

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 25/03/2022, n. 9775

Primo Presidente: A. Spirito; Relatore: E. Vincenti

in www.italgiure.giustizia.it.

RIFLESSIONI SULLE MODALITÀ DI CONCLUSIONE DEL CONTRATTO E SULLA NATURA DELLA CLAUSOLA PENALE NEL SETTORE PUBBLICO

Giovanni Sergio *

SOMMARIO: 1.- Considerazioni introduttive; 2.- La stipula del contratto pubblico: tesi formalistica e sostanzialistica a confronto; 3.- Caso di specie al vaglio delle Sezioni Unite; 4.- La natura della clausola penale: tra sanzione e risarcimento; 5.- Conclusioni.

1.- Considerazioni introduttive.

La sentenza in esame affronta plurime tematiche particolarmente dibattute dalla pubblicistica, afferenti, tra l'altro, alla natura della penale, e analizza, *funditus*, la problematica concernente la "forma" dei contratti pubblici¹, più volte sottoposta al vaglio della Suprema Corte.

Nel dettaglio, l'ordinanza interlocutoria² prende le mosse dal rapporto intercorrente tra gli artt. 16 e 17 del r.d. n. 2440/1923³ ed offre una rilettura delle modalità di conclusione del contratto nel settore pubblico, tenuto conto anche del paradigma dettato dal d.lgs. n. 50/2016.

Resta sullo sfondo il dibattito tra i fautori della natura sanzionatoria e civilistica della penale inserita in convenzione⁴, previo scrutinio dell'ammissibilità di tale clausola i cui effetti siano richiamati nell'istanza formulata dall'operatore economico per il rilascio di un provvedimento concessorio.

* Laureato in giurisprudenza presso l'Università degli studi di Salerno e avvocato iscritto presso il foro di Nocera Inferiore.

¹ In dottrina, è orientamento consolidato che il contratto stipulato con un ente pubblico deve rispettare il requisito della forma scritta *ad substantiam*, non essendo sufficiente una contrattazione per fatti concludenti. Tale vincolo è da considerarsi ancor più marcato in sede di eventuale rinnovazione (salvo che non sia prevista come effetto automatico da apposita clausola), oltre che nel caso di eventuali modificazioni. Il requisito della forma scritta è, quindi, espressione del principio di buon andamento ed imparzialità della Carta Costituzionale (art. 97), agendo, al contempo, nell'interesse del cittadino, fugando ogni dubbio circa il contenuto dell'obbligo cui si è esposto con la sottoscrizione, e della P.A., circueando i diritti e gli obblighi definiti *ex contractu* e permettendo agli organi preposti al controllo degli atti pubblici di agire in tal senso. Cfr. L. R. Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*, II ed., Milano, 2017, 320s. v. Cass. civ., Sez. II, 31/10/2018, n. 27910.

² Cass. civ., Sez. III, 14/09/2021, ord. n. 2740, che ha formulato il seguente quesito: "Se in tema di concessione per l'occupazione di suolo pubblico in favore di un soggetto privato, l'applicazione di una clausola penale per l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento del concessionario, che acceda al titolo autoritativo, possa fondarsi sulla proposta unilaterale dell'istante cui faccia seguito il rilascio del provvedimento amministrativo, ovvero debba essere trasfusa in un atto sottoscritto dall'amministrazione e dal concessionario perché possa dirsi rispettato il requisito della forma scritta *ad substantiam*, che si impone nella formazione dei rapporti negoziali tra amministrazione pubblica e privati in base alle disposizioni di cui agli artt. 16 e 17 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440".

³ Attuato mediante il Regolamento di cui al r.d. n. 827 del 1924.

⁴ Sul tema, *infra*, paragrafo 4.

Il quesito posto all'attenzione delle Sezioni Unite può così riassumersi: se, in tema di concessione per l'occupazione del suolo pubblico, un semplice rinvio in calce alla richiesta di autorizzazione sia mezzo idoneo per determinare gli effetti di una penale per inadempimento prevista in un atto normativo, già vincolante, oppure occorra che essa sia riportata in una convenzione che sintetizzi gli estremi della medesima e dell'assenso reso dalla P.A.

2.- La stipula del contratto pubblico: tesi formalistica e sostanzialistica a confronto.

Volendo utilizzare le parole di autorevole dottrina⁵, la nozione di contratto pubblico appare essere una contraddizione in sé, essendo *prima facie* incompatibile l'imperatività, l'autorità e la decisorietà dell'atto amministrativo, con l'autoregolamentazione, il sinallagma e l'autonomia negoziale, che caratterizzano, invece, la volontà del singolo di obbligarsi.

Alla stregua della discrezionalità di cui gode l'ente pubblico, il negozio⁶ è una possibilità ulteriore rispetto al provvedimento *iure imperii*⁷; la scelta del contraente presuppone l'espletamento di una procedura evidenziale⁸ (ordinaria o, in alcune ipotesi, semplificata) posta a presidio della *par condicio competitorum* e dei principi di trasparenza e buon andamento di matrice costituzionale⁹.

Sulla modalità di conclusione dei contratti pubblici, è opinione quasi unanime, in dottrina e in giurisprudenza, che essi devono essere stipulati seguendo il criterio della forma scritta *ad substantiam*¹⁰. La *ratio* di tale precetto riposa sull'assunto che essa consente di identificare con

⁵ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo, parte generale e speciale*, XV ed., Roma, 2022, 1409s.

⁶ Il contratto pubblico è connotato dal carattere dell'onerosità, da intendersi in senso ampio per come ripetutamente stabilito dalla giurisprudenza di merito. In proposito, si segnala quanto disposto dalla Corte di Giustizia, secondo cui ciò che assume rilievo è l'esistenza di un sinallagma, potendo tradursi il corrispettivo anche in un'utilità diversa dalla mera remunerazione economica. La nozione di onerosità è di assoluto rilievo anche nell'individuazione della differenza tra concessione e appalto: mentre nell'appalto la stazione appaltante si obbliga verso l'operatore al pagamento di una certa somma per la realizzazione di un'opera o di un servizio, di converso la concessione si caratterizza per la natura trilatera del rapporto, secondo cui la stazione appaltante cede un proprio bene o servizio all'operatore, il quale è remunerato direttamente dall'utenza. v. Cons. di Stato, Sez. V, 3/10/2017, n. 4614.

⁷ L'amministrazione, laddove decida di avvalersi dello strumento negoziale, è tenuta, in attuazione dell'art. 97 Cost., a indicare in maniera precisa le motivazioni che l'hanno indotta a non utilizzare lo strumento della procedura aperta e, più precisamente, del perché tale strumento sia più funzionale dell'atto amministrativo per perseguire il pubblico interesse. Cfr. Caringella, *Manuale cit.*, 1523.

⁸ La procedura di selezione è derogabile nelle ipotesi in cui è ammesso l'affidamento diretto. Si ricorda che in questi casi è fatto obbligo all'ente di rispettare il principio di rotazione ovvero il divieto di invitare il contraente uscente o un operatore economico già invitato e non affidatario (art. 36, co. 1, d.lgs. n. 50/2016).

⁹ Cfr. R. Galli, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Roma, 1242s., secondo cui: "Rispetto alle corrispondenti figure contrattuali civilistiche, il tratto differenziale di maggior rilievo è costituito dal fatto che, anche quando l'amministrazione utilizza strumenti negoziali di diritto comune e si cala su un piano paritetico con l'altro contraente (pubblico o privato che sia), è sempre presente il profilo teleologico della cura dell'interesse pubblico per il perseguimento di fini pur sempre pubblici".

¹⁰ A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, XIV ed., Milano, 2021, 1536s.; R. Di Pace, *Manuale dei contratti pubblici*, I ed., Torino, 2021, 3s.; S.S. Scoca, *Evidenza Pubblica e Contratto: Profili sostanziali e processuali*, I ed., Milano, 2008, 55s.

precisione l'obbligazione realizzata e l'effettivo contenuto negoziale dell'atto, rendendolo agevolmente controllabile anche in punto di necessaria copertura finanziaria¹¹.

Rispetto alla disciplina generale del contratto, vi è quindi un'inversione della *regola iuris*: al naturale principio della libertà della forma dei contratti *iure privatorum*¹², nel settore pubblicistico prevale la vincolatività della forma scritta, salvo diversa previsione di legge.

Invero, già con la citata disciplina sulla contabilità generale dello Stato, agli artt. 16 e 17, il legislatore aveva sancito la necessità di concludere la fase negoziale con un atto finale sottoscritto da entrambe le parti¹³, ammettendo, per i soli contratti a trattativa privata, una modalità diversa e semplificata; in particolare, questi ultimi potevano essere conclusi mediante scrittura privata, per mezzo di obbligazioni riconducibili al capitolato di gara o con atto separato.

Inoltre, nel caso di negozi intercorsi tra P.A. e ditte commerciali, era ammessa la possibilità anche del mero scambio di corrispondenza.

L'omesso rispetto del criterio formale comportava, ai sensi dell'art. 19, co. 1, del menzionato r.d., un'inefficacia relativa delle clausole contrattuali, considerate, per la sola P.A., *tamquam non esset*.

Con il d.lgs. n. 50/2016, all'art. 32, co. 14, viene previsto che ogni contratto che non sia stipulato con atto notarile informatico, con scrittura privata, oppure in modalità elettronica, secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante, è affetto da nullità.

Resta ammessa la conclusione del contratto secondo l'uso del commercio o con apposito scambio di lettere - anche mediante P.E.C. o altri strumenti analoghi in altri Paesi - per le sole procedure negoziate e per i contratti di importo inferiore ad €. 40.000,00¹⁴.

In definitiva: è necessario, per la stipulazione di un contratto pubblico, la formalizzazione di un atto finale contestuale che definisca la volontà contrattuale della P.A. e quella dell'operatore economico, essendo ammesso lo schema proposta-accettazione per i soli contratti affidati con trattativa privata.

La tesi è suffragata da recenti statuizioni¹⁵ del Giudice di legittimità che considerano un'eccezione quanto delineato dall'art. 17 del r.d. n. 1923/2240, rispetto alla regola generale secondo cui

¹¹ In termini si segnala: Cass. civ., SS. UU., 09/08/2018, n. 20684.

¹² Rinvenibile dal combinato disposto di cui agli artt. 1321, 1350 e 1352 c.c. La forma del contratto costituisce il mezzo sociale con cui le parti manifestano il loro consenso. Quale mezzo di esternazione della volontà, essa è sempre elemento costitutivo del negozio; diversamente il contratto sarebbe inesistente. Di converso, nel caso in cui la forma è richiesta ai fini di validità, essa assume la funzione di requisito essenziale del contratto. In quest'ultimo caso, il negozio è da considerarsi nullo. Sulla scorta di quanto sopra, si è soliti distinguere i negozi a forma vincolata da quelli a forma libera. v. F. Caringella, L. Buffoni, *Manuale di diritto civile*, XII ed., Napoli, 2022, 830s.; C.M. Bianca, *Diritto civile, il contratto*, III ed., Milano, 2019, 243s.; A. Cautadella, *I contratti, parte generale*, V ed., Torino, 2019, 34s.

¹³ Dalla lettura della norma si evince che questa modalità sia la "forma pubblica amministrativa", richiesta generalmente per la stipula di contratti pubblici.

¹⁴ Si segnala che con il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, e con il d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021, il legislatore ha dettato una disciplina transitoria, applicabile fino al 31.12.2023, con la quale vi è stato un innalzamento delle soglie minime per l'affidamento diretto. Nel dettaglio, l'affidamento diretto è previsto fino ad €. 139.000,00 per i contratti di forniture e servizi e fino ad €. 150.000,00 per i lavori pubblici. v. A. Carullo, G. Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, IV ed., Milano, 2022, 505s.

¹⁵ v. Cass. civ., Sez. III, 20/03/2020, n. 7478, secondo cui: "La giurisprudenza consolidata di questa Corte è orientata nel senso di richiedere, al fine di soddisfare il principio della forma scritta dei contratti della P.A., la contestualità delle

occorrerebbe, ai fini di validità, la consacrazione in un unico testo finale di quanto evincibile dalla proposta e dall'accettazione.

Per la tesi formalistica, quindi, i contratti della pubblica amministrazione possono considerarsi conclusi solo quando siano state rispettate le forme tipiche dei contratti, tra cui rientrano le relative sottoscrizioni al termine del procedimento stabilito dalla legge¹⁶.

Risulta minoritario, invece, l'indirizzo giurisprudenziale¹⁷ secondo cui la stipula di un atto unico finale, di sintesi delle volontà dettate dalle parti, non è il solo modo di stipulare un contratto pubblico, potendo concludersi anche mediante il mero scambio di corrispondenza, laddove le parti manifestino in maniera chiara la reciproca volontà di obbligarsi (cd. tesi sostanziale).

In sintesi, in maniera del tutto simile a quanto previsto dalla disciplina contrattualistica di cui agli artt. 1321 e ss. del c.c., anche per la P.A. esisterebbero plurimi modi di stipula di un negozio giuridico e parimenti ossequiosi della forma scritta imposta dal legislatore come *ut supra* indicato, ossia: l'atto sintetico finale in forma scritta (nelle forme di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016), la scrittura privata autenticata e, nelle sole procedure negoziate, il semplice scambio di proposta ed accettazione, purché, l'una e l'altra, siano manifestate in forma scritta.

manifestazioni di volontà relative alla formazione del contratto. Proposta ed accettazione possono essere anche contenute in documenti distinti purché siano poi consacrate in un unico documento. Nel caso di specie, invece, non vi era stata la contestualità della sottoscrizione né si verteva in regime derogatorio delle prescrizioni di cui all'art. 17 del R.D. del 1923 in quanto l'associazione sottoscrittore l'impegno contrattuale non era ascrivibile ad impresa commerciale. Nel preferire questa soluzione, consacrata in diverse pronunce di questa Corte, il Collegio intende aderire all'indirizzo più formalistico in tema di interpretazione del R.D. n. 2440 del 1923, preferendo questa interpretazione ad altra, pure fatta propria da altre pronunce di questa Corte, volta ad attenuare il formalismo ed a ritenere soddisfatto il requisito della forma scritta da uno scambio di missive, contenenti proposta ed accettazione, senza che le due dichiarazioni di volontà siano consacrate in un unico documento" (in termini, anche Cass. civ., Sez. I, 13/10/2016, n. 20690).

¹⁶ G. M. Esposito, *Codice dei Contratti pubblici, commentario di dottrina e giurisprudenza*, Vol. I, Milano, 2017, 302s. In proposito l'ANAC, con Comunicato presidenziale del 4.11.2015, si è espressa nel senso di comminare la sanzione della nullità in tutti i casi di mancato utilizzo della "modalità elettronica", la quale deve ritenersi obbligatoria sia per la forma pubblica amministrativa del contratto sia per la scrittura privata (v. www.anticorruzione.it).

¹⁷ v. Cass. civ., Sez. I, 27/10/2017, ord. n. 25631: "È necessario precisare però che la forma scritta ad substantiam non può dirsi osservata solo nel caso in cui il vincolo contrattuale sia consacrato in un unico documento contrattuale recante la contestuale sottoscrizione di entrambe le parti, potendo essa realizzarsi anche con lo scambio delle missive contenenti rispettivamente la proposta e l'accettazione, vale a dire di distinte scritture formalizzate e inscindibilmente collegate, entrambe sottoscritte, così da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo, secondo lo schema della formazione del contratto tra assenti. Quest'orientamento – seguito dalla giurisprudenza di legittimità in tema di formazione dei negozi a forma scritta ad substantiam e spesso confermato anche con riferimento ai contratti della P.A., per i quali non sempre è richiesto un unico documento scritto – è condivisibile. Esso è coerente con la lettera dell'art. 17 del r.d. n. 2440 del 1923 che non prevede che il vincolo contrattuale sia espresso indefettibilmente in un unico documento sottoscritto da entrambi i contraenti (fatte salve disposizioni legislative espresse in senso diverso). Il citato art. 17 dispone infatti che i contratti a trattativa privata con la P.A. possono stipularsi non solo "per mezzo di scrittura privata firmata dall'offerente e dal funzionario rappresentante l'amministrazione", cioè mediante un unico documento, ma anche "con atto separato di obbligazione sottoscritto da chi presenta l'offerta", "per mezzo di obbligazione stesa appiedi del capitolato" e "per mezzo di corrispondenza, secondo l'uso del commercio, quando sono conclusi con ditte commerciali", e non v'è ragione giuridica, di ordine testuale o sistematica, per confinare tale ultima modalità a fattispecie negoziali marginali o di modesto importo".

3.- La fattispecie al vaglio delle Sezioni Unite.

Nel caso sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite era da scrutinare l'asserito vizio di forma dedotto dal ricorrente, in quanto la richiesta di utilizzo del tratto viario e la connessa autorizzazione non erano confluite in un unico atto finale che sintetizzasse (e definisse) la comune volontà di obbligarsi.

L'esigenza di un intervento nomofilattico conseguiva alla sussistenza di plurimi arresti contrari che propendevano per una visione più o meno rigorosa della forma nella contrattualistica pubblica.

L'orientamento più risalente prediligeva un indirizzo meno restrittivo della forma, ritenendo ammissibile che la proposta e l'accettazione, debitamente formulate per iscritto, fossero ossequiose del requisito della forma richiesta ai fini di validità, come dettato dall'art. 17 del r.d. n. 2440/1923¹⁸.

La giurisprudenza più recente¹⁹ sosteneva, invece, che l'istanza di autorizzazione all'utilizzo temporaneo (formulata in forma scritta) e la pedissequa autorizzazione (resa sempre in forma scritta) non fossero idonee a sopperire all'elemento costitutivo della forma, dovendo viceversa confluire la proposta e l'accettazione in un unico atto finale, a pena di nullità.

In tale solco è intervenuta la divisata pronuncia delle Sezioni Unite che, aderendo all'indirizzo meno rigoroso, si è espressa nel senso di favorire la conclusione del contratto pubblico anche mediante schemi riconducibili alla proposta e all'accettazione, a condizione che questi ultimi fossero dotati di forma scritta e s'inserissero all'interno di un rapporto triadico, formato dall'istanza dell'operatore, dalla connessa autorizzazione e da un atto normativo già vincolante per la P.A. (nel caso di specie, il regolamento). In questo senso, l'atto conclusivo di sintesi delle volontà comune dovrebbe ritenersi superfluo, essendo sufficiente lo schema proposta/accettazione adottato dalle parti²⁰, purché rispettoso del requisito della forma scritta.

4.- La natura della clausola penale: tra sanzione e risarcimento.

Le superiori argomentazioni sulla forma scritta del contratto con la P.A. assumono rilievo anche in riferimento al tema della connessione negoziale tra contratti autonomi, atteso che l'eventuale delibazione di nullità/annullabilità del principale spiega i suoi effetti anche sui negozi collegati, per il principio *simul stabunt simul cadent*²¹.

Per tale ragione, la tematica analizzata nei precedenti paragrafi involge, quale *obiter dictum*, l'istituto della penale, vicenda ancillare alla *quaestio iuris* sopra scrutinata.

¹⁸ Da ultimo, Cass. civ., Sez. I, 05/06/2020, n. 10738.

¹⁹ La volontà di obbligarsi della P.A. non può evincersi da fatti o comportamenti, essendo richiesto dalla legge - ai fini di validità dell'accordo - la forma scritta *ad substantiam*. Nei confronti della stessa amministrazione non è configurabile il rinnovo tacito del contratto né rileva, per la formazione del contratto, un mero comportamento concludente, anche protrattosi per anni (cfr. Cass. civ., Sez. II, 15/06/2020, n. 11465).

²⁰ Il principio di diritto enucleato dalla pronuncia in commento è il seguente: "In tema di concessione temporanea per l'occupazione di suolo pubblico in favore di un soggetto privato, con contestuale autorizzazione allo scavo, l'istanza del concessionario, con espressa assunzione dell'obbligo di rispettare anche gli impegni relativi allo scavo sanzionati con clausola penale, recepita da un regolamento comunale, per il relativo inadempimento o ritardo nell'adempimento, cui faccia seguito il rilascio del provvedimento amministrativo che richiami detto obbligo, dà luogo ad una convenzione accessiva alla concessione validamente stipulata in forma scritta *ad substantiam*, in base alla disposizione di cui all'art. 17 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440".

²¹ In termini, *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. III, 10/10/2014, n. 21417; Cass. civ., Sez. II, 10/07/2008, n. 18884. Si veda, altresì, C. Valentino, *Contratto misto e collegamento negoziale: disciplina e profili differenziali*, in *Giuricivile* (2019) 6s.

Valga premettere che la clausola penale esprime la volontà comune delle parti di obbligarsi al futuro pagamento di una somma prefissata nel caso di inadempimento della prestazione dedotta in contratto (disciplinata dall'art. 1382 c.c.)

Essa costituisce una predeterminazione del danno risarcibile, caratterizzata da un duplice effetto: la limitazione del risarcimento del danno, potendo le parti prevedere convenzionalmente il danno sull'eventuale maggior avere; l'inversione dell'onere probatorio, gravando sul soggetto destinatario del pagamento l'onere di dimostrare l'inesistenza del danno.

Con la clausola penale le parti decidono convenzionalmente una disciplina diversa rispetto alle norme previste dal legislatore in tema di effetti dell'inadempimento o ritardo nel contratto, valorizzando la volontà comune di obbligarsi in tal senso. Il creditore, a differenza della disciplina generale imposta dagli artt. 1218 e 1223 c.c., non sarà tenuto a dimostrare né il *quantum* né l'*an debeatur*, maturando il diritto al risarcimento nel momento dell'inesatta esecuzione della prestazione dedotta in contratto, la quale opera in concreto come una condizione sospensiva in favore di chi subisce l'inadempimento. Secondo parte della dottrina²², che valorizza l'inversione dell'onere probatorio in tema di dimostrazione del danno, la penale funge da vera e propria sanzione per il soggetto inadempiente, potendo il creditore eccepire l'adempimento o l'assenza di ritardo. In tal senso, la penale è da includersi nel novero delle "sanzioni private", essendo il soggetto inadempiente spinto ad eseguire quanto dedotto in contratto in virtù della previsione di un pagamento di una certa somma (cd. funzione deterrente della penale). Per tale orientamento, la penale è assimilabile all'"astreinte"²³.

Secondo altri²⁴, invece, la penale ha natura risarcitoria, trattandosi di una predeterminazione convenzionale del danno ed essendo inibita la possibilità per il creditore di agire per il risarcimento del danno maggiore, salvo che ciò non sia espressamente indicato in contratto²⁵. Tale argomentazione è, altresì, suffragata da quanto dettato dall'art. 1384 c.c. che, ammettendo l'ipotesi di riduzione

²² M. Fratini, *Il contratto*, Roma, 2022, 721s.; V. Citarella, *La penale esigua e la equità del contratto*, I ed., Torino, 2016, 6s.; M. Tatarano, *L'adeguamento della penale tra clausola e rapporto*, I ed., Napoli, 2002, 35s.; A. Marini, *La clausola penale*, I ed., Napoli, 1984, 2s.

Il carattere della penale non esclude l'applicazione della riduzione giustiziale per eccessiva onerosità dettata dall'art. 1384 c.c. Invero, per l'indirizzo sanzionatorio, la riduzione d'ufficio della penale è da rinvenirsi in chiave di adeguatezza e giustizia del caso concreto; per l'indirizzo civilistico, trova ragion d'essere nella *reductio ad aequitatem* del sinallagma contrattuale e, quindi, come limite all'autonomia privata, a tutela di interessi di natura costituzionale (art. 2 Cost. - principio solidaristico). Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XII ed., Napoli, 648.

²³ P. Trimarchi, *Responsabilità civile punitiva?* In *Rivista di diritto civile* (2020) 687-722; F. Caporale, *L'"astreinte" nel processo amministrativo e i modelli di esecuzione del giudicato*, in *Giornale di diritto amministrativo* (2020) 242-252; M. Astone, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall'"astreinte" al danno punitivo*, in *Contratto e impresa* (2018) 276-288.

²⁴ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXV ed., Milano, 2021, 627s.; Bianca, *Diritto cit.*, 243s.

²⁵ Secondo questa prospettiva, il debitore potrebbe anche godere di alcuni risvolti positivi dalla pattuizione *ex ante* della penale, stabilendo un risarcimento del danno inferiore di quello cui il creditore avrebbe diritto. Al riguardo si è autorevolmente sostenuto che la penale non può essere liquidata in maniera irrisoria delle parti, venendo in questo caso a configurarsi una nullità di tale clausola per come disposto dall'art. 1229 c.c., con la conseguenza che verrebbe eliso l'effetto di predeterminazione del *quantum debeatur* posto alla base della penale (cfr. Gazzoni, *Manuale cit.*, 647s.).

giudiziale della penale per sproporzione, implicitamente riconduce il vincolo negoziale alla volontà delle parti di prevedere *ex ante* la liquidazione del danno per inadempimento o ritardo²⁶.

Merita di essere sottolineato un terzo indirizzo²⁷ ermeneutico, che rinviene, nella penale, un carattere sanzionatorio e risarcitorio; per esso la finalità della penale sarebbe sia quella di rafforzare il sinallagma, inducendo il debitore ad adempiere per il tramite della sanzione, sia quella di liquidare il danno.

Con specifico riferimento alla natura della penale, nel caso in esame, le Sezioni Unite si sono interrogate, a monte, sull'ammissibilità di essa quale condizione necessaria per ottenere l'autorizzazione all'utilizzo del suolo pubblico, e, a valle, sulla possibile diminuzione d'ufficio per sproporzione anche nel caso di adempimento parziale (art. 1384 c.c.)²⁸.

Rinviando *supra* relativamente alla questione inerente all'asserito vizio di forma nei contratti pubblici e alle relative ricadute sui negozi collegati, in questa sede appare opportuno ricostruire l'*iter* argomentativo che ha condotto la Corte a propendere per l'ammissibilità della penale oggetto di gravame.

Secondo la Suprema Corte, con il rinvio al regolamento operato dalla ricorrente nell'istanza per l'utilizzazione del suolo pubblico, la penale ivi prevista è divenuta parte integrante dell'accordo intercorso tra le parti; tale clausola, richiamata nel rapporto proposta - accettazione, s'inserisce nello schema contrattuale e, di conseguenza, assume natura civilistica e non sanzionatoria.

Essa è parte di un accordo di predeterminazione del risarcimento del danno, la cui quantificazione è stabilita unilateralmente da un solo contraente.

Quale corollario, si pone la tematica circa la possibile riduzione per eccessiva onerosità di cui all'art. 1384 c.c., a fronte del sostenuto adempimento parziale ad opera della ricorrente.

²⁶ L'art. 1384 c.c. si apre a plurime letture se analizzato in combinato disposto con l'art. 33, co. 2, del codice dei consumatori, essendo ammessa la riduzione per proporzione solamente nel caso in cui il rapporto negoziale avvenga su di un piano paritetico tra le parti. Diversamente, nel caso di accordo intercorso tra un professionista e un consumatore, l'eventuale penale eccessivamente onerosa è da considerarsi nulla per vessatorietà. v. G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e diritto privato* (2019) 1-49; L. Vigoriti, *L'obbligo di chiarezza e comprensibilità nei contratti dei consumatori e le conseguenze della sua violazione*, in *Giudice di pace* (2013) 594-600.

Non mancano argomentazioni di segno contrario che contestano la riduzione giudiziale per sproporzione, in particolar modo con riferimento alla possibilità d'intervento d'ufficio del giudice. Precisamente, viene eccepito che il giudice entrerebbe a pieno titolo nel sinallagma contrattuale, di fatto svilendo il potere di autoregolamentazione delle parti. Verrebbe, altresì, intaccato il principio del chiesto e pronunciato, potendo il giudice procedere d'ufficio solo in casi tassativamente indicati dal legislatore. Inoltre, s'imporrebbe in capo al creditore la dimostrazione del carattere non sproporzionale della penale, svilendo ulteriormente il ruolo semplificativo svolto da tale clausola nel sinallagma. v. F. Agnino, *Riduzione ad equità "ex officio" della clausola penale ed assolvimento degli oneri di allegazione e prova*, in *giustiziacivile.com* (2020) 7s; M. P. Pignalosa, *Riducibilità della penale e autonomia privata*, in *Contratto e impresa* (2015) 1377-1422; G. Baraggioli, *La riduzione della penale eccessiva: poteri del giudice e oneri di parte*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata* (2008) 1157-1164; E. Battelli, *Clausola penale: riduzione d'ufficio e criteri di valutazione*, in *I Contratti* (2008) 773-785.

²⁷ M. Fratini, *Il sistema del diritto civile - Il contratto*, Napoli, 2017, 339s.

²⁸ Cfr. Cass. civ., SS. UU., 13/09/2005, n. 18128.

In questo contesto, richiamato l'indirizzo pretorio relativo alla rilevabilità d'ufficio della penale²⁹, le Sezioni Unite sottolineano, partendo dal quadro normativo inerente all'interpretazione dell'accordo³⁰, che la clausola penale non può essere diminuita in considerazione dell'adempimento parziale³¹ in quanto la prestazione asseritamente adempiuta dal ricorrente era solamente una tra le plurime richieste ai fini dell'adempimento. Non essendo stata accertata alcuna sproporzione del danno da risarcire - il cui onere probatorio verte su chi ha un interesse ad ottenere la diminuzione³² - non è stata riconosciuta alcuna riduzione della penale.

5.- Conclusioni.

Alla stregua delle argomentazioni svolte, può ritenersi che la forma scritta *ad substantiam* non sia un profilo marginale nella contrattualistica pubblica; per come ampiamente descritto, nel rapporto regola-eccezione, in *subiecta* materia, il ruolo primario è sempre assunto dalla forma scritta che si pone quale solida piattaforma di partenza nel caso di eventuali controversie in fase di esecuzione.

Del resto, il principio di trasparenza impone un atto a valle che sia comprensivo di tutti gli atti precedentemente adottati dall'ente, seguendo il carattere finalistico proprio del procedimento amministrativo.

Inoltre, la notevole difficoltà applicativa della normativa di settore, impone al funzionario un'estrema cautela nella definizione di accordi con il privato non connotati dalla forma scritta, essendo considerata la convenzione quale momento finale naturale del procedimento amministrativo, che inizia con la determina a contrarre.

In tale contesto si sviluppa la portata innovatrice della statuizione in commento: la possibilità di assumere un'obbligazione sulla base di un mero rinvio al capitolato, nei limiti e secondo le modalità dell'art. 17 del r.d. n. 2440/1923. Essa è una valida modalità di conclusione del contratto, che può tradursi anche con il mero rinvio ad altri atti interni dell'ente (quali il regolamento).

Apertis verbis, viene ritenuto che i contratti accessivi ad atti normativi adottati dalla P.A. possono essere conclusi anche mediante lo schema proposta-accettazione, a condizione che queste siano ossequiose della forma scritta.

Sulla scorta di quanto sin qui esposto, è ammessa l'operatività della penale (prevista in un atto normativo) sulla base del preciso rinvio effettuato dal privato con istanza; con essa si realizza una valutazione *ex ante* di un risarcimento del danno che si pone, altresì, nel rapporto con il privato, come *condicio sine qua non* del provvedimento a carattere concessorio richiesto.

In questo contesto, a parere di chi scrive, legittime sono le riserve sollevate sulla natura della penale, non potendo semplicemente assumersi che la stessa abbia natura civilistica perché inserita in un valido schema contrattuale.

Dovrebbe indagarsi se essa sia frutto di un accordo delle parti, se sia posta quale condizione *sine qua non* del provvedimento di autorizzazione e, soprattutto, se liquidi un danno potenziale *ex ante* o sia un mezzo atto ad incentivare l'esecuzione dei lavori o la riconsegna del bene.

²⁹ v. Cass. civ., Sez. III, 30/09/2021, ord. n. 26531; Cass. civ., SS.UU., 04/09/2012, n. 14828.

³⁰ Artt. 1362 e ss. c.c.

³¹ v. Cass. civ., Sez. III, 17/01/2014, n. 888; Cass. civ., Sez. I, 06/12/2012, n. 21994.

³² v. Cass. civ., Sez. VI, 15/06/2020, n. 11439.

In sintesi, la valutazione “case by case” sembra da preferire per l’individuazione della natura della penale.

Abstract.- Il lavoro di ricerca svolto offre ampio spazio al tema della forma nella contrattualistica pubblica, approfondendo il quadro normativo attualmente vigente e dando rilievo ai principi ordinatori della materia. Partendo dal dogma della forma scritta *ad substantiam*, si riflette circa l’ammissibilità dello schema proposta ed accettazione quale valida modalità di stipula del contratto con un soggetto pubblico, in maniera non dissimile a quanto avviene tra i privati sulla scorta del paradigma normativo dettato dall’art. 1326 c.c.

Inoltre, il contributo indaga approfonditamente l’istituto della penale, quale contratto collegato al negozio pubblico, e l’ammissibilità di un’eventuale applicazione di essa sulla scorta di un mero rinvio ad opera dell’operatore economico. Viene analizzata, quindi, la natura della stessa, soffermandosi sulla annosa questione tra i fautori della tesi sanzionatoria e di quella civilistica.

Abstract.- The research work carried out offers ample space to the topic of form in public contracting, delving into the current legal framework and emphasizing the ordering principles of the subject. Starting from the dogma of the written form *ad substantiam*, it reflects on the admissibility of the proposal and acceptance scheme as a valid way of entering into a contract with a public entity, in a manner not unlike what happens among private parties on the basis of the normative paradigm dictated by Article 1326 of the Civil Code.

In addition, the contribution investigates in depth the institution of the penalty, as a contract of an ancillary nature to the public contract, and the admissibility of its possible application on the basis of a mere referral by the economic operator. The nature of it is then analyzed, dwelling on the long-standing issue between proponents of the penalty and civil law theories.