



GIAN MARIO ARESU

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – Università di Cagliari

ORIENTAMENTI DI *COMMON LAW* INGLESE IN TEMA DI *LIQUIDATED DAMAGES CLAUSES* E *PENALTY CLAUSES*

La clausola penale, che sotto certi profili affonda le sue radici nel diritto romano¹ ed è disciplinata nell'ordinamento italiano dagli artt. 1382-1384 cod. civ.², è conosciuta anche dal diritto inglese (*penalty clause*), che la distingue – in estrema sintesi – dalla figura della *liquidated damages clause*.

La Corte Suprema del Regno Unito, con la decisione *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi and ParkingEye Ltd v Beavis*³ (novembre 2015), nell'esaminare congiuntamente i due appelli sottoposti al suo vaglio, è tornata ad affrontare l'argomento dopo oltre cent'anni⁴: l'ultima decisione davvero rilevante sul tema era, infatti, *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* (House of Lords), del luglio 1914⁵.

¹ Vd., *ex multis*, M. TALAMANCA, voce *Pena privata (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 712 ss.; R. KNÜTEL, '*Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*', Köln-Wien, 1976, *passim*; P. VOGLI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, *passim*.

² Art. 1382 cod. civ., «Effetti della clausola penale»: «1. La clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. 2. La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno»; art. 1383 cod. civ., «Divieto di cumulo», «Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo»; art. 1384 cod. civ., «Riduzione della penale»: «La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento» (Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, 11, 2985 ss., ha chiarito che la penale può anche essere ridotta d'ufficio dal giudice).

³ *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi and ParkingEye Ltd v Beavis* [2015] UKSC 67 (si segnala l'URL <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0280-judgment.pdf>, consultato in data 20 novembre 2020).

⁴ *Cavendish*, para. 1: «These two appeals raise an issue which has not been considered by the Supreme Court or by the House of Lords for a century, namely the principles underlying the law relating to contractual penalty clauses, or, as we will call it, the penalty rule» (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath).

⁵ *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* [1914] UKHL 1; [1915] AC 79. Vd., per questa osservazione, *Cavendish*, para. 19 (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath); vd. anche para. 219: «The modern law in relation to penalty clauses was laid down by the House of Lords and the Judicial Committee of the Privy Council in a quartet of cases over 100 years ago. First, the House of Lords examined a liquidated damages clause in the *Clydebank Engineering* case in 1904. Then the Privy Council applied the decision in *Clydebank* to a retention clause in *Public Works Comr v Hills* [1906] AC 368 and to a liquidated damages clause in *Webster v Bosanquet* [1912] AC 394. Finally, in *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* [1915] AC 79, which again concerned a liquidated damages clause, the House



Appare opportuno dire immediatamente come in diritto inglese sia (o fosse, visto quanto ha statuito la decisione del 2015) consentito stipulare una clausola che, in caso di inadempimento da parte del debitore, preveda il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno: essa, però, deve consistere in una *genuine pre-estimate of damages* (si parla usualmente di *liquidated damages clause*, che non può prevedere corresponsioni di denaro «extravagant, unconscionable or incommensurate»⁶). Se, invece, la pattuizione stabilisce il pagamento di una somma che ha natura sostanzialmente punitiva (*in terrorem*), essa è allora da considerare nulla: è questo l'insegnamento che, in sostanza, si ricava dalla decisione *Dunlop* e, più in generale, corrisponde alla *rule against penalties*⁷.

Sembrano differenti, invece, gli orientamenti espressi dalla Corte Suprema del Regno Unito nel 2015, in particolare nel *leading judgment* dei Law Lords Neuberger (allora Presidente della Corte) e Sumption e, con loro, Lord Carnwath: «The true test is whether the impugned provision is a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation. The innocent party can have no proper interest in simply punishing the defaulter. His interest is in performance or in some appropriate alternative to performance»⁸.

Il ragionamento poi si sviluppa per svariate decine di paragrafi, ma limitiamoci in questa sede a condensare in qualche riflessione il *dictum* dei supremi giudici del Regno Unito: nello specifico, se sino al 2015 si ammettevano le *liquidated damages clauses*, ma non le *penalty clauses*, dall'impianto complessivo della decisione al nostro esame sembrerebbe che oggi occorra prima di tutto distinguere tra obbligazioni primarie ed obbligazioni secondarie (una distinzione interessante, anche per alcune analisi di diritto comparato che si potrebbero effettuare rispetto ai modelli di *civil law*, ma forse – come potrà intuirsi dalla lettura di questo lavoro – un po' incerta nei risultati applicativi); parrebbe che le obbligazioni primarie (quelle che, in buona sostanza, vincolano immediatamente il debitore, avendo esse ad oggetto la prestazione che costituisce l'interesse immediato dell'altra parte del contratto) non possano mai essere una *penalty*, mentre nelle obbligazioni secondarie (quelle cui è astretto il debitore in caso di inadempimento dell'obbligazione primaria) sembrerebbe potersi dedurre la corresponsione di una *genuine pre-estimate of damages* e, laddove sia presente un *legitimate interest* della «innocent party»⁹, anche una somma maggiore, comunque a condizione che essa non sia «extravagant, unconscionable or incommensurate»¹⁰.

of Lords, in the speech of Lord Dunedin, set out an approach to the rule which has dominated judicial discussion ever since» (Lord Hodge).

⁶ Vd., per questa triade di aggettivi, *Cavendish*, para. 143 (Lord Mance).

⁷ Per una sua ricostruzione storica vd. *Cavendish*, para. 4 ss., ma si noti immediatamente come al para. 3 si spieghi che essa «is an ancient, haphazardly constructed edifice which has not weathered well, and which in the opinion of some should simply be demolished, and in the opinion of others should be reconstructed and extended» (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath).

⁸ *Cavendish*, para. 32 (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath).

⁹ *Cavendish*, para. 32 (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath).

¹⁰ *Cavendish*, para. 143 (Lord Mance).



Ricapitolando, le obbligazioni primarie non possono essere considerate *penalties*; le obbligazioni secondarie, invece, sono *penalties* soltanto se non ricorre un *legitimate interest* della parte inadempiente ed anche quando, ricorrendo un simile *interest*, esse siano del tutto sproporzionate.

Se, però, le *liquidated damages clauses* erano già permesse, con le affermazioni della Corte sembra giungersi all'ammissibilità di clausole che – pur se *lato sensu*, nei limiti di una certa proporzionalità e sulla base di un *legitimate interest* – sono in qualche misura penali.

Considerati questi aspetti in una prospettiva teorico-ricostruttiva, possiamo ora procedere ad analizzare i loro riflessi sul piano pratico-applicativo trattando dei casi sottoposti all'esame della Corte Suprema.

Il primo appello vedeva contrapposta la Cavendish Square Holding a Talal El Makdessi con riferimento a due clausole¹¹ di un contratto di compravendita di una quota di maggioranza in un gruppo societario, le quali avrebbero trovato applicazione in caso di mancato rispetto – da parte del venditore – di alcuni obblighi di non concorrenza.

In quest'ultimo caso, più nel dettaglio, il venditore non avrebbe ricevuto – a mente della prima clausola esaminata nel giudizio – le ultime due rate di prezzo e, inoltre (sulla base di quanto stabilito dalla seconda clausola), avrebbe ricevuto, per le restanti azioni, un prezzo ridotto, non comprensivo del valore dell'avviamento.

La Corte ha ritenuto che la prima clausola non costituisse un'obbligazione secondaria: essa era, piuttosto, una clausola di rideterminazione del prezzo, elemento che – nell'opinione dei Law Lords – non deve necessariamente corrispondere soltanto al valore delle azioni oggetto della compravendita, ma può dipendere anche dalle ulteriori obbligazioni assunte dal venditore; nel caso in cui queste ultime non vengano adempiute, anche se parzialmente, nulla vieta che una clausola – di natura primaria – stabilisca, appunto, una riduzione del *quantum debeatur*. Analogo ragionamento è stato svolto, inoltre, con riferimento alla seconda clausola censurata dall'appellante¹².

In definitiva, la «Court of Appeal in this case thought clauses 5.1 and 5.6 should both be treated in the same way when it came to applying the penalty rule, and we take the same view, but, in agreement with Burton J at first instance, we consider that neither clause is avoided by the penalty rule»¹³: l'appello proposto dal compratore è stato, quindi, accolto.

Passando ora al secondo caso, si osserva che esso era relativo ad un contratto concluso tra una società ed un consumatore: la ParkingEye gestiva un parcheggio nel quale era consentita la sosta gratuita per un tempo massimo di due ore, mentre non era proprio possibile 'acquistare' ore – o, comunque, periodi – ulteriori; nel caso in cui l'autoveicolo collocato nell'area non fosse stato spostato entro le due ore consentite, sarebbe stato comminato il pagamento di 85 sterline.

Il sig. Beavis (appellante), nello specifico, aveva lasciato la sua automobile nel parcheggio per due ore e 56 minuti, così eccedendo il limite consentito; gli era stato, quindi, recapitato

¹¹ Per il testo delle clausole vd. *Cavendish*, para. 55.

¹² Cfr. *Cavendish*, para. 82 (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath).

¹³ *Cavendish*, para. 88 (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath).

JUS CIVILE



l'invito a corrispondere la somma di 85 sterline, ridotta a 50 sterline nel caso in cui avesse pagato entro un limitato periodo di tempo.

Egli, però, aveva deciso di contestare la richiesta di pagamento, instaurando un processo giunto sino ai Law Lords, davanti ai quali ha sostenuto che una simile cifra costituisse una *penalty clause* e, inoltre, violasse gli Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations del 1999.

La Suprema Corte ha respinto l'appello: se, da un lato, i giudici hanno affermato che il pagamento di 85 sterline costituiva un'obbligazione secondaria, dall'altro hanno evidenziato come essa corrispondesse ad un *legitimate interest* della società e come, del resto, la somma domandata non fosse irragionevole sulla base degli elementi versati in giudizio¹⁴, non costituendo dunque una *penalty*¹⁵; si è ritenuto, inoltre, che essa non fosse vietata dalla normativa del 1999 richiamata poco sopra¹⁶.

Conclusivamente, su entrambi gli appelli, i Law Lords Neuberger, Sumption e Carnwath «would allow the appeal in *Cavendish v El Makdessi* and dismiss the appeal in *ParkingEye v Beavis*, and ... would declare that none of the terms impugned on the two appeals contravenes the penalty rule, and that the charge in issue in *ParkingEye v Beavis* does not infringe the 1999 Regulations»¹⁷.

L'esito del giudizio – l'accoglimento del primo appello ed il rigetto del secondo – è stato, pur con motivazioni talvolta parzialmente diverse, lo stesso nei *judgments* separati dei Lords Mance¹⁸, Hodge¹⁹ e Clarke²⁰; una parziale *dissenting opinion* è stata, invece, proposta da Lord Toulson con riferimento al secondo appello²¹.

In conclusione, si può osservare come il 'cambio di rotta' compiuto dalla Corte Suprema nel 2015 significhi una visione maggiormente permissiva di clausole affini a quella che noi italiani definiamo penale, con tutto ciò che ne consegue in ordine alla necessità che i contratti siano redatti nel modo più chiaro possibile: solo così, infatti, si consente all'interprete di verificare quasi *ictu oculi* se una data obbligazione sia primaria o secondaria e, quindi, di comprendere se una certa disposizione possa – laddove non sia sorretta da un *legitimate interest* e, comunque, risulti eccessiva – costituire una penale.

¹⁴ Cfr. *Cavendish*, para. 100 (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath).

¹⁵ Cfr. *Cavendish*, paras. 99 e 101 (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath).

¹⁶ *Cavendish*, para. 104 (Lords Neuberger e Sumption e, con loro, Lord Carnwath).

¹⁷ *Cavendish*, para. 115.

¹⁸ Cfr. *Cavendish*, para. 214.

¹⁹ Cfr. *Cavendish*, paras. 215 e 290.

²⁰ Cfr. *Cavendish*, para. 291.

²¹ *Cavendish*, paras. 292-316, in part. 295 ss.