

## INTRODUZIONE

Con l'espressione 'pena convenzionale'<sup>1</sup> si fa riferimento alla prestazione cui taluno si obbliga nell'eventualità che non adempia o che adempia in ritardo l'obbligazione c.d. principale. Quasi tutti gli ordinamenti giuridici moderni prevedono norme dedicate alla pena convenzionale e, in particolare, il nostro codice civile la disciplina agli artt. 1382-1384 cod. civ., in tema – appunto – di clausola penale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sui profili terminologici, relativi alle espressioni 'pena convenzionale', 'convenzione penale' e 'clausola penale', si veda oltre Cap. I, par. 1.

<sup>2</sup> La letteratura è sterminata: mi limito, pertanto, ad un ragguaglio bibliografico essenziale: G. PIOLA, voce *Clausola penale*, in *DI*, VII, Torino, 1929, 634 ss.; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, 240 ss.; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; ID., voce *Clausola penale*, in *NNDI*, III, Torino, 1964, 351 ss.; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 186 ss.; A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984; A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990; ID., *Clausola penale*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1999; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. privat., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 377 s.; ID., *Le clausole penali*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Le fonti delle obbligazioni*, I.2, Torino, 1993, 159 ss.; ID., *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*<sup>2</sup>, diretto da P. Rescigno, X.2, Torino, 1995, 408 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO-G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare. Art. 1372-1405 – Libro Quarto: obbligazioni art. 1372-1405*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 162 ss.; ID., *Trattato di diritto civile*<sup>2</sup>, II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I singoli contratti*, Padova, 2010, 518 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 221 ss.; M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998; M.

Le disposizioni codicistiche riflettono e danno una risposta ai numerosi problemi di ordine dogmatico, sorti nel corso dei secoli e già a partire dall'esperienza giuridica romana, circa le modalità applicative della pena convenzionale e i suoi rapporti con l'obbligazione principale. Come avremo modo di verificare, infatti, le questioni poste ai giuristi romani a proposito della *stipulatio poenae* non erano affatto diverse da quelle che il nostro Legislatore si è trovato ad affrontare.

In questo senso mi sembra utile soffermarmi in via preliminare e sia pur brevemente su taluni aspetti relativi alla clausola penale, avendo come punti di riferimento la disciplina prevista dall'attuale codice civile, nonché quella del codice del 1865 – ben più minuziosa della vigente –, contenuta negli artt. 1209-1216 cod. civ. 1865<sup>3</sup>, proprio al fine di sottolineare la vicinanza, da questo specifico punto di vista, tra l'ordinamento giuridico attuale e la plurisecolare esperienza giuridica romana; vicinanza testimoniata anche dall'espresso richiamo al diritto romano contenuto nella *Relazione al Re*, n. 632, di accompagnamento agli artt. 1382-1384 cod. civ. E ciò sebbene le soluzioni adottate dal Legislatore del '42 non possano che essere solo occasionalmente coincidenti con quelle elaborate in

---

TATARANO, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, Napoli, 2002; D. MIGLIASSO, *La clausola penale*, Milano, 2007; F. AGNINO, *Clausola penale e tutela del consumatore*, Milano, 2009; G. SMORTO, voce *Clausola penale*, in *Dig. disc. privat., sez. civ., VIII aggiornamento*, Torino, 2013, 141 ss.

<sup>3</sup> Il codice abrogato, infatti, oltre a definire la clausola penale (art. 1209 cod. civ. 1865), prevedeva una disciplina di dettaglio, precisa e articolata: gli effetti della nullità della clausola penale rispetto all'obbligazione principale e viceversa (art. 1210 cod. civ. 1865); la possibilità di richiedere la prestazione principale invece della penale, sempre che il debitore fosse messo in mora (art. 1211 cod. civ. 1865); la funzione della penale, intesa come compensazione dei danni subiti dal creditore, con la conseguenza che era escluso il cumulo tra pena e prestazione principale, a meno che la pena non fosse stata prevista per il mero ritardo (art. 1212 cod. civ. 1865); il termine a partire dal quale la penale diveniva esigibile (art. 1213 cod. civ. 1865); il potere di riduzione della penale da parte del giudice, in ragione di un parziale adempimento del debitore (art. 1214 cod. civ. 1865); gli effetti della penale nelle obbligazioni indivisibili e divisibili (artt. 1215-1216 cod. civ. 1865). Si veda, in proposito, F. RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto Civile*, VI, Torino, 1929, 232 ss.

modo casistico dalla giurisprudenza romana e senza voler tentare confronti troppo semplicistici tra realtà storico-giuridiche evidentemente distanti nel tempo<sup>4</sup>.

Cominciamo dai profili legati alla struttura e all'efficacia della clausola penale. La definizione che si rinviene nel codice del 1865, secondo cui è «*quella, con cui una persona, per assicurare l'adempimento di un'obbligazione, si obbliga a qualche cosa nel caso che non l'adempia o ne ritardi l'esecuzione*» (art. 1209 cod. civ. 1865), differisce in parte da quella successivamente accolta nell'attuale codice, all'art. 1382 cod. civ., dove si afferma che con la clausola penale «*si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione*». E in effetti la formulazione dell'art. 1209 cod. civ. 1865 ricalcava quasi fedelmente quanto stabilito nel *Code Napoléon*, e a sua volta derivato dagli studi di Pothier<sup>5</sup>: art. 1226 cod. civ. fr. 1804: «*La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution*»<sup>6</sup>.

Com'è stato osservato già a pochi anni dall'entrata in vigore del codice del '42<sup>7</sup>, la definizione di Pothier, ereditata in diversa misu-

---

<sup>4</sup> Mi sembrano significative in questo senso le osservazioni di S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950, 3 s.: «*Chi voglia dunque elevarsi ad intendere il fenomeno giuridico, non potrà mai fare a meno di una sufficiente conoscenza del diritto romano, considerato nel suo progressivo sviluppo, per cui molti istituti e molte norme persistono nel diritto attuale, mentre altre scomparvero. Son infatti in ogni ordinamento giuridico istituti e norme che hanno il loro fondamento nella ragione stessa del diritto, per quanto sia varia presso i diversi popoli la loro configurazione positiva, ed istituti e norme che soddisfano particolari necessità economiche e sociali di un'epoca e per ciò stesso destinati a perire. Ora si deve appunto al diritto romano la creazione di figure e di principî così rispondenti alle esigenze di ogni ordine giuridico che diversità di popoli e di epoche non potevano disconoscere*».

<sup>5</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, I, Paris-Orléans, 1761, 401 ss.

<sup>6</sup> La disciplina della clausola penale nel codice civile del 1865 ripete in maniera pressoché pedissequa quella degli artt. 1226 ss. cod. civ. fr. 1804. Tuttavia, rispetto al testo francese furono apportate talune modifiche di non poco conto, come constateremo a breve già a proposito della definizione.

<sup>7</sup> C. SCUTO, *Teoria generale delle obbligazioni (terza edizione aggiornata e ampliata)*, I, Napoli, 1953, 386 s.

ra dalle codificazioni francese e italiana (prima nel 1865, poi nel 1942), presenta talune imprecisioni. In primo luogo, si ricollega il sorgere dell'obbligazione esclusivamente a una convenzione tra le parti o comunque a un atto di volontà dell'obbligato. Tuttavia, ciò non è sempre vero, poiché talvolta la penale può risultare da altre fonti, come nel caso della disposizione testamentaria che preveda una *poena* per il caso in cui il legato non venga adempiuto.

Un secondo limite della definizione elaborata da Pothier è stato individuato nell'aver circoscritto l'impiego della penale alla sola ipotesi dell'inadempimento<sup>8</sup>. Tuttavia, sia il codice del 1865 sia quello del 1942, discostandosi dall'insegnamento dell'illustre giurista francese e dal precedente legislativo costituito dal codice napoleonico, hanno ampliato l'ambito applicativo della penale, estendendolo anche al caso di inesatto adempimento<sup>9</sup>.

Nel nostro sistema giuridico, la penale è, dunque, concepita come obbligazione accessoria rispetto a quella principale, che da essa risulta garantita e rafforzata. Tale vincolo di accessorieta' è stato oggetto di scelte differenti da parte del nostro Legislatore tra il codice del 1865 e quello del 1942<sup>10</sup>. Il codice civile abrogato, infatti, rendeva esplicita la natura del nesso tra le due obbligazioni – la principale e l'accessoria –, chiarendo all'art. 1210 cod. civ. 1865 che la nullità della clausola penale non incideva sulla validità dell'obbligazione principale, mentre la nullità dell'obbligazione prin-

---

<sup>8</sup>In questo senso, ancora C. SCUTO, *Teoria*, cit., 387.

<sup>9</sup>Va a tal proposito osservato che il ritardato adempimento costituisce solo una specie – sia pur particolarmente diffusa – del più ampio genere costituito dall'inesatto adempimento.

<sup>10</sup>In dottrina si è anche discusso dell'accessorieta' o dell'autonomia della penale rispetto al negozio principale. Per le opposte opinioni, si vedano V.M. TRIMARCHI, *La clausola*, cit., 19 ss. (che propende per l'autonomia), e A. MARINI, *La clausola*, cit., 66 ss. (il quale sostiene che la penale abbia di per sé natura accessoria, ma che tuttavia è opportuno verificare caso per caso). Che la clausola penale sia poi concepita come accessoria rispetto all'obbligazione principale non esclude che essa abbia comunque una struttura negoziale autonoma e una propria causa: in questo senso, A. ZOPPINI, *La pena*, cit., 209 ss.; F. GALGANO, *Trattato*, cit., 523.

cipale travolgeva anche la clausola penale<sup>11</sup>. Al contrario, nell'attuale codice non si afferma alcunché riguardo la nullità delle obbligazioni, poiché si è ritenuta superflua questa precisazione, considerando tali effetti la diretta e naturale conseguenza del vincolo di accessorietà tra le obbligazioni.

Dalla definizione della clausola penale e dalla sua natura di obbligazione accessoria rispetto a quella principale è possibile individuare quale tipo di funzione l'ordinamento giuridico italiano le attribuisca. Se l'art. 1212 cod. civ. 1865 individuava nella clausola penale la funzione di «*compensazione dei danni che soffre il creditore per l'inadempimento dell'obbligazione principale*», vale a dire un fine sanzionatorio, risarcitorio e coercitivo<sup>12</sup>, ben diversa è la formulazione dell'art. 1382 cod. civ. Nel codice vigente si stabilisce, infatti, che la previsione di una penale ha l'effetto di limitare il risarcimento dovuto all'importo stabilito, salvo che non sia stato previsto il risarcimento del danno ulteriore. Dunque, accanto alla funzione risarcitoria e di stimolo all'esecuzione della prestazione principale, l'art. 1382 cod. civ. produce due ulteriori effetti: la preeterminazione del risarcimento e l'esonero del creditore dal dover provare il danno subito, poiché la penale è comunque dovuta<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> G. VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*<sup>4</sup>, Torino, 1929, 415 s.

<sup>12</sup> In questo senso è significativo l'inciso dell'art. 1209 cod. civ. 1865: «*per assicurare l'adempimento di un'obbligazione*».

<sup>13</sup> Coerente con il cambio di prospettiva da un codice all'altro è il testo della *Relazione al Re*, n. 632, in cui sul punto in questione si afferma che: «*Nell'art. 1382 non si allude alla funzione coercitiva che alla clausola assegnava l'art. 1209 cod. civ. del 1865, perché tale funzione è solo indirettamente esercitata dalla penale, mentre direttamente 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 (art. 1382, secondo comma)*». Si veda, su questo aspetto, *Il nuovo codice civile commentato. Libro IV. Delle obbligazioni*, I, a cura di N. Stolfi-F. Stolfi, Napoli, 1949, 199 s.; C. SCUTO, *Teoria*, cit., 387 s. Anche su questo punto, tuttavia, non vi è stata in dottrina unanimità di opinioni: si vedano, in via esemplificativa, le tesi sostenute da G. GORLA, *Il contratto*, cit., 260; V.M. TRIMARCHI, *La clausola*, cit., 9 ss.; A. MARINI, *La clausola*, cit., 32; A. ZOPPINI, *La pena*, cit., 151 ss.; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, cit., 186 s.

Con la clausola penale si ottiene poi un altro risultato, vale a dire quello di patrimonializzare prestazioni difficilmente valutabili dal punto di vista economico (come quelle ‘di fare’<sup>14</sup>), o di rendere coercibili obbligazioni di per sé incoercibili (come nel caso della promessa del fatto del terzo)<sup>15</sup>.

Connesso al tema della funzione svolta dalla penale è l’individuazione del criterio in base al quale l’inadempimento che rende efficace la penale possa considerarsi imputabile al debitore<sup>16</sup>. E, in effetti, sebbene la teoria maggiormente condivisa sia quella secondo la quale, perché sorga il diritto alla penale, l’inadempimento dev’essere imputabile al debitore a titolo di dolo o di colpa, vi sono state anche opinioni discordi. Particolarmente elaborata è la teoria di Trimarchi<sup>17</sup>. Egli muove dalla distinzione della penale in ‘pura’, vale a dire «*posta solamente a fine di pena*», e ‘non pura’, perché «*posta anche a fine di risarcimento del danno*»<sup>18</sup>. E se nella clausola penale ‘non pura’ la deroga pattizia rispetto all’ordinario criterio di responsabilità previsto dall’ordinamento determinerebbe un’assunzione di rischi e pericoli in capo al debitore, con l’effetto di snaturare la penale aggiungendole una funzione sostanzialmente assicurativa; nella clausola penale ‘pura’ e in particolare per quella posta per il ritardo nell’adempimento, l’esclusivo fine sanzionatorio non ostacolerebbe la scelta delle parti di dare rilievo a un criterio di responsabilità di tipo oggettivo<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> *Il nuovo codice*, cit., 200.

<sup>15</sup> C. SCUTO, *Teoria*, cit., 389 s.

<sup>16</sup> Differente, ma collegato al tema dell’imputabilità dell’inadempimento, è il problema del momento a partire dal quale l’obbligazione principale può considerarsi inadempita. Il vecchio codice, all’art. 1213 cod. civ. 1865, risolveva ogni dubbio con una disposizione *ad hoc*. Il Legislatore del ’42 ha invece scelto di non riprodurre l’art. 1213 cod. civ. 1865 e di dare rilievo, qualora manchi un termine per l’adempimento, alla messa in mora formale del debitore attraverso l’intimazione da parte del creditore. Com’è stato osservato (C. SCUTO, *Teoria*, cit., 392), si tratterebbe di un’ipotesi di *mora ex persona*.

<sup>17</sup> V.M. TRIMARCHI, *La clausola*, cit., 37 ss.

<sup>18</sup> V.M. TRIMARCHI, *La clausola*, cit., 13.

<sup>19</sup> Per un critica della teoria di Trimarchi si veda A. MARINI, *La clausola*, cit., 117 ss. Va, altresì, osservato che proprio su questo punto la dottrina più

Se questi sono oggi gli aspetti maggiormente discussi con riferimento alla natura giuridica della penale, ulteriori nodi problematici sono emersi con riguardo ad un altro tema, vale a dire l'entità della pena stabilita. A tal proposito, è ai nostri fini opportuno soffermarsi su tre profili: la natura non necessariamente pecuniaria della pena, la possibilità di prevedere la risarcibilità del danno ulteriore, il potere del giudice di ridurre la penale.

Ebbene, la formulazione dell'art. 1382 cod. civ., che individua genericamente come oggetto della penale «una determinata prestazione», ha dato avvio in dottrina a un dibattito – non ancora sopito – relativo alla possibilità che la pena possa consistere anche in una prestazione di natura non pecuniaria. Le opinioni al riguardo sono varie: vi è chi sostiene che l'ampiezza del dettato legislativo vada rispettata, consentendo alle parti di stabilire senza limiti (salvo quelli tipici di ogni prestazione) in cosa possa consistere la pena<sup>20</sup>. Vi è chi, poi, ritiene che, aderendo a questa interpretazione, si possa correre il rischio di fornire al creditore uno strumento per aggirare il divieto di patto commissorio<sup>21</sup>. Una via intermedia, che pure ha trovato seguito in dottrina, è quella di adottare una certa cautela, senza però comprimere eccessivamente la libertà negoziale delle parti<sup>22</sup>. Secondo tale orientamento, sarebbe possibile prevedere penali anche consistenti in prestazioni di dare, fare o non fare, purché non producano effetti reali, ma solo obbligatori.

Passando al secondo aspetto – la risarcibilità del danno ulteriore –, essa è un'innovazione introdotta dal primo comma dell'art. 1382 cod. civ. e, come messo in evidenza nella *Relazione al Re*, n. 632<sup>23</sup>, è

---

risalente richiama le teorie elaborate dai giuristi romani: C. SCUTO, *Teoria*, cit., 392 s.

<sup>20</sup> Si veda, ad esempio, C. SCUTO, *Teoria*, cit., 393; V.M. TRIMARCHI, *La clausola*, cit., 93.

<sup>21</sup> A. MARINI, *La clausola*, cit., 129 ss.

<sup>22</sup> S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, cit., 369 ss.; D. MIGLIASSO, *La clausola penale*, cit., 114 ss.; F. GALGANO, *Trattato*, cit., 520.

<sup>23</sup> «Il risarcimento del danno superiore all'importo della pena è consentito (se le parti lo hanno convenuto), per un avvicinamento al sistema romanistico che, com'è noto, era contrario alla disposizione dell'art. 1230, secondo comma,

una norma che si pone in aperto contrasto con la previgente disciplina contenuta nel secondo comma dell'art. 1230 cod. civ. 1865<sup>24</sup>. È interessante osservare che è a proposito della risarcibilità del danno ulteriore che il Guardasigilli Grandi, nella sua *Relazione* di presentazione del codice, richiamò il precedente storico del diritto romano e motivò l'introduzione di questa possibilità concessa alle parti proprio per un avvicinamento al sistema romanistico<sup>25</sup>. Come vedremo<sup>26</sup>, però, la risarcibilità del danno ulteriore nel corso dell'esperienza giuridica romana era, invece, possibile solo a certe condizioni.

Infine, sempre in relazione all'entità della pena, con l'art. 1384 cod. civ. sono stati stabiliti i presupposti in base ai quali il giudice può intervenire, riducendolo, sull'importo concordato tra le parti. Infatti, il codice prevede che tale potere di riduzione possa essere esercitato se la prestazione è stata adempiuta in parte oppure se la penale risulta eccessiva<sup>27</sup>. Il parametro di riferimento per la valutazione del giudice è costituito dall'interesse del creditore all'adempimento<sup>28</sup>.

---

*cod. civ. del 1865. La penale non può esaurire sempre l'importo dei danni, perché talvolta le parti non hanno, al momento del contratto, una nozione esatta della lesione patrimoniale che potrà derivare dall'inadempimento. Se la pena si fosse considerata limite legale del risarcimento, si sarebbe frustrato l'accennato scopo di indiretta coazione che essa spiega: e infatti, quando l'importo della pena fosse inferiore al danno da risarcire, il debitore non avrebbe in essa uno stimolo ad adempiere».*

<sup>24</sup> «Quando la convenzione stabilisce, che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo di danni, non si può attribuire all'altra parte una somma maggiore o minore. Lo stesso ha luogo, se l'accertamento dei danni è fatto sotto forma di clausola penale, o mediante caparra data al tempo della conclusione del contratto».

<sup>25</sup> Su questo aspetto: C. SCUTO, *Teoria*, cit., 394 s.

<sup>26</sup> Oltre, Cap. II, par. 2.

<sup>27</sup> G. SMORTO, voce *Clausola penale*, cit., 144 ss.

<sup>28</sup> Sotto il vecchio codice la riduzione della penale era consentita solo per il caso di obbligazione parzialmente eseguita: l'introduzione del criterio dell'eccessività della penale si deve al passaggio da una concezione individualistica della materia contrattuale ad una concezione sociale: *Il nuovo codice*, cit., 202. Ciò risulta anche dal testo della *Relazione al Re*, n. 632, in cui si sot-

Procedendo dal piano sostanziale a quello processuale, il codice vigente interviene anche sul diritto del creditore di richiedere sia l'adempimento che la penale, sancendo all'art. 1383 cod. civ. il divieto di cumulare le due pretese, a meno che la penale non sia stata prevista per il ritardo nell'adempimento<sup>29</sup>. Il debitore, dal canto suo, non potrà liberarsi offrendo la penale al posto della prestazione principale, poiché la clausola penale non è un'obbligazione alternativa<sup>30</sup>.

Come abbiamo già avuto modo di osservare, la disciplina della clausola penale contenuta nel codice del 1865 era molto più dettagliata di quella dell'attuale codice civile. È per questo motivo che nel vecchio codice erano stati inseriti alcuni articoli dedicati al funzionamento della penale nel caso di obbligazioni divisibili e indivisibili e di pluralità di debitori (artt. 1215-1216 cod. civ. 1865), che non trovano alcun riscontro nel codice del '42.

Nello specifico, si stabiliva che nel caso in cui la prestazione principale fosse indivisibile e vi fossero più debitori, l'inadempimento di uno solo faceva sorgere il diritto alla penale. Questa poteva essere richiesta o per l'intero all'inadempiente, oppure *pro quota* a ciascun debitore, fermo restando, in quest'ultimo caso, il diritto di regresso degli altri debitori verso l'inadempiente. Qualora, invece, l'obbligazione principale fosse stata divisibile, si poteva

---

tolinea il nesso tra l'eccessività della penale e il limite legale degli interessi, oltre il quale essi sono da considerarsi usurari: «*Si è conferito al giudice il potere di ridurre la penale eccessiva, ossia sproporzionata all'interesse che ha il creditore all'adempimento (art. 1384). Tale disposizione, fondata sulla equità, mira a contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usurario*».

<sup>29</sup>La norma riproduce sostanzialmente il secondo comma dell'art. 1212 cod. civ. 1865, ma, da un punto di vista sistematico, è contestualizzato in modo radicalmente diverso. Il vecchio codice, infatti, collegava il divieto di cumulo alla funzione di mero risarcimento del danno, indicata nel primo comma dell'art. 1212 cod. civ. 1865. Attualmente, invece, la penale è considerata una liquidazione a 'forfait' del danno, sul quale è esclusa ogni indagine. Si veda su questo aspetto: *Il nuovo codice*, cit., 201.

<sup>30</sup>C. SCUTO, *Teoria*, cit., 390 ss.; V.M. TRIMARCHI, *La clausola*, cit., 102; F. GALGANO, *Trattato*, cit., 519.

pretendere la pena solo nei confronti del debitore inadempiente e in proporzione rispetto all'inadempimento<sup>31</sup>.

Le rapide osservazioni appena svolte possono costituire la base di partenza per un'indagine sulla *stipulatio poenae*. In effetti, come già sottolineato, le tematiche discusse dai giuristi romani in relazione alla *stipulatio poenae* non erano affatto diverse da quelle oggetto dell'attuale dibattito dottrinale, in quanto «*in modo apparentemente sorprendente le fonti che si traggono dal diritto romano e le elaborazioni che si sono formate sulle stesse si allungano nel tempo e si proiettano progressivamente sul diritto intermedio dei diversi paesi europei, fino al periodo delle codificazioni moderne e della stessa disciplina del '42*»<sup>32</sup>.

La definizione della pena convenzionale, la sua struttura, il nesso di accessorietà in relazione all'obbligazione principale, le modalità di efficacia della pena rispetto al tempo e al regime di responsabilità, il cumulo di pretese tra pena e prestazione principale, il rapporto tra l'adempimento parziale e l'entità della pena, la pluralità di debitori o di creditori e la possibile divisibilità della pena: sono questi i temi su cui i giureconsulti romani hanno maggiormente concentrato la loro attenzione e che, come abbiamo appena visto, sono ancora oggi oggetto di approfondimento da parte degli studiosi di diritto civile.

È, quindi, sulla base di queste premesse che possiamo ora procedere all'esame dei profili problematici della *stipulatio poenae*.

---

<sup>31</sup> È stato osservato da C. SCUTO, *Teoria*, cit., 398 ss., che la disciplina del codice vigente, derivata direttamente dal codice napoleonico e indirettamente da POTHIER, *Traité*, cit., 429 ss., si discostava dall'esperienza del diritto romano, sia classico che bizantino, poiché i Romani non avevano mai previsto la possibilità che il creditore insoddisfatto potesse e dovesse rivolgersi direttamente al debitore inadempiente per ottenere l'intera penale, al fine di evitare l'attivazione di una catena di azioni di regresso tra condebitori (in proposito, si veda oltre, Cap. II, par. 3).

<sup>32</sup> Così, S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 15.