

I CONTRATTI ALEATORI E LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. VERSO UN NUOVO CONCETTO DI ALEATORIETÀ?

di Federico Coppola (*)

Abstract: L'articolo ricostruisce gli orientamenti sulla legittimazione contrattuale degli enti locali, indagando la stipulabilità o meno di contratti aleatori da parte degli enti pubblici. Numerosi indici normativi contenuti del codice degli appalti pubblici, nonché il divieto di speculazione derivante dalle disposizioni in tema di contratti derivati, fanno propendere per una risposta negativa, sebbene con talune precisazioni e talune eccezioni costituzionalmente ammissibili.

The article reconstructs the orientations on the contractual legitimacy of local authorities and investigates the feasibility of aleatory contracts by public entities. Various normative indicators in the Public Contracts Code, as well as the prohibition of speculation arising from provisions on derivative contracts, lean towards a negative answer, although with certain clarifications and constitutionally admissible exceptions.

Sommario: 1. *La legittimazione contrattuale degli enti locali e i vincoli di finanza pubblica.* – 2. *Segue: I limiti alla capacità contrattuale degli enti pubblici, in particolare i vincoli derivanti dalle norme in materia di finanza pubblica.* – 3. *Sul concetto di contratto aleatorio.* – 4. *Il nuovo principio di conservazione dei contratti pubblici.* – 5. *La disciplina dei pagamenti della p.a.* – 6. *La vicenda dei contratti derivati stipulati dagli enti locali.* – 7. *Verso una nozione autonoma di alea per la p.a.?* – 8. *Segue: Ricadute applicative.* – 9. *Le eccezioni che confermano la regola.* – 10. *Conclusioni.*

1. *La legittimazione contrattuale degli enti locali e i vincoli di finanza pubblica*

Nessuno dubita più, oramai, della generale capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, anche se, ancora oggi, è controversa la sussistenza o meno di determinati limiti. Prima di svolgere alcune riflessioni riguardo alla possibilità di concludere contratti aleatori da parte della p.a., è utile ripercorrere brevemente le differenti teorie che nel tempo si sono succedute sul tema, più generale, della sua legittimazione contrattuale. Ciò permetterà di contestualizzare e fondare nel sistema giuridico la soluzione che s'intende dare al problema.

Un primo risalente filone di pensiero (1) ritiene che lo Stato e gli enti pubblici territoriali abbiano una capacità contrattuale limitata alle espresse previsioni legislative autorizzative in tal senso (2). Il ragionamento è chiaro: se i poteri autoritativi della p.a. soggiacciono al principio di legalità, allora deve soggiacervi anche la capacità contrattuale, in quanto è pur sempre un (altro) modo di perseguire e soddisfare le finalità di pubblico interesse e, dunque, è necessaria una previsione che positivamente "conceda" la capacità contrattuale per quel singolo atto. Ulteriore conseguenza di quest'impostazione è che gli enti pubblici possono servirsi solamente di strumenti tipici legislativamente previsti, con esclusione di quelli atipici, salva una diversa previsione che autorizzi la p.a. a stipulare anche tali contratti (3).

Una seconda corrente dottrinale adotta un approccio completamente speculare, ritenendo che la p.a. abbia sempre una capacità contrattuale generale, salva un'espressa previsione di legge in senso negativo (4). Questa tesi è una rea-

(*) F. Coppola è dottorando in Scienze giuridiche presso l'Università degli studi di Milano Bicocca.

(1) Peraltro, nemmeno più conforme all'attuale quadro normativo.

(2) Per l'impostazione tradizionale, v. S. Romano, *Poteri, potestà*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 172; G. Mantellini, *Lo Stato e il Codice civile*, vol. II, Firenze, Barbera, 1882, 353 e 661 ss., le cui idee sono state commentate anche da A. Sandulli, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1950*, Milano, Giuffrè, 2009, 42; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, rist. 1960, 200 ss.; B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483; A. Bononi, voce *Contratto amministrativo*, in *Digesto it.*, vol. VIII, 422. Sulle posizioni della dottrina dell'epoca, invece, v. A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, 2^a ed., 1549.

(3) In questo senso si è espresso M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, 4 ss., e anche Tar Veneto 25 maggio 2000, n. 1326, in *Dir. amm.*, 2021, 533, con nota di G. della Cananea, *La legittimazione contrattuale degli enti locali*.

(4) Per questa posizione, v. M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, 461 ss.; V. Cerulli Irelli, *Prima lezione di diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2021, 87; R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale breve di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2009, 479. In senso analogo, nella dottrina privatistica, V. Roppo, *Trattato del contratto. VI. Interferenze*, Milano, Giuffrè, 2006, 909, che rinviene la conferma di quest'impostazione nell'art. 1, c. 1-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, che afferma che "l'amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente", esplicitamente riconoscendo una capacità contrattuale generalizzata alla p.a. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073.

zione dovuta all'insoddisfazione di quella precedente, stante la crescente esigenza per gli enti pubblici di utilizzare strumenti contrattuali non sempre previsti dalle leggi, compresi i contratti atipici. Come viene fatto notare (5), ciascuna tesi è figlia del tempo in cui fu proposta, in quanto la prima è di fine Ottocento e la seconda di metà Novecento. Quest'ultimo periodo è stato caratterizzato da una grande crescita economica e da un aumento esponenziale dei traffici giuridici, ragione della predetta insoddisfazione limitatrice delle potenzialità dell'agire pubblico. Siffatta impostazione, peraltro, parrebbe risultare avvalorata dal recente art. 8 del codice dei contratti pubblici, che riconosce una capacità contrattuale generale in capo alla p.a., anche per gli atti gratuiti, salvo espresso divieto di legge. Tuttavia, come si cercherà ora di porre in evidenza, non pare decisiva nemmeno questa norma, poiché non idonea a tutelare adeguatamente gli interessi pubblici a cui, comunque, la contrattazione della p.a. deve informarsi (6).

La critica che viene oggi mossa all'impostazione appena riferita è di non tenere in debita considerazione le peculiarità istituzionali e ineliminabili che connotano intrinsecamente l'agire degli enti pubblici. Non sarebbe corretta, né coerente con i valori del nostro ordinamento, una parificazione *tout court* tra gli enti pubblici e una qualsiasi altra persona giuridica, poiché, comunque, gli enti pubblici presentano innegabili profili di specialità che giustificano una soluzione in parte diversa. Muovendo da queste premesse, l'opinione più moderna ritiene che gli enti pubblici non possano stipulare o concludere validamente tutti quegli atti estranei al perseguimento di finalità di pubblico interesse (7). L'agire della pubblica amministrazione, a prescindere dallo strumento giuridico con cui venga realizzato, è finalizzato al perseguimento del pubblico interesse e, quindi, non si possono disapplicare tutte le norme che lo presidiano (8). Questo approccio può definirsi funzionale, nel senso che, a prescindere dalla struttura dello strumento giuridico prescelto, autoritativo o consensuale, l'amministrazione non può svincolarsi dalle norme che disciplinano la cura degli interessi pubblici.

Peraltro, a confermare la bontà di quest'ultima tesi, si può aggiungere che un simile modo di ragionare non è del tutto estraneo all'ordinamento. Nella diversa materia del diritto commerciale, infatti, prima della riforma del 2003, l'opinione tradizionale riteneva che gli enti societari, il cui fine è il c.d. lucro soggettivo, non avessero la capacità giuridica di donare (9). Questo divieto non era sancito da alcuna norma espressa ma, al contrario, veniva desunto

(5) Sul tema, v., diffusamente, G. della Cananea, *La legittimazione*, cit.

(6) Peraltro, la necessità di adattare la disciplina di legge alle concrete esigenze istituzionali degli enti pubblici è da sempre avvertita, come rileva A. Benedetti, *L'eredità della "sentenza Cattolica" delle Sezioni unite in tema di contratti in strumenti derivati dei comuni*, in questa *Rivista*, 2022, 4, 62, che afferma che "il raccordo tra le norme contabili/finanziarie e quelle sulla contrattualità delle amministrazioni pubbliche è stato da sempre uno snodo problematico, in ragione della necessità di contemperare la disciplina sulla corretta gestione del denaro pubblico e quella dell'assunzione di obblighi di natura patrimoniale verso i terzi".

(7) A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 435. Per l'A., l'attività amministrativa di diritto pubblico era "ordinaria", diversamente dall'attività amministrativa di diritto privato; F.G. Scoca, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. giur. Agg.*, vol. VI. Secondo G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, 2ª ed., 21-114, la distinzione si fonda sulla partecipazione necessaria o eventuale dello Stato o di un altro pubblico potere. Nella riflessione giuridica inglese, una posizione simile è stata formulata da T. Daintith, *Contractual discretion and administrative discretion: A unified analysis*, in *Modern Law Review*, 2005, 554, secondo cui l'analogo trattamento giurisdizionale della discrezionalità amministrativa non è in contrasto con la distinzione tra il diritto pubblico e quello privato.

(8) Scrive G. della Cananea, *La legittimazione*, cit., 539 che «l'assunto su cui tale ricostruzione si fonda è il carattere unitario dello statuto giuridico "applicabile all'attività amministrativa come tale, ... [puntini nel testo] quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni, contratti) sicché l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici ... [puntini nel testo] è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa, segnatamente i principi di buon andamento e imparzialità, declinati dalle disposizioni legislative nel senso dell'economicità e dell'efficacia. Essi fungono da vincoli in senso sia positivo, sia negativo, a seconda dei casi imponendo, legittimando o vietando determinate condotte o comunque incidendo sulla possibilità che esse producano effetti riconosciuti dall'ordinamento giuridico».

(9) In dottrina, nel previgente regime giuridico, v. per tutti B. Biondi, *Le donazioni*, Torino, Utet, 1961, 222. In giurisprudenza, v. App. Roma, Sez. II, 21 giugno 2007, che afferma che "sebbene la natura lucrativa di una società di capitali impedisce che la stessa possa compiere donazioni – intese quali atti di liberalità caratterizzati in quanto tali dall'animus donandi – deve rilevarsi che anche un'attribuzione a titolo gratuito può essere preordinata al soddisfacimento di un interesse patrimoniale del soggetto che la compie, si pure mediato e indiretto, ma giuridicamente rilevante, al punto da escludere il carattere di liberalità dell'attribuzione. Si tratta, in particolare, di negozi traslativi atipici che, in quanto sorretti da una causa lecita – dimostrata nella specie – trovano fondamento nel principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322, comma secondo, c.c. Ciò posto, per la sola mancanza di controprestazioni contrattuali esigibili, non possono essere considerati contrari o estranei al conseguimento dell'oggetto sociale della società che li ha compiuti, gli interventi gratuiti di una società a favore di un'altra giuridicamente autonoma dalla prima".

Come accennato, dopo la riforma del diritto societario avvenuta nel 2003, ai sensi del novellato art. 2384 c.c. l'oggetto sociale non costituisce più un limite generale al potere di rappresentanza degli amministratori, i quali possono compiere anche atti che esulano dal suo contenuto, salva la loro responsabilità nei rapporti sociali, qualora cagionino un danno alla società. In questo senso si è espresso Cnn, studio n. 26-2010/I approvato in data 15 aprile 2010, "Atti gratuiti e scopo lucrativo", est. Ruotolo, come segue: "se la capacità d'agire della società è generale e se la stessa agisce per il tramite dei suoi amministratori rappresentanti, questi hanno anche il potere di porre in essere negozi di donazione, ferma restando la loro responsabilità nei confronti della società quando l'atto si dimostri non strumentale rispetto all'oggetto sociale". Detto studio perimetra la questione alla compatibilità della donazione con lo scopo di lucro e distingue: per le società di capitali, il problema si riduce alla responsabilità degli organi sociali, salva la capacità a donare, mentre per le società di persone sarebbero necessarie maggiori cautele, considerato il limite alla rappresentanza degli amministratori, circoscritta agli atti che rientrano nell'oggetto sociale, ai sensi dell'art. 2298 c.c.

dall'incompatibilità tra il fine lucrativo e la possibilità di rinvenire in capo alla società il c.d. *animus donandi*, proprio per il fine lucrativo qualificante l'ente.

2. Segue: I limiti alla capacità contrattuale degli enti pubblici, in particolare i vincoli derivanti dalle norme in materia di finanza pubblica

Coerentemente con il fine istituzionale di cura dell'interesse pubblico che connota l'agire amministrativo, vi sono due categorie di limiti alla capacità contrattuale della p.a.: quelli procedurali (10) e quelli sostanziali. Delimitando l'indagine solamente ai secondi, la dottrina ha meglio perimetrato e specificato il concetto di "non perseguimento dell'interesse pubblico".

In una prima direzione, sostanzialmente tautologica, si ha il divieto di porre in essere atti puramente egoistici, al pari di quanto potrebbero fare i privati tra di loro (11).

In una seconda direzione, ben più interessante, vi è il problema circa la capacità di donare degli enti pubblici (12). In contrapposizione all'orientamento richiamato in precedenza, che sostiene una legittimazione generale da parte della p.a., si ha la posizione più moderna che, conformemente anche al dettato costituzionale, distingue diverse situazioni (13). Innanzitutto, si deve partire dal rilievo che i diritti riguardanti i beni pubblici non possono essere alienati finché perdura la destinazione a uno o più scopi di pubblica utilità. Soltanto se viene meno l'idoneità a perseguire non solo lo scopo o gli scopi pubblici a cui originariamente il bene era destinato, ma anche qualunque altro scopo pubblico perseguibile tramite quel bene, viene meno il vincolo di destinazione, come risulta confermato dall'art. 42, c. 1, Cost., che sancisce che la proprietà pubblica è assoggettata a un regime giuridico a sé stante, distinto e più rigido rispetto a quello della proprietà privata. Per esemplificare, in un caso recente un ente locale ha potuto validamente donare un immobile a favore del Corpo dei vigili del fuoco al fine di assicurare la presenza di un'unità operativa all'interno del proprio territorio (14). Ciò è stato ritenuto legittimo in quanto non è venuta meno la destinazione a pubblica utilità del bene, ma è solo cambiato lo scopo pubblico che si sta perseguendo. Diverso sarebbe stato nel caso in cui la donazione fosse stata fatta a favore di un privato, poiché l'immobile poteva avere ancora un'utilità per il perseguimento di fini pubblici (15).

Un ulteriore limite che s'intende individuare e indagare con la presente indagine è rappresentato dall'impossibilità di stipulare contratti aleatori da parte della p.a. Il tema fino ad ora è stato analizzato specificatamente in relazione ai contratti derivati, ma non in una prospettiva più ampia che prenda in considerazione il *genus* dei contratti aleatori, di

Più netta Cass. 21 settembre 2015, n. 18449, in *Giur. it.*, 2016, 1151, con nota di F. Occeci, *Donazioni effettuate da società, atti gratuiti e scopo di lucro*, la quale ha stabilito che "lo scopo di lucro e l'oggetto sociale non costituiscono un limite alla capacità giuridica delle società, ma piuttosto un limite ai poteri di gestione e di rappresentanza degli organi sociali. Ne consegue che le società hanno la capacità giuridica generale di essere parte di qualsiasi atto o rapporto giuridico, tranne quelli che presuppongano l'esistenza di una persona fisica, tra i quali non rientra il contratto di donazione".

(10) Sul tema, in dottrina, v. per tutti A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999, 20 ss., la quale fa una ricognizione delle disposizioni derogatorie, recenti e meno recenti; V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 218. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. II, 21 aprile 2000, n. 5234; Cons. Stato, Sez. VI, 13 novembre 2002, n. 6281, che al par. 3 afferma che "per gli Enti Pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'Ente, ma, invece, è strettamente correlata allo svolgimento [...] di procedure definite in modo compiuto dal legislatore".

(11) Il limite, si può dire, è classico e connotato all'esistenza stessa del diritto amministrativo. Per tutti, v. F. Cammeo, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, 1900, 4; A. Amorth, *op. cit.*, 435 ss.

(12) Mentre, al contrario, è pacifica la possibilità di ricevere donazioni per l'ente pubblico: v. Trib. Pavia 29 marzo 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 1970, con nota di richiami.

(13) Per questi rilievi in relazione alla destinazione pubblicistica e vincolata dei beni appartenenti alla pubblica amministrazione, v. i contributi fondamentali di G. della Cananea, *I beni pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, 171, e, conformemente, anche M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 459; S. Cassarino, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1962.

(14) Corte conti, Sez. contr. reg. Piemonte, n. 16/2020, con richiami a Cass. 7 dicembre 1970, n. 2589. In senso analogo si è espressa anche Cass. 16 giugno 1962, n. 1525, in *Mass. giur. it.*, 1962: "Nel nostro ordinamento positivo non esiste una norma che sancisca la incapacità a donare delle persone giuridiche pubbliche; gli atti di liberalità da esse compiuti sono validi purché siano diretti al conseguimento di fini di pubblico interesse, anche se lo scopo, che l'ente tende a perseguire in concreto con l'atto di liberalità, non rientra fra i suoi fini istituzionali, ma coincida con quelli cui è diretta l'attività dello Stato o di un altro ente pubblico".

In senso opposto, aderendo alla richiamata opinione in forza della quale gli enti pubblici non potrebbero mai stipulare validamente delle donazioni, v. Cass. 16 dicembre 1996, n. 11311, in *Contratti*, 1997, p. 460, con nota di G. Bonilini, *Preliminare di donazione di beni futuri da parte di enti pubblici*, che afferma che: "L'atto con il quale una PA, a mezzo di contratto stipulato da un pubblico funzionario, si obblighi a cedere gratuitamente al demanio dello Stato un'area di sua proprietà, nonché un'altra area che si impegni ad espropriare, costituisce una donazione nulla, sia perché, pur avendo la PA la capacità di donare, non è ammissibile la figura del contratto preliminare di donazione, sia perché l'atto non può essere stipulato da un funzionario della PA (possibilità limitata dall'art. 16 r.d. n. 2440 del 1923 ai soli contratti a titolo oneroso), sia perché l'art. 771 c.c. vieta la donazione di beni futuri, ossia dell'area che non rientra nel patrimonio dell'amministrazione "donante" ma che la stessa si impegna ad espropriare".

(15) Come afferma G. della Cananea, *La legittimazione*, cit., 551, che riporta l'esempio in cui la donazione al privato può essere fatta previa cessazione di idoneità del bene a servire all'uso pubblico, come il caso di un bus che non può più trasportare cose o persone, il quale ben potrebbe essere donato a un privato per un'esposizione, per esempio.

cui i derivati sarebbero solo una *species*. Si ritiene, infatti, che “*un ente locale non può instaurare un rapporto giuridico siffatto per il semplice motivo che l’assunzione di un rischio come quello che contraddistingue i contratti relativi agli strumenti finanziari derivati di tipo speculativo è del tutto incompatibile con i suoi fini istituzionali: opinare diversamente equivarrebbe ad ammettere che coloro i quali amministrano un ente possano giocare al casinò o alla lotteria con i soldi dei contribuenti*” (16).

Un’indicazione di respiro più generale deriva da una recente e importante sentenza che, affermando la nullità dei contratti derivati conclusi dagli enti locali, ha, inoltre, stabilito che “*i contratti derivati, in quanto aleatori, sarebbero già di per sé non stipulabili dalla P.A., poiché l’aleatorietà costituisce una forte disarmonia nell’ambito delle regole relative alla contabilità pubblica, introducendo delle variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa*” (17).

La limitazione in parola discenderebbe dal principio di equilibrio del bilancio pubblico di cui agli artt. 126 Tfue, 81, 97 e 119 Cost., nonché all’art. 191 Tuel, che costituirebbe l’applicazione delle predette norme. Il rispetto dell’equilibrio finanziario implica una gestione prudente dei soldi pubblici, con vincoli di spesa che possano essere sostenibili nel lungo periodo. Un corollario di questa impostazione, come si avrà modo di analizzare, è che la spesa pubblica dev’essere anche prevedibile, oltre che prudente. L’equilibrio finanziario, si è detto, è ben di più di un vincolo macroeconomico, è una norma di tipo proibitivo, volta ad assicurare la stabilità delle finanze pubbliche dalla cui violazione discende addirittura la nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa *ex art. 1418 c.c.* (18).

A quest’impostazione non si può obiettare che, così facendo, si lederebbe l’affidamento dei privati riposto nella validità del contratto concluso con la p.a. In altre parole, non pare che sia accoglibile la critica per cui i privati non possono sapere se un contratto è rispetto dell’equilibrio finanziario della p.a. Innanzitutto, si deve ricordare come l’iniziativa economica privata, ai sensi dell’art. 41 Cost., “*non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale*” e, dunque, nel bilanciamento delle posizioni contrapposte gli interessi del privato soccombono di fronte a quelli della collettività. Il tema, inoltre, è quello delle c.d. nullità virtuali, ossia tutte quelle nullità che non sono testualmente previste dal legislatore ma sono ricavabili dai principi del sistema giuridico e che, come tali, non sono mai riconoscibili dal mero confronto col il testo legislativo (19).

3. Sul concetto di contratto aleatorio

Come si è già detto, con la presente analisi s’intende sostenere che la p.a. non può stipulare validamente nessun contratto aleatorio, non solo i contratti derivati. Fermo restando che questa limitazione pare già discendere dalle norme in tema di equilibrio finanziario, occorre ora ripercorrere brevemente quali sono i concetti di alea che la dottrina civilistica ha elaborato e, successivamente, proseguire considerando alcune importanti norme al fine di verificare se sia ricavabile una nozione di aleatorietà diversa da quelle tradizionali già proposte. Si può già anticipare che si crede che la nozione di contratto aleatorio ricavabile sia più ampia e ben diversa da quella (solamente) emergente dal codice civile. Questo risultato non deve stupire, poiché l’obiettivo che il legislatore ha inteso perseguire tramite la predisposizione delle norme sulla finanza pubblica è finalisticamente orientato, cioè ha una precisa direzione: il mantenimento dell’equilibrio di bilancio degli enti pubblici, vincolo ovviamente assente nella contrattazione tra privati. La protezione del denaro pubblico si crede che possa giustificare una nozione di aleatorietà vietata molto ampia senza, tuttavia, mortificare eccessivamente l’attività contrattuale della p.a.

(16) In questo senso, espressamente, G. della Cananea, *La legittimazione*, cit., 553, e in senso analogo A. Scognamiglio, *La ristrutturazione del debito degli enti pubblici e il problema dei derivati*, in *Dir. banc.*, 2014, 168-170.

(17) Il riferimento è a Cass., S.U., 12 maggio 2020, n. 8770, in questa *Rivista*, 2020, 4, 300, con nota di A. Mazzeri, *I requisiti di validità dei contratti Irs stipulati dagli enti locali*. Si deve, peraltro, precisare che probabilmente l’inciso richiamato altro non è che un *obiter dictum* all’interno del percorso motivazionale della sentenza; tuttavia, è quantomeno sintomatico e degno di nota ai fini della presente ricerca.

(18) G. della Cananea, *La legittimazione*, cit., 541, il quale richiama puntualmente la normativa di settore: «*Per assicurare il rispetto dell’equilibrio finanziario, è richiesto che il regolamento finanziario vi faccia riferimento (articolo 153), che il bilancio sia deliberato in pareggio finanziario (articolo 162, sesto comma), che le spese correnti siano coperte dalle entrate correnti, con esclusione dell’indebitamento, utilizzabile soltanto per le spese di investimento (articolo 204). Le norme di legge attribuiscono al consiglio – in quanto organo rappresentativo della maggioranza e delle minoranze – le potestà riguardanti la programmazione finanziaria e l’adozione degli atti di spesa idonei a produrre effetti per più di un esercizio finanziario (articolo 42, secondo comma, lettere b) e i)), gli impongono di provvedere al riequilibrio in caso di variazioni di segno negativo (articolo 153), richiedono che l’intero sistema di controllo interno sia diretto a “garantire il costante controllo degli equilibri finanziari della gestione” (articolo 147, secondo comma)».*

(19) Sul punto, tra i tanti, v. G. D’Amico, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732; S. Pagliantini, *L’irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un’eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 169; A. Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell’attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corriere giur.*, 2008, 107; F. Denozza, “*Principle vs. policy*”: *spunti sui contratti a valle e sulla nullità “regolatoria”*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, 670; V. Roppo, G. Afferini, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 25; V. Roppo, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, *ivi*, 2008, 536; G. Facci, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede*, in *Contratto e impr.*, 2012, 1415; G. Vulpiani, *Nullità virtuale e valutazione degli interessi sottesi*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, 760; P. Santoro, *Sulla c.d. nullità “virtuale” in caso di “reato in contratto”*, in *Foro it.*, 2022, 102.

L'impostazione tradizionale, influenzata anche dal codice civile del 1865, ritiene che siano aleatori quei contratti il cui risultato economico è incerto. Le parti non sanno *a priori* se l'operazione sarà economicamente vantaggiosa o svantaggiosa (20).

A questa concezione, definita di c.d. alea in senso economico, si contrappone quella della c.d. alea in senso giuridico, che parte dal presupposto che in ogni contratto, specialmente quelli a c.d. esecuzione differita, esista un'oscillazione tra il valore della prestazione dedotta in contratto e la variazione del suo *quantum* al momento dell'esecuzione. In altre parole, in ogni contratto si ha un'alea economica definita c.d. alea normale, nel senso che in ogni operazione le parti sono esposte al fisiologico rischio di variazione del valore o delle condizioni di mercato e in relazione al tipo contrattuale concluso (21). Pertanto, l'alea dovrebbe essere intesa in senso giuridico, ossia, ferma restando la possibile oscillazione di valori, si deve valutare se lo scambio giuridico sia programmato tra due prestazioni in maniera reciproca, legate dal vincolo della commutatività, ovvero se lo scambio è tra una prestazione certa e una prestazione incerta nell'*an* o nel *quantum* (22). L'evento da cui dipende l'alea, a seconda del suo verificarsi o meno, avvantaggerà e svantaggerà specularmente l'una o l'altra parte.

Infine, una recente opinione ritiene che il problema dell'aleatorietà sia sostanzialmente di interpretazione e di ricostruzione della volontà delle parti. Il contratto aleatorio sarebbe incompleto, nel senso che le parti non hanno espresso e hanno rinunciato a esprimere un giudizio sul valore delle reciproche attribuzioni al momento del suo perfezionamento. Viceversa, nei contratti commutativi il contenuto contrattuale è compiuto ed è frutto del valore espresso dai contraenti (23).

Semplificato ed illustrato così il complesso panorama dottrinale, occorre valutare se una di queste concezioni di aleatorietà si attagli alle peculiarità della contrattazione privata con la p.a. o se, invece, possa esservi una nozione autonoma e diversa quale espressione della più ampia esigenza di conservare l'equilibrio di bilancio. Per valutare ciò, oltre alla già richiamata normativa costituzionale e contabile, si analizzeranno alcune norme del codice dei contratti pubblici e il divieto di conclusione di contratti derivati.

4. Il nuovo principio di conservazione dei contratti pubblici

Il nuovo codice degli appalti pubblici all'art. 9 detta un principio generale in forza del quale i contratti devono essere equilibrati, concedendo il diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza. La norma s'inserisce in un dibattito molto ampio, che coinvolge temi di teoria generale del contratto come quelli della giustizia e dell'equilibrio dello scambio contrattuale e della rinegoziazione (24).

(20) G. Osti, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. IV, 496; F. Messineo, *Il contratto in genere*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1968, 774; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1978, 244 ss.; L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto civile italiano*, Napoli, Esi, 2011, 209 ss.; A. Boselli, *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 770; L. Barassi, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1954, 289 ss.; L. Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, Vallardi, 1942, 83 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., Sez. I, 26 gennaio 1993, n. 948, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3023, con nota di M. Costanza, *Minimo garantito o rinuncia alla revisione dei prezzi*; 7 giugno 1991, n. 6452, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in genere*, n. 401; 31 maggio 1986, n. 3694, *ibidem*, n. 335; 9 aprile 1980, n. 2286, in *Giust. civ.*, 1980, I, 1503; 8 agosto 1979, n. 4626, in *Rep. Giur. it.*, 1979, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 265; 22 ottobre 1977, n. 4547, in *Mass. Giust. civ.*, 1977.

(21) Per la critica all'impostazione precedente, v. A. Pino, *Il contratto aleatorio, contratto commutativo e alea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1221 ss. e 1228; Id., *Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia*, *ibidem*, 352; G. Di Giandomenico, *Il contratto e l'alea*, Padova, Cedam, 1987, 48.

(22) Il contributo fondamentale sul tema è di R. Nicolò, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, vol. II; ma la posizione è assolutamente maggioritaria in dottrina. Tra i tanti, v. T. Ascarelli, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa ecc.*, 1958, I, 440; E. Gabrielli, *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, *ivi*, 1986, I, 578; A. Boselli, voce *Alea*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I; F. Cariota Ferrara, *Contratti aleatori e negozi atipici*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, I, 98; L. Buttarò, *In tema di giuoco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, 414; G. Scalfi, voce *Alea*, in *Digesto Sez. civ.*, vol. I; Id., *Corrispettività ed alea nei contratti*, Milano-Varese, Istituto editoriale Cisalpino, 1960, 143 ss.; S. Maiorca, *Il contratto. Profili della disciplina generale*, Torino, Giappichelli, 1981, 77; G. Maresca, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli, Giannini, 1979, 46 ss.; A. Dalmartello, *Adempimento e inadempimento nel contratto di riporto*, Padova, Cedam, 1958, 329, nt. 173-bis; C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, Giuffrè, 1995, 167.

In giurisprudenza, v. Cass. n. 948/1993, n. 6452/1991, n. 3694/1986, n. 2286/1980, cit.; Cass., 11 marzo 1966, n. 699, in *Temi nap.*, 1966, I, 162.

(23) In questo senso, espressamente, L. Balestra, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, Cedam, 2000, 113 ss. Pare di interpretare che quest'opinione sia avvalorata, anche se in maniera incompiuta, da C. Angelici, *Alla ricerca del derivato*, Milano, Giuffrè, 2016, 58 ss.

(24) Come è avvenuto in altri settori dell'ordinamento, il legislatore introduce una fattispecie di contratto equilibrato. Negli altri casi l'intervento normativo si è reso necessario in virtù dell'asimmetria di potere e di forza contrattuale tra le parti, come nel caso del c.d. secondo contratto (quello dei consumatori) o del c.d. terzo contratto (quello derivante tra soggetti formalmente imprenditori, ma uno soggetto sostanzialmente alla dipendenza economica dall'altro). Le ragioni di quest'innovazione del codice dei contratti pubblici, nulla dicendo la relazione di accompagnamento al codice, probabilmente non risiedono in uno squilibrio di forza contrattuale, ma l'esigenza è quella, più semplicemente, di tutelare tanto gli enti pubblici quanto i contraenti, nell'ottica di buon andamento della p.a., stante il grande valore complessivo che assumono i contratti pubblici. L'importanza per il Pil italiano dei contratti pubblici è verosimile che abbia fatto ritenere più equa l'imposizione di un equilibrio contrattuale. Si sta facendo riferimento ai contratti con i consumatori, all'abuso di dipen-

Prescindendo da un'analisi dettagliata di questa disposizione, non utile ai fini del discorso che qui si sta svolgendo, ci si può limitare a notare come il legislatore mostri un chiaro *favor* verso contratti equilibrati, giusti e, soprattutto, commutativi. Non avrebbe senso, infatti, dettare questo principio se la p.a. potesse validamente stipulare contratti aleatori in cui, sostanzialmente per definizione, è esclusa la rilevanza di qualsiasi sopravvenienza successiva. Il rischio derivante dall'eccessiva onerosità è contemplato e voluto dalle parti e risiede nello stesso concetto di alea. In altre parole, se il legislatore ha voluto ricondurre all'equilibrio i contratti che in forza di sopravvenienza l'hanno perso, pare coerente affermare che abbia inteso anche precludere la possibilità di stipulare validamente contratti squilibrati sin dal loro perfezionamento, in una fase fisiologica e non patologica.

Non varrebbe a smentire questo ragionamento l'inciso contenuto nell'art. 9, c. 1, del codice degli appalti pubblici, che afferma che il diritto alla rinegoziazione spetta alla “*parte svantaggiata che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio*”. Non essendoci nessuna distinzione, si deve ritenere che la parte svantaggiata possa essere sia il contraente privato che l'ente pubblico (25) e, dunque, parrebbe che la legge implicitamente ammetta la possibilità di assumere un rischio anche da parte dell'ente pubblico. In realtà ciò non significa che si consenta validamente anche la stipulazione di un contratto aleatorio, in quanto è possibile attribuire al predetto inciso un altro significato. In particolare, si può sostenere che la p.a. possa assumersi un rischio, pur rimanendo all'interno di un contratto commutativo, in due modi.

Il primo consiste nell'estensione dell'alea normale di un contratto che, comunque, resta corrispettivo; infatti, la dottrina civilistica maggioritaria ben distingue tra un contratto aleatorio e un contratto commutativo la cui alea sia stata convenzionalmente estesa (26). Una parte può assumersi convenzionalmente il rischio che sopravvengano una o più circostanze straordinarie e imprevedibili estranee alla normale alea, con la conseguenza che essa non potrà attivare, per quello specifico evento, il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Ragionevolmente, nel caso in cui si verificano sopravvenienze ulteriori si applicherà l'ordinaria disciplina codicistica, non rilevando la diversa previsione contrattuale, poiché riferita a un rischio diverso preso in considerazione e “accettato” dalle parti (27). Si può dire che il contraente non si assume tutti i rischi derivanti dalle sopravvenienze, come in un contratto aleatorio, ma, più limitatamente, un solo e specifico rischio, non abdicando ad alcuna tutela legislativa per gli altri.

Il secondo modo di assunzione volontaria di un rischio, invece, come opportunamente è stato osservato (28), riguarda la scelta di un tipo contrattuale rispetto a un altro e, quindi, la diversa alea che i due possono presentare. Ogni tipo contrattuale ha un'alea c.d. normale, ossia una distribuzione legislativa del rischio, e la scelta di un tipo rispetto a un altro può portare a conseguenze diverse. Si pensi alla diversa distribuzione del rischio tra il contratto di appalto e la concessione, in cui, appunto, l'elemento di discriminazione risiede proprio nel fatto che nella concessione il concessionario si assume il c.d. rischio di domanda, a differenza del contratto d'appalto, in cui grava sulla stazione appaltante (29). Peraltro, quest'interpretazione pare suffragata anche dal tenore letterale dell'art. 9, c. 4, del codice degli appalti pubblici, nella parte in cui fa riferimento al fatto che la rinegoziazione non può mutare la “sostanza economica” del contratto. Quindi, “*ciò significa che non sarebbero ammissibili quelle modifiche che enfatizzassero la componente del rischio ad un livello tale da trasformare il contratto da commutativo ad aleatorio; così come, all'opposto, le modifiche che lo comprimessero, al punto da trasformare la concessione in appalto*” (30).

Da ultimo, si deve notare come il legislatore, dopo aver dettato il diritto alla rinegoziazione all'art. 9, agli artt. 60-120 impone l'obbligo di inserimento di una clausola contrattuale di adeguamento automatico dei prezzi (31). “[I] *tre articoli citati – 9, 60 e 120, con l'allegato II.14 – costituiscono un corpus di norme strettamente integrato, finalizzato a disciplinare le vicende del contratto pubblico in fase di esecuzione, nel quale gli ultimi due articoli devono essere interpretati alla luce del principio enunciato nel primo (ma non bisogna dimenticare che tale corpus è comunque soggetto ai limiti posti dall'art. 72, Dir. 24/2014)*” (32). Quest'ultima disposizione, recepita all'art. 106 del codice del 2016 ma non in quello attuale, stabilisce che a seguito dell'inserimento di una clausola di revisione dei prezzi

denza economica e anche alla più recente disciplina per la tutela degli acquirenti di immobili da costruire, c.d. Taic. Sul tema sono fondamentali, per una prima nozione della problematica, V. Roppo, *Il contratto del Duemila*, Torino, Giappichelli, 2020, 4^a ed.; G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, il Mulino, 2008.

(25) A. Benedetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in R. Ursi (a cura di), *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in corso di stampa.

(26) F. Delfini, *Autonomia privata e contratto. Tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, 308 ss.; e più diffusamente Id., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, Giuffrè, 1999.

(27) In questo senso, esplicitamente, F. Delfini, *Autonomia privata e contratto*, cit., 329, il quale precisa che la normativa codicistica che dovrà essere applicata, nel caso di contratto atipico, sarà quella della parte speciali dei contratti, applicata o con il metodo tipologico o con il metodo sussuntivo.

(28) A. Benedetti, *Il principio di conservazione*, cit., 12.

(29) Come confermato di recente, *ex multis*, da Cons. Stato 22 marzo 2022, n. 2426.

(30) A. Benedetti, *Il principio di conservazione*, cit., 12.

(31) Peraltro, viene sottolineato da M.E. Comba, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2023, 1981, come la clausola di adeguamento automatico dei prezzi sia un'incongruenza rispetto al diritto alla rinegoziazione, che per definizione presuppone libertà nel rideterminare il contenuto negoziale, ovviamente incompatibile con un adeguamento automatico.

(32) M.E. Comba, *op. cit.*, 1979.

“l’eventuale aumento di prezzo non deve eccedere il 50% del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica”.

Si può, infine, notare, anche se il discorso verrà ripreso, come il legislatore introduca comunque un limite massimo all’oscillazione del prezzo e in armonia, anzi, in applicazione del principio di equilibrio finanziario degli enti locali, nel senso che dev’essere sempre prevedibile per l’ente pubblico quale sarà la spesa massima eventuale.

5. La disciplina dei pagamenti della p.a.

Per verificare quali sono i contratti che la p.a. non può concludere senza violare i principi prudenziali che presiedono l’equilibrio economico-finanziario del bilancio è dirimente analizzare brevemente la disciplina del pagamento del corrispettivo nel contratto di appalto pubblico. Le due disposizioni che si vogliono richiamare sono gli artt. 113-bis e 125.

Il primo delinea la disciplina dei pagamenti della p.a., affermando che il pagamento deve essere fatto 30 giorni dopo ogni stato di avanzamento dei lavori. Le parti, tuttavia, possono concordare un termine diverso, comunque non superiore a 60 giorni. La norma, ai fini della presente indagine, è importante nella parte in cui afferma che il termine non può essere “comunque” superiore a 60 giorni. Da ciò pare corretto evincere che la diversa previsione può essere solo migliorativa per la p.a. rispetto al termine *de minimis* di 30 giorni.

Nella stessa direzione è la seconda norma, la quale stabilisce la possibilità, entro determinate percentuali, di pagare in via anticipata, da parte della p.a. all’appaltatore, rispetto all’effettivo inizio della prestazione. La peculiarità della disciplina è che la possibilità è subordinata alla presentazione da parte dell’appaltatore di una fidejussione bancaria o assicurativa che garantisca l’eventuale recupero delle somme così versate. Evidentemente la *ratio* dietro questo requisito è di tutelare l’ente pubblico rispetto all’incertezza dell’inadempimento dell’impresa. Questa finalità emerge ulteriormente, nel proseguo della norma, dal fatto che l’importo della garanzia diminuisce al recupero dell’anticipazione da parte della stazione appaltante e dal fatto che, in caso di inadempimento, l’appaltatore decade dal beneficio dell’anticipazione e deve restituire le somme che ha percepito.

Dalla disciplina dei pagamenti emerge come la p.a. non possa porre in essere la propria prestazione in via anticipata rispetto alla controparte. Si può dire che l’ente pubblico dev’essere sempre messo nella condizione di non adempiere eccedendo l’inadempimento altrui ai sensi dell’art. 1460 c.c. L’ente pubblico dev’essere esposto nella minor misura possibile al pericolo di insolvenza o di liquidazione giudiziale della controparte.

6. La vicenda dei contratti derivati stipulati dagli enti locali

Almeno nell’ultimo decennio al centro del dibattito dottrinale vi è il problema dei contratti derivati conclusi dagli enti locali. Tralasciando lo sviluppo storico della normativa sul punto, si può brevemente ricordare come si sia passati da un regime in cui nulla era previsto, a un regime sempre più vincolistico, fino a giungere al divieto assoluto di cui all’art. 62 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 (33).

Oggi, dunque, non si possono più stipulare nuovi contratti derivati; tuttavia, il problema permane per quelli stipulati precedentemente all’entrata in vigore del divieto e ancora in essere. Sulla questione è intervenuta una recente sentenza della Cassazione a Sezioni unite (34), che ha statuito che il carattere aleatorio dei contratti finanziari derivati mal si concilia con le limitazioni all’indebitamento degli enti locali, “*introducendo variabili non compatibili con la certezza degli impegni di spesa*”. Tuttavia, la pronuncia ammette la possibilità di stipulare da parte degli enti locali contratti finanziari derivati con funzione di copertura, a condizione che il contratto preveda: a) un criterio matematico univoco per il calcolo del *mark to market*; b) una concreta misurabilità degli scenari probabilistici sul futuro andamento dei tassi d’interesse alla data di stipula dell’accordo; c) una precisa misurabilità dei costi impliciti del contratto (35).

(33) Per un’accurata indagine dello sviluppo normativo della stipulabilità di contratti derivati da parte della p.a., v. R. Mininno, *I contratti derivati degli enti locali tra neoformalismo negoziale e rigore di matrice giuscontabile*, in questa *Rivista*, 2023, 2, 49.

Sul più ampio dibattito, v., *ex multis*, A. Benedetti, *L’eredità della “sentenza Cattolica”*, cit.; A. Mazzieri, *op. cit.*; A. Bartalena, *Patologie dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell’investitore tradito*, in *Società*, 2020, 1116; G. della Cananea, *L’ente locale investitore: modelli di regolazione e controllo*, in F. Cortese, F. Sartori (a cura di), *Finanza derivati, mercato e investitori*, Pisa, Ets, 2010, 173; F. Pistelli, *La scommessa irrazionale dell’ente locale (nota a Cass. 8770/2020)*, in <www.personaemercato.it>, 2020; G. Befani, *Interest rate swap e operazioni di indebitamento degli enti: per una rilettura dei “derivati pubblici” alla luce di SS.UU. 12 maggio 2020, n. 8770*, in *Contratti*, 2020, 539; G. Calabrese, *Quantità e qualità dell’alea come elemento necessario del derivato Irs*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 1092.

(34) Cass., S.U., n. 8770/2020, cit.

(35) La distinzione tra contratti finanziari derivati di copertura e contratti finanziari derivati di speculazione, tuttavia, non è unanimemente accettata. Nella giurisprudenza contabile, v. Corte conti, Sez. I centr. app., 1 marzo 2019, n. 50, che ha statuito che «*la distinzione tra contratti derivati “di copertura” e “speculativi” non esiste dal punto di vista giuridico, non è compresa dalla legge, dipendendo dai motivi dei contraenti*», anche per la considerazione che qualsiasi derivato, anche quello di copertura, è rischioso, trattandosi di contratti aleatori. Tuttavia, la decisione puntualizza che “*l’intento speculativo è escluso per definizione nel ricorso ai derivati per la copertura del debito pubblico*”. Anche in dottrina, peraltro, è negata la predetta distinzione, per tutti v. C. Angelici, *op. cit.*, 114 ss., secondo il quale l’infedeltà e costante finalità del derivato è quella di speculazione, mentre l’eventuale funzione di copertura riguarda l’utilizzazione del guadagno ottenuto e la ragione per cui ci si espone al rischio di una perdita.

La dottrina (36) ritiene che la legge introduttiva del divieto in parola abbia solo una valenza ricognitiva di quanto già si poteva ricavare dall'interpretazione delle norme in tema di equilibrio di bilancio. Se, peraltro, ciò fosse vero, non si capirebbe su quali basi normative possano essere fatti salvi i derivati con funzione di copertura, in quanto l'art. 62 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, è perentorio nel vietare la conclusione di qualsiasi derivato, a prescindere dalla sua funzione svolta concretamente. Risulta, dunque, criticabile l'impostazione che permette la stipulazione dei derivati di copertura. Non si tratta (solo) di giudicare della meritevolezza o meno dei derivati rispetto allo scopo istituzionale di cura dell'interesse pubblico degli enti locali, ma si tratta di giudicare se le attribuzioni del contratto per come concretamente pattuite dalle parti possano pregiudicare l'equilibrio finanziario degli enti locali. Per chiarire meglio il concetto si può prendere in considerazione il secondo requisito che deve ricorrere secondo la giurisprudenza, ossia la concreta misurabilità degli scenari probabilistici sul futuro andamento dei tassi d'interesse alla data di stipula dell'accordo. Questa precisazione, se (forse) è idonea a ritenere meritevole di tutela giuridica la c.d. scommessa razionale costituita dai derivati (37), sicuramente è inidonea a salvaguardare l'equilibrio di bilancio perché, nonostante la previsione contrattuale degli scenari probabilistici, essi sono, appunto, pur sempre probabilistici e, quindi, il contratto è incompatibile con la prudenza che gli enti locali devono adottare nel gestire le finanze pubbliche.

A quanto sin qui detto si può aggiungere un secondo ordine di riflessioni, sempre nell'ottica prima annunciata di definire in cosa si specifica il vincolo di equilibrio finanziario nei contratti aleatori conclusi dagli enti pubblici. Nell'art. 62, cc. 3-*bis*, lett. c, e 3-*quater*, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, vi è una previsione molto importante, a cui non si è dedicata la dovuta attenzione. Nell'elencare i casi di esclusione dal divieto di stipula è interessante notare come sia ricompresa la possibilità di negoziare finanziamenti con clausola c.d. *cap* e come sia possibile procedere alla cancellazione delle componenti derivate, ad eccezione della clausola *cap*. Il finanziamento c.d. *capped rate* o *cap* è un mutuo in cui si ha un tasso di interesse variabile ancorato a predeterminati parametri in cui, tuttavia, è previsto un tetto massimo oltre il quale non può andare (38).

Queste ultime previsioni, lungi dall'essere eccezionali, paiono, al contrario, esprimere un principio generale in tema di obbligazioni c.d. indicizzate. Non è questa la sede più opportuna per analizzare se un contratto con obbligazioni indicizzate possa considerarsi aleatorio o meno (39), ma occorre sottolineare come il legislatore ritenga opportuno che l'oscillazione del valore debba essere contenuta entro parametri predeterminati affinché il contratto sia stipulabile validamente dagli enti locali.

7. Verso una nozione autonoma di alea per la p.a.?

Le norme richiamate finora fanno emergere alcuni utili indicazioni ai fini della specificazione dell'obbligo di salvaguardare l'equilibrio economico-finanziario di cui agli artt. 126 T.fue, 81, 97 e 119 Cost. Più nel dettaglio, si evince che: a) il principio di equilibrio contrattuale e il conseguente diritto alla rinegoziazione rispetto alle sopravvenienze denotano un certo *sfavor* verso i contratti aleatori, senza tuttavia mortificare la possibilità di assumersi rischi più ampi, entro i limiti della commutatività; b) la p.a. dev'essere esposta nella misura minore possibile al rischio d'inadempimento. In quest'ottica si può aggiungere che in una recente sentenza la Corte dei conti ha giudicato re-

(36) Il rilievo è sostanzialmente pacifico in dottrina: A. Delle Donne, *Stipulazione di contratti derivati da parte delle Pubbliche Amministrazioni e necessità dell'autorizzazione del Consiglio comunale* (nota a Cass., Sez. Un. civ., n. 8770 del 12 maggio 2020), in <www.giustamm.it>, 2020; G. Befani, *op. cit.*, 544; T.N. Poli, *Le Sezioni Unite della Cassazione invalidano i contratti finanziari derivati*, in *Corriere giur.*, 2020, 1499; A. Tucci, *I contratti derivati degli enti locali dopo le Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2020, 2405.

(37) Sulla teoria dei contratti derivati come scommessa razionale, v. D. Maffei, voce *Contratti derivati*, in *Digesto Sez. civ.*, vol. IV; Id., *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in Id. (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, Milano, Giuffrè, 2014, 3; D. Imbruglia, *La creazione razionale dell'alea nei derivati OTC e la nullità dello swap per vizio di causa*, in <www.personaemercato.it>, 2014.

Per un'affascinante impostazione completamente differente, v. R.A. Albanese, *I derivati over the counter tra diritto dei privati e teoria ecologica del contratto. Premesse per uno studio*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, 314, il quale pone in luce gli aspetti negativi e potenzialmente eversivi del sistema economico dei derivati in quanto, non essendo agganciati causalmente a un sottostante ma, appunto, essendo astratti rispetto ad esso, consentono di moltiplicare all'infinito il rischio per gli operatori. Da tali premesse si dovrebbe concludere per la radicale nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico dei contratti derivati, almeno quelli stipulati *over the counter*.

(38) Sulla clausola c.d. *cap* e sulla speculare clausola c.d. *floor*, ossia la clausola mediante la quale s'inserisce una previsione minima e non massima entro cui può variare l'indice preso in considerazione, v. A. Carrisi, *Sulla natura giuridica della clausola "floor": derivato o meccanismo di quantificazione del corrispettivo?*, in *Dir. mercato ass. fin.*, 2019, 291; D. Maffei, *Usura probabile: costo di estinzione anticipata e clausola "floor"*, in *Contratti*, 2018, 615; M.F. Campagna, *La clausola con tasso minimo preteso nel mutuo (c.d. "floor clause")*, in *Banca, borsa ecc.*, 2018, I, 99.

(39) Sul tema si è espressa recentemente Cass., S.U., 23 febbraio 2023, n. 5657, in questa *Rivista*, 2023, 2, 258, con nota di C. Orsini, *Contratto di leasing con doppia indicizzazione: le Sezioni unite escludono la natura di derivato implicito*, in tema di *leasing* doppiamente indicizzato. A commento della pronuncia, v. anche F. Piraino, *Su causa e meritevolezza, muovendo dal "leasing" indicizzato a un doppio parametro*, in *Giur. it.*, 2023, 1799; F. Pistelli, *La lunga via del debito indicizzato: tra derivati impliciti, clausole-valore e negozi "per relationem"*, *ibidem*, 1813; Id., *Causa e meritevolezza degli accordi di indicizzazione. Tre proposte di lettura del "contratto indicizzato"*, in *Foro it.*, 2023, 1109; M. Natale, *Derivati come clausole: l'arrocco delle sezioni unite dinanzi al leasing indicizzato*, *ibidem*, 1115; R. Pezzella, *"Leasing" indicizzato al tasso di cambio tra uro e valuta straniera: le Sezioni Unite bocciano la tesi del "derivato implicito"*, in <www.giustiziavivile.com>, 21 aprile 2023.

sponsabili per danno erariale i funzionari che avevano permesso che un comune concludesse una permuta di cosa presente contro cosa futura in assenza di una polizza fideiussoria che garantisse l'eventuale restituzione del valore della cosa presente ceduta dal comune in caso di inadempimento del costruttore, il quale è fallito; c) pare possibile stipulare contratti con obbligazioni indicizzate a determinati parametri, pur sempre prevedendo un tetto massimo di oscillazione o di spesa.

Non sembra peregrino affermare che questi principi siano generalizzabili, con le dovute cautele, all'attività contrattuale della p.a. in genere. Pare emergere, dunque, che la nozione di aleatorietà in relazione al principio costituzionale di equilibrio di bilancio debba essere allargata rispetto a quella civilistica (*rectius*: quelle civilistiche). L'equilibrio di bilancio impone di non esporre l'ente a potenziali perdite senza ricevere alcunché in cambio, ciò sia nel caso di contratto aleatorio, per il caso in cui l'evento si avveri a danno dell'ente stesso, sia per il caso in cui l'ente esegua la propria prestazione in via anticipata rispetto al contraente privato, in assenza di garanzie che garantiscano l'eventuale recupero di quanto pagato anticipatamente per il caso di inadempimento.

Si può forse ritenere che, quindi, nella citata sentenza della Corte dei conti il contratto potesse essere addirittura ritenuto nullo, poiché l'ente pubblico non può stipulare un contratto che lo esponga a perdite non prevedibili o lo esponga al rischio di non recuperare la prestazione che ha eseguito anticipatamente rispetto alla controparte, in assenza di garanzia. La nullità, probabilmente, potrebbe colpire quei contratti dalle cui pattuizioni ci si possa rendere conto che l'ente pubblico deve porre in essere la propria prestazione per primo. Si vuole affermare, in altre parole, che nel caso in cui nel contratto nulla sia specificato sul punto, se l'ente pubblico adempie per primo, il contratto non diventerà nullo, ma la questione si sposterà sul piano risarcitorio. Non si ha, quindi, un'ipotesi di nullità sopravvenuta, ma il contratto, affinché ossa ritenersi insanabilmente viziato, dev'essere congegnato già *ex ante* in modo tale che l'ente pubblico adempia per primo.

Per non mortificare eccessivamente la capacità contrattuale degli enti locali è, forse, opportuno ritenere che l'esigenza di una garanzia nel caso in cui si debba adempiere anticipatamente rispetto alla controparte debba essere valutata alla stregua dei canoni costituzionali della proporzionalità e della ragionevolezza. Tra gli elementi che sono da prendere in considerazione, per esempio, si può fare riferimento alla grandezza dell'impresa e alla sua natura, in quanto ragionevolmente si può presupporre che contrattare con una grossa impresa sia diverso dal farlo con una piccola impresa, a livello di garanzie patrimoniali. Così come si deve tenere conto anche della natura dell'impresa, ossia del settore in cui essa opera, in quanto, per esempio, il settore edile è uno dei più delicati dal punto di vista del rischio e della conseguente fallibilità, risultando, quindi, fortemente opportuna l'adozione di una garanzia.

Ci si può interrogare, infine, sul perché non sia stata prevista la possibilità di stipulare contratti derivati a copertura di un precedente debito con una clausola di *cap*. La ragione è, probabilmente, che il divieto in tema di derivati costituisce espressione del “*fallimento di un progetto politico [...] fondato sulle prospettive di gestione attiva del debito, attraverso operazioni di finanza innovativa*” (40), una sorta di reazione da parte del legislatore rispetto agli abusi e al rischio ingiustificato a cui sono stati esposti i soldi pubblici.

8. Segue: *Ricadute applicative*

Le ricadute applicative di una simile impostazione sono tutt'altro che banali. *In primis*, in qualsiasi contratto commutativo si deve valutare il rischio e l'opportunità, già in sede di stipulazione, di far adempiere per primo l'ente locale. *In secundis*, risultano preclusi una serie di contratti e clausole che si caratterizzano per l'aleatorietà.

Oltre ai contratti derivati, vietati per legge, si può ritenere che risultino preclusi anche la vendita di eredità e la vendita inversa o, meglio, per assumere il punto di vista della p.a., l'acquisto di eredità o l'acquisto inverso. Il primo è un contratto con cui si acquista un'eredità e, quindi, tutti i beni al suo interno senza, tuttavia, poterne sapere con precisione l'esatto valore, che ben potrebbe essere anche negativo. L'elemento dell'incertezza della consistenza del bene acquistato pare incompatibile sia con l'impossibilità di concludere contratti, sia con la prevedibilità della spesa che deve connotare l'equilibrio di bilancio.

La vendita inversa è un contratto di compravendita in cui manca il corrispettivo o in cui, addirittura, il corrispettivo è a carico dello stesso venditore a favore dell'acquirente. Il contratto, lungi dall'essere una liberalità, ha una causa di scambio che non si articola in uno scambio tra prestazioni ma tra utilità; infatti, la prestazione a carico dell'acquirente potrebbe anche mancare. L'utilità per il venditore è di liberarsi di un bene il cui valore economico è sostanzialmente negativo o quasi: si pensi a un terreno inquinato i cui oneri di bonifica siano particolarmente gravosi o a un'azienda con cospicue passività. Si deve ritenere non stipulabile detto contratto poiché aleatorio, in quanto a seguito del passaggio di proprietà in capo all'ente pubblico, esso risponderà per qualsiasi responsabilità che possa derivare dal bene, soprattutto quella ambientale.

Si può obiettare che in ogni acquisto il compratore risponde di tutte le esternalità negative che il bene presenta. In realtà non è così, in quanto non è possibile nelle ipotesi menzionate l'esperimento di alcuna azione da parte del compratore. Il bene non è stato acquistato a prezzo pieno ma a prezzo nullo o addirittura negativo, e il contratto è funzionalmente destinato allo scambio tra un bene e l'assunzione delle esternalità economiche negative dello stesso, di qualunque entità esse siano, e i rimedi circa l'integrità del bene risultano disattivati.

(40) A. Benedetti, *I contratti in operazioni finanziarie derivate di comuni, province e regioni*, in *Amministrare*, 2014, 368.

Del pari, si deve ritenere che non si possa stipulare la c.d. *emptio spei* di cui all'art. 1472, c. 1, c.c. poiché è un contratto aleatorio. Peraltro, si può anche aggiungere, alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, che in generale gli enti locali incontrino dei limiti nella contrattazione su beni futuri; infatti: a) non possono eseguire la propria prestazione anticipatamente rispetto alla venuta esistenza del bene in assenza di garanzie idonee; b) non possono assumersi il rischio di mancata venuta ad esistenza del bene.

Per quanto riguarda la stipulabilità della c.d. clausola di *earn out*, ossia quella clausola in cui in una compravendita, generalmente di un bene produttivo come un'azienda, le parti prevedono che vi siano uno o più integrazioni di prezzo in relazione alla *performance* del bene stesso; essa pare stipulabile nel momento in cui si preveda un'integrazione fissa al superamento di un certo risultato e non in maniera proporzionale ai risultati che si conseguiranno. Per esempio, a fronte della cessione di un'azienda a un determinato prezzo, le parti possono convenire un'ulteriore somma di denaro a titolo di integrazione prezzo se l'Ebitda, ossia il criterio economico normalmente utilizzato in queste operazioni, superi un certo valore. Pare, invece, stipulabile solo con la previsione di un tetto massimo la clausola con cui si dispone che per ogni punto di Ebitda sia dovuto un certo importo. Ricorre qui la *ratio* di prevedere un tetto massimo entro cui contenere la spesa pubblica, potenzialmente illimitata.

9. Le eccezioni che confermano la regola

Un'eccezione dev'essere identificata nel contratto aleatorio per eccellenza, ossia l'assicurazione. A prescindere dall'obbligatorietà dell'assicurazione in certi settori, deve ritenersi assurda un'interpretazione che vieti agli enti locali di assicurarsi. L'assicurazione ha la funzione di traslare il rischio di un evento futuro e dannoso in capo all'impresa di assicurazioni, che ha precisi obblighi di gestione delle risorse al fine di risultare sempre solvente. Questa funzione, c.d. previdenziale, è, peraltro, incoraggiata addirittura dalla Costituzione all'art. 38, che attribuisce al contratto di assicurazione un ruolo certamente peculiare e privilegiato rispetto agli altri contratti (41).

Infine, un'ultima deroga a quanto detto degna di menzione è costituita da una nuova e articolata operazione economica, i *social impact bonds*, che coinvolgono diverse categorie di soggetti. In questa operazione, innanzitutto, vi sono dei privati-investitori che finanziano una determinata attività di impatto socialmente rilevante predeterminata dall'ente locale, a seconda dell'interesse pubblico che quest'ultimo intende soddisfare. Un ente del terzo settore riceve l'incarico di svolgere l'attività di interesse sociale e, se viene raggiunto l'obiettivo prefissato, precisamente certificato da un soggetto terzo ed esterno, gli investitori avranno diritto alla remunerazione più gli interessi; in caso contrario, essi perderanno il capitale versato, interamente o anche parzialmente, se l'obiettivo è stato parzialmente raggiunto e così previsto contrattualmente. Peraltro, la somma costituita dalla remunerazione più gli interessi che la p.a. dovrà eventualmente pagare è comunque minore dei costi stessi che la p.a. avrebbe dovuto sopportare nel caso in cui quel determinato obiettivo di rilevanza sociale non si fosse verificato. È utile un esempio: gli investitori pagano 100 e avranno diritto a 140 se l'esecutore riuscirà a raggiungere l'obiettivo di inserire nel mondo del lavoro entro un determinato periodo il 45% degli ex detenuti la cui pena è stata scontata nei due anni precedenti. In caso positivo la p.a. dovrà pagare 140, in caso negativo il costo sociale che la p.a. deve sopportare per via della disoccupazione di questi soggetti è di 200.

L'operazione economica, com'è stato rilevato (42), è sicuramente aleatoria, in quanto la p.a. non sa se sarà obbligata a pagare il capitale promesso e, viceversa, gli investitori non sanno se riceveranno la remunerazione. È opportuno che l'amministrazione possa stipulare questo contratto, anche se aleatorio. Non si tratta di autorizzare l'ente pubblico a "giocare al casinò o alla lotteria con i soldi dei contribuenti" (43), ma la situazione è ben diversa anche rispetto ai contratti aleatori analizzati in precedenza. In questo caso, infatti, l'ente pubblico sta direttamente perseguendo l'interesse pubblico con l'obiettivo che ha prefissato e che l'esecutore sta provando a raggiungere.

Si dice normalmente che l'alea è l'incertezza che deriva da un determinato fatto che si ripercuoterà positivamente o negativamente nella sfera giuridica di un contraente e, all'opposto, nella sfera giuridica dell'altro, ma non è così nei *social impact bonds*. Se, infatti, l'obiettivo viene raggiunto, la p.a. è obbligata a pagare, ma essa ha perseguito il pubblico interesse raggiungendo concretamente un obiettivo e soddisfacendo lo scopo istituzionale di cui è portatrice. Ciò pare tutto fuorché un evento negativo. Se, invece, l'obiettivo non viene raggiunto, l'interesse pubblico non è stato soddisfatto e la p.a. non sarà obbligata a pagare alcunché. In tal caso si può dire che l'evento è negativo solo per gli investitori.

(41) P. Corrias, *Le assicurazioni sulla vita*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *op. cit.*, 55; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa ecc.*, 1997, I, 4, ritiene che sia una di quelle norme costituzionali "direttamente incorporate nella disciplina legale del contratto".

(42) Per questa riflessione v. C. Napolitano, *Il Social Impact Bond: uno strumento innovativo alla ricerca del suo diritto*, in *Nuove autonomie*, 2018, 565.

(43) G. della Cananea, *La legittimazione*, cit., 553, e in senso analogo A. Scognamiglio, *op. cit.*

È opportuno precisare che non si sta aderendo a una nozione di alea in senso economico, nel senso che la prestazione giuridicamente è incerta anche per la p.a., ma economicamente non risulta esserlo (44). Le concezioni della civilistica tradizionale non si attagliano, come già detto, ai vincoli peculiari derivanti dall'equilibrio di bilancio.

Si potrebbe affermare che i *social impact bonds* costituiscano una nuova operazione economica in forza della quale si porta all'estremo il concetto di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.: infatti o l'obiettivo viene raggiunto a fronte del pagamento con soldi pubblici, e comunque in misura minore rispetto al costo che l'ente pubblico dovrebbe sopportare in mancanza di successo, o l'obiettivo non viene raggiunto e nulla è dovuto. Una situazione che si potrebbe definire *win-win*.

10. Conclusioni

Riempire di significato un'espressione generica come "l'equilibrio di bilancio" non è affatto facile e si corre il rischio di aderire ad interpretazioni arbitrarie. L'interprete deve servirsi di precisi indici normativi per eliminare il più possibile l'elaborazione di proposte ideologiche e come tali arbitrarie. Il riferimento a singole norme ben individuate costituisce, inoltre, una garanzia per l'intero sistema giuridico, così permettendo di attribuire maggiore certezza ai rapporti giuridici.

Dall'analisi condotta, dunque, dopo aver percorso le "tappe" relative alla capacità contrattuale della pubblica amministrazione, le varie concezioni di alea elaborate dalla dottrina civilistica e, infine, le norme la cui *ratio* è di tutela per il bilancio e la spesa pubblica, si può ritenere che la nozione di alea da accogliere per delimitare la capacità contrattuale della p.a. sia ben più ampia e tecnica rispetto a quelle delineate nei rapporti squisitamente interpretati. Questo risultato non è sorprendente e, anzi, è coerente con il fatto che non si possono perdere di vista le esigenze che discendono dalla normativa contabile.

L'equilibrio di bilancio può essere inteso come un vincolo a: a) non sperperare i soldi pubblici in contratti dall'esito incerto, come risulta evidente dall'esempio paradigmatico dei contratti derivati, ma estensibile a tutti i contratti aleatori "in senso civilistico"; b) non assumersi obbligazioni indicizzate senza un tetto massimo di oscillazione, in un'ottica di contenimento dell'alea di questa pattuizione (a prescindere dal rilievo se il contatto possa qualificarsi propriamente aleatorio o meno) e di prevedibilità della spesa pubblica, come si evince dal fatto che queste clausole sono ammesse dallo stesso legislatore, che ha vietato *tout court* la stipulazione di contratti derivati e di obbligazioni indicizzate; c) non eseguire in via anticipata la prestazione a carico della p.a. in assenza di garanzie di restituzione e sempre alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, vincolo emergente dall'analisi relativa alle norme in tema di pagamenti, sempre posticipati, degli enti pubblici. Quest'ultima precisazione si deve ritenere essere funzionale a permettere all'ente pubblico, farraginoso e lento quasi per definizione, di poter controllare con il dovuto tempo l'esecuzione corretta della prestazione della controparte e, se del caso, poter sollevare tempestivamente l'eccezione sinallagmatica di inadempimento.

È utile sottolineare come nell'ipotesi *sub a)* il criterio della prevedibilità della spesa risulta rispettato, ma ciò comunque non è sufficiente, poiché potrebbe essere una spesa inutile con sacrificio della pubblica utilità. In altre parole, il vincolo di bilancio che limita la capacità contrattuale degli enti pubblici non è da intendersi in una prospettiva di semplice e mera prevedibilità come, invece, parrebbe emergere dal limite *sub b)*. Nella maggior parte dei contratti aleatori in senso civilistico, la prestazione di una parte è economicamente prevedibile, ma non è prevedibile se l'altra prestazione lo sarà altrettanto o in quale misura e, quindi, il complessivo risultato economico. Ciò non è, quindi, sufficiente per i vincoli di bilancio. Per fare un esempio banale, anche in una scommessa sportiva chi scommette sa quanto spende, nel senso che è prevedibile il costo, ma è incerta la prestazione altrui e, quindi, l'intero contratto.

Da ultimo si sono evidenziate due eccezioni che, come si suol dire, confermano la regola. Nel primo caso l'assicurazione, per la particolare causa previdenziale di sicurezza che mira a realizzare, ha un posto privilegiato nel nostro ordinamento e, addirittura, nella Costituzione. Esigenze empiriche e di logica impongono di non ricomprendere nel divieto questo peculiare contratto in cui anche il contraente privato, ossia l'impresa di assicurazione, ha particolari obblighi legislativi di solvenza e gestione prudentiale delle somme. Il secondo caso, invece, è una nuova operazione economica che, sebbene aleatoria dal punto di vista civilistico, non risulta esserlo dal punto di vista contabile (almeno) per la pubblica amministrazione, in quanto non ricorrerebbe la *ratio* di tutela di una prudente gestione dei soldi pubblici. A tal fine, non pare inutile ricordare come per una valida stipulazione di questo strumento risulti imprescindibile porre l'accento, anche attraverso perizie (per quanto possibile), sul costo comunque maggior per la società che si avrebbe nel caso di mancata realizzazione dell'evento. S'intende dire che al fine della validità del contratto e per emanciparlo dalla dimensione di bieca scommessa è fondamentale che la p.a. dimostri come, anche nel caso in cui si realizzi l'evento che dovrebbe esserle sfavorevole (in una logica civilistica) in quanto costitutivo dell'obbligo di pagamento della somma maggiorata degli interessi, abbia comunque un vantaggio economicamente favorevole e quindi, da ultimo, dimostri di aver correttamente ed efficientemente speso il denaro pubblico.

* * *

(44) Peraltro, la concezione dominante di alea c.d. in senso giuridico risulta, forse, da rivedere alla luce delle riflessioni di L. Balestra, *op. cit.*, e della concezione della causa in concreto sviluppatasi negli ultimi anni.