

# 4

## ARGOMENTO

Pene private negoziali – Potestà punitiva nei rapporti tra privati

## TRACCIA

*Le pene private negoziali: limiti di ammissibilità e strumenti di tutela.*

## SCHEMA DI SVOLGIMENTO

- Ricognizione del quadro normativo vigente per dimostrare la progressiva diffusione, anche nel diritto civile, di istituti con funzioni punitiva (tendenza culminata con il d.lgs. n. 7/2016, che ha convertito reati offensivi di interessi privati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili).
- Il panorama delle sanzioni civili *ante* d.lgs. n. 7/2016 comprende: *a)* fattispecie in cui sono prevedibili **difficoltà di accertamento dei requisiti previsti dall'art. 2043 c.c.** (dolo o colpa della condotta lamentata e nesso causale tra fatto doloso o colposo ed evento dannoso); *b)* fattispecie in cui sono, piuttosto, **complicate le stime delle conseguenze della condotta illecita**, perché dilatate e diffuse; *c)* fattispecie caratterizzate dal conseguimento di **utilità da parte del responsabile superiori all'entità del danno** cagionato alla vittima dell'illecito.
- In questo quadro normativo, caratterizzato dalla crescente presenza di pene private legali, si pone la **questione dell'ammissibilità di pene negoziali**, cioè forgiate dall'autonomia

privata anche in casi ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge.

- In ordine alla ammissibilità di pene private si **fronteggiano posizioni estreme**: alle dottrine che le ammettono, quale portato dell'autonomia contrattuale, si oppongono altre dottrine che, per contro, le qualificano come un "corpo estraneo" al sistema del diritto civile (invocando tradizionali principi quali "*nemo iudex in causa propria*" o, nel modo anglosassone, "*the law will not let people punish each other*").
- Il problema va affrontato evidenziando che in alcuni casi la legge espressamente demanda all'autonomia negoziale il potere punitivo. L'ordinamento conosce, infatti, ipotesi di **pene private negoziali tipiche**, come la clausola penale (art. 1382 e ss. c.c.); la clausola convenzionale sulla misura degli interessi moratori oltre il tasso legale (art. 1224, co. 2, c.c.); la clausola di ritenzione delle rate (art. 1526, co. 2, c.c.) nella vendita a rate con riserva di proprietà.
- La **questione dibattuta** è se l'autonomia negoziale possa **prevedere ulteriori ipotesi di pene negoziali** (diverse da quelle tipiche) o modificare la disciplina di quelle tipiche o se, al contrario, la pena priva soggiaccia al principio di legalità, come la pena "pubblica" (reato e illecito amministrativo) e le prestazioni patrimoniali imposte dalla p.a. (art. 23 Cost.).
- **La tesi oggi prevalente** ritiene che la potestà punitiva dei privati **possa manifestarsi in forme negoziali atipiche**.
- Si evidenzia che la potestà punitiva dei privati non soggiace al principio di legalità/tipicità. Quest'ultimo è posto a tutela della libertà personale o comunque vale per le prestazioni unilateralmente e autoritativamente imposte (art. 23 Cost.). Il principio di legalità è, infatti, garanzia a tutela della libertà dell'individuo e della sua integrità patrimoniale rispetto al potere autoritativo. Esso non può essere invocato, pertanto,

quando la “pena” sia stata accettata su base consensuale, e non imposta unilateralmente.

- La **potestà punitiva dei privati** nella sfera negoziale, pur potendo estrinsecarsi secondo modalità non tipizzate (o meglio in forme non tipiche o tassative), **incontra limiti inderogabili** che ne definiscono le modalità di esercizio.
- Si tratta, in particolare, di limiti desumibili dai principi costituzionali e possono essere identificati: *a*) nel **principio di solidarietà** ex art. 2 Cost., da cui si ricava il limite della buona fede in senso oggettivo e del dovere di correttezza; *b*) nel **principio di uguaglianza** (art. 3 Cost.) da cui deriva il divieto di sopraffazione unilaterale; *c*) nella **tutela dei diritti inviolabili della persona**, da cui deriva il divieto di pene “moralì” o, addirittura, “corporali”.
- Più nel dettaglio, dal **principio di solidarietà discende** il principio di “giustizia” (o equità” della sanzione (principio di proporzionalità): il sindacato sull’equità della sanzione negoziale può considerarsi principio generale. In questa materia opera, infatti, il **principio di sindacabilità della giustizia contrattuale**.
- Il **principio di uguaglianza** (art. 3 Cost.) impone la c.d. **bilateralità della pena privata negoziale** (che non può essere unilateralmente imposta, perché i poteri privati unilaterali non previsti dalla legge violano il principio di uguaglianza). L’operatività della potestà punitiva tra privati presuppone, quindi, l’adesione del destinatario della sanzione (bilateralità).
- Dalla **tutela dei diritti fondamentali** della persona, deriva il divieto di pene private “moralì” o “corporali”, che ledano la dignità (ad es. la gogna) o altri diritti fondamentali della persona.

## SVOLGIMENTO

Negli ultimi decenni vi è stato anche in Italia un crescente interesse – alimentato anche dall’esigenza di ricondurre il diritto penale ai principi di sussidiarietà e frammentarietà e di trovare strumenti alternativi alle pene pubbliche – per le pene private e per la funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

Il punto di massima emersione di tale processo è probabilmente rappresentato, a livello normativo, dal **d. lgs. n. 7/2016**, che, nell’attuare la strategia di riduzione del penalmente rilevante, ha sperimentato l’inedita conversione di reati offensivi d’interessi privati in illeciti sottoposti a “sanzioni pecuniarie civili”.

L’ormai stabile diritto di cittadinanza nell’ordinamento italiano di disposizioni normative che, nel rispetto della riserva di legge imposta dall’art. 23 Cost., contemplano misure sanzionatorie civilistiche (le quali affiancano il risarcimento con funzione riparatoria-compensativa e perseguono una finalità tipicamente punitiva), è stato, del resto autorevolmente certificato anche dalle Sezioni Unite (**Cass. Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601**), che, occupandosi della delibabilità delle sentenze straniere che riconoscono i c.d. *punitive damages*, ne ha riportato un lungo elenco. Fra le ipotesi di maggiore rilievo, vanno menzionate: la sanzione pecuniaria, prevista dall’**art. 12 della l. 8 febbraio 1948, n. 47**, nell’ipotesi di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la quale si aggiunge, senza sostituirsi, al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale causato dall’illecito diffamatorio, e presuppone la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del delitto di diffamazione; la somma equitativamente determinata cui fa riferimento l’**art. 96, co. 3, c.p.c.**, stabilita dal giudice a carico della parte soccombente che abbia agito in giudizio con dolo o colpa grave; il ri-

sarcimento in caso di violazione degli obblighi in materia di separazione tra coniugi (**art. 709-ter c.p.c.**); il **recupero del profitto ottenuto mediante illecito** lesto di un diritto di proprietà intellettuale o industriale (artt. 158 l. n. 633/1941 l.a. e 125 d.lgs. n. 30/2005 c.p.i.); la comminatoria *ex art. 614-bis c.p.c.* (c.d. *astreinte*); il danno da abuso d'informazioni privilegiate o da manipolazione del mercato (**art. 187-undecies d.lgs. n. 58/1998 TUF**).

Proprio alla luce del proliferare di strumenti civilistici con funzione punitiva la citata sentenza delle Sezioni Unite n. 16601 del 2017 ha affermato che l'**istituto del danno punitivo** non è di per sé in contrasto con l'ordine pubblico; ma deve, tuttavia, rispettare alcuni principi fondamentali quali, in particolare, quello di **legalità/prevedibilità** (deve avere una base legale accessibile nell'ordinamento straniero) e di **proporzionalità** tra la somma e la lesione.

Non è agevole, tuttavia, trarre dalla disciplina delle figure punitive già contemplate nell'ordinamento civile indicazioni univoche in chiave sistematica.

In linea di massima, per **le sanzioni civili già presenti nel nostro ordinamento** prima del d.lgs. n. 7/2016 vale la considerazione che esse costituiscano parte integrante dell'area della responsabilità civile: pur svolgendo funzioni diverse, in quanto non volte a compensare il pregiudizio subito dalla vittima, e pur essendo commisurate a grandezze diverse dall'entità del danno, come ad esempio alla gravità della violazione o al profitto ricavato dall'autore, le sanzioni civili preesistenti al d.lgs. n. 7/2016 si spiegano in relazione con il tradizionale rimedio risarcitorio, sopperendo a quei casi in cui il risarcimento si riveli inadeguato a svolgere un contemporaneo ruolo deterrente, in modo da fornire al soggetto passivo dell'illecito un rimedio, di natura sanzionatoria, prescindente dalla prova della *deminutio patrimonii*.