita dal lavoratore.

³⁸ Trib. Genova, Sez. lavoro, 11.06.2004, in *Guida al dir.*, 2004, 41, 49; Cass. civ., 23.05.1998, n. 5146, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass. civ., 13.01.1989, n.133 in *Mass. giur. it.*, 1989; Cass. civ., 26.01.1988, n.648, in *Orient. giur. lav.*, 1988, 531; Cfr. altresì Cass. civ., 15.10.1984, n. 5176, in *Mass. giur. it.*, 1984 sul rifiuto del datore di lavoro di corrispondere un compenso adeguato alle prestazioni lavorative svolte in suo favore, il quale configura una giusta causa di dimissioni del lavoratore, cui pertanto spetta, ai sensi dell'art. 2119 cod. civ., l'indennità sostitutiva del preavviso. Sul mancato pagamento delle retribuzioni quale giusta causa di dimissioni e sul conseguente diritto all'indennità di cui al citato art. 2119 cod. civ. tra l'altro senza alcun obbligo per il lavoratore recedente di eseguire la contestazione immediata e specifica del fatto alla controparte datoriale, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi inversa di licenziamento in tronco del lavoratore, cfr. anche Cass. civ., 16.05.1983, n. 3368 in *Mass. giur. it.*, 1983 (in precedenza, sull'irrelevanza della contestazione si era espressa già Cass. civ., 05/05/1980, n. 2956, in *Notiz. giur. lav.*, 1980, 425); Cass. civ., 14.05.1983, n. 3354, *ivi*, 1983

Infatti, nel caso ad esempio della tutela obbligatoria l'indennità riconosciuta al lavoratore dalla legge è ricompresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 14 mensilità, mentre l'ormai irrecuperabile interruzione del rapporto, determinata dalla scelta del datore di lavoro, è potenzialmente idonea a procurare al lavoratore che non reperisca tempestivamente un'altra occupazione un danno patrimoniale di gran lunga maggiore e tanto più consistente quanto più lunga e penosa è la ricerca di un nuovo impiego.

In ciò, naturalmente, non rientra l'ulteriore considerazione che il nuovo impiego possa non rispondere alle aspettative della persona, ad esempio in quanto il connesso trattamento retributivo sia peggiore di quello assicuratosi dal vecchio impiego e perduto per effetto del licenziamento illegittimo.

Parimenti, nelle ipotesi di indennità supplementare e indennità sostitutiva del preavviso, "l'equivalente" monetario del pregiudizio sofferto potrebbe non corrispondere al danno economico derivante, a carico del prestatore di lavoro, dall'alterazione del rapporto sinallagmatico.

Il problema di fondo è che nei casi da ultimo esaminati, a differenza di quanto avviene con la tutela reale, la legge o il contratto non individua un intervallo di tempo all'interno del quale misurare l'intensità del danno patrimoniale occorso al lavoratore, sicché la prestazione principale di natura retributiva che venisse a mancare per effetto dell'inadempimento del datore di lavoro si proietterebbe inevitabilmente sull'intera aspettativa di vita professionale del lavoratore.

Tuttavia, una siffatta quantificazione del pregiudizio sofferto dallo stesso lavoratore sarebbe inammissibile non soltanto perché eccessivamente onerosa per la parte datoriale, ma soprattutto perché

mancando un termine finale essa andrebbe a risarcire un danno futuro e solo potenziale. Mentre la principale caratteristica del risarcimento è invece la sua inscindibile connessione con la perdita già subita dal creditore per effetto dell'inadempimento (art. 1223-1225 cod. civ.).

Sotto altro profilo è poi interessante osservare come gli esempi da ultimo riportati siano tutti contraddistinti dalla mancanza di alternative alla tutela di fonte legale, nel senso che al lavoratore non è concessa altra scelta al di là degli strumenti predisposti dalla norma speciale. Emblematico, a riguardo, è il caso della tutela obbligatoria nella quale, addirittura, è il datore di lavoro condannato in giudizio a poter scegliere tra riassunzione e pagamento dell'indennità, con un risultato più che scontato ogni qualvolta il licenziamento sia stato dettato dalla volontà di estromettere il dipendente dall'azienda.

Nel mentre è noto il principio secondo cui, laddove il contratto oppure, come nel nostro caso, la legge stabilisca per l'inadempimento una penale in favore del creditore insoddisfatto, essa assorbe l'intero danno risarcibile se non sia convenuto diversamente (art. 1382 cod. civ.)⁽³⁹⁾.

Pertanto, al lavoratore illegittimamente licenziato non rimane altra garanzia in tal caso se non quella offertagli dalla prestazione indennitaria nei limiti stabiliti dal giudice, con il conseguente rischio che il pregiudizio concretamente sofferto venga riparato solo in parte dalla prestazione pecuniaria sostitutiva.

Sul piano della funzione svolta, detta prestazione sembrerebbe quindi non discostarsi dal risarcimento per equivalente, poiché la lesione del bene è anche in tal caso irreversibile non essendo possibile rimediare alternativamente al licenziamento illegittimo che, quantunque invalido,

³⁹ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 101.

continua a produrre i suoi effetti, con la conseguenza che l'unica soluzione possibile di fronte alla scelta del datore di lavoro di non riassumere il dipendente rimane la monetizzazione della lesione conseguente all'inadempimento.

Infatti, l'opzione normativamente imposta al debitore è in tal caso tra il ripristino del rapporto di lavoro con il recupero soltanto di parte delle conseguenze patrimoniali dell'inadempimento stesso, dal momento che il tempo intercorso tra il licenziamento e la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro non viene coperto dalla previsione di legge neppure a titolo risarcitorio, ma rimane a carico del dipendente, o in alternativa il pagamento di un'indennità sostitutiva della reintegrazione in forma specifica, la cui determinazione, al pari del risarcimento, è rimessa al giudice secondo una valutazione compiuta a posteriori, sia pure tra un minimo ed un massimo fissati per legge.

L'analisi di funzione sembrerebbe cioè confermare quanto si diceva sopra e cioè che la tutela per equivalente, destinata per sua natura ad intervenire ogni qualvolta la tutela specifica risulti impedita, abbia i caratteri della tutela generalizzata dell'ordinamento, tanto da ricomprendere al proprio interno anche taluni modelli rimediali di fonte legale.

Lo stesso potrebbe dirsi infatti con riferimento all'indennità supplementare prevista dai contratti collettivi per il caso di licenziamento ingiustificato del dirigente o all'indennità sostitutiva del preavviso di cui all'art. 2118, riconnessa dalla legge sia a inadempienze del datore (art. 2119 cod. civ.), sia ad operazioni commerciali in grado di alterare sensibilmente le condizioni di lavoro del dipendente (art. 2112 cod. civ.).

Nessuno dei rimedi apprestati dall'ordinamento e qui ricordati consiste, propriamente, nel risarcimento per equivalente del danno

sofferto dal lavoratore, sia in quanto essi prescindono sempre dalla prova in giudizio dell'esistenza del danno, sia in quanto la determinazione dell'ammontare dell'indennità non è mai collegata ai criteri di quantificazione della prestazione risarcitoria di cui agli artt. 1223 e seguenti del codice civile, tra i quali il danno emergente e il lucro cessante, ma è forfettizzata e riconnessa più che altro a requisiti del datore di lavoro o ai caratteri del rapporto lavorativo, come ad esempio la durata dello stesso, o ancora all'anzianità di servizio del dipendente.

Eppure, al pari della sanzione del risarcimento, essi non realizzano una tutela in forma specifica della persona, poiché non rimuovono gli effetti pregiudizievoli dell'inadempimento in modo da assicurare al titolare del bene leso quanto a lui dovuto, anche in considerazione dell'irrecuperabile compromissione del rapporto giuridico che impedirebbe comunque l'adempimento in natura, ma si prefiggono piuttosto di risanare patrimonialmente le conseguenze dell'inadempimento attraverso una prestazione sostitutiva a carattere pecuniario.

Tuttavia, al di là del profilo funzionale, permane rispetto al risarcimento per equivalente una differenza sostanziale cui si è già fatto cenno, e cioè l'assoluta irrilevanza, per le indennità di fonte legale, proprio del danno subito dal lavoratore sia sotto il profilo della sua esistenza, sia sotto quello della sua concreta entità, da cui l'impossibilità di considerare la prestazione indennitaria come l'equivalente pecuniario del danno stesso, dovendosi qui intendere il concetto di equivalenza in senso lato, ossia quale alternativa alla tutela in forma specifica del diritto sostanziale e, in ultima analisi, alla reintegrazione in forma specifica del pregiudizio conseguente all'inosservanza dell'obbligo.

Inoltre, proprio l'indifferenza per il danno implica che le indennità di fonte legale ben potrebbero valicare la misura del pregiudizio sofferto

dal lavoratore, come in genere concretamente avviene per i dirigenti illegittimamente licenziati, la cui indennità supplementare risulta assai di frequente di gran lunga più elevata del danno emergente sofferto dalla persona nel periodo di tempo necessario alla ricerca di un nuovo impiego.

Ed è proprio la potenziale maggior misura della prestazione indennitaria in confronto al pregiudizio verificatosi a carico del titolare del bene a metterne in dubbio la natura risarcitoria evidenziandone invece un intento punitivo ⁽⁴⁰⁾.

5. La penale tra tutela specifica e per equivalente.

Le considerazioni svolte sino a questo punto inducono ad approfondire un tema in precedenza solo accennato e cioè se la clausola penale possa essere assimilata o meno al risarcimento del danno e, in caso affermativo, se possa in taluni casi costituire anche una modalità di reintegrazione in forma specifica del pregiudizio sofferto dal titolare del bene.

La dottrina ne aveva già evidenziato la comune appartenenza alla categoria delle sanzioni, sebbene lo studio condotto sino a questo punto induca a tenere separati il piano della funzione da quello degli elementi caratterizzanti i diversi istituti.

Infatti, una volta chiarita la funzione propriamente sanzionatoria assolta dalla clausola penale, non sembrano esservi preclusioni sistematiche alla possibilità di ricondurre a detta funzione ulteriori obbligazioni di fonte negoziale o legislativa, anch'esse a carattere

⁴⁰ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 167.

sanzionatorio, potenzialmente in grado di ampliare così lo schema tipico penale di cui agli artt. 1382 e seguenti del codice civile ⁽⁴¹⁾).

Allo stesso modo, attraverso il canale dell'analisi di funzione, sarebbe possibile accertare se l'obbligazione penale possa realizzare un obiettivo analogo o addirittura identico a quello della tutela in forma specifica, salvo poi, nel caso di una risposta affermativa, a verificare in concreto se il sistema non frapponga ostacoli di altra natura all'attitudine della clausola penale a predeterminare la sanzione per la violazione del dovere di condotta nei termini di una reintegrazione in forma specifica o persino, laddove ciò non sia escluso dall'eccessiva gravosità dell'obbligo e quest'ultimo non sia incoercibile, nei termini di un'esecuzione in forma specifica della prestazione principale rimasta ineseguita.

Ad una prima analisi degli articoli 1382 e seguenti del codice civile non sembrerebbe potersi ravvisare nelle intenzioni del legislatore del 1942 un'esplicita avversione per la tutela specifica. La norma, invero, parla genericamente di prestazione senza indicare che debba trattarsi in ogni caso di prestazione pecuniaria a carattere risarcitorio.

Già sotto questo aspetto, pertanto, la causa pattizia della penale non sembrerebbe identificarsi con una fattispecie predeterminata, tanto che sul piano della funzione svolta già agli albori dell'attuale codice civile ⁽⁴²⁾ e, poi, nelle più recenti ricostruzioni dottrinali ⁽⁴³⁾ non se ne escludeva neppure una finalità meramente afflittiva, mentre sul piano del contenuto la dottrina dominante ritiene oggi che l'obbligazione

⁴¹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 153.

⁴² Per un'ampia ricostruzione delle tesi dottrinali, v. S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 152 ss.

⁴³ G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, cit., 1 ss.; P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, cit., 33 ss.; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 235 ss.

penale possa avere indifferentemente un contenuto positivo o negativo, materiale o negoziale o consistere persino nel trasferimento di un diritto⁽⁴⁴⁾; il che farebbe supporre o, quantomeno sembrerebbe non escludere, che detta obbligazione possa anche essere congegnata dai contraenti in modo da limitare al minimo, e dove possibile rimuovere integralmente, le conseguenze dell'inadempimento.

L'unico limite è il carattere patrimoniale dell'obbligazione penale, la quale, quando non consista in una somma di denaro, ma ad esempio in un *facere*, deve pur sempre essere economicamente valutabile.

Occorre chiedersi, però, se le parti di un contratto possano stabilire per il caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento della prestazione principale una prestazione accessoria non soltanto diversa da quella pecuniaria, ma intenzionalmente diretta a rimuovere gli effetti negativi della condotta inadempiente alla stregua della tutela specifica.

Un esempio del genere, risolto dalla giurisprudenza di legittimità⁽⁴⁵⁾ con il riconoscimento della natura di clausola penale dell'accordo intercorso tra i contraenti, potrebbe essere la perdita da parte del debitore inadempiente di un credito vantato in precedenza nei confronti del creditore rimasto insoddisfatto, con sostanziale compensazione del

⁴⁴ V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 94; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, cit., 191; A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1966-1970, 520 ss; G. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. Sist. Civ. e Comm.*, II, Torino, 1980, 1346; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 218 ss.; S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 368 ss.; M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998, 74 ss.; G. DE NOVA, voce *Clausola Penale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., II, Torino, 1998, 378. In giurisprudenza, cfr. Cass., 08 agosto 1962, n. 2465, in *Foro it.*, 1962, I, c. 2081 e Cass. 12 marzo 1984, n. 1699, in *Foro it., Rep.*, 1984, *Obbligazioni in genere* (voce), n. 28.

⁴⁵ Cass., 08 agosto 1962, n. 2465, cit.

danno patrimoniale subito da quest'ultimo attraverso la prestazione accessoria pattuita.

D'altro canto, anche nella più recente esperienza negoziale non è infrequente che, a fronte di una prestazione principale avente natura pecuniaria, le parti pattuiscano a titolo di penale il pagamento di una somma di denaro con sostanziale coincidenza delle due obbligazioni.

Tipico, in proposito, è il caso dei contratti di intermediazione immobiliare con i quali viene conferito all'agente l'incarico di vendita di un immobile e stabilito il relativo compenso, generalmente corrispondente ad una percentuale del prezzo concordato per la conclusione dell'affare.

È invero prassi ormai consolidata quella di inserire nel regolamento negoziale una clausola penale – ad esempio per l'ipotesi in cui il venditore, contravvenendo agli accordi intercorsi, venda per proprio conto in costanza di mandato – in virtù della quale dovrà essere corrisposto all'agente un importo pari al compenso pattuito o, al più, determinato in una percentuale di quest'ultimo.

Appare di tutta evidenza che almeno nel primo caso le due prestazioni differirebbero unicamente per la fonte, dal momento che il compenso della mediazione ha origine nel sinallagma contrattuale mentre la penale consegue alla violazione proprio di quest'ultimo in conseguenza dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento.

Eppure, il risultato ottenuto sarebbe sotto il profilo patrimoniale il medesimo, con la conseguenza che gli effetti pregiudizievoli della condotta inadempiente verrebbero completamente rimossi, visto che per le sue caratteristiche la prestazione accessoria sarebbe idonea a sostituire la prestazione principale rimasta ineseguita senza alcun sacrificio da parte del suo creditore.

Occorre verificare, a questo punto, se la coincidenza tra le due obbligazioni sia di per sé sufficiente a considerare la penale una modalità di reintegrazione in forma specifica del pregiudizio sofferto dal danneggiato o, addirittura, di esecuzione in forma specifica della prestazione principale.

La risposta deriverebbe in tal caso dalla semplice considerazione che attraverso la clausola penale la prestazione principale dedotta nell'oggetto del contratto verrebbe munita di una peculiare garanzia, consistente nella certezza per la parte che ne beneficia del conseguimento attraverso il giudizio almeno di quanto originariamente dovutogli, da cui la vanificazione degli effetti dell'inadempimento, che è proprio quanto si prefigge di realizzare la tutela specifica.

Potrebbe peraltro discutersi della possibilità che, nella specie, la clausola penale realizzi piuttosto una particolare modalità di adempimento coattivo della prestazione principale, dal momento che a differenza del risarcimento per equivalente e della reintegrazione in forma specifica essa pacificamente prescinde dall'esistenza del danno ed è invece connessa alla mera inesecuzione o ritardata esecuzione dell'obbligazione principale.

Già un'illustre dottrina⁽⁴⁶⁾ aveva teorizzato, del resto, che la clausola penale dovesse essere ricondotta propriamente alla categoria delle misure coercitive piuttosto che a quella delle misure repressive e sanzionatorie, mentre sulla possibilità in generale che esecuzione e reintegrazione in forma specifica vengano talora a coincidere alcuni autori si sono già espressi in senso affermativo⁽⁴⁷⁾. Sia l'esecuzione che la reintegrazione, infatti, rappresentano un mezzo di reazione

⁴⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del "Foro italiano", 1940, 30.

⁴⁷ L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F. D. BUSNELLI – U. NATOLI, *op. cit.*, 152.

all'inadempimento e mirano alla realizzazione non certo del diritto sostanziale, ormai insoddisfatto in ragione del comportamento del debitore, ma del conseguente interesse del creditore ad ottenere quanto a lui dovuto. Dunque, sotto il profilo del risultato le fattispecie tendono senz'altro a coincidere e, comunque, presentano significativi punti di contatto.

Soltanto che nel caso della reintegrazione, così come nel caso del comune risarcimento per equivalente, l'ordinamento prende in considerazione un fattore ulteriore, ossia la riparazione del danno, del tutto inconferente sia per l'esecuzione coattiva, sia, come si è visto, per la clausola penale.

Sul piano processuale, infatti, in questi ultimi due casi non occorre alcuna prova del pregiudizio sofferto dal danneggiato, invece indispensabile ai fini del diritto al risarcimento. L'interprete potrebbe quindi essere indotto a scartare la categoria del risarcimento in forma specifica per accostarsi piuttosto a quella dell'esecuzione coattiva del diritto. Secondo la teoria sulla funzione punitiva della clausola penale, tuttavia, l'indipendenza dal danno che rende perciò eseguibile la prestazione penale anche quando la dimostrazione in giudizio di un danno concreto sia impossibile costituirebbe un indice inequivocabile della funzione afflittiva assolta dalla clausola pattizia; da cui la conclusione che essa rientrerebbe nel novero delle pure penalità, invece che in quello degli strumenti di realizzazione coattiva del diritto, tanto più in quanto l'essere normalmente stabilita in misura superiore all'importo prevedibile dei danni ne esalterebbe la ricordata funzione compulsoria piuttosto che quella coercitiva diretta.

Tornando ai contratti di intermediazione immobiliare, il Codice del Consumo all'art. 33 considera vessatoria, come tale affetta da nullità insanabile, la clausola penale eccessivamente onerosa e la

giurisprudenza ⁽⁴⁸⁾ ha ritenuto che nella definizione di eccessiva onerosità rientri proprio il caso della coincidenza tra l'importo di questa e ad esempio il compenso dell'agente.

Qualora però fosse stata negoziata tra le parti – e fosse quindi non un'imposizione unilaterale, ma il frutto dell'incontro delle volontà dei soggetti contraenti – la penale potrebbe essere soltanto equamente ridotta dal giudice ai sensi dell'art. 1384 cod. civ.

In quest'ipotesi, la differenza tra adempimento coattivo della prestazione principale e obbligazione penale sarebbe essenzialmente quantitativa, nel senso che per effetto della riduzione essa produrrebbe nella sfera patrimoniale del creditore una modificazione solo quantitativamente inferiore a quella che sarebbe conseguita dalla prestazione principale consistente nel pagamento delle competenze dell'agente immobiliare.

Sarebbe interessante stabilire, allora, se ciò sia sufficiente ad escludere la penale dall'ambito degli strumenti di esecuzione coattiva del contratto e, a fronte dell'esclusione, se debba essere recuperata almeno sul piano effettuale la categoria della reintegrazione in forma specifica. È vero infatti che l'enunciato requisito dell'irrilevanza del danno sembra essere un limite strutturale insuperabile, con la conseguenza che ogni tentativo di ricondurre la prestazione accessoria di cui agli artt. 1382 e ss. cod. civ alle due categorie del risarcimento in forma specifica o per equivalente apparirebbe come una forzatura del sistema.

Sotto l'accennato profilo della funzione svolta, però, la dottrina più volte ha accostato la causa tipica della penale alle dette categorie

⁴⁸ Trib. Milano, 29.03.02, in *Foro it.*, 2002, I, 2826; Giudice di Pace Sulmona, 24.06.1999, in *Giur. it.*, 2000, 2086.

sanzionatorie; sicché, potremmo dire, la questione cambia di prospettiva ogni qualvolta si abbia riguardo all'obiettivo che il regolamento convenzionale dei contraenti o la volontà del sistema o delle leggi speciali mira a conseguire, al di là dei pur numerosi elementi di distinzione delle diverse fattispecie.

Nell'esempio fatto, la penale negoziale evidenzia una funzione indubbiamente risarcitoria, cioè di riparazione sotto il profilo patrimoniale delle conseguenze dell'inadempimento, ma anche in tal caso conformemente allo schema codicistico senza alcuna preoccupazione per il complesso dei danni che potrebbero conseguire a carico del creditore, tra cui ad esempio la perdita di ulteriori incarichi per effetto del tempo speso nella cura del primo.

Nella determinazione delle parti, come chiarisce la struttura stessa della clausola penale, la sola preoccupazione del creditore è la garanzia dell'adempimento in natura o, in subordine, di una reintegrazione patrimoniale quanto più prossima all'oggetto della prestazione principale.

La differenza rispetto all'esecuzione in forma specifica, tuttavia, è che la struttura obbligatoria della clausola penale impedisce la surrogazione del debitore inadempiente cui invece è normativamente affidata anche la prestazione accessoria o, potremmo dire, il patto tra creditore e debitore ne presuppone la cooperazione con la conseguenza che, laddove quest'ultimo si ostini a non adempiere, la norma rimane violata e il diritto sostanziale irrealizzato. Rispetto invece alla reintegrazione in forma specifica, l'affinità è senz'altro maggiore giacché anche quest'ultima presuppone la collaborazione del debitore in ordine al compimento dell'atto o degli atti di reintegrazione in forma specifica appunto dell'interesse ormai leso; il che sembrerebbe mostrare, in definitiva, l'assenza di preclusioni alla possibilità di ampliare lo schema

tipico penale di cui agli artt. 1382 e seguenti del codice civile con quelle ulteriori obbligazioni a carattere sanzionatorio come appunto il risarcimento in forma specifica.

6. Segue: indennità di fonte legale e adempimento coattivo della prestazione principale

Diverso, invece, potrebbe essere il discorso in relazione a talune penali legali.

È il caso della già citata tutela reale introdotta dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 nel testo novellato dalla legge n. 108 del 1990 la quale tra l'altro, a differenza delle clausole penali pattuite dalle parti del negozio giudico, non è suscettibile di riduzione equitativa ad opera del giudice; il che, al di là della fonte legale e non contrattuale, si spiega con la semplice considerazione secondo cui il suo ammontare è esattamente corrispondente all'obbligazione retributiva che, in mancanza del licenziamento, sarebbe ugualmente gravata sul datore di lavoro.

È pur vero che a quest'ultimo, quando sia inadempiente, è consentita la possibilità di contenere l'ammontare della prestazione indennitaria a suo carico fornendo la prova in giudizio dell'*aliunde perceptum o percipiendum*, ma a differenza di ciò che accade nello schema codicistico, dove la riduzione è operata dal giudice secondo equità in relazione all'interesse del creditore all'adempimento (art. 1384 cod. civ.), nella legge speciale il parametro di riferimento è quello della compensazione del danno con il vantaggio patrimoniale che il lavoratore abbia conseguito altrove o avrebbe potuto conseguire con l'uso dell'ordinaria diligenza, il quale postula una proporzionale riduzione della perdita patrimoniale derivata al lavoratore stesso dall'interruzione del rapporto di lavoro. In quest'ultimo caso, viene cioè in

considerazione un criterio affatto differente, che il sistema già adotta in via generale agli artt. 1218 e seguenti del codice civile parametrando l'ammontare del risarcimento a quello del danno prodottosi a carico della persona e, nel contempo, imponendo al danneggiato di usare la diligenza necessaria a non aggravare il pregiudizio a proprio carico (art. 1227 cod. civ.); da cui l'implicita irrisarcibilità di quella parte di danno che il titolare del bene abbia autonomamente reintegrato o che, appunto, avrebbe potuto riparare tenuto conto delle proprie attitudini.

Il fondamento dell'art. 1384 cod. civ. sulla riducibilità dell'obbligazione penale, invece, risiede nell'esigenza di assicurare in concreto l'idoneità del patto a svolgere la propria funzione tipica⁽⁴⁹⁾ che, nella fase della costituzione del vincolo negoziale, consiste nel rafforzamento del comune interesse alla regolare attuazione del rapporto mentre, successivamente all'inadempimento, si concreta nella sanzione della condotta inadempiente in relazione all'interesse che il creditore aveva alla prestazione principale rimasta inesequita, rispetto al quale deve essere misurata dal giudice la proporzionalità appunto dell'obbligazione penale.

Eppure, come vedremo⁽⁵⁰⁾, i due modelli rimediali presentano un comune denominatore, poiché in entrambi i casi l'obiettivo del sistema è pur sempre quello di evitare, in definitiva, l'ingiustificato arricchimento del creditore attraverso un abuso del rimedio. Se riguardata infatti nella sua natura di sanzione, si comprende come la penale indifferentemente di fonte legale o negoziale non possa eccedere il limite della realizzazione dell'interesse del creditore stesso all'adempimento, altrimenti derivandone uno squilibrio delle posizioni contrattuali che ne

⁴⁹ T. VALLEBONA, *Buona fede e riduzione d'ufficio della penale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2004, 479.

⁵⁰ Cap. 2, § 10.

imporrebbe la riduzione sino alla misura strettamente necessaria per l'efficace adempimento del fine compulsorio-sanzionatorio cui per sua natura è deputata.

Sotto il profilo della funzione svolta, infatti, l'indennità risarcitoria di cui all'art. 18 Stat. lav., al pari delle clausole penali di origine contrattuale, mira a tenere indenne il creditore dagli effetti negativi dell'inadempimento, potenzialmente molto pregiudizievoli per il lavoratore dipendente.

Del resto, l'interruzione del sinallagma contrattuale determina, dal lato del prestatore di lavoro, la perdita sia del trattamento economico spettantegli, sia dell'anzianità contributiva che avrebbe ulteriormente maturato in costanza di rapporto, in quest'ultimo caso per effetto del mancato versamento dei contributi presso l'ente previdenziale di competenza.

Tralasciando quest'ultimo aspetto, certo non meno importante del primo, ma riconnesso all'interesse di un soggetto diverso dal lavoratore dipendente, è interessante osservare come l'ordinamento reagisca all'inadempimento del datore di lavoro gravandolo, sotto il profilo economico, di una prestazione a carattere pecuniario impropriamente definita «risarcitoria» esattamente corrispondente a quella perduta dal lavoratore.

L'art. 18, infatti, nel quantificare detta indennità parla non a caso di retribuzione globale di fatto, così includendo nella prestazione a carico del datore condannato in giudizio ogni emolumento già riconosciuto al dipendente beneficiario della sentenza di condanna. Sicché, appare già più difficile ritenere che il legislatore abbia inteso qui assolvere ad una preoccupazione eminentemente risarcitoria, se non altro perché la funzione riparatoria svolta dall'obbligazione indennitaria si confonde in tal caso con l'adempimento in natura.

D'altro canto, gli effetti patrimoniali della condanna giudiziale si accompagnano ad un rapporto di lavoro che si considera come mai interrotto per effetto della reintegrazione, tant'è che dal momento della riammissione in servizio il titolo della prestazione pecuniaria muta senza necessità di un provvedimento ulteriore, giacché da risarcitoria diviene senza alcuna soluzione di continuità retributiva.

Sembrerebbe, quindi, che in casi del genere – proprio in virtù del carattere pecuniario dell'obbligazione principale e della perfetta sua coincidenza con l'obbligazione accessoria – la penale assolva alla medesima funzione svolta dagli strumenti apprestati dagli artt. 2930-2933 cod. civ. assicurando al creditore l'esecuzione in forma specifica della prestazione principale rimasta inadempita piuttosto che il risarcimento per equivalente del danno conseguente all'inadempimento di quest'ultima.

D'altro canto, per effetto della tutela reale, la modificazione che in tal caso si produce nella sfera patrimoniale del creditore è del tutto equivalente a quella che sarebbe conseguita al pagamento mensile delle retribuzioni, con l'unica eccezione dell'eventuale maggior danno, il cui risarcimento solo per equivalente è però soggetto agli oneri ordinari di allegazione e prova del pregiudizio concretamente sofferto.

Rimane però, pur sempre, il profilo obbligatorio della prestazione accessoria, il cui adempimento è integralmente rimesso alla volontà dello stesso debitore, sebbene in tal caso l'incoercibilità del fare infungibile sia superata dalla natura pecuniaria dell'obbligazione che rende pignorabili le somme dovute, con sostanziale garanzia della realizzazione del credito insoddisfatto.

La difficoltà per l'interprete è di capire, quindi, dove siano i limiti dell'una e dell'altra fattispecie e sotto quale profilo sia possibile

individuare dei punti di contatto, se non talora delle vere e proprie sovrapposizioni, dei diversi istituti.

D'altro canto, come vedremo quando parleremo delle differenti teorie scaturite dallo studio della clausola penale e della sua funzione, dalla più risalente sulla c.d. funzione di garanzia sino ai più recenti indirizzi dottrinali sull'accennata funzione dualistica, non è possibile definire con certezza i caratteri dell'obbligazione penale soprattutto in rapporto alle potenzialità dello schema codicistico e degli altri modelli rimediali di fonte legale all'interno del sistema, dal momento che anche il criterio metodologico dell'analisi di funzione ha lasciato aperti in dottrina e in giurisprudenza numerosi interrogativi.

Capitolo Secondo

LA CLAUSOLA PENALE

1. Caratteri della clausola penale.

Gli articoli 1382 e seguenti del codice civile introducono nell'ordinamento giuridico l'istituto della penale (⁵¹), affidando

⁵¹ In generale, sul tema della clausola penale, v. V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit.; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1955, 240 ss.; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, cit., 186 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 219 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, cit.; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., 656; G. DISTASO, *I contratti in generale*, cit.; C. MIRABELLI, *Delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. Civ. (art. 1321-1469)*, in *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, 337 ss.; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 901 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, cit.; ID., voce *Clausola Penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit.; L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F. D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto Civile*, cit., 162 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1993, 162 ss.; C.M. BIANCA, *La responsabilità. Diritto civile*, V, Milano, 1994; M. DE LUCA, *La clausola penale*, cit.; G. DE NOVA, voce *Clausola Penale*, cit., 377; S. MAZZARESE, *La clausola penale. Artt. 1382 – 1384 cod. civ.*, cit., 132 ss.; A. JANNARELLI, *La clausola penale*, in *I contratti in generale*, CENDON (a cura di), VIII, Torino, 2000; G. DE NOVA – R. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. Dir. priv.*, RESCIGNO (diretto da), X, Torino 2002; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003; D. MAGLIASSO, *La clausola penale*, Giuffrè, 2007; F. AGNINO, *Clausola penale e tutela del consumatore*, Milano, 2009.

all'autonomia negoziale dei soggetti contraenti, nella regolamentazione dei loro rapporti patrimoniali, la determinazione del contenuto della prestazione.

La penale rappresenta, in effetti, una tipica manifestazione dell'autonomia privata, dal momento che all'obbligazione patrimoniale che ne forma l'oggetto è riconnessa la violazione di un dovere di condotta la cui individuazione viene espressamente rimessa dal legislatore alla volontà dei privati, ai quali compete, tra l'altro, la scelta tra inadempimento o semplice ritardo nell'adempimento della prestazione principale, quale condotta legittimante l'applicazione della penale, nonché se assorbire nella prestazione sanzionatoria l'intero danno risarcibile oppure se consentire al creditore la prova – e la conseguente risarcibilità – del maggior danno.

Soprattutto, è poi affidata ai privati l'individuazione del tipo di sanzione a carico del debitore della prestazione principale.

In questo l'ordinamento giuridico raggiunge il massimo grado di effettività della norma sostanziale, dal momento che demanda l'individuazione dell'obbligazione penale al regolamento negoziale e, pertanto, non ad altra fonte eteronoma, bensì alla fonte più prossima alla volontà del singolo contraente. Quanto invece agli effetti che la clausola penale produce, la norma dispone espressamente che attraverso l'imposizione della penale il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento venga limitato alla sola prestazione concordata, il che lo sottrae inevitabilmente alla disciplina generale di cui agli artt. 1223 e seguenti del codice civile, come tra l'altro chiarito dal secondo comma dell'art. 1382 il quale dispone che la penale sia dovuta indipendentemente dalla prova del danno. L'effetto della pattuizione è cioè quello di esaurire il complesso dei danni risarcibili, imponendo al debitore della prestazione principale

una sanzione specifica per il solo fatto dell'inosservanza dell'obbligo imposto a suo carico nei termini alternativamente dell'inadempimento o del mero ritardo nell'adempimento, con l'unico onere per la parte che li abbia subiti, ai sensi del ricordato art. 1382, comma 2, cod. civ., di dedurre in giudizio quella delle due vicende che legittima la prestazione sanzionatoria (⁵²).

È pertanto evidente la deroga, rispetto al risarcimento in forma specifica e per equivalente, ai normali oneri di allegazione e prova del danno e del nesso causale tra questo e la condotta rilevante ai fini della prestazione risarcitoria, con sostanziale beneficio per l'interesse del creditore alla reintegrazione del bene ormai leso dall'inosservanza dell'obbligo, garantito dalle ricordate agevolazioni processuali.

⁵² Sugli oneri di allegazione e prova per il caso di inadempimento di un'obbligazione, cfr. Cass. SU 13533/2001 che, nel fare applicazione del principio c.d. di vicinanza della prova, afferma «il creditore [...] che agisca per l'adempimento [...] deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento» ed ancora, in tema di inesatto inadempimento «Le richiamate esigenze di omogeneità del regime probatorio inducono ad estendere anche all'ipotesi dell'inesatto adempimento il principio della sufficienza dell'allegazione dell'inesattezza dell'adempimento [...] gravando anche in tale eventualità sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento. [...]. D'altra parte, la diversa consistenza dell'inadempimento totale e dell'inadempimento inesatto non può giustificare il diverso regime probatorio. In entrambi i casi il creditore deduce che l'altro contraente non è stato fedele al contratto. Non è ragionevole ritenere sufficiente l'allegazione per l'inadempimento totale (massima espressione di infedeltà al contratto) e pretendere dal creditore la prova del fatto negativo dell'inesattezza, se è dedotto soltanto un inadempimento inesatto o parziale (più ridotta manifestazione di infedeltà al contratto). In entrambi i casi la pretesa del creditore si fonda sulla allegazione di un inadempimento alla quale il debitore dovrà contrapporre la prova del fatto estintivo costituito dall'esatto adempimento».

In relazione alla clausola penale, l'obiettivo del legislatore non era del resto quello di introdurre uno strumento cautelare a tutela delle regole dell'ordinamento rafforzativo del solo vincolo giuridico nascente da queste ultime in funzione del maggior livello possibile di effettività delle norme stesse dell'ordinamento positivo, come nel caso delle sanzioni civili che si accompagnano a taluni precetti.

Gli artt. 1382 e seguenti, piuttosto, riguardano le pattuizioni individuali, rispetto alle quali rappresentano un mezzo e non il fine dell'ordinamento, essendo chiaramente diretti a munire il contratto di uno strumento ad un tempo rafforzativo dell'adempimento e sanzionatorio dell'inosservanza degli obblighi convenzionalmente imposti a carico del debitore (⁵³).

La norma, pertanto, volutamente non definisce i caratteri dell'obbligazione penale limitandosi a stabilire che il contenuto della prestazione sia determinato e ricollegandovi indirettamente il solo carattere della patrimonialità (⁵⁴).

⁵³ Cass. 8 agosto 1996, n. 7285, in *Iuris data – Sentenze Cassazione Civile* – cd rom Giuffrè, 2006/1 secondo cui «la clausola penale [...] va riguardata come un mezzo rafforzativo dell'adempimento, rientrante nelle misure cautelari disposte dalle parti nell'esercizio di un potere di autotutela convenzionale [...]». Nello stesso senso, in precedenza, cfr. Cass. 21 giugno 1995, n. 6976, in *Giur. it.*, 1996, II, 488, secondo cui «la clausola penale [...] ha una duplice funzione: una coercitiva all'adempimento e un'altra risarcitoria del danno conseguente all'inadempimento. Da ultimo, cfr. Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Danno e resp.*, 2007, 1125, nonché in *Nuova giur. civ.*, 2007, 9, 1, 981, ove si legge che la clausola penale «assolve la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria».

⁵⁴ A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 220 ss. il quale afferma «la penale [...] può consistere in una prestazione avente un contenuto positivo o negativo, materiale o negoziale, ma può implicare anche il trasferimento di un diritto. Il limite andrà, semmai, individuato nel carattere necessariamente

Infatti, in ragione della potenziale infinita varietà dei contratti, la definizione dell'oggetto della clausola penale avrebbe rischiato di cristallizzarne il contenuto all'interno di schemi potenzialmente privi di effettività per mancanza di corrispondenza con le contingenti e sempre diversificate esigenze dei soggetti contraenti.

In dottrina e in giurisprudenza si è a lungo discusso circa i caratteri della clausola penale (⁵⁵). A riguardo, si è già detto come in contributi dottrinali relativamente recenti (⁵⁶) non soltanto venga rivisto il

patrimoniale della prestazione» con conseguente esclusione di obbligazioni penali a contenuto morale.

⁵⁵ In dottrina, V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 27; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, cit., 189 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 220; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 518 ss.; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, cit., 905 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, cit.; ID., voce *Clausola Penale*, cit.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., 165 ss.; M. DE LUCA, *La clausola penale*, cit., 65 ss.; G. DE NOVA, voce *Clausola Penale*, cit., 377; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 132 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003; D. MAGLIASSO, *La clausola penale*, cit., 111 ss.; F. AGNINO, *Clausola penale e tutela del consumatore*, cit., 19 ss.. In giurisprudenza, cfr. Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, cit.; Cass. 25 gennaio 1997, n. 771, in *Guida dir.*, 1997, fasc. 8, 26; Cass. 8 agosto 1996, n. 7285, cit. ; Cass. 21 giugno 1995, n. 6976, cit.; Cass. 17 ottobre 1985, n. 5122, in *Notiz. giur. lav.*, 1986, 540; Cass. 20 ottobre 1984, n. 5305, in *Arch. civ.*, 1985, 710; Cass. 30 gennaio 1982, n. 590, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 206; Cass. 17 dicembre 1976, n. 4664, in *Foro it.*, Rep. (voce *Contratto in genere*), 1976, n. 217. Sulla qualificazione della penale in termini di debito di valuta e non di valore, cfr. Cass. 24 giugno 1987, n. 5583, in *La Cassazione Civile – cd Utet*, 2006/1, nonché in *Foro it.*, Rep. (voce *Contratto in genere*), 1987, 329; Cass. 4 novembre 1993, n. 10887, *ivi*; Cass. SU 10 aprile 1995, n. 4126, in *Iuris data – Sentenze Cassazione Civile – cd rom Giuffrè*, 2006/4; Cass. 4 febbraio 1999, n. 977, in *La Cassazione Civile – cd Utet*, 2006/1; Cass. 8 aprile 1998, n. 3641, *ivi*.

⁵⁶ A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 3; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 164.

contenuto della clausola penale in termini sanzionatori, ma ne sia superata altresì l'origine pattizia, sino ad individuare nel sistema una autonoma ed originale sanzione «a funzione penale», cui parte della dottrina riferisce tutte le differenti tipologie di penali presenti nel sistema, da quelle testamentarie a quelle giudiziali, rispetto alle quali ritiene individuabile un fondamento giuridico comune in grado di accomunarle sotto una medesima struttura obbligatoria ed una medesima funzione sanzionatoria, quale appunto la funzione penale dell'obbligazione penale⁽⁵⁷⁾.

L'espressione sembrerebbe tautologica poiché spiegherebbe il fine dello strumento con la sua stessa denominazione. Tuttavia, negli studi della dottrina prevalente è proprio la funzione che qualifica lo strumento⁽⁵⁸⁾, influenzando le altre problematiche collegate alla figura, sebbene poi struttura e funzione degli atti non siano del tutto scindibili tra loro e, anzi, inevitabilmente si condizionino a vicenda⁽⁵⁹⁾.

Ascrivere quindi il fine della clausola ad una tipica causa pattizia consistente nella creazione convenzionale di una sanzione per il caso della disobbedienza ad un comportamento dovuto, senza enucleare invece i principi generali che caratterizzano tali sanzioni significherebbe limitare il campo di indagine, con il rischio di assumere a funzione esclusiva dello schema codicistico « quello che in realtà è uno degli effetti tipici che la penale può essere indirizzata a realizzare solo eventualmente». L'effetto potrebbe essere, così, quello di assumere un astratto tipo legale di clausola che potrebbe non corrispondere alla realtà

⁵⁷ S. MAZZARESE, *La clausola penale. Artt. 1382 – 1384 cod. civ.*, cit., 153-154.

⁵⁸ V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 1 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 1 ss.; M. DE LUCA, *La clausola penale*, cit., 25 ss..

⁵⁹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 150-151

ordinamentale e positiva, con inevitabile ricadute sulla sua stessa ricostruzione strutturale ⁽⁶⁰⁾.

La questione, pertanto, è piuttosto articolata e non investe soltanto il fine cui l'obbligazione penale assolverebbe nelle intenzioni dei contraenti, ma altresì le tematiche ad essa collegate della natura della clausola e dell'oggetto della prestazione.

Si tratta però, in ogni caso, di argomenti che la dottrina e la giurisprudenza non hanno risolto univocamente. Basti qui solo accennare alla ricordata questione del risultato che le parti del negozio giuridico si prefiggono di raggiungere attraverso l'obbligazione penale ⁽⁶¹⁾, ma lo stesso può dirsi anche delle altre. Un tema particolarmente controverso è quello della qualificazione sotto il profilo giuridico della clausola penale: secondo alcuni da intendere quale negozio autonomo

⁶⁰ S. MAZZARESE, *op. ult. cit., passim*.

⁶¹ A. MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, cit., 189-190 secondo cui «se si guarda alle ipotesi più comuni [...], ci si accorge che le parti, ponendo in essere la clausola, hanno di mira l'attuazione di uno scopo pratico a sé stante: intendono predisporre una sanzione per l'inadempimento (o per il ritardo nell'adempimento) dell'obbligazione nascente dal contratto. Nello stesso senso, V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 68, il quale parla di «creazione convenzionale di una sanzione per la mancata osservanza di un comportamento dovuto». Nel senso invece di una modalità di preventiva e convenzionale liquidazione del danno, v. A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., spec. 517 e 524; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., 656; A. MARINI, voce *Clausola Penale*, cit., 1 ss.. Di diverso e ulteriore avviso, S. MAZZARESE, *op. ult. cit., passim*, il quale, nell'avvicinarsi più al pensiero dei primi autori rispetto ai secondi, teorizza una funzione dualistica dell'obbligazione penale che non si confonde, né si identifica con la sola preventiva e forfettaria liquidazione del danno, ma neppure con la semplice punizione del dovere violato, poiché accosta piuttosto alla funzione risarcitoria quella afflittiva, come fossero due parti di un unico insieme in grado di racchiuderle entrambe senza fonderle al proprio interno, ma conservando a ciascuna di esse la propria «autonomia» e «individualità».

distinto rispetto al contratto cui accede, posto che lo scopo perseguito dai contraenti con la sua previsione rimarrebbe del tutto indifferente e non si confonderebbe con quello del negozio principale, il che porterebbe a distinguere lo schema causale della penale dallo schema causale del contratto; secondo altri, invece, essa andrebbe configurata inequivocabilmente quale clausola accessoria del regolamento negoziale (*rectius*, della prestazione principale dedotta in quest'ultimo) nel quale, per sua natura, è destinata ad inserirsi; secondo altri ancora, infine, in accoglimento di una tesi che sembrerebbe collocarsi a metà strada, la clausola penale non rappresenterebbe un negozio indiscutibilmente autonomo sotto il profilo causale, seppure accessorio ad un diverso negozio principale ⁽⁶²⁾.

⁶² A. MARINI, voce *Clausola Penale*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 4, il quale nel richiamare il pensiero di altro illustre giurista afferma «Un corretto criterio di soluzione del problema posto può rinvenirsi a parere di chi scrive nel carattere essenzialmente sanzionatorio della penale che, perciò stesso, si colloca su un piano necessariamente diverso da quello del contratto cui accede, così come, in generale, la sanzione si distingue dal precetto al quale si collega e che vale a rafforzare. S'intende, allora, come la penale, proprio in quanto schema negoziale sanzionatorio, non possa considerarsi un semplice elemento o una componente elementare del complessivo regolamento negoziale precettivo che pure presuppone ed al quale appare necessariamente collegata. Se, poi, sulla base dei rilievi che precedono, risulta sufficientemente chiara l'autonomia della clausola penale, è pur sempre vero che considerazioni d'indole testuale e specifiche ragioni sostanziali impediscono di affermare la sanzionabilità penale di un'obbligazione non contrattuale [...]. Clausola penale e contratto risultano intimamente collegati ed anzi la prima appare quale negozio accessorio rispetto al secondo nel preciso senso che la funzione sanzionatoria non può esplicarsi se non in relazione ad una regolamentazione contrattuale che ne viene, pertanto, a costituire il necessario presupposto. Sicché, in ultima analisi, la qualificazione più corretta della figura in esame sembra quella di un negozio autonomo accessorio ad un diverso negozio principale [...]». V. anche A. MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, cit. 189-190, richiamato dall'A., che mette in stretta correlazione l'autonomia causale e

Coerentemente, in relazione all'oggetto della prestazione penale, la dottrina si è divisa tra i sostenitori della natura esclusivamente pecuniaria dell'obbligazione penale ⁽⁶³⁾ e coloro i quali, invece, ritengono che la clausola penale possa contenere, altresì, prestazioni di dare o di fare, l'estinzione di un debito per effetto della sua compensazione con un preesistente credito della parte inadempiente ⁽⁶⁴⁾ oppure, ancora, il trasferimento di un diritto ⁽⁶⁵⁾.

Quest'ultimo punto, come vedremo, ha sollevato numerosi dibattiti, segnatamente in relazione al potere del giudice di riduzione ad equità dell'obbligazione penale ex art. 1384 cod. civ., nonché in relazione al divieto di patto commissorio disciplinato dall'art. 2744 cod. civ., dal momento che attraverso una prestazione penale avente ad oggetto il trasferimento, in favore del creditore, di diritti reali su un bene mobile o immobile il rischio di eludere l'applicazione della ricordata norma imperativa sarebbe più che concreto. Ma non v'è chi non abbia opportunamente distinto tra penale ad effetti reali e penale ad effetti obbligatori, ritenendo per questa strada che non ogni trasferimento di un diritto integri per ciò solo gli estremi del patto commissorio, ma quel solo patto che abbia ad oggetto il trasferimento in sé per effetto dell'inadempimento o del ritardo, mentre senz'altro più controverso sarebbe il caso del mero impegno a trasferire ⁽⁶⁶⁾. Secondo questo indirizzo, propriamente, dalla pattuizione deriverebbe in tal caso un

perciò negoziale della clausola penale con la sua accessorialità rispetto al negozio principale affermando che «il legame di accessorialità non è incompatibile con la (detta) autonomia».

⁶³ V. per tutti, A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 126 ss.

⁶⁴ Cfr. sul punto Cass., 08.08. 1962, n. 2465, cit.

⁶⁵ V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, 93 ss..

⁶⁶ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 368 ss.

effetto reale indiretto, in quanto mediato da un effetto convenzionalmente obbligatorio ⁽⁶⁷⁾).

2. Funzione della clausola penale ed implicazioni dottrinali.

Anche la funzione della clausola penale, cui sopra si è già accennato, ha sollevato numerosi interrogativi e stimolato la riflessione e il dibattito tanto in sede dottrinale ⁽⁶⁸⁾ che giurisprudenziale ⁽⁶⁹⁾. Il problema di fondo, che ha visto contrapporsi e nel contempo ha alimentato numerosi indirizzi dottrinali, ha riguardato la difficoltà di inquadramento dell'obbligazione accessoria nell'uno o nell'altro dei rimedi civili predisposti dal sistema positivo, rispetto a ciascuno dei quali essa presenta inevitabilmente punti di contatto e significative divergenze. L'analisi prende le mosse da un elemento comune a tutte le tecniche di tutela del diritto, sul quale sono state misurate affinità e differenze e che rappresenta se non il punto di arrivo, quantomeno il parametro di

⁶⁷ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 496 ss.

⁶⁸ In argomento, v. in particolare F. AGNINO, *Clausola penale e tutela del consumatore*, cit., 29 ss. Cfr., inoltre, V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, 89 ss.; A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 521 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 99 ss.; D. MAGLIASSO, *La clausola penale*, 53 ss. e, specialmente, 56-57 ove la funzione della penale viene analizzata in rapporto alle clausole contenute nei CCNL, tra le quali lo «star del credere». L'A., in particolare, rileva come «il criterio della giurisprudenza di legittimità, per attribuire oppure no la natura di penale a clausole di contrattazione collettiva, consiste nell'esaminare, caso per caso, se la clausola abbia alcune caratteristiche [...]: in particolare, la doppia funzione della clausola (coercitivo-punitiva e di predeterminazione del risarcimento), a cui si aggiunge la colpa della parte inadempiente.

⁶⁹ Si vedano, tra le tante, Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, cit.; Cass. 8 agosto 1996, n. 7285, cit.; Cass. 21 giugno 1995, n. 6976, cit.; Cass. 17 ottobre 1985, n. 5122, cit.; Cass. 20 ottobre 1984, n. 5305, cit.; Cass. 30 gennaio 1982, n. 590, cit.; Cass. 17 dicembre 1976, n. 4664, cit.;

riferimento dell'indagine, in conseguenza del ruolo che lo stesso legislatore gli attribuisce in tutto il sistema positivo e dell'importanza che esso riveste nell'ambito dei rapporti tra consociati. Si tratta del danno, nella sua duplice veste di danno evento e di danno conseguenza⁽⁷⁰⁾, il primo da intendere come evento in sé dannoso, il secondo da intendere invece quale effetto pregiudizievole dell'evento, generalmente connesso ad una perdita patrimoniale da parte del creditore, ma non avulso da caratteri anche non patrimoniali.

La difficoltà di cui si diceva poc'anzi consiste proprio in ciò, che in questo fattore risiede la prima e più importante contrapposizione tra le tecniche di tutela del diritto e, in special modo, tra la sanzione del risarcimento e quella della penale, giacché la prima ne dipende integralmente ai sensi degli artt. 1223 e seguenti del codice civile. Infatti, sebbene l'illecito che lo giustifica abbia origine prima di tutto nella violazione di un dovere di condotta, appunto il danno evento (c.d. primo nesso di causalità), l'elemento che legittima la concessione e la contestuale quantificazione del risarcimento è l'accertamento, rispettivamente, dell'esistenza del danno conseguenza e del relativo ammontare (c.d. secondo nesso di causalità). La seconda, viceversa, ne prescinde integralmente, poiché non richiede in giudizio la prova dell'esistenza di alcun pregiudizio ed anzi è dovuta quand'anche detta prova sia impossibile. Inoltre, la sua quantificazione è del tutto sganciata dai parametri imposti per il risarcimento ed, anzi, l'obbligazione penale è generalmente concordata in misura superiore al danno prevedibile allo scopo di assicurare la funzione compulsoria che le è propria.

A questo punto, se è certamente presupposto dalla clausola penale l'evento dannoso dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento, è

⁷⁰ Sui quali v. le considerazioni svolte nel cap. 1, § 1 e spec. alla nota 6.

invece normativamente esclusa qualunque connessione con il danno conseguenza o, il che fa lo stesso, è normativamente escluso il c.d. secondo nesso di causalità, da cui la diversità delle due fattispecie.

Rispetto invece alla pena privata, è possibile individuare sotto il profilo del danno maggiori affinità con le penali piuttosto che con il risarcimento, giacché si tratta di sanzioni civili indipendenti dall'esistenza di un concreto pregiudizio a carico del titolare del bene e connesse invece alla violazione di un obbligo, seppure a differenza di queste ultime lo schema delineato dal nostro legislatore a proposito della penale sembri racchiudere in sé un fine inequivocabilmente (quantunque solo parzialmente) risarcitorio, del tutto estraneo invece alle pene private.

Proprio da ciò consegue il problema di stabilire, come è stato giustamente osservato, in cosa consista allora «l'originalità sanzionatoria di tale obbligazione [penale] rispetto al vero e proprio risarcimento, all'afflittività di una pena privata ed agli altri rimedi civili a carattere riparatorio o indennitario»⁽⁷¹⁾.

Negli articoli 1382 e seguenti del codice civile sembrerebbe potersi cogliere uno scopo non meramente afflittivo, dal momento che la norma fa riferimento ad una prestazione connessa, per un verso, all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento rispetto ai quali si pone come rimedio e, per altro verso, proprio al danno. Essa, infatti, in quanto produce l'effetto di limitare il danno risarcibile alla prestazione concordata dai contraenti impedisce, di riflesso, l'azione di risarcimento disciplinata dagli artt. 1223 e seguenti cod. civ., alla quale inevitabilmente si sostituisce; non solo, quest'ultima azione torna ad essere ammessa solo quando esplicitamente voluta dalla parti ed

⁷¹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 181.

esclusivamente per la riparazione del danno ulteriore, da cui il ristoro «per differenza» dell'intero danno sofferto dalla parte creditrice; sicché, se da un lato potrebbe discutersi della funzione svolta dall'istituto, se risarcitoria o afflittiva o l'una e l'altra congiuntamente, sembrerebbe invece non potersi discutere del fatto che nella disciplina codicistica è certamente presente una preoccupazione risarcitoria. Anzi, proprio l'intento di riparare la perdita subita dal creditore giustifica l'altrimenti illogica esclusione dell'azione di risarcimento del danno, che mira invece ad evitare una duplicazione dello stesso rimedio ⁽⁷²⁾, posto che il risarcimento nel nostro sistema di diritto privato è in sé perfettamente compatibile con una disposizione normativa il cui obiettivo fosse di dotare la parte creditrice di uno strumento afflittivo. Pertanto, laddove lo schema codicistico avesse inteso introdurre un rimedio esclusivamente afflittivo non vi sarebbe stata alcuna ragione per escludere l'azione di risarcimento del danno di cui agli artt. 1223 e seguenti cod. civ. Sarebbe quantomeno ingiustificato costringere la parte non inadempiente a scegliere, infatti, tra il punire l'inosservanza dell'obbligo (appunto attraverso la pattuizione penale) o l'essere risarcito del pregiudizio sofferto (appunto con l'azione di risarcimento del danno). Seguendo questa linea di pensiero, inoltre, desterebbe qualche perplessità – e il fine punitivo sembrerebbe risentirne fortemente – una penale di tipo

⁷² Sul punto, cfr. Trib. Modena, 13 luglio 2007, in *Lavoro nella giur.*, 2008, 5, 502, secondo cui «[...] Deve escludersi la cumulabilità del risarcimento del danno collegato all'operatività di una clausola penale annessa ad un patto di stabilità relativa del rapporto di lavoro, con quello da licenziamento illegittimo, ex art. 18, comma 4, L. n. 300/1970, avendo la predetta clausola l'effetto ex art. 1382 c.c., di limitare il risarcimento alla prestazione promessa. Pertanto, un eventuale cumulo oltre ad essere contrario alla stessa *ratio* della penale, quale liquidazione preventiva e convenzionale del danno da inadempimento, realizzerebbe un duplice risarcimento per la medesima condotta inadempiente, configurando un indebito arricchimento del creditore.»

pecuniario dovuta per l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento di una prestazione anch'essa di carattere pecuniario, se non altro in quanto l'effetto pratico sarebbe quello di ridurre l'entità del danno emergente con la sostituzione al credito derivante dalla prestazione principale del credito pattuito a titolo di penale ⁽⁷³⁾. Rimane tuttavia aperto l'interrogativo se l'intento perseguito dal legislatore non debba essere comunque inteso in senso più ampio del mero risarcimento, sino ad includere un risultato sanzionatorio che, al di là della mera reintegrazione patrimoniale, realizzi piuttosto una tecnica negoziale di «soddisfazione» del diritto violato. Non va trascurato, invero, che dall'inadempimento ben potrebbe non conseguire alcun danno, nel qual caso l'interesse che la penale andrebbe a «soddisfare» non potrebbe certo essere di natura patrimoniale, ma si tratterebbe egualmente di un risultato pienamente lecito posto che anche l'interesse non patrimoniale può dare origine a prestazioni suscettibili di valutazione economica secondo il disposto dell'art. 1174 cod. civ., per cui al pari degli altri deve ricevere piena ed integrale tutela nell'ambito dell'ordinamento.

In tal caso, dunque, la penale continuerebbe ad essere dovuta, cioè potrebbe essere legittimamente pretesa dal creditore insoddisfatto, ma a differenza del risarcimento – che invece rimarrebbe precluso appunto

⁷³ Cfr. sul punto Cass. civ., 08 agosto 1962, n. 2465, in *Giust. civ.*, 1963, 1, 1127, secondo cui «atteso il carattere sanzionatorio civile che ha la clausola penale quale prevista dall'art. 1382 c.c. e la sua funzione di coercizione all'adempimento e di risarcimento del danno conseguente all'inadempimento, nulla vieta che le parti facciano consistere la penale dovuta per l'inadempimento nella perdita di un credito vantato dall'inadempiente verso l'altro contraente, risolvendosi, in tal caso, la prestazione della penale da parte dell'inadempiente nel pagamento all'altra parte di una somma pari all'importo del credito che altrimenti avrebbe potuto riscuotere dal contraente adempiente e che, invece, viene meno per effetto della compensazione volontaria in tal modo attuata per comune accordo dalle parti.»

per mancanza del danno – non riparerebbe altro, nell’ambito della fattispecie, che l’intervenuta violazione del dovere di condotta e, più intimamente, l’interesse non patrimoniale del creditore concretatosi nella prestazione principale rimasta poi ineseguita.

In effetti, oltre alle teorie sulla funzione risarcitoria e sulla funzione afflittiva della clausola penale, sono state elaborate nel tempo ulteriori tesi incentrate talora sulla funzione propriamente sanzionatoria della clausola, consistente nel predisporre una sanzione a struttura obbligatoria la quale, pur non identificandosi con l’istituto della pena, presenta con questa numerose analogie ⁽⁷⁴⁾, talora invece su di una funzione dualistica di «mutua esclusività e di congiunta esaustività della forfezzazione risarcitoria dei danni e della mera afflittività della prestazione dovuta» ⁽⁷⁵⁾.

Ciascuna individua nell’altra una serie di punti deboli cui, per sommi capi si è qui accennato, ma in fondo concorda sull’impossibilità di attribuire alla clausola penale una sola ed unica veste, lasciando invece sempre aperta la possibilità che per volontà delle parti o della legge la clausola penale possa assumere differenti e più articolati contenuti. Soprattutto nelle più recenti teorie sulla funzione sanzionatoria e su quella dualistica il campo d’indagine viene spostato dalla clausola penale all’obbligazione penale, della quale si riconosce l’originaria indeterminatezza, essendo il suo contenuto rimesso alla determinazione delle parti; è pertanto inevitabile che essa tenda ad assumere i caratteri del rimedio civile che gli stessi contraenti intendono affidarle in relazione alla natura dell’accordo nel quale l’obbligazione accessoria è destinata ad inserirsi, a differenza del risarcimento del danno la cui

⁷⁴ A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 36-37.

⁷⁵ S. MAZZARESE, *op. loc. ult. cit.*, ed ivi nota di richiamo.

determinazione avviene sempre ad opera del giudice, a posteriori e sulla base di criteri predeterminati.

3. *Segue: le teorie sulla funzione risarcitoria e sulla funzione affittiva.*

Nel panorama ora delineato la teoria di gran lunga dominante non soltanto in dottrina, ma altresì in giurisprudenza ⁽⁷⁶⁾, è quella sulla funzione risarcitoria della clausola penale. L'orientamento prevalente sin dall'approvazione del codice civile del 1942 ⁽⁷⁷⁾ è stato infatti nel senso di ritenere che l'obiettivo della clausola fosse la determinazione preventiva e convenzionale del danno ⁽⁷⁸⁾, allo scopo di agevolare il creditore «che vedrebbe così rinforzata la propria posizione giuridica soggettiva» ⁽⁷⁹⁾.

Secondo alcuni, precisamente, «per funzione risarcitoria non si intende uguaglianza formale della penale con la sanzione (vera e propria o in senso stretto) del risarcimento, ma si intende la corrispondenza

⁷⁶ Da ultimo, *ex plurimis*, cfr. Cass. civ., Sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183, cit.. Per una chiarissima ed analitica ricostruzione dell'argomento sia sotto il profilo dottrinale, sia sotto il profilo giurisprudenziale, v. anche S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 158 ss. V. anche F. AGNINO, *Clausola penale e tutela del consumatore*, cit., 31 ss.

⁷⁷ Nel vigore del precedente codice civile, invece, era molto diffusa la teoria della funzione c.d. di garanzia della clausola penale, secondo cui la penale rappresenta uno strumento per garantire appunto l'adempimento di un'obbligazione. Si vedano in argomento DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, 6^a edizione, III, Messina-Milano, 1932, 151 ss. e L. COVIELLO JR., *Clausola penale e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1933; I, 1627.

⁷⁸ Tra i principali esponenti, v. C.M. BIANCA, *La responsabilità. Diritto civile*, cit., 221 ss.;

⁷⁹ F. AGNINO, *op. ult. cit.*, 32.

sostanziale della stessa con ragioni creditorie di reintegrazione patrimoniale che restano affidate all'autonomia privata (c.d. «clausola accordo») e che sono avulse dal consueto onere probatorio della quantificazione dei danni (c.d. «indipendenza dalla prova del danno»)»⁽⁸⁰⁾.

Si tratta, come si è detto sopra, di un risultato connaturale alla struttura codicistica della clausola penale, la quale viene utilizzata dal legislatore allo scopo di esaurire il danno risarcibile o attraverso la previsione di un'unica prestazione destinata ad assorbire in modo forfettario il prevedibile ammontare dell'intero danno o attraverso la previsione di una prestazione che si accompagni all'azione di risarcimento del danno «differenziale».

La clausola penale rappresenterebbe, infatti, una «specie di liquidazione convenzionale preventiva del danno [...] espressione di un accordo delle parti, inteso, per l'appunto, a liquidare preventivamente il danno futuro ed eventuale [...]» indipendentemente dalla prova di un danno concreto, sicché «una volta fissata, anche tale volontà introduce nel risarcimento un rigido ed astratto *forfait*, che prescinde dalla effettiva realtà»⁽⁸¹⁾.

Nello stesso senso si esprime un'altra dottrina che parla di «preventiva liquidazione del danno per l'inadempimento o il ritardo nell'adempire»⁽⁸²⁾.

Naturalmente, non mancano indirizzi di segno contrario che ravvisano nella clausola penale più una sanzione per l'inosservanza

⁸⁰ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 159.

⁸¹ A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., spec. 517 e 524

⁸² P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., 656

dell'obbligazione nascente dal contratto (⁸³) che la mera forfetizzazione del danno.

Soprattutto vi è poi chi, pur non disconoscendo il fine risarcitorio, ne critica la postulata esclusività che non soltanto sminuirebbe la funzione dell'obbligazione penale, ma rischierebbe soprattutto di snaturarla privandola del suo reale contenuto. Solo se il risultato della clausola penale venga inteso come risultato «sanzionatorio» che, al di là della mera reintegrazione patrimoniale, mira a realizzare un più ampio obiettivo di «reintegrazione» del diritto violato è possibile discutere dell'obbligazione penale come di un'obbligazione consistente in una prestazione forfettariamente risarcitoria. In tal caso, infatti, il risarcimento del danno si concretizzerebbe, nella sua più ampia accezione, in una sanzione privata tipica – in quanto normativamente disciplinata – che, in modo alternativo rispetto alla sanzione del risarcimento, ristora il creditore per l'intervenuta violazione del dovere di condotta imposto al debitore (⁸⁴).

L'Autore prosegue nel proprio discorso evidenziando le molteplici diversità tra le due sanzioni del risarcimento e dell'obbligazione penale, la prima delle quali concerne l'incidenza dei poteri del giudice sull'applicabilità o meno e sulla riducibilità rispettivamente del risarcimento e della penale. Sotto il primo profilo, più volte accennato, mentre il giudice investito dell'indagine sull'esistenza di un danno risarcibile e della successiva pronuncia di eventuale condanna ai sensi degli artt. 1223 e seguenti cod. civ. ben potrebbe ritenere non dovuto il risarcimento, appunto in quanto nel caso sottoposto al suo giudizio

⁸³ A. MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, cit., 189-190; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 68.

⁸⁴ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 160 ss.

manca il danno o la prova dello stesso è in ipotesi impossibile, il giudice che dovesse decidere invece circa la clausola penale non potrebbe ritenere “non dovuta” anche l’obbligazione penale sulla base dei medesimi presupposti, proprio in quanto la funzione risarcitoria cui essa adempie non consente di affermare che detta obbligazione consista nella sanzione del risarcimento, da cui viceversa si distingue nettamente. Sotto il profilo della riducibilità, poi, l’art. 1384 cod. civ. parla di riduzione secondo equità, mentre non accenna ad un ridimensionamento dell’importo della penale equivalente all’ammontare del danno, non essendo prevista una riduzione corrispondentemente o necessariamente risarcitoria. In caso contrario, infatti, il giudice potrebbe spingersi sino al punto di ritenere la penale non dovuta in assenza del pregiudizio⁽⁸⁵⁾. Un ulteriore aspetto che deve essere considerato è infine quello della natura della penale, ormai unanimemente considerata dalla dottrina e dalla giurisprudenza quale debito di valuta, a differenza del risarcimento che rappresenta invece un debito di valore, con tutte le conseguenze sul piano degli interessi e della rivalutazione monetaria delle quali si dirà oltre.

Ma il punto forse più rilevante, come del resto nelle altre ricostruzioni dottrinali, è proprio il rapporto di ciascuno dei due rimedi con il danno nella duplice veste di danno evento e di danno conseguenza. Per quanto ci si sforzi, è innegabile la totale assenza nell’ambito dell’obbligazione penale del danno risarcibile, al quale dunque non è possibile rapportare l’importo della penale. Nel mentre, l’ostacolo non potrebbe certo essere superato ritenendo, sostiene l’A., che la prova del pregiudizio arrecato al

⁸⁵ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 165.

creditore sia implicita nell'inadempimento stesso, e pertanto nel danno evento, come invece sostenuto da taluni ⁽⁸⁶⁾.

Si tratta di elementi che, sommati gli uni con gli altri, sembrerebbero deporre per una funzione non meramente risarcitoria dell'obbligazione penale. Tuttavia, anche la teoria sulla funzione prevalentemente afflittiva ha incontrato numerose obiezioni. Nonostante i suoi principali sostenitori attribuiscono alla clausola penale i caratteri e la funzione della sanzione o, per meglio dire, di una vera e propria pena privata per la violazione del comportamento dovuto ⁽⁸⁷⁾, il cui scopo è dunque di sanzionare proprio e soltanto detta inosservanza senza alcuna specifica preoccupazione di carattere risarcitorio, un'esclusiva funzione punitiva rischierebbe di travalicare «la tipologia codicistica della clausola» ⁽⁸⁸⁾, nella quale viceversa è senz'altro presente uno scopo risarcitorio, che ritroveremo poi in tutte le disposizioni di carattere speciale sulle penali legali, come quelle cui si è fatto cenno in materia di lavoro.

D'altro canto, il concetto stesso di pena privata confliggerebbe con il potere, riconosciuto in capo al giudice dall'art. 1384 cod. civ., di riduzione *ad aequitatem* della prestazione penale, dal momento che la

⁸⁶ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 167 168, che richiama in senso critico il pensiero di A. DE CUPIS, in *Il danno*, cit., 525 ss. sostenendo: «la funzione risarcitoria della clausola penale non può essere giustificata con l'intrinseca dannosità della condotta illecita del debitore che non abbia osservato il comportamento dovuto». Secondo l'A., condivisibilmente, può senz'altro esservi inadempimento, ritardo o inesatto adempimento senza pregiudizio a carico del creditore.

⁸⁷ V. in argomento, per tutti, V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., *passim*, in particolare pag. 141 ss. sulla collocazione della clausola penale nell'ambito delle "pene private". V. anche A. MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, cit., 188 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 220;

⁸⁸ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 172.

pena è appunto del tutto sganciata dallo scopo di reintegrare patrimonialmente la perdita subita dal creditore.

Vi è comunque chi insiste sul carattere prevalentemente sanzionatorio della pattuizione ⁽⁸⁹⁾ sul presupposto che non sia in ogni caso corretto «parlare di liquidazione preventiva del danno, quando ancora la relativa obbligazione è astratta e potenziale, e dato che la liquidazione non è né impegnativa per le parti, né definitiva» ⁽⁹⁰⁾. Di conseguenza, prosegue l'Autore, «la funzione punitiva ci sembra insopprimibile. Essa ricorre sia nel caso in cui le parti della clausola (e più precisamente il creditore) vogliono ottenere l'adempimento dell'obbligazione principale e comminano, per la ipotesi in cui non si dovesse verificare, una situazione punitiva, e sia in quello in cui le stesse parti considerano l'eventuale risarcimento del danno» ⁽⁹¹⁾.

Nella stessa direzione, si è molto insistito sull'indipendenza dal danno – sotto il profilo della prova sia della sua esistenza, sia del suo esatto ammontare – quale elemento sintomatico della direzione eminentemente afflittiva della penale, giacché proprio l'art. 1382 con il prevedere espressamente che la prestazione accessoria concordata dalle parti sia dovuta indipendentemente dalla “prova del danno” lascia spazio alla possibilità di «comminatorie puramente punitive» ⁽⁹²⁾. Questa dottrina, però, avverte poi come proprio lo schema codicistico dell'obbligazione penale non sia avulso da contemporanee ragioni risarcitorie, quantunque la funzione di reintegrazione patrimoniale non possa mai dirsi esclusiva; circostanza quest'ultima che si registra anche a proposito di «talune

⁸⁹ V.M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, *passim*.

⁹⁰ V.M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 352.

⁹¹ V.M. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 354.

⁹² S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 173.

disposizioni speciali di leggi sopravvenute e collegate al codice civile», le quali «introducono rimedi ascrivibili al modello «obbligatorio-penale», ma ispirati, in buona sostanza, a ragioni di carattere indennitario o, comunque, riparatorio»⁽⁹³⁾.

4. *Segue: le teorie sulla funzione sanzionatoria e sulla funzione dualistica.*

In effetti, viene qui ripresa e per così dire ampliata la teoria sulla funzione sanzionatoria della clausola penale che, lungi dal consentire di assumere a premessa dell'indagine una nozione precostituita ed astratta di funzione⁽⁹⁴⁾, individua piuttosto nella clausola penale «un diverso schema tipico dotato di autonoma e distinta disciplina»⁽⁹⁵⁾ che avrebbe lo scopo di imporre anticipatamente e convenzionalmente «una sanzione a struttura obbligatoria» la quale non si identificherebbe in nessuna delle due funzioni sopraelencate, risarcitoria o afflittiva, poiché soffrirebbe dell'irrilevanza, rispetto alla prima, del danno e, rispetto alla seconda, della volontà di punire il debitore⁽⁹⁶⁾, ma consisterebbe piuttosto nella determinazione appunto di una sanzione il cui contenuto sarebbe rimesso alla volontà (e quindi alla libera determinabilità) delle parti contraenti. È stato peraltro osservato come in questo modo si correrebbe il rischio di non definire la funzione della clausola penale, lasciando anzi aperto l'interrogativo se quest'ultima consista in definitiva, sotto il

⁹³ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 177.

⁹⁴ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 178.

⁹⁵ A. MARINI, *op. ult. cit.*, 27.

⁹⁶ A. MARINI, *op. ult. cit.*, *passim* (in particolare, v. pp. 34-37).

profilo effettuale, in un tipo di risarcimento o piuttosto di pena privata⁽⁹⁷⁾).

La più recente teoria sulla funzione dualistica dell'obbligazione penale, nel tentativo di coniugare le tradizionali teorie sulle funzioni risarcitoria e afflittiva con la tipicità sanzionatoria della clausola, superando nel contempo l'accennato limite della teoria sanzionatoria, fa riferimento invece ad una funzione propriamente dualistica di «mutua esclusività e di congiunta esaustività della forfetizzazione risarcitoria dei danni e della mera afflittività della prestazione dovuta»⁽⁹⁸⁾. In ciò si sostanzia quanto si diceva sopra a proposito della contemporanea presenza, nello schema codicistico dell'obbligazione penale, delle funzioni risarcitoria e punitiva tradizionalmente tipizzate in dottrina e giurisprudenza, peraltro senza alcuna confusione tra di esse, giacché l'intento risarcitorio e quello afflittivo coesisterebbero all'interno di un unico insieme come parti imprescindibili dello stesso, ma sempre in un rapporto, l'uno rispetto all'altro, di reciproca autonomia. Si legge infatti nelle parole di uno dei suoi maggiori esponenti come «la formula della funzione dualistica esprime il tentativo di trovare una soluzione costruttiva ad un problema che, al raffronto di plausibili, ma differenti, opzioni teoriche, e di possibili, ma contrastanti esiti di specie, ha fatto ritenere che le clausole penali siano «patti che hanno funzioni o scopi diversi» e che sia «vano sforzo» quello di individuare una tipica

⁹⁷ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 181, secondo cui «l'implicita conclusione che se ne trae è, allora, che la tipicità sanzionatoria della clausola sia uguale a se stessa: non risarcitoria, non afflittiva, ma quella di «porre l'obbligazione penale», laddove il problema è proprio quello di stabilire in cosa consista l'autonomia e l'originalità sanzionatoria di tale obbligazione rispetto al vero e proprio risarcimento, all'afflittività di una pena privata ed agli altri rimedi civili a carattere riparatorio o indennitario».

⁹⁸ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 181.

funzione penale»⁽⁹⁹⁾. Ed infatti, l'obbligazione penale viene qui definita come obbligazione rivolta ad un esito sanzionatorio che può essere, alternativamente, di forfetizzazione dei danni risarcibili o di punizione della condotta inadempiente secondo la volontà negoziale dei contraenti, ai quali l'ordinamento giuridico rimette la determinazione del contenuto dell'obbligazione stessa (salvo che la prestazione sia determinata da una «speciale previsione legislativa») (¹⁰⁰).

5. *Segue: il divieto di esclusione o di limitazione della responsabilità del debitore ex art. 1229 cod. civ.*

Connessa con il tema della funzione della clausola penale è la questione della potenziale limitazione o addirittura dell'esclusione, attraverso di essa, della responsabilità del debitore per dolo o colpa grave o per comportamenti contrari alle norme di ordine pubblico, in violazione dell'art. 1229 cod. civ.

La giurisprudenza di merito e di legittimità ha ripetutamente affrontato l'argomento, teorizzando alla luce della ricordata disposizione codicistica alcuni fondamentali principi.

⁹⁹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 182-183, il quale prosegue affermando che «quella dualistica è concezione della funzione penale che, proprio partendo dal dato normativo e non da idee preconcrete, o da indimostrati schemi astratti, o da mancate verifiche dei casi di specie, registra quanto, in realtà, sembra sfuggire anche alle confutazioni critiche più attente e serrate, e cioè: la «tipica elasticità» del modello sanzionatorio della penale che, nel «giusto» equilibrio di autonomia contrattuale e di controllo ordinamentale [...] ne acclara l'originalità di funzione e di rimedio rispetto a sanzioni legali tipiche, ma non altrettanto elastiche».

¹⁰⁰ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 186.

Con due sentenze del 2 giugno 1992 e del 3 dicembre 1993, rispettivamente nn. 6716 e 12013 (¹⁰¹), in particolare, la S.C. ha ritenuto non affetta da nullità la penale con cui le parti, nell'esercizio della libertà di autodeterminazione patrimoniale, fissino la misura degli interessi moratori al di sotto di quella legale, a patto però che in caso di dolo o di colpa grave del debitore il risarcimento del danno da inadempimento non si riveli in concreto, per effetto di tale clausola, a tal punto irrisorio da escluderne o limitarne la responsabilità e, quindi, a condizione che non si tratti di penale in frode al divieto di esonero o di limitazione della responsabilità di cui all'art. 1229 cod. civ.

Nello stesso senso si è poi espressa Cass. 10 luglio 1996, n. 6298 (¹⁰²) secondo cui la clausola penale non può mai costituire strumento per consentire al debitore di eludere la propria responsabilità, quando quest'ultima derivi da dolo o colpa grave, con la conseguenza che in tal caso, pur in presenza della preventiva determinazione convenzionale del danno risarcibile, egli sarà sempre tenuto a rispondere integralmente del proprio inadempimento. Pertanto, è certamente legittima la clausola in virtù della quale si convengano per il mero ritardo nell'adempimento interessi in misura inferiore alla misura legale, non restando comunque pregiudicato il diritto del creditore al risarcimento del danno ulteriore e diverso da quello convenzionalmente coperto dalla pattuizione penale ove l'inadempimento divenga definitivo e vi sia l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave.

¹⁰¹ Su cui, v. *Mass. giur. it.*, 1992 e 1993. *Contra* Trib. Roma, 21 ottobre 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, 562.

¹⁰² Su cui, v. *Giur. it.*, 1997, I,1, 1257.

A proposito invece delle clausole di esonero da responsabilità per inadempimento, Cass. 21 marzo 1981, n.1656 (¹⁰³) aveva già stabilito che il debitore, per potersene avvalere, ha l'onere di provare unicamente la colpa lieve o, più precisamente, le modalità e le circostanze della sua azione od omissione tali da integrare gli estremi di detta colpa, così confermando di riflesso la rilevanza giuridica ai fini della violazione del divieto di cui all'art. 1229 cod. civ. soltanto dell'inadempimento conseguente a condotte commissive od omissive di tipo doloso o causate da grave negligenza, imprudenza o imperizia.

L'importanza di tale principio è evidente, specie se esso venga letto in coordinamento con quanto dispone l'art. 1382 cod. civ. circa i caratteri della prestazione penale, il cui effetto è quello di limitare il risarcimento alla sola prestazione promessa quando non sia espressamente convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. Al riguardo, la Suprema Corte nella sentenza citata n. 12013/93 aveva infatti precisato che la clausola penale, configurando una liquidazione preventiva e onnicomprensiva del danno da inadempimento, concordata al fine di esonerare il creditore dalla prova della sussistenza e dell'ammontare del danno stesso, è sempre suscettibile di deroga, sia in senso quantitativo, che in senso qualitativo, per cui è configurabile un patto circa l'ulteriore risarcibilità di un determinato tipo di danno, non compreso nella penale e quindi in aggiunta alla stessa, ma è a tal fine indispensabile una esplicita pattuizione in ossequio alla disposizione di cui all'art. 1382 cod. civ.

¹⁰³ Su cui, v. *Foro it.* 1981, I, 1585.

(¹⁰⁴). Di conseguenza, in mancanza di un siffatto accordo dei contraenti sulla risarcibilità del maggior danno, nonché, occorre aggiungere, della prova in giudizio circa il ricordato elemento del dolo o della colpa grave, la penale sia pure di importo inferiore al pregiudizio concretamente verificatosi a carico del creditore della prestazione principale assorbirebbe l'intero danno risarcibile, altrimenti verificandosi un'ingiustificata prevaricazione dell'art. 1229 sull'art. 1382 cod. civ. Una conferma di questa ricostruzione deriverebbe anche da una recente sentenza con la quale la Corte d'Appello di Roma (¹⁰⁵), nel confermare la decisione del giudice di primo grado, ha dichiarato la nullità della clausola di limitazione della responsabilità, contenuta in un modulo prestampato, in base alla quale una parte si era impegnata a fornire un servizio di vigilanza senza assumere alcuna garanzia o responsabilità per eventuali furti, danni o altri sinistri salvo rispondere, in caso di provata

¹⁰⁴ In precedenza già Cass. civ., 04/06/1976, n. 2020, in *Giur. it.*, 1978, 1, 222, secondo cui «La clausola penale, oltre a carattere sanzionatorio e punitivo, ha sempre anche natura e funzione indennitaria, configurando una liquidazione preventiva ed onnicomprensiva dei danni da inadempimento (o da ritardo nell'inadempimento), concordata dalle parti al fine di esonerare il creditore dalla prova della sussistenza e dell'ammontare dei danni medesimi. Detta onnicomprensività è suscettibile di deroga convenzionale, tanto in senso quantitativo, quanto in senso qualitativo, perché accanto all'espressa previsione di legge (art. 1382, comma 1, c.c.) di un accordo sulla risarcibilità del danno ulteriore, cioè di ammontare eccedente la penale, non può negarsi la configurabilità di un patto sulla risarcibilità di un determinato tipo di danno (ad esempio, il lucro cessante), non compreso nella penale, e, quindi, in aggiunta alla stessa. A tale ultimo fine, peraltro, è indispensabile un'esplicita pattuizione, in difetto della quale non può ritenersi consentito riferire la penale ad un solo tipo o ad una sola componente del danno, con esclusione di altra.»

¹⁰⁵ App. Roma, Sez. II, 15 settembre 2005, in *Banche Dati Platinum*, Utet. In argomento, sia pure con specifico riferimento all'irrisorietà della prestazione, cfr. anche Trib. Modena, 20 febbraio 2008, in *Obbl. e contr.*, 2008, 7, 655.

negligenza, con la penale di una mensilità di quota. In tal caso, invero, l'obbligazione accessoria aveva prodotto l'effetto di limitare sensibilmente la responsabilità del debitore nonostante i danni a carico della controparte si fossero verificati appunto per un'accertata grave mancanza del debitore stesso (¹⁰⁶).

In conclusione, dunque, sembrerebbe potersi affermare che l'orientamento giurisprudenziale prevalente ammetta la limitazione della

¹⁰⁶ Si legge infatti in un passo della sentenza «[...] incombeva sull'odierno appellante l'onere della dimostrazione di avere pienamente eseguito la debita prestazione, se non l'imputabilità del proprio inadempimento. Ebbene, tale prova è del tutto mancata [...]. Passando, poi, alla disamina del motivo d'appello in punto di nesso di causalità, non è dubbio che il relativo onere probatorio ricada sull'odierna appellata, investendo un fatto costitutivo della domanda e salva, come s'è già detto, la prova liberatoria della non imputabilità dell'inadempimento, viceversa addossata sull'odierna appellata (Cass. 16530/04). [...] A proposito, invece, della clausola di limitazione della responsabilità, convenuta sub 7) del modulo prestampato della S. del 23 febbraio 1995 e nella quale la medesima appellante s'era impegnata a fornire il servizio di vigilanza "...senza... assumere alcuna garanzia o responsabilità per eventuali furti, danni o altri sinistri...", salvo rispondere, "in caso di provata negligenza", con la penale di "una mensilità di quota", già il Tribunale ha esattamente affermato la nullità della detta pattuizione, in quanto configgente con il divieto previsto dall'art. 1229 c.c. in tema di pattuizioni che escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. A questo specifico riguardo, del resto, osserva la Corte che già l'espressa menzione dell'attività d'ingrosso calzature della G., contenuta nelle premesse della ridetta scrittura di appalto, consente di ravvisare il comune intento elusivo perseguito dai contraenti, siccome per l'appunto emerge dal raffronto tra la misura della penale, allora convenuta per un ammontare di Lire 150.000, e l'assai ben maggiore presumibile entità del danno eventualmente da risarcire (Cass. 7061/97); diversamente da quanto argomentato dall'appellante, poi, nemmeno è dato pervenire a diversa conclusione sulla mera scorta dell'assunto che al profilo causale del contratto rimanesse, comunque, estranea l'assicurazione contro i furti, non foss'altro che per la permanente responsabilità per il caso dell'inadempimento, come s'è detto a sua volta insuscettiva d'indebite limitazioni [...]».

responsabilità del debitore inadempiente alla sola prestazione promessa e costituente l'oggetto dell'obbligazione penale (art. 1382 cod. civ.), ad eccezione dei casi in cui il danno sia conseguenza del dolo o della colpa grave dello stesso debitore e, contestualmente, l'importo della penale in relazione al pregiudizio sofferto dal creditore risulti essere manifestamente irrisoria, come tale strumento di elusione del divieto imposto dall'art. 1229 cod. civ. Infatti, sebbene detta norma non faccia alcun riferimento, deve ugualmente ritenersi che laddove l'obbligazione penale risulti essere uguale, se non superiore, all'ammontare del danno subito dal creditore, il solo elemento soggettivo sarebbe di per sé insufficiente ad integrare gli estremi dell'indicato divieto, posto che il fine ultimo della disposizione in questione è di tutelare le ragioni del creditore garantendolo contro possibili manovre elusive idonee a frustrarne il diritto a un giusto risarcimento per il caso dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento. Lo stesso deve però dirsi anche nel caso opposto e cioè laddove pur a fronte di una prestazione irrisoria manchi l'elemento soggettivo: invero, in assenza di dolo o colpa grave, come si è detto sopra (¹⁰⁷), la mera inadeguatezza della prestazione accessoria rispetto a quella principale ricadrebbe inevitabilmente sul creditore insoddisfatto.

A questo punto si rendono opportune alcune considerazioni di ordine sistematico. Si è detto in effetti come la sanzione del risarcimento e quella della penale non si confondano avendo struttura e caratteri affatto diversi. Basti solo considerare come nello schema codicistico l'obbligazione penale sia dovuta indipendentemente dalla prova del danno e a prescindere dall'ammontare di quest'ultimo, tanto che il

¹⁰⁷ Cass. 2 giugno 1992, n. 6716, cit.; Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013, cit.; Cass. 21 marzo 1981, n.1656, cit.; App. Roma, Sez. II, 15 settembre 2005, cit.

diritto alla prestazione accessoria sorge in capo al creditore per il solo fatto dell'inadempimento o del ritardo imputabile. Essa, inoltre, non necessariamente assolve ad una funzione risarcitoria, potendo altresì perseguire un intento afflittivo che, sebbene non esclusivo, sarebbe già di per sé idoneo a distinguerla sul piano effettuale dal risarcimento vero e proprio. Non va trascurato infine che l'obbligazione penale potrebbe anche non consistere in una prestazione pecuniaria, il che oltre a evidenziarne ulteriormente la notevole distanza dalla categoria del risarcimento renderebbe decisamente arduo per il giudice valutarne l'eventuale irrisorietà. Occorre chiedersi a questo punto se, in relazione ai caratteri della clausola penale, abbia un senso parlare di potenziale limitazione o esclusione della responsabilità del debitore, sia pure ai soli casi di dolo o colpa grave. Una prestazione accessoria dal carattere prettamente afflittivo, magari di tipo non pecuniario, mal si presterebbe in effetti ad un sindacato da parte dell'autorità giudiziaria, poiché sarebbe completamente avulsa da preoccupazioni risarcitorie. Diversamente, una pattuizione penale che fosse espressamente deputata a forfetizzare il futuro ed eventuale danno a carico del creditore potrebbe di certo essere sottoposta al vaglio del giudice, sebbene in questo modo si potrebbe correre il rischio di snaturare la stessa clausola penale assimilandola ad un tipo di risarcimento. Infatti, attraverso il parallelo tra gli artt. 1229 e 1382 ss. cod. civ., si finirebbe inevitabilmente con l'affidare la decisione sull'operatività o meno della clausola penale – o sarebbe più corretto dire, sulla sua validità – al sindacato del giudice, dal momento che sarebbe sempre astrattamente possibile per il creditore insoddisfatto dedurre in giudizio l'irrisorietà dell'obbligazione penale in confronto al danno sofferto e, contestualmente, imputare l'inadempimento a una condotta dolosa o gravemente negligente del debitore sul quale, per l'effetto, ricadrebbe

l'onere di fornire la prova contraria. L'esito sarebbe dunque di privare detta clausola di una sua essenziale caratteristica, idonea a distinguerla nettamente dalla sanzione del risarcimento, e cioè la possibilità per i contraenti di liquidare forfettariamente e in via preventiva il danno prevedibile a carico del creditore predeterminando il contenuto dell'obbligazione penale e assumendo consapevolmente il rischio della perdita dell'eventuale danno differenziale, laddove invece la quantificazione del risarcimento è sempre affidata *ex post* all'autorità giudiziaria.

Appare dunque ampiamente condivisibile l'orientamento della giurisprudenza cui si è sopra accennato, secondo il quale intanto la pattuizione penale può essere dichiarata nulla per contrarietà alla disposizione contenuta nell'art. 1229 cod. civ. in quanto si accerti l'intento fraudolento, che deriva dall'accertamento in giudizio, con tutte le difficoltà sopra enunciate in relazione ai caratteri dell'obbligazione penale, di due elementi contestuali: la grave negligenza, imprudenza, imperizia del debitore ovvero il dolo e, in secondo luogo, l'assoluta irrisorietà della prestazione accessoria ⁽¹⁰⁸⁾, la quale non deve essere desunta dal raffronto tra la misura della penale e l'entità del danno concretamente prodottosi, ma dal raffronto piuttosto tra la misura della penale e l'entità solo presumibile dell'eventuale futuro danno da risarcire, dovendo il giudice avere riguardo alla volontà dei contraenti nel momento originario della pattuizione della penale ⁽¹⁰⁹⁾.

¹⁰⁸ Per un'ampia e analitica ricostruzione dell'argomento, v. S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 160 ss.

¹⁰⁹ Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 1997, n. 7061, in *Mass. giur. it.*, 1997

6. La penale e la prova del danno

È però utile ribadire ancora una volta che lo schema codicistico non sembra riconoscere alla clausola penale una funzione esclusivamente risarcitoria o, almeno, il concetto di risarcimento deve essere inteso in senso più ampio della mera reintegrazione patrimoniale del creditore.

Si è infatti osservato come l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento della prestazione principale ben potrebbero non cagionare alcun danno. Ciononostante, l'obbligazione penale – diversamente dalla sanzione del risarcimento – sarebbe ugualmente dovuta e la funzione cui assolverebbe potrebbe essere qualificata pur sempre come risarcitoria se posta in relazione all'obiettivo di riparare un interesse non patrimoniale, leso per effetto della violazione del dovere di condotta.

In tal caso, dunque, la penale non riparerebbe propriamente una perdita patrimoniale, ma punirebbe l'intervenuta inosservanza del dovere di condotta risarcendo ad un tempo l'interesse non patrimoniale del creditore sotteso alla prestazione principale rimasta inadempita.

Si è del resto più volte accennato al fatto che lo schema codicistico sleghi espressamente l'obbligazione penale dal tema del danno. Si è altresì chiarito come ciò si traduca, sul piano processuale, nell'assoluta irrilevanza non solo della prova di un pregiudizio a carico del creditore, tanto che la penale è dovuta persino quando detta prova sia impossibile, ma altresì dell'ammontare del danno stesso. Questo vuol dire che, a differenza del risarcimento, la penale non potrebbe mai essere quantificata *ex post* da un giudice, in rapporto cioè all'esito di un inadempimento e al pregiudizio derivatone, poiché è lo stesso legislatore ad affidarne la determinazione del contenuto alle parti contraenti invece che all'autorità giudiziaria.

Nell'ambito di un processo instaurato per il riconoscimento del diritto alla prestazione penale convenuta in un contratto, pertanto, il creditore non dovrà dimostrare di aver subito un qualche danno e che quest'ultimo è direttamente imputabile alla condotta del debitore, né dovrà provare, come si diceva, l'ammontare del danno emergente e del lucro cessante onde conseguire una prestazione di importo corrispondente, poiché di tutti tali elementi il giudice nel caso di specie non ha alcun bisogno. Il creditore, piuttosto, dovrà provare il titolo negoziale o legale del proprio diritto e allegare, poi, il mero fatto dell'inadempimento, mentre spetterà al debitore convenuto in giudizio fornire la dimostrazione dell'esatto adempimento della prestazione principale (¹¹⁰). In difetto, il giudice non potrà esimersi dal riconoscere il diritto del creditore alla penale.

¹¹⁰ Cfr., sul punto, Cass. SU 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Mass. giur. it.*, 2001, nonché in *Corriere Giur.*, 2001, 12, 1565. In senso conforme, Cass. civ., Sez. II, 10 aprile 2008, n. 9439; Cass. civ., Sez. I, 25 ottobre 2007, n. 22361; Cass. civ., Sez. II, 19 aprile 2007, n. 9351; Cass. civ., Sez. II, 12 ottobre 2005, n. 19765; Cass. civ., Sez. III, 29 settembre 2005, n. 19145; Cass. civ., Sez. I, 05 aprile 2005, n. 7081; Cass. civ., Sez. III, 11 febbraio 2005, n. 2853; Cass. civ., Sez. III, 21 giugno 2004, n. 11488; Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297, tutte in *Banche dati Platinum*, Utet. Sul principio in questione dell'inversione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., con conseguente onere per il debitore convenuto in giudizio di discolarsi provando il puntuale adempimento della prestazione a proprio carico, cfr. anche T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 21/12/2006, n. 6040 e T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 07 luglio 2006, n. 7324, *ivi*. Con espresso riferimento alla clausola penale, cfr. Cass. civ., 05 aprile 1984, n. 2221, in *Mass. giur. it.*, 1984, secondo cui «l'onere della prova incombente al creditore secondo la regola generale dell'art. 2697 c. c. è limitato al fatto costitutivo del diritto fatto valere ossia all'esistenza dell'obbligo che si assume inadempito, senza estendersi all'imputabilità dell'inadempimento all'obbligato, spettando invece a quest'ultimo di dedurre e provare i fatti e le situazioni che rendano la sua condotta immune dalla qualificazione soggettiva della colpa, e ciò anche nell'ipotesi di pattuizione di una penale (art. 1382 c. c.) nella quale sia preventivamente

Appare quindi evidente come la questione del danno di cui agli artt. 1223 e seguenti cod. civ. non entri affatto nella vicenda processuale, se non quando, per riprendere il discorso fatto nel precedente paragrafo, lo stesso creditore eccepisca l'irrisorietà della prestazione penale e il dolo o la colpa grave del debitore inadempiente. Solo in questa ipotesi il giudizio si aprirà allora a circostanze altrimenti del tutto inconferenti e anzi potenzialmente fuorvianti, quali la prova del danno, del nesso causale e dell'elemento soggettivo. Ma in questo modo si imprimerebbe all'obbligazione penale, giocoforza, natura e funzione di obbligazione risarcitoria poiché, a questo punto, se ne condizionerebbe l'importo all'equivalente del danno occorso al creditore, con il possibile rischio di snaturare penali autenticamente afflittive trasformandole in un vero e proprio risarcimento in violazione dell'autonomia negoziale riconosciuta ai soggetti contraenti dall'art. 1382 cod. civ. Inoltre, si costringerebbe il creditore stesso a compiere un'attività processuale altrimenti estranea alla sfera dei propri oneri probatori, posto che sarebbe suo preciso compito, in tal caso, dimostrare in giudizio sia l'esistenza di un pregiudizio a proprio carico, sia l'entità dello stesso solo in rapporto alla quale potrebbe essere verificata dal giudice la postulata irrisorietà dell'obbligazione penale (¹¹¹).

qualificato il danno risarcibile nel caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento; pertanto, ove non si contesti la cessazione ante tempus di un rapporto di durata (nella specie: attività di rappresentante di commercio) incombe a colui che ha cessato la propria prestazione fornire la prova circa l'impossibilità ad adempiere per causa a lui non imputabile, ovvero la sussistenza di elementi obiettivamente apprezzabili ed idonei a giustificarne la condotta.»

¹¹¹ Cass. civ., Sez. II, 22 luglio 2005, n.15371, in *CED Cassazione*, 2005, secondo cui 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

Va poi aggiunto che, se l'irrisorietà della prestazione penale può senz'altro essere eccepita dal soggetto che abbia sottoscritto un modulo di contratto precompilato ed al quale, pertanto, l'indicata prestazione sia stata imposta dalla controparte, non altrettanto può dirsi allorquando il contenuto dell'obbligazione accessoria, viceversa, sia il frutto di un accordo. Non a caso, nella sentenza di merito soprarichiamata ⁽¹¹²⁾ si legge incidentalmente come la clausola di limitazione della responsabilità poi dichiarata nulla fosse contenuta in un modulo prestampato che il cliente si era limitato a sottoscrivere, senza alcuna possibilità di ingerenza in relazione al contenuto dell'obbligazione penale. Non sembra invece potersi sostenere che l'irrisorietà rilevarebbe in senso oggettivo, ossia indipendentemente da un coinvolgimento o meno del creditore nella scelta del tipo e dell'entità dell'obbligazione penale, poiché in quest'ultimo caso non il solo modulo prestampato ma ogni clausola accessoria concordata in applicazione dell'art. 1382 cod. civ. potrebbe in ipotesi essere ritenuta dal giudice inadeguata rispetto all'entità del pregiudizio in concreto sofferto dal creditore, con sostanziale affidamento alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria della stabilità o instabilità degli assetti negoziali.

Va poi considerato come il concetto di responsabilità del debitore, cui fanno riferimento l'art. 1229 cod. civ. e le sentenze della Suprema Corte sopra esaminate ⁽¹¹³⁾, sembrerebbe richiamare in modo stringente un profilo squisitamente patrimoniale o, potremmo dire per ritornare a

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.

¹¹² App. Roma, Sez. II, 15 settembre 2005, cit.

¹¹³ Cass. 2 giugno 1992, n. 6716, cit.; Cass. 3 dicembre 1993, n. 12013, cit.; Cass. 21 marzo 1981, n.1656, cit.

concetti già espressi, una preoccupazione eminentemente risarcitoria in funzione del massimo livello di tutela delle ragioni patrimoniali del creditore insoddisfatto. Ancora una volta, quindi, si tornerebbe al problema della funzione dell'obbligazione penale la quale, come si è detto, quand'anche si identificasse con quella risarcitoria, non potrebbe essere direttamente collegata al pregiudizio patrimoniale subito in concreto da una delle parti contraenti, proprio in quanto al momento della determinazione del contenuto della prestazione accessoria non vi sarebbe alcun pregiudizio da risarcire.

7. *Segue: la prova contraria sull'inesistenza del danno e la mancanza di causa della penale. Critica*

Proseguendo nel discorso, occorre poi considerare che nella struttura pattizia disegnata dagli artt. 1382 e seguenti cod. civ. del pari irrilevante è la prova contraria sull'inesistenza del danno (¹¹⁴).

Si tratta, indubbiamente, di un elemento ulteriore di distinzione della penale dal risarcimento vero e proprio. Infatti, nel giudizio intentato allo scopo di ottenere il ristoro dei danni sofferti in ipotesi per effetto dell'inadempimento del debitore quest'ultimo, pur a fronte dell'accertata inadempienza dell'obbligazione assunta, ha però in ogni caso la possibilità di dimostrare l'esistenza di circostanze atte ad escludere o quantomeno limitare l'importo del risarcimento dovuto. Si pensi, ad esempio, al concorso del fatto colposo del creditore nella produzione del danno, che, se dimostrato in giudizio dalla parte che via abbia interesse e dunque dal debitore, ne importerebbe una diminuzione in proporzione alla colpa dello stesso creditore ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. La prova contraria consente cioè al soggetto gravato

¹¹⁴ A. MARINI, *op. ult. cit.*, 11 ss.

dell'obbligazione risarcitoria non certo di discolarsi, ma di dimostrare in giudizio che detta obbligazione è però totalmente o parzialmente priva di causa ed in questo senso rappresenta un diritto del convenuto riconosciuto dall'art. 2697 cod. civ. e costituzionalmente tutelato oltre che dal principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., altresì dal principio sul diritto di difesa di cui al successivo art. 24 Cost.

Invece a proposito della penale, come rilevato dalla dottrina, neppure l'orientamento dominante che ne sostiene la funzione esclusivamente risarcitoria ammette una tale possibilità in favore del debitore inadempiente, costretto in ogni caso all'adempimento dell'obbligazione accessoria pattuita al momento della stipulazione del contratto; a proposito dell'art. 1227, anzi, la giurisprudenza ne esclude espressamente l'operatività, mentre il medesimo effetto potrebbe essere conseguito con l'applicazione della diversa e specifica disposizione di cui all'art. 1384 cod. civ. (¹¹⁵), sebbene con le dovute precisazioni. La riduzione consentita al giudice in virtù della disposizione da ultimo richiamata, infatti, in quanto *equitativa* e non *equivalente* all'ammontare del danno, potrebbe portare unicamente ad un ridimensionamento dell'ammontare dall'obbligazione penale, mentre, come si è sopra accennato, in nessun caso potrebbe consentire al giudice di «ritenerla non dovuta» per l'accertata inesistenza di alcun danno (¹¹⁶). Quanto detto rappresenterebbe, dunque, un'ulteriore conferma dell'inconferenza del danno rispetto alla tipicità sanzionatoria della clausola penale, peraltro non solo nella fase prodromica della stipulazione del contratto, ma altresì in quelle seguenti del verificarsi dell'inadempimento e del suo

¹¹⁵ Cass. civ., Sez. II, 21 maggio 2001, n. 6927, in *Mass. giur. it.*, 2001; Cass. civ., Sez. III, 21 dicembre 1995, n. 13023, in *Mass. giur. it.*, 1995;

¹¹⁶ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 165.

(eventuale) accertamento in giudizio ai fini dell'emissione della sentenza di condanna all'adempimento della penale convenuta. Ma ciò, a sua volta, costituirebbe una conferma, secondo taluni ⁽¹¹⁷⁾, proprio dell'impossibilità per quest'ultima di assolvere ad uno scopo esclusivamente risarcitorio, anziché «prevalente» o «ricorrente».

Un discorso a parte deve essere fatto, invece, con riferimento alle indennità previste dal codice civile (artt. 834, 835, 843 co. 2, 924, 925 e 2045 cod. civ.) e a talune indennità risarcitorie contemplate dalle leggi speciali (art. 18, co. 4, L. 300/1970). Le prime, invero, come si è visto, non soltanto non prescindono dalla prova del danno, ma al contrario ne presuppongono l'esistenza e la correlativa prova in giudizio ai fini della loro liquidazione, sebbene il relativo ammontare sia talora slegato dall'entità della perdita patrimoniale subita dal titolare del bene e rimesso piuttosto all'equo apprezzamento del giudice (come per i danni cagionati da fatti compiuti in stato di necessità *ex art. 2045 cod. civ.*). L'indennità risarcitoria di cui all'art. 18 Stat. lav., invece, dopo la novella introdotta dalla legge n. 108 del 1990, prescinde dalla prova del danno da parte del lavoratore, poiché il danno è considerato dal legislatore *in re ipsa* e riconnesso al semplice fatto dell'interruzione del rapporto, ma è poi calcolata normativamente proprio sulla perdita patrimoniale presumibilmente occorsa al lavoratore per effetto del licenziamento.

¹¹⁷ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 164 secondo cui «In chiave (sia pure forfettariamente) risarcitoria, al debitore andrebbe riconosciuta – o per il principio di uguaglianza reciproca (art. 3 Cost.), o per il principio di correttezza (art. 1175 c.c.), o per il principio di necessità causale (art. 1223 c.c.), o per tutti questi principi – la facoltà di dimostrare (non tanto il diverso ammontare, quanto l'inesistenza del danno e, dunque, in buona sostanza, al debitore andrebbe riconosciuta la facoltà di dimostrare la mancanza di « causa » della penale, o, se si preferisce, l'inesistenza della tipica (quanto supposta) «funzione risarcitoria » della clausola.»

Tant'è che al datore di lavoro nella sua qualità di debitore inadempiente è sempre consentita la possibilità di provare, a differenza di quanto si è visto a proposito della penale disciplinata dal codice civile, che detta perdita non si è affatto verificata grazie all'*aliunde perceptum* o *percipiendum*. Ma qui le ragioni di una tale differenza sembrerebbero fin troppo evidenti, giacché lo strumento affidato al lavoratore non è affatto di tipo generale come lo è invece la clausola penale, né è applicabile potenzialmente ad ogni vicenda giuridica. Il suo contenuto non è indeterminato sino al momento della genesi del rapporto (se non nel *quantum* che, anzi, si determina nel momento dello scioglimento del rapporto in base al trattamento economico goduto dal lavoratore al momento del licenziamento), né per l'effetto è suscettibile di assumere le forme più disparate, da un'obbligazione di fare a una di dare o di non dare. Al contrario, si tratta di uno strumento speciale, riferibile unicamente ad uno scopo, quello di salvaguardare il lavoratore sotto il profilo economico; risultato che viene perseguito garantendo a quest'ultimo la conservazione della prestazione retributiva o, sarebbe più corretto dire, un'indennità parametrata su detta prestazione e ad essa equivalente grazie al collegamento con la nozione di retribuzione globale di fatto. Sicché, pur avendo i caratteri dell'obbligazione penale, lo strumento disciplinato dall'art. 18 è inscindibilmente connesso con un solo tipo di danno e ne dipende funzionalmente, appunto la perdita delle mensilità da parte del lavoratore licenziato, tanto che il suo importo non è mai predeterminato, ma, come si diceva, varia in relazione al trattamento di cui il lavoratore godeva al momento dell'interruzione del rapporto. Ne consegue che laddove nessuna perdita sia occorsa al ricorrente, grazie ad esempio ad un nuovo impiego reperito dopo il licenziamento (c.d. *aliunde perceptum*), non vi potrebbe essere danno sul quale calcolare l'ammontare dell'indennità risarcitoria; né, per le

considerazioni che precedono, l'indennità in questione potrebbe essere collegata a ragioni affatto incompatibili con la propria natura come la volontà di sanzionare la violazione in sé del dovere di condotta imposto al datore di lavoro, poiché detto fine è già perseguito dal sistema attraverso altre e differenti misure sanzionatorie come le sanzioni civili e amministrative o, in taluni casi, attraverso le tecniche penali ingiunzionali.

In conclusione, sia le indennità previste dal codice civile, sia quella risarcitoria disciplinata dallo Statuto dei lavoratori sembrerebbero sfuggire alla regola dell'irrilevanza della prova contraria, nel senso che rispetto ad esse l'interessato sarebbe sempre ammesso a dimostrare che l'indennità è nella specie priva di causa per mancanza, appunto, di un danno da «indennizzare».

8. L'oggetto della prestazione penale. Tipicità della clausola e atipicità del suo contenuto.

È considerazione diffusa nella più recente dottrina che la clausola penale travalichi il limite della mera volontà negoziale venendo a configurare piuttosto, nell'ordinamento, una sanzione autonoma ⁽¹¹⁸⁾ dotata di una propria struttura già compiutamente delineata dal legislatore, come tale senz'altro tipica ⁽¹¹⁹⁾, che condividerebbe con gli altri modelli rimediali previsti dal sistema di diritto positivo gli elementi della tipicità sanzionatoria e della struttura eminentemente obbligatoria. Viene cioè individuata nel sistema una sanzione originale, dotata di propria autonomia, cui sarebbe possibile ricondurre tutte le differenti

¹¹⁸ A. MARINI, *op. ult. cit.*, 3 ss. e 27; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 164.

¹¹⁹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 153-154, nonché 178.

tipologie di penali presenti nel sistema, da quelle testamentarie a quelle giudiziali, rispetto alle quali sarebbe individuabile un fondamento giuridico comune.

Il tema, come vedremo (¹²⁰), è di grande importanza per il fatto che investe, altresì, il problema delle fonti della penale, dovendosi distinguere, alla luce dei richiamati orientamenti dottrinali, appunto tra la struttura della clausola penale ed il suo contenuto o, se si preferisce, tra clausola penale e obbligazione penale, giacché la prima è normativamente prevista, ossia ha la sua fonte negli articoli del codice civile (artt. 1382 ss. cod. civ.), mentre la seconda viene da questi ultimi affidata all'autonomia negoziale.

Quando si è parlato della teoria sulla funzione sanzionatoria della clausola penale si è potuto osservare come essa individui nella clausola uno schema tipico dotato di propria disciplina attraverso il quale verrebbe imposta, anticipatamente e convenzionalmente, una sanzione del tutto peculiare che non si identificherebbe né con la funzione risarcitoria, né con quella afflittiva a causa della ricordata irrilevanza del danno relativamente alla prima e dell'assenza, nelle norme di cui agli artt. 1382 e seguenti cod. civ., con riferimento invece alla seconda, di una volontà di punire il debitore (¹²¹).

La sanzione, piuttosto, avrebbe quel contenuto che le parti contraenti decidessero volta per volta di affidarle in relazione alla vicenda negoziale e al tipo di accordo giuridico posto in essere e, pertanto, un contenuto atipico, poiché determinabile, a dispetto della struttura della clausola che è già delineata dal codice civile, solo per effetto

¹²⁰ V. *supra*, Cap. 3.

¹²¹ A. MARINI, *op. ult. cit.*, 27 e, in particolare, 34-37.

dell'incontro delle volontà delle parti del contratto (salvi i casi delle penali legali).

Del resto, il nostro codice mostra un'espressa preoccupazione di contenimento della discrezionalità pattizia che si ravvisa, in primo luogo, proprio nella limitazione del fine risarcitorio alla sola prestazione promessa (art. 1382 cod. civ.), salvo quando sia convenuta la risarcibilità dell'ulteriore danno, che, però, è sempre e soltanto il danno «non coperto» dalla reintegrazione effettuata per mezzo della pattuizione penale. L'attenzione, in secondo luogo, cade inevitabilmente sul potere riconosciuto al giudice di ridurre equamente la penale eccessiva, onde contenerne l'incidenza reale ed evitare che lo scopo risarcitorio trascenda in mero arbitrio con esito inammissibilmente vessatorio del soggetto debitore. Infatti, il principio di necessaria causalità di cui all'art. 1223 cod. civ., che parla a riguardo di conseguenza «diretta e immediata», impedisce a qualunque sanzione che persegua una finalità propriamente risarcitoria di valicare sul piano effettuale il limite della riparazione della perdita patrimoniale sofferta dal creditore e sconfinare in quello dell'arricchimento senza causa.

Al giudice, invece, non è ovviamente consentito sindacare il tipo di prestazione penale «virtualmente esprimibile tanto in una obbligazione di « dare », quanto in una di « fare » o di « non fare »»⁽¹²²⁾, seppure gli è poi riconosciuto il potere di accertare l'eventuale intento fraudolento del debitore in violazione dell'art. 1344 cod. civ., ad esempio con l'accertamento che vi era la volontà di aggirare il divieto di esonero dalla responsabilità ex art. 1229 cod. civ. o il divieto di patto commissorio ex art. 2744 cod. civ. Ma qui, a differenza dei due casi sopra esaminati, è necessaria l'istanza della parte che vi abbia interesse

¹²² S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 184.

non potendo il giudice intervenire *ex officio* né in relazione alla disposizione di cui all'art. 1229, né in relazione a quella da ultimo indicata, trattandosi in entrambe le circostanze di eccezioni in senso proprio.

L'atipicità del contenuto dell'obbligazione penale, naturalmente, non concerne le penali cosiddette legali come l'indennità risarcitoria contemplata dal 4° comma dell'art. 18 Stat. lav., di cui si è detto nel precedente paragrafo, o quella prevista dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966 e, in genere, tutte le altre penali disciplinate dal nostro ordinamento giuridico. In tali casi, il contenuto della prestazione è direttamente stabilito dalla norma di legge (v. art. 7 Stat. lav. a proposito delle sanzioni disciplinari) (¹²³) o affidato a criteri di calcolo indicati dalla legge stessa (art. 18, co. 4, cit.; art. 8, L. 604/1966, cit.) o da quest'ultima rimessi ad altra fonte (come per l'indennità sostitutiva del preavviso), mentre la volontà delle parti del negozio giuridico rimane del tutto irrilevante e può semmai intervenire nella sola fase dispositiva del rapporto ad esempio allo scopo di concordare, nell'ambito di un accordo transattivo, la rinuncia alla prestazione indennitaria.

Neppure trovano applicazione, di fronte alle penali legali, limiti come il rimedio predisposto dall'art. 1384 cod. civ., dal momento che l'origine normativa e non negoziale del contenuto della prestazione indennitaria libera quest'ultima da preoccupazioni ordinamentali di contenimento del fine risarcitorio e/o afflittivo.

¹²³ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 134 ss.

9. *Segue*: il contenuto della penale. Determinatezza o mera determinabilità?

Quanto invece al requisito della determinatezza o determinabilità della prestazione penale, l'art. 1382 cod. civ. non stabilisce il tempo in cui essa debba essere puntualmente individuata dai contraenti. La mancanza di un preciso riferimento temporale potrebbe indurre, prudenzialmente, a ritenere che l'obbligazione penale debba essere individuata già nel momento della stipulazione del contratto.

Tuttavia, pur non facendo espresso riferimento alla determinabilità dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., la norma neppure vieta la possibilità per le parti del contratto di concordare la prestazione oggetto della clausola penale successivamente al perfezionamento del negozio giuridico ⁽¹²⁴⁾.

¹²⁴ MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, cit., 191 ss., il quale rileva come non possa avere pregio «l'affermazione secondo cui occorre eccezionalmente la determinatezza e non basta invece la semplice determinabilità dell'oggetto della clausola. Una determinazione successiva (avvenga prima o dopo l'adempimento) è invece possibile e non è incompatibile con la funzione (essenzialmente) sanzionatoria della clausola. Importa però che, al momento della stipulazione della clausola, sia previsto almeno il modo in cui deve avvenire la (successiva) determinazione attraverso la quale viene semplicemente integrata e specificata la volontà delle parti [...]». Nello stesso senso, D. MAGLIASSO, *La clausola penale*, cit., 127 ss. L'A. opportunamente rileva come le clausole contrattuali, ivi inclusa la clausola penale, debbano avere un contenuto determinato o, quantomeno, determinabile attraverso l'indicazione dei criteri necessari allo scopo e cita, sul punto, una recente sentenza della Suprema Corte secondo cui, al pari di ogni altra obbligazione di origine contrattuale, anche la clausola penale debba essere conforme al disposto dell'art. 1346 cod. civ. secondo cui «l'oggetto del contratto deve essere determinato ovvero, quanto meno, determinabile»: Cass. 3 marzo 2005, n. 4635, in *Iuris data – Sentenze Cassazione Civile* – cd rom Giuffrè, 2006/4. V. anche M. DE LUCA, *La clausola penale*, cit. 81 ss. V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 94 ss.. In senso contrario, A. MARINI, *La clausola*

Il rischio, semmai, potrebbe essere quello di incorrere nella dichiarazione di nullità della clausola rimasta priva di contenuto, per il caso in cui l'inadempimento della parte a carico della quale l'obbligazione penale è posta dovesse precedere l'esatta individuazione del contenuto della prestazione accessoria.

Tuttavia, già la più accorta dottrina e conformemente la prevalente giurisprudenza di legittimità hanno rilevato come il problema possa essere facilmente aggirato con la specificazione, già nel contratto, dei criteri di determinazione dell'oggetto della clausola penale in modo da consentire al momento opportuno, ivi incluso un momento successivo al verificarsi della condotta rilevante ai fini dell'art. 1382 cod. civ., l'integrazione della volontà negoziale delle parti contraenti (¹²⁵).

10. Segue: pecuniarietà o mera patrimonialità dell'obbligazione penale? Implicazioni ricostruttive.

Ritiene la dottrina (¹²⁶) che l'obbligazione penale possa avere indifferentemente un contenuto positivo o negativo, materiale o

penale, cit., 134, il quale non ammette l'indefinita e generica determinabilità dell'oggetto della clausola penale.

¹²⁵ MAGAZZÙ, *op. ult. cit.*, 191 ss.. D. MAGLIASSO, *op. ult. cit.*, 127 ss. In giurisprudenza, *ex plurimis*, cfr. Cass. 3 marzo 2005, n. 4635, cit.

¹²⁶ V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 93, secondo cui «La prestazione può consistere in un fare, in un non fare o in un dare, ed il fare a sua volta nella emissione di una successiva dichiarazione di volontà, ed il dare non necessariamente (ma di certo più frequentemente) nella dazione di una somma di denaro»; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola Penale*, cit., 191; A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, cit., 520 ss; G. DISTASO, *I contratti in generale*, cit., 1346; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 218 ss.; S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 368 ss.; M. DE LUCA, *La clausola penale*, cit., 74 ss.; G. DE NOVA, voce *Clausola Penale*, cit., 378.

negoziale e consistere persino nel trasferimento di un diritto. L'unico limite sarebbe rappresentato dal carattere necessariamente patrimoniale dell'obbligazione penale (¹²⁷), la quale, quando non consista in una somma di denaro, ma ad esempio in un *facere*, dovrebbe sempre essere economicamente valutabile.

Si tratta tuttavia di un orientamento non unanime, seppure condiviso anche da una parte della giurisprudenza (¹²⁸).

Infatti, la dottrina è in realtà divisa tra coloro i quali sostengono che la clausola penale possa avere ad oggetto prestazioni di diversa natura, come quelle di dare o di fare, come l'estinzione di un debito con un credito preesistente o come il trasferimento, appunto, di un diritto e coloro i quali, invece, ritengono che essa possa avere unicamente natura pecuniaria, in quanto l'unica effettivamente compatibile sia con il potere riconosciuto in capo al giudice dall'art. 1384 cod. civ. di riduzione equitativa della penale eccessivamente onerosa, sia con il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 cod. civ. (¹²⁹). Secondo quest'ultimo autorevole orientamento, in particolare, non sarebbe possibile prescindere dalla «concezione tradizionale della penale, come liquidazione preventiva e forfetaria del danno, che ha influenzato il legislatore del 1942 e nella quale risultava in certo senso scontata la ricomprensione della penale nell'ampio *genus* delle obbligazioni pecuniarie, essendo l'obbligazione penale modellata su quella tipicamente pecuniaria, del risarcimento del danno [...]» tanto che, in relazione al ricordato principio di cui all'art. 1384, si legge poi: «La

¹²⁷ A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit. 220, il quale esclude per l'effetto dal novero delle penali le sanzioni aventi contenuto morale. In senso adesivo, v. M. DE LUCA, *op. ult. cit.*, 75.

¹²⁸ Cass., 08 agosto 1962, n. 2465, cit. e Cass. 12 marzo 1984, n. 1699, cit..

¹²⁹ V. per tutti, A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 126 ss.

riducibilità giudiziale della penale, in caso di parziale adempimento dell'obbligazione principale e di manifesta eccessività della sanzione, presuppone, infatti, necessariamente, la divisibilità della cosa, oggetto della penale e vale, dunque, ad escludere l'idoneità di una penale consistente in una prestazione di fare o di non fare o di dare una cosa indivisibile»⁽¹³⁰⁾.

Nello stesso senso si esprime anche altra dottrina la quale, nel collegare l'obbligazione penale con il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 cod. civ., afferma che la penale deve avere ad oggetto necessariamente cose generiche e, più nello specifico, una somma di denaro. Infatti «il carattere essenzialmente pecuniario della penale, requisito oggettivo del negozio, si riflette sulla validità della clausola, che dovrà considerarsi oggettivamente illecita e quindi nulla, nel caso in cui abbia per oggetto una cosa diversa dal denaro, in quanto il problema della possibilità e liceità dell'oggetto resta assorbito in quello della pecuniarietà»¹³¹.

Il problema, con tutta evidenza, nasce dalla lettera della norma che, nel fare generico riferimento ad una “determinata prestazione”⁽¹³²⁾, concordata tra le parti, apparentemente non ne delimita i confini sotto il profilo del contenuto ed anzi, come rilevato da una più recente dottrina⁽¹³³⁾, lascia alle parti stesse la massima libertà contrattuale possibile, relativamente all'individuazione del rimedio più rapido ed efficace per il

¹³⁰ A. MARINI, *op. ult. cit.*, 129.

¹³¹ E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, cit., 923 che aderisce alla tesi di A. MARINI, *op. ult. cit.*, 122 e spec. 130-132.

¹³² V. sul punto M. DE LUCA, *La clausola penale*, cit., 74 secondo il quale « tale formula generica si presta ad una duplice lettura [...]», l'una più estensiva che ricomprenderebbe nell'oggetto della penale anche un bene diverso dal denaro, l'altra più restrittiva.

¹³³ D. MAGLIASSO, *La clausola penale*, cit., 114.

caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento. Da qui la possibilità, in definitiva, che né la teorica sulla necessaria pecuniarietà, né quella sulla natura solo patrimoniale dell'obbligazione penale colgano propriamente nel segno, dovendosi avere sempre riguardo alla volontà dei soggetti contraenti e alla funzione da questi impressa al contenuto della clausola penale. Potrebbe infatti individuarsi nel caso concreto «un qualificato interesse del creditore ad una predeterminazione sanzionatoria non necessariamente di carattere risarcitorio, ma eventualmente protesa a conseguire un risultato pratico ritenuto, fra l'altro convenzionalmente, più rispondente alla compulsorietà dell'adempimento primario di quanto non sarebbe la consueta riparazione monetaria»⁽¹³⁴⁾, rispetto alla quale potrebbe risultare più adeguata una prestazione non pecuniaria; il che non soltanto consentirebbe di recuperare il discorso svolto a proposito della tipicità sanzionatoria dell'obbligazione penale, il cui fine si sostanzia nel risultato concretamente perseguito dalle parti del negozio giuridico, ma darebbe spazio, altresì, alla tesi per cui ogni obbligazione penale è idonea ad assolvere la funzione tipica della clausola, preventivamente compulsoria e successivamente sanzionatoria, ivi inclusa appunto la prestazione penale non pecuniaria, con sostanziale recupero di una maggiore coerenza del sistema di diritto positivo e, in questo, dello strumento della penale stessa; né siffatte considerazioni potrebbero essere sottaciute al solo scopo di garantire piena ed integrale applicazione alla norma di cui all'art. 1384 cod. civ., in quanto apparentemente compatibile con le sole penali pecuniarie, come invece sembrerebbe sostenere parte della dottrina.

¹³⁴ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 372.

L'obiettivo dovrebbe essere, invece, di comprendere quali margini di compatibilità vi siano, per tornare alle argomentazioni svolte in apertura del paragrafo, tra un'obbligazione penale volutamente non pecuniaria, poiché in ipotesi meglio rispondente al fine punitivo prefissato dai contraenti nel regolamento negoziale, e il potere del giudice di riduzione equitativa.

Già in precedenza, era stato sottolineato come sia l'orientamento dottrinale dominante sulla natura non necessariamente pecuniaria dell'obbligazione penale, sia quello minoritario presentassero dei limiti. Quanto al secondo, in particolare, ne è stato criticato l'eccessivo rigorismo «che riduce di troppo l'oggetto della clausola» negando la possibilità che vi siano anche penali non pecuniarie sulla base di considerazioni non sempre decisive⁽¹³⁵⁾. L'indirizzo minoritario, infatti, seppure elabora alcune fattispecie anomale che mostrano apertamente la loro assoluta inconciliabilità tanto con il ricordato limite di cui all'art. 1384 cod. civ. quanto con il divieto di cui al successivo art. 2744 cod. civ., non individua invece «anche la contrarietà di ogni penale non pecuniaria ad una specifica norma imperativa o all'ordine pubblico o al buon costume». Sotto altro profilo, va poi condiviso il pensiero secondo cui «la diretta contrarietà della penale non pecuniaria al divieto di patto commissorio non sussiste, in astratto, per ogni altra prestazione di “dare”, “fare”, “non fare”, pur sempre ancorate ad un effetto solo obbligatorio e non anche reale»⁽¹³⁶⁾. Del resto, non si può trascurare come il problema della riduzione riguardi la sola penale non pecuniaria ritenuta eccessiva, mentre non può riguardare viceversa la penale non eccessiva, quand'anche avesse ad oggetto cose indivisibili. Inoltre, non

¹³⁵ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 369.

¹³⁶ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 370-371.

ogni obbligazione diversa da quella pecuniaria è per sua natura indivisibile, ben potendo concernere, ad esempio, cose generiche come tali perfettamente divisibili. Ne deriverebbe, quindi, l'impossibilità di generalizzare, tanto più in quanto di fronte ad una penale non pecuniaria eccessiva e non riducibile non rilevarebbe né l'impossibilità, né l'illiceità, dell'oggetto, bensì l'illiceità della causa»⁽¹³⁷⁾. Si legge infatti nel contributo di questo autorevole indirizzo come «[...] la penale «eccessiva ma non riducibile» non è impossibile nell'oggetto, né ha un oggetto illecito, ma qualifica in modo atipico ed illecito la funzione sanzionatoria della clausola» realizzando in questo modo «mediante un oggetto, in sé lecito e possibile, una funzione che contrasta con la norma dell'art. 1384 c.c. e, quindi, con l'esigenza, connaturale ad una sanzione riservata all'autonomia privata, di un controllo giudiziale. Da qui l'atipicità illecita della clausola costitutiva [...]»⁽¹³⁸⁾ che, nel non conformarsi ad uno dei tre caratteri essenziali della pattuizione penale, cioè appunto la riducibilità *ex officio* della prestazione concordata (mentre gli altri connotati, giova ricordarlo, sono l'effetto di limitazione del risarcimento e il divieto di cumulo), travalica i limiti normativamente imposti alla funzione penale.

Quanto invece al divieto di patto commissorio, già da più parti ne era stata teorizzata la potenziale compatibilità anche con penali non pecuniarie⁽¹³⁹⁾. In particolare, è stato sostenuto come ogni negozio giuridico possa incorrere nella sanzione di nullità se impiegato per conseguire uno scopo vietato; va da sé, infatti, che laddove il patto

¹³⁷ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 373.

¹³⁸ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 373-374.

¹³⁹ M. DE LUCA, *op. ult. cit.*, 77 ss.; S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, *passim*; D. MAGLIASSO, *op. ult. cit.*, 115.

commissorio venga dissimulato sotto un diverso negozio, avente in ipotesi la forma di una clausola penale, quest'ultimo sarà inevitabilmente nullo, ma ciò non equivale a dire che «una clausola penale con oggetto diverso dal denaro celi un patto commissorio e che essa sia inammissibile, ma soltanto che, ove la penale, nell'intenzione delle parti, dissimuli un patto commissorio, essa sia dichiarata nulla in quanto negozio in frode alla legge, essendo un semplice mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa [...]»⁽¹⁴⁰⁾.

11. La riducibilità *ex officio* della penale.

La riduzione equitativa della penale, quando la prestazione pattuita risulti eccessiva o sia intervenuto un parziale adempimento dell'obbligazione principale, è in effetti questione di particolare rilievo specie in quanto, come si accennava, ha alimentato numerosi dibattiti in relazione alla riducibilità o meno di tutte le obbligazioni penali, indipendentemente dal relativo contenuto, e segnato un'ulteriore spaccatura all'interno della dottrina tra i sostenitori della riducibilità *ex officio*⁽¹⁴¹⁾ appunto di ogni penale, ivi inclusa quella non pecuniaria, e i

¹⁴⁰ M. DE LUCA, *op. ult. cit.*, 79. In argomento, v. anche E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, cit., 524.

¹⁴¹ Sulla possibilità per il giudice di esercitare d'ufficio il potere di ridurre equamente la penale manifestamente eccessiva *ex art.* 1384 c.c. cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. III, 28 marzo 2008, n. 8071, in *Notariato*, 2008, 5, 492; Cass. civ., Sez. III, 10 gennaio 2008, n.246, in *Contratti*, 2008, 8-9, 768; Cass. civ., Sez. III, 24 novembre 2007, n. 24458, in *CED Cassazione*, 2007, secondo cui, tra l'altro, essendo posto a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, detto potere può essere esercitato dal giudice non soltanto d'ufficio, ma pur se le parti abbiano contrattualmente convenuto l'irriducibilità della penale; Cass. civ., Sez. III, 19 ottobre 2007, n. 22002, in *Nuova giur. civ.*, 2008,

sostenitori della sola riducibilità di penali aventi ad oggetto unicamente cose generiche e, in particolare, il denaro (¹⁴²).

Si è già avuto modo di osservare (¹⁴³) come il fondamento dell'art. 1384 cod. civ. sulla riducibilità dell'obbligazione penale risieda nell'esigenza del legislatore di assicurare in concreto l'idoneità del patto accessorio a svolgere la propria funzione tipica (¹⁴⁴), che nella fase della costituzione del vincolo negoziale si sostanzia nella funzione compulsoria dell'adempimento spontaneo della prestazione principale e, quindi, nel più volte ricordato rafforzamento del comune interesse alla regolare attuazione del rapporto. Si è inoltre precisato come proprio in rapporto agli interessi coinvolti nel regolamento negoziale, tra i quali la norma evidenzia l'interesse del creditore, deve essere misurata la "proporzionalità" della prestazione penale. Quest'ultima, infatti, è astretta alla propria natura "accessoria" che ne contraddistingue non soltanto la struttura di clausola che accede ad un contratto, ma altresì la funzione di sanzione che accede ad una prestazione principale della quale, successivamente all'inadempimento, deve assicurare appunto un'equa riparazione; ma poiché il contenuto della clausola penale di fonte negoziale è del tutto indeterminato e rimesso all'accordo dei contraenti il legislatore non poteva che bilanciare detta autonomia prevedendo un meccanismo attraverso il quale riequilibrare gli assetti negoziali per il caso in cui la prestazione concordata ecceda il limite della realizzazione dell'interesse del creditore, tenuto conto

3, 1, 547; Cass. civ., Sez. III, 28 agosto 2007, n. 18195, in *CED Cassazione*, 2007; App. Genova, Sez. III, 02 aprile 2008, in *Banche dati Platinum*, Utet.

¹⁴² Sul punto, si rimanda per i contributi dottrinali al precedente paragrafo.

¹⁴³ V. Cap. 1, § 6.

¹⁴⁴ T. VALLEBONA, *Buona fede e riduzione d'ufficio della penale*, cit., 479.

dell'incidenza di quest'ultimo sulla concreta situazione contrattuale, indipendentemente invece da una correlazione con il danno subito (¹⁴⁵).

Infatti, il criterio cui il giudice deve fare riferimento per esercitare il potere di riduzione della penale non è certo la valutazione del danno che sia stato eventualmente accertato o risarcito, ma appunto l'interesse della parte che aveva diritto alla prestazione principale (¹⁴⁶). A riguardo, la giurisprudenza ha precisato che il potere di riduzione a equità, attribuito al giudice dall'articolo 1384 c.c., in quanto funzionale alla tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, debba essere esercitato (d'ufficio) ogni qualvolta si renda necessario ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela (¹⁴⁷), il che ci spinge verso un duplice ordine di considerazioni.

Sotto un primo versante, infatti, se è senz'altro vero che la pattuizione penale rappresenta uno strumento affidato dal legislatore ai privati contraenti per l'individuazione del rimedio da essi ritenuto nel caso concreto più rapido ed efficace contro i rischi dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento (¹⁴⁸) è altrettanto innegabile che l'interesse così regolamentato sia tuttavia sempre "iscritto" nel più ampio quadro dell'interesse oggettivo dell'ordinamento (¹⁴⁹) e attraverso quest'ultimo attentamente "monitorato" a garanzia dell'uso "tipico" dello strumento penale, da cui l'ovvia considerazione già teorizzata da illustre dottrina

¹⁴⁵ Trib. Monza, 05 maggio 2008, in *Banche dati Platinum*, Utet.

¹⁴⁶ Cass. civ., Sez. I, 09 maggio 2007, n. 10626, in *Contratti*, 2007, 8-9, 790.

¹⁴⁷ Cass. civ., Sez. III, 28 marzo 2008, n. 8071, cit.; Cass. civ., Sez. III, 10 gennaio 2008, n. 246, cit.; Cass. civ., Sez. III, 24 novembre 2007, n. 24458, cit.; Cass. civ., Sez. III, 19 ottobre 2007, n. 22002, cit., che parla di «interesse oggettivo dell'ordinamento»; App. Genova, Sez. III, 02 aprile 2008, cit.

¹⁴⁸ V. *supra*, § 9. In dottrina, v. D. MAGLIASSO, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁹ Cfr. sul punto ancora Cass. civ., Sez. III, 19 ottobre 2007, n. 22002, cit..

(¹⁵⁰) secondo cui la penale eccede il limite della volontà negoziale rappresentando piuttosto una sanzione originale ed autonoma predefinita dall'ordinamento e affidata ai privati.

Sotto altro versante, è interessante osservare come il metro sul quale viene verificata dalla giurisprudenza la meritevolezza dell'interesse del creditore sia appunto l'interesse generale del sistema, la cui preoccupazione rispetto alla relazione instauratasi tra le parti è di garantirne l'equilibrio, tenuto conto della loro posizione reciproca nel momento in cui il rapporto è stato costituito. In questo modo, si punta ad arginare il rischio dell'ingiustificato arricchimento di un contraente a danno dell'altro (¹⁵¹) per effetto dell'abuso dello strumento penale; ciò che accadrebbe, viceversa, laddove mancasse un siffatto controllo e l'obbligazione penale potesse anche eccedere il limite segnato dal valore della prestazione principale. In argomento, vi è chi propriamente ha parlato di «fenomeno usurario» solo alla luce del quale il rimedio predisposto dall'art. 1384 «potrebbe trovare una piena giustificazione logica [...]» (¹⁵²).

Si tratta, peraltro, di una preoccupazione che permea l'intero sistema di diritto positivo, costantemente orientato a garantire l'equilibrio degli assetti contrattuali e ad evitare abusi del diritto. Nella materia del lavoro, ad esempio, già la previsione contenuta nel 4° comma dell'art. 18 Stat. lav è moderata dalla regola di formazione giurisprudenziale dell'*aliunde*

¹⁵⁰ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, *passim*.

¹⁵¹ M. DE LUCA, *op. ult. cit.*, 81, secondo cui la determinazione del *quantum* da restituire, effettuabile tra l'altro anche nelle penali non pecuniarie, ha lo scopo di evitare appunto un arricchimento senza causa.

¹⁵² C. MIRABELLI, *Delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. Civ. (art. 1321-1469)*, cit., 337.

perceptum o dell'*aliunde percipiendum* ⁽¹⁵³⁾, la cui funzione è assimilabile a quella della riduzione equitativa di fonte legale (art. 1384 cod. civ.). Si è visto ⁽¹⁵⁴⁾, infatti, come al datore di lavoro inadempiente sia riconosciuta la possibilità di ridurre l'ammontare dell'indennità risarcitoria prevista dalla norma con la prova in giudizio della parziale o integrale compensazione tra il danno patrimoniale sofferto dal lavoratore, per effetto del licenziamento e della conseguente perdita delle retribuzioni, e il vantaggio economico che abbia conseguito *medio tempore* altrove o che avrebbe potuto conseguire attraverso l'ordinaria diligenza.

Come si può osservare, nel caso delineato dall'art. 18 Stat. lav. la riduzione operata dal giudice non è propriamente equitativa, ma proporzionale piuttosto al guadagno conseguito dal dipendente licenziato grazie al nuovo impiego. Ed infatti, ai fini della riduzione stessa non è sufficiente che il datore di lavoro debitore deduca l'eccessività della prestazione penale o in ipotesi un adempimento parziale, essendo invece richiesta la prova rigorosa appunto dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum* (incompatibile ¹⁵⁵). Sul piano effettuale, invece, lo scopo è poi il medesimo giacché, anche in tal caso, si vuole evitare che dall'inadempimento del debitore possa conseguire un arricchimento del lavoratore creditore, ossia non soltanto il recupero della prestazione principale perduta, ma il guadagno altresì di un "*surplus*" che nell'ambito del rapporto non troverebbe giustificazione

¹⁵³ Per un'ampia rassegna della giurisprudenza di legittimità, v. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, cit., 431 ss.

¹⁵⁴ Cap. 1, § 6.

¹⁵⁵ Su cui, cfr. *ex plurimis* Cass. civ., 02 febbraio 2005, n. 2023, in *Guida al dir.*, 2005, 11, 72. In dottrina, v. A. VALLEBONA, *op. loc. ult. cit.*

alcuna e, di conseguenza, non potrebbe essere tutelato dall'ordinamento. L'unica eccezione sarebbe costituita dalla prova del maggior danno che però, lungi dal creare una regola alternativa, rappresenterebbe soltanto un'ulteriore conferma di quanto si diceva sopra, ossia della necessaria corrispondenza tra la prestazione penale e il fine della reintegrazione/riparazione dello squilibrio verificatosi per effetto dell'inadempimento (¹⁵⁶).

Diverso, invece, è il caso dell'indennità risarcitoria prevista dall'art 8 della legge n. 604 del 1966 che, a differenza della precedente, non è espressamente parametrata sul danno patrimoniale sofferto dal lavoratore a causa del licenziamento, ma è ricompresa invece tra un limite minimo e un limite massimo predeterminati dal legislatore, rispetto ai quali un'eventuale *aliunde perceptum* o *percipiendum* del lavoratore sarebbe del tutto inconferente, mentre il rimedio predisposto dall'art. 1384 cod. civ. sarebbe invece del tutto inutilizzabile trattandosi di indennità di fonte legale, come tale estranea a preoccupazioni di contenimento degli eventuali abusi dell'autonomia privata; solo che, a differenza dell'indennità di cui al 4° comma dell'art. 18 Stat. lav., la ragione dell'irriducibilità *ex officio* della prestazione indennitaria da ultimo esaminata non potrebbe essere individuata anche nella

¹⁵⁶ Cfr. sul punto Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, cit., secondo cui la clausola penale non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve piuttosto alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che se il relativo ammontare venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, potrebbe essere appunto equamente ridotta. Pertanto, deve escludersi che la clausola penale possa essere ricondotta all'istituto proprio del diritto nord-americano dei "punitive damages" avente una finalità sanzionatoria e punitiva, poiché appunto detta finalità sarebbe incompatibile con un sindacato del giudice sulla eventuale sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito.

corrispondenza del suo ammontare con la perdita patrimoniale subita dal lavoratore in seguito al licenziamento, che ne assicurerebbe altresì il fine del riequilibrio delle posizioni contrattuali alteratesi per effetto del licenziamento, dal momento che non è questo, come si è visto, il metodo di calcolo imposto dalla c.d. tutela obbligatoria. In questo caso, invece, il giudice determina l'ammontare della prestazione indennitaria sulla base di criteri legati più alla persona del datore di lavoro o a quella del lavoratore che alla perdita sofferta da quest'ultimo, tanto che non se ne è esclusa una funzione essenzialmente o almeno prevalentemente punitiva⁽¹⁵⁷⁾; ma se per la tutela obbligatoria il problema della riducibilità ex art. 1384 cod. civ. non si pone, lo stesso non può dirsi per le pene private e, in genere, per la penale di fonte negoziale avente funzione punitiva; il che ci porta a considerare un aspetto ulteriore del problema, in precedenza solo accennato⁽¹⁵⁸⁾: quello del rapporto tra riduzione equitativa ex art. 1384 cod. civ. e funzione appunto dell'obbligazione penale.

12. *Segue*: rapporti tra riducibilità *ex officio* e funzione dell'obbligazione penale.

Si è già detto dei problemi avanzati da una parte della dottrina⁽¹⁵⁹⁾ con riguardo al difficile rapporto tra prestazione penale non pecuniaria e potere del giudice di riduzione equitativa della stessa ai sensi dell'art. 1384 cod. civ. La tesi è che la riducibilità giudiziale della penale presuppone sempre, necessariamente, la divisibilità della cosa che ne

¹⁵⁷ Cap. 1, § 1.

¹⁵⁸ V. *supra*, Cap. 2, § 9.

¹⁵⁹ V. per tutti A. MARINI, *op. loc. ult. cit.*

forma oggetto e, dunque, porta ad escludere l' idoneità di una penale diversa dal denaro, poiché allora essa non potrebbe che consistere in una prestazione di fare, non fare o di dare «una cosa indivisibile» ⁽¹⁶⁰⁾.

A questo punto, sarebbe opportuno verificare se il rimedio predisposto dall'art. 1384 cod. civ. presupponga che l' obbligazione penale assolva altresì, inevitabilmente, ad un fine risarcitorio o se, invece, la funzione della clausola sia rispetto alla norma del tutto inconferente.

Di certo, nel primo caso il compito del giudice sarebbe notevolmente semplificato poiché, senza indulgere in astrazioni del sistema, egli potrebbe verificare caso per caso se, in relazione al valore economico della prestazione principale rimasta ineseguita o eseguita solo in parte, l' obbligazione penale convenuta in contratto sia o meno del tutto sproporzionata.

Nel secondo caso, viceversa, si rischierebbe di privare il giudice del principale parametro di riferimento ai fini del proprio giudizio di equità, cioè appunto il valore economico della prestazione principale cui è riconnesso l' interesse del creditore, poiché tutte le volte in cui la penale fosse diretta ad un fine eminentemente punitivo invece che risarcitorio non sarebbe possibile accertarne la “proporzionalità” del contenuto misurando sull' indicato valore economico il sacrificio imposto per effetto della clausola al debitore inadempiente, ma ci si dovrebbe affidare piuttosto ad una valutazione equitativa del tipo e del grado di punizione inflitta al debitore stesso, rendendo incerto il confine tra uso tipico e abuso dello strumento penale, con l' inevitabile risultato di rimetterne *ex post* la verifica al giudice adito.

¹⁶⁰ A. MARINI, *op. ult. cit.*, 129. V. supra, Cap. 2, § 9.

Già la materia del lavoro, peraltro, sembrerebbe evidenziare una forte propensione verso la prima delle soluzioni prospettate. Al di là infatti del più volte ricordato art. 18 Stat. lav. e della tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della legge n. 604/1966 o ancora dell'indennità ex art. 2118, co. 2, cod. civ., dove la fonte dell'indennità è sempre la legge che ne determina anche i relativi importi o definisce i criteri per la sua precisa quantificazione, è possibile individuare alcuni esempi di vere e proprie penali negoziali che pure evidenziano, rispetto alle indennità di fonte legale, un fine eminentemente risarcitorio. Si pensi, in primo luogo, ai patti di stabilità relativa, in virtù dei quali il contratto di lavoro a tempo indeterminato con durata minima garantita si comporta, per siffatta durata, come un contratto a tempo determinato. Di conseguenza, la parte che receda senza una giusta causa è tenuta a corrispondere all'altra la prestazione penale pattuita per il caso appunto di recesso anticipato (¹⁶¹) ovvero, in mancanza di pattuizione, il risarcimento dei danni, ai sensi degli artt. 1453 e 2119 c. c., in misura pari alle retribuzioni che sarebbero spettate fino al termine del periodo garantito (¹⁶²). In tali casi, è stato più volte ribadito come la clausola penale connessa al patto di

¹⁶¹ Cass. civ., 07 settembre 2005, n. 17817 in *Mass. giur. it.*, 2005, a proposito della dimissioni rese da un dipendente prima della scadenza del periodo di durata minima concordato e della richiesta da parte del datore di lavoro della condanna alla refusione delle spese sostenute da quest'ultimo per l'addestramento del dipendente. Cfr. invece Cass. civ., Sez. lavoro, 19 aprile 1990, n. 3221, in *Notiz. giur. lav.*, 1990, 552 sul recesso anticipato dal contratto di lavoro della parte datoriale e sul conseguente diritto del lavoratore licenziato alla prestazione penale convenuta.

¹⁶² Cass. civ., 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Mass. giur. it.*, 2005, nonché in *Foro it.*, 2006, I, 2107 cui *adde* Cass. 20 aprile 1995, n. 4437, *id.*, 1995, I, 2123. Nello stesso senso, inoltre, cfr. Cass. civ., 15 novembre 1996, n. 10043, *ivi*, 1996; Cass. civ., 25 giugno 1987, n. 5600, in *Notiz. giur. lav.*, 1987, 494; Cass. civ., 03 dicembre 1985, nn. 6052 e 6053, in *Mass. giur. it.*, 1985; Cass. civ., 29 novembre 1985, nn. 5975 e 5976, *ivi*, 1985; Cass. civ., 10 marzo 1984, n. 1676, *ivi*, 1984.

stabilità relativa del rapporto di lavoro assolve alla funzione di mera liquidazione preventiva e convenzionale del danno da inadempimento (¹⁶³), come dimostrato dalla parametrizzazione del relativo ammontare, in genere, per l'appunto sulle retribuzioni perdute o, dal lato del datore di lavoro, sulle spese sostenute ad esempio per l'addestramento del

¹⁶³ Cass. civ., 19 aprile 1990, n. 3221, cit.. Trib. Modena, 13 luglio 2007, cit., secondo cui, tra l'altro, dovendosi in tal caso prescindere dalla prova dell'effettiva esistenza del danno, nessun rilievo può attribuirsi all'*aliunde perceptum* per il periodo di vigenza della clausola medesima. Diverso, invece, è il caso in cui manchi una pattuizione penale e sia riconosciuto il diritto del dipendente licenziato alle retribuzioni che avrebbe percepito per il periodo minimo garantito. In questa ipotesi, infatti, già Cass. civ., 10 marzo 1984, n. 1676, cit., affermava che «... dal loro ammontare va detratto quanto il lavoratore medesimo abbia ricavato da una successiva occupazione ottenuta nel periodo suddetto, mentre grava sul datore di lavoro, che voglia limitare la misura del risarcimento, l'onere di provare sia il difetto di diligenza del lavoratore nella ricerca di una nuova occupazione sia i proventi eventualmente ricavati da quest'ultima». Successivamente, nello stesso senso si sono pronunziate *ex plurimis* anche Cass. civ., 29 novembre 1985, nn. 5975 e 5976, cit., nonché Cass. civ., 03 dicembre 1985, nn. 6052 e 6053, cit. Sull'ammissibilità del patto di stabilità relativa anche in relazione alla figura del dirigente apicale, cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, 14 ottobre 2005, n. 19903, cit. Sull'inoperatività del patto di stabilità relativa a seguito di risoluzione consensuale del contratto di lavoro, cfr. Cass. civ., Sez. lavoro, 11 giugno 1999, n. 5791, *ivi*, 1999 e Cass. civ., Sez. I, 03 novembre 1994, n. 9045, in *Mass. giur. lav.*, 1995, 74. Sull'illegittimità di un patto di stabilità assoluta, cfr. Trib. Grosseto, 31 marzo 2006, in *Lavoro nella giur.*, 2006, 11, 1133, in quanto una clausola di stabilità assoluta è incompatibile con un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, traducendosi in una rinuncia incondizionata ed illimitata del datore di lavoro alla facoltà di recesso, e venendo meno, così, l'elemento essenziale che caratterizza e rende legittima la clausola di stabilità relativa, cioè il fatto che il contratto a tempo indeterminato, per il periodo di vigenza della clausola si configuri come contratto a tempo determinato.

dipendente (¹⁶⁴). Sicché, il giudice che fosse chiamato a verificare la postulata eccessività della pattuizione penale potrebbe agevolmente verificarne la fondatezza rispetto all'interesse del creditore, e dunque l'adeguatezza o meno della clausola negoziale a ristabilire nell'ambito del rapporto di lavoro solo ed unicamente l'equilibrio contrattuale alterato dall'inadempimento di una delle parti, con la possibilità per il caso di accertamento negativo di intervenire attraverso lo strumento della riduzione equitativa ai sensi dell'art. 1384 cod. civ..

L'esito, invece, sarebbe senz'altro meno scontato se l'obbligazione penale non fosse pecuniaria e, addirittura, se i contraenti avessero voluto imprimerle una finalità sanzionatoria di tipo essenzialmente afflittivo allo scopo di punire prima di tutto la violazione in sé del dovere di condotta. Il discorso sarebbe destinato a complicarsi ulteriormente laddove la prestazione penale non pecuniaria avesse ad oggetto cose indivisibili, sebbene, come si è visto, di fronte ad una penale non pecuniaria eccessiva e non riducibile si dovrebbe sempre concludere per «l'illiceità della causa» (¹⁶⁵).

Un altro esempio ci è dato dall'indennità supplementare dovuta al dirigente illegittimamente licenziato secondo le previsioni dei contratti collettivi, tra i quali ad esempio il ccnl per i dirigenti del terziario. In quest'ultimo caso, però, la penale pur di fonte negoziale e non legale viene tuttavia imposta alle parti del contratto individuale di lavoro, al

¹⁶⁴ Cass. civ., 07 settembre 2005, n. 17817, cit.; Cass. 11 febbraio 1998, n. 1435, in *Foro it., Rep.*, Lavoro (rapporto), 1998, 1537-1538 secondo cui l'obbligo previsto a carico del dipendente rappresenta legittimamente (e, del resto, viene così definito nella stessa clausola pattizia) il «"corrispettivo" dei costi sostenuti dalla società per la partecipazione al corso di abilitazione, risultando così rispettato il canone fondamentale dell'interpretazione letterale di cui all'art. 1362 cod. civ.».

¹⁶⁵ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 373.

pari delle tutele obbligatoria e reale, e poi affidata al giudice ai fini della determinazione del relativo importo, ricompreso tra un minimo ed un massimo predefiniti dallo stesso contratto collettivo. Tuttavia, è interessante rilevare come, anche in tal caso, il fine perseguito dalla fonte eteronoma sia pur sempre la liquidazione del danno. Si legge infatti all'art. 30 dell'indicato ccnl che, ove il licenziamento sia riconosciuto ingiustificato, a favore del dirigente ed a carico del datore di lavoro è dovuta «a titolo risarcitorio» un'indennità supplementare⁽¹⁶⁶⁾.

Rispetto a detta indennità, come per la prestazione indennitaria imposta dalla legge n. 604 del 1966, il potere di riduzione ad equità del giudice è escluso dal fatto che l'ammontare della detta indennità è determinato dal giudice stesso tra un minimo ed un massimo prestabiliti; sicché, a differenza di quanto si è detto per i patti di stabilità relativa nei quali il contenuto della penale è rimesso all'accordo dei contraenti, non avrebbe qui alcun senso consentire all'autorità giudiziaria di esercitare un potere correttivo di una propria determinazione.

Vi è, però, almeno un caso in cui il giudice, ad istanza di parte, ha la possibilità di esercitare un potere assimilabile a quello riconosciutogli dall'art. 1384 cod. civ. in relazione a vere e proprie pene private. Si tratta delle sanzioni disciplinari⁽¹⁶⁷⁾, tra le quali non vi sono soltanto quelle conservative di cui all'art. 7 Stat. lav., ma altresì il licenziamento ontologicamente disciplinare, imputabile ad una giusta causa o ad un giustificato motivo soggettivo. In base al principio di proporzionalità sancito dall'art. 2106 cod. civ. e poi trasfuso nel ricordato art. 7, al

¹⁶⁶ Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per i dirigenti di aziende del terziario della distribuzione e dei servizi.

¹⁶⁷ V. sul punto S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 133-134.

giudice spetta il potere di verificare se rispetto all'infrazione addebitata al dipendente, la sanzione inflittagli dal datore di lavoro sia o meno eccessiva e, laddove il lavoratore ne abbia fatto espressa richiesta, di commutare ad esempio il licenziamento per giusta causa in un licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Se ne potrebbe dedurre, quindi, che la funzione punitiva della penale non sia necessariamente preclusiva di un potere di riduzione ad equità dell'obbligazione ritenuta eccessiva. È pur vero che nelle sanzioni disciplinari il principio di proporzionalità della penale rispetto alla gravità dell'infrazione è espressamente sancito in due norme di legge, ma lo stesso art. 1384 cod. civ. contiene in sé un criterio analogo laddove ricollega l'esercizio del potere stesso appunto al concetto di equità della prestazione penale.

13. La penale tra debito di valuta e debito di valore.

Strettamente connessa con le questioni sin'ora trattate è poi la distinzione, ai fini dell'esatto inquadramento dell'obbligazione penale, tra debito di valuta e debito di valore.

In tal caso, peraltro, sia la dottrina sia la giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che la penale, a differenza del risarcimento del danno, rappresenti un debito di valuta, soggetto come tale al principio nominalistico espresso dall'art. 1277 cod. civ. (¹⁶⁸). La conseguenza di

¹⁶⁸ In dottrina, v. M. DE LUCA, *op. ult. cit.*, 106 ss.; S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 169; D. MAGLIASSO, *op. ult. cit.*, 117 ss.. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. III, 08 aprile 1998, n. 3641, in *Mass. giur. it.*, 1998; Cass. civ., Sez. Un., 10 aprile 1995, n. 4126, in *Contratti*, 1995, 6, 570; Cass. civ., Sez. II, 16 marzo 1988, n.2468, in *Nuova giur. civ.*, 1988, I, 734; Cass. civ., Sez. lavoro, 24 giugno 1987, n.5583, in *Mass. giur. it.*, 1987, nonché in CD Utet *La Cassazione Civile*, 1/2006; Cass. civ., 16 novembre 1984, n. 5824, in *Mass. giur. it.*, 1984; Cass. civ., 23 novembre 1983, n. 6995, in *Riv. giur.*

quest'impostazione è che gli interessi dovuti sulle somme liquidate a titolo di penale hanno sempre e soltanto natura moratoria, non compensativa, essendo esclusa la possibilità di rivalutare la clausola che abbia ad oggetto una prestazione pecuniaria in conseguenza della perdita di valore da essa subita nel corso del tempo.

È stato infatti osservato come «L'obbligazione «penale» [...], sia per la sua eventuale funzione afflittiva, sia per la determinazione «anticipata» della misura sanzionatoria, esprime un debito che, per sua natura, non può essere di valore ma è necessariamente e sin dall'origine di valuta». Sicché, quand'anche si propendesse per una funzione esclusivamente risarcitoria della clausola penale, non si potrebbe ritenerla suscettibile di rivalutazione monetaria, giacché quest'ultima «[...] contrasterebbe con l'effetto limitativo del risarcimento posto dall'art. 1382 c.c. che, a sua volta, può essere corretto dal giudice solo per riduzione di una penale eccessiva, ma non anche [...] per maggiorazione di una penale (divenuta) irrisoria o inadeguata»¹⁶⁹.

È quindi evidente, anche sotto questo profilo, la netta distinzione tra la sanzione della penale e quella del risarcimento del danno.

14. *Segue*: inadempimento della penale e applicabilità dell'art. 1224, co. 2, cod. civ.

Un discorso a parte deve essere fatto, invece, con riferimento agli interessi dovuti sulla somma concordata a titolo di penale, cui sopra si è accennato. Sebbene infatti si escluda la risarcibilità del maggior danno

edil., 1984, I, 242; Cass. civ., 11 giugno 1981, n. 3789, in *Mass. giur. it.*, 1981. Nello stesso senso, cfr. Lodo arbitrale, 20 settembre 1993, in *Riv. giur. sarda*, 1994, 437.

¹⁶⁹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 383-385.

da svalutazione monetaria, si ammette la possibilità, per il creditore che abbia costituito in mora il debitore in ordine al pagamento dell'ammontare della penale, di ottenere su detto ammontare gli interessi previsti dall'art. 1224 cod. civ. per l'eventuale ritardo nell'esecuzione del pagamento stesso. Occorre invero distinguere l'inadempimento della prestazione principale per il quale può essere stabilita dai contraenti appunto una prestazione accessoria ai sensi dell'art. 1382 cod. civ. dall'inadempimento invece di quest'ultima. In tal caso, il creditore avrà diritto di conseguire gli interessi sul capitale convenuto, che saranno inevitabilmente moratori essendo diretti a compensare il fatto dell'inadempimento e non la svalutazione monetaria, anche «a prescindere dall'espressa previsione delle parti della c.d. risarcibilità del danno ulteriore»⁽¹⁷⁰⁾.

¹⁷⁰ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 386. In giurisprudenza, cfr. sul punto Cass. civ., Sez. lavoro, 24 giugno 1987, n.5583, cit., secondo cui: «La penale di cui all'art. 1382 c. c., e cioè la prestazione che uno dei contraenti si è obbligato ad eseguire in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale, costituisce oggetto di un debito non di valore ma di valuta; pertanto, ove a sua volta tale prestazione non sia eseguita o sia eseguita in ritardo, per essa sono dovuti, ricorrendone le rispettive specifiche condizioni, gli interessi moratori e l'eventuale ulteriore risarcimento del danno maggiore di cui all'art. 1224 c. c., a ciò non ostando l'effetto, proprio della clausola penale, di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (ai sensi dell'art. 1382, ultima parte del 1° comma, c. c.), atteso che la penale, pur essendo obbligazione accessoria, ha una sua autonoma identità quale obbligazione pecuniaria, mentre la prevista limitazione del risarcimento attiene all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento dell'obbligazione principale (come l'accordo circa la risarcibilità del danno ulteriore)». Più di recente, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 10 aprile 1995, n. 4126, cit., secondo cui: «La clausola penale (art. 1382 c.c.) ha lo scopo di limitare il risarcimento alla prestazione pattuita e, qualora questa consista nell'obbligazione di pagare una somma di denaro predeterminata, il relativo

Capitolo Terzo

LE FONTI

1. Il codice civile

La prima fonte della clausola penale è indubbiamente il nostro codice civile che, agli articoli 1382 e seguenti, ne definisce i caratteri peculiari.

Si è già detto (¹⁷¹), a riguardo, come nel disegnare lo schema della clausola penale il codice lasci all'autonomia negoziale dei soggetti contraenti il massimo grado di libertà nella scelta della prestazione che ne dovrà formare l'oggetto.

Ad essi, infatti, è affidata prima di tutto la determinazione della prestazione principale oggetto del contratto, che l'obbligazione penale mira a rafforzare; solo in un secondo momento, logicamente successivo al primo, i contraenti individueranno la sanzione più adatta al caso concreto stabilendo se proteggere l'interesse del creditore dal solo inadempimento oppure anche dal ritardo nell'adempimento o da entrambe le ipotesi. Ma, evidentemente, tutto ciò è possibile proprio in quanto è lo schema codicistico che lo consente.

debito è "di valuta" - non già "di valore" -, non incidendo su di esso la svalutazione monetaria sopravvenuta, salva l'applicabilità, ove ne ricorrano le condizioni, dell'art. 1224 comma 2 c.c.».

¹⁷¹ V. Cap. 2, § 1.

In altri casi, invece, come accade nelle penali di fonte legale, le parti non godono di alcuna autonomia, non potendo influenzare i requisiti dell'indennità né sotto il profilo del contenuto, né sotto quello della fattispecie legittimante l'applicazione della misura sanzionatoria, a ciò provvedendo la legge stessa. Qui, in effetti, è sempre la fonte eteronoma a delineare i diversi aspetti della penale, generalmente inoltre sempre di tipo pecuniario, mentre alle parti del rapporto non rimane altro che adire il giudice competente per l'accertamento del diritto alla sua corresponsione.

Va da sé che solo nello schema codicistico l'ordinamento giuridico raggiunge, pertanto, il massimo grado di effettività della norma sostanziale dal momento che solo qui l'individuazione dell'obbligazione penale è rimessa al regolamento negoziale invece che ad altra fonte eteronoma.

È pur vero che, al di là del contenuto, ben poco è poi affidato ai contraenti dal momento che gli effetti della clausola penale sono stabiliti dalla norma stessa. Il ricordato art. 1382 dispone infatti che in presenza della pattuizione accessoria il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento o al ritardo nell'adempimento è limitato alla prestazione concordata, quando non sia convenuta la risarcibilità del maggior danno; ma, come si è più volte accennato, mentre l'obbligazione penale prescinde dalla prova di qualsivoglia effetto dannoso in capo al creditore della prestazione principale rimasta ineseguita o eseguita solo parzialmente, in deroga alla disciplina generale di cui agli artt. 1223 e seguenti del codice civile, il maggior danno viceversa vi ricade in pieno e deve perciò essere ritualmente allegato e provato dal creditore interessato alla sua riparazione. Si può peraltro osservare come la previsione codicistica rischi di rimanere una mera petizione di principio tutte le volte in cui l'obbligazione penale,

lungi da preoccupazioni reintegratorie del patrimonio del creditore, assolva ad uno scopo non meramente risarcitorio e, nel contempo, abbia natura non pecuniaria. Di certo, come si è detto, non è mai questo il caso delle penali di fonte legale, specialmente quelle che ritroviamo nella materia del lavoro. Queste ultime, infatti, in primo luogo intervengono nell'ambito di un rapporto tendenzialmente squilibrato, in ragione della storica debolezza socio economica del lavoratore, ed è perciò naturale che la principale funzione cui adempiono sia di tutelarne (*rectius*, risarcirlo per) la (perduta) capacità reddituale ogni qualvolta la condotta della parte datoriale, estinguendo il rapporto, la comprometta. In secondo luogo, quando l'obiettivo sia di sanzionare la violazione del dovere di condotta imposto ad un soggetto, il legislatore ha mostrato di intervenire con misure affatto differenti dalle predette indennità, come le ricordate sanzioni civili e amministrative che accompagnano le norme, il cui ammontare è devoluto non a caso in favore di un soggetto terzo rispetto al rapporto, oppure con la ben nota tecnica penale ingiunzionale.

2. La volontà delle parti del negozio giuridico.

Appare dunque evidente che nella volontà del legislatore del 1942 vi era l'obiettivo di porre in stretta relazione lo schema codicistico, ossia la fonte eteronoma, con l'autonomia individuale dei privati contraenti.

Quest'ultima, infatti, gioca oggi un ruolo strategico rispetto alla clausola penale in primo luogo per il fatto che ad essa è rimessa la scelta se inserirla o meno nel regolamento contrattuale, non essendovi nello schema codicistico alcun obbligo in tal senso ed essendo anzi le parti pienamente libere di non introdurre alcuna penale e di affidarsi piuttosto all'ordinario risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente. Lo stesso non accade invece con le indennità di fonte legale

(art. 8, L. n. 604/1966; art. 18, 4° e ult. co., L. n. 300/1970; art. 2118, co. 2, cod. civ.) e talora di fonte collettiva, come la ricordata indennità supplementare, che si applicano invece indipendentemente dalla volontà delle parti del rapporto. Ma a differenza del diritto civile che può avere ad oggetto i più vari rapporti giuridici, rispetto ai quali è apparso al legislatore senz'altro più opportuno strutturare la clausola penale come un contenitore “vuoto” da integrare con il tipo di prestazione accessoria meglio rispondente al caso di specie secondo l'interesse del creditore della prestazione principale, la parte del diritto del lavoro nella quale intervengono le indennità di fonte legale e collettiva riguarda, invece, sempre e soltanto il rapporto tra il datore di lavoro e il lavoratore subordinato, caratterizzato dal fondamentale bisogno di quest'ultimo di produrre reddito per il proprio sostentamento e quello della propria famiglia che l'ordinamento, storicamente, ha sempre tutelato con l'imposizione di norme non a caso inderogabili.

Una volta stabilito tra le parti che il regolamento contrattuale debba contenere una clausola penale la loro autonomia individuale investe, altresì, il contenuto dell'obbligazione che ne forma l'oggetto e sul quale, come si è visto, dottrina e giurisprudenza (¹⁷²) si sono largamente divise tra i sostenitori della natura necessariamente pecuniaria dell'obbligazione penale e i sostenitori della natura solo patrimoniale della stessa, che potrebbe anche consistere per l'effetto in una prestazione di dare, di fare o persino nel trasferimento di un diritto con tutte le relative implicazioni a proposito del divieto di patto commissorio (art. 2744 cod. civ.) e della riducibilità *ex officio* della penale eccessiva (art. 1384 cod. civ.) (¹⁷³).

¹⁷² Cap. 2, § 10.

¹⁷³ Cap. 2, § 10, 11 e 12.

Quello che rileva, in questa sede, è appunto l'apparente mancanza nello schema codicistico di un'esplicita limitazione o almeno di un chiaro riferimento al tipo di prestazione penale che le parti contraenti sono legittimate ad introdurre nel negozio giuridico. L'unico vincolo, al di là della necessaria patrimonialità della prestazione, sembrerebbe essere il ricordato carattere accessorio della clausola che ne impedisce la configurazione in termini di negozio autonomo e ne condiziona l'esistenza e la funzione al negozio principale cui accede impedendone la destinazione ad uno scopo che non fosse strumentale a quest'ultimo (¹⁷⁴). I contraenti, pertanto, non potranno spingersi fino al punto di introdurre, per così dire, un "negozio nel negozio" ma dovranno sempre sfruttare l'autonomia loro concessa dal legislatore per garantire la realizzazione del contratto principale.

Abbiamo già visto, d'altro canto, come tutte le tecniche di tutela del diritto siano orientate in definitiva a questo scopo, cioè la tutela del titolare del bene che nel contratto è appunto il creditore della prestazione principale; sicché la stessa penale non potrebbe essere plasmata dalla volontà dei privati contraenti che su tale obiettivo cui è preordinato lo stesso schema codicistico, come dimostrato anche dagli articoli 1383 e 1384 cod. civ. rispettivamente sul divieto di cumulo e sulla ricordata riducibilità della penale eccessiva.

3. Il contratto individuale di lavoro.

Nella materia del lavoro non è infrequente che il contratto stipulato tra il lavoratore e il datore preveda clausole penali.

¹⁷⁴ Cap. 2, § 1. V. anche S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 135-136.

Un tipico esempio è dato dalle penali inserite nei patti di stabilità relativa, la cui funzione, come si è detto quando si è parlato dei rapporti tra riducibilità *ex officio* e funzione dell'obbligazione penale (¹⁷⁵), è di garantire che per il tempo convenuto il rapporto non possa sciogliersi per effetto del recesso di una delle parti, fatta eccezione per la giusta causa di licenziamento o di dimissioni. In tal caso, il contratto di lavoro a tempo indeterminato si comporta quindi come un contratto a termine, sicché a fronte di un recesso anticipato la parte non recedente matura il diritto alla prestazione penale pattuita o, quando non sia stata convenuta una penale, al pagamento a titolo risarcitorio delle retribuzioni che sarebbero spettate fino al termine del periodo garantito.

Un esempio ulteriore è rappresentato dalla penale che le parti del contratto di lavoro dipendente o autonomo potrebbero prevedere con riferimento, rispettivamente, al patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 cod. civ. (¹⁷⁶) e a quello di cui all'art. 2596 (¹⁷⁷) cod. civ., oltre al patto di non concorrenza previsto per gli agenti di commercio dall'art. 1751 bis cod. civ.. In queste ipotesi, a differenza che nel caso precedente, l'obiettivo è chiaramente diverso da quello perseguito con il patto di stabilità relativa in quanto si tratta di estendere il divieto imposto dall'art. 2105 cod. civ. oltre il momento della cessazione del rapporto, prevenendo la concorrenza di un proprio dipendente o collaboratore sia pure per una durata di tempo limitata, ma in definitiva il risultato pratico che si vuole conseguire è sempre il medesimo, ossia la liquidazione preventiva e convenzionale del danno da inadempimento, come dimostrato ad esempio nei ricordati patti di

¹⁷⁵ Cap. 2, § 12, 108 ss.

¹⁷⁶ Cass. civ., 04 aprile 2006, n.7835, in *Impresa*, 2006, 9, 1357, nonché in *Contratti*, 2007, 1, 17

¹⁷⁷ Pret. Milano, 13 marzo 1990 in *Giur. dir. ind.*, 1991, 231.

stabilità dal calcolo del relativo ammontare sulla base, rispettivamente, delle retribuzioni che il lavoratore licenziato *ante tempus* abbia perduto o sulle spese sostenute per l'addestramento del dipendente dimessosi senza una giusta causa (¹⁷⁸).

Naturalmente, non è affatto escluso che lavoratore e datore di lavoro possano concordare anche altre penali in relazione ad aspetti diversi ed ulteriori del rapporto tra i quali, in ipotesi, l'orario di lavoro, le mansioni, la presenza in servizio oppure, da parte del lavoratore, il regolare pagamento della retribuzione, in aggiunta ai meri interessi legali ed alla rivalutazione monetaria sul credito maturato.

Lo schema codicistico si applica infatti, potenzialmente, ad ogni profilo giuridico del rapporto in relazione al quale sia riscontrabile un concreto interesse del creditore della prestazione principale.

La sensazione, in ragione della specialità della materia, è però sempre la stessa, e cioè che l'intento primario sia di assicurare anche con tale strumento l'adempimento dell'obbligazione principale, sebbene in prima battuta possa sembrare invece che il fine della penale nel contratto di lavoro sia ancora una volta il mero risarcimento del danno. Quantomeno, la peculiarità del rapporto sembrerebbe condizionare il carattere del detto risarcimento sino a renderlo simile ad una modalità alternativa di esecuzione della prestazione rimasta inadempita affinché la fondamentale esigenza del lavoratore ad un'esistenza libera e dignitosa non risulti, per quanto possibile, frustrata.

¹⁷⁸ Cass. civ., 07 settembre 2005, n. 17817, cit.; Cass. 11 febbraio 1998, n. 1435, cit.

4. I contratti collettivi.

Un ruolo altrettanto importante svolgono però, nella materia del lavoro, il contratto collettivo e le leggi speciali. La differenza rispetto allo schema predisposto dal codice civile agli artt. 1382 e seguenti, ed applicabile come si diceva ad ogni elemento del contratto di lavoro, è proprio l'assenza di un ruolo attivo dei contraenti nella configurazione della penale, sia in quanto la penale legale trova conforto direttamente nella previsione di legge o di fonte collettiva, sia in quanto il suo contenuto è immodificabile dalle parti contraenti che possono soltanto, rispettivamente, subirne gli effetti e avvantaggiarsene, sia in quanto infine la sua applicazione dipende dalla realizzazione della fattispecie tipizzata dalla norma e non dalle parti.

Quanto invece al rapporto tra leggi speciali e contratto collettivo, quest'ultimo rappresenta storicamente la fonte più vicina alle dinamiche lavoristiche e quella maggiormente in grado di cogliere e interpretare al loro interno le esigenze del prestatore di lavoro, il cui bisogno di protezione ai fini non soltanto della garanzia di un reddito sufficiente, ma altresì della sua conservazione è indiscutibilmente sempre presente, seppure non è più vero che tutti e soltanto i lavoratori subordinati rappresentino una categoria debole.

Emblematico è il caso dei dirigenti apicali, le cui competenze sovente conferiscono al prestatore di lavoro un forte potere contrattuale, ma la cui tutela è di contro meno intensa di quella stabilita per le altre categorie professionali. Essi, infatti, rientrano tra le figure professionali tuttora sottoposte al principio della libera recedibilità, sicché a termini di legge il loro licenziamento potrebbe essere comminato senza alcuna motivazione con l'unico obbligo del preavviso. La legge n. 604 del 1966, invero, nell'imporre all'art. 10 la regola di necessaria giustificazione del licenziamento, menziona le sole categorie degli

operai e degli impiegati, ai quali è poi assimilata l'ulteriore categoria professionale dei quadri.

Un discorso a parte deve essere fatto, però, con riferimento ai dirigenti pubblici, la cui disciplina non è sovrapponibile alla disciplina della dirigenza privata, anche sotto il profilo del recesso dal contratto di lavoro. La Corte di cassazione, in una recente sentenza (¹⁷⁹), ha infatti disposto che «la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici non è ... quella dell'art. 2118 c.c. propria dei dirigenti privati, ma segue i canoni del rapporto di lavoro dei dipendenti privati con qualifica impiegatizia, in coerenza con la tradizionale stabilità del rapporto di pubblico impiego.» Sicché, conclude la Suprema Corte, la tutela contenuta nell'art. 18 non potrebbe che applicarsi «anche al rapporto fondamentale di lavoro dei dirigenti pubblici.» (¹⁸⁰)

Tuttavia, proprio la contrattazione collettiva ha poi stabilito che anche il licenziamento dei dirigenti di aziende private debba essere congruamente motivato, a maggior ragione se determinato da una presunta colpa del dipendente (¹⁸¹), come riconosciuto anche dalla Suprema Corte secondo la quale anche per i dirigenti è necessaria l'applicazione della procedura di cui all'art. 7 Stat. lav. ogni qualvolta si tratti di licenziamento ontologicamente disciplinare (¹⁸²), con

¹⁷⁹ Cass., 01 febbraio 2007, n. 2233, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 471.

¹⁸⁰ V. in precedenza la sentenza della Corte costituzionale sull'applicabilità delle disposizioni del codice civile al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti e sulla conseguente impossibilità per la pubblica amministrazione di licenziare liberamente i propri dirigenti: Corte cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *Cons. Stato*, 1996, II, 1298.

¹⁸¹ V. sul punto A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., 452 ss..

¹⁸² Cass., sez. un., 30.3.2007, n. 7880, in *Lavoro nella giur.*, 2007, 9, 889, nonché in *Dir. e pratica lav.*, 2007, 27 All. PL, 1164, secondo cui, ogni qualvolta il licenziamento del dirigente abbia natura disciplinare, essendo determinato da un comportamento negligente del dirigente stesso o, comunque, da condotte

conseguente necessità dell'imputazione per iscritto di un preciso addebito e susseguente diritto di difesa del dirigente accusato di aver commesso un illecito.

In difetto di congrua motivazione oppure nel caso in cui detta procedura non sia stata osservata, il licenziamento soggiace alle conseguenze previste appunto dalla contrattazione collettiva⁽¹⁸³⁾ e consistenti nell'obbligo per il datore di lavoro inadempiente di corrispondere al dirigente illegittimamente licenziato l'indennità supplementare e, laddove non sia stata erogata per postulata giusta causa di licenziamento, l'indennità sostitutiva del preavviso.

Per questa via, quindi, la categoria professionale di vertice non soltanto è stata sottratta dall'area del recesso *ad nutum*, con equo correttivo della norma di legge (art. 10, L. n. 604/1966, cit.), ma è stata altresì fornita di una tutela di fonte collettiva di natura indennitaria, destinata a trovare applicazione come per ogni altra penale a prescindere da profili di danno per il solo fatto del verificarsi della fattispecie contemplata dalla fonte collettiva⁽¹⁸⁴⁾.

Sempre in relazione alla figura del dirigente, la contrattazione collettiva prevede, talora, ulteriori "penali", come ad esempio nel caso in cui il dirigente stesso proceda alla risoluzione del rapporto per mancata accettazione del proprio trasferimento, maturando per l'effetto

suscettibili di ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario, il datore di lavoro ha l'obbligo di applicare la procedura imposta dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, con contestazione dell'addebito e concessione del termine a difesa. Altrimenti, soggiacerà alle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento illegittimo.

¹⁸³ V. ad esempio CCNL Aziende del Terziario, della Distribuzione e dei Servizi del 27 maggio 2004

¹⁸⁴ Per un'esauritiva ricostruzione dell'argomento, v. G. PERONE, *Lo Statuto dei Lavoratori*, Utet, 2010, 65 ss. e spec. 80-82.

il diritto ad un trattamento pari all'indennità sostitutiva del preavviso spettante in caso di licenziamento, al trattamento di fine rapporto, nonché ad un'indennità supplementare pari ad 1/3 del corrispettivo del preavviso individuale maturato (¹⁸⁵).

Un ulteriore esempio è poi dato, con riguardo invece al trasferimento d'azienda, in conformità alla previsione dell'art. 2112 cod. civ., dal caso in cui il dirigente non sia disposto a prestare servizio alle dipendenze dell'impresa subentrante. In tale ipotesi egli può, fino a sei mesi dall'avvenuta comunicazione formale del trasferimento di proprietà, risolvere il rapporto di lavoro con diritto all'indennità sostitutiva del preavviso nella misura stabilita dal medesimo contratto collettivo (¹⁸⁶).

5. *Segue: le leggi speciali.*

Le argomentazioni sin qui svolte non devono tuttavia indurre a ritenere che leggi speciali regolanti la materia del lavoro non svolgano un ruolo altrettanto essenziale nella protezione del lavoratore anche attraverso la previsione di importanti tutele indennitarie.

Anzi, sovente è proprio alle previsioni di fonte legale che la contrattazione collettiva si richiama e, comunque, è sulle tutele indennitarie disciplinate da queste ultime che l'autonomia collettiva costruisce le proprie forme di protezione. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, al più volte ricordato modello di penale contenuto nella tutela obbligatoria di cui all'art. 8 della legge n. 604/1966, al quale è ispirata la tutela del dirigente contro il licenziamento ingiustificato, o a quello contenuto nella tutela reale di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970.

¹⁸⁵ Art. 16, CCNL Aziende del Terziario, cit.

¹⁸⁶ Art. 20, CCNL Aziende del Terziario, cit.

D'altro canto è noto il rapporto tra legge e contratti collettivi, così come sancito dall'art. 2077 cod. civ. in virtù del quale i secondi possono muoversi sempre e soltanto nel solco segnato dalle leggi regolanti la materia del lavoro, alle quali spetta di tracciare le linee guida per la protezione del prestatore di lavoro; ciò, quand'anche esse rimettano poi alla contrattazione l'integrale disciplina di un determinato aspetto del rapporto lavorativo, dal momento che la possibilità per il contratto collettivo di intervenire nel settore interessato e l'ampiezza dei relativi poteri dipendono pur sempre da una precisa disposizione di legge.

Capitolo Quarto

RAPPORTI TRA CLAUSOLA PENALE E NORME INDEROGABILI.

1. Le sanzioni disciplinari. Penali legali o pene private?

Si è già fatto cenno alle sanzioni disciplinari, specie quando si è parlato dei rapporti tra riducibilità *ex officio* e funzione dell'obbligazione penale (¹⁸⁷). Si è detto in particolare che, ad istanza della parte interessata, il giudice esercita in tali casi un potere assimilabile a quello riconosciutogli dall'art. 1384 cod. civ. verificando se, in base al principio di proporzionalità sancito dall'art. 2106 cod. civ. e poi trasfuso nell'art. 7 Stat. Lav., la sanzione inflitta dal datore di lavoro al dipendente sia commisurata o meno alla gravità dell'infrazione commessa e, laddove il lavoratore ne abbia fatto espressa richiesta, commutando ad esempio il licenziamento per giusta causa in un licenziamento per giustificato motivo soggettivo, con il conseguente diritto del lavoratore ricorrente di vedersi riconosciuta l'indennità sostitutiva del preavviso non corrispostagli per effetto della giusta causa di recesso.

¹⁸⁷ V. § 12, pag. 111.

In questa sede, peraltro, è interessante indagarne prima di tutto la funzione cui assolverebbero nel nostro sistema di diritto positivo le sanzioni disciplinari e il rapporto di queste ultime con la clausola penale, essendo le sanzioni contemplate dall'art. 7 Stat. lav. uno strumento di afflizione per mezzo del quale si esercita in concreto il potere disciplinare del datore di lavoro nel rapporto con i propri dipendenti.

Appare evidente, infatti, che dette sanzioni siano sempre volte a punire inadempimenti del lavoratore agli obblighi nascenti dal contratto o condotte extralavorative in grado di compromettere il vincolo fiduciario che sta alla base del rapporto di lavoro, mentre non sembrerebbero destinate a soddisfare nella stessa misura una preoccupazione di tipo risarcitorio, sebbene il legislatore abbia previsto per alcune di esse un contenuto propriamente pecuniario; si tratta, nella specie, della multa e della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, le quali, però, al pari degli altri provvedimenti disciplinari, sono diretta emanazione di un potere correttivo, il cui obiettivo è appunto di sanzionare l'inadempienza addebitata al dipendente e prevenirne di ulteriori proprio in virtù della forza dissuasiva che ad esse inevitabilmente si accompagna.

D'altro canto, almeno nella generalità dei casi, la multa di importo pari a 4 ore della retribuzione da un lato non è affatto idonea ad incidere sul patrimonio della persona sanzionata e, dall'altro, soprattutto, non è quasi certamente in grado di risarcire il datore di lavoro della perdita subita per effetto dell'illecito commesso dal lavoratore, ad esempio assente ingiustificato per un giorno dal luogo di lavoro.

Nel mentre, provvedimenti come il trasferimento disciplinare ad altra unità produttiva, del quale una recentissima sentenza della Suprema

Corte ha riconosciuto non condivisibilmente la piena legittimità ⁽¹⁸⁸⁾, o il licenziamento in nessun modo potrebbero assolvere a finalità risarcitorie, sia in quanto non gravano il lavoratore di una prestazione pecuniaria, sia in quanto il mero spostamento di quest'ultimo da una sede produttiva ad un'altra non aggiungerebbe all'organico aziendale alcuna nuova risorsa e, quindi, non sarebbe idoneo a provocare un arricchimento del datore di lavoro imprenditore. Lo stesso discorso, naturalmente, potrebbe poi essere fatto con riferimento alla più grave delle sanzioni disciplinari, ossia il licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo.

Sembrerebbe, dunque, che le sanzioni disciplinari siano assimilabili a vere e proprie pene private; ciò, in ragione appunto della finalità eminentemente afflittiva che le contraddistinguerebbe, come rilevato da un'illustre dottrina con particolare riferimento alla ricordata sanzione della multa ⁽¹⁸⁹⁾, mentre presenterebbero forse meno elementi in comune con le clausole penali.

È stato anche osservato come: «Le « multe », specie nel regolamento pattizio del rapporto di lavoro, prescindono da una ragione immediata, o comunque prevalente, di risarcimento dei danni patrimoniali ed orientano la penale (talvolta a favore di un terzo, ente distinto dal datore di lavoro) all'osservanza compulsoria di un comportamento debitorio che non comprende l'intero adempimento dell'obbligazione principale (ed in particolare della prestazione lavorativa), ma riguarda soltanto l'esatta esecuzione di semplici « modalità contrattuali ». Quel particolare patto, poi, in virtù del quale la penale viene riferita anche

¹⁸⁸ Cass. 24 marzo 2010, n. 7045, in *Guida lav.*, 2010, n. 15, 26 ss.

¹⁸⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1955, 166; E. GHERA, *Appunti di diritto del lavoro*, Bari, 1976, 165 ss.

all'inadempimento derivante da causa non imputabile al debitore ripropone una « pena privata » non prevista dall'ordinamento e resa ancora più anomala dall'adozione di una pura responsabilità oggettiva o, senza colpa, del debitore.»⁽¹⁹⁰⁾

Di certo, il fatto che le sanzioni disciplinari siano predeterminate nel loro contenuto ed esauriscano le possibili reazioni del datore di lavoro, nella sua qualità di creditore della prestazione lavorativa, agli inadempimenti del lavoratore consentirebbe di avanzare ancora qualche dubbio sulla perfetta assimilazione delle sanzioni stesse con mere pene private⁽¹⁹¹⁾. Non si può mancare di sottolineare, infatti, come proprio l'apparente assenza nel potere disciplinare di una funzione risarcitoria, a differenza di quanto avviene invece a proposito di altre penali di fonte legale, induca a ritenere che i punti di contatto tra quest'ultimo o, più correttamente, tra le sanzioni disciplinari e le pene private siano senz'altro molto intensi, specie ove si tenga presente che la letteratura meno recente considerava la stessa clausola penale come una pena privata⁽¹⁹²⁾.

Sembrerebbe perciò riproporsi quanto si diceva a proposito della teoria sulla funzione dualistica dell'obbligazione penale la quale, nel voler coniugare le tradizionali teorie sulla funzione risarcitoria e su quella afflittiva con la tipicità sanzionatoria della clausola, elabora una funzione propriamente dualistica di «mutua esclusività e di congiunta esaustività della forfetizzazione risarcitoria dei danni e della mera

¹⁹⁰ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 133-134.

¹⁹¹ V., a questo proposito, CORRADO C., *Il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, in RIVA SANSEVERINO-MAZZONI, *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, 271-273 secondo cui il fondamento del potere disciplinare risiederebbe nel precetto di cui all'art. 1382 cod. civ.

¹⁹² Per tutti, v. V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 141 ss.

afflittività della prestazione dovuta», senza alcuna confusione tra di esse, giacché l'intento risarcitorio e quello afflittivo coesisterebbero all'interno di un unico insieme come parti imprescindibili dello stesso, ma sempre in un rapporto, l'uno rispetto all'altro, di reciproca autonomia. Ed infatti, l'obbligazione penale viene rivolta ad un esito sanzionatorio che potrebbe essere, come si è chiarito, sia di forfetizzazione dei danni risarcibili, sia, come nel caso da ultimo esaminato delle sanzioni disciplinari, di punizione della condotta inadempiente (¹⁹³).

2. Le tutele contro il licenziamento.

Quanto invece alle tutele che l'ordinamento giuslavoristico appresta contro il licenziamento si è già avuto modo di osservare come, in tali casi, l'obiettivo perseguito dal legislatore sia affatto diverso da quello che caratterizza i provvedimenti disciplinari. Invero, mentre questi ultimi consentono al datore di lavoro di punire condotte inadempienti del prestatore di lavoro attraverso misure conservative del rapporto e, solo nei casi più gravi, estintive dello stesso, gli strumenti di protezione del lavoratore dipendente contro sanzioni illegittime non possono che perseguire un intento riparatorio, prima che punitivo, dell'illecito commesso dal datore di lavoro.

Basti pensare alla stretta connessione che inevitabilmente intercorre tra la sanzione del licenziamento disciplinare e la c.d. sanzione d'area che consiste, a seconda dei casi, nelle ricordate tutele obbligatoria o reale, alle quali si aggiunge poi la sanzione dell'indennità supplementare per i dirigenti del settore privato.

¹⁹³ V. *supra* Cap. 2, § 4.

Già ad una prima analisi parrebbe logico concludere nel senso che la naturale reazione ad una sanzione ingiustamente inflitta dal datore di lavoro sia il risarcimento del danno altrettanto ingiustamente patito dal lavoratore.

Inoltre, la natura sempre pecuniaria di tali tutele in rapporto all'effetto prodotto dal licenziamento e consistente soprattutto nell'interruzione delle prestazioni economiche in favore del lavoratore, avvalorerebbe l'idea che proprio di risarcimento si tratti. Infatti, come si diceva, sia l'art. 8 della legge n. 604 del 1966, sia l'art. 18 della legge n. 300 del 1970 pongono a carico del datore di lavoro che abbia illegittimamente licenziato un proprio dipendente un'obbligazione di tipo indennitario il cui collegamento eziologico con il pregiudizio sofferto dal prestatore ingiustamente licenziato, a differenza di quanto ad esempio avviene per l'*astreinte* di cui all'art. 18, ult. co., è di tutta evidenza.

Pertanto, ad una misura datoriale di tipo afflittivo, se ingiusta, l'ordinamento risponderebbe con una misura in favore del dipendente di tipo risarcitorio.

L'ipotesi troverebbe poi ulteriore conforto nella natura dei soggetti contraenti titolari delle dette misure. Infatti, mentre il principale interesse del datore di lavoro è alla regolare ed efficiente esecuzione degli obblighi nascenti dal contratto di lavoro, che i provvedimenti sanzionatori tenderebbero ad assicurare attraverso una funzione preventivamente compulsoria e successivamente afflittiva, l'interesse del lavoratore è appunto alla conservazione del trattamento economico, a garanzia di un'esistenza libera e dignitosa per sé ed i propri familiari.

3. *Segue: l'indennità nella tutela obbligatoria.*

Vi sono però delle significative distinzioni tra i diversi tipi di tutela contro il licenziamento.

Al pari della penale, infatti, sia la tutela obbligatoria, sia quella reale presentano una struttura tipicamente obbligatoria, poiché anche in tali casi alla prestazione principale si sostituisce un'obbligazione accessoria la cui esecuzione è rimessa, come si diceva, alla volontà del datore di lavoro condannato in giudizio.

Peraltro, nella tutela obbligatoria la prestazione indennitaria, impropriamente definita «indennità risarcitoria», presenta indubbiamente tutti i caratteri della penale poiché prescinde, in primo luogo, dalla prova del danno e, in secondo luogo, circoscrive la perdita patrimoniale sofferta dal dipendente illegittimamente licenziato all'importo dell'indennità come determinato dal giudice tra un minimo di 2,5 mensilità ed un massimo di 6 dell'ultima retribuzione globale di fatto (¹⁹⁴), estensibili sino a 14 in ragione della particolare anzianità di servizio del lavoratore.

Essa, inoltre, si sostituisce inevitabilmente alla prestazione principale consistente nella prosecuzione del rapporto e nel pagamento delle retribuzioni, come tale destinata a rimanere ineseguita (¹⁹⁵). Di conseguenza è in tali casi molto elevato il rischio che la tutela indennitaria di fonte legale non possa riparare integralmente il danno economico sofferto dal lavoratore.

¹⁹⁴ Trib. Roma, 21 ottobre 2008, in *Foro it.*, 2009, I, 559.

¹⁹⁵ Sulla legittimità della tutela obbligatoria, cfr. Corte Cost., 23 febbraio 1996, n. 44, in *Foro it.*, 1996, I, 1124, che dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 l. 15 luglio 1966 n. 604, così come modificato dall'art. 2 l. 11 maggio 1990 n. 108, nella parte in cui attribuisce al datore di lavoro la facoltà di scelta fra la riassunzione del lavoratore ed il risarcimento del danno, in riferimento agli art. 3 e 24 Cost.

Infatti, come si diceva sopra (¹⁹⁶), l'ormai irrecuperabile interruzione del rapporto è potenzialmente idonea a procurare al lavoratore che non trovi un altro impiego un danno patrimoniale di gran lunga più elevato rispetto al numero di mensilità riconosciute a titolo risarcitorio dalla legge e tanto più consistente quanto maggiore sia la ricerca di una nuova occupazione.

Si è osservato al riguardo come il problema di fondo consista nella mancata individuazione da parte della legge, in tali casi, di un intervallo di tempo all'interno del quale misurare il danno patrimoniale occorso al lavoratore, presente invece nell'art. 18 Stat. lav., il quale fa appunto riferimento al periodo intercorrente tra la data del licenziamento e quella dell'effettiva reintegrazione in servizio del lavoratore illegittimamente licenziato. Nella tutela obbligatoria, viceversa, l'assenza di un siffatto parametro comporterebbe l'impossibilità di individuare un termine finale certo per il calcolo dell'indennità e, di conseguenza, l'automatica proiezione del credito risarcitorio, parametrato alla retribuzione globale di fatto, sull'intera aspettativa di vita professionale del lavoratore o almeno sul periodo intercorrente tra il licenziamento illegittimo e il reperimento di un nuovo impiego, con tutte le incertezze riconnesse all'accertamento di quest'ultimo requisito.

Quanto invece alla funzione svolta, la prestazione indennitaria di cui all'art. 8 della legge n. 604/1966 sembrerebbe assimilabile ad un mero risarcimento per equivalente, giacché l'unica alternativa all'ipotesi di mancata riassunzione del prestatore di lavoro consentita dal nostro legislatore è appunto la monetizzazione del danno subito in conseguenza del licenziamento.

¹⁹⁶ Cap. 1 § 4, 36 ss.

A sua volta la riassunzione, seppure implica la ricostituzione del rapporto di lavoro, non potrebbe in ogni caso fare salvo il periodo intercorso tra il licenziamento stesso e la stipulazione del nuovo contratto di lavoro, proprio in quanto detta riassunzione è alternativa e non cumulabile con il pagamento dell'indennità risarcitoria.

4. Le indennità nella tutela reale.

Nella tutela reale, invece, la prestazione indennitaria, che al pari di quella prevista nella tutela obbligatoria prescinde dalla prova del danno, non è tuttavia determinata in modo forfetario. Al contrario, essa è volta a risarcire in forma specifica il danno patrimoniale subito dal lavoratore per effetto del licenziamento e della susseguente perdita sofferta sia sotto il profilo retributivo, sia sotto quello contributivo, con conseguente assimilazione dell'indennità stessa ad uno strumento di adempimento coattivo dell'obbligazione, gravante sulla parte datoriale, rimasta ineseguita, piuttosto che ad una penale in senso stretto.

Il rimedio apprestato dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (L. 30 maggio 1970, n. 300) trova applicazione nei casi di licenziamento non soltanto ingiustificato, ma anche privo del requisito della forma scritta o di licenziamento nullo ai sensi della medesima legge, come nelle ipotesi in cui il recesso sia discriminatorio o sia stato irrogato a causa di maternità o matrimonio. La reazione dell'ordinamento, in tali casi, è l'invalidazione del provvedimento espulsivo e l'integrale travolgimento dei suoi effetti, con i conseguenti diritti del lavoratore alla reintegrazione nel precedente posto di lavoro – a sua volta giustificata dalla persistenza del rapporto, mai interrottosi per effetto del licenziamento rispettivamente illegittimo, inefficace o nullo – e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata, come si è più volte

ricordato, alle retribuzioni perdute a far data dal momento del licenziamento (¹⁹⁷).

Si è osservato come la tecnica risarcitoria qui applicata consenta di compensare integralmente gli effetti patrimoniali dell'illegittima condotta datoriale, incidendo non soltanto sul piano retributivo attraverso la garanzia al prestatore di lavoro del sostegno alimentare che

¹⁹⁷ In argomento, v. G. GHEZZI, *I licenziamenti dalla "penale" alla "reintegra" dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, p. 306; M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO-MAZZONI, *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971, p. 593 ss.; P. SANDULLI, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in U. PROSPERETTI, *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, Tomo I, Milano, 1975, p. 562; M. V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975; M. DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, p. 504; ID., *Il risarcimento ex art. 18 st. l. nella giurisprudenza più recente*, ivi, 1986, p. 291; ID., *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 436; ID., *La nuova disciplina del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: considerazioni generali*, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 203; M. D'ANTONA, *La stabilità del posto di lavoro tra realtà e mito (in margine ad alcune contraddizioni nella giurisprudenza della Cassazione)*; in *Riv. giur. lav.*, II, 1976, p. 315; ID., *La reintegrazione nel posto di lavoro, Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Padova, 1979; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982; ID., *Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 415 ss.; E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, in *Lav. dir.*, 1992, 463 ss.; M. CERRETA, *La reintegrazione. I problemi e le prospettive*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 833 ss.; M. GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005, p. 466 ss. A. VALLEBONA, *L'onere della prova del numero dei dipendenti per l'applicazione della tutela reale contro il licenziamento*, in *Giur. lav. Lazio*, 1994, n. 1; M. PAPALEONI, *Retribuzione globale di fatto e art. 18 dello statuto dei lavoratori*, nota a Cass. 13 luglio 2000, n. 9307, ivi, 2001, 65 ss.; S. FIGURATI, *Osservazioni sull'indennità prevista dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, nota a Cass., 1 febbraio 2006, n. 2246, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 591 ss..

gli derivava dal reddito, ma altresì sul piano previdenziale e assistenziale scongiurando il rischio che dalla cessazione illegittima del rapporto possa ad esempio risultare pregiudicato il diritto del lavoratore al conseguimento in futuro del trattamento pensionistico; rischio tanto più concreto oggi in ragione della sempre maggior durata dei processi del lavoro, del resto incentivata – e non scongiurata – dal sempre crescente contenzioso.

Nei casi di tutela contro il licenziamento, si assiste inoltre all'applicazione in favore del soggetto debole del rapporto di un meccanismo che ne agevola la posizione non soltanto sostanziale, ma processuale. Si tratta degli oneri di allegazione e prova che, nella specie, subiscono una deroga rispetto al regime generale previsto dal nostro codice civile in tema di risarcimento del danno. Al lavoratore, infatti, non viene richiesta la prova del pregiudizio sofferto in seguito al licenziamento irrogatogli, dal momento che è lo stesso legislatore a stabilire gli effetti patrimoniali del licenziamento illegittimo ai sensi del ricordato art. 18 (come anche dell'art. 8, L. 604/66) imponendo a carico del datore di lavoro l'obbligo di corrispondere un'indennità risarcitoria parametrata, da un lato, alla retribuzione globale di fatto spettante al prestatore (¹⁹⁸) e, dall'altro, al numero di mesi di interruzione del rapporto; indennità che, però, non può essere comunque inferiore a 5 mensilità, quand'anche, in ipotesi, il processo incardinato dal lavoratore per la dichiarazione di illegittimità del licenziamento avesse una durata inferiore. Parimenti, il ricorrente non dovrà provare l'altrimenti

¹⁹⁸ Sulla nozione di retribuzione globale di fatto - intesa come complesso delle somme dovute anche in via non continuativa, purché non occasionale, in dipendenza del rapporto di lavoro, così da costituire il trattamento economico normale che sarebbe stato effettivamente goduto in mancanza del licenziamento – cfr., da ultimo, Cass. 16 settembre 2009, n. 19956, in *Guida lav.*, 2009, n. 41, 49.

necessario nesso di causalità intercorrente tra il danno sofferto (c.d. danno conseguenza) e l'evento dannoso scaturente dalla condotta illecita del datore di lavoro convenuto in giudizio (c.d. danno evento). L'art. 1 della legge n. 108/1990, infatti, nello stabilire le conseguenze anche patrimoniali della dichiarazione di illegittimità del licenziamento fornisce un chiarimento esplicito sul collegamento tra la condotta violativa del precetto legale e le sue ripercussioni sulla sfera patrimoniale del lavoratore che ne venga colpito, così rendendo irrilevante la prova processuale sull'eziologia del danno.

Il lavoratore ricorrente, infine, come si diceva sopra, non dovrà neppure dimostrare l'entità del pregiudizio sofferto, in quanto anche ad essa provvede la disposizione di fonte legale. Ma potrà, se ne ha gli strumenti, fornire la prova del maggior danno sofferto allo scopo di vedersi risarcire la differenza tra quest'ultimo e quanto liquidatogli dal giudice in applicazione dell'art. 18 Stat. Lav. a titolo di retribuzione globale di fatto.

Semmai, sarà il datore di lavoro che vi abbia interesse e che sia al corrente di circostanze impeditive, modificative o estintive del diritto al risarcimento del danno, a "poter" provare in giudizio il fatto contrario consistente nell'*aliunde perceptum o percipiendum* (¹⁹⁹).

Si tratta di un'ulteriore conferma di quanto si diceva all'inizio del presente paragrafo e cioè che l'indennità risarcitoria rappresenterebbe, più che una penale in senso stretto, una modalità di adempimento coattivo della prestazione principale gravante sulla parte datoriale rimasta ineseguita, poiché attraverso lo scorporo dal dovuto del guadagno percepito altrove si è voluto scongiurare il rischio di un arricchimento ingiustificato del lavoratore, garantendogli invece una

prestazione indennitaria esattamente corrispondente al trattamento retributivo goduto nella vigenza del contratto di lavoro.

Riportando il discorso verso una logica prettamente risarcitoria, l'indennità in questione coprirebbe cioè unicamente il danno emergente, mentre affiderebbe l'eventuale lucro cessante all'assolvimento dei normali oneri di allegazione e prova da parte del lavoratore che avesse interesse al relativo risarcimento; ma ciò sembrerebbe deporre, a maggior ragione, per la qualificazione dell'indennità di cui all'art. 18 nei termini di una misura coercitiva per l'esecuzione in forma specifica della prestazione principale rimasta inadempita.

5. Segue: l'ultimo comma dell'art. 18. Penale a favore di terzo?

La prospettiva è invece destinata a mutare radicalmente con riguardo all'indennità prevista dall'ultimo comma dell'art. 18, il quale dispone che «Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al primo comma ovvero all'ordinanza di cui al quarto comma, non impugnata o confermata dal giudice che l'ha pronunciata, è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.»

Secondo un autorevole indirizzo ⁽²⁰⁰⁾ detto comma verrebbe a configurare un'ipotesi di penale a favore di terzo comparabile con le *astreintes* del diritto francese.

In effetti, a differenza che nei due casi esaminati nei precedenti paragrafi e concernenti l'indennità risarcitoria prevista rispettivamente

²⁰⁰ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 328 ss.

nell'art. 8 della legge n. 604 del 1966 e nell'art. 18, 4° comma, della legge n. 300 del 1970, la prestazione imposta dall'ultimo comma dello stesso art. 18 a carico del datore di lavoro che non ottemperi all'ordine giudiziale di reintegrazione non è disposta in favore del prestatore, bensì di un soggetto terzo rispetto alle parti del rapporto.

Sul punto è stato osservato che: «la sua destinazione a vantaggio di un « terzo », soggetto diverso dal beneficiario dell'obbligo principale, ne fa, oltre che una sanzione eminentemente compulsoria, anche una pura pena a carico del responsabile, che rimane, pertanto, gravato di un doppio onere economico in ragione del suo inadempimento. Si tratta, allora, di una significativa adozione legale di « penale a favore del terzo », non creditore (fra l'altro) dell'obbligo (qui neppure obbligazione) principale che si pone fra due altri soggetti privati»⁽²⁰¹⁾.

È dunque evidente la mancanza nella penale in questione di qualsivoglia intento risarcitorio, come rilevato dal richiamato indirizzo dottrinale secondo il quale, lungi dal comminare al responsabile una sanzione che si risolva in un vantaggio patrimoniale per il soggetto leso, detta penale si configura invece come una «sanzione a struttura tipicamente obbligatoria, nella quale la correlazione, primaria ed assorbente, che si viene a stabilire tra compulsorietà della misura giudiziale ed il comportamento dovuto [...] esclude ogni plausibile preoccupazione risarcitoria e si trasfonde inevitabilmente in una mera ragione punitiva»⁽²⁰²⁾.

In questo senso, la penale di cui all'ultimo comma dell'art. 18 sarebbe dunque accostabile alle pene di diritto privato con le quali condividerebbe l'assoluta indifferenza per il fine risarcitorio e, invece, la

²⁰¹ S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 329.

²⁰² S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 330.

l'inequivoca proiezione verso il fine della pura afflittività, ulteriormente avvalorato dalla sua destinazione in favore non del soggetto debole del rapporto, ma di un soggetto del tutto estraneo agli interessi che gravitano nell'ambito del rapporto medesimo, nonché dalla sua natura di misura concorrente con le altre sanzioni previste dalla norma.

La penale in esame, infatti, volendo sanzionare il ritardo nell'adempimento dell'ordine giudiziale di reintegra, non si sostituisce all'obbligo nascente dalla sentenza della riammissione in servizio del dipendente, né all'obbligazione di natura economica disposta dal più volte ricordato 4° comma dell'art. 18, né infine all'esecuzione in forma specifica almeno di quest'ultima obbligazione per l'ipotesi in cui il datore di lavoro persista nel proprio inadempimento ⁽²⁰³⁾. Essa, invece, rafforzerebbe tutte tali sanzioni gravando la parte datoriale, per il caso di illegittimo licenziamento di un dirigente di r.s.a., di una misura compulsoria di importo variabile in relazione alla durata dell'inottemperanza all'ordine giudiziale, come tale idonea a costringere il soggetto condannato verso un celere adempimento di tutti gli obblighi nascenti dalla sentenza stessa e ad arginare, per quanto possibile, il problema dell'incoercibilità dell'ordine infungibile di reintegrazione in servizio.

È dunque necessario il riferimento alle *astreintes* del diritto francese, che condividono con la prima la condanna al pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione di un ordine giudiziale, sebbene in quest'ultimo caso l'obbligazione risarcitoria sostitutiva dell'obbligazione principale rimasta inadempita venga disposta in favore del danneggiato e non di un terzo ⁽²⁰⁴⁾.

²⁰³ V. sul punto, S. MAZZARESE, *op. ult. cit.*, 331.

²⁰⁴ A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., 30.

Si potrebbe quindi concludere affermando che la misura rimediale contenuta nell'ultimo comma dell'art. 18 presenti una tipica struttura obbligatoria ed una funzione sanzionatoria non dissimili da quelle di ogni altra obbligazione penale ma, nel contempo, il suo contenuto compulsorio-afflittivo e soprattutto la destinazione in favore di un soggetto terzo che ne giustificano l'assimilazione al modello francese indurrebbero più verso i caratteri delle pene di diritto privato, che dell'obbligazione penale in senso stretto, poiché ne evidenzerebbero la naturale propensione verso un sistema di coercizione indiretta ⁽²⁰⁵⁾, completamente estraneo allo schema codicistico della clausola penale.

6. L'indennità supplementare nei CCL.

Con l'indennità supplementare, disposta dai contratti collettivi nazionali di lavoro per il caso di licenziamento illegittimo di un dirigente del settore privato, invece, si assiste ad un ritorno verso la tipica funzione di risarcimento forfetario del danno economico sofferto dal lavoratore che si è detto essere assolta dall'indennità di cui alla tutela obbligatoria.

Si è già detto come in tali ipotesi "l'equivalente" monetario del pregiudizio sofferto potrebbe non corrispondere al danno economico derivante, a carico del prestatore di lavoro, dall'alterazione del rapporto sinallagmatico per effetto del licenziamento.

Nessuno dei detti rimedi consiste infatti, come ricordato, nel risarcimento per equivalente del danno sofferto dal lavoratore, a maggior ragione ove si consideri che la quantificazione dell'indennità di fonte legale non avviene sulla base dei criteri stabiliti dagli artt. 1223 e

²⁰⁵ A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 31.

seguenti del codice civile, ma in base piuttosto a metodi di calcolo affatto contenuti nelle stesse norme speciali e affatto differenti rispetto ai principi generali codicistici del danno emergente e del lucro cessante.

Eppure, al pari della sanzione del risarcimento, i modelli rimediali previsti dal diritto del lavoro, salvo che nel caso emblematico dell'art. 18 Stat. lav., non realizzano una tutela in forma specifica della persona, poiché non rimuovono integralmente gli effetti pregiudizievoli dell'inadempimento garantendo al creditore della prestazione principale proprio quanto a lui dovuto; ciò è tanto più vero ove si tenga presente che nell'area della tutela obbligatoria e della libera recedibilità la compromissione del rapporto giuridico è insanabile e, pertanto, impedisce l'adempimento in natura. Di conseguenza, le penali imposte dal sistema non potrebbero che risanare (forfetariamente e solo) per equivalente le conseguenze patrimoniali dell'inadempimento datoriale.

Eppure, proprio l'assoluta irrilevanza per le indennità di fonte legale del danno subito dal lavoratore, non soltanto sotto il profilo della sua esistenza, ma altresì sotto quello della sua concreta entità, consentirebbe a queste ultime persino di superare in ipotesi la misura del pregiudizio sofferto dal lavoratore; ciò che di regola accade appunto con riferimento ai dirigenti ingiustamente licenziati, la cui indennità supplementare in genere è molto più elevata del danno emergente sofferto dalla persona nel periodo di tempo necessario alla ricerca di un nuovo impiego; il che sembrerebbe evidenziare l'intento non solo risarcitorio, ma anche punitivo sotteso all'indennità in questione, almeno per la parte eccedente il pregiudizio, sebbene poi l'incidenza di detta parte sul totale dell'indennità dipenda da una serie di fattori tra i quali, soprattutto, il tempo necessario al reperimento del nuovo impiego, che tanto è maggiore tanto più aggrava il danno economico a carico del dirigente licenziato.

Ma, al di là di quest'ultima osservazione, rimane pur sempre il fatto che si è ancora una volta in presenza di modelli rimediali a struttura tipicamente obbligatoria e con funzione sanzionatoria dell'illecito commesso dalla parte datoriale, secondo la ricordata concezione dualistica dell'obbligazione penale cui anche l'indennità supplementare sembrerebbe conformarsi in pieno. Con essa, anzi, l'indennità di fonte collettiva condividerebbe inoltre, a differenza delle penali di fonte legale, la causa pattizia trattandosi di una vera e propria clausola negoziale originata dalla volontà delle parti contraenti, nella specie le contrapposte associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Lo stesso potrebbe dirsi per le ulteriori misure protettive delle quali si è parlato nel precedente capitolo, sempre previste dai contratti collettivi di lavoro a tutela del dirigente privato (²⁰⁶).

Anche in tali casi, il modello utilizzato ricalca lo schema codicistico del quale vengono riprese struttura e funzione, nell'intento di sostituire alle regole generali sugli oneri di allegazione e prova del pregiudizio sofferto la più rapida via della liquidazione preventiva forfetizzata del danno patito, sempre particolarmente auspicata nel diritto del lavoro in ragione del forte squilibrio esistente tra i due protagonisti del rapporto di lavoro, seppure in relazione a talune figure professionali come il dirigente non sia in genere appropriato il riferimento ad una condizione di sottoprotezione sociale.

²⁰⁶ Cap. 3, § 4, 123-124.

7. L'indennità sostitutiva del preavviso ex art 2118, co. 2, cod. civ.

Nel caso dell'indennità sostitutiva del preavviso di cui all'art. 2118, co. 2, cod. civ., non sembrerebbe individuabile *prima facie* una tipica funzione sanzionatoria, giacché l'istituto del preavviso al quale essa è destinata a sostituirsi non soddisferebbe una preoccupazione risarcitoria, né assolverebbe ad un fine punitivo, ma ad una funzione di tutela del contraente non recedente il quale deve essere messo in condizione di reperire un nuovo impiego o, rispettivamente, una nuova risorsa da utilizzare nella propria impresa in sostituzione della risorsa dimissionaria. Sicché, l'indennità sostitutiva del preavviso non farebbe altro che “monetizzare” detto preavviso utilizzando un coefficiente di conversione del tutto coerente con la logica della salvaguardia del contraente non recedente, qual è la quantificazione dell'indennità in misura pari alle retribuzioni che sarebbero maturate nel periodo in questione e che, rispettivamente, il datore avrebbe dovuto corrispondere come contropartita della prestazione ricevuta dal lavoratore dimissionario o che il lavoratore licenziato avrebbe ricevuto dalla comunicazione di licenziamento all'effettiva interruzione del rapporto.

Sotto altro profilo, però, e al di là della struttura che ricalca ancora una volta quella delineata dal codice civile per la clausola penale, anche in questa indennità sarebbe ravvisabile in fondo un scopo risarcitorio consistente nell'esigenza di ristorare la parte non recedente del danno derivatogli appunto dalla mancanza del preavviso e, quindi, di un congruo lasso di tempo entro cui porre rimedio all'interruzione del rapporto.

Vi sono poi ulteriori casi nei quali il nostro ordinamento utilizza l'indennità di cui all'art. 2118, 2° co., cod. civ. e che, ancor più di quello ora esaminato, denotano l'intento inequivocabilmente risarcitorio

perseguito dal legislatore. Si tratta, ad esempio, dell'ipotesi in cui il lavoratore sia costretto a rassegnare le proprie dimissioni per giusta causa ai sensi e per gli effetti dell'art. 2119 cod. civ.. Vi è poi l'ipotesi in cui, per effetto di un trasferimento d'azienda, nei tre mesi successivi le condizioni di lavoro del dipendente subiscano un mutamento tale da giustificare il recesso dal rapporto, nel qual caso l'art. 2112, 4° co., cod. civ. dispone che il recesso produca gli stessi effetti previsti dall'art. 2119, 1° co., cod. civ.

In quest'ultima ipotesi, tuttavia, la modifica delle condizioni di lavoro potrebbe non involgere alcun profilo soggettivo di colpa, ma essere la conseguenza di fattori oggettivi come un differente trattamento economico, conseguente all'applicazione di un diverso contratto collettivo in piena conformità a quanto stabilito dal 3° comma dell'art. 2112.

È pur vero, però, che sarebbe riscontrabile anche in tal caso un danno a carico del lavoratore, giacché un peggioramento delle condizioni economiche determinerebbe in capo a quest'ultimo una perdita patrimoniale che l'indennità di cui al 2° comma dell'art. 2118 cod. civ. potrebbe forfetariamente risarcire, ma occorrerebbe allora trovare un punto d'incontro tra il prodursi del danno e l'assenza di colpa nella causazione dello stesso, atteso che il suo autore ha invece agito nell'esercizio di un proprio diritto e che la colpa è il presupposto generale della responsabilità contrattuale.

Lo schema codicistico di cui agli artt. 1382 e seguenti del codice civile, in effetti, così come le ulteriori penali di fonte legale o collettiva presuppongono sempre un inadempimento imputabile, determinato cioè dal dolo o dalla colpa del debitore. Il fatto che, viceversa, nel caso contemplato dall'art. 2112, 4° co., cod. civ. l'elemento soggettivo non sembri essere neppure implicitamente contemplato quale requisito della

fattispecie porterebbe a ritenere prudenzialmente che non si sia di fronte ad una sanzione, ossia ad una peculiare modalità di risarcimento del danno sofferto ovvero ad un'obbligazione penale. In questo modo, però, rimarrebbe aperto il problema della destinazione pur sempre riparatoria dell'indennità prevista dal predetto art. 2112.

La dottrina parla di clausola atipica ogni qualvolta sia tra le parti convenuto il pagamento di una penale anche quando, in deroga alla disciplina generale delle obbligazioni, l'inadempimento non sia imputabile al debitore ad esempio in quanto determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile o comunque giustificato secondo il principio dell'*exceptio inadimplenti contractus* ⁽²⁰⁷⁾.

Il caso che ci occupa, pur non concernendo un'ipotesi di forza maggiore o un'eccezione di inadempimento e pur non trovando la sua fonte nella volontà negoziale dei soggetti contraenti, sembrerebbe tuttavia presentare i caratteri della clausola atipica cui potrebbe essere ricondotto in via analogica. Anche in tale ipotesi, infatti, rileva unicamente il prodursi della fattispecie cui è riconnesso l'obbligo della prestazione indennitaria, pur in assenza di imputabilità dell'eventuale danno prodottosi a carico del titolare del bene leso.

8. Le penali nei patti di stabilità relativa del rapporto di lavoro.

Si è già parlato dei patti di stabilità relativa che talora le parti del rapporto di lavoro convengono di inserire nel loro regolamento negoziale ⁽²⁰⁸⁾. In genere, come si è visto, si tratta di casi nei quali il

²⁰⁷ Per tutti, v. M. DE LUCA, *La clausola penale*, cit., 91-93.

²⁰⁸ Cap. 2, § 12, 108 ss.

datore di lavoro ha necessità di investire ingenti capitali per la formazione del proprio personale, ad esempio in quanto svolge servizi di trasporto aereo ed abbisogna di equipaggi. Sicché l'obiettivo perseguito attraverso il patto di stabilità relativa e la previsione non infrequente di una penale è quello di evitare che, una volta terminato l'addestramento, il dipendente rassegni le dimissioni e il capitale investito su di lui vada perduto per la conseguente impossibilità di inserire il dipendente stesso nel ciclo produttivo dell'impresa. Infatti, il contratto di lavoro a tempo indeterminato con durata minima garantita si comporta, per la durata concordata dalle parti, come un contratto a tempo determinato nell'ambito del quale il recesso *ante tempus* non potrebbe essere consentito che per giusta causa; nel mentre, l'obbligazione penale posta a carico del dipendente non potrebbe che essere concordata a norma degli artt. 1382 e seguenti del codice civile.

E d'altro canto anche la giurisprudenza di legittimità ha chiarito come la clausola penale connessa al patto di stabilità relativa del rapporto di lavoro rappresenti una modalità tipica di liquidazione preventiva e convenzionale del danno da inadempimento ⁽²⁰⁹⁾.

Nel caso di specie, pertanto, lo schema codicistico della penale conferma il suo grado di effettività, giacché la specialità della materia non gli impedisce di trovare pur sempre applicazione nell'ambito del regolamento negoziale prescelto dalle parti contraenti. Come tale, anche la penale connessa ad un patto di stabilità relativa può soggiacere al controllo del giudice ex art. 1384 cod. civ. e è destinata ad assorbire l'intero danno risarcibile quando non sia espressamente convenuta dai contraenti la risarcibilità del danno ulteriore.

²⁰⁹ Cfr. per tutte Cass. civ., 19 aprile 1990, n. 3221, cit.

In ordine invece alla funzione svolta, specie quando l'obbligazione penale sia convenuta in favore del datore di lavoro, sembra pressoché scontato il fine della reintegrazione del danno patrimoniale sofferto da quest'ultimo per effetto del recesso *ante tempus* del lavoratore. Non a caso, in genere, dette penali non hanno un importo predeterminato, ma variabile in relazione al periodo in cui intervengono le dimissioni, poiché il grado di incidenza o, potremmo dire, il potenziale lesivo di queste ultime è tanto minore quanto più sia prossima la scadenza concordata nel patto di stabilità relativa.

9. L'indennità per il termine nullo nel c.d. Collegato Lavoro

Il "Collegato Lavoro" (210), attualmente ancora in fase di approvazione dopo il rinvio alle Camere con motivato messaggio dello scorso 31 marzo da parte del Presidente della Repubblica, introduce nell'ordinamento, all'art. 32, comma 5, una penale legale di rilevante importanza. Si legge, infatti, che «in caso di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto», da liquidare con i criteri dell'art. 8 legge 604/1966.

Sul punto è già stato condivisibilmente osservato che «L'"indennità" assorbe qualsiasi "risarcimento", come risulta dall'aggettivo "onnicomprensiva". Quindi anche il risarcimento da mora accipiendi per il periodo dalla fine del lavoro alla sentenza dichiarativa della nullità del

²¹⁰ Si tratta, allo stato, del disegno di legge n. 1441-Quater-D sul quale v. A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 210 ss.

termine, secondo la qualificazione del consolidato orientamento anche delle Sezioni Unite, che coerentemente ammette la detrazione dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*. Pertanto non è proponibile una valutazione in termini di retribuzione con riferimento all'art. 36 Cost., anche perché qui manca la prestazione. Del resto la ragionevolezza del regime speciale, sotto tutti i punti di vista, è sicura perché sostituisce la liquidazione del risarcimento, finora effettuata caso per caso dal giudice anche mediante presunzioni semplici sull'*aliunde perceptum* e *percipiendum*, con una indennità comunque dovuta a prescindere da un danno effettivo ed i cui limiti predeterminati dal legislatore tengono conto del vantaggio per il lavoratore derivante dal mantenimento della regola di "conversione" e dell'incertezza a carico del datore di lavoro derivante dal precetto generico sulla giustificazione del termine.»(211)

Sembrano dunque cristalline le scelte operate nel caso di specie dal nostro legislatore. Viene infatti espressamente chiarito, in primo luogo, che l'indennità prevista per i casi di conversione del contratto a termine abbia la funzione di risarcire il lavoratore del danno subito per effetto della precarizzazione conseguente all'accertato utilizzo nei suoi confronti del contratto a tempo determinato in luogo di quello a tempo indeterminato; il che vale, evidentemente, anche per il caso della *mora accipiendi* conseguente all'offerta della prestazione lavorativa per il periodo intercorrente tra la scadenza del termine nullo e l'accertamento giudiziale della detta nullità. Soprattutto, quest'ultima previsione consente un significativo passo in avanti dell'ordinamento nella tutela del lavoratore, poiché libera quest'ultimo dall'incertezza della prova circa il danno subito e dai problemi connessi con la sicura detraibilità dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum*.

²¹¹ ANTONIO VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, cit.

Tuttavia, anche in tal caso, il rischio potrebbe essere quello di non consentire al lavoratore il risarcimento dell'intero danno sofferto successivamente alla scadenza del termine nullo. Le pur fondamentali esigenze di celerità del giudizio allo scopo di scongiurare intenti dilatori a fini speculativi dello stesso lavoratore devono, infatti, essere bilanciate con il complesso delle ragioni che sovente inducono quest'ultimo ad attendere anche molto a lungo prima di promuovere la causa (dalla promessa datoriale poi risultata inconsistente di riassumere il dipendente all'incertezza di un giudizio dagli esiti quasi mai scontati, sino ai costi legati al conferimento dell'incarico ad un legale laddove il lavoratore del tutto legittimamente non ritenga opportuno rivolgersi a patronati o sindacati). Di certo, la previsione di dodici mensilità quale limite massimo consentito al giudice all'atto della condanna del datore di lavoro inadempiente in luogo delle sei previste, invece, dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, consente di scongiurare nella gran parte dei casi il rischio del quale si è appena accennato.

Rimane però un dubbio, legato alla potenziale disparità di trattamento, nelle aziende soggette alla tutela reale, tra i dipendenti a tempo indeterminato illegittimamente licenziati e i dipendenti formalmente a tempo determinato il cui fraudolento contratto di lavoro sia stato interrotto per effetto di un illegittimo recesso ante tempus. I primi, infatti, beneficeranno dell'indicata tutela reale e, pertanto, di un'indennità montante pari alle retribuzioni perdute dal licenziamento alla reintegrazione; mentre i secondi? Nell'ipotesi di conversione del contratto, godrebbero anch'essi della tutela reale o, come invece sembrerebbe doversi ricavare dal futuro testo di legge, dovranno accontentarsi al massimo delle dodici mensilità previste dall'art. 32 del Collegato Lavoro? In quest'ultimo caso, infatti, sarebbe quasi scontata

la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale.

Rimane aperto, poi, un secondo interrogativo. Occorre chiedersi, infatti, se sia effettivamente necessaria l'offerta della prestazione lavorativa ai fini della penale di fonte legale o se, invece, giacché la norma non ne parla, detta penale sia comunque dovuta indipendentemente dalla costituzione in mora del datore di lavoro da parte del lavoratore interessato a promuovere nei suoi confronti il giudizio. In fin dei conti, non sembra potersi leggere nelle intenzioni del legislatore la volontà di subordinare il riconoscimento del trattamento indennitario alle pur comuni regole civilistiche sulla mora accipiendi, le quali, nel caso di specie, dovrebbero forse intendersi derogate dalla nuova previsione normativa circa il diritto del lavoratore all'indicata penale legale per il solo fatto della conversione del contratto a tempo determinato.

Con tutta evidenza si tratta di dubbi destinati per il momento a rimanere aperti, salvo il contributo che sul punto potranno senz'altro fornire la dottrina e la giurisprudenza successivamente alla promulgazione del nuovo testo di legge nell'attesa di un intervento correttivo o almeno chiarificatore del nostro illuminato legislatore.

BIBLIOGRAFIA

- AGNINO F., *Clausola penale e tutela del consumatore*, Milano, 2009
- BALLESTRERO M. V., *I licenziamenti*, Milano, 1975
- BIANCA C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. civ.*, Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1979
- BIANCA C.M., *La responsabilità. Diritto civile*, V, Milano, 1994
- BIANCHI D'URSO F. –CINQUE G., *Le Sezioni Unite si pronunciano sul danno «(in)esistenziale»* in *Mass. giur. lav.*, 2009, 49 ss.
- BIGLIAZZI GERI L. –BRECCIA U. –BUSNELLI F. D. –NATOLI U., *Diritto Civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Utet, 1992
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del "Foro italiano", 1940
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966
- CERRETA M., *La reintegrazione. I problemi e le prospettive*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 833 ss.
- CORRADO, *Il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, in RIVA
- SANSEVERINO-MAZZONI, *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971
- D'ANTONA M., *La stabilità del posto di lavoro tra realtà e mito (in margine ad alcune contraddizioni nella giurisprudenza della Cassazione)*; in *Riv. giur. lav.*, II, 1976, 315
- D'ANTONA M., *La reintegrazione nel posto di lavoro, Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Padova, 1979
- DE CUPIS A., *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1966-1970
- DE LUCA M., *La clausola penale*, Milano, 1998

- DE NOVA G., voce *Clausola Penale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., II, Torino, 1998
- DELL'OLIO M., *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *Mass. giur. lav.*, 1979
- DELL'OLIO M., *Il risarcimento ex art. 18 st. l. nella giurisprudenza più recente*, ivi, 1986
- DELL'OLIO M., *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1987
- DELL'OLIO M., *La nuova disciplina del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: considerazioni generali*, in *Dir. lav.*, 1991, I, 203
- DE NOVA G.– SACCO R., *Obbligazioni e contratti*, in *Tratt. Dir. priv.*, RESCIGNO (diretto da), X, Torino 2002
- DISTASO G., *I contratti in generale*, in *Giur. Sist. Civ. e Comm.*, II, Torino, 1980
- FERRONI, *Considerazioni sulla tutela delle situazioni non patrimoniali*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, I, 1989
- FIGURATI S., *Osservazioni sull'indennità prevista dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, nota a Cass., 1 febbraio 2006, n. 2246, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 591 ss
- GABRIELLI E., *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984
- GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Cod. civ.* Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1993
- GALLO P., *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003

- GHERA E., *Appunti di diritto del lavoro*, Bari, 1976
- GHERA E., *L'esecuzione diretta e indiretta nel diritto del lavoro*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, II, 1989
- GHERA E., *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, in *Lav. dir.*, 1992, 463 ss.
- GHEZZI G., *I licenziamenti dalla "penale" alla "reintegra" dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971
- GORLA G., *Il contratto*, I, Milano, 1955
- GRANDI M., *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Padova, 2005
- MAGAZZÙ A., voce *Clausola Penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960
- MAGLIASSO D., *La clausola penale*, Giuffrè, 2007
- MARINI A., *La clausola penale*, Napoli, 1984
- MARINI A., voce *Clausola Penale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988
- MAZZARESE S., *La clausola penale. Artt. 1382-1384 cod. civ.*, in *Comm. Cod. Civ.*, SCHLESINGER (diretto da), Milano, 1999
- MAZZIOTTI F., *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982
- MAZZIOTTI F., *Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno*, in *Dir. lav.*, 2001, I, 415 ss
- MIRABELLI C., *Delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. Civ. (art. 1321-1469)*, in *Dei contratti in generale*, Torino, 1980
- MOSCATI E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, BUSNELLI e SCALFI (a cura di), Milano, 1985
- NAPOLI M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980

JANNARELLI A., *La clausola penale*, in *I contratti in generale*, CENDON (a cura di), VIII, Torino, 2000

PAPALEONI M., *Retribuzione globale di fatto e art. 18 dello statuto dei lavoratori*, nota a Cass. 13 luglio 2000, n. 9307, in *Giur. lav. Lazio*, 2001, 65 ss.

PARDOLESI R., *Tutela specifica e tutela per equivalente nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. I, Napoli, 1989

PERA G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980

PERONE G., *Lo Statuto dei Lavoratori*, Utet, 2010

PERSIANI M., *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO-MAZZONI, *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, II, Padova, 1971

PONZANELLI G., voce *Pena privata*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990

RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1985

SALVI C., *Risarcimento del danno*, in *Enc. del dir.*, XL, Milano, 1989

SANDULLI P., *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in U. PROSPERETTI, *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, Tomo I, Milano, 1975

SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1955

SCOGNAMIGLIO R., *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Studi* Messineo, I, Milano, 1959

TORRENTE A. –SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XVII edizione, Giuffrè, 2004

TRIMARCHI V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954

VALLEBONA A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 1988

- VALLEBONA A., *L'onere della prova del numero dei dipendenti per l'applicazione della tutela reale contro il licenziamento*, in *Giur. lav. Lazio*, 1994, n. 1
- VALLEBONA A., *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziali delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 777 ss
- VALLEBONA A., *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995
- VALLEBONA A., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, 2005
- VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, 5^a edizione, Padova, 2008
- VALLEBONA A., *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro* in *Mass. giur. lav.*, 2009, 49 ss.
- VALLEBONA A., *Il danno non patrimoniale tra presunzioni semplici e presunzioni giurisprudenziali* in *Mass. giur. lav.*, 2009.
- VALLEBONA A., *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 568 ss.
- VALLEBONA A., *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 210 ss
- VALLEBONA T., *Buona fede e riduzione d'ufficio della penale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2004, 479
- VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.
- ZOPPINI A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991