

La clausola penale: funzione deterrente e risarcitoria.

Di Alberto Gallarati

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 26 giugno 2002, n. 09295, – NICASTRO *Presidente*–
LUPO *Relatore* – SORRENTINO *P. M.*(conf.) – Fabbrica d'armi Beretta s.p.a. (avv.
Colozza) – Ministero della difesa (Avvocatura Generale dello Stato)

Obbligazioni e contratti – Clausola penale – Funzione – Sanzione per l'inadempimento (c.c. it. 1382).

Obbligazioni e contratti – Clausola penale – Penale per il ritardo nell'adempimento – Manifesta eccessività – Riduzione – Criteri (c.c. it. 1382, 1384).

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

La valutazione relativa all'eccessiva onerosità della clausola penale rientra nei poteri del giudice di merito e deve essere compiuta in riferimento alla sua misura e all'interesse del creditore all'adempimento.

Con atto di citazione del 3 settembre 1991 la Fabbrica d'Armi Beretta S.p.a. conveniva davanti al tribunale di Roma il Ministero della difesa, chiedendo in via principale che fosse dichiarata illegittima l'applicazione della penale di L. 1.111.826.930 per ritardi nella consegna di 2000 mitragliatrici, ed in via subordinata la riduzione della clausola stessa. Tali ritardi, infatti, secondo la società attrice, erano da imputare alla *Fabrique Nationale Herstal S.A.* che, in forza di un contratto di subappalto, aveva per l'appunto provveduto tardivamente alla consegna di alcuni componenti delle armi oggetto della fornitura.

Con sentenza del 14 aprile 1994 il Tribunale adito respingeva le domande attoree.

Quindi, proposto appello nei confronti del suddetto ministero, la Corte d'Appello di Roma confermava – con sentenza depositata il 7 aprile 1997 – la pronuncia di primo grado, ritenendo non manifestamente eccessivo l'importo della

clausola penale applicata nella misura del 10%, in considerazione dell'interesse dell'amministrazione della difesa «ad un conseguimento tempestivo delle armi, assunta la loro natura particolarmente moderna e competitiva».

Avverso tale sentenza la società Beretta proponeva ricorso in Cassazione, denunciando vizi di motivazione in merito al mancato accoglimento della richiesta di riduzione della clausola penale.

Il ricorso veniva rigettato.

Nella sentenza in epigrafe la Suprema Corte si è pronunciata, inserendosi in un *trend* giurisprudenziale piuttosto ampio, su due degli aspetti più discussi in relazione alla clausola penale. Sia in dottrina, sia davanti alle corti, si è infatti riflettuto sulla funzione di tale clausola e sui criteri-guida che il giudice di merito deve tenere presente nell'esercitare quel potere correttivo attribuitogli dall'art.1384 del nostro codice civile.

Con la clausola penale «si conviene che in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione » (art. 1382, 1° comma c.c. it.). Una formulazione simile è rinvenibile nel § 339 del BGB, ove si permette espressamente che la penale possa essere costituita anche da una prestazione non pecuniaria.

In Francia¹, al contrario, l'art.1229 del *code Napoléon*, declama: «*la clause pénale est la compensation des dommages et inté_r_ts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale*», lasciando poco spazio ad un'obbligazione differente dalla *datio pecuniae* in accordo con i principi generali del codice in tema di risarcimento del danno.

La penale produce «un effetto tipico»² (Italia, Francia, Spagna e Germania), secondo cui è dovuta indipendentemente dalla prova del danno (art. 1382, 2° comma c.c. it.), ed un «effetto naturale»³, di «limitare il risarcimento alla prestazione promessa» (art.1382, 1° comma c.c. it.) qualora non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (intendendo per ulteriore quel danno, effettivamente prodottosi ed

¹ Per un'ampia panoramica in tema di clausola penale nel diritto comparato v. SANTARONI, *Spunti comparatistici in tema di clausola penale*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Torino, 1994, p.1059 e segg.

² SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, II, Torino, 1993, 160.

³ SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 160.

accertato, il cui ammontare ecceda i limiti dell' importo dedotto nella clausola). Lo stesso modello – assente nel *code Napoléon* – è adottato nel *codigo civil* spagnolo e nel BGB, ove si subordina la liquidazione del maggior danno alla prova dello stesso⁴.

In tutti i sistemi di *Civil law*, la penale può essere prevista per l'inadempimento o per il ritardo nell'adempimento, ma, unicamente in quest'ultimo caso, se ne consente la cumulabilità con la prestazione oggetto del contratto (art. 1383 c.c. it.; art. 1229 comma 1 *code Napoléon*, § 340 BGB, salvo che la clausola abbia per oggetto, ex § 342 BGB, un'obbligazione non pecuniaria).

Essa ha natura accessoria⁵; è riconducibile, mediante manifestazione di volontà, a tutte o solamente ad alcune delle obbligazioni contrattuali; il suo ammontare è lasciato alla libera determinazione delle parti, il cui accordo incontra un primo limite nella riducibilità ex art.1384 c.c. it. ed un secondo limite nel disposto dell'art.1229 c.c. it., dal quale si deduce l'impossibilità di fissare una somma irrisoria onde poter sfuggire alla responsabilità per dolo o colpa grave⁶. Tale caratteristica comporta che l'invalidità dell'accordo principale travolga anche la clausola ed i suoi effetti, mentre non necessariamente l'invalidità di questa compromette il contratto principale⁷.

⁴ v. FRIGNANI, *Il contratto internazionale*, in *Tratt dir comm. e pub. dell'economia* diretto da F.Galgano, Padova, 1990, 239 e segg.

⁵ v. Cass., 6 novembre 1998, n. 11204, in *Giust. Civ. Mass.* 1998; Cass., 8 aprile 1998, n.3641, in *Giust. Civ. Mass.* 1998; Cass., 10 giugno 1991, n.6561, in *Giust. Civ. Mass.* 1991; Cass., 31 gennaio 1989, n.595 in *Giust. Civ. Mass.* 1989.

⁶ In questo senso v. Cass., 10 luglio 1996, n. 6298, in *Giur it*, 1997, I, 1, 1257; Cass., 3 dicembre 1993 n.12013, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 1247, con nota di G. Corsale; Cass., 2 giugno 1992, n.6716, in *Giust. Civ. Mass.* 1992; In dottrina v. SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 162; V.M.TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 137 e segg., in cui l'Autore sostiene tale tesi facendo notare come il legislatore abbia previsto una fattispecie di clausola penale ed una fattispecie di clausola di esonero (totale o parziale) da responsabilità: «per le due fattispecie sono richiesti due intenti tipici diversi, e sono predisposte conseguenze giuridiche opposte. Se le parti hanno inteso realizzare il risultato proprio della clausola penale, questa non può non essere valida, qualunque possa essere l'ammontare della penale. Se le parti, invece, hanno perseguito uno scopo ulteriore (limitare ad esempio la responsabilità per dolo o colpa grave ovvero per violazioni di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico) la pattuizione urta contro il divieto di cui all'art.1229. Verificandosi quest'ultima ipotesi, però, non vi è dubbio che non siamo in presenza di una semplice clausola penale, ma di una combinazione di negozi, la cui reciproca forza attrattiva non può non portare alla nullità della pattuizione complessiva». In senso contrario v. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 119. L'Autore, sostenendo che la clausola penale non abbia esclusivamente funzione limitativa del risarcimento, afferma a p.121 che le parti «cui è rimessa la determinazione in concreto dell'illecito penale, possono liberamente condizionare l'applicazione della sanzione alternativamente alla colpa o al dolo del debitore».

⁷ In questo senso v. SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 163, ove gli Autori affermano che: «nella prospettiva offerta dal codice la clausola penale accede ad un contratto: lo dice la collocazione sistematica delle norme che stiamo esaminando e lo conferma il riferimento ai "contraenti" (art.1382, 1°co. c.c. it.) (...). Rispetto alla obbligazione contrattuale cui è riferita, la clausola penale ha natura accessoria, non a caso il 1383 parla di "prestazione principale" ed il 1384 di "obbligazione principale". Ne consegue che le vicende della obbligazione principale incidono sulla obbligazione accessoria derivante dalla clausola penale»; GALGANO, *Art. 1382-1384*, in

Nella letteratura giuridica italiana, molto si è discusso e si discute sulla funzione della clausola penale⁸.

Secondo parte della dottrina⁹ la penale ha funzione risarcitoria, in quanto volta alla determinazione di una liquidazione preventiva del danno. Il creditore, sollevato dall'onere di provare il danno e avvantaggiato dalla riduzione dei tempi connessi all'individuazione dell'ammontare dello stesso, vedrebbe così rinforzata la propria posizione giuridica soggettiva.

Tale costruzione è stata tuttavia criticata da coloro i quali¹⁰ ravvisano nella clausola la coesistenza di una duplicità di funzioni: una funzione risarcitoria ed una sanzionatoria. In tal senso vi è chi, sostenendo la parità di peso e di importanza del contributo apportato dalle due funzioni alla pattuizione privata, sottolinea due indici di tale assunto.

Il primo indice va rintracciato nell'esonero della prova del danno previsto dal secondo comma dell'art. 1384 c.c. it., in quanto «suscettibile di essere inteso tanto come esonero dall'onere di provare l'entità del danno subito tanto come irrilevanza del danno»¹¹.

Il secondo si identificerebbe con l'esercizio di quella facoltà allocata alla corte dall'art.1384 c.c. it., che consente la riduzione – *ad aequitatem* – dell'ammontare della clausola. Questo potere correttivo, proprio in quanto guidato dall'equità, non comporta necessariamente una corrispondenza della penale con l'entità del danno effettivamente verificatosi, ma una riconduzione della stessa all'interesse patrimoniale del creditore all'adempimento.

Comm. del cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, 166; MARINI, *La clausola penale*, cit., 81.

⁸ SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 163

⁹ V. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 222; v. anche MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Comm. al Cod. Civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 159 ove l'Autore afferma: « Per corrispondenza sostanziale non si intende l'uguaglianza formale della penale con la sanzione (vera e propria o in senso stretto) del risarcimento, ma si intende la corrispondenza 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')».

¹⁰ DE CUPIS, *Il danno*, Milano 1979, I, 521 e segg.; V.M.TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit. 89 e segg.; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 99 e segg.; GALGANO, *Art. 1382-1384*, cit., 165 e segg. ; MIRABELLI, *Dei Contratti in generale*, in *Commentario del cod. civ.* dell'Utet, Torino, 1980, 343 ; MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 149 e segg.

¹¹ GALGANO, *Art. 1382-1384*, cit., 165.

Altri, ancora, considerano la c.d. «funzione dualistica»¹² da un diverso punto di vista, e, in particolare, ritengono che le due funzioni, «mutuamente esclusive ma congiuntamente esaustive»¹³, siano coniugate in un'unica «obbligazione penale»¹⁴. Quest'ultima, sanzionando l'inosservanza di un comportamento principale contrattualmente dovuto, si concretizza in una prestazione, frutto dell'autonomia privata ovvero di una previsione legislativa (penale legale e penale giudiziale).

Proprio questa tesi sembra essere accolta nella sentenza qui commentata, nella parte in cui la Suprema Corte interpreta la clausola penale nel senso che la «preventiva e convenzionale liquidazione del danno» (funzione risarcitoria) non osterebbe alla sua intrinseca funzione punitiva, secondo la quale «si commina una sanzione per l'inadempimento consistente in una prestazione che il contraente inadempiente dovrà effettuare all'altro indipendentemente dal danno da quest'ultimo sofferto».

Sempre secondo la medesima dottrina, la sanzione – il cui effetto concorre con il risarcimento dei danni ulteriori (solo se quest'ultimo è convenuto) e con il parziale adempimento – è qualificabile come «forfetariamente risarcitoria, nel senso che, in presenza di veri e propri danni, l'ammontare della penale esaurisce la misura del risarcimento che sarebbe stato dovuto dal debitore inadempiente o coesiste solo con il risarcimento del maggior danno»¹⁵. Nel contempo essa è anche «meramente afflittiva»¹⁶, in quanto ugualmente dovuta indipendentemente dalla presenza di veri e propri danni patrimoniali e dall'espressa volontà delle parti di prescindere da ogni previsione risarcitoria.

Dunque alla clausola penale verrebbe così attribuita una valenza sanzionatoria dall'atteggiamento ora punitivo, ora risarcitorio, a seconda dell'intenzione dei contraenti, i quali possono sfruttare un sistema di *default rules* in cui ad una parte imperativa se ne affianca una dispositiva.

Vi sono poi altre due impostazioni.

¹² MAZZARESE, *Clausola penale*, cit, 181 e segg.

¹³ MAZZARESE, *Clausola penale*, cit, 186 ed ivi penultima nota.

¹⁴ MAZZARESE, *Clausola penale*, cit, 186.

¹⁵ MAZZARESE, *Clausola penale*, cit, 187

¹⁶ MAZZARESE, *Clausola penale*, cit, 187

Mentre la prima¹⁷, nella duplicità delle funzioni attribuite alla clausola penale, ritiene prevalente, nonché presente in ogni caso, l'aspetto risarcitorio, la seconda¹⁸ pone l'accento sul ruolo sanzionatorio della clausola stessa. Esisterebbero così una «clausola penale pura» – tipizzata nel codice e caratterizzata dall'elemento punitivo¹⁹ – e una «clausola penale non pura». Nell'art.1382 c.c. it., infatti, nulla si dice nel senso di una compensazione del danno, mentre si dichiara che la clausola penale ha l'effetto di «limitare il risarcimento alla prestazione promessa»²⁰, indipendentemente dall'esistenza e dalla misura del danno stesso. Non sarebbe, inoltre, corretto parlare di liquidazione preventiva del danno «quando ancora la relativa obbligazione è astratta e potenziale, e la liquidazione non è né impegnativa per le parti né definitiva»²¹. Resterebbe comunque operante la funzione di coazione indiretta – e quindi punitiva – sul soggetto cui è allocata l'obbligazione principale di adempiere²².

Questo è l'unico tipo di clausola penale, che può però arricchirsi di un contenuto ulteriore, mediante il quale le parti – con dichiarazione espressa – attribuiscono alla clausola un elemento risarcitorio, la cui esistenza comporta la genesi del modello di penale «non pura»²³. Al creditore sarebbero a questo punto aperte due strade: egli avrà dunque la facoltà di chiedere l'adempimento della prestazione dedotta nella clausola stessa ovvero potrà, in virtù di un'interpretazione analogica dell'art. 1385, 2° comma, c.c. it.²⁴, non avvalersi della penale e utilizzare il regime di *default* previsto dal codice civile in materia di risarcimento del danno.

Vi è poi chi ritiene che la clausola penale abbia funzione esclusivamente sanzionatoria, che permetterebbe di esulare da qualsiasi elemento risarcitorio.

¹⁷ In questo senso v. DE CUPIS, *Il danno*, cit., 521 e segg.

¹⁸ V.M.TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit. 89 e segg.

¹⁹ V.M.TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit. 89 e segg.

²⁰ Art. 1382, 1° comma, c.c. it.

²¹ V.M.TRIMARCHI, voce «Clausola penale», in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 352.

²² V.M.TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 11: «La funzione punitiva ci sembra insopprimibile. Essa ricorre sia nel caso in cui le parti dalla 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».

²³ V.M.TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 11: «La fattispecie della clausola penale è così unica. Se la penale è dovuta a puro e solo titolo di pena ovvero anche a titolo di risarcimento, non interessa perché possa sussistere la clausola penale. In entrambi i casi, ricorre un minimo di elementi essenziali: l'accordo e la funzione punitiva».

²⁴ V.M.TRIMARCHI, voce «Clausola penale», cit., 352.

In tal senso alcuni²⁵ criticano la suesposta tesi di V.M.Trimarchi nella parte in cui quest'ultimo, coniando la clausola penale «non pura», coniuga l'elemento risarcitorio con la funzione punitiva, considerata come imprescindibile e sempre presente funzione di *default*. Le argomentazioni addotte si fondano sull'inconciliabilità di tale funzione risarcitoria, da un lato con l'assenza dell'onere di provare il danno subito, e, dall'altro, con l'applicabilità della clausola stessa indipendentemente dall'effettivo accertamento di un danno. Pertanto «con la clausola penale l'ordinamento offre alle parti il mezzo per predisporre una sanzione dell'inadempimento, diversa da quella (normale) di risarcimento del danno. Al riguardo, anzi, senza peraltro scendere a più specifiche considerazioni, è possibile ritenere che la clausola dia vita ad una pena privata».

Medesima posizione va attribuita a chi²⁶ annovera la penale tra le c.d. «pene private», in quanto caratterizzata da una duplice finalità, di prevenzione e di punizione.

La prima è assicurata dalla “pressione” sul comportamento di una parte per garantire, con maggior forza, l'adempimento dell'obbligazione principale.

La seconda finalità, invece, esisterebbe in quanto non sarebbe incompatibile con l'eventuale riduzione ad opera della corte, il cui intervento, come già riferito, non può che correre entro i binari dell'equità, indipendentemente dalla riconduzione dell'importo dedotto nella clausola ai danni effettivamente subiti.

Secondo tale costruzione, quindi, la possibilità di dichiarare coercibile l'obbligazione di pagamento di una somma superiore ai danni subiti sarebbe spia del «persistente carattere punitivo posseduto dall'obbligazione in questione»²⁷.

Vi è poi l'orientamento – indirettamente ripreso da alcuni²⁸ – di chi²⁹ intravede nella clausola in oggetto una pluralità di funzioni, la cui indiscutibile esistenza rende vano ogni sforzo teso alla ricerca di una funzione tipica.

²⁵ MAGAZZÙ, voce «Clausola Penale», in *Enc.Dir.*, VII, Milano, 1960, 189.

²⁶ In questo senso v. PONZANELLI, voce «Pena privata», in *Enc.giur. Treccani*, XXII, Milano, 1990, 1 e segg.; P.GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 33 e segg.; MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private* a cura di BUSNELLI e SCALFI, Milano, 1985, p.235 e segg.

²⁷ PONZANELLI, voce «Pena privata», cit., 2

²⁸ Come sopra esposto Mazzaresse propone un'impostazione omnicomprensiva delle due funzioni di clausola penale, lasciando neanche poi tanto implicitamente intendere che la funzione varia a seconda delle contingenze. Tale funzione, tuttavia, non potrà che oscillare tra la “punitiva” e la “risarcitoria”.

²⁹ In questo senso v. SACCO-DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 160 e segg.; GORLA, *Il Contratto*, Milano, 1955, 240 e segg.

Le parti allora potranno addivenire ad una pattuizione del genere per:

- 1) creare convenzionalmente una sanzione altrimenti non garantita dall'ordinamento;
- 2) indurre il debitore ad adempiere, prevedendo un risarcimento del danno in misura superiore al danno prevedibile;
- 3) limitare forfetariamente il risarcimento ad una somma prestabilita;
- 4) evitare controversie sulla misura del danno o, comunque, su una parte di esso.

Il che mi pare equivalga ad affermare, in termini economici, che le parti sfruttino uno strumento giuridico messo a loro disposizione dall'ordinamento per:

a) incentivare il debitore all'adempimento mediante l'allocatione, in capo ad esso, di un 'prezzo' da pagare al contraente adempiente, che, riponendo affidamento nel corretto e puntuale adempimento di controparte, non ha concluso il medesimo contratto con altri potenziali contraenti. Tale 'prezzo' potrà essere allocato anche disgiuntamente dal risarcimento del danno, qualora sia fatta salva la risarcibilità del danno ulteriore. In altre parole, l'importo dedotto non sarà dovuto necessariamente anche a titolo risarcitorio (1-2) e la clausola si atteggerà ora a guisa di pena privata, ora in funzione risarcitorio-punitiva³⁰.

In entrambi i casi, affinché vi sia un incentivo reale, l'obbligazione di pagamento o la differente prestazione dedotta nella clausola dovrà prevenire situazioni di inadempimento efficiente³¹. A tal fine sarà necessario che essa corrisponda ad un ammontare superiore sia ai costi che il debitore deve sopportare per adempiere diligentemente, sia al danno prevedibile in conseguenza del suo comportamento

³⁰ All'elemento punitivo potrebbero allora essere imputate:

1. una funzione di 'premio' di quell'assicurazione «sottoscritta dalla parte inadempiente in favore dell'altra» (COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il Mercato delle regole*, Bologna 1999, 332 e segg.) sussistente ogniqualvolta un contraente sia il miglior assicuratore della possibile perdita dell'altro.
2. una funzione di comunicativa di informazioni sull'affidabilità del promittente (COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il Mercato delle regole*, Bologna 1999, 332 e segg.), la cui sottoscrizione di una penale onerosa è indice di affidabilità della prestazione.

³¹ L'inadempimento è efficiente quando il costo prestazione è maggiore del beneficio derivante dall'adempimento.

scorretto. In caso contrario egli, scegliendo il minor ‘prezzo’, sarà disincentivato all’adempimento, essendo per lui più conveniente l’applicazione della penale.

b) limitare l’internalizzazione dei danni in modo predeterminato e forfetario per:

(i) ottenere durante le negoziazioni, in cambio di una somma fissa da pagare indipendentemente dal danno occorso, “concessioni” su altre clausole del contratto (ad esempio la società ALFA si impegna a pagare in caso di inadempimento alla società BETA x Euro dedotti nella clausola penale, ma la società BETA concede un differimento del termine rispetto a quello che intendeva apporre, ovvero si fa carico di spese di avviamento necessarie all’adempimento del contratto ed originariamente allocate alla controparte) (3);

(ii) abbattere, in via potenziale, i costi transattivi di una eventuale controversia davanti ad una corte cui sia rimessa la determinazione del danno (4).

In tal modo:

a) si evita l’applicazione delle tradizionali regole di *default* volte, in materia di risarcimento danni, ad azionare il processo di internalizzazione delle diseconomie patite dal contraente non inadempiente. Il sistema predisposto dal codice, infatti, è affetto da inefficienza nella parte in cui non tutela l’interesse del creditore nei confronti di quel danno considerato non giuridicamente rilevante, ma di prevedibile accadimento in seguito al comportamento scorretto di controparte;

b) si assicura l’internalizzazione di quel danno il cui accertamento o dimostrazione siano difficili, ovvero comportino costi eccessivi per una parte.

A questo punto pare lecito sostenere che la funzione della penale sia configurabile come una variante dell’obiettivo economico che i contraenti intenderanno perseguire durante le negoziazioni del contratto. A supporto di tale tesi può anche essere portata l’autonomia contrattuale di cui le parti possono godere in piena libertà durante le negoziazioni della penale stessa.

Così S sarà la somma dedotta nella clausola, ed O l’obiettivo da perseguire sulla base delle circostanze di fatto (C) che incorniciano la fattispecie contrattuale.

$$S = f(O, C)$$

Risulta così ancor più evidente come sia necessaria un'individuazione della funzione caso per caso.

La funzione più ricorrente – nonché utilizzata nel caso in commento – è quella di assicurare il posizionamento del soggetto adempiente sulla curva di indifferenza d'adempimento del contratto, ovvero sulla curva più vicina a quella su cui si sarebbe collocato qualora il contratto fosse stato adempiuto.

Ciò avviene in via di prevenzione, mediante un sistema di incentivi all'adempimento, ed in via terapeutica, attraverso l'internalizzazione completa di tutte le situazioni di diseconomie³² determinate dal comportamento scorretto di un contraente.

Né si potrebbe sostenere che l'impostazione proposta sia di stampo esclusivamente risarcitorio, in quanto la funzione risarcitoria non agisce in via preventiva, ma solamente in via terapeutica, e, per sua intrinseca natura, non supera l'ammontare del danno prevedibile. La clausola così pattuita indicherà che il contraente nel cui interesse è apposta non ha previsto l'internalizzazione di ulteriori esternalità negative rispetto a tale danno.

I sostenitori della funzione punitiva – cumulata o meno alla risarcitoria – potrebbero obiettare che la funzione qui sopra evidenziata esuli dalla loro costruzione, mentre anche una simile pena privata è tesa ad ottenere il posizionamento della parte adempiente sulla curva più vicina a quella su cui sarebbe stata collocata in conseguenza dell'adempimento.

Considerando l'atteggiamento psicologico delle parti durante la negoziazione, si può infatti affermare che l'apposizione della penale rispecchia l'intenzione di internalizzare una particolare situazione di esternalità negativa – non concretizzantesi in un danno giuridicamente rilevante o meno – di cui una parte si può far carico in seguito all'inadempimento. Il maggior importo – in funzione punitiva – è volto esclusivamente a far fronte a tali situazioni. Infatti, per quanto l'importo della penale

³² Intendendo per situazioni di diseconomie: danni giuridicamente rilevanti, danni non giuridicamente rilevanti, e, più in generale, situazioni negative discendenti dall'inadempimento che comportino comunque un abbassamento su una curva di indifferenza inferiore.

possa essere elevato e superiore al danno effettivamente verificatosi, mi pare difficile poter affermare che il contraente adempiente possa, in seguito alla liquidazione della clausola, trovarsi sulla medesima curva di indifferenza a quella su cui si sarebbe collocato in conseguenza dell'adempimento di controparte, ovvero su una curva superiore. Egli, infatti, potendo scegliere tra il corretto e puntuale adempimento e l'applicazione della clausola opterebbe per la prima soluzione.

Nel caso in cui la penale non venisse corrisposta, "l'assicurazione in via terapeutica" entrerebbe nella sfera dei poteri del giudice di merito in virtù di un'azione giudiziale volta ad ottenere una condanna all'adempimento della clausola.

Il giudice, a questo punto, può esercitare – *ex officio*³³ secondo la regola operativa italiana – la facoltà di riduzione *ad aequitatem* della clausola stessa.

Questa prerogativa è presente in tutti gli ordinamenti continentali, i cui codici, tuttavia, non hanno mancato di rappresentarla in modulazioni e atteggiamenti diversi.

In Francia, dopo anni ispirati al *laissez faire*, nel 1975³⁴ si è permesso al giudice di «*modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou derisoire*»³⁵: «*toute stipulation contraire sera réputé non écrite*»³⁶.

Nel modello proposto dal modello tedesco, invece, occorre coordinare la disciplina del BGB – formulata secondo il medesimo tenore letterale dell'art. 1384 c.c. it. – con le norme del codice di commercio (HGB). La facoltà di riduzione della penale (§ 340 BGB) trova allora un limite nella volontà contrattuale del *Vollkaufmann*³⁷.

A questo punto risulta facile osservare come la possibile riduzione ad equità, incompatibile con l'elemento risarcitorio ma non con quello punitivo, sia senza dubbio interpretabile nella suddetta ottica di funzione 'assicuratrice'.

Il primo criterio, infatti, richiederebbe – come sopra riportato – una riconduzione all'effettivo danno verificatosi.

³³ Cass., 24 settembre 1999, n.10511, *Foro it*, 2000, 1930, secondo cui non sarebbe necessaria un'eccezione del debitore volta alla riduzione della clausola per allocare al giudice tale facoltà.

³⁴ Legge n.75-597 del 9 Luglio 1975. Per un commento approfondito vedi NEGRI, *La legge francese sulla clausola penale*, in «Riv. Dir. Civ.», 1977, 440 segg.

³⁵ Art. 1152, 2° comma, *code Napoléon*.

³⁶ Art. 1152, 2° comma, *code Napoléon*.

³⁷ «imprenditore tenuto ad osservare tutte le norme dello speciale diritto commerciale» dell'HGB (MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., 116). Il giudice tedesco non può esercitare il potere di cui al § 340 BGB nei rapporti tra imprenditori.

Il secondo criterio, implicando una pena tra privati, si concilierebbe con una riduzione intesa nel senso di evitare l'utilizzo della penale in chiave di sopraffazione nei confronti del contraente più debole³⁸.

Infine, la funzione di assicurare il posizionamento del soggetto adempiente sulla curva di indifferenza più vicina a quella su cui si sarebbe collocato qualora il contratto fosse stato adempiuto collima perfettamente con un « *efficiency as equity* »³⁹, secondo la quale il giudice dovrebbe tenere presente – e la riconduzione ad equità non glielo impedisce – ogni “interesse giustificato” del contraente adempiente. Proprio in questo senso si esprime il § 343 del BGB, che appare efficiente anche in virtù del fatto di non richiedere una prova di tale interesse ma una semplice “giustificazione”.

Bisogna inoltre considerare come la regola codicistica italiana chieda alla corte, nell'esercizio del suddetto potere, di valutare l'interesse del creditore al momento della conclusione del contratto⁴⁰.

Tale norma, benché metta in luce la predeterminazione della clausola, non corregge la c.d. ‘razionalità limitata’⁴¹ dei contraenti, i quali, spesse volte, sono impossibilitati a formulare una previsione obbiettiva. Da ciò consegue una regola operativa meno aderente alla realtà economica contrattuale.

E' così dunque possibile giungere alla ricostruzione del ‘modello efficiente’ che, a mio parere, coniuga il modello francese con quello del BGB: al giudice dovrebbe essere permesso di aumentare o ridurre l'importo convenuto⁴², tenendo conto dell'interesse patrimoniale del creditore al momento dell'applicazione della clausola e di ogni suo interesse giustificato⁴³.

L'aumento o la riduzione saranno allora efficienti qualora lascino il contraente – che ha regolarmente adempiuto – quasi indifferente nella scelta tra l'adempimento di controparte e l'applicazione della clausola.

³⁸ V.M.TRIMARCHI, voce «Clausola penale», cit., 353; PONZANELLI, voce «Pena privata», cit., 2.

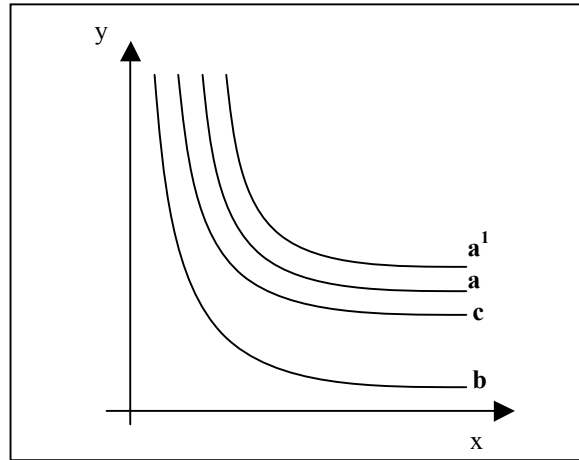
³⁹ MATTEI, *Efficiency as Equity: Further Steps in Comparative Law and Economics*, in «Hastings International and Comparative Law Rev.», 1994, 157 e segg.

⁴⁰ Nello stesso senso MARINI, *Clausola penale*, cit., 132; DE NOVA, voce «Clausola Penale» in *Digesto Civ.*, II, Torino, 1989, 382.

⁴¹ Per un'analisi più approfondita v. HILLMANN, *The Limits of Behavioral Decision Theory in Legal Analysis: The Case of Liquidated Damages*, in «Cornell Law Rev.», 2000.

⁴² Art. 1152, 2° comma, *code Napoléon*.

⁴³ § 343 BGB.



Nel grafico, in seguito al comportamento scorretto di controparte, il contraente, fiducioso di potersi posizionare sulla curva **a¹** in funzione dell'adempimento⁴⁴, si sposta sulla curva **b**. Il sistema codicistico volto all'internalizzazione dei danni, in seguito all'azione di risarcimento, dovrebbe collocare il danneggiato sulla curva **a¹**. Come sopra evidenziato, tuttavia, le deficienze interne alle *default rules* spesso impediscono che ciò avvenga e determinano il posizionamento del soggetto adempiente sulla curva **c**. Le parti – per evitare tali inefficienze – pattuiscono una clausola penale la cui applicazione, sul fondamento di quanto precedentemente esposto, determina il posizionamento del soggetto adempiente sulla curva **a**. Lo spazio **a¹ – a** rappresenta quel *surplus* che nessuna prestazione alternativa a quella principale può compensare; lo spazio **a – c**, invece rappresenta le deficienze di cui sopra, ovvero il *surplus* ottenibile mediante la sottoscrizione della penale.

In diritto inglese, distinguendo⁴⁵ tra risarcimento predeterminato – *liquidated damages* – e clausole penali – *penalty clauses* – non si lascia spazio all' 'assicurazione in via preventiva' nella misura in cui è vietata l'apposizione delle seconde.

I criteri di distinzione – elaborati in *Dunlop Pneumatic Tyres Company, Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*⁴⁶ – sono, tuttavia, di difficile applicazione, in quanto non permettono di tracciare con sicurezza i confini tra le due fattispecie.

Alla corte è allocato il potere di dichiarare nulla una clausola qualora:

1. sia *extravagant and unconscionable in amount*, se comparata con il maggior danno prevedibile;

⁴⁴ Si assume – in aperto contrasto con la concezione aristotelica di 'scambio', secondo cui le parti in seguito ad esso si trovano nella medesima posizione in cui si trovavano precedentemente – che l'adempimento del contratto permetta un collocamento su una curva superiore rispetto a quella di partenza.

⁴⁵ *Chitty on Contracts*, London, 1989, 1170 e segg.; Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, 443 e segg.

⁴⁶ [1915] A.C. 6, 10

2. l'ammontare dedotto sia di gran lunga maggiore dell'obbligazione pecuniaria principale.

Si presume, inoltre, la fattispecie illecita nel caso in cui si ricollegli ad un'unica somma da pagare un insieme di atti determinanti l'inadempimento, alcuni dei quali possano ragionevolmente cagionare danni irrilevanti.

Infine, non osta a considerare una clausola come *liquidated damages* l'impossibilità di effettiva stima dei danni al tempo della conclusione dell'accordo.

Il modello inglese, recepito anche nello Uniform Commercial Code⁴⁷, provoca una situazione di incertezza circa la validità delle clausole penali. In questo modo si incoraggiano comportamenti opportunistici del debitore, il quale, sperando nella declaratoria di nullità, sarà incentivato all'inadempimento prima ed all'azione giudiziale poi, indipendentemente dai costi transattivi che essa comporta.

Nei sistemi di *Civil law*, al contrario, il contraente è a conoscenza del fatto di poter ottenere al massimo una diminuzione dell'importo dedotto nella clausola, e, di conseguenza, egli sarà meno incentivato ad inoltrare domande pretestuose alle corti.

Nel 'modello efficiente', infine, le parti, apprendendo della facoltà di aumento e diminuzione allocata al giudice, valuteranno con maggior ponderatezza l'eventualità di promuovere un giudizio sulla penale, nel timore che alla richiesta di un aumento corrisponda una riduzione e viceversa⁴⁸. In questo modo:

1. da un lato si disincentivano gli attori del contratto ad adire pretestuosamente le corti. Essi, infatti, in virtù dei possibili aumento/diminuzione, terranno anche in maggior conto che «*the real world is no Coaseland*»⁴⁹;
2. dall'altro ad una domanda non pretestuosa potrà seguire l'internalizzazione di quel danno non previsto a causa dell'impossibilità effettiva di prevederlo, ovvero l'adeguamento della clausola ai danni ed ai giustificati motivi.

Alberto Gallarati

⁴⁷ Sect. 2-718.

⁴⁸ Per una diversa ricostruzione del 'modello efficiente' in tema di clausola penale v. MATTEI, *Analisi economica e comparata delle clausole penali nel diritto dei contratti*, in «Riv. crit. Dir. Priv.», 1996, 603 e segg.

⁴⁹ ACKERMAN, *Reconstructing American Law*, Cambridge, 1983, 55.

