

NUMERO 3 - 2016

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

ENRICO MOSCATI

Note minime su pena e colpa nel diritto privato



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	440
GIOVANNI D'AMICO	
<i>Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)</i>	443
FRANCESCO MACARIO	
<i>Genesi, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica</i>	509
ENRICO MOSCATI	
<i>Note minime su pena e colpa nel diritto privato</i>	547
ROBERTA TISCINI	
<i>Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica</i>	571
ROSARIA GIORDANO	
<i>Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve</i>	605
ROBERTO MARTINO	
<i>Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale</i>	623

Note minime su pena e colpa nel diritto privato

Il saggio si propone, partendo dal diverso rapporto tra colpa e pena nel diritto privato, di verificare l'effettività del concetto di pena privata nel sistema. In primo luogo, si distingue la pena privata dai rimedi di tipo risarcitorio. Si sottolinea, poi, che non si rinviene un modello unitario di pena privata, che, anzi, per consolidata tradizione è caratterizzata da una tripartizione. Dopo aver ricordato alcuni modelli di pena privata presenti in altre esperienze giuridiche, si evidenziano le incertezze della dottrina anche sulla struttura dell'atto e sul contenuto delle pene private. Quanto alla fonte del potere punitivo dei privati, trattasi degli stessi limiti dell'autonomia privata. Di fronte ai dubbi della dottrina, si conclude che forse non esiste una nozione unitaria di pena privata che appare piuttosto una categoria descrittiva e classificatoria di fenomeni eterogenei.

The essay aims, starting from the different relationship between guilt and punishment in private law, to verify the effectiveness of the concept of private penalty in the system. First, it is distinguished by the private penalty remedies compensatory. It is noted, then, that do not find a private penalty unitary model, which, indeed, for established tradition is characterized by a tripartition. After recalling some private pain models in other legal experiences, they highlight the uncertainties of the doctrine of the act also on the structure and content of private penalties. As to the source of the punitive power of the

private, it is the same issue of private autonomy limits. Faced with questions of doctrine, it is concluded that perhaps there is no unified notion of private pain that seems rather a descriptive and classificatory category of heterogeneous phenomena.

Sommario: 1. Colpa e pena nel diritto privato. La pena privata. Riserve e consensi in dottrina. – 2. Pena privata e risarcimento del danno. – 3. Pluralità di modelli di pena privata. Le pene private negoziali. Il problema della struttura dell'atto. – 4. Pene private legali e pene private giudiziali. – 5. Modelli di diritto comparato. L'*astreinte* di diritto francese e i danni punitivi o esemplari angloamericani. – 6. Il problema di fondo della pena privata. Ancora sul rapporto con i rimedi risarcitori. Eterogeneità del contenuto sanzionatorio delle pene private. – 7. Indici normativi per un potere punitivo dei privati. Pena privata e autonomia privata. – 8. Rilievi conclusivi. Luci e ombre nel concetto di pena privata. Il ruolo delle pene giudiziali.

1. - Colpa e pena nel diritto privato. La pena privata. Riserve e consensi in dottrina.

548

Il rapporto tra colpa e pena presenta nel diritto privato un'impostazione alquanto diversa da quella che ha in altre discipline giuridiche. Infatti, come si ritiene da larga parte della dottrina, il diritto privato è una branca dell'ordinamento che ha un contenuto tipicamente patrimoniale sicché il legislatore civilistico non riserva molta attenzione ad aspetti che si riferiscono alla sfera interiore del soggetto. Sono rare le prese di posizione contrarie da parte degli interpreti. Tra queste merita di essere ricordato l'auspicio di un giurista eclettico e arguto come Francesco Carnelutti il quale già nel lontano 1912 si era chiesto se il riconoscimento legislativo di determinati fenomeni giuridici fosse un indice della tendenza del sistema verso «un processo di moralizzazione del diritto»¹.

¹ Questa tendenza dell'ordinamento troverebbe una conferma nella presenza nel sistema della figura dell'obbligazione naturale. Infatti, nel diverso contesto della responsabilità extracontrattuale l'A. si chiedeva se «la violazione di una norma morale (...) non faccia sorgere almeno la obbligazione naturale, cioè il *debitum senza obligatio!*» (sono parole di F. CARNELUTTI, *Questioni in tema di obbligazione naturale e di pagamento*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, 693 ss., *ivi* alla p. 694). Questo spunto di F. Carnelutti ha avuto un certo seguito nella dottrina successiva al codice vigente: così, ad es., G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 35-36, 241 e

Nel diritto privato il rapporto tra colpa e pena finisce per concentrarsi sulla problematica della pena privata. Si tratta di una categoria controversa sulla cui utilità a livello di sistema si è detto tutto e il contrario di tutto. Da un lato, vi sono quegli interpreti che negano alla pena privata qualsiasi dignità di categoria giuridica in quanto nel sistema del diritto privato non vi sarebbe alcuno spazio per una figura che si presenti con quelle medesime caratteristiche che la pena ha nel settore del diritto penale². Per converso, altra parte della dottrina ritiene che la categoria della pena privata possa avere un suo spazio nel sistema perché la figura della pena privata vale a spiegare la presenza di una serie di istituti giuridici che altrimenti non avrebbero alcuna giustificazione³. Della pena privata si è fatto un gran parlare soprattutto all'inizio degli anni Ottanta e questo

242, il quale se ne è servito per spiegare i rapporti tra i doveri morali o sociali e la normativa dello Stato. Più di recente, ha parlato di un «processo di moralizzazione del diritto» P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 357 ss., *ivi* alla p. 362, nota 16, a sostegno della sua tesi dell'ammissibilità di un'interpretazione "abrogante" quando il dovere morale o sociale non sia più considerato tale nella coscienza collettiva. Da ultimo, lo spunto di F. Carnelutti è ricordato nel ns. *Le obbligazioni naturali tra diritto positivo e realtà sociale*, *ivi*, 1991, I, 177 ss., *ivi* alla p. 183, testo e nota 29.

² Questo atteggiamento di sfavore nei confronti delle pene private, che risale a un saggio di R. JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, in *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, 1879, 155 ss., *ivi* alla p. 227, nel quale si sottolineava che il rifiuto della pena privata è la conseguenza dell'evoluzione della coscienza sociale e delle trasformazioni del diritto moderno, ha avuto una larga eco anche in buona parte della successiva dottrina italiana e straniera (ad es., A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale [danno morale]*, Milano, 1901, 65-66; L. RIFERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle* (thèse), Paris, 1933, 81-82; B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main-Berlin, 1961, 9 e 90 ss.; H., L., J. MAZEAUD-F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, III, t. I, Paris, 1978, 703; A. DE CUPIS, *Le antinomie del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 477 ss., *ivi* alla p. 482). Analoghe perplessità emergono anche a livello manualistico a proposito del tentativo di introdurre nel nostro ordinamento la figura dell'*astreinte* a tutela dell'intimità della vita privata: in un manuale assai noto si sottolinea ancora nell'edizione più recente l'anacronismo delle pene private "conosciute in età primitive e rinnegate dalla cultura moderna" (così P. RESCIGNO, G.P. CIRILLO (a cura di), *Manuale di diritto privato*, s.l., ma Cesano Boscone, 2000, 194), ove l'A. ribadisce il giudizio critico già manifestato in un suo precedente scritto: v. voce *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, s.d., ma Milano, 1979, 103 ss., *ivi* alla p. 210.

³ Di qui, il tentativo di un rilancio della figura della pena privata che secondo una parte degli interpreti sarebbe in grado di superare il disagio della dottrina di fronte alla disciplina di taluni settori della responsabilità civile. Su questo possibile itinerario della pena privata insiste particolarmente P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, in *Pol. dir.*, 1979, 149 ss., *ivi* alla p. 153. Di questa tendenza al rilancio della pena privata è sintomatico lo stesso titolo di un saggio di F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?», in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 26 ss. (ripubblicato nel volume collettaneo F.D. BUSNELLI-G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985, 3 ss.).*

notevole interesse della dottrina dell'epoca ha avuto il suo culmine in un importante Convegno organizzato dalla Scuola Pisana unitamente all'Università Bocconi e dedicato in modo specifico alle "pene private"⁴. Poi stranamente l'argomento ha attirato sempre meno l'attenzione degli interpreti e sulle pene private è quasi calato il sipario. Successivamente se ne è parlato solo episodicamente e in prevalenza in riferimento alle possibili funzioni della clausola penale⁵. Una ripresa di interesse si è avuta con l'introduzione della figura della responsabilità per danno ambientale con la legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente (art. 18, legge 8 luglio 1986, n. 349) che ha dato luogo a un vivace dibattito sulla specialità di questo tipo di responsabilità a cavallo tra risarcimento del danno e pena privata⁶.

⁴ E questo è il titolo del già ricordato volume che raccoglie gli atti del Convegno pisano del 30-31 marzo 1984 (v. *Le pene private*, cit. alla nota prec.).

⁵ Un recupero della funzione della clausola penale in termini di «determinazione anticipata (...) e convenzionale di una sanzione a struttura obbligatoria quale conseguenza dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento dell'obbligazione» è prospettato da A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 36. Secondo questo A. l'obbligazione penale non sarebbe altro che una sanzione civile tipica e alternativa a quella risarcitoria, sganciata dal danno arrecato al creditore e che «presenta precise e spiccate analogie con l'istituto della pena» (*ivi*, 37). Nella dottrina successiva una particolare attenzione alla funzione penale della clausola penale anche al di fuori dell'area dell'inadempimento o del ritardo è dedicata da S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, Padova, 1990, p. 156 ss.; *Id.*, *Clausola penale*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Artt. 1382-1384, s.l., ma Milano, 1999, *sub* Art. 1382, 63-65.

⁶ Su questo rilancio della pena privata per la tutela del danno ambientale v. soprattutto F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 667. La dottrina dell'epoca non aveva mancato di rilevare che nel caso della responsabilità per danno ambientale la legge del 1986 aveva introdotto una singolare figura di responsabilità in cui il profilo sanzionatorio prevaleva nettamente su quello riparatorio (ancora F.D. BUSNELLI, *cit.*, 667-668) dal momento che, oltre «al costo necessario per il ripristino», nella determinazione del danno si doveva tener conto della «gravità della colpa individuale» e del «profitto conseguito dal trasgressore», dando luogo a una commistione di criteri eterogenei, su cui era decisamente critico P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile per danni all'ambiente: prime riflessioni*, in *Amministrazione*, 1987, 195-196. L'opinione dominante riteneva che il legislatore del 1986 avesse configurato il danno ambientale come un danno "pubblico" in quanto nella specie la responsabilità era modellata sulla responsabilità patrimoniale dei pubblici dipendenti avanti alla Corte dei Conti. Il risultato, per dirla con uno studioso della responsabilità civile, «assomiglia a una sorta di mostruoso incrocio tra categorie del diritto pubblico e categorie del diritto privato» (sono parole di F.D. BUSNELLI, *cit.*, 669) che vanificava qualsiasi sforzo dell'interprete di inquadrare la responsabilità per danno ambientale in una delle categorie tradizionali. Per ulteriori considerazioni ci permettiamo di rinviare al ns. *Il danno ambientale tra risarcimento e pena privata*, in *Quadrimestre*, 1991, 170 ss., *ivi* alle pp. 176-179. Come è noto, l'art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, è stato abrogato dall'art. 318 del Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni); è altrettanto noto che la norma corrispondente del Codice dell'ambiente, l'art. 311, non contiene più alcun riferimento alla «gravità della colpa individuale» e del «profitto conseguito dal trasgressore», limitandosi a disporre in caso di «concorso nello stesso

2. - Pena privata e risarcimento del danno.

La principale ragione per la quale si ritiene che la pena privata, o per meglio dire la pena *tout court*, sia un “corpo estraneo” al sistema del diritto privato ⁷ è una motivazione dovuta a ragioni di carattere prevalentemente di politica del diritto. Si è detto, infatti, che la pena nei suoi due aspetti tipici della prevenzione e della sanzione, che sono immanenti alla pena nel diritto penale, non può avere alcuno spazio nel diritto privato al quale non interessa affatto una punizione calibrata sul comportamento del colpevole ⁽⁸⁾. Questo disinteresse del legislatore e degli interpreti sarebbe una conseguenza della trasformazione della natura giuridica del rimedio risarcitorio il quale nel diritto moderno si è affrancato definitivamente da quell’aspetto vagamente sanzionatorio che aveva nel diritto romano ⁹. Ne consegue che, per continuare ad avere una sua ragion d’essere a livello di sistema nel diritto moderno, è necessario che la pena privata sia configurabile alla stregua di un rimedio diverso dal risarcimento del danno. In altri termini, quindi, la pena privata per avere un suo spazio dovrebbe portare a superare l’equazione tra entità del danno e ammontare del risarcimento, ma poi si deve giustificare sulla base di quale principio si possa infliggere al responsabile di un comportamento antigiuridico una sanzione superiore al danno effettivamente causato. Infatti, nel risarci-

evento di danno» che «ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale» (come modificato dall’art. 5-bis del d.l. 25 settembre 2009, n. 135).

⁷ Questa espressione (“Fremdkörper”) è dovuta a W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, 390, testo e nota 81, che se ne era servito per opporsi alla tesi della dottrina tedesca dominante che il § 817 BGB sarebbe una norma di carattere penale. La stessa espressione è stata recepita anche da una parte della dottrina italiana (tra gli altri v. E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell’autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, 901).

⁸ Rileva A. D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, Milano, 1988, 133-138 e 234, che la colpa non costituisce un requisito immanente alla pena privata (“La necessità della colpa non pare... requisito indispensabile per configurare una sanzione di indole e derivazione privatistica”: *ivi*, 234).

⁹ Come ricordava all’epoca del codice civile del 1865 A. MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*, cit., 67. Questa evoluzione è ben presente alla dottrina più recente: v., ad es., A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, 319 ss., *ivi* alla p. 320; sul punto v. anche il ns. voce *Pena (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXII, s.d., ma Milano, 1982, 770 ss., *ivi* alla p. 772. Sulla trasformazione della natura e delle funzioni del risarcimento del danno v. anche le preziose notazioni degli storici del diritto tra i quali: HER. LANGE, *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster-Köln, 1955, 129 ss. e 151 ss.; B. ALBANESE, voce *Illecito (storia)*, in *Enc. dir.*, XX, s.d., ma Milano, 1970, 50 ss., *ivi* alla p. 85 ss.

mento del danno, come è noto, la responsabilità è commisurata all'entità del danno subito dal danneggiato, nel senso che, se il danno imputabile ammonta a 100, il responsabile risponde per 100. In definitiva, per porsi come un rimedio alternativo al risarcimento del danno, la pena privata deve risolversi in una sanzione a carico del responsabile in misura superiore all'ammontare del danno¹⁰ e commisurata alla gravità del comportamento del colpevole. Un ulteriore argomento contro la configurabilità della pena privata sarebbe la presenza nel sistema di un diffuso disfavore legislativo per istituti caratterizzati da una colorazione vagamente sanzionatoria e a conferma di ciò si fa l'esempio della clausola penale (art. 1382 ss. c.c.) e in particolar modo dell'attribuzione al giudice del potere di ridurre la penale pattuita dalle parti quando il suo ammontare risulti manifestamente eccessivo oppure quando «l'obbligazione principale è stata eseguita in parte» (art. 1384 c.c.)¹¹.

3. - Pluralità di modelli di pena privata. Le pene private negoziali. Il problema della struttura dell'atto.

Un'ulteriore difficoltà, che si incontra nella ricostruzione della pena privata alla stregua di un'autonoma categoria giuridica, è dovuta al fatto che non esiste un unico modello di pena privata: gli stessi fautori più convinti di questa figura hanno identificato tre tipi di pene private, le pene private negoziali, le pene private legali e quelle giudiziali¹². Lo stesso istituto che

¹⁰ Poiché la pena privata è sganciata dall'ammontare effettivo del danno, il danneggiato viene ad arricchirsi nei confronti del responsabile del danno in quanto consegue un vantaggio che per l'eccedenza rispetto al danno subito non gli competerebbe attraverso i rimedi risarcitori. Questa conseguenza del meccanismo della pena privata è fortemente avvertito soprattutto nella dottrina francese (v., tra gli altri, L. RIPERT, *La réparation du préjudice*, cit., 79; H., L., J. MAZEAUD-F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, cit., III, t. 1, 707) ove si è detto che la situazione di vantaggio in cui viene a trovarsi il danneggiato che si avvalga dello strumento della pena privata costituisce addirittura una violazione del dogma dell'uguaglianza reciproca tra i soggetti privati («de l'égalité entre les hommes»: così P. ESMEIN, *Peine ou réparation*, in *Droit privé. Propriété industrielle, littéraire, artistique. Mélanges offerts à P. Roubier*, II, Paris, 1961, 37).

¹¹ In questo senso specialmente A. DE CUPIS, *Tradizione e rinnovamento nella responsabilità civile*, cit., 230. L'A. in un successivo lavoro specifica che il potere riduttivo del giudice si risolverebbe in un semplice "correttivo" nell'ipotesi in cui «è superata la funzione risarcitoria e subentra la funzione penale» (v. *Sulla riduzione della penale*, in *Giust. civ.*, 1983, II, 236).

¹² Questa tripartizione nell'ambito delle pene private era stata accolta in dottrina già all'epoca del codice civile del 1865: v., ad es., F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, in *Riv. dir. comm.*,

costituisce il modello delle pene negoziali, e qui si allude ovviamente alla clausola penale, dà luogo a molte incertezze tra gli interpreti a cominciare dalla sua stessa funzione: si discute, infatti, se la funzione penale sia immanente allo stesso *nomen iuris* dell'istituto¹³ ovvero se, nonostante la denominazione legislativa, si tratti più semplicemente di uno strumento finalizzato alla liquidazione forfetaria e preventiva del danno¹⁴. Per di più, la clausola penale non è l'unico possibile modello di pena negoziale. Non è un caso che una parte della dottrina ricordi nel catalogo delle pene negoziali accanto alla clausola penale le disposizioni testamentarie a titolo

1929, I, 638 ss., *ivi* alla p. 654. La stessa tripartizione continua a essere familiare alla nostra dottrina anche dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice civile: v., per tutti, V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, 162; A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 52; S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, cit., 18 ss.; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 305 ss.

¹³ Nella dottrina *ex professo* meno recente, ma comunque successiva al codice civile del 1942, si è parlato di una "causa punitiva" della clausola penale: così V.M. TRIMARCHI, cit. alla nota prec., 11 ss., 82-83 e 142 ss., *ivi* alle pp. 152-153. Per la funzione penale della clausola propendono anche A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, s.d., ma Milano, 1960, 186 ss., *ivi* alla p. 189; A. MARINI, cit. alla nota prec., 34 ss., *ivi* alla p. 36).

¹⁴ Questa tesi, infatti, risale addirittura alla dottrina anteriore alla codificazione francese ed è dovuta a R.J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni* (trad. it.), II, Napoli, 1832, n. 342, 45. La tesi di R.J. Pothier è stata ripresa dalla dottrina francese all'inizio del Novecento che ne ha dato una compiuta formulazione (v., ad es., C.A. AUBRY-G. CH. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, IV, Paris, 1902, § 309, 189; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1909, n. 253, 93). Questa funzione della clausola penale era stata accolta all'epoca del codice civile del 1865 anche da quegli autori che propendevano per una duplice funzione, di coazione e risarcitoria, della clausola penale (tra gli altri v. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, 610 e 622-623; L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, II, Napoli, 1934, 116). Il codice civile del 1942 sembra avere accolto la tesi di una funzione unitaria della clausola penale, che sarebbe quella risarcitoria anziché quella penale, almeno stando a quanto risulta da un passo della *Relazione al Codice. Libro delle obbligazioni*, Roma, 1941, n. 95, 32 («il valore giuridico dato alla clausola penale [...] è quello di limitare il danno») che però sembra contraddetto da successivi passi della stessa Relazione ove si accenna ad una «funzione coercitiva (...) indirettamente esercitata dalla penale» e ad una «coazione all'adempimento» che discende dall'obbligo di risarcimento «di cui la clausola agevola l'esecuzione (...) evitando la prova del danno». Di fronte a queste ambiguità della Relazione non può destare meraviglia che tutt'ora anche nella manualistica si continui a parlare di «un carattere sanzionatorio» della clausola penale che si aggiunge a quello «risarcitorio» (così A. TRABUCCHI, G. TRABUCCHI (a cura di), *Istituzioni di diritto civile*, s.d., ma Padova, 2013, 833). La tesi della funzione di liquidazione preventiva del danno continua ad avere larga eco in dottrina (v., per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in G. GROSSO-F. SANTORO PASSARELLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, s.d., ma Milano, 1972, 150-151), e in giurisprudenza. Per una decisa critica alla tesi della funzione afflittiva della clausola penale v. D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novattiva e principio di equità*, s.d., ma Napoli, 2010, 83-117, il quale sottolinea a p. 85 che la funzione di liquidazione preventiva del danno «risulta (...) la più lineare».

di pena¹⁵. Un'ipotesi del genere ricorre quando, ad esempio, il testatore, nel disporre a favore di un determinato soggetto a titolo di eredità o di legato, subordini la definitività dell'attribuzione patrimoniale all'adempimento di un obbligo stabilendo che in caso di inadempimento da parte del beneficiario la disposizione testamentaria debba considerarsi caducata¹⁶. Di fronte alle disposizioni testamentarie a titolo di pena il timore degli interpreti è quello che una generalizzazione delle pene private in materia testamentaria possa risolversi in uno strumento per eludere l'applicazione di norme imperative¹⁷ quali potrebbero essere quelle poste a tutela dei legittimari. Si pensi, ad esempio, a una disposizione testamentaria che prevedesse l'esclusione dall'eredità del legittimario che non abbia ottemperato alla volontà del testatore¹⁸.

Un ulteriore problema che si pone per le pene negoziali è quello di individuarne la fonte. Certamente, in presenza di una clausola penale non

¹⁵ Denominate anche "clausole penali testamentarie". Si tratta di quelle disposizioni testamentarie attraverso le quali «il testatore si propone di esercitare una pressione psicologica sull'erede (...) o sul legatario, per indurli all'adempimento di una particolare volontà (...), dietro comminatoria (...) di un determinato svantaggio patrimoniale, di una determinata pena (...)». È questa testualmente la definizione proposta da M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 331, che è ricordata da larga parte della dottrina, compresa quella contraria all'applicabilità della clausola penale al testamento (ad es., A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 94).

¹⁶ Un caso del genere ricorre quando il testatore abbia previsto la caducazione dell'istituzione di erede o del legato in caso di inadempimento del *modus* (questo esempio è di M. ANDREOLI, cit. alla nota prec., 334). Altro esempio anch'esso prospettato è quello di imporre all'erede o al legatario inadempiente l'obbligo di eseguire una determinata prestazione a favore di un soggetto diverso dal beneficiario del *modus*. In tal caso si avrebbe una disposizione testamentaria a titolo di pena che consiste in un legato condizionato sospensivamente all'inadempimento del *modus* (così A.D. CANDIAN, *Testamento e pena civile*, in *Studi e ricerche. Fac. Economia e commercio - Univ. Parma*, 1984, 303 ss., *ivi* alla p. 315; ID., *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 204-205). Per una parte della dottrina il caso di specie sarebbe l'unica vera pena testamentaria (in questo senso A. MARINI, *loc. ult. cit.*). Per ulteriori indicazioni sulle pene testamentarie ci permettiamo di rinviare al ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 775.

¹⁷ È questo il caso delle disposizioni testamentarie negative che possono incidere sul contenuto stesso del testamento, come accade nel caso di una clausola di diseredazione. Trattandosi di una disposizione testamentaria atipica, in quanto non attributiva di beni, è necessario valutarne la meritevolezza dell'interesse ai sensi del secondo comma dell'art. 1322 c.c. (in questo senso M. BIN, *La diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*, Torino, 1966, 203 ss., *ivi* alle pp. 254 e 275 ss.).

¹⁸ Si tratta di un'opinione che risale alla dottrina francese meno recente (v., per tutti, F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XI, Bruxelles-Paris, 1874, n. 479, 624-625). Del pari, sarebbe inammissibile una pena testamentaria diretta a impedire l'impugnazione del testamento per vizi di forma o per incapacità del testatore: Su quest'ultimo punto si rinvia al ns. voce *Pena (dir. priv.)*, loc. ult. cit., ove alla nota 50 ulteriori riferimenti di dottrina italiana e straniera.

vi è dubbio che la pena negoziale abbia la sua fonte nell'autonomia delle parti, mentre invece nel caso delle disposizioni testamentarie a titolo di pena la fonte è costituita dall'autonomia privata del testatore. Qui si tratta di verificare se la diversa struttura della fonte (bilaterale o unilaterale) sia di ostacolo alla riconduzione delle due figure ad una categoria giuridica unitaria¹⁹. Il problema della fonte si pone anche e soprattutto per le cc.dd. pene delle associazioni e per le sanzioni disciplinari, che buona parte della dottrina italiana e straniera tende a spiegare in termini contrattuali²⁰. Quanto alle pene delle associazioni (le cc.dd. pene endoassocie), si è detto che la fonte della potestà punitiva nei confronti degli associati an-

¹⁹ Per una parte della dottrina dalla tipicità della clausola penale, quale schema negoziale essenzialmente bilaterale, discende l'inammissibilità delle disposizioni testamentarie a titolo di pena (così A. MARINI, *La clausola penale*, cit., 94). In secondo luogo, la collocazione della clausola penale nel Titolo II (*Dei contratti in generale*) del Libro delle obbligazioni sarebbe la prova più eloquente che «di clausola il legislatore parla (...) con riferimento esclusivo al contratto» (testualmente C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, s.d., ma Milano, 1960, 184). Altra parte della dottrina è però di contrario avviso in quanto la diversità di struttura non eliminerebbe «i sicuri punti di contatto» tra clausola penale e pene testamentarie: in questo senso V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 162; A.D. CANDIAN, *Testamento e pena civile*, cit., 315-316; Id., *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 235 ss. Altri ancora ritengono che la struttura unilaterale della penale testamentaria comporterebbe addirittura un'accentuazione della colorazione sanzionatoria rispetto alla clausola penale (v. M. ANDREOLI, *Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, cit., 333).

²⁰ La tesi contrattualistica ha indotto la dottrina tedesca ad abbandonare il termine di «pena privata» (*Privatstrafe*) familiare in Germania agli storici del diritto (tra gli autori più recenti risulta utilizzato dal solo H. STOLL, *Schadenersatz und Strafe*, in *Jus privatum gentium. Festschrift für M. Rheinstein*, II, Tübingen, 1969, 569 ss., *ivi* alle pp. 570-573) e a preferirgli quello, ritenuto meno compromettente, di «pena contrattuale» (*Vertragsstrafe*), con la conseguenza di far coincidere la pena «privata» con la pena «convenzionale» (sul punto significative le motivazioni che hanno indotto E. BÖTTICHER, *Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle*, in *Zeit. für Arbeitsrecht*, 1970, 3 ss., *ivi* alle pp. 3-6, ad abbandonare il termine tradizionale di *Privatstrafe*). È vero che per le sanzioni disciplinari e per le pene delle associazioni si parla rispettivamente di *Betriebsstrafe* e *Vereinsstrafe* (v., ad es., il saggio di E. BÖTTICHER, cit., 4), ma è altrettanto vero che anche questi altri due tipi di pena privata sono concordemente riportati nell'area della clausola penale come risulta dal titolo del saggio e dalle considerazioni di H. WEITNAUER, *Vereinsstrafe, Vertragsstrafe und Betriebsstrafe*, in *Festschrift für R. Reinhardt*, Köln-Marienburg, 1972, 179. Per la tesi contrattualistica delle pene delle associazioni e delle sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro v. ancora H. WEITNAUER, cit., 186-189 e 194. Nella dottrina tedesca alla tesi contrattualistica si contrappone quella «istituzionale» secondo la quale il potere sanzionatorio è un carattere immanente a ogni gruppo organizzato (in questo senso, con riguardo al fondamento delle pene delle associazioni, v. U. MEYER-CORDING, *Die Vereinsstrafe*, Tübingen, 1957, 53 ss., *ivi* alle pp. 62 e 70 ss.). Nella dottrina italiana la tesi contrattualistica è seguita da numerosi autori tra i quali v. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 35 ss., *ivi* alla p. 38 (con riguardo al fondamento delle sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro). Per ulteriori indicazioni ci permettiamo di rinviare ai ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 775-778; *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 511 ss., *ivi* alle pp. 533-536.

drebbe ravvisata negli accordi interni tra gli stessi²¹; per converso, quando si tratti di sanzioni disciplinari, la fonte della potestà sanzionatoria dell'imprenditore andrebbe cercata nel contratto collettivo di lavoro, in conformità dell'art. 2106 c.c.²².

4. - Pene private legali e pene private giudiziali.

Ancora più variegato ed eterogeneo si presenta il panorama delle pene legali e di quelle giudiziali. Senza avere la pretesa di un'elencazione esaustiva, è possibile fare qualche esempio. Secondo una parte della dottrina l'indegnità, cioè l'esclusione del chiamato dalla successione quando sia responsabile di uno dei comportamenti previsti dall'art. 463 c.c., sarebbe

²¹ Questa soluzione è sostenuta in una serie di scritti soprattutto da M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, 316-318; ID., *Gli enti "di fatto"*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Persone e famiglia*, I, s.d., ma Torino, 1982, 302; ID., *Le "Pene private" nelle associazioni*, nel volume collettaneo *Le pene private*, cit. alla nota 3, 189 ss., *ivi* alla p. 190. La stessa tesi è accolta anche da larga parte della dottrina tedesca (in aggiunta alla maggior parte degli AA. cit. alla nota prec. v. W. HADDING, *Korporationsrechtliche oder rechtsgeschäftliche Grundlagen des Vereinsrechts?*, in *Festschrift für R. Fischer*, Berlin-New York, 1979, 165 ss., *ivi* alla p. 226).

²² Una parte della dottrina insiste particolarmente sul fatto che la contrattazione collettiva deve essere la fonte esclusiva delle sanzioni disciplinari, in quanto il contratto individuale di lavoro varrebbe a tutelare solo in senso formale il rispetto del principio di uguaglianza reciproca nel rapporto tra datore e prestatore di lavoro (così C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 35 ss., *ivi* alla p. 38). Infatti, la natura convenzionale che si tende a riconoscere alle sanzioni disciplinari non sarebbe in contrasto con la funzione sanzionatoria che si attribuisce almeno alle sanzioni cc.dd. conservative del rapporto di lavoro, quali le multe, l'ammonizione o la censura. La soluzione è tuttavia controversa per il licenziamento c.d. disciplinare che per alcuni autori andrebbe inquadrato tra i rimedi di diritto comune previsti a tutela del rapporto di lavoro (è la tesi di F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1978, 190. L'A. sembra aver cambiato opinione nella 35ª edizione del 1993 [ristampa aggiornata] ove a p. 204 considera il licenziamento una delle sanzioni disciplinari, anzi la massima di tali sanzioni), mentre per la dottrina dominante si tratterebbe di una vera e propria sanzione penale (al riguardo appare significativo il titolo del saggio di L. MONTUSCHI, *Il licenziamento è una pena privata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 216 ss.). Sulla questione v. più ampiamente un altro saggio dello stesso A., *La giustificazione del potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, nel volume collettaneo *Le pene private*, cit., 397 ss., *ivi* alla p. 398, ove si precisa che «le garanzie poste a presidio del lavoratore sembrano allontanare il diritto disciplinare dall'area del negozio, accentuandone le già rilevate caratteristiche sostanziali di *potere speciale di supremazia giuridica*» (il corsivo è dell'A.). Sempre lo stesso A. in un precedente scritto (v. *Il potere disciplinare e l'art. 7 dello "Statuto" dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 72 ss., *ivi* alle pp. 74-75) ritiene possibile una determinazione unilaterale delle sanzioni disciplinari anche in presenza di una norma come il primo comma dell'art. 7 dello Statuto.

una sorta di pena privata²³ anche se poi è tutto da verificare se in questi casi si possa parlare di pena legale o di pena giudiziale in quanto la soluzione dipende dal modo in cui si ritenga che operino le cause di indegnità: cioè se automaticamente ovvero se soltanto in forza di una sentenza passata in giudicato²⁴. Del pari, è stato detto che sarebbe una

²³ La tesi risale addirittura a R.J. POTHIER, *Trattato delle successioni*, in *Opere contenenti i trattati del diritto francese* (II ed. it.), III, Livorno, 1841, art. IV, quest. VI, § 2, 305, ed è tutt'ora accolta da gran parte della dottrina italiana e straniera non solo nelle opere generali sulle successioni a causa di morte, ma nella stessa manualistica (per quest'ultima v., ad es., nella dottrina francese H., L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, IV, t. 2, A. BRETON (a cura di), *Successions. Libéralités*, s.d., ma Paris, 1982, n. 717, 54). Tra i contributi *ex professo* sulle successioni v. sempre nella dottrina francese F. TERRÉ-Y. LEQUETTE, *Droit civil. Le successions. Les libéralités*, Paris, 1997, 45; M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, s.d., ma Paris, 2001, 93. È questo l'orientamento anche della giurisprudenza francese: Cass., 18 dicembre 1984, in *Gazz. Pal.*, 1985, II, 221, con osservazioni di M. GRIMALDI. Per la dottrina tedesca v. T. KIPP-H. COING, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, s.d., ma Tübingen, 1990, 473; Hein. LANGE-K. KUCHINKE, *Erbrecht. Ein Lehrbuch*, München, 2001, 155-156, ove alla nota 20 ulteriore bibliografia. Nella dottrina italiana successiva al codice vigente v., tra gli altri, L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, 57-59; tra gli autori più recenti v. L. FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Libro secondo, *Delle successioni* (Art. 456-511), Bologna-Roma, 1997, sub Art. 463, 182; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia - Le successioni*, Milano, 2001, 482. Sulle ragioni addotte in dottrina a sostegno della riconduzione dell'indegnità alle pene private v. il ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 778. In senso critico di fronte all'opinione dominante v. i ns. *Pena privata e autonomia privata*, cit., 538-539; *L'indegnità*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, V, *Successioni*, t. 1, s.d., ma Torino, 1997, 85 ss., *ivi* alle pp. 90-93, ove alle note 15-23 ulteriori riferimenti (ripubblicato, con aggiornamenti, in *Studi di diritto successorio*, s.d., ma Torino, 2013, 103 ss., *ivi* alle pp. 110-113, testo e note 15-23).

²⁴ È questo il vero problema di fondo dell'istituto dell'indegnità, il quale da sempre divide la dottrina, soprattutto quella francese e italiana, dalla cui soluzione dipende se l'indegno sia un soggetto incapace di succedere ovvero se la sua esclusione dall'eredità o dal legato sia la conseguenza dell'intervento del giudice. Questa seconda tesi è quella che riscuote i maggiori consensi in dottrina ed è addirittura plebiscitaria nella giurisprudenza italiana (tra le decisioni più recenti v. Trib. Macerata, 26 marzo 2003, in *Riv. not.*, 2003, 1293, in motivazione, 1295-1296). Tale tesi risale anch'essa a R.J. POTHIER, cit. alla nota prec., *loc. cit.*, ed è stata accolta dalla dottrina francese dell'Ottocento (ad es., C. DEMOLOMBE, *Trattato delle successioni*, trad. it. di G. Puglisi, Palermo, 1865, 101) e, nella sua scia, anche dalla nostra dottrina all'epoca del codice civile previgente (tra gli altri v. L. COVIELLO SR., *Successione legittima e testamentaria*, Milano-Roma, 1937, 33). Per la dottrina successiva v., a titolo esemplificativo, L. SALIS, *L'indegnità a succedere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 928 ss., *ivi* alla p. 933 ss.; L. COVIELLO JR., *Diritto successorio*, Bari, 1962, 165-167. Nella dottrina più recente e nella manualistica v. S. MONOSI, *L'indegnità a succedere*, in P. RESCIGNO (diretto da), M. IEVA (coordinato da), *Trattato breve delle successioni e donazioni*, I, s.d., ma Padova, 2010, p. 195 ss., *ivi* alle 200 e 217; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, s.d., ma Torino, 2006, 46. La contraria tesi dell'operatività *ipso iure* delle cause di indegnità è sostenuta con altrettanta autorevolezza: v., ad es., G. GROSSO-A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, s.d., ma Torino, 1977, 128; L. FERRI, cit. alla nota prec., 176-177; C.M. BIANCA, cit. alla nota prec., 483-484. Nella dottrina francese v. H., L. e J. MAZEAUD, cit. alla nota prec., 57; F. TERRÉ-Y. LEQUETTE, cit. alla nota prec., 48-49; M. GRIMALDI, cit. alla nota prec., 96. Sulle argomentazioni a favore dell'operatività *ipso iure* ci permettiamo

pena privata di fonte legale l'irripetibilità della prestazione immorale quando l'immoralità dello scopo sia comune a entrambe le parti (art. 2035 c.c.)²⁵. Altra parte della dottrina ricostruisce alla stregua di una pena legale anche la revocazione delle donazioni per ingratitudine del donatario (art. 801 c.c.)²⁶ e la decadenza del chiamato dal beneficio d'inventario (artt. 485, comma 2 e 3; 487, comma 2; 488, comma 1, c.c.)²⁷. Di fronte a questo catalogo, che è soltanto esemplificativo ma che appare già comprensivo di ipotesi estremamente diverse ed eterogenee tra loro, non è agevole pervenire alla costruzione di una categoria giuridica unitaria.

5. - Modelli di diritto comparato. L'*astreinte* di diritto francese e i danni punitivi o esemplari angloamericani.

Diversamente stanno le cose in altre esperienze giuridiche tanto di diritto codificato quanto di matrice anglo-americana, ove lo stato di elaborazione della figura della pena privata si presenta di gran lunga più avanzato. Si tratta di capire se il dato comparatistico possa offrire utili spunti anche per

di rinviare al ns. *L'indegnità*, cit., 106-109 (ora in *Studi di diritto successorio*, cit., 117-120, 130 ss. e 139 ss., ove ulteriori riferimenti).

²⁵ Così, da noi, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (Dir. vig.)*, in *Nss. D.I.*, VIII, s.d., ma Torino, 1962, 164 ss., *ivi* alla p. 173. Ma si tratta di una tesi divenuta minoritaria nella stessa dottrina tedesca ove era stata formulata in riferimento al secondo comma del § 817 BGB (*condictio ob turpem vel iniustam causam*) dopo le decise riserve di W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, cit., 390, testo e nota 81. La tesi era stata proposta da P. HECK, *Die Ausdehnung des § 817, S. 2, auf alle Bereicherungsansprüche*, in *Arch. für civ., Praxis.*, 1925, 1 ss., *ivi* alla p. 17 ss. Sulle ragioni che avrebbero indotto la nostra dottrina a ricondurre l'irripetibilità della prestazione immorale a una pena privata v. il ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 779, ove alle note 81-82 ulteriori riferimenti. Per una critica a questa ricostruzione dell'art. 2035 c.c. v. anche il ns. *Pena privata e autonomia privata*, cit., 539, ove alla nota 99 indicazioni di altri autori tedeschi che seguono la tesi di P. Heck.

²⁶ Questa tesi è stata sostenuta da alcuni autori italiani e francesi tra i quali v. presso di noi F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1958, 649; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Illecito (Dir. vig.)*, cit., 170. Nella dottrina francese, accanto al contributo ormai datato di R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, I, *Sources des Obligations*, IV, Paris, 1924, 192, v. più di recente nelle opere generali di carattere manualistico in questo senso H. L. e J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, cit., IV, t. 2, 729. L'accostamento di questa fattispecie alle pene private è ricordato anche da F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?*, cit., 6.

²⁷ Anche questa tesi è stata sostenuta da alcuni autori italiani e francesi tra i quali si ricordano R. DEMOGUE, cit. alla nota prec., 191; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 198; H. L. e J. MAZEAUD, cit. alla nota prec., 412-413. L'accostamento di questa fattispecie alle pene private è ricordato anche da F.D. BUSNELLI, *op. loc. ult. cit.* Altra parte della dottrina è però decisamente contraria: in senso negativo lo stesso difensore più convinto della pena privata nella dottrina francese (v. L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, 1904, 129); da noi v. V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 143, nota 4, e 147-148.

la nostra esperienza stante la diversità dei rispettivi contesti giuridici²⁸. Tra gli ordinamenti di diritto continentale merita attenta considerazione un istituto che è tipico del diritto francese e che ha forti punti di contatto con la pena privata. Si allude all'istituto dell'*astreinte*²⁹. Il giudice francese, nel condannare il debitore all'adempimento della prestazione dovuta, può stabilire preventivamente una sanzione ulteriore in previsione del fatto che l'inadempimento dovesse protrarsi nel tempo³⁰. In tal modo l'ammontare della condanna a carico del responsabile finisce per risolversi in una sanzione maggiore dell'entità effettiva del danno per l'inadempimento o per il ritardo. Così, ad esempio, avviene quando il giudice francese disponga che la pena pecuniaria aumenti progressivamente a seconda del ritardo del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta (ad es., mille euro per il primo giorno di ritardo, duemila per il successivo, e così via). In altri termini, l'*astreinte* costituisce una forma di pressione nei confronti del

²⁸ Come sembrerebbe avvenire per l'*astreinte* (su cui v. subito dopo *infra*, testo e note 29-31) dopo la sentenza n. 7613 del 15 aprile 2015 con la quale la Corte di Cassazione ha ritenuto questo istituto del diritto francese pienamente compatibile con l'ordine pubblico italiano, essendo l'*astreinte* diretta alla condanna del responsabile al pagamento di una somma crescente con il protrarsi dell'inadempimento (la sentenza è pubblicata in numerose riviste: *Foro it.*, 2015, I, c. 3951 ss.; *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 674; *Resp. civ. prev.*, 2015, 1894).

²⁹ Di questo istituto, tipico dell'esperienza francese e di matrice originariamente giurisprudenziale, non si può dubitare della sua funzione penale come risulta dal suo stesso *nomen iuris*. Nei repertori francesi di diritto civile si evidenzia che «astringere signifie contraindre». Questa frase è riportata sotto la voce *astreintes* del repertorio Dalloz a cura di P. Raynaud: v. *Dalloz. Répertoire de droit civil*, I, Paris, 1974, nn. 1 e 7 (la voce *astreintes* è dovuta a L. BORÈ). Sull'istituto dell'*astreinte* esiste una vasta letteratura. Tra i saggi più significativi si veda quello di A. ESMEIN, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte*, in *Rev. trim. droit civ.*, 1903, 5 ss. Nella dottrina successiva v., ad es., P. ESMEIN, *Peine ou réparation*, cit., 39; L. BORÈ, *La liquidation de l'astreinte comminatoire*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1966, *Chronique*, 159 ss., *ivi* alla p. 167; A. TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, nel volume collettaneo *Le pene private*, cit., 349 ss., *ivi* alle pp. 354-356. La funzione penale dell'*astreinte* risulta accentuata con l'art. 6 della legge n. 72-626 del 5 luglio 1972 che ha disposto la sua netta separazione dai *dommages-intérêts* («L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts»). Su questo punto specifico v. H., L. e J. MAZEAUD e F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, cit., III, t. 1, 707; A. TUNC, cit., 355.

³⁰ Come si è anticipato alla nota 28, questo strumento di pressione sul debitore affinché tenga il comportamento dovuto è stato ritenuto compatibile con l'ordine pubblico italiano dalla già ricordata sentenza n. 7613 del 15 aprile 2015, la cui importanza non è sfuggita ai primi commentatori (A. MONDINI, «*Astreintes*», *ordine pubblico interno e danno punitivo*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3966 ss.; Francesca BENATTI, *Dall'astreinte ai danni punitivi: un passo ormai obbligato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 679 ss.; A. VENCHIARUTTI, *Le astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i "punitives damages"?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1899 ss.). Nel caso di specie si trattava di sentenza di un giudice belga che aveva disposto il pagamento di una somma di danaro per ogni giorno di ritardo nella consegna di azioni di società.

debitore a tenere il comportamento dovuto perché si sostanzia in una somma crescente con il protrarsi dell'inadempimento³¹. Diverso è il meccanismo della pena privata nell'esperienza di *Common Law*, in particolare in quella nordamericana ove il giudice può avvalersi dello strumento dei cc.dd. danni punitivi o esemplari (*exemplary o punitives damages*) tutte le volte in cui la misura prevedibile del risarcimento del danno sia inferiore al profitto che il responsabile può ricavare dal proprio comportamento anti-giuridico, nel senso che, attraverso la tecnica dei danni punitivi o esemplari, l'autore del danno è costretto a riversare nella sfera del danneggiato l'intero guadagno conseguito³². Come si evince dall'espressione stessa, si tratta di una specie di pena privata che va oltre l'ammontare effettivo del danno subito dalla parte offesa in quanto il giudice ha il potere di condannare il responsabile al pagamento di una somma di danaro superiore all'entità del danno in funzione deterrente contro il reiterarsi di comportamenti lesivi. In altri termini, i danni punitivi o esemplari assolvono a una duplice funzione, afflittiva (*punishment*) e di prevenzione (*deterrence*), essendo da un lato commisurati alla colpa del responsabile del danno e dall'altro finalizzati a impedire l'adozione di un analogo comportamento lesivo per il futuro. In definitiva, i danni punitivi o esemplari danno luogo a una responsabilità civile aggravata dell'autore del danno e, pertanto, si contrappongono ai danni compensativi (*compensatory damages*) che hanno invece una funzione di mera reintegrazione delle situazioni giuridiche soggettive lese perché commisurati all'entità del danno³³.

³¹ Nell'esperienza francese si ricordano il caso della Principessa di Bauffremont condannata al pagamento di mille franchi per ogni giorno di ritardo nel riportare i figli al marito e il caso della pubblicazione di foto scioccanti per la famiglia della vittima in cui il Tribunale di Parigi aveva ordinato al fotografo di recuperare tutti gli esemplari delle foto messe in circolazione comminando una pena di dieci franchi per ogni esemplare non restituito (questi casi sono menzionati da A. TUNC, *La pena privata nel diritto francese*, cit., 354-355).

³² A questo proposito rileva P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, cit., 153, che il ricorso alla pena privata consente negli ordinamenti di lingua inglese di giustificare l'introduzione di un obbligo ulteriore, che si aggiunge al semplice risarcimento del danno, in quanto attraverso il meccanismo dei danni punitivi o esemplari l'autore del danno deve riversare nella sfera del danneggiato «l'intero guadagno che gli abbia procurato il successo commerciale del film, del libro, del giornale, della pubblicazione, del disco, della rappresentazione teatrale (...)» da lui abusivamente utilizzati. Lo stesso A. suggerisce di utilizzare la tecnica dei danni punitivi o esemplari allo scopo di rafforzare la reazione civilistica contro la diffamazione (*ivi*, 152).

³³ Su queste specificità dei danni punitivi o esemplari concorda la nostra migliore dottrina comparatistica. Per una prima informazione v. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'espe-*

6. - Il problema di fondo della pena privata. Ancora sul rapporto con i rimedi risarcitori. Eterogeneità del contenuto sanzionatorio delle pene private.

In ogni caso, come si è già anticipato al n. 2, il problema di fondo della pena privata rimane quello del rapporto con il risarcimento del danno perché se si vuole costruire una categoria giuridica autonoma e con caratteri specifici ben precisi, quale vuole essere appunto la pena privata, si deve dimostrare che si tratta di un rimedio diverso dalla tutela risarcitoria, evitando la suggestione di dilatare senza ragione il numero delle figure ad essa riconducibili, con il rischio di delineare una categoria giuridica che si riveli priva di qualsiasi utilità pratica per l'interprete perché innumerevoli figure nel sistema possono avere una colorazione vagamente sanzionatoria, senza essere però per questo delle pene private³⁴. Il rischio è tanto più concreto se si consideri che da taluno si è sostenuto che la nullità del contratto per inosservanza di forme richieste *ad substantiam* sarebbe una sorta di pena privata³⁵; lo stesso discorso è stato fatto di fronte alla risoluzione del contratto per inadempimento³⁶. Il problema è questo: a differenza di quanto si riscontra per i fatti illeciti ove esiste la clausola generale dell'art. 2043 c.c., manca invece in materia di pene private una disposizione di carattere generale che possa costituire un sicuro punto di riferimento, anche se la pena privata può rivelarsi uno strumento assai

rienza nordamericana, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 434 ss., *ivi* alle pp. 438-450; V. ZENO-ZENGOVICH, *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinali americani*, nel volume collettaneo *Le pene private*, cit., 375 ss., *ivi* alle pp. 375-376. Tra gli scrittori di *common law* v. A. I. OGUS, *The law of damages*, London, 1973, 27 ss.; J. SALMOND, R. F. V. HEUSTON (a cura di), *The law of Torts*, London, 1977, 532 ss.; P.H. WINFIELD-J. A. JOLOWICZ-W.V.H. ROGERS (a cura di), *On Tort*, London, 1979, 592-596.

³⁴ È questo il rischio di una dilatazione acritica delle ipotesi che si ritiene riconducibili in qualche modo alla categoria della pena privata, che la dottrina non ha mancato di sottolineare. In questo senso, accanto al ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 780, v. A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 232-233 (quest'ultimo A. propone di evitare di affrontare il problema del valore dogmatico della categoria "pena privata": *ivi*, 233).

³⁵ La dottrina più recente è tuttavia contraria a questa chiave di lettura della nullità alla quale nega il fondamento dogmatico di sanzione. Accanto alle suggestive pagine di N. BOBBIO, voce *Sanzione*, nel *Nss. D.I.*, XVI, s.d., ma Torino, 1969, 530 ss., *ivi* alle pp. 535-536, v. in senso critico anche N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 541 ss., *ivi* alle pp. 542, 549-550.

³⁶ Questa ipotesi è ricordata con una punta di rammarico da A.D. CANDIAN, *La funzione sanzionatoria nel testamento*, cit., 532, lamentando che «si parla ormai raramente di pena privata nella risoluzione del contratto per inadempimento».

utile per superare non poche delle strettoie e delle criticità che si riscontrano nell'area della responsabilità civile³⁷. Così, ad esempio, si è proposto di ricorrere al concetto di pena privata per superare l'ostacolo rappresentato dall'art. 2059 c.c. in tema di risarcibilità del danno non patrimoniale³⁸. Ma vi è un rischio ulteriore a livello concettuale: se si fa leva solo sulla circostanza che nelle pene private il colpevole del comportamento anti-giuridico può essere condannato al pagamento di una somma di danaro superiore al danno effettivamente causato, la differenza tra pena privata e tutela risarcitoria finisce per diventare puramente quantitativa³⁹, in quanto si tratterebbe di risarcimento del danno se la somma da pagare sia commisurata al danno causato, mentre si dovrebbe parlare di pena

³⁷ Decisamente orientato in questo senso è P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, cit., 153, il quale adombra addirittura l'ipotesi di un «soccorso che l'idea della pena privata può rendere al sistema della responsabilità civile». Lo stesso A. aggiunge che il problema della pena privata coinvolge tutti «i profili classici dell'illecito» (*loc. ult. cit.*). Questa correlazione tra pena privata e responsabilità civile non è nuova ma era ben presente a una parte della dottrina francese già nei primi decenni del Novecento (v., ad es., R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, cit., I, t. 4, 185-186).

³⁸ Buona parte della dottrina aveva prospettato all'inizio degli anni Ottanta che uno strumento di tutela elastico come la "pena privata" fosse in grado di attenuare in larga misura la rigidità del nostro sistema caratterizzato da una norma di chiusura in tema di risarcimento del danno non patrimoniale, quale è l'art. 2059 c.c.: v., tra gli altri, G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 272 ss.; Id., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, 159 ss., *ivi* alle pp. 160-163 e 167-168; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, Napoli, 1983, 622 ss.; V. SCALISI, *Lesione della identità personale e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 433 ss., *ivi* alla p. 443. In questo modo, la pena privata diventerebbe il mezzo per attenuare il divieto dell'art. 2059 c.c. in conformità all'auspicio di una parte della dottrina che già negli anni Cinquanta tendeva a interpretare restrittivamente il limite al risarcimento del danno non patrimoniale previsto in quella norma: così R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 277 ss., *ivi* alla p. 302; A. DI MAJO GIAQUINTO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 69 ss., *ivi* alla p. 100. Sempre in questa prospettiva, riprendendo uno spunto di B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, 1947, 354 ss., *ivi* alla p. 416, relativo alla risarcibilità integrale di ogni tipo di danno anche non patrimoniale o imprevedibile, si era affermato nella nostra dottrina che la riparazione del danno non patrimoniale avrebbe un carattere sanzionatorio, in quanto si tratterebbe «di vera e propria pena privata (...) simile agli *exemplary damages* della *common law*» qualora si ammetta che «il suo ammontare vada commisurato anche alla gravità dell'illecito» (così P. TRIMARCHI, voce *Illecito [dir. priv.]*, in *Enc. dir.*, XX, s.d., ma Milano, 1970, 90 ss., *ivi* alle pp. 108-109, testo e nota 63. Il corsivo è dell'A.). Una posizione analoga su questo punto è stata prospettata a proposito della reazione civilistica contro la diffamazione in quanto viene ad assumere un ruolo che si può considerare assai affine a quello dei "danni esemplari" (ancora P. CENDON, *loc. ult. cit.*).

³⁹ Per questa considerazione ci permettiamo di rinviare al ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 783. Ma nello stesso senso, all'epoca del codice civile del 1865, concludeva anche F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., 658.

privata quando invece l'importo dovuto dal responsabile sia di ammontare superiore all'entità del danno, sicché il criterio distintivo risulterebbe del tutto empirico e casuale.

Se poi per semplicità dell'indagine si vuole limitare il discorso alle pene negoziali e, quindi, alla funzione punitiva che abbia la sua fonte in un atto di autonomia privata, è comunque indispensabile rinvenire nel sistema indici sicuri che consentano di costruire una categoria più circoscritta. Un fatto è certo. La dizione di "pena privata" non è stata mai usata neanche dal legislatore del 1942. Al tempo stesso, si deve riconoscere che nel sistema, specialmente nella legislazione speciale, si rinviene più di una norma che consente il cumulo tra pena e risarcimento del danno⁴⁰ e questo assetto di interessi può essere un segnale dell'autonomia della pena privata rispetto alla tutela risarcitoria.

Ma vi è un ulteriore problema che merita di essere segnalato. Quale deve essere il contenuto caratterizzante della pena privata? La pena privata è una sanzione a contenuto esclusivamente patrimoniale al pari del risarcimento del danno ovvero può avere anche un contenuto diverso? Infatti, se si ritiene che il contenuto delle pene private non può che essere esclusivamente patrimoniale, coerentemente si devono espungere quelle sanzioni che presentano un contenuto non patrimoniale, come si riscontra senza dubbio per la maggior parte delle pene delle associazioni e delle

⁴⁰ Per una rassegna di queste norme in cui la riparazione a favore del danneggiato non è rigidamente correlata all'ammontare effettivo del danno subito, sicché da una parte della dottrina «sono state (...) interpretate come fonte di "pene private"» (lo ricorda F.D. BUSNELLI, *Verso una riscoperta delle «pene private»?», cit., 6*), v. P. CENDON, *Pena privata e diffamazione*, cit., 151; F.D. BUSNELLI, cit., 6-7, nonché i ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 779 e 785; *Pena privata e autonomia privata*, cit., 542. In alcune di queste ipotesi si tratta di penalità di mora che consentono al giudice di «fissare una somma (...) per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata e per ogni ritardo nell'esecuzione dei provvedimenti contenuti nella sentenza» e che, pertanto, «ricordano manifestamente l'*astreinte* francese» (così G. TARZIA, *Presente e futuro delle misure coercitive civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 800 ss., *ivi* alla p. 805 [il corsivo è dell'A]; nello stesso senso, ma un decennio prima, v. G. GHEZZI, *I licenziamenti dalla "penale" alla "reintegra" dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, 297 ss., *ivi* alla p. 310). Per un accurato approfondimento del dato legislativo sulle multe giudiziali in materia di diritto industriale e di diritto del lavoro (art. 18 dello Statuto dei lavoratori) v. anche A. FRIGNANI, *Le penalità di mora e le astreintes nei diritti che si ispirano al modello francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 506 ss., *ivi* alle pp. 534-536.

sanzioni disciplinari: si pensi, ad esempio, all'esclusione di un associato dall'associazione ovvero alla censura inflitta al prestatore di lavoro ⁴¹.

7. - Indici normativi per un potere punitivo dei privati. Pena privata e autonomia privata.

Una volta chiarito questo aspetto che incide sul novero delle pene private negoziali, occorre capire se dal sistema emergano uno o più indici che giustifichino a livello normativo un potere punitivo dei privati. In altri termini, per potersi parlare quantomeno in prima approssimazione di pene private negoziali, si tratta di verificare quale possa essere la fonte di un potere del privato di comminare una sanzione a un altro soggetto. Al riguardo è stato detto che la pena privata è quella pena posta a tutela di interessi privati ⁴². Questa prima affermazione, diffusa anche nella dot-

⁴¹ Lo stesso problema si pone per le sanzioni previste dagli ordinamenti sportivi o dallo statuto di un circolo privato, se diverse dalla multa o dall'ammenda. Si pensi, ad esempio, alla pubblicazione nell'albo dei soci morosi del nome dell'associato in ritardo nel pagamento della quota associativa. Il problema del contenuto necessariamente patrimoniale o anche non patrimoniale della pena privata è rilevante al duplice fine di chiarire il rapporto tra le pene delle associazioni e le sanzioni disciplinari con la clausola penale da un lato e dall'altro di verificare se la non patrimonialità della sanzione costituisca un vero e proprio limite posto all'autonomia privata, con la conseguenza che la clausola penale e le sanzioni di contenuto non patrimoniale non potrebbero essere ricondotte ad un'unica categoria giuridica. Per superare questa obiezione, che è stata prospettata soprattutto nella dottrina tedesca, occorre dimostrare che la clausola penale non deve consistere necessariamente nell'obbligo del pagamento di una somma di danaro (come riteneva del resto anche una parte della dottrina all'epoca del codice civile del 1865 e afferma l'attuale dottrina dominante italiana e straniera). La tesi più possibilista sembrerebbe trovare una conferma nella presenza nel sistema di una norma del tipo dell'art. 2965 c.c. che, riconoscendo ai privati il potere di stabilire per un accordo tra le parti la decadenza da un diritto, induce a ritenere l'ammissibilità di sanzioni convenzionali di contenuto diverso dalla prestazione come disciplinata dall'art. 1174 c.c. il quale stabilisce, come è noto, che «la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica». Presso di noi la tesi della pena privata come «un male di natura patrimoniale irrogato a scopo sanzionatorio» è stata sostenuta soprattutto da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., V, 648. Nella dottrina tedesca per una netta separazione delle pene delle associazioni e delle sanzioni disciplinari rispetto alla clausola penale v., tra gli altri, U. MEYER-CORDING, *Die Vereinsstrafe*, cit., 54 e 62-63. Nella dottrina tedesca rimane comunque dominante la tesi che riconduce le pene delle associazioni e le sanzioni disciplinari alla clausola penale quale conseguenza della concezione «contrattualistica» del fondamento delle stesse. Per ulteriori indicazioni sul punto specifico del contenuto patrimoniale e non delle pene private ci sia consentito di rinviare al ns. *Pena privata e autonomia privata*, cit., 536-538, ove alle note 89-95 i necessari ulteriori riferimenti di dottrina italiana e tedesca.

⁴² In alternativa è stato proposto il criterio che una pena è da considerarsi «privata» quando i suoi effetti si producano nella sfera del diritto privato. Quest'ultimo criterio è il più antico

trina meno recente ⁴³, è sicuramente corretta, ma di per sé sola non è sufficiente per costruire una categoria giuridica autonoma in quanto la casistica delle pene private che sono state individuate dalla dottrina è particolarmente variegata. Poiché già all'epoca del codice civile del 1865 accanto alle pene private negoziali erano state individuate altre due tipologie di pena privata, le pene legali e quelle giudiziali ⁴⁴, l'affermazione che la pena privata è una sanzione caratterizzata dal fatto che è posta a tutela di un interesse esclusivamente privato è un criterio troppo vago e generico che non vale a giustificare la creazione di una categoria giuridica autonoma ⁴⁵. A questo punto, la soluzione del problema deve essere trovata in una prospettiva diversa e precisamente si tratta di verificare se un eventuale potere sanzionatorio dei privati possa avere la sua fonte nell'autono-

ed è stato formulato da F. C. SAVIGNY, *Le droit des obligations. Partie du droit romain actuel* (trad. francese di T. Hippert), II, Paris, 1875, § 83, 315. A distanza di oltre un secolo lo stesso criterio è stato riproposto nella dottrina tedesca da B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, cit., 9; e presso di noi da G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, cit., 165. L'altro criterio ricordato nel testo è stato formulato inizialmente nella dottrina francese del primo decennio del Novecento da L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, cit., 12, per il quale era da considerarsi "privata" solo quella pena «qui profite à l'individu». In tal modo, l'A. distingue nell'ambito della più ampia categoria della "peine civile", che riguarderebbe qualunque sanzione i cui effetti si realizzano attraverso gli strumenti del diritto civile (*ivi*, 15-16), una più specifica figura alla quale attribuiva il nome di pena "privata". Il criterio che la pena privata sia posta a tutela di un interesse privato è seguito anche nella più recente dottrina italiana e francese: v., ad es., M.-É. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, 1974, 41; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*, cit., 622-623; G. BONILINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴³ Che una pena si debba considerare "privata" per il fatto che il suo beneficiario sia da identificarsi nella persona "vittima" del comportamento antigiuridico è un'opinione assai diffusa nella dottrina civilistica italiana e straniera nella scia di uno spunto del penalista tedesco Karl Binding («Nur der Privatstrafe ist wesentlich, dass sie einem Privaten zu Gute kommt»: v. *Die Normen und ihre Uebertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, I, *Normen und Strafgesetze*, Leipzig, 1890, 287); tra gli autori meno recenti v. L. HUGUENEY, cit. alla nota prec., 7, 10, 12 e 17; R. DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, cit., I, t. 4, 185 e 189. Questa concezione è stata ripresa nella nostra dottrina da G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, cit., 277-278; *Id.*, *Pena privata e danno non patrimoniale*, loc. ult. cit.

⁴⁴ Su questa tripartizione delle pene private v., per tutti, F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., 654.

⁴⁵ Per questa valutazione negativa del criterio della tutela di un interesse esclusivamente privato, al fine di costruire le pene private come una categoria autonoma rispetto alla tutela risarcitoria, ci permettiamo di rinviare al ns. *Pena privata e autonomia privata*, cit., 538, ove si aggiunge che tale criterio non sarebbe sufficiente neanche se combinato con l'altro, già ricordato alla nota 42, della natura "privata" della pena solo perché esplica i suoi effetti nella sfera del diritto privato. La tutela di interessi privati è una caratteristica immanente ma non sufficiente delle pene private perché questa finalità può essere perseguita anche attraverso altri strumenti che pene private non sono. Sono necessari, pertanto, altri e ben più consistenti elementi di aggregazione per giustificare la presenza nel sistema di una nuova figura, quale vuole essere la pena privata: v. ancora il ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 784.

mia privata ⁴⁶. In questa prospettiva, se si parte dal presupposto che il potere sanzionatorio dei privati sia una delle possibili funzioni dell'autonomia privata, e in tal caso si tratta di verificare se questo potere sanzionatorio risponda al criterio della meritevolezza dell'interesse richiesto nel secondo comma dell'art. 1322 c.c. ⁴⁷, si devono escludere dal novero delle pene private le pene giudiziali e le pene legali, entrambe estranee agli atti di autonomia privata ⁴⁸. La tesi che ravvisa nell'autonomia privata la fonte di questo potere sanzionatorio appare in prima approssimazione un discorso compatibile con l'attuale diritto positivo: infatti, accanto all'istituto che solitamente viene richiamato a modello delle pene private, si allude ovviamente alla clausola penale, la dottrina ricorda a titolo esemplificativo le sanzioni endoassociative, le sanzioni nel rapporto di lavoro subordinato, la decadenza stabilita per contratto (art. 2965 c.c.) ⁴⁹. Come si è anticipato sempre al n. 2, l'obiezione ricorrente di quella parte della dottrina contra-

⁴⁶ In questa prospettiva si deve verificare se la pena privata, anziché risolversi in una operazione contrattuale tipica, sia invece «uno schema di carattere generale al quale è riconducibile ogni atto di autonomia privata con funzione sanzionatoria» (per questa considerazione ci sia consentito di rinviare al ns. voce *Pena [dir. priv.]*, cit., 785; nella dottrina successiva tale prospettiva è ritenuta significativa da S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, cit., 139). Da questo punto di vista la clausola penale è certamente il modello più comune mediante il quale si esplica il potere punitivo dei privati, ma non è il solo. Anticipando quanto si dirà fra breve nel testo, nell'ambito dei diritti patrimoniali accanto alla clausola penale si ricordano in dottrina le pene pecuniarie delle associazioni e le multe disciplinari. Sempre in quest'ambito il contenuto della sanzione può essere ancora diverso: un caso paradigmatico è quello dell'art. 2965 c.c. che consente ai privati di pattuire per contratto la decadenza da un diritto. Ma le pene private non si esauriscono in misure di contenuto esclusivamente patrimoniale perché vi sono sanzioni che incidono direttamente sullo *status* delle persone, come accade, ad es., per l'esclusione di un socio dall'associazione (in questo senso U. MEYER-CORDING, *Die Vereinsstrafe*, cit., 61-62 e 70).

⁴⁷ Infatti, in questa prospettiva la pena privata «va incontro agli stessi limiti dell'autonomia privata», il primo dei quali è la liceità della funzione penale che costituisce l'antecedente logico-giuridico della successiva valutazione della meritevolezza dell'interesse (sul punto ci permettiamo di richiamare il ns. voce *Pena [dir. priv.]*, cit., 785).

⁴⁸ Accedendo alla tesi che la fonte delle pene private è la volontà dei privati, si arriva a operare una cernita tra le tante ipotesi che la dottrina da sempre è solita ricomprendere nell'area di questa figura. Infatti, sulla base della fonte della pena privata «è possibile (...) procedere a una distinzione delle pene cosiddette negoziali da quelle legali o giudiziali». In quest'ottica, «la determinazione (e l'infrazione) della pena da parte di un privato è già un elemento aggregante delle une e di diversificazione rispetto alle altre, poiché questa è una costante che riguarda esclusivamente le pene di natura negoziale» (su questa possibile ricostruzione della categoria delle pene private ci sia consentito di rinviare al ns. voce *Pena [dir. priv.]*, 784).

⁴⁹ Su queste altre figure che una parte della dottrina, quella che aderisce alla tesi contrattualistica, è solita ricondurre alle pene cc.dd. negoziali intese in senso lato, v. *supra* al n. 3, testo e note 20-22, ove i necessari riferimenti.

ria alla configurabilità delle pene private è che proprio in riferimento a questi istituti vi sarebbe un atteggiamento di sfavore del legislatore che risulterebbe dal potere del giudice di ridurre l'ammontare della penale (art. 1384 c.c.), dal potere di impugnare la delibera assembleare che disponga l'esclusione dell'associato dall'associazione (art. 24, comma 3, c.c.), dalla nullità della decadenza stabilita per contratto quando renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.)⁵⁰. Questa obiezione non è di per sé decisiva in quanto la riduzione della penale, l'impugnabilità della delibera assembleare e la nullità del patto che stabilisce una decadenza non sono indici di uno sfavore del legislatore per questi istituti trattandosi piuttosto di manifestazioni di quel controllo che l'ordinamento giuridico si riserva su tutti gli atti di autonomia privata⁵¹.

⁵⁰ Questo atteggiamento di sfavore del legislatore nei confronti delle pene private è stato visto soprattutto in riferimento al potere del giudice di ridurre l'ammontare della clausola penale quando ricorra una delle due ipotesi previste dall'art. 1384 c.c. Per le necessarie indicazioni v. *supra* al n. 2, testo e nota 11.

⁵¹ Per questa valutazione del potere riduttivo del giudice ci permettiamo di rinviare ai ns. voce *Pena (dir. priv.)*, 785; *Pena privata e autonomia privata*, cit., 517-518, ove alla nota 22 ulteriori riferimenti bibliografici tra i quali ci sia consentito di richiamare il ns. *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 1783 ss., *ivi* alla c. 1786, in cui è stato evidenziato per la prima volta questo significato della riducibilità della penale. La necessità di un controllo sugli atti di autonomia privata spiega il *revirement* della Corte di Cassazione, ora favorevole alla riducibilità di ufficio della penale manifestamente eccessiva, avvenuto con la sentenza n. 10511 del 24 settembre 1999 pubblicata in numerose riviste tra cui v. *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 507, in motivazione alla p. 510 («... valutandosi l'intervento riduttivo del giudice [...] quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata»), con nota di U. STEFINI, *Alcuni problemi applicativi in materia di clausola penale (ivi, 511 ss.)*. Questa giustificazione della riducibilità di ufficio della penale non ha incontrato il favore di D. RUSSO, *Il patto penale tra funzione novativa e principio di equità*, cit., 216-219. Nella dottrina italiana e straniera non si è mancato di rilevare che il potere riduttivo del giudice non è in contrasto con l'asserita funzione penale della clausola penale, in quanto la clausola non è nulla ma semplicemente riducibile. Questo spunto già presente in L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, cit., 184, è stato ripreso anche da noi a cavallo degli anni Cinquanta e Sessanta da V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 133-134; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, cit., 196, testo e nota 66. La necessità di un controllo sulla clausola penale è affermata con chiarezza da S. MAZZARESE, *Le obbligazioni penali*, cit., 81-83, evidenziando che la pattuizione di una penale potrebbe «costituire il mezzo, predisposto dalle parti, per eludere, mediante un risultato sostanzialmente fraudolento, l'applicazione di una norma imperativa» (*ivi*, 83). Lo stesso discorso vale per le pene delle associazioni e per le sanzioni disciplinari. Anche qui si ha una valutazione da parte dell'ordinamento. Se in ipotesi l'esclusione dell'associato o la sanzione disciplinare fossero contrarie all'ordine pubblico o al buon costume, la funzione punitiva non sarebbe nel caso concreto meritevole di tutela e, pertanto, la pena non potrebbe rimanere ferma (sul punto ci permettiamo di rinviare al ns. voce *Pena (dir. priv.)*, *loc. ult. cit.*). Analoghe considerazioni si possono fare per tutti gli altri casi in cui attraverso una pena privata si perseguisse uno scopo

8. - Rilievi conclusivi. Luci e ombre nel concetto di pena privata. Il ruolo delle pene giudiziali.

Cercando di tirare le fila del discorso, di fronte a tante luci e ombre sul concetto di pena privata è lecito chiedersi se le argomentazioni portate a sostegno di questa figura siano sufficienti a giustificare la costruzione di una categoria concettualmente autonoma rispetto alle tutele di tipo risarcitorio anche perché nell'ambito dell'autonomia privata l'atto che dovrebbe costituire la fonte del potere sanzionatorio del privato non presenta la medesima struttura. È noto che la clausola penale è un contratto o è la clausola di un contratto; per converso, nelle disposizioni testamentarie a titolo di pena la struttura è senza ombra di dubbio unilaterale. A questo punto, si tratta di valutare se la diversità di struttura dell'atto sia compatibile con la ricostruzione delle pene negoziali come una categoria giuridica unitaria ovvero se si debba concludere malinconicamente che, quando si parla di pena privata, si fa riferimento a una figura che nel sistema ha una funzione meramente descrittiva e classificatoria, ma che non offre all'interprete nessuno spunto utile per una migliore sistemazione di determinati fenomeni giuridici ⁵².

568

Le ombre sul concetto di pena privata sono destinate ad aumentare se si ritenga, con una parte della dottrina, che l'aver individuato nelle pene negoziali il modello di pena privata è altrettanto arbitrario di altre costruzioni proposte in quanto anche nelle pene giudiziali vi è una sanzione che nasce dalla volontà dei privati ⁵³, poco importando che la pena sia irrogata attraverso la mediazione del giudice. In altri termini, secondo questa corrente di pensiero, l'iniziativa del privato per la comminatoria della pena

elusivo di norme imperative: al riguardo è particolarmente significativa a livello di sistema la nullità del patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.), come ritiene anche S. MAZZARESE, *loc. ult. cit.*

⁵² È questa la medesima conclusione dubitativa alla quale chi scrive era pervenuto nei precedenti scritti: v. la voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 786; *Pena privata e autonomia privata*, cit., 543, nel secondo dei quali si è adombrata l'ipotesi «che non esiste un concetto unitario di pena "privata"».

⁵³ A questa conclusione si può replicare che anche nelle pene giudiziali, al pari di quanto avviene per quelle cc.dd. "legali", non vi sarebbe nulla di "privato" al di fuori della natura dell'interesse tutelato, in quanto al potere di iniziativa del privato sono estranee "le modalità applicative" della sanzione che sono demandate al prudente apprezzamento del giudice: in questo senso v. il ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 784.

da parte del giudice costituisce un antecedente logico-giuridico imprescindibile, sicché nella pena giudiziale la sanzione è pur sempre una proiezione, per quanto indiretta, della funzione punitiva dei privati⁵⁴. In tale ottica, nel concetto di pena privata rientrano a pieno titolo anche le pene giudiziali⁵⁵ che si collocano sullo stesso piano di quelle negoziali dal momento che la pena sarebbe “privata” non solo quando la sanzione sia prevista e inflitta direttamente dai privati, ma anche quando non possa essere comminata dal giudice se manchi l’iniziativa del privato⁵⁶. In buona sostanza, secondo questa prospettiva il punto di riferimento è costituito dalla natura del soggetto che “crea” la pena o assume l’iniziativa per la comminatoria della sanzione da parte del giudice⁵⁷. Trattandosi in entrambe le ipotesi di un soggetto “privato”, i due criteri sono alternativi e cumulabili tra loro, sicché limitare il concetto di pena privata alle sole ipotesi in cui la sanzione sia irrogata direttamente dai privati si rivela una scelta riduttiva, se non arbitraria⁵⁸. Il risultato pratico di questa impostazione, che accoglie una nozione più ampia di pena privata, è quella dell’esclusione dall’area delle pene private delle sole pene previste direttamente dalla legge (le cc.dd. pene legali)⁵⁹. Questa opinione più possibilista sembrerebbe trovare una conferma nella tendenza del sistema ad assimilare le multe giudiziali e, più in generale, le misure coercitive indirette al

⁵⁴ Tale aspetto non sarebbe però per altra parte della dottrina «un criterio sufficientemente aggregante», come, del resto, si era sottolineato nel ns. *Pena privata e autonomia privata*, cit., 541.

⁵⁵ Diversamente orientata era la nostra dottrina meno recente, la quale, dopo aver contrapposto le pene legali a quelle negoziali sottolineandone la diversità della fonte, negava decisamente l’ammissibilità delle pene giudiziali nel nostro ordinamento: così, ad es., F. INVREA, *I rimedi contro il torto*, cit., 654; V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 162-165, ancorché si tratti di autori che mostrano di ben conoscere la tradizionale tripartizione nell’ambito delle pene private.

⁵⁶ In altri termini, quando sia necessaria l’iniziativa del privato, ma la sanzione è comminata dal giudice si parla comunemente di pena “giudiziale”, come è ricordato nel ns. *Pena privata e autonomia privata*, cit., 541.

⁵⁷ In tal modo si sposta l’attenzione dal profilo funzionale alla fonte e agli altri aspetti soggettivi della pena privata, come suggerito da V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 151, pur arrivando poi alla conclusione che le pene giudiziali non sarebbero ammissibili nel nostro ordinamento (*ivi*, 162-165).

⁵⁸ È questa l’obiezione sollevata da quella parte della dottrina che ritiene di accogliere una nozione di pena privata comprensiva anche delle pene “giudiziali”, come si ricorda nei ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 784; *Pena privata e autonomia privata*, cit., 540.

⁵⁹ Conclusione logica e certa, come si evidenzia nel ns. *Pena privata e autonomia privata*, loc. ult. cit.

modello francese dell'*astreinte* ⁶⁰, a lungo avversata dalla nostra dottrina ⁶¹, ma che ora la giurisprudenza ritiene compatibile con l'ordine pubblico interno ⁶².

Con una siffatta chiave di lettura, pur trattandosi di un apprezzabile contributo per l'inquadramento delle pene giudiziali nel sistema, i dubbi e le incertezze sul concetto di pena privata non sembrano risolti, anzi sono destinati ad aumentare. Infatti, rimane fermo il problema di fondo della individuazione di una disciplina comune, la sola che legittimi la creazione di una categoria autonoma, ove le pene giudiziali avrebbero un proprio spazio accanto a quelle negoziali. È da chiedersi, oltretutto, se gli elementi di aggregazione ora individuati siano sufficienti a giustificare una figura unitaria di pena privata ⁶³. In mancanza di una disciplina comune la pena privata non avrebbe una sua rilevanza autonoma nel sistema, risolvendosi in una categoria concettuale velleitaria per la sua sostanziale genericità nella quale finiscono per confluire le figure più disparate ⁶⁴, come sarebbe dimostrato proprio dall'accostamento tra pene private "negoziali" e pene private "giudiziali", senza contare, buone ultime, le numerose ipotesi di pene private cc.dd. "legali".

⁶⁰ In questo senso v. espressamente alcuni degli Autori ricordati *supra* alla nota 40 (G. GHEZZI, G. TARZIA e A. FRIGNANI). Sull'ammissibilità delle pene private giudiziali v. anche i ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 785; *Pena privata e autonomia privata*, cit., 541-542. La questione è stata ripresa ora *funditus* da S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 11 ss., ivi alle pp. 45-49, in riferimento alla riformulazione dell'art. 614-bis c.p.c. per effetto del primo comma, lett. *cc-ter*), d.lgs. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2015, n. 132, pervenendo alla conclusione che non si tratta di una "sanzione", né di una misura di tipo risarcitoria (*ivi*, 47-48).

⁶¹ La tesi dell'inammissibilità delle misure coercitive indirette era stata sostenuta soprattutto all'epoca del codice civile del 1865 (tra gli altri v. G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 609-611; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 571-572; L. COVIELLO JR., *L'obbligazione negativa. Contributo alla teoria delle obbligazioni*, cit., II, 175-176). Unica voce discorde sembrerebbe essere quella di L. FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915, *passim*. Dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942 la tesi negativa è stata sostenuta soprattutto da V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, cit., 162-165.

⁶² Si tratta della nota sentenza della Corte di Cassazione n. 7613 del 15 aprile 2015 ricordata *supra* alle note 28 e 30.

⁶³ È questo l'interrogativo posto nei ns. voce *Pena (dir. priv.)*, cit., 786; *Pena privata e autonomia privata*, cit., 542-543.

⁶⁴ È questa la conclusione del ns. voce *Pena (dir. priv.)*, *loc. ult. cit.*