<u>Quesito</u>: Considerata la consueta applicazione nei contratti pubblici dell'istituto della "*penale*" a carico dell'imprenditore precisare la natura – sanzionatoria, reintegratoria e/o risarcitoria – della penale stessa a tal proposito distinguendo tra contratti di appalto e convenzioni accessive alla concessione di servizio pubblico, traendo altresì dalle precedenti precisazioni e distinzioni le relative conseguenze in termini di competenza giurisdizionale.

Con la clausola penale, in diritto civile, «si conviene che in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento uno dei contraenti è tenuto ad una determinata prestazione » (articolo 1382, comma 1 del codice civile). La penale produce un effetto tipico secondo cui è dovuta indipendentemente dalla prova del danno (articolo 1382, comma 2 del codice civile), ed un «effetto naturale»[1] di «limitare il risarcimento alla prestazione promessa» (articolo 1382, comma 1 del codice civile) qualora non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (intendendo per ulteriore quel danno, effettivamente prodottosi, provato ed accertato, il cui ammontare ecceda i limiti dell' importo dedotto nella clausola). La penale può essere prevista per l'inadempimento o per il ritardo nell'adempimento ma, unicamente in quest'ultimo caso, se ne consente la cumulabilità con la prestazione oggetto del contratto (*ex* articolo 1383 del codice civile). Ciò significa che il creditore, qualora invochi l'operatività della clausola penale in virtù dell'inadempimento del debitore, non può poi chiedere allo stesso di adempiere la prestazione prevista dal contratto (sempre se non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore[2]).

Come risulta evidente, la penale ha quindi natura accessoria rispetto alla prestazione oggetto del contratto, ed è riconducibile ad una manifestazione di volontà delle parti le quali possono liberamente determinarne l'ammontare, con il solo limite derivante dal disposto dell'articolo 1229 del codice civile (dal quale si deduce l'impossibilità di fissare una somma irrisoria onde poter sfuggire alla responsabilità per dolo o colpa grave), nonché dalla possibilità – prevista dall'articolo 1384 del codice civile – della sua riduzione equitativa da parte del giudice.

Nella letteratura giuridica, molto si è detto ed ancora si dice sulla funzione nonché sulla natura stessa della clausola penale. Ed infatti, accanto alle due tesi tradizionali e contrapposte, le quali propendono, una per la funzione e natura risarcitoria[3] della clausola (in quanto volta alla determinazione di una liquidazione preventiva e forfettaria del danno), e l'altra per la prevalenza della funzione punitivo-sanzionatoria[4] (in quanto sganciata dalla prova dell'effettivo pregiudizio), non mancano anche tesi intermedie. Tali ricostruzioni ravvisano nella clausola la coesistenza di entrambe le funzioni, sanzionatoria e risarcitoria, motivando e argomentando analiticamente sul punto[5].

Un richiamo merita anche la tesi dei cosiddetti *punitive damages*[6]. Il risarcimento punitivo è, infatti, quel risarcimento specificamente indirizzato sia a compensare chi ha subito

---

[1] SACCO-DE NOVA, *Il Contratto,* citato.
[2] Il quale dovrà però essere allegato e provato dal creditore, secondo l'usuale disciplina civilistica *ex* articolo 1223 del codice civile.
[3] V. BIANCA, 1994.
[4] TRIMARCHI, 1964.
[5] Per i dettagli di tale ricostruzione, V. http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2003/gallarati.pdf, pagina 4.
[6] Meglio specificata da A. BELFIORE, in *Materiali di diritto civile,* 2011-2012.

un torto che a disincentivare e sanzionare la condotta illecita, di modo che al danneggiato sarà corrisposta una somma maggiore del danno realmente subito.

A mio avviso, si potrebbe allora ritenere che la penale pattuita possa colorarsi di sfumature sanzionatorie quando il suo ammontare sia superiore rispetto all'effettivo danno sofferto da creditore, mentre conservi un valore meramente risarcitorio/ripristinatorio, nel caso in cui non ecceda l'effettivo pregiudizio subito dallo stesso.

A mio parere, inoltre, tutte le posizioni summenzionate non sono prive di un logico fondamento, tanto più che l'incertezza di confini e definizioni che hanno da sempre animato i dibattiti giuridici sulla funzione della clausola penale, altro non fanno che confermarne indirettamente la duttilità e natura ibrida.

Ciò che più interessa (e sarà poi funzionale all'esame del quesito posto in questa sede) non è tanto risolvere una volta per tutte l'annoso dilemma, quanto cercare di comprendere che peso e che importanza assumono le due componenti (risarcitoria e sanzionatoria) all'interno della pattuizione contente la clausola penale. In tal senso vi è chi sostiene la parità di peso e di importanza del contributo apportato dalle due funzioni della clausola alla pattuizione[7], e chi invece interpreta dinamicamente la funzione dualistica dell'istituto in esame, valorizzando ora l'atteggiamento punitivo, ora quello risarcitorio, a seconda dell'intenzione dei contraenti[8].

Nessuna delle due impostazioni risulta, allo stato degli atti, prevalente, sicché ritengo sia forse opportuno pensare che la clausola possa tendere, di volta in volta, al perseguimento di obiettivi e scopi diversi, a seconda delle intenzioni dei contraenti ovvero (e qui sta il punto nodale da cui far nascere la riflessione e risoluzione del quesito proposto) dalle posizioni contrattuali degli stessi nonché dall'interesse giuridicamente tutelato (pubblico o privato), e che quindi la natura della stessa debba sempre essere rapportata al caso concreto. Ciò che si ottiene, sviluppando duttilmente tale ricostruzione, è sicuramente la valorizzazione delle diverse potenzialità ed utilità che l'istituto della clausola penale offre, per la modulazione degli accordi negoziali, pubblici o privati che siano.

In tal senso allora, la risposta al quesito in epigrafe non può prescindere dal preventivo inquadramento giuridico dell'accordo a cui la penale accede, specialmente in un campo come quello afferente all'attività negoziale della pubblica amministrazione, in cui l'azione esercitata da quest'ultima nelle forme proprie del diritto privato non sempre si traduce in una posizione paritetica dei due contraenti (pubblica amministrazione e imprenditore).

Al riguardo, infatti, mette conto rilevare, anche alla luce delle indicazioni giurisprudenziali in materia, che i contratti posti in essere dalla pubblica amministrazione si suddividono comunemente in tre categorie principali: ordinari o di diritto comune; di diritto speciale; ad oggetto pubblico o di diritto pubblico. Mentre nei contratti ordinari (tra i quali viene di certo in rilievo il contratto d'appalto) la pubblica amministrazione agisce *iure privatorum,* spogliandosi dei suoi poteri autoritativi e contrattando "alla pari" del soggetto privato, nel caso dei contratti ad oggetto pubblico (tra i quali comunemente rientrano le convenzioni accessive alla concessione di servizio pubblico) siamo di fronte a fattispecie

[7] DE CUPIS, 1979; TRIMARCHI, *La clausola penale*; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, 1991.

[8] Tale tesi sembra tra l'altro essere accolta nella sentenza della Cassazione del 26 giugno 2002, numero 9295 dove la Suprema Corte interpreta la clausola penale nel senso che la «preventiva e convenzionale liquidazione del danno» (funzione risarcitoria) non osterebbe alla sua intrinseca funzione punitiva, secondo la quale «si commina una sanzione per l'inadempimento consistente in una prestazione che il contraente inadempiente dovrà effettuare all'altro indipendentemente dal danno da quest'ultimo sofferto».

negoziali in cui l'amministrazione, a causa del ruolo autoritativo di cui è dotata quale soggetto pubblico, si pone in posizione di supremazia rispetto alla controparte.

Già solo questo profilo di differenziazione, lascerebbe immaginare che l'eventuale clausola penale inserita all'interno degli "accordi" (*latu sensu* intesi), acquista una funzione – e quindi una natura – diversa, a seconda del piano degli interessi in gioco.

Tale conclusione, peraltro, è il dato dirimente su cui si fonda la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, Sezione IV, del 3 dicembre 2015, numero 5510, la quale evidenzia come la Legge 7 agosto 1990 numero 241, disciplinando all'articolo 11 gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, richiami «sotto la comune dizione di "accordi", […] sia moduli più propriamente procedimentali, cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio della potestà, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico – secondo una definizione comunemente invalsa – in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà». Per l'effetto di questa distinzione, si registra un'applicazione «asimmetrica» dei principi civilistici delle obbligazioni e dei contratti, a seconda della tipologia di accordo, atteso che, la disciplina dell'articolo 11 in questione si applica sia agli accordi che presentano contenuto patrimoniale, sia – con maggiori ed evidenti restrizioni – a quelli che difettano di ogni «substrato patrimoniale»[9].

A questo proposito, la giurisprudenza ha già avuto più volte modo di affermare (vedi Consiglio di Stato, V sezione, sentenza 5 dicembre 2013 numero 5786 e sentenza 14 ottobre 2013 numero 5000) che, «fermi i casi di contratti di diritto privato – come i contratti d'appalto – (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico (quali sono le convenzioni che accedono alle concessioni di pubblici servizi) l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che "non diversamente previsto"». Il Consiglio di Stato, sempre nella succitata sentenza, precisa in tal senso che «nel caso delle convenzioni che accedono all'esercizio di potestà amministrativa concessoria - dove è chiara la natura latamente contrattuale dell'atto bilaterale, stante la regolazione di aspetti patrimoniali - ben possono trovare applicazione le disposizioni in tema di obbligazioni e contratti. Tuttavia, tale applicazione non può esservi, se non considerando la persistenza (ed immanenza) del potere pubblico, dato che l'atto fondativo del rapporto tra amministrazione e concessionario non è la convenzione, bensì il provvedimento concessorio, rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario, idoneo alla regolazione (subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto».

Da quanto sin qui esposto (e per rispondere alla prima parte del quesito) consegue che l'istituto della "penale" in diritto amministrativo, con specifico riferimento alle convenzioni che accedono alle convenzioni di diritto pubblico, non può essere apoditticamente ricondotto

[9] Si ricordi peraltro che, secondo una pacifica ricostruzione, uno dei dati salienti di differenziazione tra lo strumento contrattuale e la convenzione è proprio quello afferente alla patrimonialità degli interessi sottesi. Una patrimonialità che è espressamente prevista (e quindi necessaria) all'interno del rapporto contrattuale *ex* articolo 1321 del codice civile (il quale, come noto, individua il contratto come «l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale») ma che invece può anche mancare nella convenzione. Essa, infatti, pur essendo un accordo di natura contrattuale tra due o più soggetti, è atta a regolare aspetti di comune interesse anche di natura non patrimoniale.

alla figura contrattuale della clausola penale (articolo 1382-1384 del codice civile)[10], ma deve innanzi tutto trovare il proprio fondamento nel regime di diritto pubblico governante il rapporto concessorio. Ed infatti, continua la succitata sentenza: «l'istituto della "penale", presente nelle ipotesi di esercizio di potere amministrativo ampliativo della sfera giuridica dei privati ha certamente natura sanzionatoria e salvaguarda il raggiungimento delle finalità di pubblico interesse sottese all'esercizio del potere. Nel rapporto concessorio (ed in particolare, nel caso della concessione cosiddetta traslativa, di esercizio di funzioni o servizi pubblici), il perseguimento del pubblico interesse del quale l'amministrazione è fatta titolare avviene anche per il tramite dell'attività del privato, di modo che - laddove questo non si conformi alle regole imposte dal provvedimento concessorio e dalla convenzione a questo accessiva - l'irrogazione della penale prevista costituisce appunto sanzione per una condotta tenuta o un evento prodotto non conformi al pubblico interesse. Il bene giuridico inciso non è, dunque, il patrimonio della pubblica amministrazione, bensì il più generale interesse pubblico che costituisce ad un tempo la ragione causale della concessione ed il fine al quale deve essere orientata l'azione del privato concessionario (al di là delle ovvie finalità individuali). Di conseguenza, la penale costituisce la **sanzione** per la lesione arrecata all'interesse pubblico, quell'interesse - come si è detto - che sorregge sul piano motivazionale l'adozione stessa del provvedimento concessorio»[11].

Per quanto invece specificamente concerne i contratti d'appalto, il Consiglio di Stato, V Sezione, con sentenza 11 dicembre 2014 numero 6094, ha affermato che: «Nell'ordinamento dei contratti pubblici, la penale per gli appalti di servizi e forniture non trova una disciplina compiuta. L'articolo 5, lettera m) del codice dei contratti pubblici demanda alla disciplina regolamentare l'individuazione dell'entità delle penali e le modalità applicative. […] In mancanza di una regolamentazione di carattere generale per servizi e forniture, le penali restano disciplinate da regolamenti e capitolati speciali in vigore per le singole amministrazioni e in via residuale dalla disciplina recata dal codice civile per la clausola penale (articolo 1382 c.c.)». Ciò in poche parole significa che, in assenza di specifica disciplina regolamentare, nel caso dei contratti di appalto, la natura della clausola penale sarà la medesima rinvenibile dalle norme di diritto civile, con le varie sfaccettature del caso, evidenziate all'inizio di questo lavoro.

---

[10] Ferme comunque restando, a mio avviso, le problematicità intrinseche che tale istituto incontra anche nel diritto civile.

[11] Il Consiglio di Stato precisa inoltre che: « […] la lesione arrecata ben può consistere anche in un danno di natura patrimoniale arrecato alla pubblica amministrazione, o, più precisamente, nel danno conseguente all'inadempimento (o al non esatto adempimento) di una obbligazione assunta in convenzione. Ma, in tali ipotesi, la penale svolge una duplice funzione:
- quella (primariamente) di sanzione per l'interesse pubblico violato (cui, nel rapporto concessorio, anche il danno patrimoniale si ricollega direttamente);
- quella più squisitamente civilistica (ex art. 1382 c.c.) di determinazione preventiva e consensuale della misura del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento di una determinata prestazione, salvo che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore"». A mio avviso però, tale configurazione non esclude peraltro che, ai fini della verifica dei presupposti per l'irrogazione della penale, possano trovare applicazione le ulteriori disposizioni civilistiche in tema di penale. E dunque, la possibilità che sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore – come fra l'altro dimostrano gli art. 13 e 15 del Regolamento del capitolato speciale d'appalto (oggetto peraltro di approfondimento in Consiglio di Stato, sentenza 11 dicembre 2014, numero 6094)

Le considerazioni suesposte, non sono scevre da conseguenze in termini di **competenza giurisdizionale**. Bisognerebbe infatti rettamente intendersi circa il possibile (*rectius* necessario) riparto di giurisdizione che deriva dalle controversie aventi ad oggetto la valutazione di una clausola penale, a seconda che questa acceda ad un contratto di appalto o ad una convenzione accessiva ad una concessione di servizi pubblici.

Per ciò che attiene ai contratti di appalto stipulati con la pubblica amministrazione, è noto – dallo studio delle norme del codice dei contratti (decreto legislativo 12 aprile 2006, numero 163), ed, in particolare, degli articoli 244, 245 e 246 dello stesso, nonché dall'esame delle pronunce di giurisprudenza consolidata – che appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie insorte nella fase precedente alla stipula del contratto da parte di soggetti comunque tenuti al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica prescritti dalla normativa comunitaria e nazionale, mentre sono devolute al giudice ordinario le controversie che sorgano nella fase successiva all'esecuzione del contratto (come per l'appunto il valore della clausola penale eventualmente stipulata nello stesso). Più nello specifico e da ultimo, il Consiglio di Stato, V sezione, con sentenza 1 agosto 2015 numero 3780, si è pronunciato in modo molto chiaro con riguardo proprio ad una controversia avente ad oggetto una clausola penale inserita in un contratto di appalto. Si legge in sentenza che: «il giudice ordinario sia dotato di giurisdizione nelle controversie che riguardano l'esecuzione di obbligazioni nascenti da un contratto di appalto, le conseguenze dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali del gestore e i connessi profili risarcitori» e che: «la controversia avente ad oggetto la valutazione di una clausola penale, avente funzione di strumento di commisurazione del danno derivante dall'inadempimento appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto inerente appunto ai diritti derivanti dal contratto».[12]

Per ciò che invece attiene il riparto di giurisdizione in materia di convenzioni che accedono alle concessioni di servizio pubblico, la norma di riferimento è individuata dal comma 1, lettera c) dell'articolo 133 del codice del processo amministrativo, il quale dispone che «sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi». È quindi dato pacifico che per radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non sia sufficiente che si versi in materia di servizi pubblici ma il servizio deve avere formato oggetto di concessione amministrativa, poiché occorre pur sempre che la Pubblica Amministrazione abbia agito nello specifico esercitando il proprio potere autoritativo (come ha recentemente ribadito il Consiglio di Stato nella già citata sentenza 3780 del 2015).

Immagino, infine, che possano insorgere dei conflitti di giurisdizione tra il giudice amministrativo e la Corte dei Conti ogniqualvolta la clausola penale si possa configurare come risarcitoria del danno erariale nei confronti della pubblica amministrazione da parte del

[12] Che la giurisdizione del giudice ordinario in merito all'esecuzione di contratti di appalto sia ormai un dato assodato, viene dimostrato dall'univoco orientamento giurisprudenziale in tal senso. Vedi *ex multis*, Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 4 febbraio 2009, numero 2634 (la quale afferma che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende a tutte le controversie legate alla fase che intercorre tra la pubblicazione del bando di gara e l'aggiudicazione definitiva, mentre restano attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative alla fase esecutiva dell'appalto); Vedi anche Consiglio di Stato, VI sezione, sentenza 10 settembre 2008, numero 4309; Consiglio di Stato, V sezione, sentenza 11 gennaio 2006, numero 39; Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 5 settembre 2005, numero 6.

concessionario di servizio pubblico (a nulla rilevando che questi sia un ente privato). Potrebbe in questi casi ravvisarsi un problema di *bis in idem* (tra giudice amministrativo e Corte dei Conti) se il rapporto che si viene a creare tra l'ente pubblico e il soggetto incaricato di svolgere il servizio pubblico è un rapporto che rende il privato compartecipe dell'attività amministrativa[13], giacché le funzioni svolte sono funzioni proprie dell'ente pubblico espletate in virtù del rapporto stesso che lo lega all'amministrazione.

[13] Come ad esempio avviene nel rapporto che lega l'esattore concessionario per la riscossione di tributi locali e il Comune (vedi Corte dei Conti, Sentenza numero 3856 del 2011).