



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN DISCIPLINE PRIVATISTICHE

XXXVIII CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

LE MODIFICHE LEGISLATIVE SUL CONTENUTO DEL CONTRATTO

Dottorando:
LUCA BORSOTTI

Tutor:
PROF. ANDREA ZOPPINI

Coordinatore:
PROF. ETTORE BATTELLI

SOMMARIO

INTRODUZIONE E RAGIONI DI INTERESSE	I
---	---

CAPITOLO 1

L'AUTONOMIA PRIVATA E I SUOI LIMITI

1. Premessa.	- 1 -
2. Definizione e fondamenti dell'autonomia privata.	- 3 -
3. Il ruolo della volontà delle parti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale...	- 9 -
4. La forza di legge del contratto e il principio del <i>pacta sunt servanda</i>	- 14 -
5. Autonomia privata e Costituzione.	- 18 -
6. I limiti dell'autonomia contrattuale.	- 22 -
6.1. (<i>Segue</i>). La meritevolezza degli interessi delle parti ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c.	- 26 -
7. L'integrazione del contratto.	- 31 -
8. Autonomia contrattuale e regolazione del mercato. L'integrazione del contratto tramite l'intervento autoritativo delle Autorità Indipendenti....	- 44 -
9. Riflessioni conclusive sull'evoluzione dell'autonomia privata.	- 52 -

CAPITOLO 2

LE MODIFICAZIONI DEI CONTRATTI DI DURATA PER CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE

1. Gli effetti delle sopravvenienze sui contratti di durata.	- 54 -
2. I contratti di durata e la rilevanza del tempo nel rapporto giuridico.	- 56 -
3. Le sopravvenienze. Nozione e tipologie.	- 64 -
4. La gestione delle sopravvenienze che incidono sugli interessi sottesi al contratto. La clausola <i>rebus sic stantibus</i>	- 69 -
5. Riflessioni sistematiche in merito all'adeguamento del contratto e autonomia contrattuale.	- 83 -

CAPITOLO 3

LA RETROATTIVITA' DELLA LEGGE CIVILE E IL CONTRATTO

1. Premessa	- 86 -
-------------------	--------

2.	Il principio di irretroattività della legge nel diritto positivo. Tra legge ordinaria, Costituzione e fonti europee.....	- 89 -
3.	Diritto intertemporale e il fondamento del divieto di retroattività della legge.	- 99 -
3.1.	(Segue). L'ambito applicativo del principio di irretroattività della legge. Le teorie dei diritti acquisiti e del fatto compiuto.	- 104 -
3.2.	(Segue). I c.d. "gradi" della retroattività della legge.	- 113 -
4.	La retroattività e i suoi limiti secondo la giurisprudenza.	- 118 -
4.1.	(Segue). I principi di certezza del diritto, del legittimo affidamento e della ragionevolezza del provvedimento legislativo.	- 126 -
4.2.	(Segue). Il recente caso della legge retroattiva per garantire la valorizzazione del patrimonio culturale e paesaggistico.....	- 136 -
5.	La retroattività della legge civile. Un problema da "accantonare"?	- 141 -

CAPITOLO 4

LE MODIFICAZIONI LEGISLATIVE DEI CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED EUROPEA

1.	L'opportunità di un'analisi casistica.	- 145 -
2.	Il caso dei concessionari di giochi e scommesse pubbliche.	- 147 -
2.1.	(Segue). Il contratto di concessione di giochi e delle scommesse pubbliche.	- 147 -
2.2.	(Segue). La sentenza n. 56 del 31 marzo 2015 della Corte costituzionale.	- 160 -
2.3.	(Segue). La modifica legislativa dei contratti di concessione di giochi e scommesse operata con la legge 23 dicembre 2014, n. 190.....	- 165 -
2.4.	(Segue). Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la decisione di quest'ultima.....	- 171 -
2.5.	(Segue). Le recenti decisioni del Consiglio di Stato.	- 174 -
3.	I precedenti che hanno dichiarato incostituzionale la modifica legislativa del contratto in corso di esecuzione.....	- 180 -

RIFLESSIONI CONCLUSIVE - 186 -

BIBLIOGRAFIA..... - 195 -

INTRODUZIONE E RAGIONI DI INTERESSE

La modifica legislativa dei contratti in corso di esecuzione rappresenta una chiara testimonianza di come l'autonomia contrattuale sia sempre più spesso soggetta a incisive interferenze da parte di soggetti estranei al vincolo negoziale. Il crescente interventismo legislativo – volto a soddisfare interessi generali sopravvenuti – ha determinato una progressiva compressione della sfera di libertà riconosciuta ai privati. Questi ultimi possono, infatti, trovarsi vincolati a un contratto il cui contenuto, venendo modificato mediante atti di fonte legislativa, non corrisponde più al regolamento originariamente pattuito.

Il legislatore tende a giustificare tali forme di eteromodificazione del rapporto contrattuale invocando la sopravvenienza di interessi pubblici ritenuti poziori rispetto a quelli dei singoli contraenti, la cui soddisfazione richiede la modifica del vincolo negoziale. Da qui muove l'interrogativo se, ed entro quali limiti, il perseguimento di un interesse pubblico possa legittimare un'incisione così profonda sulla libertà contrattuale dei privati.

Un simile intervento non si pone in contrasto soltanto con il principio di intangibilità del contratto sancito dall'art. 1372 c.c., ma, incidendo retroattivamente sul regolamento negoziale in un momento successivo alla sua conclusione, compromette la stabilità dell'assetto originariamente voluto dalle parti. Ne risulta pregiudicato l'insieme di valori che presidiano la prevedibilità dell'ordinamento – certezza del diritto, tutela dell'affidamento e, in definitiva, fiducia nelle istituzioni – i quali costituiscono pilastri imprescindibili del corretto funzionamento del mercato e, più in generale, dello Stato di diritto.

La necessità di affrontare tale indagine si giustifica, altresì, per due ulteriori ragioni. In primo luogo, il diritto intertemporale nell'ambito del diritto civile, pur rappresentando un nodo centrale ai fini della delimitazione degli effetti nel tempo delle norme sui rapporti contrattuali, è stato spesso ignorato da parte della dottrina, fatta eccezione per alcune elaborazioni risalenti. In secondo luogo, la giurisprudenza, e in particolare quella costituzionale, si è mostrata oscillante, non

avendo elaborato criteri univoci per individuare i limiti a cui il legislatore è vincolato nell'emanare norme retroattive con cui vengono modificati contratti in corso di esecuzione.

La presente ricerca si propone, quindi, di individuare tali limiti e di verificare se sia possibile delineare soluzioni normative o interpretative capaci di conciliare il perseguimento dell'interesse pubblico con la tutela dell'affidamento e dell'equilibrio contrattuale del privato, garantendo una ricomposizione razionale tra le esigenze pubbliche sopravvenute e il rispetto dell'autonomia negoziale.

La risposta ai quesiti sopra esposti impone, in via preliminare, l'analisi di alcune questioni fondamentali: la ricostruzione dell'autonomia privata e dei suoi limiti, l'individuazione degli effetti delle sopravvenienze sul rapporto contrattuale e, infine, l'esame della portata effettiva del principio di irretroattività della legge civile, sancito dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al Codice civile.

Seguendo questa impostazione, nel primo capitolo verrà ripercorsa l'evoluzione dottrinale in merito alla nozione di autonomia contrattuale. Si è, infatti, ormai lontani dal “dogma della volontà” elaborato dalla pandettistica, secondo cui il contratto poteva vincolare le parti solo se corrispondente alla reale volontà dei contraenti. L'autonomia privata risulta oggi profondamente ridimensionata sotto molteplici profili. La “costituzionalizzazione del diritto civile” ha condotto, da un lato, al riconoscimento di una tutela costituzionale della libertà negoziale, ma, dall'altro, ne ha imposto la conformazione ai limiti dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. Il contratto, pertanto, deve essere orientato all'“utilità sociale”, fungendo non soltanto da strumento di soddisfazione degli interessi individuali, ma anche di realizzazione di esigenze collettive.

Nel solco di tale funzionalizzazione del negozio contrattuale si inserisce anche il nuovo ruolo svolto dal c.d. “diritto privato regolatorio”, di matrice prevalentemente eurounitaria. Il contratto costituisce attualmente uno dei principali strumenti per garantire la concorrenzialità del mercato e prevenirne eventuali distorsioni e fallimenti dello stesso. Il legislatore interviene selezionando, attraverso la forza della norma imperativa, quelle scelte che risultano idonee a garantire un'allocazione efficiente delle risorse nei casi in cui il mercato, da solo, non sarebbe

in grado di assicurarla, ovvero a prevenire e reprimere gli esiti distorsivi o inefficienti che derivano da comportamenti difformi rispetto ai paradigmi concorrenziali.

Il secondo capitolo sarà dedicato al tema delle sopravvenienze e degli effetti che esse producono sul contratto. Nel caso di modifiche legislative di contratti in corso di esecuzione, la disciplina delle sopravvenienze assume una duplice rilevanza. Da un lato, la legge modificativa costituisce essa stessa una sopravvenienza che incide sul rapporto negoziale. Dall'altro, la modificazione legislativa del regolamento contrattuale rappresenta uno strumento di adeguamento del contratto a nuovi interessi generali sopravvenuti rispetto al momento della sua conclusione, ovvero a una nuova valutazione di interessi preesistenti. In tale contesto risulta centrale l'approfondimento della nozione di contratti di durata, poiché solo i rapporti "a tratto successivo" nel tempo – che non si esauriscono istantaneamente – risultano esposti alla possibile eteromodificazione legislativa.

Sebbene si tratti di uno strumento di adeguamento del contratto alle mutate circostanze, occorre però considerare che la modificazione del contratto viene imposta da un soggetto estraneo al rapporto contrattuale, ossia il legislatore, mediante un atto normativo. Una risposta superficiale al problema potrebbe ridursi a ricondurre il fenomeno all'integrazione del contratto *ex art. 1339 c.c.* Ciò, tuttavia, non sarebbe sufficiente. La modificazione legislativa del contratto, infatti, incide su un rapporto negoziale sorto anteriormente alla sua entrata in vigore, e può avere a oggetto sia gli effetti del contratto già esauriti (c.d. retroattività propria) sia quelli che si produrranno in futuro (c.d. retroattività impropria). In entrambi i casi, la legge opera in qualche modo sul passato. Vengono allora in gioco valori di rilevanza costituzionale, quali la certezza del diritto e il legittimo affidamento. Pertanto, un intervento legislativo di questo genere non può trovare giustificazione nella legislazione ordinaria, ossia nell'*art. 1339 c.c.*

Per tali ragioni nel terzo capitolo verrà approfondito il tema della (ir)-retroattività della legge civile. La nozione stessa di retroattività si presenta sfuggente e, forse anche per questa ragione, è stata spesso trascurata dalla letteratura. Le tradizionali teorie dei diritti quesiti e del fatto compiuto, così come

le distinzioni tra diversi gradi di efficacia retroattiva, si sono rivelate inadeguate a fornire criteri certi per stabilire se una legge possa dirsi retroattiva o meno. Dal canto suo, la giurisprudenza costituzionale, pur essendosi più volte confrontata con la questione, non ha elaborato principi generali univoci, preferendo ricorrere alle nozioni elastiche, ma altrettanto opache, di certezza del diritto e del legittimo affidamento, suscettibili di valutazioni caso per caso. Parte della dottrina, del resto, ha sostenuto che la distinzione tra retroattività e irretroattività è, in sé, irrilevante, essendo decisivo unicamente il grado di incidenza della legge sui diritti costituzionali del privato.

Chiarite, nei termini che precedono, le questioni preliminari sottese al problema delle modificazioni legislative dei contratti in corso di esecuzione, la ricerca si concluderà con un'analisi casistica, dedicata ai principali precedenti giurisprudenziali sul tema. In tale contesto, assumono particolare importanza i casi – a cui anche di recente si è assistito – relativi alla modifica dei contratti di concessione nel settore dei giochi e delle scommesse, che hanno dato luogo a pronunce significative della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia dell'Unione europea e del Consiglio di Stato. Tali decisioni costituiranno il terreno empirico per verificare se, e in che misura, i giudici nazionali ed europei abbiano effettivamente tracciato i confini entro cui il legislatore può legittimamente intervenire sui contratti in corso di esecuzione.

CAPITOLO 1

L'AUTONOMIA PRIVATA E I SUOI LIMITI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Definizione e fondamenti dell'autonomia privata. – 3. Il ruolo della volontà delle parti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. – 4. La forza di legge del contratto e il principio del *pacta sunt servanda*. – 5. Autonomia privata e Costituzione. – 6. I limiti dell'autonomia contrattuale. – 6.1. (*Segue*). La meritevolezza degli interessi delle parti ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c. – 7. L'integrazione del contratto. – 8. Autonomia contrattuale e regolazione del mercato. L'integrazione del contratto tramite l'intervento autoritativo delle Autorità Indipendenti. – 9. Riflessioni conclusive sull'evoluzione dell'autonomia privata.

1. Premessa.

La presente ricerca prende le mosse da un concetto cardine del diritto privato: l'autonomia privata¹. La ricostruzione del significato e della funzione di tale principio è necessaria per individuare il quadro sistematico entro cui si collocano gli interventi legislativi volti a modificare contratti in corso di esecuzione.

L'autonomia privata esprime la facoltà riconosciuta ai singoli di autodeterminarsi nella regolazione dei propri rapporti giuridici. La sua manifestazione più compiuta si realizza nel contratto². Le parti non solo sono libere di decidere se obbligarsi o meno, ma possono altresì determinare convenzionalmente la forma del negozio, il contenuto del vincolo e persino la legge applicabile al rapporto. In tal modo, la disciplina degli interessi privati si fonda su una regola che trae forza non da un comando eteronomo, ma dalla volontà stessa dei contraenti. Il contratto si configura, dunque, come fonte di regolamentazione dotata di efficacia normativa nell'ambito dei rapporti tra le parti.

¹ La centralità che la nozione di autonomia privata assume nel nostro ordinamento è stata evidenziata da P. RESCIGNO in P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato, Una conversazione*, Bologna, 2017, 54, il quale afferma che l'autonomia privata rappresenta ancora “il principio cardine della libertà dei privati in ordine ai loro interessi disponibili”. In tali termini v. anche G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015, 46, secondo il quale “l'autonomia privata riveste una “posizione di centralità”, proprio in quanto rappresentativa, per l'ordinamento in generale, di un valore primario”.

² R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in G. Grosso e F. Santoro Passarelli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1972, 5; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. Olivieri e A. Zoppini, *Contratto e antitrust*, Bari, 2008, 3 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 443 ss.

La libertà dei privati, tuttavia, non si esercita più in uno spazio assoluto e illimitato, ma opera entro i confini stabiliti dall'ordinamento. Lungo l'evoluzione storica e dogmatica del concetto, il pensiero giuridico ha oscillato tra la concezione della volontà come forza creatrice del diritto e quella della sua necessaria subordinazione a criteri di conformità e di controllo esterni. Così, il contratto – da iniziale espressione della pura volontà individuale – è divenuto fenomeno sociale, che, pur producendo effetti vincolanti tra le parti, deve conformarsi all'utilità sociale e ai principi fondamentali dell'ordinamento³.

Con l'avvento dello Stato regolatore⁴, sostituitosi allo Stato dirigista, l'autonomia contrattuale ha assunto un nuovo significato. Il contratto, quindi, non rappresenta più soltanto un mezzo per soddisfare gli interessi dei singoli contraenti, ma costituisce altresì uno strumento tramite cui prevenire fallimenti del mercato, garantendone il regime di concorrenzialità⁵.

La riflessione svolta nel presente capitolo persegue dunque una duplice finalità. Da un lato, ricostruire in termini generali il significato e i fondamenti dell'autonomia privata, chiarendone le principali articolazioni concettuali e l'evoluzione nel tempo. Dall'altro, indagare i limiti che ne condizionano l'esercizio, evidenziando come essi, nell'esperienza del diritto vivente, non rappresentino più eccezioni isolate, ma costituiscano elementi strutturali e funzionali della disciplina dei rapporti contrattuali.

³ G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 841 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, *passim*.

⁴ La dottrina sul paradigma dello Stato regolatore è vastissima. Al riguardo v. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, *passim*; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, 5^a ed., Roma-Bari, 2019, 393 ss.; M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, 2 ss. e i riferimenti bibliografici ivi citati.

⁵ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2013, 515 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, 193 ss.

2. Definizione e fondamenti dell'autonomia privata.

La nozione di autonomia privata assume diverse specificazioni, tra cui quelle di autonomia negoziale e quella di autonomia contrattuale. L'ampiezza del concetto di autonomia privata ha suscitato “una folla di problemi”⁶, che sono stati al centro di un profuso dibattito dottrinale.

Con la locuzione “autonomia” si intende “soggettivamente, la potestà di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé”⁷. L'autonomia privata, dunque, esprime un potere di creare, entro i limiti imposti dalla legge, delle norme giuridiche⁸. Ciò trova conferma nell'etimologia della locuzione “autonomia”, la quale si compone di due termini tra loro subordinati derivanti dalla lingua greca, αὐτός “stesso” e νόμος “legge” che nella traduzione più generale significa “dar legge a sé stesso”⁹.

⁶ S. PUGLIATTI, (voce) *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 366 ss., il quale osserva che “[g]li svariati significati dell'espressione “autonomia privata” (nella quale l'ambiguità del sostantivo si cumula con quella dell'aggettivo), non sono riconducibili ad un centro sistematico-concettuale; e i problemi non sono omogenei, né si possono far gravitare verso un problema centrale: essi, anzi, hanno radici differenti, rispondono a differenti esigenze, e sono ispirati alle più varie ideologie e ai più diversi orientamenti metodologici”; P. RESCIGNO, *Introduzione*, in P. Rescigno (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, 2006, XV ss.; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 561 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 9 ss.

⁷ S. ROMANO, *Autonomia*, in S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist. 1983, 14 ss. Tale definizione è stata poi ripresa da P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970, 529 ss.

R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, I, 1987, 518 ss., definisce l'autonomia privata come “la situazione di colui che è in grado di incidere sulle regole che lo riguardano (destinate cioè a operare nella sua propria sfera, o in sfere altrui ma con riflessi nella sfera sua propria o nella sfera dei suoi interessi)”.

R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, ed. or. 1950, rist. 2008, 83 e 84, offre una definizione di autonomia privata (o meglio, di autonomia negoziale) in tali termini: “[a]utonomia è l'attitudine dell'individuo, in certo senso in lui connaturata, a dare la regola da sé ai propri intere”.

⁸ L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, 5. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it. di R. Treves, Torino, 1952, 134 definisce l'autonomia privata come un “metodo espressamente democratico di produzione giuridica”, atteso che con il contratto le parti creano norme giuridiche al pari del legislatore.

⁹ In contrapposizione al concetto di eteronomia, di origine Kantiana, nel quale la regola che vincola il privato proviene dall'esterno. Sulle origini dei termini “autonomia privata” e “autonomia contrattuale” v. G. ALPA, voce *Autonomia contrattuale*, in *Enc. dir.*, I Tematici, Contratto, Milano, 2021, 1 ss.

In un primo momento la dottrina ha concepito l'autonomia privata in ottica giusnaturalistica, ritenendo che essa rappresentasse il potere connaturato all'uomo – in quanto tale e prima ancora di qualsiasi intervento dell'ordinamento giuridico – di regolare autonomamente i propri interessi nei rapporti interprivati¹⁰. In altri termini, l'autonomia privata veniva concepita come un dato pregiuridico¹¹, un principio originario e naturale che il diritto, sopraggiungendo, si limita a riconoscere, correggere e limitare¹².

A tale teoria, tuttavia, si è contrapposta una tesi di segno opposto, di matrice giuspositivistica, che vede l'autonomia privata non come un dato naturale, bensì come un prodotto “artificiale” del diritto: l'autonomia privata non è “originaria” ma “derivata”, ossia dipendente dal potere coercitivo dello Stato. In questa prospettiva, l'autonomia è intesa come un potere attribuito da una norma superiore, che, oltre a rappresentarne la fonte originaria, ne disciplina altresì l'esplicazione e i suoi limiti¹³. Gli è che la fonte legislativa si trova in una posizione di superiorità rispetto alla norma negoziale, la quale, pertanto, può essere modificata da una legge emanata successivamente rispetto alla conclusione del contratto¹⁴.

Per autonomia privata si intende genericamente la libertà di soddisfare il proprio interesse¹⁵, mediante la creazione di una norma individuale riconosciuta

¹⁰ La concezione naturalistica del negozio giuridico trova la propria origine nella scuola pandettistica. Al riguardo, v. F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, XI, Torino, 1900, 337, il quale riteneva che il negozio giuridico, strumento offerto ai privati dall'ordinamento giuridico per esercitare la propria autonomia privata, fosse “*la capacità naturale della persona di indurre mutamenti tramite atti di volontà*”. In Italia v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 39 ss., spec. 42 ove l'A. afferma che gli atti di autonomia privata, definiti come atti di autodeterminazione, di autoregolamento dei propri interessi fra gli stessi interessati “*sogliono germogliare nella vita sociale, all'infuori di ogni tutela da parte del diritto [...] Ora il diritto, quando si decide di elevare i contratti in parola a livello di negozi giuridici, altro non fa che riconoscere, in vista della sua funzione socialmente rilevante, quel vincolo che, secondo la coscienza sociale, i privati stessi già per l'innanzi sentivano di assumersi nei rapporti tra loro*”. In tal senso v. anche R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* cit., 147, 180; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, 182 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 1003 ss.

¹¹ A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1196, I, 1 ss., spec. 41.

¹² N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata* cit.

¹³ L. FERRI, *L'autonomia privata* cit., 38 ss.

¹⁴ L. FERRI, *L'autonomia privata* cit., 38 e 39.

¹⁵ F. SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 203 ss., spec. 372.

dall'ordinamento¹⁶. Non tutti gli atti privati, però, possono qualificarsi come espressione dell'autonomia privata. L'ordinamento conosce, infatti, diversi atti che non si riconducono alla logica dell'autonomia, in quanto non liberi ma dovuti, ovvero imposti da una norma o da una situazione giuridica preesistente. Si pensi, ad esempio, all'esercizio dei diritti potestativi e alla correlata posizione di soggezione, oppure all'adempimento di un'obbligazione¹⁷. In ogni caso, è pacifico che l'autonomia privata è una categoria ben più ampia rispetto a quella di autonomia negoziale, la quale a sua volta comprende, ma non si identifica con, l'autonomia contrattuale, avendo un ambito applicativo più esteso. Ne consegue che gli atti di autonomia privata non si esauriscono nei contratti, ma comprendono anche atti unilaterali quali il testamento, la procura o la remissione del debito¹⁸.

La nozione di autonomia privata, dunque, include in sé l'autonomia negoziale sia quella contrattuale¹⁹. La prima costituisce una categoria più generale della libertà contrattuale, riferendosi a tutti i negozi giuridici, anche unilaterali e anche di natura non patrimoniale²⁰.

¹⁶ G. GRISI, *L'autonomia privata* cit., 10.

¹⁷ G. GRISI, *L'autonomia privata* cit., 16. Al riguardo, si osserva che l'adempimento, sebbene sia imposto dalla legge convenzionale derivante dal contratto, non elimina in radice la volontà del debitore. Quest'ultimo, infatti, è comunque "libero" di decidere di adempiere ovvero di non eseguire la prestazione dovuta, andando incontro alle conseguenze derivanti dall'inadempimento. Sul punto, v. R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato, I, Dispense integrative ad uso degli studenti*, Milano, 1962, 3 ss., il quale osserva che "il soggetto, che si trova nella situazione di dovere, ha sempre la possibilità di scegliere tra l'adempimento del dovere e la sua violazione". Il dovere, dunque, non esclude "la libertà dell'uomo e il suo potere di libera scelta tra l'adempimento e la violazione, prevede già di per sé, sia pure quale manifestazione esasperata di libertà, la possibilità di un comportamento diverso da quello dovuto".

¹⁸ G. GRISI, *L'autonomia privata* cit., 17. *Contra* G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* cit., 29, secondo il quale i "negozi unilaterali sarebbero tutti nominati, cioè individuati dalla legge in relazione alla loro causa; una libertà del soggetto nonché di creare nuovi schemi di atti unilaterali, di modificare quelli disciplinati dalla legge per adeguarsi alle proprie contingenti esigenze (nel che si concreta a norma dell'art. 132 l'autonomia contrattuale) sarebbe addirittura un non senso [...] La situazione di necessità relativa, tende a produrre, ove manchi la spontanea adesione del soggetto al precetto normativo, attraverso una serie graduale di situazioni, susseguenti alla violazione del dovere, una situazione finale che escluda ogni diversa possibilità, ossia ogni risultato diverso da quello che si sarebbe realizzato se il dovere fosse stato spontaneamente adempiuto".

¹⁹ F. MESSINEO, *Il contratto in genere, I*, in A. Cicu e F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1973, 42 ss., il quale ha evidenziato che "[l]a libertà (o autonomia) contrattuale (o, in più larga accezione negoziale) dipende concettualmente (e ne è la principale articolazione) dalla cosiddetta autonomia privata (che, a sua volta, è il riflesso della libertà economica)".

²⁰ P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2024, 201 ss. afferma che "[s]i discorre di autonomia negoziale e di autonomia contrattuale, muovendo dalla relazione di genere a specie

Lo strumento con cui i privati possono esercitare la propria autonomia negoziale è il negozio giuridico²¹, ossia un “atto di una volontà autorizzata dall’ordinamento a perseguire un suo scopo”²², con cui essi definiscono un autoregolamento dei propri interessi²³. La letteratura, pertanto, ha definito il negozio giuridico come un “atto di autoregolamento dei privati interessi”²⁴.

L’autonomia contrattuale rappresenta la specificazione dell’autonomia privata di maggiore interesse ai fini della ricerca che si intende condurre in questa sede²⁵. Pur non esaurendo il contenuto dell’autonomia privata, essa ne costituisce la manifestazione più rilevante, in quanto direttamente funzionale alle operazioni economiche dalle quali dipende l’assetto complessivo del mercato²⁶. L’art. 1322

che vincola il negozio (genus) al contratto (species)”; P. RESCIGNO, Appunti sull’autonomia negoziale, in Giur. it., 1978, IV, 117 ss.; U. BRECCIA, Autonomia contrattuale, in E. Navarretta e A. Orestano (a cura di), E. Gabrielli (diretto da), Commentario del codice civile, Dei contratti in generale, Torino, 2011, 63. Secondo D. SERRANI, Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali, in Giur. cost., 1965, 283 ss., la libertà (o autonomia) contrattuale è un’espressione dell’autonomia negoziale, “la quale a sua volta è articolazione della c.d. autonomia privata”.

²¹ F. SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuridico* cit., spec. 206, ove l’A. ha osservato che “[l]a dottrina moderna, indagando sempre più acutamente il concetto di negozio giuridico, ha trovato al fondo, quello di autonomia privata: su questo punto, che ha la sua base testuale in una disposizione fondamentale di tutto il sistema (art. 1322 c.c.), sembrano convergere le più disparate opinioni. Il negozio è, appunto, l’atto di autonomia privata, col quale, cioè, il privato regola da sé i propri interessi”. La nozione di negozio giuridico non è contemplata dal nostro Codice civile. Detta nozione, invero, è rappresenta un’invenzione dogmatica, frutto della scienza giuridica pandettistica. Al riguardo, v. per tutti B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, rist. Torino, 1930, 202.

La letteratura italiana in merito alla teoria del negozio giuridico è sterminata. Per una ricostruzione della nascita e dell’evoluzione della teoria del negozio giuridico v. A. DI MAJO, *L’esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 111 ss.; F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 449 ss.; ID., voce *Negozio giuridico (dottrine gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss. Tra le opere maggiormente rilevanti v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* cit.; ID., *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* cit.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1945; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in A. Cicu e F. Messineo (diretto da), continuato da L. Mengoni, *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1988;

²² P. RESCIGNO, *L’autonomia dei privati* cit.

²³ E. GABRIELLI, *Il negozio giuridico nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2025, 5 ss.

²⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* cit., 104.

²⁵ Un elenco dei significati che può assumere l’autonomia contrattuale è proposto da P. RESCIGNO in P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato, Una conversazione* cit., 53 e 54.

²⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1970, 24; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza* cit.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano* cit.

c.c. ne individua positivamente il contenuto, attribuendo ai privati il potere di darsi una regola, avente fra di esse forza di legge ai sensi dell'art. 1372 c.c. e, dunque, giuridicamente vincolante, al fine di disciplinare i propri interessi²⁷. In altri termini, mediante l'esercizio della propria autonomia contrattuale le parti dispongono autonomamente il precetto da cui traggono origine, nei loro confronti, diritti e obblighi. Per tale ragione, la nozione di autonomia contrattuale si pone in contrapposizione al concetto di fonte "eteronoma" che rappresenta, come noto, il connotato tipico del comando proveniente dall'ordinamento e, più specificatamente, dalla volontà del legislatore²⁸.

Da quanto sopra esposto emerge come la nozione di autonomia sia intrinsecamente connessa a quella di libertà. Le parti, infatti, non solo possono liberamente decidere se concludere o meno un contratto, ma sono altresì libere di determinarne il contenuto, di scegliere il contraente, di optare per la tipologia contrattuale ritenuta più idonea e di stabilire la forma in cui il negozio deve essere concluso.

Corollario del principio secondo cui le parti sono libere di disciplinare i propri interessi mediante una regola di fonte privata e convenzionale è che la volontà dei contraenti può vincolare esclusivamente le parti, non potendo invece assumere alcuna efficacia cogente nei confronti di terzi che non hanno partecipato alla formazione del contratto. Fanno eccezione alcune ipotesi particolari, come quelle previste dagli artt. 1401 e 1411 c.c., che tuttavia richiedono, anche in tali casi, un

²⁷ Già H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1980, 114, nella concezione dell'ordinamento a gradini (*Stufenbau*), individuava nel negozio giuridico una fonte convenzionale di norme giuridiche individuali, funzionalmente legate a norme, di fonte legale, che ne legittimavano l'efficacia. Sul punto v. G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* cit., 1 ss.

²⁸ P. Rescigno, G. Resta, A. Zoppini, *Diritto privato, Una conversazione* cit., 49, ove P. Rescigno afferma che "autonomia significa regola posta dallo stesso soggetto [...] Il termine si contrappone a «eteronomia», che vuol dire regole che provengono dall'esterno del soggetto"; E. Gabrielli, *L'autonomia privata: dal contratto alla crisi d'impresa*, Padova, 2020, 59, secondo il quale "[i]l concetto di autonomia privata, con il quale il Legislatore ha voluto intitolare l'art. 1322 c.c., evoca volutamente il rapporto dialettico che il principio incardina tra autorità della legge e libertà del privato, poiché richiama l'attenzione sulla posizione del singolo sia nell'ambito della sua sfera giuridica, sia nei confronti di altri soggetti, siano essi privati o pubblici, ovvero collettività e gruppi organizzati, e soprattutto nei confronti dell'ordinamento statale".

intervento del terzo affinché il contratto possa produrre effetti nella sua sfera giuridica²⁹.

²⁹ E. GABRIELLI, *L'autonomia privata* cit., 60.

3. Il ruolo della volontà delle parti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale.

L'esercizio dell'autonomia contrattuale non può che realizzarsi attraverso la manifestazione della volontà delle parti che intendono regolare convenzionalmente i propri interessi. Secondo l'insegnamento tradizionale, “[s]e il contratto è inteso come l'espressione dell'autonomia, e non è altro che questo, e se l'autonomia è il potere della volontà, la volontà sarà il contratto. Più specialmente, il contratto sarà l'incontro di due volontà”³⁰. Per tale ragione, la manifestazione di volontà delle parti rappresenta il “fondamento e sostanza del contratto”³¹.

Tuttavia, l'elaborazione dottrinale del rapporto tra volontà, autonomia contrattuale e contratto ha conosciuto nel tempo una profonda evoluzione. Si è assistito, infatti, a un progressivo abbandono della concezione soggettiva del contratto, in cui la volontà delle parti rivestiva un ruolo totalizzante, per approdare a una concezione oggettiva, maggiormente attenta al valore funzionale e alla rilevanza sociale del vincolo negoziale³².

In particolare, nel corso del secolo scorso, la scuola giusnaturalistica tedesca elaborò la c.d. “teoria” o “dogma” della volontà (*Willenserklärung Theorien*). In tale prospettiva, la pandettistica ha rafforzato l'astrattezza e la generalizzazione del concetto di contratto, considerandolo esclusivamente come un atto di volontà del singolo, in un'ottica marcatamente soggettiva³³. Si tratta di un'impostazione di

³⁰ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2016, 416.

³¹ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 37.

³² F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico* cit.; ID., voce *Negozio giuridico* cit.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto* cit.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., 37 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Volontà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, XLVI, 1043 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, 18 ss.; F. REALMONTE, *L'accordo contrattuale*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato, Il contratto in generale*, II, Torino, 2000, 4 ss. Per una ricostruzione delle teorie soggettive e oggettive del negozio giuridico v. E. GABRIELLI, *L'autonomia privata, Volume II, Teoria del contratto e diritto comparato*, Milano, 2021, 4 ss.; ID., *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. it.*, 2018, 2780 ss.

³³ B. WINDSCHEILD, *Diritto delle pandette* cit., *passim*; F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* cit., *passim*, secondo il quale il contratto è la forma più importante di dichiarazione di volontà. Sul punto v. più approfonditamente M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema del Savigny*, in *Quaderni Fiorentini*, IX, Milano, 1981, 265 ss. In Italia la dottrina tradizionale ha attribuito alla volontà un ruolo fondamentale, pur ammettendo alcune deroghe al dogma della volontà in casi eccezionali, al fine di tutelare l'affidamento dei terzi. In tal senso v. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico* cit., 59 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* cit., VII. Secondo

matrice illuministica, che esaltava la potestà della volontà reale e la libertà incondizionata dell'individuo. Quest'ultimo assumeva una posizione di assoluto primato nella regolamentazione dei rapporti privati. La fusione della volontà individuale delle parti assumeva il ruolo di forza creatrice del contratto e dei suoi effetti giuridici. Detta volontà, tuttavia, doveva necessariamente manifestarsi all'esterno mediante una dichiarazione, la quale rappresentava un mero mezzo espressivo, privo di qualsiasi forza creativa. L'efficacia del contratto era dunque interamente ricondotta al volere interno dei singoli: in assenza di tale volontà, non si sarebbe potuto considerare validamente formato alcun vincolo contrattuale. Ne conseguiva, da un lato, che il negozio contrattuale sarebbe idoneo a vincolare le parti esclusivamente nei termini ed entro i limiti di quanto effettivamente voluto dall'individuo e, dall'altro lato, che qualsiasi *atto* che non rappresentava una manifestazione di volontà era considerato come un *fatto*.

La teoria in commento, dunque, attribuiva una posizione sovraordinata alla volontà interna rispetto alla dichiarazione esterna, con la conseguenza che ogni divergenza tra le due comportava l'invalidità del contratto³⁴. Parimenti, ogni interferenza capace di alterare la formazione della volontà individuale o di distanziarla dalla sua espressione esterna impediva la costituzione di un vincolo contrattuale giuridicamente valido.

Il significato ideologico e politico del dogma della volontà è evidente là dove si consideri che nei primi dell'Ottocento la libertà individuale costituiva il valore cardine della nuova società borghese, sorta in contrapposizione all'*Ancien Régime*. L'uomo, libero da ogni vincolo derivante dal suo *status*, poteva liberamente realizzarsi: il contratto rappresentava lo strumento privilegiato di tale libertà, nonché la più alta espressione della volontà autonoma dell'individuo.

La teoria della volontà è entrata in crisi verso la fine dell'Ottocento, quando l'espansione del capitalismo in Europa determinava un profondo mutamento del tessuto sociale ed economico. Sorgeva così l'esigenza di una maggiore certezza dei

S. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 242 ss., spec. 234 “solo la volontà è da considerarsi come nucleo concettuale del negozio, mentre gli altri sono elementi necessari per l'esistenza di determinati gruppi o di schemi singolari di negozi”.

³⁴ In tal senso v. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* cit., 4.

rapporti giuridici, indispensabile per garantire la sicurezza degli scambi commerciali. Tale certezza non poteva che fondarsi su una progressiva “oggettivizzazione dello scambio”, che rendesse prevedibili e verificabili gli effetti giuridici delle relazioni economiche³⁵. Il dogma della volontà non era in grado di assicurare tale stabilità, poiché faceva dipendere l’efficacia del contratto dal foro interno del singolo contraente, ossia da elementi soggettivi, imperscrutabili e non controllabili dall’esterno. Da qui il passaggio da una concezione soggettiva del contratto a una concezione oggettiva, nella quale assumono rilievo l’elemento esterno della dichiarazione e l’affidamento che essa suscita nel destinatario, che prevalgono sulla volontà effettiva del dichiarante.

Per tali ragioni, tra la fine dell’Ottocento e gli inizi del Novecento, in contrapposizione al dogma della volontà, veniva affermandosi in Germania la c.d. teoria della dichiarazione (*Erklärungstheorie*)³⁶. Secondo questa tesi, ciò che rileva è la manifestazione oggettiva della volontà del singolo, indipendentemente dalla corrispondenza tra la dichiarazione e la reale volontà che intende esprimere. Gli è che la validità e l’efficacia del contratto non dipendono da elementi psichici, ma da elementi oggettivi, suscettibili di controllo e di verifica esterna. Questa diversa impostazione – oltre a trovare giustificazione nel principio di autoresponsabilità del singolo, che rimane vincolato al contratto anche quando la dichiarazione non rifletta perfettamente il suo volere – risponde alle esigenze di certezza dei rapporti giuridici e offre una tutela al legittimo affidamento che i terzi ripongono nelle dichiarazioni ricevute.

Da ultimo, verso la metà del Novecento si è assistito in Italia a una evoluzione della teoria dichiarativa, da cui originava una terza tesi, la c.d. “teoria precettiva”, con cui si è inteso allontanarsi ulteriormente dalla concezione individualistica che permeava il dogma della volontà³⁷. Tale teoria, pur condividendo con quella

³⁵ F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico* cit.

³⁶ E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, *passim*. Sulle ragioni dell’ascesa della teoria della dichiarazione v. F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico* cit., spec. 455 ss.

³⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., 11; F.P. PATTI, *Significato e limiti dell’autonomia privata*, in F. Bordiga e H. Wais, *Contenuto e limiti dell’autonomia privata in Germania e in Italia*, Torino, 2021, 1 ss.

dichiarativa l'impostazione oggettiva del contratto, concepisce il negozio giuridico non come mera espressione del foro interno individuale né come semplice dichiarazione della volontà dei singoli, ma come un fenomeno sociale, ancor prima che giuridico³⁸. La volontà, imperscrutabile e incontrollabile all'esterno, non può da sola avere alcun effetto giuridico. Essa assume rilevanza giuridica esclusivamente là dove venga espressa mediante un fenomeno sociale, che può consistere non solo in una dichiarazione, ma anche in un comportamento socialmente riconoscibile. È l'ordinamento giuridico che mette a disposizione dei privati i mezzi per esprimere la propria volontà e che, allo stesso tempo, attribuisce efficacia giuridica agli effetti che essi intendono realizzare³⁹. Il negozio giuridico, dunque, è considerato come regolamento di interessi vincolante per i soggetti che lo predispongono, ossia come "precetto", con cui i privati esercitano la propria autonomia privata. Gli effetti che ne derivano, tuttavia, non sono frutto della volontà dei singoli, ma della volontà della legge, la quale riconosce validità e vincolatività alle regole di fonte negoziale. In ultima analisi, è la norma fondamentale dell'ordinamento (*Grundnorm*) che conferisce forza di legge al contratto⁴⁰.

Con il Codice civile del 1942 viene positivamente superato il dogma della volontà. Nell'impostazione codicistica, il contratto non è più considerato come un

³⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., 51 ss. secondo il quale, considerato che ogni negozio è un fatto sociale e l'autonomia privata è un fenomeno sociale, il negozio giuridico deve "soddisfare quell'esigenza di riconoscibilità che domina tutta la vita sociale [...] la "volontà", come fatto psicologico meramente interno, è qualcosa di per sé inafferrabile e incontrollabile, che appartiene unicamente al foro interno della coscienza individuale. Solo nella misura in cui si renda riconoscibile nell'ambiente sociale, sia in dichiarazioni, sia in comportamenti, essa diventa un fatto sociale, suscettibile d'interpretazione e di valutazioni da parte dei consociati". In tal senso v. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ed. or. 1950, rist. 2008, 127, il quale sostiene che la volontà assume rilevanza giuridica solo quando diventa "socialmente importante, e cioè tende a realizzare un interesse che l'ordinamento consideri meritevole di tutela". Ancora, R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* cit., 88, ritiene che l'autonomia privata costituisca un fenomeno sociale, atteso che essa si concretizza nelle relazioni economico-sociali e si contrappone all'autonomia individuale, la quale, al contrario, riguarda le facoltà che riguardano il singolo isolatamente preso. In senso critico alla teoria precettiva v. V. ROPPO, *Il contratto* cit., 41, il quale ritiene che, ancorché sia utile considerare il valore precettivo del contratto, occorre tener presente che la regola contrattuale è comunque frutto di un accordo delle parti, senza il quale non sussisterebbe alcuna regola.

³⁹ F. SANTORO PASSARELLI, voce *Atto giuridico* cit.

⁴⁰ L. FERRI, *L'autonomia privata* cit., 20 ss.; E. GABRIELLI, *Il negozio giuridico nel tempo presente* cit., spec. 8, nota 7.

fenomeno psichico, bensì sociale⁴¹. La Relazione Illustrativa al Codice civile, al § 623, tratta espressamente del dogma della volontà, evidenziando come esso, fondandosi su una concezione del contratto quale manifestazione della volontà individuale, avesse condotto al mito della libertà illimitata del singolo e all'idea secondo cui ciascuno fosse vincolato al contratto solo nella misura in cui lo avesse effettivamente voluto. Con il progressivo affermarsi dei valori solidaristici si è dovuta abbandonare la visione individualistica della teoria della volontà. Di talché, il legislatore del 1942, sebbene non abbia integralmente disconosciuto il ruolo che la volontà ricopre nella formazione del contratto, ne ha tuttavia ridimensionato la portata, bilanciandola con il legittimo affidamento che i terzi ripongono nella dichiarazione, seppur questa non rispecchi fedelmente il foro interno del dichiarante, ove tale affidamento si fondi sulla buona fede del destinatario dell'atto di volontà.

Pertanto, nel nostro ordinamento il principio di autoreponsabilità e del legittimo affidamento ha prevalso rispetto alla volontà, valendo il principio generale secondo cui chi immette o causa l'immissione di una dichiarazione negoziale nel traffico giuridico ne è vincolato secondo il loro significato obiettivo, a prescindere dalla loro lontananza rispetto alla vera volontà dell'individuo e a prescindere da una valutazione della sua condotta in termini di colpa.

Ciò posto, sebbene sia prevalso il principio di autoreponsabilità e si preferisca l'affidamento del terzo rispetto all'integrità del consenso, quest'ultimo non riceve una tutela incondizionata. Affinché un soggetto sia vincolato dal contratto non è sufficiente che il destinatario della dichiarazione riponga un legittimo affidamento su di essa. È necessario, da un lato, che tale dichiarazione sia effettivamente riferibile al dichiarante e, dall'altro, che il destinatario non conosca – e non possa conoscere secondo un criterio di normale diligenza – il reale significato della dichiarazione⁴².

⁴¹ C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 20. Del resto, occorre evidenziare che la rilevanza della volontà nell'ambito della creazione, modifica ed estinzione dei rapporti giuridici non può che essere valutata alla luce del diritto positivo e, dunque, della disciplina legislativa vigente in un dato ordinamento giuridico in una determinata epoca. In tal senso v. M. GIORGIANNI, voce *Volontà (dir. priv.)*, cit.

⁴² C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 22.

4. La forza di legge del contratto e il principio del *pacta sunt servanda*.

Come sopra osservato, la manifestazione più significativa dell'autonomia privata – e la forma negoziale di maggiore rilevanza non solo nel nostro ordinamento giuridico, ma anche nella realtà empirica del contesto sociale contemporaneo – è rappresentata dal contratto.

Elemento caratterizzante del contratto è la sua idoneità a creare norme giuridiche vincolanti per le parti che lo hanno predisposto, nello stesso modo in cui esse sono vincolate dalle norme di matrice legislativa. Ciò è positivamente stabilito dall'art. 1372, comma 1, c.c. il quale prevede che il contratto “*ha forza di legge tra le parti*”.

Tale formula non ha origini recenti, né trova la sua prima formulazione nell'ordinamento italiano. Essa, infatti, è frutto dell'influenza che il *Code Napoléon* ha esercitato dapprima sul Codice civile del 1865 e, successivamente, sul Codice del 1942. In realtà, l'attuale art. 1372 c.c. non costituisce una traduzione letterale della corrispondente disposizione francese. L'art. 1134, primo comma, del *Code* stabilisce infatti che “[l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”⁴³. Il secondo comma, poi, aggiunge che tali convenzioni “*ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise*”⁴⁴. Questa formula risponde alla conformazione e alle necessità della società francese dell'epoca, fondata sulle idee rivoluzionarie e illuministiche di libertà e uguaglianza, nonché sull'affermazione della proprietà privata e della libertà contrattuale come strumenti di emancipazione economica e progresso. In un contesto dominato dallo sviluppo dei traffici mercantili, era necessario garantire certezza e stabilità agli scambi, in modo da favorire la mobilitazione della

⁴³ La traduzione letterale in italiano è la seguente: “*le convenzioni legalmente formate hanno valore di legge per coloro che le hanno fatte*”.

⁴⁴ Ossia, “*non possono essere revocate che per il loro consenso reciproco, o per le cause che la legge autorizza*”. La formula utilizzata dal legislatore d'oltralpe è stata testualmente ripresa dalle parole di J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Parigi, 1723, Libro primo, Titolo I, Sezione II, n. VII, 23, il quale, nel paragrafo intitolato “*les conventions tiennent lieu de loix*”, affermava i principi secondo cui “*les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loy à ceux qui les ont faites*” e “*elles ne peuvent être revoquées que de leur consentement commun, ou par les autres voyes qui seront expliquées dans la section VI*”.

ricchezza e la circolazione dei beni. Non a caso, da un punto di vista topografico, l'art. 1134 del codice francese è collocato nel terzo libro, successivo al libro dedicato alla proprietà, che disciplina i “*Modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*”. Ciò conferma il ruolo fondamentale ricoperto dal contratto, che, secondo i primi commentatori del *Code*, era coperto da una certa “*sacralità*”, equiparata a quella della legge. Quest'ultima, doveva garantire la forza vincolante del negozio, al fine di offrire alla classe mercantile uno strumento che gli consentisse di fare affidamento sugli scambi commerciali⁴⁵.

Come anticipato, la disposizione del *Code Napoléon* non è stata traslata nel Codice civile del 1865 in modo del tutto fedele. L'art. 1123 del codice post-unitario, infatti, stabiliva che “[i] *contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti*”. Sebbene durante i lavori preparatori fossero state espresse numerose istanze volte ad abbandonare l'impostazione del Codice del 1865, il richiamato art. 1372 c.c. ha mantenuto l'impostazione previgente, stabilendo che “*il contratto ha forza di legge tra le parti*”⁴⁶.

La formula impiegata dall'art. 1372, comma 1, c.c. ha suscitato opinioni discordanti tra gli autori. Tra di essi vi è chi l'ha descritta come una formula “*felice*” e “*solenne*” e chi, al contrario, l'ha definita come “*enfatica*”, “*iperbolica*” o addirittura “*pittoresca*”. Altri, infine, l'hanno considerata più semplicemente un “*innocuo traslato*”⁴⁷.

Al di là di una valutazione stilistica, la dottrina si è confrontata sulla possibilità o meno di attribuire al contratto rango di fonte normativa. Parte della letteratura ritiene che il contratto possa essere considerato una vera e propria fonte di produzione di norme giuridiche. Tale conclusione, tuttavia, presuppone che si aderisca alla tesi secondo cui la norma giuridica non deve essere necessariamente

⁴⁵ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, 1 ss.

⁴⁶ In merito alle diverse posizioni emerse durante i lavori preparatori del Codice civile in merito alla formula utilizzata dall'attuale art. 1372 c.c., v. *Osservazioni e proposte sulla seconda edizione del progetto del libro quarto, Delle obbligazioni, II*, Roma 1941, sub art. 209, 452. Una ricostruzione delle istanze volte ad abbandonare la suddetta formula è offerta da G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, 9 – 10.

⁴⁷ Per una disamina delle accezioni che la dottrina ha attribuito alla formula di cui all'art. 1372 c.c. v. G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge* cit., 7, note 1 e 2.

generale e astratta, ma può avere anche un contenuto individuale. In tale ottica, la legge che attribuisce al contratto efficacia normativa rappresenta una *fonte di validità*, mentre il negozio giuridico costituirebbe una *fonte di produzione*. Più precisamente, la prima disciplinerebbe i criteri di conformità formale e sostanziale dell'atto all'ordinamento, la seconda, invece, ne realizzerebbe concretamente la funzione regolatrice nei rapporti tra le parti⁴⁸.

Quest'orientamento è stato tuttavia criticato da quella parte della dottrina secondo cui l'art. 1372 c.c. si limiterebbe a stabilire l'intangibilità del regolamento contrattuale, senza attribuire al contratto il rango di fonte normativa. Secondo questa tesi, la disposizione non potrebbe essere "*presa alla lettera*", nel senso di equiparare il contratto alla legge come fonte del diritto. Occorre distinguere la sfera degli atti giuridici, i quali possono avere efficacia giuridica esclusivamente ove ciò sia riconosciuto dalla legge, e quella delle norme, le quali, nell'ipotizzare un fatto, lo disciplinano. L'autonomia privata può incidere sui rapporti giuridici solo in base ai presupposti ed entro i limiti imposti dal legislatore, non potendo in ogni caso derogare alle norme imperative previste dall'ordinamento positivo⁴⁹.

In ogni caso, indipendentemente dalla configurabilità del contratto come fonte normativa, risulta pacifico che l'art. 1372, comma 1, c.c. esalta il contratto come strumento di autonomia privata, stabilendo che sono le parti, e non la legge, a stabilire le regole a cui decidono di vincolarsi⁵⁰. La disposizione da ultimo richiamata fissa nel nostro ordinamento il principio dell'intangibilità del contratto, in ossequio al brocardo "*pacta sunt servanda*". Secondo questo principio, il contratto esprime una propria forza vincolante nei confronti dei privati, i quali sono obbligati a tenere la condotta prevista nel regolamento contrattuale. La valenza cogente del contratto è poi rafforzata dalla seconda parte del primo comma dell'art. 1372, in virtù della quale il contratto può essere sciolto esclusivamente là dove ciò sia frutto di un accordo delle medesime parti che lo hanno concluso ovvero per causa previste dalla legge. Gli è che i contraenti non possono disvolere ciò che

⁴⁸ L. FERRI, *L'autonomia privata* cit., 23 ss.

⁴⁹ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto* cit., 4; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale* cit., 27 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile Commentario*, Milano, 2013, 6 ss.

⁵⁰ G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge* cit., 11.

hanno concordemente voluto, né sottrarsi unilateralmente agli obblighi assunti, né modificare arbitrariamente il regolamento originario.

In questa prospettiva, l'art. 1372 c.c. offre ai privati uno strumento di certezza giuridica che, oltre a tutelare l'interesse individuale alla realizzazione dello scopo perseguito con la stipulazione del contratto, assicura l'interesse generale alla stabilità degli scambi e alla circolazione della ricchezza, contribuendo così allo sviluppo dell'economia di mercato.

Il principio del *pacta sunt servanda*, tuttavia, non è incondizionato, ma è soggetto a diversi limiti che, nel tempo, hanno conosciuto un significativo ampliamento. Sul punto, la letteratura ha rilevato come non sia più attuale l'idea del contratto come cristallizzazione dell'assetto degli interessi predisposto dai contraenti alla sua conclusione, impermeabile a mutamenti sopravvenuti delle circostanze esistenti in quel momento. Oggi, nella formazione del contenuto del contratto concorrono, unitamente alla volontà delle parti, altre fonti sia di natura legale sia regolamentare, espressione dell'esigenza di adattare il vincolo negoziale all'evoluzione del contesto sociale ed economico in cui esso si realizza⁵¹.

⁵¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 72 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., 12; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 290 e ss., il quale ha evidenziato che “in una situazione articolata e complessa come quella contemporanea, che l'esercizio del potere di dettare regole o di autoregolarsi finisce sempre con l'integrarsi con l'esercizio di altri poteri, siano o no dello stesso rango e della stessa natura. Sì che l'autonomia c.d. privata, in termini di effettività, si integra con altri poteri e confluisce, come parte ora attuativa e conformata ora creativa e costitutiva, nell'ordinamento complessivo, quale insieme di principi e regole predisposte e attuate con la funzione di dettare ordine nella società”.

5. Autonomia privata e Costituzione.

Sebbene il Codice civile riconosca espressamente l'autonomia privata e, in particolare, quella contrattuale, a partire dalla fine degli anni Sessanta e inizio anni Settanta – durante la stagione del c.d. “disgelo costituzionale” – la dottrina ha avvertito l'esigenza di individuarne un fondamento costituzionale, pur in assenza di una disposizione esplicita come quella dell'art. 1322 c.c.⁵². Si è così inteso rafforzare la tutela del principio di cui si discute, conferendogli un rango superiore, e individuare un criterio di controllo di legittimità costituzionale delle leggi che siano con esso incompatibili⁵³. La ricerca di un fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale è coerente con l'opera di “costituzionalizzazione del diritto privato” operata dalla letteratura in quegli anni, consistente nella materializzazione del diritto privato alla luce dei principi dettati dai Padri costituenti⁵⁴.

L'assenza nella Carta costituzionale di un riferimento espresso al potere di autonomia privata è frutto di ragioni storico-ideologiche. L'Assemblea costituente, pur ripudiando il regime autarchico e corporativistico precedente, era favorevole a

⁵² P. RESCIGNO, voce *Contratto (in generale)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1988, 1 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto cit.*, 30 ss.; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata cit.*, secondo il quale “non c'è una norma della Costituzione, che garantisca di per sé l'autonomia privata p, meglio, l'autonomia negoziale o contrattuale, nella disciplina degli interessi economici (una norma di contenuto uguale o simile all'art. 1322 c.c.)”; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.

⁵³ E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato cit.*, 183 ss., la quale ha evidenziato come i principi costituzionali incidono sull'autonomia privata sotto tre profili: “il suo essere fonte di regolazione e, dunque, di una possibile regolazione di diritti fondamentali; il suo essere oggetto di regolazione, sottoposta ai principi fondamentali; il suo essere essa stessa esercizio di una libertà, che rivendica una possibile collocazione costituzionale”. Sul tema v. anche F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Quest. Giust.*, 2016, 4, 1 ss.; S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2017, *passim*; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, 3 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia privata*, Milano, 1971, *passim*, 11; U. BRECCIA, *Autonomia contrattuale cit.*, 67; E. GABRIELLI, *L'autonomia privata cit.*, 63; A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 4/2019, 827 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 582 ss., spec. 602, secondo il quale “la garanzia dell'autonomia negoziale risulta implicita in ogni disposizione costituzionale che riconosca ai privati una posizione giuridica soggettiva di signoria o di libertà della persona umana”.

⁵⁴ P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 209 ss.; ID., *Rilettura del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, 9 ss.; A. ZOPPINI, *Per una rilettura del Codice civile alla luce della Costituzione*, in *Riv. it. sci. giur.*, 2022, 315 ss.

una conformazione dirigista dello Stato e alla fissazione autoritativa dei prezzi di determinati beni e servizi tramite l'inserimento automatico di clausole nei contratti tra privati (art. 1339 e 1419, comma 2, c.c.). Un'espressione di tale ideologia si rinviene, ad esempio, nel terzo comma dell'art. 41 Cost., là dove viene attribuito al legislatore il potere di dettare i programmi e i fini dell'attività economica privata.

A partire dagli anni Ottanta la concezione di Stato dirigista è entrata però in crisi a fronte di spinte liberistiche sia nazionali sia internazionali⁵⁵. Lo Stato non ha più il compito di "arbitro dell'economia", ma si limita a dettare le regole volte a eliminare gli ostacoli alla concorrenza e all'efficienza nel mercato⁵⁶.

Da qui nasce la necessità per la letteratura di individuare un fondamento costituzionale, pur indiretto, dell'autonomia privata⁵⁷.

Pur con diversi dubbi e scetticismo⁵⁸, la dottrina ha, in un primo momento, individuato il fondamento dell'autonomia privata nell'art. 2 Cost. In quest'ottica, la regolazione autonoma e volontaria degli interessi privati costituisce una manifestazione della personalità del singolo⁵⁹. Al riguardo, tuttavia, è stato osservato che l'art. 2 Cost. potrebbe riferirsi esclusivamente all'autonomia associativa, stante l'espresso richiamo alle formazioni sociali preordinate allo svolgimento della personalità dell'individuo, quali la famiglia e le associazioni, ma

⁵⁵ Al riguardo, v. l'Atto unico europeo del 1986 che intende riqualificare l'intervento statale, attribuendogli il solo compito di dettare le regole del mercato al fine di garantire la concorrenza e l'efficienza, senza però sostituirlo nel ruolo di guida del processo economico.

⁵⁶ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione* cit.; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza* cit.

⁵⁷ Senza voler anticipare quanto si dirà nel prosieguo, si evidenzia che, ai fini della presente ricerca, è fondamentale individuare il valore costituzionale che viene attribuito all'autonomia contrattuale. Come osservato da A. CIATTI, *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (Sofortwirkung)*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 155 ss., spec. 167 e 168, "al fine di sciogliere il nodo dell'efficacia della norma legale sopravvenuta sui contratti che trova già perfezionati al momento in cui essa entra in vigore, occorre pertanto chiarire quale «valore» sia assegnato dalla Costituzione, letta alla luce del diritto comunitario, agli atti di autonomia privata, e in particolare al contratto, e quanto essi siano permeabili a regole sopravvenute che estrinsechino ed esplicitino valori di segno differente a quello della libertà contrattuale".

⁵⁸ P. RESCIGNO, *Premessa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 2 ed., Torino, 2006, XLVII ss.; A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *Dir. e soc.*, 2010, 134.

⁵⁹ R. SACCO, *Il contratto, Tomo secondo*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 30 ss.; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 183 ss.

non all'autonomia contrattuale "di scambio"⁶⁰. Inoltre, il collegamento tra il principio di cui si discute e l'art. 2 Cost. risulterebbe incompatibile con la natura economica dell'autonomia contrattuale⁶¹.

Per tale ragione, l'opinione prevalente ha individuato negli artt. 41 e 42 Cost. il fondamento costituzionale del principio dell'autonomia contrattuale. Quest'ultima, tuttavia, non essendo espressamente prevista dalla Costituzione, può ricevere una tutela solo "indiretta". In altri termini, la lesione dell'autonomia privata da parte del legislatore non si tradurrebbe di per sé in una violazione della Costituzione, ma è tale solo in quanto vengono violati altri principi costituzionali, quale, ad esempio, la libertà di iniziativa economica⁶².

Pur rappresentando concetti distinti, l'iniziativa economica e l'autonomia contrattuale risultano strettamente connesse. La prima si manifesta attraverso una pluralità di atti di organizzazione, regolamentazione e comportamenti materiali ed esecutivi, funzionali al perseguimento di un interesse unitario e autonomo. La seconda, invece, si esplica in singoli atti negoziali, contratti e comportamenti di adempimento, che danno concreta attuazione a rapporti giuridici specifici⁶³.

⁶⁰ P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile* cit., 224; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione* cit.; P. RESCIGNO, *Premessa* cit., XLVI.

⁶¹ E. GABRIELLI, *L'autonomia privata* cit., 64.

⁶² P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati* cit.; L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Iustitia*, 1966, 103 ss.; Id., *Autonomia privata e costituzione* cit.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., 45 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., 76 ss.; P. BARCELLONA, voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 487 ss.; A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere* cit.; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata* cit.; M. GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità e di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giur. cost.*, 1962, 82 ss., spec. 93, ove l'A. afferma che "[i]n verità occorrerebbe meglio precisare che l'autonomia contrattuale si trova tutelata dalle norme costituzionali, non già direttamente, ma indirettamente, ricevendo riconoscimento e limiti costituzionalmente rilevanti solo nel quadro e quale esplicazione della iniziativa economica e della proprietà. Ove l'autonomia non tocchi gli interessi connessi a questi istituti, essa cessa di essere costituzionalmente rilevante". In tal senso si è pronunciata anche la Corte costituzionale, 21 marzo 1969, n. 37, la quale, nel richiamare le numerose decisioni della stessa Consulta in materia contrattuale, ha precisato che "l'autonomia contrattuale non riceve dalla Costituzione una tutela diretta. Essa la riceve bensì indirettamente da quelle norme della Carta fondamentale, che, come gli artt. 41 e 42 - riguardanti rispettivamente l'iniziativa economica e il diritto di proprietà - si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia".

Secondo, invece, L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Iustitia*, 1966, 92 ss. "ha mediocre importanza sapere se [l'autonomia negoziale] sia oggetto diretta e globale oppure di una garanzia solo indiretta, riflessa da quella che assiste altri istituti ai quali l'autonomia negoziale è strettamente connessa, quali il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica privata".

⁶³ L. FERRI, *L'autonomia privata* cit., 314, il quale evidenzia che l'iniziativa economica rappresenta un concetto più ampio, da un lato, di quello di autonomia privata, comprendendo anche

Nonostante tale differenza strutturale, l'autonomia contrattuale costituisce comunque lo strumento essenziale dell'iniziativa economica privata e, per tale ragione, costituisce di per sé un “*valore basilare dell'ordinamento*”⁶⁴. La tutela dell'iniziativa economica è dunque inscindibilmente connessa alla tutela dell'autonomia privata⁶⁵: ogni limite imposto a quest'ultima si traduce inevitabilmente in un limite anche alla prima, e può dirsi legittimo solo qualora sia preordinato a raggiungere fini costituzionalmente previsti⁶⁶.

Sotto altro profilo, così come l'iniziativa economica e la proprietà privata non godono di una tutela incondizionata, anche l'autonomia privata è soggetta ai limiti previsti dagli artt. 41 e 42 Cost., rappresentati dall'utilità sociale, dalla sicurezza, dalla libertà e dignità umana⁶⁷. In altri termini, l'autonomia privata e, segnatamente, quella contrattuale, può essere limitata esclusivamente per garantire la soddisfazione di interessi fondamentali generali previsti dalla Carta costituzionale. Detti limiti, dovendo necessariamente essere imposti mediante un atto legislativo, sono rimessi allo scrutinio del Giudice delle leggi, che deve individuare, caso per caso, il parametro costituzionale di riferimento⁶⁸.

atti meramente esecutivi e materiali che non appartengono all'autonomia privata e, dall'altro lato, di quello di autonomia negoziale, esistendo negozi giuridici che non rappresentano un'esplicazione dell'iniziativa economica. In tal senso v. anche M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata* cit., 29; C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 31, nota 101; E. GABRIELLI, *L'autonomia privata* cit., 64.

⁶⁴ C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 31; A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere* cit.

⁶⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 77.

⁶⁶ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., secondo il quale “*al contratto in quanto tale non è attribuita alcuna diretta garanzia costituzionale: tuttavia, l'intervento pubblico è condizionato dall'uso dello strumento legislativo e dalla esistenza di una utilità sociale, secondo un'indicazione comune alle norme ricordate*”, ossia agli artt. 41 e 42 Cost.; E. GABRIELLI, *L'autonomia privata* cit., 64. Secondo la Corte costituzionale, 23 aprile 1965, n. 30, in *Foro it.*, 1965, I, 737 ss., la garanzia posta nel primo comma dell'art. 41 Cost. “*riguarda non soltanto la fase iniziale di scelta dell'attività, ma anche i successivi momenti del suo svolgimento; ed è ugualmente certo che, poiché l'autonomia contrattuale in materia commerciale è strumentale rispetto all'iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti o consentiti dalla Costituzione*”.

⁶⁷ Da un lato, l'attività privata deve essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41, comma 2, Cost.). dall'altra, la proprietà privata svolge una funzione sociale (art. 42, comma 2, Cost.)

⁶⁸ C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 32; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 77; E. GABRIELLI, *L'autonomia privata* cit., 65 e 66. Secondo L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione* cit., i limiti imposti dal legislatore all'autonomia privata non solo devono essere preordinati al raggiungimento di interessi costituzionalmente protetti, ma essi devono rispondere altresì al “*principio di ragionevolezza, cioè di congruità e di proporzione allo scopo*”. Più approfonditamente, sui limiti dell'autonomia privata v. il § 6 del presente Cap.

6. I limiti dell'autonomia contrattuale.

Il riconoscimento dell'autonomia privata e della libertà contrattuale come principi fondamentali dell'ordinamento non si traduce nell'affermazione della loro inviolabilità da parte del legislatore.

La “costituzionalizzazione” dell'autonomia privata e l'avvento dello Stato sociale, da un lato, hanno portato a rafforzarne la tutela rispetto a ingerenze eteronome che incidano sul contenuto del negozio giuridico; dall'altro, hanno determinato un ampliamento dei limiti imposti all'autonomia stessa, comportando una riduzione dei confini entro cui essa può operare⁶⁹. La molteplicità di tali vincoli ha condotto la dottrina a ritenere che, in realtà, “*l'autonomia contrattuale, nella pienezza dei suoi modi di manifestarsi è un'ipotesi di scuola*”⁷⁰, giungendo alla

⁶⁹ Già R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* cit., 11, osservava che, sebbene “*l'interferenza dell'ordinamento giuridico si realizza talora nel senso di una opportuna integrazione del contenuto negoziale [...] dà luogo più di frequente ad una vera invasione, seppure parziale, della sfera di azione riservata ai privati da parte della legge e dunque al sacrificio in questi confini della autonomia negoziale*”. In tal senso v. anche C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in G. Vettori (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005, 39 ss., spec. 47-48, il quale ha definito l'autonomia privata come una “*vittima sacrificale del potere politico*”. L'A. sostiene, *de iure condendo*, che l'espressa previsione dell'autonomia privata nella Carta costituzionale “*non avrebbe dovuto far temere un'enfatizzazione possibile di un potere del privato sul privato: essa infatti avrebbe significato in pari tempo la tutela dell'autonomia di ambedue le parti e, attraverso tale tutela, automaticamente l'impossibilità che l'autonomia diventasse prevaricazione*”. Secondo M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 480 ss., tre sarebbero stati i fattori che avrebbero messo in crisi il principio secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372 c.c.), in favore di esigenze di “flessibilizzazione” del contratto: a) la radicalità dell'innovazione tecnologica; b) la globalizzazione del mercato; c) i processi di decentramento produttivo che accrescono le interdipendenze tra imprese. Ancora, M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata* cit., 20 e 24, ha osservato che “[n]ella prospettiva del diritto costituzionale, l'autonomia privata è presidiata e ad un tempo circoscritta da tutte le libertà nominate, ciascuna delle quali, per il suo contenuto e già prima di ricevere concreta configurazione ad opera del Legislatore chiamato a “mediare” tra le singole sfere, esprime garanzia di autonoma determinazione in ordine a un plesso (pertanto qualificato) di attività, sia essa biomeccanica ovvero giuridica [...] Tutto ciò si riflette sulla disciplina codicistica dell'attività negoziale. Se infatti questa si riconduce ad un potere individuale di darsi ordinamento il sindacato giudiziale dovrà andare oltre la mera valutazione di corrispondenza del fatto al diritto, per comprendere invece tutta una serie di elementi che attengono ai profili concreti dell'azione costitutiva di ordinamento privato nel passaggio dalle regole di “effettività” a quello di efficacia garantita. Si tratta dei principi e istituti della causa, della eterointegrazione del contratto, della rescissione, della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, della buona fede e della correttezza: istituti che vengono in rilievo primario allorché i privati chiedano la tutela dell'ordinamento statale”.

⁷⁰ P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati* cit., spec. 544; ID. in P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato, Una conversazione* cit., ove, dopo aver riconosciuto la centralità dell'autonomia privata nel nostro ordinamento, ha osservato che “*le lesioni dell'autonomia intesa nel significato più vasto non rappresentano la regola, sono da considerarsi eccezioni. Dove*

conclusione secondo cui l'originario e tradizionale significato di autonomia contrattuale appare ormai un modello meramente teorico e idealizzato⁷¹. Ciò ha condotto la letteratura a parlare di “*contratto imposto*” dalla legge, là dove la volontà delle parti non ne rappresenti più il fondamento, ma viene costretta al contratto dalla legge⁷².

I limiti alla libertà contrattuale hanno conosciuto, in tempi recenti, una significativa moltiplicazione a seguito della proliferazione della legislazione speciale, volta a regolare specifici settori del mercato e a tutelare il contraente debole. Attraverso tali interventi, il legislatore ha inteso correggere le asimmetrie di potere economico e informativo che caratterizzano molte relazioni contrattuali, introducendo vincoli e meccanismi di riequilibrio a salvaguardia della parte strutturalmente più esposta⁷³.

È stata, dunque, evidenziata la necessità di una riaffermazione dell'autonomia contrattuale, ricordando che le sue limitazioni, singolarmente e complessivamente considerate, devono rimanere un'eccezione, potendo operare solo nei casi e nelle modalità previste dalla legge⁷⁴.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che una compiuta analisi dell'autonomia privata non possa prescindere da un approfondimento dei suoi limiti

l'ordinamento non interviene si riafferma il principio di libertà, e l'autonomia va affermata in tutta la sua integrità”. In merito alla decostruzione dell'antinomia tra autorità e libertà e, poi, tra autonomia ed eteronomia v. G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, ora in *Opere*, I, Milano 1959, 255 ss. e i saggi ordinati in F. SANTORO PASSARELLI, *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova 1977, *passim*.

⁷¹ V. ROPPO, *Il contratto* cit., 41, il quale ha osservato che “[l]’idea del contratto come pura e piena soggettività dell’individuo, immune da qualsiasi condizionamento obiettivo fattuale o legale, è un’idea astratta che non ha mai trovato riscontro ad oggi nella realtà”; G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 56 ss.

⁷² F. GALGANO, *Degli effetti del contratto* cit., 74 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., 42. Secondo M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell’autonomia privata* cit., 3 - 4, la disposizione dell’art. 1372 c.c., che attribuisce al contratto forza di legge, “viene generalmente considerata mera qualificazione enfatica dell’obbligatorietà del vincolo negoziale”.

⁷³ V. ROPPO, *Il contratto* cit., 41 ss.

⁷⁴ P. RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da), *Diritto Civile*, I, *Fonti, soggetti, famiglia*, I, *Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 222 ss. In tal senso v. anche V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 74, secondo il quale “i fondamentali del diritto dei contratti consegnatoci dalla tradizione dicono che l’equilibrio contrattuale è affare dei privati contraenti, e non è materia di regolazione pubblica né di sindacato pubblico, se non nel quadro di occasionali e contingenti obiettivi di politica economica, ovvero quando la contrattazione si sia sviluppata in condizioni di estrema anomalia”.

che, da una parte, individuano dall'interno i confini entro i quali i privati possono liberamente regolare i propri interessi e, dall'altra, legittimano dall'esterno interventi eteronomi sul contratto. Tali interventi possono riguardare tanto la fase di formazione quanto quella di esecuzione del vincolo negoziale e si manifestano, in particolare, nelle modifiche legislative sopravvenute che incidono sul contenuto di contratti già in corso di esecuzione, alterandone gli equilibri originariamente pattuiti dalle parti⁷⁵.

I limiti che l'ordinamento impone all'autonomia privata derivano dai principi e dai valori fondamentali della costituzione, primo fra tutti quello di solidarietà sociale che viene generalmente stabilito dall'art. 2 Cost., per poi essere analiticamente espresso dalle altre disposizioni costituzionali, specificandone la portata nell'ambito di singoli settori. In tal modo, il contratto non rappresenta più solo uno strumento dei privati per realizzare i propri interessi individuali, ma diventa altresì un mezzo tramite cui perseguire un' "utilità sociale" (art. 41, comma 1, Cost.), nel rispetto dei valori della persona costituzionalmente protetti⁷⁶. L'esplicazione del potere di autonomia privata è, pertanto, subordinata a una verifica circa la corrispondenza del contenuto del contratto (*rectius*, degli interessi che i contraenti intendono realizzare attraverso la conclusione del contratto) con l'utilità sociale e, dunque, con interessi superindividuali.

I limiti dell'autonomia privata possono incidere su tutta la vicenda contrattuale, imponendo al singolo, in determinate ipotesi, la stessa conclusione del negozio giuridico. Si tratta, in particolare, dell'obbligo a contrarre che l'art. 2597 c.c. pone a carico degli *"imprenditori che esercitino servizi di interesse generale in regime di monopolio"*, stabilendo che essi devono contrarre con chiunque ne faccia richiesta. La letteratura ha ravvisato nell'obbligo a contrarre la forma più incisiva

⁷⁵ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 146, ha evidenziato che l'autonomia privata si sviluppa *"in una dialettica costante tra il piano della libertà segnata dal potere delle parti di liberamente di autoregolamentare i propri interessi ed individuare il contenuto del contratto, e quello della 'autorità' continuamente tesa a fissare i limiti entro i quali i patti dei privati sono ammessi a generare actiones dinanzi ai tribunali dello Stato"*.

⁷⁶ M. NUZZO, *Utilità sociale* cit., *passim*; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 365 ss. Secondo G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale* cit., spec. 847, *"[s]e il contratto, anche «d'impresa», non è tenuto a perseguire l'utilità sociale, deve essere ad essa conforme, non solo nella sua produttività, ma più in generale nel suo risultato economico"*.

di compressione della libertà contrattuale⁷⁷. Ci si è chiesti, in proposito, se il “contratto imposto” possa realmente considerarsi come un vero e proprio contratto, considerato che “*qui il contratto può non avere alla sua base la volontà di una delle parti, costretta al contratto dalla legge anche contro la sua volontà (o inchiodata a un contratto diverso da quello voluto, ad es. in relazione al prezzo)*”⁷⁸. La medesima dottrina ha tuttavia risposto in senso affermativo al quesito, rilevando che anche in tali casi il privato conserva comunque un margine di discrezionalità⁷⁹. L’obbligo imposto dalla legge, di per sé, non è sufficiente a costituire il rapporto giuridico tra le parti, che deve comunque trovare fondamento, almeno in parte, nella volontà negoziale degli interessati. Inoltre, l’esercizio dell’attività alla quale l’obbligo di contrarre è funzionalmente connesso rimane, in ultima analisi, frutto di una scelta libera dell’imprenditore, la cui adesione iniziale all’attività regolata costituisce il presupposto dell’imposizione legale⁸⁰.

In altri casi, invece, i limiti di cui si discute incidono sul contenuto del contratto, legittimando interventi esterni – del legislatore, del giudice o di altre autorità – sul contenuto del contratto⁸¹. La forma maggiormente invasiva di questi interventi si sostanzia nella sostituzione automatica dei contenuti contrattuali difforni da quelli previsti dalla legge, prevista dall’art. 1339 c.c.

Accanto ai limiti sopra descritti, consistenti in un intervento eteronomo che incide sulla conclusione del contratto, vi è altresì un limite che potrebbe definirsi “interno”, dettato dall’art. 1322, comma 2, c.c., in base al quale il contratto deve perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico. In tale caso, il limite opera quale criterio per valutare la legittimità del contratto, ponendo un vincolo che insiste non sul negozio e sui suoi effetti, ma sugli interessi sottesi all’operazione che i contraenti intendono realizzare.

⁷⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale* cit., 31; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto* cit., 74 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., 49. È proprio con riferimento al contratto concluso in virtù di un obbligo a contrarre che gli Autori hanno parlato di “contratto imposto”.

⁷⁸ V. ROPPO, *Il contratto* cit., 49.

⁷⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale* cit., 32.

⁸⁰ V. ROPPO, *Il contratto* cit., 49.

⁸¹ Sulle ipotesi di integrazione del contratto v. più approfonditamente il § 7 del presente Cap.

6.1. (Segue). La meritevolezza degli interessi delle parti ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c.

L'elaborazione dottrinale relativa ai limiti dell'autonomia contrattuale derivanti dall'art. 1322, secondo comma, c.c. non risale alla stagione del cosiddetto "disgelo costituzionale" degli anni Sessanta e Settanta, ma affonda le proprie radici in epoca più recente.

L'indeterminatezza del secondo comma dell'art. 1322, che ha portato a numerosi dubbi interpretativi e applicativi, trova origine dal fatto che il D.Lgt. 14 settembre 1944, n. 28 – con il quale è stato realizzato il "*lavoro di forbici*" mediante il quale è stato cancellato dal nostro ordinamento giuridico qualsiasi riferimento all'ordinamento corporativo – ha lasciato inalterata la lettera della disposizione in esame⁸². Ciò perché – sembrerebbe per puro caso – il legislatore fascista ha optato per la formula "*secondo l'ordinamento giuridico*" e non per quella "*secondo l'ordinamento corporativo*"⁸³.

La disposizione di cui si discute rappresentava una novità assoluta del Codice del '42, non essendovene traccia né nel codice del 1865, né nel modello francese del *Code Napoléon*, né nel *BGB* tedesco.

Il legislatore fascista dell'epoca, espressione di uno Stato totalitario, pur riconoscendo ai privati un'autonomia negoziale, si assicurava un controllo sull'effettivo esplicarsi di tale libertà. Per questo motivo, venne posto un limite alla libertà contrattuale dei privati, stabilendo che essi, nell'esercizio dell'autonomia privata, dovessero perseguire non solo i loro interessi individuali, bensì anche interessi generali, proibendo scopi meramente egoistici. Così l'autonomia privata divenne un potere privato connesso a una pubblica funzione, cessando di essere, sostanzialmente, autonomia privata⁸⁴.

⁸² A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 799 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.

⁸³ L. FERRI, *L'autonomia privata* cit., 316.

⁸⁴ G. D'EUFEMIA, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, Giuffrè, 1992, 77; L. Ferri, *L'autonomia privata* cit., 1959, 315.

Il richiamo agli “*interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*” non si riferisce, nell’intento dei compilatori, a una valutazione morale del contratto⁸⁵. Per individuare quale fosse lo scopo di questa clausola nell’ottica dei redattori del Codice è necessario soffermarsi su alcuni passaggi della Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice civile del 1942.

Fondamentale, grazie alla sua chiarezza nell’illustrare l’ideologia dell’epoca, è il paragrafo 603 della Relazione, il quale, dopo aver premesso che, secondo i principi corporativi, la libertà del singolo deve essere assoggettata all’interesse di tutti, prosegue osservando come “*l’autonomia privata non è limitata ai tipi di contratto regolati dal codice, ma può spaziare in una più vasta orbita, se il risultato pratico che i soggetti si propongono di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall’economia nazionale, dal buon costume e dall’ordine pubblico. Ciò vuol dire che l’ordine giuridico non appresta protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili, che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto; il che rappresenta ancora un vincolo alla volontà privata*”. Risulta, dunque, irrefutabile l’intenzione del legislatore di imporre alle parti il perseguimento di interessi generali o pubblici, che si distinguono nettamente rispetto al “*mero capriccio individuale*”. Questa impostazione è stata poi confermata dalla dichiarazione VII della Carta del lavoro, la quale stabiliva che “*l’organizzazione privata della produzione essendo una funzione di interesse nazionale, l’organizzatore dell’impresa è responsabile dell’indirizzo della produzione di fronte allo Stato*”⁸⁶.

Dunque, se da un lato il Codice riconosceva l’autonomia dei privati, dall’altro ne individuava i confini, evitando che essa si traducesse in “*sconfinata libertà di potere di ciascuno*”.

⁸⁵ Al contrario, secondo G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Parigi, 1949, 65-67, i contraenti avrebbero l’obbligo (almeno nell’ordinamento francese dell’epoca) di perseguire interessi moralmente giusti, secondo una “*retta intenzione*” e un “*fine morale*”. L’A. arriva alla conclusione che il giudice potrebbe effettuare un controllo sulle intenzioni che hanno spinto le parti alla conclusione di un contratto, censurandolo nel caso in cui tali interessi siano “*colpevoli*”.

⁸⁶ L. FERRI, *L’autonomia privata* cit., 313-314; G. DEL VECCHIO, *I principi della carta del lavoro*, Padova, 1934, 55.

Inoltre, tale controllo doveva essere effettuato solo nei confronti dei contratti atipici. Al riguardo, la Relazione del Guardasigilli così si esprimeva: *“quando il contratto non rientra in alcuno degli schemi tipici legislativi, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, si palesa (...) necessaria la valutazione del rapporto da parte del giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell’ordinamento giuridico”*⁸⁷.

Fonte di ispirazione del Ministro Guardasigilli è stato sicuramente Emilio Betti, sostenitore di una concezione “socializzante” del diritto privato. Nel pensiero bettiano i privati sono padroni di perseguire i propri interessi, ma, allo stesso tempo, lo Stato si deve riservare la facoltà di valutarne gli scopi alla stregua della rilevanza sociale. Secondo Betti, sarebbe corretto, anzi scontato, che l’ordinamento non possa tutelare l’autonomia privata a prescindere dal fine che le parti intendono realizzare; occorre che, unitamente agli interessi dei privati, vengano perseguite anche finalità di “utilità sociale”⁸⁸.

Si imponeva, quindi, una doppia limitazione al contratto atipico: da una parte i limiti negativi costituiti dalla contrarietà a norme imperative, all’ordine pubblico e al buon costume, superati i quali il contratto doveva considerarsi illecito; dall’altra parte, un limite positivo, costituito dalla conformazione del regolamento contrattuale a interessi socialmente utili e a esigenze della collettività, impersonata dallo Stato fascista⁸⁹.

Secondo la lezione bettiana, il giudizio di meritevolezza non sarebbe confinato ai soli contratti atipici, ma si sarebbe dovuto estendere anche a quelli tipici, ma con una importante differenza. Questi ultimi sarebbero soggetti a un controllo *ex ante* effettuato direttamente dal legislatore, il quale ritiene astrattamente meritevoli gli schemi contrattuali da esso specificatamente disciplinati⁹⁰. Un intervento da parte del giudice, estendendo la portata dell’art.

⁸⁷ Cfr. *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1943, 385.

⁸⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., 49-50.

⁸⁹ E. MINERVINI, *La “meritevolezza” del contratto*, Torino, 2019, 6-9.

⁹⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile* cit., 186 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano* cit., 200 ss. e 599 ss.; S. PUGLIATTI, *Nuovi*

1322, comma 2, anche sui contratti tipici sarebbe consentito eccezionalmente qualora le parti intendano realizzare interessi frivoli o soddisfare le proprie vanità.⁹¹

Il legislatore corporativo è stato, quindi, fautore una politica conservatrice e restrittiva, considerando meritevoli solo i contratti (*rectius*, gli interessi) rispondenti a un'utilità sociale. La meritevolezza costituiva un filtro tramite il quale impedire la giuridicizzazione di contratti leciti, ma non in linea con i principi dell'ordinamento fascista (ad esempio, perché irrilevanti per la vita economica dello Stato)⁹². Il contratto atipico era, e doveva essere, funzionalmente destinato a finalità di produttività economica, in un'ottica dirigistica e autarchica⁹³.

Successivamente alla caduta del fascismo, la dottrina, in reazione all'indirizzo totalitarista dell'epoca corporativa, ha relegato ai confini del nostro ordinamento la disposizione del secondo comma dell'art. 1322, secondo comma, c.c. accogliendo una nozione più liberale di autonomia contrattuale.

È solo di recente, dunque, che la letteratura ha mostrato nuovamente interesse nella disposizione di cui si tratta. Sebbene l'art. 1322, secondo comma, c.c. sia oggetto di diverse interpretazioni da parte della dottrina, le diverse tesi che attribuiscono alla disposizione da ultimo richiamata una valenza precettiva autonoma rispetto al giudizio di liceità *ex art.* 1343 c.c. hanno inteso il giudizio di meritevolezza degli interessi non già in ottica positiva, bensì quale limite dell'autonomia privata.

Secondo, un primo orientamento gli interessi perseguiti dalle parti potrebbero considerarsi meritevoli di tutela esclusivamente là dove essi non confliggano con l'utilità sociale *ex art.* 41, secondo comma, Cost.⁹⁴

aspetti del problema della causa dei negozi giuridici, in Id., *Diritto civile. Metodo, Teoria, Pratica*, Milano, 1951, 85 ss.

⁹¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., 40-51; E. MINERVINI, *La "meritevolezza" del contratto* cit., 8.

⁹² M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 24 ss.

⁹³ P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Il dir. contr. pers. contr.*, 2003, 17 ss.

⁹⁴ C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 413; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata* cit., 92 ss. *Contra*, F. GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 771.

Secondo altri, invece, si dovrebbe accogliere una nozione “personalistica” della funzione del contratto. In tal senso, l’art. 1322, secondo comma, c.c. imporrebbe all’autonomia privata di conformarsi ai valori del sistema, al fine di consentire il pieno e libero sviluppo della persona. Secondo questa tesi, la disposizione in commento non prevederebbe un “controllo” del contratto, bensì una sua “conformazione” al sistema⁹⁵.

Infine, in base alla tesi che sembrerebbe maggioritaria, il giudizio di meritevolezza previsto dall’art. 1332, secondo comma, c.c. sarebbe una inutile superfetazione, un mero doppione del giudizio di liceità *ex art.* 1343 c.c.⁹⁶ Ciò in quanto, il vaglio di meritevolezza, così come il controllo di liceità, si sostanzierebbe in una verifica sulla compatibilità dell’atto di autonomia negoziale con i parametri delle norme imperative, dell’ordine pubblico e del buon costume.

⁹⁵ P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1, 213 ss.; M. PENNASILICO, Dal “controllo” alla “conformazione” dei contratti: itinerari della meritevolezza, in *Contr. e impr.*, 2020, 2, 85 ss.

⁹⁶ G.B. FERRI, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 ss.; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954, 199-203 e 213-227; C. CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 1 ss.; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell’interesse* cit. Al riguardo v. anche R. SACCO, *Il contratto, Tomo primo*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 849. L’A., se in un primo momento proponeva una interpretazione abrogante della norma dell’art. 1322 c.c., in quanto non disporrebbe nulla di diverso rispetto all’art. 1343, ha successivamente tentato di individuarne una funzione autonoma. Secondo R. SACCO, *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, I agg., 2010, la clausola della meritevolezza potrebbe essere applicata in tutti quei casi in cui le parti eludano i divieti legali rivolti a chi conclude un contratto tipico, costituendo un rapporto atipico per raggiungere le stesse finalità vietate per il contratto tipizzato.

7. L'integrazione del contratto.

Nei precedenti paragrafi è stato evidenziato come alcuni limiti dell'autonomia privata si traducono, in sostanza, in un intervento eteronomo sul contenuto del regolamento contrattuale, la cui definizione, dunque, non è rimessa alla sola volontà delle parti. Con essa concorrono altre fonti, prima fra tutte quella legislativa, che si impongono sul volere dei contraenti⁹⁷.

Il tema dell'integrazione del contratto è stato dapprima trattato agli inizi degli anni Settanta, nel contesto di quell'epoca di "*disgelo costituzionale*" e di "*costituzionalizzazione del diritto privato*" di cui si è trattato in precedenza⁹⁸. In tale contesto, l'integrazione era concepita come strumento volto a garantire la conformità del regolamento negoziale ai valori costituzionali, fungendo da limite fisiologico all'autonomia privata.

Successivamente, la dottrina ha mostrato un rinnovato interesse sull'argomento a partire dai primi anni duemila, sulla scia dell'emanazione del D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (il c.d. Codice del Consumo), con particolare riferimento all'integrazione "*cogente*", o "*correttiva*". L'integrazione normativa è volta qui a colmare le lacune prodotte dalla caducazione parziale del contratto, distinguendosi da quella "*suppletiva*", destinata invece a integrare le lacune originarie del regolamento negoziale⁹⁹.

Se l'integrazione eteronoma del contratto è sempre stata considerata funzionalmente collegata a una lacuna del regolamento contrattuale, oggi il tema sembra acquisire dei contorni differenti. L'integrazione eteronoma non risponde più alla logica di sanare lacune, né si collega necessariamente a ipotesi di invalidità parziale del contratto. Essa opera anche in presenza di un regolamento negoziale

⁹⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., 72 ss.

⁹⁸ L'A. che ha maggiormente approfondito il tema durante questo periodo è S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., *passim*.

⁹⁹ V., *inter alia*, C.M. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 64 ss.; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, 33 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in P. Rescigno e E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, Torino, 2006, II, 1160 ss.; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Gius. civ.*, 2, 2015, 247 ss.

completo, con la funzione di adeguarlo a interessi generali sopravvenuti. La questione ha riacquisito linfa vitale a fronte delle numerose leggi speciali che sono intervenute per disciplinare specificatamente alcune categorie di contratti durante la pandemia da Covid-19.

In altri termini, si registra un graduale superamento della concezione secondo cui l'integrazione svolge una funzione meramente suppletiva e integrativa della volontà delle parti, giungendo all'idea che il contratto rappresenti il prodotto di fonti eterogenee, che vengono equiparate tra loro nel processo di regolamentazione contrattuale¹⁰⁰.

Oltre al cambiamento circa i presupposti sottesi all'integrazione del contratto, sono altresì mutate le fonti di detta integrazione. Secondo la dottrina tradizionale, si potrebbero individuare quattro fonti del contratto¹⁰¹. Innanzitutto, la volontà delle parti. Accanto a essa concorrono, in virtù dell'art. 1374 c.c.:

- (i) le leggi, sia quelle che determinano parte del contenuto del contratto, sia quelle aventi a oggetto l'inserzione automatica di prezzi, clausole e norme imperative;
- (ii) gli usi, quali la consuetudine, che l'art. 8 delle disposizioni preliminari al Codice civile indica come fonte del diritto, e gli usi contrattuali
- (iii) l'equità.

Più di recente, inoltre, è stato riconosciuto che il contenuto del contratto può essere individuato non solo dalla legge in senso formale, bensì anche da fonti secondarie e da principi generali¹⁰². Ne consegue che l'elenco delle fonti del

¹⁰⁰ In realtà, già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., 91 ss., aveva rilevato che l'integrazione del contratto non ha solo una funzione suppletiva e, dunque, non presuppone necessariamente una lacuna del contratto. Sul punto, v. anche F. VOLPE, *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, 2, il quale ha osservato che “[i]l contratto vive nel contesto del mercato che oggi, più di ieri, è regolamentato. E il ruolo dell'ordinamento, con riguardo all'autonomia privata, non è più solo quello di garantire ai privati una prospettiva di libertà rendendo vincolante il patto e fornendo i mezzi per l'attuazione di quel vincolo; né si può ancora immaginare che le differenti direttive e finalità che l'ordinamento affida al diritto dei contraenti possano relegarsi a meri limiti esterni da considerarsi eccezionali rispetto alle regole dettate dall'autonomia delle parti”.

¹⁰¹ F. GALGANO, *Degli effetti del contratto* cit., 65 ss.

¹⁰² V. ROPPO, *Il contratto* cit., 459; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del contratto, II, Regolamento*, Milano, 2006, 393; A. D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto*, Milano, 2021, 609 ss.; N. LIPARI, *Per una revisione*

contratto elaborato agli inizi degli anni Settanta non risulta più idoneo a rappresentare tutte le forze che oggi concorrono a definirne il contenuto. Accanto alla legge, occorre infatti considerare le clausole generali di buona fede e correttezza, nonché il potere interpretativo del giudice, che da parte della dottrina è stato talvolta inteso come un vero e proprio potere di integrazione “ortopedica” del regolamento contrattuale, volto a correggere le eventuali asimmetrie tra le posizioni delle parti. A tali elementi si aggiungono, inoltre, i provvedimenti delle autorità indipendenti, che possono incidere in modo determinante sulla disciplina di determinati rapporti¹⁰³.

Se, in passato, si riteneva che l’integrazione operasse nel momento in cui l’autoregolamento dei privati, nel manifestarsi come fenomeno sociale, veniva riconosciuto dall’ordinamento, il quale, attribuendo a esso efficacia giuridica, lo sottoponeva a un processo di adattamento agli interessi sociali ulteriori e di adeguamento alle regole del sistema giuridico¹⁰⁴, oggi il quadro risulta profondamente mutato. Le odierne ipotesi di integrazione contrattuale intervengono, infatti, in un momento successivo, quando l’autoregolamento ha già acquisito rilevanza giuridica e ha in parte prodotto i propri effetti tra le parti, sussistendo una tendenza dell’ordinamento a incidere retroattivamente su rapporti già perfezionati.

Considerato, dunque, il moltiplicarsi delle forme di integrazione eteronoma del contenuto del contratto, ritornano di grande attualità le osservazioni della dottrina che ha sottolineato come tali interventi non possano essere qualificati semplicemente come limiti imposti all’autonomia privata, poiché essi si sostanziano “*in una vera invasione della sfera dell’autonomia con statuizioni che attengono allo stesso modo di essere del rapporto interprivato*”¹⁰⁵. Mentre il limite riduce “l’elasticità” dei poteri dei privati, gli atti legislativi di eterointegrazione del

della disciplina sull’interpretazione e sull’integrazione del contratto?, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2006, 734 ss.

¹⁰³ Sul punto, v. più specificatamente il § 7.1 del presente Cap.

¹⁰⁴ A. FALZEA, *L’atto nel sistema dei comportamenti giuridici*, cit., 41.

¹⁰⁵ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 143 e 144.

regolamento contrattuale sono volti a creare una situazione di vantaggio in favore di un soggetto ovvero di una categoria determinata di soggetti.

Ciò posto, la forma di integrazione che interessa esaminare in questa sede, per poi poter approfondire specificatamente il tema della modificazione legislativa dei contratti in corso di esecuzione, è quella che trova la propria fonte nella legge¹⁰⁶. La questione deve essere analizzata facendo riferimento al diritto positivo del nostro ordinamento, tenendo in considerazione la sua applicazione empirica.

È dunque necessario fare riferimento – oltre che all’art. 1374 c.c., che ha carattere generale e disciplina l’integrazione contratto – anche all’art. 1339 c.c.

Tale ultima disposizione prevede l’inserzione di diritto di clausole, prezzi di beni o servizi imposti dalla legge, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte convenzionalmente dalle parti¹⁰⁷. Si tratta di una regola sconosciuta al Codice del 1865 e che, dunque, rappresenta un’assoluta novità del Codice del ‘42.

In letteratura è molto discussa la natura dell’art. 1339 c.c. e il rapporto che sussiste tra esso e gli artt. 1374 e 1419, secondo comma, c.c. In particolare, l’art. 1374 c.c. prevede che il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, l’uso e l’equità; l’art. 1419, secondo comma, c.c., invece, stabilisce che la nullità di singole clausole non importa la nullità dell’intero contratto qualora le clausole nulle siano sostituite di diritto da norme imperative.

Secondo un primo orientamento, l’art. 1339 c.c., al pari dell’art. 1374 c.c., avrebbe portata generale, potendo essere applicato in una serie indefinita di ipotesi. In questa prospettiva, le due disposizioni sarebbero espressione di un principio generale di eterointegrazione del contratto, volto ad assicurare la conformità del

¹⁰⁶ Riprendendo le parole utilizzate da G. VILLA, *Inserzione automatica di clausole e diritto intertemporale*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile*, Napoli, 2013, 219 ss., la fattispecie che si intende analizzare con il presente lavoro consiste nel caso in cui “un contratto è stipulato in un momento in cui la legge non prevede una determinata restrizione dell’autonomia dei contraenti; tempo dopo entra in vigore una norma che impone un certo contenuto contrattuale: per esempio, un termine massimo o minimo di durata, un prezzo, alcune modalità di esecuzione”.

¹⁰⁷ Sulla distinzione tra l’integrazione suppletiva ex art. 1374 c.c. e quello cogente prevista dall’art. 1339 c.c. v. A. D’ADDA, voce *Integrazione del contratto* cit.; A. D’ANGELO, *La buona fede*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato, XIII, Il contratto in generale, IV.2*, Torino, 2004, 40 ss.

regolamento negoziale all'ordinamento giuridico, attraverso l'inserzione automatica delle disposizioni inderogabili. Tale interpretazione valorizza il carattere funzionale e sistematico della disposizione¹⁰⁸.

Secondo altri, invece, l'art. 1339 c.c. non costituirebbe una fattispecie di integrazione del contratto ex art. 1374 c.c. In tale prospettiva, la sostituzione automatica delle clausole contrattuali dovrebbe essere ricondotta alla fattispecie della conversione del negozio nullo. Secondo tale teoria, la suddetta sostituzione opererebbe solo là dove vi fosse una nullità parziale del contratto, ai sensi dell'art. 1419, secondo comma, c.c. Di talché, l'art. 1339 c.c. sarebbe intrinsecamente legato al richiamato art. 1419, secondo comma, c.c., concorrendo le due disposizioni a stabilire una disciplina unitaria del fenomeno sostitutivo¹⁰⁹.

Un'altra parte della dottrina ha sostenuto che l'art. 1419, secondo comma, c.c. riprodurrebbe, seppure con diversa formulazione, la disposizione contenuta nell'art. 1339 c.c., cui rinvierebbe implicitamente. In tale prospettiva, l'art. 1419, secondo comma, c.c. avrebbe la funzione di ribadire che, qualora le clausole del contratto vengano sostituite di diritto da norme inderogabili ai sensi dell'art. 1339 c.c., il negozio giuridico permane valido ed efficace, indipendentemente dalla volontà originaria delle parti. Gli è che l'art. 1419, secondo comma, c.c. si configurerebbe come una "*norma vassalla*" rispetto a quella dell'art. 1339 c.c., e, in quanto tale, "*non necessaria, ma opportuna*". Essa, infatti, si limiterebbe a precisare gli effetti dell'applicazione del meccanismo di sostituzione automatica delle clausole contrattuali incompatibili con disposizioni imperative¹¹⁰.

Vi è poi chi, ritenendo che tra le due disposizioni sussista un legame dialettico inscindibile, ribalta la posizione delle due norme. Secondo questa tesi, l'art. 1339

¹⁰⁸ F.E. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 143 ss.

¹⁰⁹ A. DE MARTINI, *Inserzione automatica dei prezzi di calmiera nei contratti*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1948, 793 ss. In termini meno espliciti, v. anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., 487 e 488 ss.

¹¹⁰ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile, redatto a cura di magistrati e docenti, Libro IV, Tomo Secondo, (Titolo 2)*, 3 ed., Torino, 1980, 498 e 499, secondo il quale "[i]l 2° comma dell'art. 1419 è, dunque, una norma non necessaria, ma opportuna, perché sta ad impedire che, attraverso deduzioni inesatte, si giunga a soluzioni contrarie ai precetti generali dell'ordinamento". In tal senso v. anche S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., 52; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 686 ss., spec. 717 ss.

c.c. troverebbe il suo presupposto nell'art. 1419, secondo comma, c.c. La prima disposizione costituirebbe solo una delle ipotesi previste dall'art. 1419, secondo comma, c.c., ossia quella relativa alle clausole e ai prezzi di beni e servizi imposti dalla legge¹¹¹.

Gli orientamenti sopra descritti sono stati criticati da altra parte della dottrina, secondo la quale l'art. 1339 c.c. avrebbe una portata differente rispetto sia all'art. 1419, secondo comma, c.c., sia all'art. 1374 c.c.¹¹².

In primo luogo, la disposizione dell'art. 1339 c.c., a differenza di quella dell'art. 1419, secondo comma, c.c., troverebbe applicazione anche nei casi in cui le parti non abbiano previsto alcuna clausola sull'oggetto della disciplina legale inderogabile. In tali ipotesi, dunque, l'art. 1339 c.c. opererebbe anche in assenza di una nullità parziale del contratto ai sensi dell'art. 1419, secondo comma, c.c.

In secondo luogo, in base a questa impostazione, l'art. 1339 c.c. non costituirebbe una particolare ipotesi di integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c., poiché le due disposizioni presenterebbero presupposti diversi. La sostituzione automatica delle clausole contrattuali, prevista dall'art. 1339 c.c., opererebbe anche nei casi in cui la pattuizione contrasti con norme imperative che disciplinano profili essenziali del rapporto, mentre l'integrazione *ex art.* 1374 presupporrebbe che il contratto sia validamente costituito e presenti una lacuna su aspetti non fondamentali. Ne consegue che l'art. 1339 c.c. dovrebbe essere più propriamente collegato al comportamento delle parti che violano disposizioni inderogabili – ad esempio quelle che impongono clausole o prezzi legali per determinati beni o servizi – e non alla fisiologica integrazione del regolamento negoziale. In quest'ottica, l'art. 1339 c.c. offrirebbe una regolazione di natura sanzionatoria della violazione di norme inderogabili, alternativa alle sanzioni invalidatorie previste dagli artt. 1418, 1419 e 1424 c.c. Pertanto, mentre l'applicazione del meccanismo integrativo di cui all'art. 1374 richiede una valutazione in ordine alla compatibilità del contratto integrato con la volontà delle parti e con il significato oggettivo del loro comportamento, la sostituzione

¹¹¹ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico* cit., 332 e 333.

¹¹² P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* cit., 155 ss.

automatica delle clausole non implica alcuna indagine di tal genere, poiché “*la volontà è per principio irrilevante rispetto all’operatività dei meccanismi sanzionatori*”¹¹³.

Vi è, infine, chi ha sostenuto che il rapporto tra l’art. 1339 c.c. e l’art. 1419, comma secondo, c.c. non sarebbe di antitesi o di sovrapposizione, bensì di complementarità, nel senso che l’uno contribuirebbe a determinare l’ambito di applicazione dell’altro. In particolare, l’art. 1419, secondo comma, c.c. avrebbe un oggetto differente rispetto all’art. 1339 c.c. La prima disposizione stabilirebbe una deroga all’art. 1419, comma primo, c.c., atteso che essa prevede che il contratto a cui sono state sostituite alcune clausole da leggi inderogabili rimane valido, a prescindere da un giudizio circa l’essenzialità o meno della clausola. Là dove l’art. 1419, secondo comma, c.c. non fosse esistito, il contratto modificato ai sensi dell’art. 1339 c.c. avrebbe potuto essere dichiarato nullo là dove si fosse accertato che, senza la clausola sostituita, le parti non avrebbero concluso il negozio contrattuale. Pertanto, mentre l’art. 1339 disciplina il “*quando*” avviene il fenomeno sostitutivo, l’art. 1419, secondo comma, c.c. presuppone la sostituzione, ma non si esaurisce in essa, disciplinandone gli effetti in relazione al problema della nullità parziale¹¹⁴.

Ciò posto, indipendentemente dalla natura che si vuole attribuire all’art. 1339 c.c., il meccanismo da esso previsto costituisce uno degli interventi più incisivi che lo Stato può operare sull’autonomia privata. L’intervento conformativo del contratto, infatti, opera non solo a prescindere dalla sussistenza di una volontà delle parti, ma anche in contrasto con detta volontà. Per tali ragioni, nell’art. 1339 c.c. è stato individuato il modello integrativo maggiormente rappresentativo, che più di tutti si pone in contrasto con la volontà dei privati¹¹⁵.

Non a caso, data l’invasività dell’intervento previsto dall’art. 1339 c.c. sull’autonomia contrattuale, l’inserimento di tale disposizione nel Codice civile è

¹¹³ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* cit., 155 ss.

¹¹⁴ A. D’ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, 172 ss.

¹¹⁵ A. D’ADDA, voce *Integrazione del contratto* cit.

stata aspramente criticata dalla letteratura dell'epoca, la quale ne ha più volte proposto, *de iure condendo*, un'abrogazione¹¹⁶. Del resto, l'istituto di cui si tratta potrebbe essere inserito nell'ambito del fenomeno che è stato definito come “*pubblicizzazione*” del contratto,¹¹⁷ il quale avrebbe determinato la crisi o financo la “*morte*” di tale strumento negoziale¹¹⁸. Ciò che veniva criticato era il fatto che l'art. 1339 c.c. legittimerebbe un intervento statale particolarmente incisivo sull'autonomia privata in una serie indefinita di casi, avendo una portata generale e fissando un principio opposto a quello di cui all'art. 1372 c.c.¹¹⁹

Per quanto riguarda la *ratio* della disposizione di cui si tratta, sono diverse le tesi elaborate dalla dottrina. Secondo alcuni, la disposizione in commento avrebbe l'obiettivo di soddisfare interessi sociali collettivi, che vengono perseguiti attraverso il contratto unitamente agli interessi dei singoli contraenti¹²⁰. Secondo altri, invece, l'art. 1339 c.c. ricondurrebbe il negozio alla reale volontà delle parti, la quale si presume essere nel senso di concludere un contratto che sia conforme alle leggi applicabili di natura imperativa¹²¹. Altri autori, pur riconoscendo che le

¹¹⁶ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico* cit., XXIII; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, Milano, 1968, 162 e 364; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 528 ss.; A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, 423 ss.; D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, 530 ss., il quale, ritenendo che l'art. 1339 c.c. si sostanzia in una “*violenza alla volontà delle parti, che conduce addirittura alla sostituzione di una volontà ad un'altra*”, ne propone una “*abrogazione in tronco, pura e semplice*”. *Contra*, v. F.E. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto* cit., il quale afferma che “*la norma in discussione, lungi dall'essere aberrante o assurda, o ancora portato di ideologie politico sociali definitivamente sepolte, è al contrario un logico riconoscimento normativo di una delle più importanti modificazioni apportate all'evolversi della società alla cosiddetta libertà economica (per pochi privilegiati) del secolo scorso*”.

¹¹⁷ G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile Commentario*, Milano, 1993, 241 ss.

¹¹⁸ F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 784 ss., spec. 806-808; M. GIORGIANNI, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 382 ss.; G. ALPA, *La morte del contratto*, in *Pol. Dir.*, 1976, 726 ss.; G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus, Ohio, 1974, 55 ss. *Contra* v. R. SACCO, *Il Contratto*, Tomo primo cit., 42 ss., spec. 44, secondo il quale “[i]l contratto non è in crisi, tanto è vero che si moltiplicano senza tregua i tipi contrattuali, e la vita quotidiana del cittadino è sempre più punteggiata dalle conclusioni di contratti ieri riservati a pochi”.

¹¹⁹ A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio* cit., 426, ha osservato che l'art. 1339 c.c. sarebbe “*destinato a contenere – per lo meno nella sua parte generale – eccezionali deviazioni dai principi per particolari contingenze, ma proprio i principi di carattere generale, consacrare come principi le deviazioni è un aberrare che legittima le critiche che gli si muovono*”.

¹²⁰ L. MENGONI, *Programmazione e diritto* cit.

¹²¹ E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, 352.

esigenze poste in luce dalle due teorie sopra richiamate ricorrano in talune ipotesi di sostituzione automatica di clausole contrattuali, sostengono tuttavia che la *ratio* unitaria che accomunerebbe tutte le fattispecie riconducibili all'art. 1339 c.c. consisterebbe nella tutela della parte debole del rapporto contrattuale, nei casi in cui il contraente forte non si sia conformato al dettato normativo¹²², ovvero nella protezione della parte che abbia interesse alla prosecuzione del rapporto, al fine di realizzare l'interesse che aveva inteso perseguire con la conclusione del contratto¹²³.

Ciò posto, occorre precisare che, affinché all'art. 1339 c.c. possa essere attribuita una portata precettiva, esso deve essere inteso come riferito ai casi in cui la legge non preveda espressamente la sostituzione delle clausole contrattuali difformi. Diversamente, qualora la disposizione si riferisse anche alle ipotesi in cui la legge disponga espressamente tale sostituzione, essa avrebbe carattere meramente descrittivo del fenomeno sostitutivo, poiché quest'ultimo si verificherebbe comunque, a prescindere dall'esistenza della norma di cui all'art. 1339 c.c. In tali casi, infatti, la modificazione del contratto discende direttamente dalla legge e non dall'art. 1339 c.c. Pertanto, tale disposizione assume autonoma funzione normativa esclusivamente nelle ipotesi in cui il regolamento contrattuale contrasti con una norma imperativa che, tuttavia, non preveda espressamente la sostituzione automatica delle clausole illegittime. Ne consegue che la sostituzione delle clausole legali a quelle convenzionali difformi deve ritenersi prevista "*in via generale*" dall'art. 1339 c.c., il quale opera come meccanismo di adeguamento automatico del contenuto contrattuale a leggi inderogabili¹²⁴.

¹²² C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., 514, il quale porta l'esempio della disciplina del contratto di locazione di cui alla L. 27 luglio 1978, n. 392, che vieta le pattuizioni che limitano la durata legale dei contratti aventi a oggetto immobili adibiti a uso non abitativo o con cui le parti prevedono un canone maggiore rispetto a quello massimo previsto dalla legge ovvero con cui vengano attribuiti al locatore altri vantaggi in contrasto con la legge (art. 79). Al contrario, secondo F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)* cit., la disposizione dell'art. 1339 c.c. favorirebbe la parte forte del contratto, la quale, in mala fede, consapevole dell'esistenza della norma inderogabile e col proposito (non rivelato) di valersene, ne nasconde la sussistenza al fine di pretendere, a danno della controparte, l'inserzione coattiva – a contratto concluso (e dopo averne accettate tutte le altre clausole) – del prezzo imposto, o della clausola imposta.

¹²³ G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* cit., 251 e 252.

¹²⁴ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale* cit., 125; S. RODOTÀ, *Fonti di integrazione del contratto* cit., 34 ss.; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* cit., 248 ss.

La letteratura si è altresì interrogata sul significato della locuzione “*legge*” contenuta nell’art. 1339 c.c., chiedendosi se tale termine debba essere interpretato in senso restrittivo o estensivo. In particolare, ci si è chiesti se l’art. 1339 c.c. possa trovare applicazione anche nel caso in cui la sostituzione di clausole derivi non da atti legislativi incompatibili con il regolamento contrattuale, bensì da atti amministrativi in contrasto con le previsioni contrattuali. L’orientamento maggioritario ritiene che anche in tale ultima ipotesi operi il meccanismo di sostituzione automatica previsto dall’art. 1339 c.c. La dottrina, al riguardo, ha osservato che la riserva di legge cui fa riferimento la disposizione deve ritenersi soddisfatta in tutte le ipotesi in cui la legge, “*attribuendo ad un organo amministrativo il potere di provvedere alla imposizione o alla determinazione*” provvede altresì alla “*predeterminazione di criteri direttivi che, avendo per fine l’utilità sociale, delineino, circoscrivendola, l’attività della pubblica amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta, illimitata discrezionalità*”. Questa conclusione trova giustificazione anche in esigenze di carattere pratico, giacché consente di evitare che sia necessario un continuo intervento legislativo per disciplinare in modo puntuale situazioni che, per la loro natura mutevole, richiedono un rapido adattamento a circostanze specifiche e, dunque, un certo grado di elasticità regolativa¹²⁵.

Rimane, tuttavia, controverso se la disposizione in esame possa trovare applicazione anche nel caso in cui la legge incompatibile con il regolamento contrattuale – e che determina la sostituzione delle clausole convenzionalmente pattuite – sia intervenuta in un momento successivo alla conclusione del contratto.

Secondo un primo orientamento, la sostituzione automatica delle clausole non conformi alla legge sopravvenuta sarebbe illegittima, atteso che “*in tal caso la sostituzione delle clausole difformi stabilite dalla legge e quelle stabilite dalle parti si sarebbe effettivamente risolta in una intollerabile violenza alla loro libertà contrattuale*”¹²⁶.

¹²⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., 36 e 37; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* cit., 249 e 230; R. SACCO, *Il contratto*, Tomo secondo, 426 e 427. *Contra*, v. F. CARRESI, *Il contratto* cit., 216, nota 15.

¹²⁶ F. CARRESI, *Il contratto* cit., 216, nota 15. In tal senso v. anche F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)* cit., spec. 944, il quale afferma che “*la giurisprudenza ha opportunamente*

In tal senso si è pronunciata anche la risalente giurisprudenza della Corte di cassazione, secondo cui gli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c. potrebbero applicarsi esclusivamente là dove la norma imperativa preesista al contratto, mentre, nel caso in cui detta norma sia successiva, si applicherebbe la regola generale della nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1419, primo comma, c.c. Ciò in quanto solo nel caso in cui la legge inderogabile sia vigente al momento della conclusione del contratto essa può dirsi violata dai contraenti, che avrebbero dovuto conformarsi al suo dettato. Di conseguenza, solo in tale ipotesi le parti devono rimanere vincolate al contratto, sebbene modificato in via eteronoma. Diversamente, quando la legge interviene successivamente, il contratto deve ritenersi validamente concluso in regime di libertà negoziale. L'entrata in vigore di norme inderogabili successivamente alla sottoscrizione del negozio giuridico determina un conflitto tra l'esigenza di rispettare la volontà contrattuale e quella di garantire l'osservanza delle disposizioni imperative. Un simile contrasto non può che risolversi nella nullità integrale del contratto, con effetto dalla data stessa di efficacia delle nuove norme, poiché, da un lato, non è consentito disapplicarle e, dall'altro, non si può ritenere che le parti restino vincolate a un accordo diverso da quello originariamente e validamente concluso¹²⁷.

Secondo un diverso orientamento, invece, l'art. 1339 c.c. troverebbe applicazione anche nel caso di *ius superveniens*, atteso che tale disposizione sarebbe volta a garantire che i privati ottengano un determinato bene o servizio a certe condizioni dettate inderogabilmente dal legislatore. Di conseguenza, sarebbe

circoscritto la portata dell'art. 1339 e del connesso capoverso dell'art. 1419, esigendo – come presupposto, perché possa farsi luogo alla sostituzione della clausola liberamente convenuta fra le parti con altra, imposta – la preesistenza della norma imperativa, rispetto alla data di conclusione del contratto”.

¹²⁷ Cass., 18 giugno 1955, n. 1900, in *For. it.*, vol. 79, Parte prima, 1956, 368 ss. In termini analoghi v. Cass. 30 ottobre 1957, n. 4220, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 803. Nella giurisprudenza di merito v. App. Roma, 5 dicembre 1957, in *Giust. civ. Mass. app.*, 1957, 171.

La recente giurisprudenza di legittimità, invece, con riferimento ai contratti a esecuzione istantanea, ha ritenuto che una legge successiva non possa produrre effetti *ex art.* 1339 c.c. su un contratto che si è già integralmente perfezionato. Cfr., Cass., 19 luglio 2018, n. 19281, in *DeJure*; ID., Sez. Un., 25 marzo 2016, nn. 6023, 6024 e 6025, in *DeJure*.

irrilevante il momento di entrata in vigore della legge incompatibile con le clausole contrattuali¹²⁸.

Al riguardo, senza voler anticipare quanto si dirà appresso¹²⁹, si ritiene che il problema in merito ai limiti delle modificazioni legislative dei contratti in corso di esecuzione non possa limitarsi alla sola analisi dei meccanismi integrativi di cui agli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c. Occorre prendere in considerazione le regole che disciplinano il diritto intertemporale, valutando, caso per caso, la possibilità che la legge modificativa del contratto deroghi al generale principio di irretroattività della legge¹³⁰.

¹²⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Validità del contratto con clausola oro*, in *Foro. it.*, 1949, I, 42 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale* cit., 234; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., 53; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale* cit., 447-448; F.E. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto* cit.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali* cit., 103 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, 127, 146, 186; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* cit., 250. Questi Autori hanno criticato l'orientamento della giurisprudenza risalente secondo cui, nel caso di integrazione del contratto con clausole imposte da leggi successive alla conclusione del negozio, non troverebbe applicazione il secondo comma dell'art. 1419 c.c., bensì il primo comma di tale disposizione, attribuendo, dunque, un'importanza fondamentale alla volontà delle parti (cfr. Cass., Sez. Un., 7 maggio 1948, n. 675, in *For. it.*, 1948, I, 1129 ss.). La dottrina sopra citata ha osservato che questa tesi finirebbe per condizionare la legge integrativa alla volontà delle parti. In realtà, però, sarebbe del tutto irrilevante l'adesione dei contraenti all'integrazione legale del contratto, atteso che la legge interviene in modo autoritativo, a prescindere dalla volontà delle parti.

La giurisprudenza più recente ha accolto la tesi secondo cui gli artt. 1419, secondo comma, e 1339 c.c. si applicano anche nel caso in cui la legge integrativa entri in vigore successivamente alla conclusione del contratto, ma solo con riferimento con le prestazioni che non sono ancora state eseguite. In particolare, con riferimento alla nota questione relativa all'applicabilità della L. 7 febbraio 1992, n. 154 alle fideiussioni *omnibus* stipulate alla entrata in vigore della legge, Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2180, ha affermato che “*in dottrina è stato posto in rilievo come, verificandosi un concorso tra autoregolamentazione pattizia ed autoregolamentazione normativa, si renda insostenibile la tesi che subordina l'applicabilità dell'art. 1419, 2° comma, cod. civ. all'antioriorità della legge rispetto al contratto, poiché l'inserimento ex art. 1339 c.c. del nuovo tasso incontra l'unico limite che si tratti eseguite (in tutto od in parte)*”.

¹²⁹ Sul punto v., in particolare, il terzo Capitolo.

¹³⁰ La rilevanza del diritto intertemporale nei casi in cui il contratto venga integrato con un provvedimento legislativo entrato in vigore successivamente alla sua conclusione è stata evidenziata da G. VILLA, *Inserzione automatica di clausole e diritto intertemporale* cit. L'A., sebbene abbia osservato che, in questi casi, “[l]a tecnica a cui si è indotti a pensare con maggiore immediatezza è quella indicata dagli artt. 1339 e dall'art. 1419, comma 2, c.c., ovvero il ricorso ad automatismi che introducano nel contratto la disciplina imperativa, sovrapponendosi alle decisioni dei contraenti”, ha poi analizzato la questione dal punto di vista della retroattività della legge modificativa del negozio, affermando che la questione si confronta “*con problemi riguardanti la successione della legge nel tempo*”.

Al riguardo v. anche G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico, Teoria generale*, Milano, 1959, 98 ss. Con specifico riferimento alla nullità parziale del contratto ai sensi dell'art. 1419, primo comma, c.c., l'A. ha osservato che, là dove la norma incompatibile con le clausole contrattuali sia successiva alla conclusione del negozio, possono verificarsi due situazioni: in un caso, la norma sopravvenuta non può avere efficacia retroattiva in virtù dell'art. 11 delle

Alla luce di quanto precede, emerge la fondamentale rilevanza dell'analisi sin qui svolta sull'autonomia contrattuale e sui limiti di essa ai fini della presente ricerca, la quale ha per oggetto una peculiare ipotesi di eteroregolamentazione del contratto (*rectius*, modificazione¹³¹), vale a dire la modificazione operata dal legislatore dei termini di un contratto, o di una determinata categoria di contratti, convenzionalmente previsti dalle parti, in un momento successivo alla sua conclusione.

Gli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c. non risultano assumere una portata dirimente per rispondere ai quesiti sottesi al presente lavoro. La modifica legislativa, operando retroattivamente su un contratto rispetto al quale le parti nutrono un legittimo affidamento, risulta potenzialmente idonea a incidere su principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Tali violazioni non possono trovare giustificazione in disposizioni di rango ordinario, ma solo nel perseguimento di un interesse costituzionalmente protetto che, nel caso concreto, si presenti prevalente rispetto a quello dei privati.

disposizioni preliminari al Codice civile, secondo cui la legge può disporre solo per l'avvenire, e, dunque, il contratto rimane integralmente valido. Nell'altro caso, invece, la norma potrebbe derogare – espressamente o tacitamente – al principio di irretroattività della legge al fine di soddisfare determinati interessi superiori di ordine pubblico o di pubblica necessità e, pertanto, spiegare i suoi effetti anche sui negozi sorti anteriormente alla sua creazione e determinane la nullità (totale o parziale).

¹³¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., 103, critica coloro che distinguono l'integrazione del contratto da fenomeni come la modificazione, la rettifica, la correzione, l'ampliamento, l'arricchimento del contratto, i quali, in realtà, alludono comunque alla costruzione del regolamento contrattuale.

8. Autonomia contrattuale e regolazione del mercato. L'integrazione del contratto tramite l'intervento autoritativo delle Autorità Indipendenti.

Nei precedenti paragrafi si è illustrata l'elaborazione della dottrina tradizionale in merito alla nozione di autonomia contrattuale e ai suoi limiti. In tale contesto, l'integrazione del contratto costituiva un fenomeno eccezionale, operante esclusivamente in caso di lacuna del contratto ovvero di violazione di norme inderogabili. In altri termini, l'integrazione, secondo la visione tradizionale, "sorreggeva" dall'esterno l'autonomia privata¹³².

Tale concezione dell'autonomia privata, tuttavia, è entrata in crisi verso la fine del secolo scorso, quando, unitamente al fenomeno delle privatizzazioni delle società pubbliche, lo Stato ha abbandonato il suo ruolo di gestore del mercato, limitandosi a dettare le regole per preservarne le dinamiche concorrenziali e a sanzionare le distorsioni che si possono verificare¹³³. La liberalizzazione dell'economica ha portato con sé l'attribuzione al contratto di un ruolo centrale nella regolamentazione del mercato, il quale oggi rappresenta un prodotto dell'autonomia contrattuale¹³⁴. L'esercizio di quest'ultima è dunque funzionale alla circolazione di beni e servizi e all'attività di impresa, nonché alla realizzazione e al mantenimento della concorrenza. Si è venuta così a creare una connessione inscindibile tra contratto, libertà contrattuale e concorrenza¹³⁵. Gli è che contratto e mercato si conformano ai medesimi principi: disciplinare l'uno il primo significa disciplinare indirettamente anche il secondo¹³⁶. L'atto di autonomia privata, così, da strumento di autoregolamento di interessi esclusivamente privati, relegato

¹³² F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 366; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto* cit., 230.

¹³³ A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza* cit.

¹³⁴ E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, *Quaderni fiorentini*, n. 43, Milano, 2014, I, 622 ss.

¹³⁵ R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 159 ss.

¹³⁶ G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 71; G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 421 ss.

all'intimo rapporto tra i contraenti, diviene strumento con cui garantire la concorrenzialità del mercato e, più in generale, l'efficienza del sistema¹³⁷. Si fa, dunque, riferimento a un “*diritto privato regolatorio*”, che, su iniziativa del legislatore europeo, interviene sul contenuto del contratto attraverso l'introduzione di regole eteronome, volte a orientare le scelte delle parti verso esiti efficienti, garantendo un'allocazione delle risorse che il mercato non sarebbe in grado di assicurare, ovvero prevenendo e reprimendo gli effetti distorsivi derivanti da comportamenti contrari ai principi della concorrenza¹³⁸.

Il potere del negozio giuridico di produrre effetti a livello aggregato, ponendo lo strumento contrattuale al centro del sistema di mercato, lo assoggetta però al controllo pubblico e, segnatamente, delle Autorità Indipendenti¹³⁹.

¹³⁷ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)* cit., ove l'A. rappresenta come il diritto dei contratti, tradizionalmente inteso come insieme di regole dispositive che agevolano le relazioni tra privati, assume oggi una diversa connotazione, anche per effetto della produzione normativa eurounitaria. Si può, così, parlare di “*diritto privato regolatorio, che “non è inteso ad agevolare, nella logica della norma suppletiva, la relazione contrattuale, offrendo una soluzione sempre declinabile da una diversa scelta delle parti: al contrario, riscrive il contenuto negoziale, imponendo una regola aliena. Esso seleziona con la forza della norma imperativa, tra le possibili, le scelte capaci di garantire un'allocazione delle risorse che il mercato, nel caso specifico, non sarebbe in grado di assicurare ovvero previene e reprime gli esiti inefficienti che derivano dai comportamenti che si discostano dai paradigmi concorrenziali”*. In tal senso v. anche A. TUCCI, *Regolazione del mercato e autonomia contrattuale*, in *PA pers. amm.*, 2024, 15 ss., secondo il quale “*il contratto è, al tempo stesso, operazione economica, che realizza interessi privati, e strumento della regolazione del mercato*”.

¹³⁸ Sul “diritto privato regolatorio” v. A. ZOPPINI, M. MAUGERI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, *passim*; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)* cit., il quale osserva che fanno parte del diritto privato regolatorio le norme che disciplinano i rapporti tra imprese e tra queste e i consumatori; le regole relative ai mercati regolamentati; le norme sul funzionamento del mercato unico, quali, ad esempio, le disposizioni in materia di concorrenza, la disciplina relativa alla privatizzazione dei monopoli pubblici e alla successiva regolazione dei rispettivi mercati (in particolare nei settori dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni), nonché le norme poste a tutela di status o di interessi ritenuti prevalenti – quali il consumatore, i lavoratori o la salute pubblica – e, infine, le regole che garantiscono la libera circolazione dei servizi e dei prodotti.

Sul tema v. anche M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, cit.; R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 2 ss.

Secondo E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit. 193 ss., spec. 195, “*l'attitudine del diritto contrattuale regolatorio a perseguire finalità generali può essere orientata anche verso gli obiettivi dello Stato Sociale, così affiancando, senza logiche contraddittorie, il modello ordo-liberale e assegnando un significato coerente con lo Stato sociale alla formula dell'economia sociale di mercato. Ma per realizzare un simile obiettivo non si può prescindere dall'intervento del Legislatore che deve sostituire alla perequazione imposta, la perequazione guidata attraverso gli incentivi*”.

¹³⁹ C. FERRARI, *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018, 41 ss.

La nuova funzione che assume il contratto in un simile contesto ha reso inadeguata la disciplina del Codice civile, la quale presuppone un mercato perfetto, privo di fallimenti e asimmetrie, e che si fonda su una concezione di contratto come mero mezzo di scambio¹⁴⁰. Ne consegue che l'integrazione è divenuta uno degli strumenti per regolare il contratto e, dunque, indirettamente anche il mercato. La regola eteronoma si unisce a quella dettata dalla volontà dei contraenti al fine di conformare il contratto al perseguimento di interessi generali, oltre che a quelli delle singole parti¹⁴¹.

Una delle espressioni più emblematiche del mutamento della funzione dell'autonomia contrattuale si rinviene nel rapporto sussistente tra Autorità Amministrative e contratto. Si assiste, infatti, a una moltiplicazione delle ingerenze sugli atti di autonomia da parte delle *authorities*, le quali, ormai spesso, operano una vera e propria integrazione del contratto mediante atti di normazione secondaria, invocando il meccanismo di sostituzione automatica delle clausole contrattuali di cui all'art. 1339 c.c.¹⁴².

Sebbene queste ipotesi presentino problematiche in parte differenti rispetto alla questione oggetto della presente analisi¹⁴³, non vi è dubbio che esse condividano alcune caratteristiche comuni con i casi di modificazione legislativa dei contratti, prime fra tutti, appunto, l'eteronomia e la cogenza dell'intervento sul contratto. Per tale ragione, considerato che il tema del rapporto tra contratto e

¹⁴⁰ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 160 ss.

¹⁴¹ P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata* cit.; M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, 540 ss.

¹⁴² Si pensi, ad esempio, al caso delle delibere adottate dall'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA) ex art. 2, comma 12, lett. h), L. n. 481/1995; o, anche, degli atti adottati dalla Banca d'Italia a norma dell'art. 117, comma 8, T.U.B., in base al quale l'Autorità prescrive, a pena nullità, che “*determinati contratti [...] abbiano un contenuto tipico determinato*”; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 515 ss.; G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 91 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, *passim*; M. MAUGERI, *Autorità indipendenti e contratto*, in *Studi in onore di A. Cataudella*, Napoli, 2013, 1309 ss.; E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in A. D'Angelo e V. Roppo (a cura di), *Annuario del contratto*, Torino, 2015, 64 ss.

¹⁴³ La principale problematica legata alla modificazione del contratto imposta dalle Autorità indipendenti risiede nel fatto che le *authorities*, a differenza del legislatore, agiscono con atti di fonte secondaria. Da qui sorge il quesito se, e in quali limiti, trovino applicazione gli artt. 1374 e 1339 c.c. anche nei casi in cui l'integrazione avvenga con atti non di fonte primaria.

Autorità indipendenti è stato oggetto di diversi studi da parte della dottrina, nonché di alcune pronunce della giurisprudenza ordinaria, si ritiene opportuno analizzare, seppur sinteticamente, i risultati a cui la letteratura e i tribunali sono giunti, al fine di valutare se essi possano assumere una qualche rilevanza ai fini che interessano in questa sede.

La creazione delle *authorities* nel nostro ordinamento – avviata nei primi anni Novanta su ispirazione dell’esperienza statunitense – segna il definitivo passaggio da Stato dirigista a Stato regolatore e, dunque, da un’economia di mercato controllato a un sistema di mercato libero¹⁴⁴. L’istituzione delle Autorità indipendenti, avvenuta attraverso la legge dello Stato ovvero tramite atti di “delegificazione”, risponde alle nuove istanze derivanti da un mercato sempre più rapido, nel quale deve essere garantita la velocità degli scambi commerciali. Tale sistema economico, insuscettibile di essere soggetto a una disciplina aprioristica e astratta, necessita una regolamentazione flessibile, disposta con provvedimenti *ad hoc*¹⁴⁵.

Le circostanze sopra illustrate costituiscono l’*humus* da cui sono sorte le questioni, lungamente dibattute in dottrina e giurisprudenza, circa la legittimità di un atto amministrativo con cui venga disposta una modificazione del contratto.

Innanzitutto, la prima questione riguarda la legittimazione, non democratica, del potere normativo delle Autorità, in assenza di una disposizione costituzionale in tal senso¹⁴⁶. Il problema è stato risolto dalla dottrina maggioritaria sulla base di argomentazioni eterogenee. Secondo un primo orientamento, il suddetto potere

¹⁴⁴ A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza* cit., secondo il quale la regolazione del mercato non si sostanzia solo in una limitazione dell’autonomia contrattuale, ma attribuisce a quest’ultimo una diversa funzione, ossia quella di evitare fallimenti, distorsioni o inefficienze del sistema economico.

La dottrina sul paradigma dello Stato regolatore è vastissima. Al riguardo v. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore* cit., *passim*; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica* cit., 393 ss.; M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?* cit., e i riferimenti bibliografici ivi citati

¹⁴⁵ M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 284 ss.

¹⁴⁶ Sugli effetti degli atti delle Autorità indipendenti sui rapporti tra privati v. G. ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti e la disciplina dei contratti*, in S. Amoroso, G. Morbidelli, M. Morisi (a cura di), *Istituzioni Mercato e Democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 11 ss.

delle *authorities* troverebbe fondamento nella funzione da esse svolta, che si sostanzia nella tutela di interessi costituzionalmente protetti e, in particolare, dell'iniziativa privata economica di cui all'art. 41 Cost. Tale funzione sarebbe attribuita alle Autorità a fronte della particolare autonomia di cui esse godono e delle competenze tecniche che ne caratterizzano la composizione¹⁴⁷. Parte della letteratura ha poi rintracciato il fondamento del potere regolatorio di cui si discute nelle fonti unionali, le quali consentirebbero un intervento integrativo del contratto da parte della Autorità al fine di garantire l'uniformazione del mercato interno¹⁴⁸. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, infine, l'attenuazione del principio di legalità sarebbe compensato dall'instaurazione del contraddittorio nella fase procedurale, che vede coinvolti anche i privati¹⁴⁹.

Ciò posto, l'intervento delle Autorità può esplicarsi in tre diverse modalità. In un caso la sostituzione della clausola contrattuale è disposta da una fonte "complessa": detta sostituzione è disposta mediante il concorso della legge ordinaria e del provvedimento dell'Autorità amministrativa. In tali casi, la legge attribuisce espressamente i poteri di intervento all'Autorità. In un secondo caso, invece, l'integrazione ha fonte esclusivamente secondaria. Ciò si verifica nelle ipotesi di "delegificazione", là dove il legislatore primario non detta una disciplina specifica su una determinata materia, demandando tale compito a un organo del potere esecutivo. Infine, la modifica contrattuale potrebbe essere imposta all'esito di un procedimento paragiurisdizionale¹⁵⁰.

¹⁴⁷ F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in L. Longobardi (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 300 ss.

¹⁴⁸ G. NAPOLITANO, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 153 ss.; S. BATTINI, G. VESPERINI, *Indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in M. D'Alberti e A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 60 ss.

¹⁴⁹ Cons. Stato, 1° ottobre 2014, n. 4874, in *Foro Amm.*, 2014, n. 2565; Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, 947 ss.; Cons. Stato, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, 377 ss.

¹⁵⁰ M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* cit.

Sebbene sembrerebbe che la dottrina e la giurisprudenza riconoscano la legittimità del potere regolatorio delle Autorità, si è posta l'ulteriore questione di valutare se gli atti di queste ultime, di fonte secondaria¹⁵¹, possano validamente integrare i contratti ai sensi degli artt. 1339 e 1374 c.c., modificando il regolamento negoziale contro, o comunque a prescindere, dalla volontà dei contraenti. La questione si è posta poiché in questo caso un atto di rango inferiore andrebbe a limitare l'autonomia privata riconosciuta da una fonte superiore.

Sul punto, secondo una prima teoria, la sostituzione di clausole contrattuali mediante atti regolamentari delle *authorities* potrebbe essere operata in virtù delle disposizioni sopra richiamate. In particolare, il potere di integrazione cogente del negozio giuridico sarebbe giustificato dal fatto che esso, oltre a essere riconosciuto da una norma di rango primario, verrebbe altresì esercitato al fine di tutelare valori di rilievo costituzionali, primo fra tutti il bene giuridico della “concorrenza”, tutelato non solo dai principi di matrice unitaria, ma anche dall'art. 41 Cost.¹⁵².

Altra parte della letteratura sembra invece assumere una posizione critica con riferimento alla possibilità di un'integrazione *ex art.* 1339 c.c. da parte delle *authorities*. Secondo la tesi in commento, la vicenda integrativa si svolgerebbe (inammissibilmente) con modalità del tutto differenti rispetto alla fattispecie di cui all'art. 1339 c.c., atteso che l'atto eteronomo, nel caso in esame, avrebbe natura di norma secondaria e andrebbe a incidere su un atto di autonomia contrattuale, il quale, però, gode del riconoscimento da parte di una fonte superiore. Di

¹⁵¹ Sebbene la questione non sia pacifica, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritengono che gli atti delle Autorità indipendenti abbiano natura di fonti secondarie dell'ordinamento. In tal senso v. C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2015, 2, 94 ss. *Contra* v. L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, 86.

La natura di norme secondarie è condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità. In particolare, v. Cass., 2 febbraio 2016, n. 1906, in *DeJure*; Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, in *DeJure*.

¹⁵² G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione*, Napoli, 2010, 97 ss.; E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi* cit.

Anche in giurisprudenza è stata ammessa la possibilità di un'integrazione *ex art.* 1339 c.c. mediante atti di Autorità indipendenti. Cfr., *ex multis*, Cass., 22 luglio 2011, n. 16141, in *Giur. it.*, 2012, 1559 ss., con nota di G. RISPOLI, *Asimmetrie contrattuali e limiti all'eterointegrazione normative*; ID., 27 luglio 2011, n. 16401, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2012, 897 ss., con nota di M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*; ID., 28 luglio 2011, n. 16519, in *Foro It.*, 1, 2012, 870 ss.

conseguenza, una sostituzione delle clausole contrattuali potrebbe avvenire soltanto nell'ipotesi in cui essa sia disposta da una fonte "*complessa*", ossia solo qualora la legge primaria preveda espressamente la nullità della disposizione contrattuale, rimettendo poi la sua sostituzione alla fonte secondaria¹⁵³.

La giurisprudenza sembra aver accolto quest'ultima impostazione. Essa, infatti, riconosce che gli atti delle Autorità indipendenti possano integrare il contenuto dei contratti ai sensi dell'art. 1339 c.c., anche in senso derogatorio rispetto a disposizioni di legge, qualora queste siano derogabili e la deroga sia funzionale alla tutela dell'interesse della parte debole del rapporto contrattuale. Tuttavia, un simile intervento sull'autonomia contrattuale può ritenersi legittimo soltanto quando la legge che attribuisce all'Autorità il potere normativo definisce in modo puntuale i tempi e le modalità dell'intervento regolatorio, senza lasciare spazi di eccessiva discrezionalità all'amministrazione indipendente¹⁵⁴.

¹⁵³ Secondo M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti* cit., tale fattispecie non si verificherebbe nel caso dell'art. 117, comma 8, del D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, t.u.b.), il quale prevede che "[l]a Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e titoli difformi sono nulli". Secondo l'A. in questo caso la legge primaria non individuerrebbe specificatamente le ipotesi in cui si verifica la nullità contrattuale, demandando la prescrizione invalidante alla Banca d'Italia e, dunque, a una fonte inferiore a cui, però, è preclusa la capacità derogatoria. In definitiva, l'A. ritiene che "[è] ben vero che l'art. 1322 c.c. precisa che il potere autonomo è esercitato nei limiti della legge; ma sarà appunto soltanto la legge capace di limitare la sfera di autonomia attraverso la previsione di nullità speciali" e, dunque, occorre "risolvere un conflitto tra norme di rango diverso: conflitto che vede in ogni caso prevalere la norma superiore, a prescindere dal potere delegato all'organo di rango inferiore".

¹⁵⁴ Cass., 30 agosto 2011, n. 17786, in *DeJure*; Cass., 2 febbraio 2016, n. 7906, in *DeJure*.

Ai fini della presente ricerca, occorre altresì segnalare la sentenza della Corte d'Appello di Roma, 26 aprile 2018, n. 2803, in *DeJure*, con la quale la Corte d'Appello di Roma non si è limitata a riconoscere che l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas possa emanare regole di natura interpretativa, ma ha altresì affermato che, qualora la regola integrativa sopravvenuta – la quale, in applicazione dell'art. 1339 c.c., deve possedere carattere imperativo per produrre l'effetto modificativo o sostitutivo del regolamento contrattuale – contrasti con una norma imperativa preesistente, essa può "*superare il limite dell'irretroattività*" e, conseguentemente, applicarsi con efficacia retroattiva. La pronuncia in commento riveste particolare rilievo nella presente analisi in quanto, per la prima volta, la questione dell'integrazione del contratto mediante provvedimenti di un'Autorità indipendente viene affrontata – seppur in modo non approfondito – anche sotto il profilo della retroattività dell'intervento integrativo. Come si avrà modo di esaminare nel terzo Capitolo, il tema delle modifiche legislative dei contratti in corso di esecuzione deve essere considerato non solo alla luce dell'art. 1339 c.c., ma anche secondo i principi del diritto intertemporale, al fine di individuare i limiti che il legislatore incontra nell'esercizio del potere di incidere su rapporti contrattuali già in essere. La sentenza della Corte d'Appello di Roma n. 2803/2018 viene analizzata da V. BARBA, *Autorità amministrative indipendenti, nullità sopravvenuta e conformazione del contratto*, in *An. Giur. econ.*, 2, 2018, 493 ss. Il principio è stato poi ripreso, ma non ulteriormente approfondito, da Trib. Santa Maria Capua Venere, 3 gennaio 2020, n. 20, in *Banca dati di merito*.

I principi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tema di modificazione dei contratti mediata dagli atti delle Autorità indipendenti non appaiono, tuttavia, idonei a fornire risposte pienamente soddisfacenti alle questioni oggetto del presente lavoro. Ciò in quanto la riflessione teorica e giurisprudenziale si è prevalentemente concentrata sull'applicabilità dell'art. 1339 c.c. anche ai provvedimenti di rango secondario, senza però affrontare alcune questioni fondamentali, la cui analisi risulta imprescindibile: tra queste, gli effetti retroattivi della modificazione dei contratti in corso di esecuzione, nonché il necessario bilanciamento tra gli interessi generali che possono giustificare l'intervento modificativo del legislatore e il legittimo affidamento dei privati sulla stabilità del regolamento contrattuale originariamente pattuito.

9. Riflessioni conclusive sull'evoluzione dell'autonomia privata.

L'analisi svolta consente di cogliere come il paradigma classico dell'autonomia privata abbia subito una progressiva trasformazione strutturale e funzionale¹⁵⁵. La concezione ottocentesca del contratto, fondata sul dogma della volontà e sull'idea di una sfera di libertà negoziale impermeabile a ogni ingerenza esterna, è ormai superata. Il contratto non si configura più come un dominio assoluto delle parti, ma come un istituto che deve svolgere la propria funzione all'interno dell'ordinamento, in armonia con i principi costituzionali e con gli obiettivi di utilità sociale che permeano il sistema economico contemporaneo.

Il passaggio dallo Stato dirigista allo Stato regolatore ha determinato un profondo ripensamento del ruolo dell'autonomia privata, che da espressione della libertà individuale è divenuta strumento di realizzazione di interessi pubblici e collettivi. L'ordinamento ha progressivamente affiancato alla volontà delle parti una pluralità di vincoli eteronomi, espressione di un diritto privato "regolatorio", volto a garantire l'efficienza del mercato, la tutela delle posizioni deboli e la stabilità del sistema economico. La forza normativa del contratto non è stata negata, ma ridimensionata e ricondotta a una dimensione funzionale, nella quale l'autonomia si esercita entro confini determinati dal legislatore e dal giudice.

In tale prospettiva, gli interventi legislativi che incidono su contratti in corso di esecuzione rappresentano il riflesso di un'evoluzione sistemica in cui il diritto privato assume una valenza sempre più pubblicistica. Tuttavia, il potere del legislatore incontra limiti precisi: la certezza dei rapporti giuridici, la tutela

¹⁵⁵ Sull'evoluzione dell'autonomia privata v. E. GINEVRA, *Libertà d'impresa, autonomia privata e nuove direttrici per l'interprete*, in *Liber amicorum per Aldo A. Dolmetta. L'orizzonte è una linea che non c'è*, Pisa, 2023, 583 ss., il quale osserva che "il fenomeno dell'espansione del raggio di intervento dell'autonomia nella forma dell'autoregolamento, con la copertura di ambiti non tradizionali alla sua recente da ritenere, infatti, che una tale vicenda sia: da un lato, collegata a un'espansione degli spazi tematici assegnati all'iniziativa privata, con la connessa maggiore considerazione della rilevanza economico-sociale delle manifestazioni della libertà d'impresa, da tempo preannunciata dalla più autorevole dottrina, in particolare nel momento in cui si è dato atto di un avvenuto passaggio di fase nell'attuazione legislativa dell'impianto costituzionale in ordine ai rapporti economici; dall'altro, collocabile nel contesto di un più generale programma di sviluppo, sempre formulato all'interno della Carta fondamentale, del rapporto individuo-società".

dell'affidamento e il rispetto del nucleo essenziale dell'autonomia privata, che permane come presidio di libertà e di responsabilità individuale.

Ne emerge un modello di autonomia privata non più assoluta, ma “relativa”, plasmata dall'intervento pubblico. L'attuale configurazione dell'autonomia contrattuale si fonda dunque su una dialettica permanente tra libertà e limite, tra la dimensione privata del volere e quella pubblica della regolazione. È in questa tensione che si inscrivono gli interventi modificativi del legislatore.

CAPITOLO 2

LE MODIFICAZIONI DEI CONTRATTI DI DURATA PER CIRCOSTANZE SOPRAVVENUTE

SOMMARIO: 1. Gli effetti delle sopravvenienze sui contratti di durata. – 2. I contratti di durata e la rilevanza del tempo nel rapporto giuridico. – 3. Le sopravvenienze. Nozione e tipologie. – 4. La gestione delle sopravvenienze che incidono sugli interessi sottesi al contratto. La clausola *rebus sic stantibus*. – 5. Riflessioni sistematiche in merito all'adeguamento del contratto e autonomia contrattuale.

1. Gli effetti delle sopravvenienze sui contratti di durata.

Nel precedente Capitolo è stata approfondita l'evoluzione che ha subito nel tempo la nozione di autonomia privata. Dall'analisi svolta è emerso come – sebbene nel nostro ordinamento sia positivamente previsto, all'art. 1372 c.c., il principio del *pacta sunt servanda*, secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e deve essere adempiuto nei termini stabiliti originariamente dai contraenti, senza che possa essere modificato o sciolto unilateralmente – il regolamento contrattuale non è, in realtà, del tutto insensibile rispetto a eventi che occorrono successivamente alla sua conclusione. Ogni iniziativa economica porta con sé il rischio fisiologico che determinate sopravvenienze alterino l'assetto degli interessi sottesi al contratto e pregiudichino la realizzazione dell'operazione che si intende porre in essere con il negozio¹⁵⁶.

Le suddette sopravvenienze assumono rilevanza là dove incidano su quei rapporti che si prolungano nel tempo e non si esauriscono istantaneamente con un solo atto¹⁵⁷. Si tratta, più nello specifico, di quei contratti la cui esecuzione è differita, continuata o periodica. In tale contesto, è necessario individuare gli

¹⁵⁶ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 1 ss. osserva che “[l]a conclusione di un contratto espone al rischio di ogni iniziativa economica. Proposta ed accettazione muovono da una valutazione delle circostanze e da ragionevoli previsioni sull'esito dell'affare. Ma le circostanze evolvono incessantemente e un evento che ne turba i presupposti può sempre pregiudicare il successo dell'iniziativa. Le circostanze che possono sconvolgere l'economia di un contratto sono numerose e – in larga misura – questo rischio non può essere evitato”.

¹⁵⁷ G. OSTI, *Appunti per una teoria della “sopravvenienza”*, (La così detta clausola “*rebus sic stantibus*” nel diritto contrattuale odierno), in *Riv. dir. civ.*, V, 1913, 471-498, 647-697, parla di contratti “*aventi tratto successivo*”.

strumenti giuridici mediante i quali viene adeguato il regolamento contrattuale alle nuove circostanze che incidono sul negozio e ai nuovi interessi in gioco¹⁵⁸.

Il legislatore, consapevole di tale esigenza, ha predisposto nel Codice civile le regole volte a gestire le sopravvenienze contrattuali. In alcuni casi, tale disciplina impone la conservazione del contratto, il cui contenuto viene adattato ai nuovi interessi rilevanti; in altri casi, consente alle parti di far caducare il negozio, quando esso non è più idoneo a soddisfare degli interessi per cui è stato originariamente concluso.

¹⁵⁸ R. SACCO, *Il contratto, Tomo secondo*, cit., il quale ha affermato che “*la sopravvenienza di esigenze nuove e di nuovi criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo. Ciò che diciamo vale soprattutto per contratti a lunghissima durata*”.

2. I contratti di durata e la rilevanza del tempo nel rapporto giuridico.

La trattazione delle sopravvenienze contrattuali non può prescindere da un approfondimento dei “contratti di durata”. Questi sono stati definiti dalla dottrina come “*i contratti qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro*”¹⁵⁹. Già da tale definizione emerge la fondamentale importanza che il tempo assume nell’ambito della tipologia contrattuale di cui si tratta.

I contratti di durata, a differenza di quelli a esecuzione istantanea, si caratterizzano per il fatto che il rapporto tra i contraenti potrebbe potenzialmente, in astratto, durare indefinitivamente, non incontrando alcun limite nel tempo. E ciò a prescindere dalla circostanza per cui, in concreto, il contratto è concluso per un tempo determinato¹⁶⁰.

Il termine “contratti di durata” è un’espressione generale e “*poco compromettente*”, considerato che non contiene una vera e propria definizione, limitandosi a indicare una categoria di contratti dove la “*durata*” assume una valenza particolare¹⁶¹. Più precisamente, la rilevanza che il tempo assume in queste tipologie di negozi giuridici non insiste sul contratto, inteso come atto, bensì sul

¹⁵⁹ Tale definizione viene generalmente attribuita a BARTOLO, *Comm. in Leg. Cotem*, 11, *Qui maximus*, 5, D. *de public et vectig.*, XXXIX, 4, che distingue tale tipologia di contratti con quelli “*qui unico momento perficiuntur*”. Detta definizione è stata poi ripresa da G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, 143 ss. L’A., che per primo ha trattato il tema a seguito dell’emanazione del Codice del ‘42, attribuisce il merito di aver elevato a categoria giuridica questa tipologia di contratti a G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, IV, 1912, 1 ss.; ID., *Appunti per una teoria della “sopravvenienza”*, (*La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno*) cit.; ID., voce *Contratto (concetto distinzioni)*, in *Nuov. dig. it.*, IV, 1938, 67 ss., il quale, per indicare i contratti di durata, utilizza il lemma “*contratti a tratto successivo*”. Le opere di Osti sono state pubblicate in G. OSTI, *Scritti giuridici, I*, con presentazione di P. Rescigno, Milano, 1973, ove è stata pubblicato anche lo scritto *Saggi di applicazioni pratiche del concetto di sopravvenienze*, stampato in forma provvisoria con il titolo “*Applicazioni del concetto di sopravvenienza – La risolubilità dei contratti per inadempimento*”, nel 1914.

Anche L. DEVOTO, *L’obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943, 18, afferma che i “*contratti a tratto successivo, si disse, presentano «lunghezza nel tempo», le obbligazioni da essi nascenti hanno carattere continuativo, il loro oggetto è costituito da un insieme di prestazioni quasi da far considerare il contratto unico, come composto di una serie di contratti, quante sono le epoche nelle quali si rinnova la corrispettività*”.

¹⁶⁰ G. OPPO, *I contratti di durata* cit., spec. 227 ss. Anche secondo L. DEVOTO, *L’obbligazione a esecuzione continuata* cit., 18, l’esecuzione dei contratti “*a tratto successivo*” consiste in un “*periodico ritersi di atti e di prestazioni, talvolta anche perpetuo*”.

¹⁶¹ G. OPPO, *I contratti di durata* cit., spec. 150.

rapporto giuridico. In altri termini, la durata non attiene alla formazione del vincolo contrattuale, bensì all'adempimento del contratto. Tale categoria include i contratti la cui esecuzione richiede un contegno continuativo per un certo periodo di tempo, come, ad esempio, avviene nei contratti di lavoro o di fornitura di energia, e quelli che vengono adempiuti attraverso una pluralità di atti scaglionati nel tempo, come nel contratto di somministrazione. In questi casi, il tempo è un vero e proprio elemento di struttura del contratto: la prosecuzione nel tempo del rapporto giuridico è essenziale ai fini della soddisfazione degli interessi sottesi al contratto e, dunque, diviene elemento essenziale e causale del negozio¹⁶².

Secondo la teoria tradizionale, sono esclusi dalla categoria in esame i contratti che si esauriscono con un atto istantaneo, con esso intendendosi non un atto che si consuma in un attimo, ma un atto rispetto al quale non assume alcuna rilevanza giuridica la durata. In questi casi, infatti, il tempo non integra un elemento costitutivo del negozio, ma rappresenta una mera coordinata. Ne consegue che non sarebbero contratti di durata quei negozi che prevedono una esecuzione semplicemente differita o ripartita, come la vendita a rate¹⁶³.

Partendo da tali premesse, Oppo¹⁶⁴, primo Autore ad affrontare in modo sistematico il tema dei contratti di durata dopo l'entrata in vigore del Codice civile del 1942, ha individuato tre diverse tipologie contrattuali in cui il fattore temporale assume rilievo. In primo luogo, si collocano i “*contratti a esecuzione differita*”, nei quali il tempo rappresenta semplicemente il termine fissato dalle parti per

¹⁶² M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1998, 619 ss., il quale ha osservato che “[l]’inerenza del tempo, nei long term contracts, assegna a questa realtà contrattuale una sua specificità che è in primo luogo di natura economica ma che, grazie al moltiplicarsi degli studi sul tema, sta assumendo consistenza anche sul piano giuridico”

¹⁶³ G. OSTI, *Appunti per una teoria della “sopravvenienza”, (La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno)* cit., evidenzia come il tempo assume sempre una qualche rilevanza in tutti i rapporti contrattuali. Tuttavia, occorre tenere distinti i casi in cui il tempo costituisce solo un elemento accessorio del contratto – estraneo all’oggetto del contratto, che non concorre a individuare la prestazione prevista dal negozio – da quelli in cui il tempo, per volontà delle parti, assume note individualizzatrici della prestazione, “e allora il termine non è più un elemento accidentale del contratto, né una modalità accessoria dell’obbligazione di cui si tratta, ma fa parte del contenuto essenziale di questa, e non è altro che una delle note molteplici che ne determinano giuridicamente l’oggetto”. In tal senso v. anche M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, 25 ss.

¹⁶⁴ G. OPPO, *I contratti di durata* cit.

l'esecuzione delle prestazioni dedotte nel negozio. L'esecuzione, pertanto, è istantanea, ma avviene in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto. Si pensi, ad esempio, alla vendita con esecuzione differita.

In secondo luogo, vi sono i contratti a esecuzione protratta nel tempo, ossia quei contratti la cui esecuzione richiede fisiologicamente un certo periodo per compiersi. In tali ipotesi, il contratto si considera eseguito solo al momento della scadenza, pur non essendo l'adempimento istantaneo. Il fattore temporale, dunque, diviene carattere fisiologico dell'adempimento, che può dirsi "*a formazione progressiva*"¹⁶⁵, anche se il perfezionamento avviene in un solo momento, quello finale. Appartiene a questa tipologia di contratti, ad esempio, il contratto d'appalto, in cui l'appaltatore esegue progressivamente l'opera fino al completamento e alla consegna.

Infine, nei veri e propri "*contratti di durata*", l'adempimento consiste nella ripetizione di una determinata attività in modo continuativo o periodico. In tali fattispecie, il tempo non incide soltanto sull'esecuzione o sull'adempimento, ma rappresenta un elemento strutturale del contratto, costituendone una "*nota individuatrice*". Ad esempio, nel contratto di locazione il godimento del bene si protrae per tutta la durata del rapporto, così come il contratto di somministrazione sottende delle prestazioni periodiche di beni o servizi nel tempo.

Tale tripartizione è stata, tuttavia, oggetto di una significativa rielaborazione da parte della dottrina più recente¹⁶⁶, la quale ha osservato che, nei contratti di durata, il fattore temporale non rileva propriamente in relazione all'adempimento delle obbligazioni, bensì al soddisfacimento dell'interesse perseguito dalle parti. È la durevolezza dell'interesse da realizzare a determinare la protrazione nel tempo del contratto: l'esecuzione si svolge nel tempo perché nel tempo si compie il soddisfacimento dell'interesse economico e giuridico cui il contratto è preordinato. Si può, dunque, distinguere solo tra "*contratti a esecuzione differita*" e "*contratti*

¹⁶⁵ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, 6 ss.

¹⁶⁶ A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 501 ss.; F. LONGOBUCCO, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012, 12 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata* cit. 8 ss.; D. SANTARPIA, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023, 48 ss.

di durata” (o “a esecuzione continuata o periodica”). Gli è che, nella categoria dei contratti di durata, devono essere incluse alcune tipologie che, secondo la tradizionale tripartizione, non potevano definirsi tali, quali il mutuo o l’assicurazione¹⁶⁷.

Ciò posto, indipendentemente da una precisa defezione dei confini della categoria di cui si discute, è pacifico che la rilevanza che il tempo assume nei contratti di durata non insiste sul contratto, inteso come atto, bensì sul rapporto giuridico. In altri termini, la durata non attiene alla formazione del vincolo contrattuale, bensì all’esecuzione del contratto, tanto che parte della dottrina ha evidenziato che dovrebbe parlarsi di “rapporti di durata” piuttosto che di “contratti di durata”¹⁶⁸. Ponendo lo sguardo sul rapporto giuridico in essere tra le parti, emerge che esso, qualora si sviluppi in un arco temporale prolungato, è soggetto fisiologicamente a un cambiamento delle circostanze esterne, spesso imprevedibile dalle parti e, dunque, non disciplinabile convenzionalmente¹⁶⁹.

Proprio con riferimento al rapporto che si instaura mediante i contratti di durata, occorre precisare che questi si prestano a regolare operazioni commerciali complesse che possono essere realizzate solo attraverso un rapporto che si protragga nel tempo e dove le parti si pongono uno scopo comune, assumendo importanza fondamentale la reciprocità e la solidarietà. Tali caratteristiche distinguono i contratti di durata dal modello tradizionale del contratto di scambio, in cui gli interessi dei contraenti risultano strutturalmente contrapposti¹⁷⁰. La tradizionale rappresentazione del contratto come scambio puntuale tra prestazioni contrapposte – modello che trova il suo paradigma nella compravendita e che la cultura liberale ha assunto quale riferimento implicito – si rivela oggi insufficiente a descrivere una

¹⁶⁷ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata* cit., 8 ss.

¹⁶⁸ G. OPPO, *I contratti di durata* cit. Secondo, invece, D. SANTARPIA, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto* cit., 37, “la costruzione ellittica della formula «contratti di durata» tradisce un errore di prospettiva, in quanto la qualificazione di durata andrebbe correttamente riferita all’attività esecutiva, non già al contratto (e, a rigore, nemmeno al rapporto)”.

¹⁶⁹ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 154, il quale osserva come “[l]a modificazione non è più soltanto legata alle vicende patologiche dell’esecuzione del contratto; essa è strumento di attuazione del rapporto”. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata* cit. 1 ss.

¹⁷⁰ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine* cit., 54 ss.

parte significativa delle relazioni economiche. Le economie contemporanee, infatti, si fondano sempre più su rapporti complessi e stabilmente proiettati nel tempo. Non sorprende, dunque, che le operazioni economiche di maggiore articolazione non trovassero originariamente nel diritto dei contratti il loro naturale inquadramento, venendo piuttosto assorbite in discipline estranee alla logica sinallagmatica tradizionale, quali quelle relative agli enti collettivi e all'organizzazione dell'impresa, specie quando gestita in forma associata.

Già il contributo di Ronald Coase poneva in luce la stretta interrelazione tra mercato e impresa quali modelli alternativi di governo delle transazioni economiche¹⁷¹. Se il primo presuppone rapporti tra soggetti in posizione tendenzialmente paritaria, il secondo poggia su una struttura gerarchica, nella quale la direzione e la coordinazione dell'attività risultano accentrate. Tale contrapposizione, però, non basta più a spiegare quelle forme di cooperazione economica nelle quali l'autonomia giuridica delle parti rimane intatta, pur dando vita a modelli di interdipendenza strategica che si collocano lungo un *continuum* ideale tra scambio e integrazione verticale¹⁷².

Proprio in tale solco si inseriscono i contratti di durata. Essi rappresentano strumenti negoziali attraverso cui le parti realizzano operazioni che richiedono un interscambio stabile nel tempo e il perseguimento di uno scopo comune. La relazione contrattuale non si esaurisce in una sequenza di prestazioni contrapposte, ma si struttura come un rapporto cooperativo fondato su reciprocità, solidarietà e

¹⁷¹ R. COASE, *La natura dell'impresa*, in *Impresa, mercato e diritto* (versione italiana dell'originale, *The nature of the firm*, in *The Firm, the Market and the Law*), Bologna, 1995, 79 ss. ha per primo osservato come la "natura" dell'impresa non sia scindibile dalla conclusione di contratti di lunga durata, rispetto ai quali "più lungo è il periodo contrattuale di fornitura della merce o del servizio, meno possibile e in verità meno desiderabile è per l'acquirente specificare cosa ci si aspetta dall'altra parte contrattuale".

¹⁷² O.E. WILLIAMSON, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, trad. it. di N. Negro, Milano, 1987, 174, il quale ha osservato quanto segue: "[s]upponiamo di dover ordinare le transazioni secondo il grado di autonomia mantenuta dalle parti: le transazioni discrete si collocherebbero a un estremo, quelle gerarchiche all'altro e le transazioni ibride (concessione e franchising, joint ventures, altre forme di contrattazione atipica) si collocherebbero tra i due estremi".

condivisione dei rischi¹⁷³. Sono questi elementi che distinguono tali figure negoziali rispetto ai modelli di scambio istantaneo propri della tradizione codicistica.

La crescente centralità di tali schemi relazionali è strettamente legata al ruolo che il contratto ha assunto nel contesto economico attuale. Esso non è più solo un atto di autonomia privata volto a regolare interessi individuali, ma diviene strumento di programmazione, organizzazione e svolgimento dell'attività d'impresa¹⁷⁴. Tale nuova funzione del contratto ha condotto parte della dottrina ad auspicare, *de iure condendo*, una maggior valorizzazione del legame sussistente tra il contratto e l'impresa, fornendo ai privati ulteriori strumenti di tutela al fine di garantire a essi la realizzazione del risultato economico che le parti hanno inteso originariamente realizzare con la sottoscrizione del contratto¹⁷⁵.

In questa prospettiva si colloca la più compiuta elaborazione dei contratti relazionali¹⁷⁶, intesi come rapporti destinati a governare operazioni economiche complesse e di lungo respiro. Essi presuppongono un'interazione continuativa e fiduciaria tra le parti¹⁷⁷, condizione necessaria per l'acquisizione, la circolazione e

¹⁷³ Per tutti, v. S. HELPER, J.P. MACDUFFIE, C.F. SABEL, *Pragmatic collaborations: advancing knowledge while controlling opportunism*, in *Industrial and Corporate Change*, 2000, 443 ss.

¹⁷⁴ R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, II ed., Bologna, 2006, I, 176 ss.; S. GRUNDMANN, F. CAFAGGI, G. VETTORI, *The Contractual Basis of Long-Term Organization - The Overall Architecture*, in Idd. (eds.), *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, London-New York, 2013, 3 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., 56 ss.; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Private Regulation and Industrial Organization: Contractual Governance and the Network Approach*, in S. Grundmann, F. Möselein, K. Riesenhuber (eds.), *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015, 343 ss.; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, spec. 17 ss.

¹⁷⁵ F. MACARIO, voce *Contratti di durata*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto*, Milano, 2021, 103 ss. In merito ai contratti di durata v. G. OPPO, *I contratti di durata* cit., I, 146 ss., ove l'A. ha per primo ricostruito la fisionomia del contratto di durata, individuando gli elementi comuni che caratterizzano in tali fattispecie. Sul tema v. anche A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata* cit.; E. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giust. Civ.*, 2018, 267 ss.; G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico* cit., ove l'A. individua nel tempo non un accessorio dei contratti di durata, bensì un elemento essenziale di essi, che caratterizza le prestazioni in esso dedotte.

¹⁷⁶ La categoria dei *relational contracts* non coincide perfettamente con quella dei contratti di durata. I primi, infatti, pur essendo espressione di rapporti che si sviluppano nel tempo, sono caratterizzati anche da altri elementi, non sempre presenti in tutti i contratti di durata e, in particolare, dalla cooperazione che le parti del contratto si prestano la fine di raggiungere un fine unico e condiviso. In tal senso v. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto* cit., 141 ss.; C.J. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, 67, in *Va. L. Rev.*, 1981, 1089 ss.

¹⁷⁷ La c.d. *relational contract theory* nasce intorno alla metà del XX secolo scorso negli Stati Uniti. Tra i primi ad aver elaborato la categoria dei *relational contracts* vi sono I. MACNEIL, *The New*

l'impiego di risorse critiche che non potrebbero essere efficacemente utilizzate al di fuori del rapporto stesso¹⁷⁸.

I contratti di durata rivelano così una tensione di fondo: alla formale autonomia dei contraenti si affiancano vincoli sostanziali di correlazione che impongono forme di coordinamento idonee a preservare la stabilità del rapporto nel medio e lungo periodo. La condivisione di conoscenze, rischi, costi e competenze diviene componente fisiologica della relazione, determinando la necessità di un'impostazione più flessibile e funzionale rispetto a quella propria del sinallagma tradizionale.

Alla luce di tali circostanze, si è altresì parlato di “contratto incompleto”¹⁷⁹, ponendo l'attenzione sulla circostanza per cui, nella definizione dei rapporti contrattuali di cui si tratta, non è possibile considerare e regolamentare *ex ante* tutti gli eventi che si verificheranno nello iato di tempo che intercorre tra la conclusione del negozio giuridico e la sua integrale e definitiva esecuzione¹⁸⁰. Ciò rende impraticabile una preventiva allocazione dei rischi, la quale è rimandata al momento dell'insorgenza delle sopravvenienze.

Social Contract, New Haven, 1980 e, ancor prima, S. MACAULAY, *Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in 28 *Am. Soc. Rev.*, 1963, 55 ss. In Italia, il tema è stato trattato moltissimi autori. Per tutti v. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine* cit., 54 ss.; ID., *Relational contracts e Allgemeiner Teil: il problema e il sistema*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 187 ss.; A. FONDRIESCHI, *Contratti relazioni e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017, 1 ss.; A. GALLARATI, *La resilienza del contratto. Modificazioni e destino delle garanzie, tra relazionalità, incompletezza e crisi d'impresa*, Torino, 2020, 7 ss.

¹⁷⁸ M.A. EISENBERG, *Relational Contracts*, in J. Beatson, D. Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, 296 ss., secondo il quale un *relational contract* è “a contract that involves not merely an exchange, but also a relationship between the contracting parties”.

¹⁷⁹ La letteratura in materia di contratto incompleto è assai vasta. Tra gli altri v. A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, *passim*; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, *passim*; E. GUERINONI, *Incompletezza e completamento del contratto*, Giuffrè, 2007, 27 e ss.; D. VALENTINO, *Il contratto incompleto*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss.; A. SCHWARTZ, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in D. Fabbri, G. Fiorentini, L.A. Franzoni (a cura di), *L'analisi economica del diritto*, Roma, 1997, 117 ss.; ID., *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *J. Legal Studies*, 21, 1992, 271 ss.; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss.

¹⁸⁰ Secondo A. GALLARATI, *La resilienza del contratto* cit., 10, “[g]li aspetti relazionali implicano (e sono, non di rado, accompagnati da) incompletezza dei termini e delle pattuizioni [...] relazionalità è incompletezza possono essere fonti di novità oggettive nel contratto, le quali, come noto, sono in grado di minare la sorte delle garanzie concesse dal debitore”.

È proprio con riferimento ai contratti “*aventi tratto successivo*” che si pongono le problematiche che si intendono approfondire nel presente lavoro. Sono questi i rapporti suscettibili di essere modificati mediante un atto legislativo, che si impone sulla volontà delle parti per soddisfare un interesse pubblico sopravvenuto¹⁸¹.

Ciò posto, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, il legislatore ha introdotto nel Codice civile dei rimedi per far fronte a circostanze sopravvenute, i quali, tuttavia, spesso non risultano adeguati rispetto al sistema economico-giuridico attuale. Per tale ragione, nella prassi dei contratti di durata, ove siano volti a realizzare complesse operazioni economiche, le parti sono solite dettare una disciplina convenzionale che regoli l’adattamento del contratto alle sopravvenienze che si possono verificare nelle more della sua esecuzione mediante le c.d. clausole di “*hardship*”¹⁸².

¹⁸¹ G. VILLA, *Inserzione automatica di clausole e diritto intertemporale* cit., spec. 223.

¹⁸² P. RESCIGNO, *L’adattamento del contratto nel diritto italiano*, in U. Draetta e C. Vaccà (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, 299 ss.

3. Le sopravvenienze. Nozione e tipologie.

Le sopravvenienze contrattuali sono state definite come “*uno pseudoconcetto*” volto a ricomprendere un insieme eterogeneo di fattispecie accomunate da un medesimo elemento distintivo: il verificarsi – o il mancato verificarsi – di un evento, successivo alla conclusione del contratto, imprevedibile e idoneo a incidere in modo significativo sul contenuto o sull’equilibrio del rapporto contrattuale¹⁸³. L’elemento comune a tutte le diverse e numerose tipologie di sopravvenienze che si possono verificare è il fatto che esse consistono in fatti o circostanze che si verificano dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione. Affinché si possa parlare di sopravvenienza, inoltre, è necessario che l’evento occorso modifichi la situazione precedente nell’ambito della quale le parti sono addivenute al contratto¹⁸⁴.

La prima elaborazione della “*teoria della sopravvenienza*” appartiene a Osti, il quale ha trattato per la prima volta la questione in modo sistematico, individuando gli elementi comuni alle sopravvenienze contrattuali¹⁸⁵. In particolare, secondo l’Autore, per sopravvenienze si intende un evento, non attribuibile a un’azione o a un’omissione colposa delle parti, che determina una minore utilità che una parte riceve dall’esecuzione del contratto ovvero un aggravamento del sacrificio che un contraente deve sopportare. Tale circostanza sopravvenuta, per definirsi tale, deve essere imprevedibile, ossia non deve essere stata nemmeno accidentalmente rappresentata da nessuno dei contraenti al momento della conclusione del contratto. Per sopravvenienza, inoltre, potrebbe intendersi anche un evento che si è già

¹⁸³ M. ZACCHEO, voce *Sopravvenienza*, in S. Martuccelli e V. Pescatore (a cura di), *Dizionari del diritto privato, promossi da Irti*, Milano, 2011, 1638 ss. L’espressione “sopravvenienza contrattuale” è stata per la prima volta utilizzata da G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico* cit. Secondo V. ROPPO, *Il contratto* cit., 943, le sopravvenienze contrattuali sono quelle che, “*intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione, mutano il contesto in cui il contratto si attua*”.

¹⁸⁴ M. ZACCHEO, voce *Sopravvenienza* cit.

¹⁸⁵ G. OSTI, *Appunti per una teoria della “sopravvenienza”*, (*La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno*) cit.; ID., *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico* cit.; ID., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, X, 1918, 313-259, 417-471; ID., voce *Clausola «rebus sic stantibus»*, in *Nov. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 353 ss.

verificato al momento della predisposizione del regolamento contrattuale, ma che non poteva essere conosciuto dalle parti. Ancora, un evento sopravvenuto potrebbe consistere anche nel mancato verificarsi di un fatto che, invece, le parti presumevano che sarebbe occorso.

Affinché una circostanza sopravvenuta possa qualificarsi come imprevedibile, essa non deve rientrare nella “*generica divergenza della realtà dalla rappresentazione*”. In altri termini, i cambiamenti determinati dalle sopravvenienze devono superare la fisiologica mutabilità propria di ogni contratto la cui esecuzione è differita nel tempo, considerato che in questi casi la rappresentazione degli eventi futuri non può che essere approssimativa, non potendo stabilirsi *ex ante* con certezza ciò che in futuro avverrà¹⁸⁶.

L'individuazione degli elementi caratteristici delle sopravvenienze si fonda sul paradigma delle c.d. sopravvenienze “*tipiche*”, ossia quelle fattispecie che il legislatore ha preso espressamente in considerazione, dettando una disciplina applicabile per la loro gestione. Si tratta, in particolare, di quegli eventi riconducibili agli istituti dell'impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1463 c.c., e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c. Tuttavia, l'esperienza empirica insegna che i rapporti contrattuali di durata sono spesso esposti a sopravvenienze di diversa natura, non contemplate dal Codice civile. In assenza di una disciplina espressa, queste sono state qualificate dalla dottrina come “*atipiche*”, poiché non riconducibili agli schemi normativi tipizzati¹⁸⁷. In questi casi, è compito dell'interprete individuare nel contratto o nei principi dell'ordinamento le regole che disciplinano gli effetti prodotti dalle sopravvenienze sul rapporto tra le parti¹⁸⁸.

¹⁸⁶ E infatti, R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 1026 ss., ha osservato che ogni contratto implica di per sé “*che al momento del suo perfezionarsi vi debba essere la consapevolezza delle parti di affrontare necessariamente un certo margine di rischio, collegato all'eventuale verificarsi di avvenimenti e vicende che normalmente incidono sullo svolgimento di quel singolo tipo di rapporto e influiscono sul risultato economico che le parti vogliono conseguire*”.

¹⁸⁷ La distinzione è stata operata da R. SACCO, *Il contratto*, Tomo secondo cit., spec. Sezione IV, che è intitolata appunto “*Le sopravvenienze atipiche*”. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale* cit., 17 ss. ha osservato che l'operazione maggiormente complessa è quella di valutare la compatibilità tra le circostanze sopravvenute e l'adempimento del contratto nei casi non espressamente regolati dal legislatore, ossia in quelle che vengono definite sopravvenienze “*atipiche*”. Tali casi ricorrono frequentemente e spesso non vengono presi in considerazione neanche dai contraenti e, in definitiva, dal contratto.

¹⁸⁸ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata* cit., 4 ss., il quale osserva che le sopravvenienze contrattuali pongono due questioni. In primo luogo, quella relativa

Alla luce di quanto precede, è possibile dividere le sopravvenienze contrattuali in tre *fallgruppen*. Il primo comprende le ipotesi in cui le circostanze sopravvenute determinano l'impossibilità di eseguire il contratto e, dunque, ne causano lo scioglimento. Il secondo, invece, è composto dai casi in cui le prestazioni dedotte nel negozio giuridico sono eseguibili anche dopo la sopravvenienza di eventi non considerati al momento della conclusione del contratto, ma che ne alterano comunque gli equilibri originari. Tipica espressione di questa tipologia di sopravvenienze è l'eccessiva onerosità sopravvenuta, la quale lascia aperte due ipotesi: o lo scioglimento del contratto su impulso della parte danneggiata dalla sopravvenienza, oppure la riconduzione ad equità del rapporto su iniziativa dell'altra parte. Infine, il terzo *fallgruppe* comprende tutte le ipotesi atipiche di sopravvenienze che, pur non essendo state prese in considerazione dal legislatore, incidono comunque sul rapporto contrattuale.

Occorre, inoltre, operare un'ulteriore distinzione ai fini della presente analisi. Bisogna tenere distinte le sopravvenienze di fatto da quelle di diritto. Mentre le prime sono determinate da fattori umani o naturali esterni rispetto al rapporto giuridico tra le parti, le seconde si sostanziano nell'emanazione di nuove leggi o atti aventi forza di legge che spiegano i propri effetti, in via diretta o indiretta, su un contratto, o una determinata categoria di contratti, ancora in corso di esecuzione¹⁸⁹. Un'ipotesi particolare di sopravvenienza normativa che incide sul contratto è quella del c.d. *factum principis*. Tale fattispecie si verifica nei casi in cui un provvedimento legislativo o amministrativo impedisce, direttamente o indirettamente, l'adempimento del contratto. Si tratta di un caso in cui la prestazione diventa impossibile a fronte di una sopravvenienza non di fatto bensì giuridica: la prestazione è in astratto possibile, ma giuridicamente impedita¹⁹⁰.

all'interpretazione delle disposizioni del Codice civile che disciplinano le sopravvenienze tipiche; in secondo luogo, quella di verificare se i principi dell'ordinamento giuridico, in assenza di una normativa specifica, attribuiscono una qualche rilevanza giuridica alle sopravvenienze atipiche e consentano di individuare degli strumenti in grado di gestirne gli effetti.

¹⁸⁹ F. ASTONE, *Rapporti di durata e intertemporalità*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 235 ss.

¹⁹⁰ In tema di *factum principis* v. A. DI MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile Commentario*, Milano, 1995, 105.

Una volta verificatasi una sopravvenienza che incide sul regolamento contrattuale, si contrappongono due esigenze: da un lato, assicurare l'idoneità del contratto a soddisfare gli interessi delle parti, adattando il contratto alle nuove circostanze sopravvenute e, dall'altro lato, garantire la certezza delle situazioni giuridiche e il legittimo affidamento sul fatto che il negozio sarà adempiuto regolarmente¹⁹¹.

Le sopravvenienze che assumono rilevanza nella presente analisi sono atipiche. Si tratta di ipotesi particolari, in cui la circostanza sopravvenuta è costituita da un interesse generale, considerato poizore rispetto agli interessi dei singoli e il cui perseguimento impone la modificazione del contratto. La sopravvenienza di un interesse pubblico – o una sopravvenuta rivalutazione di un interesse generale già esistente – da un lato, non rende impossibile le prestazioni contrattuali e, dall'altro lato, non modifica l'equilibrio tra le posizioni dei contraenti. È questa la peculiarità della fattispecie che si intende approfondire in questa sede: l'equilibrio non viene alterato direttamente dalla sopravvenienza, ma subisce uno sbilanciamento solo a seguito della modifica (legislativa) del negozio, con cui quest'ultimo viene adeguato e conformato all'interesse pubblico sopravvenuto. In altri termini, oltre alla sopravvenienza normativa in sé, assume rilevanza anche la sopravvenienza di fatto o, meglio, di un nuovo interesse generale. Tale sopravvenienza rappresenta il presupposto affinché possa operarsi una modificazione legislativa del contratto¹⁹² ed è questa che deve essere tenuta in considerazione nel bilanciamento che si deve operare con l'interesse dei contraenti alla stabilità del contratto.

¹⁹¹ M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, 3.

¹⁹² La sopravvenienza di un interesse generale e poizore connesso all'esecuzione del contratto è di rado trattata negli studi relativi alle sopravvenienze contrattuali, i quali si concertano sulle circostanze che, verificandosi in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto, sbilanciano l'assetto degli interessi dei soli contraenti. La questione è però trattata da R. TOMASSINI, voce *Revisione del rapporto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104 ss., il quale evidenzia come la sopravvenienza “*si lega a circostanze della vita e all'intrinseca dinamicità della sua evoluzione, ma talora è riconducibile anche all'incidenza di sopravvenuti piani di interessi poizori e di nuovi interventi legislativi*”. L'A., inoltre, aggiunge che “[i]n queste ultime ipotesi prevale costantemente l'interesse alla conservazione del rapporto”. Secondo, invece, A. CIATTI, *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (Sofortwirkung)* cit., spec. 178 e 179, “*sul piano costituzionale, la manifestazione dell'autonomia privata realizzata attraverso il contratto potrà risultare intrinsecamente debole, perché permeabile alle norme sopravvenute, quando le sopravvenienze stesse siano espressione di valori di rilievo primario*”.

Nei casi di cui si discute il meccanismo di adeguamento del contratto alle sopravvenienze consiste in una modifica eteronoma del contratto da parte del legislatore. Si tratta, dunque, di uno strumento manutentivo del rapporto giuridico, che si caratterizza per il fatto che esso non è nella disponibilità delle parti, ma viene imposto da un soggetto terzo in modo cogente e autoritativo.

4. La gestione delle sopravvenienze che incidono sugli interessi sottesi al contratto. La clausola *rebus sic stantibus*.

Il fisiologico verificarsi di sopravvenienze nell'ambito dei rapporti giuridici di durata ha portato la dottrina, sin dai tempi risalenti, a interrogarsi su come esse debbano essere gestite e quali effetti spieghino sugli accordi tra privati. In tale materia, emerge in tutti i suoi connotati la naturale tensione sussistente tra la sacralità del principio del *pacta sunt servanda*, secondo cui le parti sono vincolate dall'autoregolamento da esse pattuito senza possibilità di liberarsi dal contratto o modificarlo unilateralmente, e la necessità pratica, particolarmente sentita in epoca moderna, di tener conto delle sopravvenienze che "sconvolgono" il regolamento contrattuale diviso dai contraenti, rendendolo inidoneo a soddisfare gli interessi che le parti intendevano realizzare.

Per tali ragioni, occorre approfondire il rapporto dicotomico sussistente tra il principio di cui all'art. 1372 c.c. e la c.d. clausola *rebus sic stantibus*¹⁹³, la quale esprime il "*principio sottinteso al dettato contrattuale volto ad ancorare le obbligazioni assunte alla permanenza dello stato di fatto esistente al momento del loro sorgere per tutto il tempo dell'esecuzione*"¹⁹⁴.

Per chiarire il significato della clausola *rebus sic stantibus* è opportuno premettere che il termine "*clausola*" porta con sé numerosi significati¹⁹⁵. Con esso si possono indicare, innanzitutto, le proposizioni che compongono un negozio giuridico disposte dalle parti nell'esercizio del loro potere di autonomia privata. In un secondo senso, "*clausola*" potrebbe riferirsi a un comando eteronormativo con cui la legge inserisce nel negozio un precetto, talora inderogabilmente e talora in

¹⁹³ Secondo T. GALLETO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, 389 ss., il principio del *pacta sunt servanda* e la clausola *rebus sic stantibus* non sarebbero incompatibili, atteso che quest'ultima troverebbe applicazione esclusivamente là dove le sopravvenienze siano tali da rendere il contratto non più riconducibile allo schema originariamente pattuito. In tale ottica, l'una regola è funzionale all'altra, considerato che i rimedi applicabili per reagire alle sopravvenienze "*che colpiscono negativamente una parte contrattuale agiscono per rimuovere o riequilibrare un assetto di interessi diverso da quello che le parti hanno consacrato nell'accordo contrattuale*".

¹⁹⁴ T. GALLETO, voce *Clausola rebus sic stantibus* cit.

¹⁹⁵ C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 184 ss., il quale evidenzia che la locuzione "*clausola*" è polisenso.

sostituzione della volontà originaria dei contraenti, come avviene, ad esempio, nel caso di sostituzione automatica delle clausole contrattuali ai sensi dell'art. 1339 c.c.¹⁹⁶ La locuzione di cui si discute, poi, può indicare un elemento del negozio che rappresenti una sua parte essenziale e, dunque, da esso inscindibile, espresso da una o più proposizioni imposte da un imperativo giuridico. Infine, e per quanto maggiormente rileva in questa sede, il termine “*clausola*” può fare riferimento a una regola giuridica, come, appunto, quella dettata dalla clausola *rebus sic stantibus*, che fissa il principio della rilevanza della sopravvenienza rispetto all'obbligo di adempire al contratto¹⁹⁷.

Da un punto di vista storico, il principio sotteso alla clausola *rebus sic stantibus* ha avuto un'evoluzione poco lineare¹⁹⁸. Esso ha trovato applicazione in forme molto diverse tra loro nei vari contesti storici e nei differenti ordinamenti giuridici, ove ha assunto una rilevanza più o meno marcata a seconda del periodo e del sistema di riferimento in cui è stato calato.

Sembrerebbe che nel diritto romano fosse del tutto ignorata la clausola *rebus sic stantibus*¹⁹⁹, salvo qualche riferimento in alcuni scritti filosofici in cui, in epoca tardo romana, emergeva la necessità di mitigare il principio di immutabilità dei patti²⁰⁰, secondo cui il contratto poteva sciogliersi solo a fronte di una *vis major* ovvero di un *fortuitus casus*.

¹⁹⁶ Sul meccanismo di sostituzione automatica di clausole contrattuali previsto dall'art. 1339 c.c. v. *amplius* il Cap. 1, § 7.

¹⁹⁷ T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus* cit.

¹⁹⁸ Gli approfondimenti circa l'evoluzione storica della clausola *rebus sic stantibus* si devono in particolare a G. OSTI e, più specificamente, al suo scritto *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico* cit., secondo il quale la clausola si ispira alla “*necessità logica di riconoscere [...] una stretta connessione fra i mutamenti dello stato di fatto e la vita dei vincoli consensuali*”. Sul dibattito storico e comparatistico sorto con riguardo alla clausola *rebus sic stantibus* v. anche M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale* cit., 77 ss.

¹⁹⁹ P. GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1996, 76; T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus* cit.; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti, Artt. 1467- 1469*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile Commentario*, Milano, 1995, 6 ss.

²⁰⁰ CICERONE, *De officiis*, libro I, cap. X, ove si legge: “[s]ed incidunt saepe tempora, cum ea, quae maxime videntur digna esse iusto homine, eoque quem virum bonum dicimus, commutantur fiuntque contraria, ut reddere depositum, [etiamne furioso?] facere promissum quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem; ea migrare interdum et non servare fit iustum. Referri enim decet ad ea, quae posui principio fundamenta iustitiae, primum ut ne cui noceatur, deinde ut communi utilitati serviatur. Ea cum tempore commutantur, commutatur officium et non semper est idem”; SENECA, *De beneficiis*, libro IV, § 35, secondo il quale “[p]romisi beneficium, nisi si quid incidisset, quare

Il principio sotteso all'istituto in questione trova un suo sviluppo applicativo, in modo ampio e generale nella pratica, tra il XII e il XVI secolo, a fronte della necessità di giustificare la liberazione da un'obbligazione assunta con un contratto profondamente modificato dalle sopravvenienze²⁰¹. Il primo che ha tentato di circoscrivere la portata della clausola *rebus sic stantibus* è stato l'Alciato, secondo il quale la risoluzione o la revoca del contratto era ammissibile solo nel caso in cui gli eventi sopravvenuti, del tutto estranei rispetto alle parti, fossero stati tali da indurre la parte contrattuale a non sentirsi più vincolata dal negozio²⁰².

In epoca contemporanea, invece, i paesi europei hanno attribuito rilevanza alla clausola in questione in modo e con intensità diversi. Di essa si teneva conto nel *Maximilianeus Bavaricus Civilis* bavarese del 1756 e nel successivo *Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794²⁰³. Per converso, non vi è nessun riferimento al principio di cui si tratta nel *Code napoléon* e, di conseguenza, nel Codice civile italiano del 1865, ove il principio del *pacta sunt servanda* continuava a prevalere sulla necessità di adattare il contratto agli eventi sopravvenuti che alterano l'economia del rapporto contrattuale²⁰⁴. In assenza di una disposizione normativa che disciplinasse espressamente le sopravvenienze contrattuali, la dottrina si è sforzata di individuare una giustificazione teorica per l'applicazione

non deberem dare. Quid enim, si, quod illi pollicitus sum, patria sibi dare iusserit? si lex lata erit, ne id quisquam faciat, quod ego me amico meo facturum promiseram? Promisi tibi in matrimonium filiam; postea peregrinus adparuisti; non est mihi cum externo conubium; eadem res me defendit, quae vetat. Tunc fidem fallam, tunc inconstantiae crimen audiam, si, cum eadem omnia sint, quae erant promittente me, non praestitero promissum; alioquin, quidquid mutatur, libertatem facit de integro consulendi et me fide liberat". Gli Autori sono citati da G. OSTI, voce *Clausola «rebus sic stantibus»*, cit.

²⁰¹ Per un'ampia ricostruzione storica v. G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico* cit.

²⁰² A. ALCIATO, *Opera omnia*, Basileae, 1582, IV, col. 774.

²⁰³ In tale codificazione il principio sotteso alla clausola *rebus sic stantibus*, secondo cui il contratto è vincolante solo se non sopravvengono circostanze incompatibili con la sua economica e con la sua funzione, viene positivizzato in termini generali nel § 377, secondo il quale una modificazione dello stato delle cose poteva liberare la parte solo là dove la prestazione fosse divenuta impossibile. Una traccia di altri riferimenti alla clausola *rebus sic stantibus* si rinvenivano anche in altre disposizioni, quali quelle dei §§ 378 e 380, che contemplavano ipotesi in cui il rapporto si scioglieva al sopraggiungere di eventi che, anche se non rendevano impossibile la prestazione, erano incompatibili con un adempimento delle obbligazioni coerente agli scopi originariamente perseguiti dalle parti.

²⁰⁴ Nel BGB tedesco, invece, vi erano solo due particolari applicazioni della clausola *rebus sic stantibus*, previste dai §§ 321 e 610, in tema, rispettivamente, di *Vermögensverschlechterung* e di *Darlehensversprechen*.

della clausola *rebus sic stantibus*, traendo spunto dal dato normativo di cui all'art. 1124 c.c. (buona fede nella esecuzione dei contratti e equità) e 1135 c.c. (clausola d'uso) del Codice postunitario²⁰⁵. A tal fine, la letteratura dell'epoca si è ispirata alla teoria della presupposizione, elaborata dalla scuola pandettistica, secondo cui ogni negozio giuridico si fonderebbe sull'implicita volontà delle parti di non dare esecuzione al contratto qualora vengano meno le circostanze essenziali in cui esso era stato concluso.

La teoria della presupposizione è generalmente attribuita a Windscheid²⁰⁶. Essa rappresenta una declinazione del dogma della volontà che, esaltando l'individuo e la signoria della sua volontà, ha contribuito a fornire un terreno fertile per prospettare il problema delle sopravvenienze in modi originali, condizionando l'efficacia del contratto alle supposizioni delle parti, anche se non espresse nel regolamento contrattuale. La teoria della presupposizione si fonda sull'idea che la volontà dichiarata non è, e non esaurisce, la reale volontà del dichiarante²⁰⁷. Gli è che, quando il contraente si sia determinato a concludere il contratto nella supposizione circa la sussistenza di circostanze influenti sul rapporto giuridico, tale supposizione si eleva a condizione “*non sviluppata*” del contratto. Qualora le

²⁰⁵ E. BARSANTI, *La clausola risolutiva «rebus sic stantibus» nei contratti a lungo termine*, Firenze, 1898, *passim*; ID., *La risolubilità dei contratti a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto*, in *Foro it.*, 1901, I, 737 ss.; E. OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1924, 297 ss.; A. GIOVENE, *Sul fondamento specifico dell'istituto della «sopravvenienza»*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1921, 155 ss.; P. COGLIOLO, *La così detta clausola «rebus sic stantibus», e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, I, Torino, 1910, 367 ss. Sulle teorie elaborate dalla dottrina durante la vigenza del codice del 1865 v. M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss.; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Quadrimestre*, 1988, 54 ss.; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti cit.*, 10 ss.

²⁰⁶ B. WINDSCHEILD, *Diritto delle pandette cit.*, vol. I, 332 ss., il quale intese la presupposizione come “*limitazione della volontà che non si è svolta fino ad essere condizione. Chi manifesta un volere sotto una presupposizione vuole, al pari di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia a desistere soltanto permanendo un certo stato di rapporti. Ma poiché egli non giugne fino a far dipendere l'esistenza dell'effetto del permanere di quello stato di rapporti, ne deriva come conseguenza che l'effetto giuridico voluto sussiste e perdura, nonostante venga meno la presupposizione*”. Pertanto, il soggetto pregiudicato dalla sopravvenienza può “*tanto difendersi con l'eccezione contro le ragioni che da essa derivano, quanto istituire a sua volta, contro colui a vantaggio del quale l'effetto giuridico ha luogo, un'azione diretta a farlo cessare*”.

²⁰⁷ È la contrapposizione tra la c.d. volontà indicata nel contratto, definita come volontà “*degli effetti*” (*der wirkliche Wille*) e la volontà “*vera*” (*der eigentliche Wille*), che sarebbe implicita nella dichiarazione nel senso di condizionare l'efficacia del contratto alla sussistenza e alla persistenza delle circostanze nello stato in cui si trovavano nel momento in cui le parti hanno concluso il contratto. Sul punto, v. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale cit.*, 59, nota 101.

circostanze oggetto della presupposizione (*Voraussetzung*) vengano meno, il contraente potrebbe agire per precludere gli effetti del contratto²⁰⁸. In altri termini, il motivo della parte si eleva a condizione, la quale, anche se non espressa nel contratto, inerisce il negozio e la sua sopravvenuta mancanza ne paralizza gli effetti²⁰⁹.

A tale teoria si è fortemente ispirata anche la tesi della “*base negoziale*” o del “*fondamento del contratto*” (*Geschäftsgrundlage*), elaborata un secolo dopo sempre in Germania da Oertmann²¹⁰, il quale ha tentato di attribuire alla presupposizione una base più oggettiva, distinguendo tra fondamento oggettivo del negozio e quello soggettivo della singola parte, ponendo l’attenzione sul significato che la presupposizione assume oggettivamente per il contratto relativamente a una data circostanza. Secondo tale teoria, dunque, il contratto è sempre concluso sulla base di una determinata situazione negoziale di fondo, esteriorizzata nel contratto. Se dopo la conclusione del contratto sopravvengono circostanze che fanno venir meno il presupposto, la parte può recedere dal negozio²¹¹.

²⁰⁸ La dottrina italiana in merito alla teoria della presupposizione, dalla sua evoluzione sino alla sua applicazione attuale, è oggetto di moltissimi lavori. Tra gli altri, senza pretesa di esaustività, v. V. PIETROBON, voce *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; M. BESSONE, A. D’ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 326 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 18 ss.; ID., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, 281 ss.; R. SACCO, *La presupposizione e l’art. 1467*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1962, 232 ss.; ID., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 789 ss.; V. ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 211 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione negoziale*, Milano, 1997, 321 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici si rinvia a A.M. BENEDETTI, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, I Tematici, Contratto, Milano, 2021, 873 ss.

²⁰⁹ R. SACCO, *Il contratto, Tomo primo*, cit., 543, il quale riporta il celebre esempio, tratto dal caso *Krell v. Henry* [1903] 2 K.B. 740, dell’affitto di un balcone a caro prezzo per vedere la sfilata dell’incoronazione del re, che però viene rimandata.

²¹⁰ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, Erlangen, 1921, 25 ss.

²¹¹ La teoria della *Geschäftsgrundlage* è stata ripresa in Italia da G. OSTI, *Appunti per una teoria della “sopravvenienza”*, (*La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno*) cit., il quale riteneva che la presupposizione non sia una limitazione della volontà, bensì “*il fondamento dell’intero negozio*”. Secondo l’A. la risoluzione del contratto poteva operarsi solo là dove le sopravvenienze non potevano in alcun modo essere previste dalle parti al momento della conclusione del contratto e l’eccessiva onerosità doveva valutarsi in termini rigidamente oggettivi. Sul punto v. M. COMPORTI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Gius. it.*, 1985, II, 102 ss.; M. BESSONE, *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, 11, pt. V, 281 ss.

Sebbene la teoria della presupposizione sia stata criticata da parte della dottrina italiana, essa ha influenzato marcatamente lo studio delle sopravvenienze e ha trovato ingresso anche nei tribunali italiani all'indomani dell'emanazione del Codice del 1942, sulla scia del concetto di *Geschäftsgrundlage*. Si riscontrano, infatti, diverse pronunce giurisprudenziali che ne hanno fatto applicazione²¹², anche in tempi recenti²¹³, individuando la base positiva della teoria in commento nell'art. 1467 c.c.

²¹² *Ex multis* v. Cass., 1° luglio 1947, n. 1619, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163 ss., con nota di R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467*; ID., 6 luglio 1971, n. 2104, in *Rep. Foro it.*, 1971, voce *Contratto in genere*, 731 ss., n. 443; ID., 3 ottobre 1972, n. 2828, in *Rep. Foro it.*, 1972, voce *Contratto in genere*, 679-680, n. 201; ID., 28 gennaio 1995, n. 191, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 309. Sugli orientamenti giurisprudenziali risalenti sul tema v. V.E. CANTELMO, *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Milano, 1969, 5 ss.; E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 735 ss.

La tesi secondo cui la teoria della presupposizione troverebbe una base positiva nell'art. 1467 c.c. è criticata da gran parte della dottrina. Al riguardo v. R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467* cit., secondo il quale l'art. 1467 c.c. non farebbe riferimento in alcun modo alla presupposizione in senso proprio, né introdurrebbe un principio generale; A. GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in *Giur. it.*, I, 1, 1983, 1738 ss., secondo il quale i due istituti sarebbero incompatibili, atteso che la disposizione richiamata farebbe riferimento ad avvenimenti futuri, straordinari e imprevedibili, mentre la presupposizione riguarderebbe circostanze prevedibili, non necessariamente eccezionali, che potrebbero essere già presenti quando le parti concludono il contratto o che potrebbero sopravvenire in un momento successivo; T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus* cit., il quale ha osservato che *clausola rebus sic stantibus*, eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione costituiscono tre istituti differenti. Per quanto riguarda la differenza tra la clausola *rebus sic stantibus* e l'art. 1467 c.c., l'A. evidenzia che, la prima – intesa nel senso di condizione sottointesa al contratto in ordine alla permanenza delle circostanze sussistenti al momento della sua conclusione – non presupporrebbe la prevedibilità e la straordinarietà della sopravvenienza, ma solo il mantenimento dello stato di fatto e diritto e, in definitiva, dell'equilibrio delle reciproche prestazioni. L'art. 1467 c.c., invece, potrebbe applicarsi solo là dove sopravvengano degli eventi straordinari e imprevedibili e che esulino dall'alea normale del contratto. Per quanto riguarda, invece, la distinzione tra la clausola *rebus sic stantibus* e la teoria della presupposizione, l'A. ritiene che la seconda possa riguardare eventi passati, presenti o futuri rispetto alla stipulazione del negozio, mentre la *clausola rebus sic stantibus* riguarderebbe solo l'incidenza sul rapporto contrattuale di circostanze oggettive ed esterne che si sono verificate successivamente alla conclusione del contratto. Ancora, sulla critica dell'orientamento alla tesi giurisprudenziale in analisi v. A. DE MARTINI, *Presupposizione, condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi*, *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, 354 ss.; F. GIRINO, voce *Presupposizione*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1966, 775 ss., spec. 781; P. GALLO, *Della presupposizione*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, II, 878 ss., spec. 880.882; F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)* cit.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale* cit., 48; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* cit.

²¹³ Sul tema si sono pronunciate di recente anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione, 20 aprile 2018, n. 9909, in *OneLegale*, le quali hanno affermato che la presupposizione ricorre quando una situazione di fatto o di diritto, passata, presente o futura, tenuta in considerazione dai contraenti nella formazione del consenso, pur senza essere richiamata nelle clausole, opera come presupposto condizionante del negozio, quale condizione non sviluppata o inespressa. Ne consegue che il presupposto deve essere comune a tutti i contraenti, l'evento supposto dev'essere stato assunto come certo nella loro rappresentazione – così distinguendosi dalla condizione propriamente detta – e deve trattarsi di un dato obiettivo, il cui verificarsi o venir meno è del tutto indipendente dall'attività e dalla volontà delle parti e non coincide con l'oggetto di una specifica obbligazione. In

Alla luce di quanto sopra illustrato, emerge che, durante la vigenza del Codice Pisanelli, il principio della vincolatività del contratto si mostrava indifferente rispetto alle esigenze tradizionalmente riassunte nella clausola *rebus sic stantibus*. Tale impostazione, tuttavia, entra in crisi di fronte alla crisi provocata dalla Prima guerra mondiale. Non a caso, le prime disposizioni che diedero ingresso alla clausola *rebus sic stantibus* nel diritto positivo del nostro ordinamento risalgono al primo dopo guerra, per fare fronte alle situazioni emergenziali che si erano venute a creare. In particolare, la prima norma ispirata al principio in argomento si rinviene nell'art. 1 del D.Lgt. del 27 maggio 1915, n. 739²¹⁴.

Pertanto, proprio a fronte degli effetti disastrosi che i due conflitti mondiali hanno prodotto, già prima della codificazione del 1942 e, segnatamente, a partire dal 1919 con l'emanazione del D.Lgt. del 6 febbraio 1919, n. 107, il legislatore ha introdotto nell'ordinamento numerose regole di settore volte a consentire la revisione dei prezzi contrattuali, soprattutto in materia di appalti²¹⁵. Tali interventi

tale prospettiva, la presupposizione è configurabile quando dal contenuto del contratto risulta che le parti hanno inteso concluderlo solo subordinatamente all'esistenza di una determinata situazione di fatto elevata a presupposto comune e determinante della volontà negoziale. La sua mancanza comporta la caducazione del contratto anche senza un espresso riferimento nel testo. Come ribadito dalla giurisprudenza più risalente, vi è presupposizione quando una situazione comune, oggettiva e indipendente dalla volontà delle parti è stata elevata dai contraenti a fondamento dell'esistenza e dell'efficacia del contratto, pur senza esservi menzionata. Conf., *ex plurimis*, più di recente Cass., 28 gennaio 2025, n. 1995, in *OneLegale*.

²¹⁴ L'art. 1 del D.Lgt. del 27 maggio 1915, n. 739 prevedeva che “*a tutti gli effetti dell'art. 1226 cod. civ. la guerra è considerata come caso di forza maggiore non solo quando renda impossibile la prestazione, ma anche quando la renda eccessivamente onerosa, purché l'obbligazione sia stata assunta prima della data del decreto di mobilitazione generale*”. Secondo G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione* cit.; ID., voce *Clausola «rebus sic stantibus»* cit., la disposizione in esame costituiva “*un'applicazione del principio della clausola rebus sic stantibus, perché non v'è dubbio che, nel caso della eccessiva onerosità della prestazione, prevista dalla norma stessa, non si verificava l'estinzione ipso iure dell'obbligazione, che è l'effetto tipico della forza maggiore, bensì era solamente fornito al contraente interessato il rimedio che poteva venirgli dalla clausola, vale a dire la facoltà di risolvere con una dichiarazione unilaterale di volontà il contratto dal quale derivava l'obbligazione a lui divenuta troppo gravosa*”. Secondo G. SEGRÉ, *Su alcuni provvedimenti in materia di diritto privato interno emessi in occasione della guerra*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, I, 892 ss., la norma di cui all'art. 1 del D.Lgt. del 27 maggio 1915, n. 739 rappresentava solo un'estensione del concetto di forza maggiore di cui all'art. 1226 del Codice del 1865. *Contra* v. T. GALLETTTO, voce *Clausola rebus sic stantibus* cit., il quale ritiene, invece, che il richiamato art. 1 “*nel considerare la guerra caso di forza maggiore non soltanto quando aveva reso impossibile la prestazione, ma anche quando l'aveva resa eccessivamente onerosa, può essere riguardata più come legge eccezionale (rispetto all'ordinamento allora vigente) che come prima codificazione di un principio che pure – come si è visto – trovava applicazione nella giurisprudenza, con diverse giustificazioni dogmatiche*”.

²¹⁵ Sul punto v. G. OSTI, voce *Clausola «rebus sic stantibus»* cit.; M. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale* cit.; T. GALLETTTO, voce *Clausola rebus sic stantibus* cit.

normativi, secondo la dottrina, avrebbero dato una sorta di riconoscimento alla clausola *rebus sic stantibus*²¹⁶.

Sono queste le circostanze che hanno condotto il legislatore del 1942 a introdurre una disposizione innovativa all'interno del Codice civile, con cui si è inteso prendere in considerazione gli eventi che, intervenuti in un momento successivo alla conclusione del contratto, determinano un eccessivo squilibrio tra le posizioni delle parti, rendendo eccessivamente onerosa la prestazione dovuta da uno dei contraenti. La soluzione offerta dal Codice è quella di attribuire alla parte lesa dalla sopravvenienza il potere di risolvere il contratto, consentendo però alla parte avvantaggiata di mantenere in vita il rapporto giuridico proponendo una modifica equa del contratto. Ancorché l'eccessiva onerosità sopravvenuta non rientri nel perimetro della presente analisi, ci si limita a osservare che la Relazione al Re del Ministro Guardasigilli al Codice civile, al § 665, affermava che la nuova disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta di cui agli artt. 1467 ss. c.c. avrebbe introdotto, con riferimento ai contratti sinallagmatici a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, *“in modo espresso e in via generale, il principio dell'implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola rebus sic stantibus, sulle tracce del diritto comune e quindi in collegamento con una tradizione prettamente italiana, seguita fino ad ora solo da alcuni sistemi positivi stranieri”*. Nonostante la chiara lettera del passaggio appena richiamato, la dottrina ha ritenuto che, in realtà, l'art. 1467 c.c. non avrebbe codificato la regola di cui alla clausola *rebus sic stantibus*, ponendola come un principio generale. Ciò in quanto i rigorosi presupposti che legittimano l'applicazione dell'art. 1467 c.c., nonché il numero limitato di contratti a cui fa riferimento la norma in esame, farebbero ritenere che essa, sebbene abbia tradotto in norma la clausola *rebus sic stantibus*, lo avrebbe fatto esclusivamente con riferimento all'imprevedibile e non anche a tutte le altre ipotesi di turbamento dell'equilibrio contrattuale²¹⁷.

²¹⁶ G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* cit.

²¹⁷ R. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 cit.*; A. DE MARTINI, *Presupposizione condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi cit.*; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 270; E. REDENTI, *Sulla nozione di «eccessiva onerosità sopravvenuta»*, in *Riv. trim.*

Dopo l’emanazione del Codice civile, la nuova disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta sembrerebbe aver attenuato l’interesse che la letteratura nutrive per il rapporto dicotomico tra il principio del *pacta sunt servanda* e la clausola *rebus sic stantibus*. Tuttavia, il tema è tornato al centro dell’attenzione della dottrina italiana dapprima, negli anni Novanta, sotto l’influsso degli studi anglosassoni sui *relational contracts*²¹⁸, e in un successivo momento, con ancor maggiore intensità, durante la recente pandemia da Covid-19, quando l’emergenza sanitaria ha imposto agli interpreti di individuare strumenti idonei a tutelare i contraenti la cui posizione contrattuale risultava gravemente pregiudicata dalla crisi pandemica²¹⁹.

Come già osservato in precedenza, il sistema predisposto dal legislatore per far fronte a circostanze sopravvenute è costruito sul paradigma della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta²²⁰. I rimedi ablativi previsti dal Codice civile, però, spesso non sono più idonei a realizzare gli interessi delle parti. Tale inadeguatezza si sostanzia su due diversi piani: da un lato, gli strumenti offerti

proc. civ., 1959, 344 ss.; E. FAVARA, *Sopravvenienza di leggi e presupposizione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, VI, 46 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale* cit., 47 ss.; G.B. FERRI, *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta* cit.; T. GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus* cit.

²¹⁸ Sul punto v. il § 2 del presente Capitolo. Particolarmente incisivo, nel riportare il tema delle sopravvenienze nei contratti di durata al centro del dibattito dottrinale, è stato il contributo di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine* cit.

²¹⁹ Molte prestazioni, infatti, sono divenute più onerose a causa dell’aumento dei costi delle materie prime nonché del rallentamento dei trasporti nazionali e internazionali. La letteratura sul punto è vastissima. Tra gli altri v. A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d’impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *Contr.*, 2020, 2, 29 ss.; ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l’Italia*, Milano, 2020, 207 ss.; V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell’epidemia*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020; D. MAFFEIS, *Problemi dei contratti nell’emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l’Italia*, Milano, 2020, 3 ss.; M. MAUGERI, *L’emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l’acquisto della prima casa*, *ivi*, 11 ss.; R. DI RAIMO, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, *ivi*, 151 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L’emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, *ivi*, 159 ss.; U. SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, *ivi*, 235 ss.; M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull’emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, 245 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *ivi*, 143 ss.; ID., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; ID., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul Decreto “cura Italia”*, in *Contr.*, 2020, 2, 213 ss.

²²⁰ P. RESCIGNO, *L’adattamento del contratto nel diritto italiano* cit.

dal Codice possono applicarsi solo con riferimento a ipotesi determinate, in costanza di rigorosi presupposti. Ci si chiede, dunque, se e come si possa intervenire per riequilibrare il rapporto contrattuale là dove le sopravvenienze non determinino l'impossibilità di eseguire le prestazioni previste nel contratto o quando esse, pur aggravando la posizione di un contraente, non superino la soglia dell'eccessiva onerosità. Dall'altro lato, i rimedi ablativi risultano inadeguati tutte le volte in cui gli interessi delle parti non possono essere raggiunti con la caducazione del contratto, ma, al contrario, si realizzano solo con mantenimento del negozio, adattato alle nuove circostanze sopravvenute²²¹.

La dottrina e la giurisprudenza, pertanto, hanno elaborato alcuni strumenti per rendere maggiormente “flessibile” il contratto²²². In particolare, parte della letteratura ha individuato un generale obbligo di rinegoziazione del contratto nel caso in cui la posizione delle parti venga squilibrata da eventi sopravvenuti. Tale obbligo si fonderebbe sul principio di buona fede nell'esecuzione del contratto ai

²²¹ V. ROPPO, *Il contratto* cit., 963 ss.; R. SACCO, *Il contratto, Tomo secondo* cit., 722 ss., secondo il quale “[l]a risoluzione uccide il rapporto contrattuale. la rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo”. Tale formula è stata espressamente ripresa e criticata da P. TRIMARCHI, *Sopravvenienza, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2025, 189 ss.

²²² V. ROPPO, *Il contratto* cit., 963 ss. parla di “flessibilità” del contratto.

sensi dell'art. 1375 c.c.²²³ ovvero sull'integrazione del rapporto contrattuale secondo equità ex art. 1374 c.c.²²⁴

²²³ Senza pretesa di esaustività – considerato che il tema non costituisce oggetto del presente studio – si segnala che una parte della dottrina ravvisa nella clausola generale di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. la fonte di un vero e proprio obbligo di rinegoziazione quando l'equilibrio originario del contratto risulti alterato da fattori imprevedibili al momento della conclusione. In tale prospettiva, nei rapporti di durata incisi da sopravvenienze rilevanti, la disponibilità delle parti – anche di quella avvantaggiata dall'evento inatteso – ad adeguare i termini dell'accordo alle mutate circostanze costituirebbe l'adempimento di un obbligo autonomo gravante sui contraenti, quale corollario di un rimedio manutentivo immanente al sistema, volto a preservare nel tempo il valore della relazione negoziale e a non disperdere gli investimenti specifici effettuati. L'elaborazione più compiuta dell'obbligo di rinegoziazione è stata proposta da F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine* cit., 419 ss. L'A. ha poi approfondito il tema anche in successivi scritti F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare* cit.; ID., *Le sopravvenienze*, in V. Roppo (a cura di) *Trattato del contratto*, V, Milano, 2006, 495 ss.; ID., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 2008, 1026 ss.

Riconoscono la sussistenza dell'obbligo di cui si tratta anche V. ROPPO, *Il contratto* cit. 967, 248 e ss.; R. SACCO, *Il contratto*, Tomo secondo cit., 722 e 723; R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.* XL, Milano, 1989, 116 ss.; M. COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in U. Draetta, C. Vaccà (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, 311 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine* cit., 419 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 194 ss.; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, artt. 1467 – 1469 cit. 248 ss.; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 277 ss.; ID., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, II, 611 ss.; ID., *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contr.*, 2001, 723 ss.; A. MOTTO, *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano*, Milano, 2018, 105 ss.; F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012, 571 ss., i quali non solo riconoscono la sussistenza di un obbligo di rinegoziazione derivante dalla buona fede e correttezza ex art. 1375 c.c., ma giungono anche alla conclusione secondo cui tale obbligo si sostanzierebbe, in realtà, in un obbligo “a contrarre”. In tale ottica, ove l'obbligo a contrarre rimanesse inadempito, il contraente pregiudicato dalla sopravvenienza potrebbe agire ai sensi dell'art. 2932 c.c., a meno che le parti non abbiano escluso convenzionalmente l'operatività del rimedio. Secondo A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 667 ss.; ID., *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 27 ss., il rimedio ex art. 2932 c.c. sarebbe applicabile solo là dove le parti abbiano convenzionalmente previsto i criteri contenutistici per la rinegoziazione del contratto. Contrario, invece, alla coercibilità dell'obbligo di rinegoziazione è N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 162.

La Corte di cassazione, negli anni 2000, riteneva che gli unici rimedi applicabili in caso di sopravvenienze fossero quelli previsti dal Codice civile e che, dunque, in assenza dei presupposti necessari per la loro operatività i contraenti rimangono vincolati al contratto. Non vi era spazio, pertanto, per rivisitazione dell'obbligo di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. o all'integrazione secondo equità ex art. 1374 c.c. Tuttavia, non mancano alcune pronunce di segno opposto. In particolare, prima ancora dell'emergenza pandemica, si sono espressi in favore di un obbligo di rinegoziazione del contratto a fronte di sopravvenienze che determinino uno squilibrio tra le posizioni delle parti Trib. Roma, 4 luglio 2011, in *OneLegale*, il quale trova il fondamento di tale obbligo “principio generale implicito nel nostro ordinamento giuridico, di tradizione romanistica, che viene riassunto nell'antico brocardo *rebus sic stantibus*”; Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *Contr.*, 2012, 571 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, che ammette altresì l'operatività del rimedio ex art. 2932 c.c. in caso di violazione dell'obbligo di rinegoziazione (*rectius*, a contrarre). Le pronunce con cui è stata ammessa la cittadinanza nel nostro ordinamento di un obbligo legale di rinegoziazione si sono moltiplicate a seguito della pandemia,

Sebbene la teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione abbia trovato un certo seguito, sia nella letteratura sia nella giurisprudenza, essa non è esente da critiche.

che ha spinto i Tribunali a individuare un rimedio con cui riequilibrare i diversi rapporti contrattuali colpiti dalla crisi post-pandemica. Al riguardo, v. Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Banca dati di merito*, secondo cui *“qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)”*; Trib. Palermo, 9 giugno 2021; Trib. Lecce, 24 giugno 2021, in *Banca dati di merito*, secondo cui *“l'obbligo di rinegoziazione ex bona fide non urta, ma, al contrario, rispetta l'autonomia negoziale delle parti che un siffatto dovere non abbiano manifestamente escluso: l'obbligo, infatti, assecondando l'esigenza cooperativa propria dei contratti di lungo periodo, consente la realizzazione e non la manipolazione della volontà delle parti”*.

Di recente, a fronte dell'ampio dibattito sorto in merito alla questione di cui si discute durante la pandemia da Covid-19, la Corte di cassazione, Ufficio del Massimario – Relazioni, *Relazione n. 56, 8 luglio 2020*, ha trattato specificatamente degli effetti delle sopravvenienze sui contratti di durata e sul relativo obbligo di rinegoziazione. In particolare, la Corte ha osservato che la buona fede oggettiva ex art. 1375 c.c., interpretata alla luce dei principi costituzionali e, in particolare, di quello solidaristico di cui all'art. 2 Cost, postulerebbe un obbligo di rinegoziazione là dove il rapporto venga squilibrato a causa di circostanze sopravvenute. Inoltre, la Suprema corte ritiene che, qualora la parte soggetta all'obbligo di rinegoziazione si opponga in modo assoluto e ingiustificato a rinegoziare il rapporto giuridico, ovvero si limiti a intavolare delle trattative di mera facciata, il contraente svantaggiato dalla sopravvenienza può agire per l'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. In tal caso, il giudice ha *“il potere di sostituirsi alle parti pronunciando una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso, determinando in tal modo la modifica del contratto originario. L'obbligo di rinegoziare è un obbligo di contrarre le modifiche del contratto primigenio suggerite da ragionevolezza e buona fede; la parte che per inadempimento dell'altra non ottiene il contratto modificativo, cui ha diritto, può chiedere al giudice che lo costituisca con sua sentenza. La rinegoziazione implica l'obbligo di contrarre secondo le condizioni che risultano “giuste” avuto riguardo ai parametri risultanti dal testo originario del contratto, riconsiderati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti. Qualora le due parti siano disponibili, s'incontrano e concludono; qualora una delle due si neghi, è il giudice a decidere”*. La Corte di cassazione ha pertanto: a) riconosciuto la sussistenza di un obbligo derivante dal dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c. e b) individuato quale rimedio all'inadempimento della controparte, consistente nel manco accordo modificativo, l'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Occorre, infine, evidenziare che l'art. 9, primo e secondo comma, del nuovo Codice degli appalti pubblici (D.lgs. 36/2023) prevede che, quando sopravvengano eventi straordinari e imprevedibili, estranei all'alea normale, tali da incidere in modo rilevante sull'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata che non abbia assunto volontariamente quel rischio ha diritto di ottenere la rinegoziazione delle condizioni al fine di ripristinare l'equilibrio, senza alterarne la sostanza economica. Pertanto, se per effetto di tali evenienze i costi di esecuzione dell'appalto superano l'alea fisiologica, l'appaltatore può pretendere l'adeguamento del corrispettivo, in linea con quanto stabilito dall'art. 1664 c.c. per i contratti di appalto privati. Inoltre, l'art. 123 del medesimo Codice consente alla stazione appaltante di recedere in qualsiasi momento, purché indennizzi l'appaltatore pagando le prestazioni eseguite, i materiali utili acquistati e disponibili in cantiere o in magazzino, nonché il mancato profitto per le prestazioni non eseguite, determinato in via forfettaria, secondo una logica analoga a quella dell'art. 1671 c.c.

²²⁴ Secondo R. SACCO, *Il contratto*, Tomo secondo cit., 722 e 723, l'obbligo di rinegoziazione, oltre a derivare dall'obbligo di buona fede, sarebbe altresì una conseguenza dell'equità integrativa ex 1374 c.c., atteso che *“[l']equità vuole che i contraenti, se sorpresi dalla sopravvenienza, se appena la cosa è possibile riscrivano il contratto, rinegoziandolo; salva la decisione del giudice sul merito se l'accordo delle parti non è raggiunto”*.

Secondo parte della dottrina, infatti, nel nostro ordinamento non vi sarebbero i presupposti necessari per individuare un obbligo legale di rinegoziazione del contratto nel caso in cui la posizione delle parti sia turbata da sopravvenienze²²⁵.

Ciò posto occorre evidenziare che, di recente, si è assistito a una rivalutazione da parte della dottrina del presupposto alla base delle teorie sopra esposte, secondo cui il rimedio migliore per realizzare gli interessi delle parti in caso di sopravvenienze che turbano i contratti relazionali e, in particolare, quelli di durata, sarebbe sempre quello della conservazione del contratto²²⁶. Più nello specifico, utilizzando il metodo dell'analisi economica del diritto, è stato osservato che il mantenimento del vincolo contrattuale, adattato agli eventi occorsi durante l'esecuzione del medesimo, il più delle volte conduce a un risultato inefficiente. Si pensi, ad esempio, ai contratti di appalto, ove l'aumento dei costi di produzione incide sull'efficienza economica dell'operazione in relazione al valore del prodotto: se i costi – maggiormente onerosi a causa delle sopravvenienze – superano il valore del prodotto, il contratto diviene inefficiente e, dunque conviene che venga risolto. Se, invece, l'incremento del valore compensa quello dei costi, il rapporto rimane efficiente. Il mantenimento del vincolo produce, in ogni caso, un effetto redistributivo dei rischi. Gli è che, secondo un criterio di razionalità economica, un'allocatione dei rischi legati alle sopravvenienze che non consideri la posizione

²²⁵ Contro la configurabilità dell'obbligo di rinegoziazione v. P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano* cit., il quale ha osservato che “non vi è previsione in via istituzionale di strumenti modificativi dell'accordo e operanti in vista di un obbligo di rinegoziare il contratto, o dell'obbligo di prestarsi (un'obbligazione di fare, di difficile, se non impossibile, coercizione), a seguito delle mutate circostanze, ad adeguare a esse il contratto (si intende, senza che una espressa clausola specifica lo contempli)”; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza* cit.; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 55 ss.; ID., *Il contenzioso dei contratti e l'arbitrato interno*, in *Riv. arb.*, 2021, 209 ss.; M. MAGGIOLO, *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 909 ss.; ID., *Clausole generali e giustizia contrattuale-Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino 2006, 16 ss.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale* cit., 418; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto* cit.; ID., *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni* cit., secondo il quale, ancorché il Codice preveda espressamente fenomeni di rinegoziazione con riferimento a specifici tipi contrattuali, “[n]on sembra molto persuasiva invece l'idea che, generalizzando da questi casi, fa della rinegoziazione una clausola generale: perché la sua esistenza è improbabile, e perché la soluzione è inopportuna”. Di recente, si espresso contro la sussistenza dell'obbligo legale di rinegoziazione anche P. TRIMARCHI, *Sopravvenienza, rinegoziazione, adeguamento giudiziale* cit.

²²⁶ P. TRIMARCHI, *Sopravvenienza, rinegoziazione, adeguamento giudiziale* cit., secondo il quale “la disciplina del contratto deve essere rivolta all'efficienza, non alla beneficenza obbligatoria”.

specifica di ciascuna parte, ripartendoli indiscriminatamente in parti uguali, risulta inadeguata. La soluzione efficiente, pertanto, sarebbe quella di attribuire i suddetti rischi alla parte che meglio può prevederli, prevenirli e gestirli, inducendola, così, a individuare le soluzioni necessarie per evitare che detti rischi si concretizzino.

In definitiva, secondo la tesi in commento, non può essere condivisa la nota affermazione secondo cui “[l]a risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo”²²⁷, atteso che “il contratto non è un essere umano, per il quale valga il principio della cura ad ogni costo e anche quando il paziente sopravviverebbe menomato; è uno strumento economico che può essere superato dall’evoluzione del mercato, e in tal caso, se le parti non si accordano per modificarlo e mantenerlo, va eliminato”²²⁸.

²²⁷ R. SACCO, *Il contratto*, Tomo secondo cit., 722 ss.

²²⁸ P. TRIMARCHI, *Sopravvenienza, rinegoziazione, adeguamento giudiziale* cit., spec. 200 e 201.

5. Riflessioni sistematiche in merito all'adeguamento del contratto e autonomia contrattuale.

Quanto sopra illustrato mostra come l'odierna coscienza giuridica sia distante rispetto al "dogma della volontà" divisato dalla pandettistica e fatto proprio da parte della dottrina tradizionale²²⁹. L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in merito alla gestione delle sopravvenienze sembrerebbe il frutto di una nuova concezione del contratto, che non viene più considerato esclusivamente uno strumento di regolazione dei rapporti tra privati, ma anche un mezzo per soddisfare esigenze del mercato, la cui contendibilità deve essere garantita limitando l'autonomia privata²³⁰. In tale prospettiva, dunque, il regolamento contrattuale originariamente elaborato dai contraenti rimane esposto a molteplici fattori esogeni che ne influenzano (*rectius*, integrano e modificano) il contenuto, che allontanano il negozio dalla volontà che ne ha dato origine. Se, da un lato, è opportuno che le sopravvenienze siano tenute in considerazione nella disciplina del contratto – come del resto ne tiene conto il nostro Codice civile – dall'altro lato, si corre il rischio di allargare eccessivamente le maglie del contratto costringendo i contraenti ad adempiere a prestazioni che non solo non erano state convenzionalmente pattuite, ma che in alcuni casi sono imposte da un soggetto estraneo al rapporto contrattuale.

Il rischio, accresciuto in maniera rilevante a seguito della pandemia, è quello che si trascendano i confini delle teorie elaborate da coloro che hanno individuato gli strumenti di adattamento del contratto alle sopravvenienze, giungendo a una concezione eccessivamente rigida della sua conservazione, tale da trascurare sia le esigenze degli interessi dei privati, sia le ragioni di efficienza che, in talune

²²⁹ Sul dogma della volontà v. approfonditamente il Cap. 1, § 3

²³⁰ A. ZOPPINI, *Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M.R. Maugeri e A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 9 ss.; G. ALPA, *Le stagioni del contratto* cit., 160 ss. In tal senso v. anche G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale* cit., spec. 847, il quale afferma che "come il contratto d'impresa è funzionale al mercato, concorre al mercato, così il mercato – con gli interessi e le regole che vi si collocano – è funzionale al contratto"; P. SIRENA, *Autonomia privata e regolazione del mercato nella disciplina dei contratti di impresa*, in *Banc. bors. tit. cred.*, 4, 2023, 509 ss.

circostanze, potrebbero invece suggerire la caducazione del vincolo contrattuale piuttosto che la sua forzata permanenza²³¹.

Con ciò non si vuole intendere che il regolamento contrattuale debba rimanere insensibile al mutamento delle circostanze e che, dunque, le alternative di fronte al turbamento arrecato da sopravvenienze contrattuali siano solo quelle della caducazione dell'atto di autonomia privata o il mantenimento di un negozio iniquo e non equilibrato. L'intenzione è, invece, quella di porre l'attenzione sulla necessità di valutare le particolarità del caso concreto e gli interessi in gioco, operando un corretto bilanciamento non solo tra le diverse istanze dei privati ma anche tra queste ultime e gli interessi pubblici in gioco²³².

L'analisi concreta dei singoli casi non può che tenere conto delle esigenze di tutela del legittimo affidamento del privato e, ancor prima, della certezza del diritto, che costituisce uno dei pilastri fondamentali del sistema di mercato attuale e, più in generale, dello Stato di diritto. Tale valutazione assume viepiù rilevanza là dove la modificazione del contratto non avvenga tramite un accordo delle parti, bensì mediante un intervento eteronomo e autoritativo del legislatore, dovendo in questo caso confrontarsi con le regole del diritto intertemporale che, almeno in via generale e astratta, prevedono il principio di irretroattività della legge (art. 11 delle disposizioni preliminari del Codice civile)²³³.

Tali ipotesi, del resto, costituiscono una testimonianza di come, nel sistema giuridico odierno, abbia perso attualità la netta separazione tra diritto privato e diritto pubblico²³⁴, i quali configurano ormai sistemi di regole reciprocamente

²³¹ P. TRIMARCHI, *Sopravvenienza, rinegoziazione, adeguamento giudiziale* cit.

²³² Come si è detto nel Cap. 1, § 6, l'autonomia contrattuale, sebbene rappresenti il potere dei privati di autoregolamentare i propri interessi, deve essere esercitata conformemente all' "utilità sociale" e, più in generale, ai principi costituzionali.

²³³ A. CIATTI, *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (Sofortwirkung)* cit.

²³⁴ La tradizionale netta divisione tra il diritto privato e pubblico è rappresentata icasticamente da N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, 1981, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 ss., secondo il quale pubblico e privato costituiscono una "coppia dicotomica" ideata a "dividere un universo in due sfere, congiuntamente esaustive, nel senso che tutti gli enti di quell'universo vi rientrano nessuno escluso, e reciprocamente esclusive, nel senso che un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda".

interscambiabili, che, se da un lato condividono le medesime finalità regolatorie, dall'altro si distinguono per le modalità operative e la dinamica effettuale²³⁵.

²³⁵ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2013, 515 ss.

CAPITOLO 3

LA RETROATTIVITA' DELLA LEGGE CIVILE E IL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di irretroattività della legge nel diritto positivo. Tra legge ordinaria, Costituzione e fonti europee. – 3. Diritto intertemporale e il fondamento del divieto di retroattività della legge. – 3.1. (*Segue*). L'ambito applicativo del principio di irretroattività della legge. Le teorie dei diritti acquisiti e del fatto compiuto. – 3.2. (*Segue*). I c.d. “gradi” della retroattività della legge. – 4. La retroattività e i suoi limiti secondo la giurisprudenza. – 4.1. (*Segue*). I principi di certezza del diritto, del legittimo affidamento e della ragionevolezza del provvedimento legislativo. – 4.2. (*Segue*). Il recente caso della legge retroattiva per garantire la valorizzazione del patrimonio culturale e paesaggistico. – 5. La retroattività della legge civile. Un problema da “accantonare”?

1. Premessa

Dai capitoli precedenti emerge come, in età contemporanea, si sia assistito a una progressiva compressione dell'autonomia privata e, più nello specifico, dell'autonomia contrattuale²³⁶. Il contenuto del contratto non è più stabilito solo dalla volontà delle parti, ma viene definito dal concorso di diverse fonti, tra cui quella legislativa²³⁷.

Le ragioni di questo mutamento sono molteplici e stratificate nel tempo. La “costituzionalizzazione del diritto privato”²³⁸ – frutto del c.d. “disgelo costituzionale” occorso tra gli anni Sessanta e Ottanta – ha, da un lato, assicurato all'autonomia privata una tutela, seppur mediata, in sede costituzionale, ma, dall'altro, ha reso necessaria la conformazione del contratto all' “utilità sociale”²³⁹.

²³⁶ P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati* cit., spec. 544; ID. in P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato, Una conversazione* cit.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., 41; G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti* cit.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto* cit., 74 ss.; V. ROPPO, *Il contratto* cit., 42; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata* cit., 3 e 4.

²³⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* cit., 72 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit., 12; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti* cit., 290 ss.

²³⁸ P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile* cit.; ID., *Rilettura del codice civile* cit.; A. ZOPPINI, *Per una rilettura del Codice civile alla luce della Costituzione* cit.

²³⁹ Già R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale* cit., 11; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea* cit., 39 ss., spec. 47 e 48; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza* cit.; M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata* cit., 20 e 24.

Successivamente, con il passaggio dallo Stato dirigista allo Stato regolatore, intorno agli anni Novanta²⁴⁰, l'autonomia contrattuale, oltre che strumento di scambio tra privati, è divenuta anche un mezzo per tutelare la concorrenzialità del mercato. Ne derivano nuovi limiti imposti dal legislatore speciale e delle Autorità indipendenti, volti a scongiurare fallimenti e distorsioni del sistema economico²⁴¹. A ciò si aggiungono gli effetti determinati dalla ricezione nel nostro ordinamento, negli anni Novanta, delle teorie statunitensi sui *relational contracts* e, più di recente, dall'esperienza della pandemia da Covid-19, che hanno alimentato l'elaborazione di rimedi "manutentivi" atipici – primo tra tutti l'obbligo legale di rinegoziazione – per governare le sopravvenienze nei rapporti di durata. Il contratto appare così destinato a modificarsi nel tempo, talora allontanandosi dal volere originario delle parti, chiamate ad adeguare l'assetto negoziale a eventi imprevedibili al momento della conclusione dell'accordo.

In questo processo di compressione dall'autonomia privata si colloca l'aumento delle modificazioni legislative dei contratti, volte a realizzare interessi generali sopravvenuti. Si tratta di un meccanismo tra i più invasivi, anche perché sovente opera con efficacia retroattiva (seppur impropria), incidendo su contratti già perfezionati, senza tener conto, in tutto o in parte, della volontà originaria dei contraenti. Ne scaturisce un problema di ordine sistemico: la reiterata esposizione del contratto a fattori esogeni – dall' "utilità sociale", alle sopravvenienze, sino all'efficienza del mercato – rischia di renderlo intrinsecamente instabile, tanto da non essere più idoneo a realizzare gli interessi che ne avevano giustificato la conclusione. La conseguente perdita di fiducia nello strumento negoziale non si traduce soltanto in una lesione del legittimo affidamento dei singoli – la cui retrocessione potrebbe, in astratto, ammettersi di fronte a un interesse pubblico poziore – ma incide anche sulla certezza del diritto, che costituisce un valore generale e pilastro del moderno sistema economico.

²⁴⁰ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)* cit.; ID., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza* cit.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato* cit. 193 ss.

²⁴¹ M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti* cit.

Muovendo da queste premesse, occorre individuare con precisione i limiti che il legislatore incontra nell'interferire con l'autonomia privata alla luce dei principi che governano l'efficacia della legge nel tempo – non sufficientemente approfonditi dalla dottrina italiana – così da verificare in quali casi e in quali termini un interesse generale sopravvenuto possa giustificare la lesione del legittimo affidamento del privato e della certezza del diritto mediante una modificazione legislativa del contratto che ne conformi il contenuto a interessi generali sopravvenuti.

2. Il principio di irretroattività della legge nel diritto positivo. Tra legge ordinaria, Costituzione e fonti europee.

Uno dei fattori che maggiormente ha contribuito alla indeterminatezza e alla problematicità della nozione di “retroattività” è stata l’assenza, nei testi normativi, di una sua chiara ed esaustiva definizione²⁴².

Il principio di irretroattività della legge ha origini antiche²⁴³. Esso si ritrova già nelle fonti romane e, in particolare, nella costituzione di Teodosio II e Valentiniano III del 444 a.c. – ove si statuiva che “*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari; nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*”²⁴⁴ – e, in modo ancor più evocativo, nella costituzione di Teodosio I del 393 a.c., ove era previsto che “*omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponant*”²⁴⁵. Il divieto di retroattività della legge è stato poi ripreso anche nella costituzione di Anastasio, la quale stabiliva che “*cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare*”. Sebbene i passi romanistici sopra riportati abbiano ispirato alcune delle teorie elaborate dalla dottrina tra la fine dell’Ottocento e gli inizi del Novecento²⁴⁶, essi sono risultati inidonei a offrire una soluzione ai diversi problemi che gravitano intorno al principio di cui si tratta²⁴⁷.

²⁴² M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss.; R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1974, 36, il quale evidenzia come “*è forse impossibile trovare un testo normativo che, occupandosi del problema della irretroattività della legge, dimostri una rappresentazione adeguata e, comunque, esatta, dei termini e della portata del problema*”.

²⁴³ Per un’ampia ricostruzione storica v. A. CIATTI, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007, 42 ss.

²⁴⁴ Cod. Theod., I, 14, 3 (a. 444, Teodosio II e Valentiniano III)

²⁴⁵ Cod. Theod., I, 14, 1 (a. 393, Teodosio I)

²⁴⁶ F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale cit., passim*.

²⁴⁷ C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Pisa, 1868, 42 ss.; R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale cit.*, 36, 140 e 141, ove afferma che “[c]i sembra dunque da ritenere che sia oltremodo pericoloso ricercare nelle fonti romane appoggio o ispirazione per la costruzione di teorie aderenti alla moderna realtà giuridica, se si vuole evitare che con il pretesto della dichiaratività (*is qui declarat nihil novi dat*), della esplicabilità al livello legislativo del contenuto delle leggi passate, la retroattività vera, e non apparente, delle leggi interpretative (categoria del resto confusa e dissonante) scacciata dalla porta, rientri dalla finestra”.

Innanzitutto, si è osservato che, nel diritto romano, la nozione di retroattività non sarebbe stata sufficientemente analizzata, né debitamente limitata²⁴⁸. Si è poi sostenuto che la produzione giuridica romanistica, non potrebbe essere applicabile nei sistemi moderni di *civil law*, considerato che essa si riferisce a situazioni che non trovano più riscontro negli odierni ordinamenti giuridici²⁴⁹.

Il principio di irretroattività – seppur con formule “*vaghe, approssimative, insufficienti, equivocate, ambigue, oscure*”²⁵⁰ – compare poi nelle prime costituzioni moderne e, segnatamente, in quella degli Stati Uniti del 15 settembre 1787 (art. 1, sez. 9, § 3), dove è stata affermata, in termini particolarmente rigorosi e di ampia portata, l’illegittimità di ogni *ex post facto Law*²⁵¹.

Il modello statunitense ha influenzato i costituenti francesi, i quali – in epoca rivoluzionaria, ove la libertà dell’individuo assumeva un’importanza centrale – hanno previsto, nella Costituzione del 24 giugno 1793, il principio di irretroattività con riferimento solo alla legge penale, definendo la norma retroattiva come un “*crime*”²⁵². Ancor più netto, invece, è il divieto di retroattività contenuto nella Costituzione francese del 22 agosto 1795, il cui art. 14 stabiliva che “*aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d’effet rétroactif*”. Il riferimento alla retroattività, tuttavia, scompare nella Costituzione del 13 dicembre 1799, emanata all’alba dell’età napoleonica.

In Italia, invece, il problema della retroattività della legge non venne preso in considerazione dallo Statuto del Regno di Piemonte del 4 marzo 1848, divenuto poi lo Statuto del Regno d’Italia.

²⁴⁸ C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 42.

²⁴⁹ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 140.

²⁵⁰ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 37.

²⁵¹ Il principio è poi ribadito al successivo art. 1, Sez. 10, § 1, il quale non solo vieta agli Stati americani di emanare *ex post facto law*, ma anche di emanare “*law impairing the obligation of contracts*”. Il principio di irretroattività stabilito dalla costituzione statunitense è stato poi interpretato restrittivamente dalla giurisprudenza, a partire dal *leading case* *Calder v. Bull*, 3 Dallas 386 (1798), che lo ha circoscritto alla sola materia penale.

²⁵² Prima ancora, il principio di irretroattività della legge penale era previsto dalla dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, secondo cui “[l]a Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu’en vertu d’une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée”.

Data la complessità della questione e l'assenza di precedenti costituzionali chiari, il problema della irretroattività è stato retrocesso a livello della legislazione ordinaria. Innanzitutto, l'*Allgemeines Landersrecht* prussiano, nei §§ 14-20 della sua Introduzione, stabiliva che la legge nuova non si applica ai fatti già avvenuti e l'interpretazione autentica del legislatore si applica alle cause ancora pendenti.

Il *Code napoléon*, invece, trattava della retroattività all'art. 2, secondo cui “[l]a loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif”²⁵³. Tale disposizione costituisce il modello seguito dai redattori dell'art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano del 1865, il quale stabiliva che “[l]a legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”. Le disposizioni del Codice francese e del Codice Pisanelli sono state oggetto di una profonda critica da parte della dottrina italiana, la quale ha evidenziato come la loro formulazione laconica e lapidaria rappresentasse un'astrazione concettuale. Non essendo stata presa in considerazione l'infinita varietà dei problemi che si possono verificare in concreto, non è stato chiarito se il divieto di irretroattività si riferisse al legislatore, limitandone l'autonomia al rispetto di principi fondamentali dell'ordinamento, quali la libertà dell'individuo, oppure se esso vincolasse solo l'attività interpretativa del giudice. Parimenti, è stato osservato che il suddetto art. 2 trovava un importante limite là dove non indicava i casi in cui il principio di irretroattività potesse trovare eccezioni²⁵⁴.

Il legislatore del 1942, tuttavia, si è mostrato insensibile a tali critiche. Esso si è limitato a recepire l'art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice del 1865, ripetendo, all'art. 11 delle disposizioni preliminari, quanto testualmente previsto dalla previgente disposizione. Al riguardo, la Relazione sul progetto del Libro Primo del Codice civile redatta dalla Commissione nel 1931, dava atto della difficoltà di elaborare in un testo legislativo una definizione esatta al principio di irretroattività. Secondo la Commissione di Relazione, l'art. 2 del *Code napoléon*, data la sua “soverchia generalità”, non poteva offrire una soluzione pratica ai

²⁵³ Il Progetto di Titolo preliminare al Codice civile francese prevedeva, al successivo art. 3, poi abbandonato, un'eccezione al principio di irretroattività con riferimento alle leggi interpretative, definite come dichiarative.

²⁵⁴ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 39 e 40; C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 53 – 55.

problemi legati al diritto transitorio (*rectius*, intertemporale)²⁵⁵. Al contempo, però, la Commissione ha osservato come la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca avrebbero individuato con esattezza la corretta interpretazione da attribuire all'art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice del 1865²⁵⁶.

La Commissione osservava, inoltre, che le questioni di diritto intertemporale rivestivano carattere marginale, poiché ogni volta che un mutamento legislativo avesse inciso in modo significativo sull'ordinamento, sarebbero state emanate specifiche disposizioni transitorie. Per tale motivo, essa ritenne opportuno non dettare una disciplina generale sulla retroattività, sostenendo che *“la difficoltà non consiste nel principio, ma nell'applicazione, nè la legge può aver la pretesa di risolverla”*.

In realtà, il progetto preliminare del Codice civile del 1930, redatto dalla Commissione Reale e presentato al Ministro Guardasigilli il 27 settembre 1930 – oltre a collocare il principio di irretroattività della legge civile all'art. 2 delle preleggi, e non all'art. 11 – proponeva una lieve modifica al testo del previgente Codice, disponendo che *“[l]a legge di regola non dispone per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo”*. Tuttavia, l'inciso *“di regola”* è stato eliminato dal Ministro Guardasigilli, che ravvisava in esso il rischio di *“far trasparire la possibilità che il principio generale dell'irretroattività della legge soffra eccezioni”* e, dunque, di *“rendere il concetto accennato”*²⁵⁷. L'inciso avrebbe, dunque, compromesso l'*“euritmia”* della disposizione, lasciando troppo spazio a *“imprevedute illazioni da parte degli interpreti”*²⁵⁸.

²⁵⁵ Cfr. Commissione per la riforma dei codici (Pres. V. Scialoja), *Codice civile, Libro Primo, Progetto e Relazione*, Roma, 1931, 8 ss.

²⁵⁶ Come si illustrerà nel prosieguo, la dottrina e la giurisprudenza non avevano, in realtà, chiarito i numerosi quesiti relativi alla nozione di retroattività della legge.

²⁵⁷ Cfr. Ministero di Grazia e Giustizia, *Codice Civile, Libro Primo, Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli On. Solmi*, Roma, 1936, pag. 2, § 2.

²⁵⁸ In particolare, il timore del Ministro Guardasigilli era che l'inciso *“di regola”* avrebbe turbato *“senza una concreta utilità, la formula tradizionale della disposizione ora vigente. La regola non è che un canone d'interpretazione, così che è di per sé evidente che la retroattività può in singoli casi essere disposta dalla Legge stessa. D'altra parte, l'inciso predetto – inserito nella proposizione iniziale dell'articolo e non anche nella successiva, che è esplicativa della prima – turberebbe l'euritmia della disposizione, non senza il pericolo di imprevedute illazioni da parte degli interpreti, trattandosi di materia fra le più disputate”*.

Si è così giunti all'attuale formulazione dell'art. 11 delle disposizioni preliminari al Codice civile, il quale stabilisce, al primo comma, che “[l]a legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”. La dottrina ha tuttavia rivolto numerose critiche alla disposizione, rilevando che, se da un lato è condivisibile l'eliminazione dell'inciso “di regola”, ritenuto eccessivamente generico, dall'altro il legislatore avrebbe potuto delineare con maggiore chiarezza e specificità la disciplina della (ir)-retroattività. In particolare, si è osservato che il testo avrebbe potuto affrontare in modo espresso le problematiche connesse all'ordine pubblico e precisare che il divieto di retroattività trova applicazione – pur con diversa intensità – non solo per le leggi in senso formale, ma anche per le fonti normative di grado subordinato²⁵⁹.

Anche dopo l'emanazione, nel 1948, della Carta costituzionale, il principio della irretroattività della legge civile è rimasto relegato a livello di legge ordinaria. Il Costituente, con l'art. 25, secondo comma, Cost., si è limitato a stabilire il divieto di retroattività della legge solo con riferimento a quella penale. L'omissione della legge civile non è casuale. Durante i lavori preparatori, infatti, l'On.le Dominidò ha tentato di evidenziare che, limitando il principio di irretroattività alla sola legge penale, si correva il rischio che esso, pur costituendo una “regola di ordine generale”, avrebbe avuto un riconoscimento eccessivamente ristretto. Così, nel richiamare espressamente le disposizioni genarli sulla legge, l'On.le Dominidò ha proposto l'introduzione di un art. 19-bis che stabilisse il generale principio secondo cui “[l]a legge dispone per l'avvenire: essa non ha efficacia retroattiva nei confronti dei diritti quesiti”. Tuttavia, lo stesso Dominidò ha riconosciuto come fosse difficile individuare con precisione i confini del generale divieto di retroattività, precisando però che tale individuazione non sarebbe stata di competenza della Costituzione²⁶⁰. Come si desume dalla formulazione della Carta

²⁵⁹ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 39 e 40; C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 44 – 46.

²⁶⁰ Assemblea costituente, Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947 (Pres. Terraccini), 2869. Secondo l'On.le Dominidò, il principio generale di irretroattività, che rappresenta “una conquista della civiltà giuridica”, avrebbe tracciato “un binario maestro nei confronti della futura legislazione”.

costituzionale, l'Assemblea costituente non ha approvato l'emendamento proposto dall'On.le Dominidò²⁶¹.

L'omessa menzione espressa del divieto di retroattività della legge civile ha condotto la dottrina prevalente²⁶² e la giurisprudenza costituzionale²⁶³ a ritenere che esso trovi tutela solo nella legge ordinaria e non anche nella costituzione. Più nello specifico, secondo la letteratura in commento, sebbene il principio di cui si tratta costituisca un "*fondamento dello Stato di diritto, elemento essenziale di civiltà*"

²⁶¹ Sul punto, l'On.le Tupini, presidente della prima sottocommissione, fu netto nel rilevare come, sebbene il principio di irretroattività fosse indiscutibile con riferimento alla legge penale, in materia civile occorreva essere più cauti. Ciò in quanto, "*nel campo del diritto privato non si può trascurare il carattere specifico di mobilità che lo caratterizza e distingue, specie in materia di diritti sociali, di fronte ai quali non dobbiamo né possiamo fin da questo momento cristallizzare o incatenare in formule rigide la necessaria libertà del legislatore futuro; il quale però dovrà usare con prudenza e col dovuto rispetto, compatibile col bene generale, dei diritti quesiti. Se facessimo diversamente, sottoporremmo tutto l'apparato costituzionale a una vicenda continua di rifacimenti che metterebbero in forse la stessa stabilità della nostra carta fondamentale. Bisogna quindi non impedire in modo assoluto la legge di interpretare tempestivamente certe esigenze di carattere sociale senza dovere ricorrere a revisioni costituzionali troppo frequenti*" (cfr. Assemblea costituente, Seduta antimeridiana di martedì 15 aprile 1947 (Pres. Terraccini), 2869). Sul punto v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 326 ss.

²⁶² R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. Cicu e F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, 1, Milano, 1988, 180 – 181; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* cit., 326 ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, Cap. I; F. PERGOLES, *Annotazioni in tema di cd leggi interpretative*, in *Giur. cost.*, 1957, 799 ss.; G. AZZARITI, *Il principio della irretroattività e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 622 ss.; A.M. SANDULLI, *Il principio della irretroattività delle leggi e la Costituzione*, in *Foro amm.*, 1947, II, 1, 73 ss.; C. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 88 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970, 135; A. ANGIULI, *Efficacia della legge nel tempo*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile, artt. 1 – 142*, Milano, 2009, 185 ss., secondo la quale si potrebbe parlare di una presunzione di incostituzionalità della legge retroattiva, che potrebbe essere superata dalla presenza di determinati presupposti. In tale ottica, la Costituzione non sarebbe indifferente rispetto al fenomeno della retroattività, ma, al contrario, lo porrebbe in una dimensione di eccezionalità, o, comunque, di "*aggravamento motivazionale*".

²⁶³ Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118, in *Giur. cost.*, 1957, 1067 ss., con cui è stato affermato che il principio generale di irretroattività delle leggi di cui all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale è "*un'antica conquista della nostra civiltà giuridica*", ma non ha rango costituzionale nel nostro ordinamento, salvo che in materia penale. È dunque infondato richiamare, in senso contrario, articoli della Costituzione come il 136 o il 75, che riguardano altro e non impediscono leggi retroattive. Fuori dal penale, il rispetto del principio è rimesso alla prudente valutazione del legislatore, che tuttavia dovrebbe attenersi, tranne che in casi di estrema necessità, poiché la certezza dei rapporti giuridici (anche se non coperti da giudicato o transazione) è cardine della vita sociale. Ciò non esclude che, in singoli ambiti, una legge retroattiva possa contrastare specifici precetti costituzionali; si ribadisce soltanto che l'irretroattività, in termini assoluti, non è un precetto costituzionale generale. In tal senso v. anche Corte cost., 30 dicembre 1958, n. 81, in *Giur. cost.*, 1958, 1002 ss.; Corte cost. 9 marzo 1967, n. 23, in *Giur. cost., Sent. ord.*, 1967, Suppl., 129 ss. Più di recente v. Corte cost., 26 ottobre 2012, n. 236, in *Giur. cost.*, 2012, 5, 3533 ss.

*giuridica e condicio sine qua non di certezza del diritto*²⁶⁴, esso non avrebbe comunque rango costituzionale. Da ciò consegue che una legge civile retroattiva non è, per ciò solo, incostituzionale, ma lo è esclusivamente là dove violi un principio costituzionalmente previsto²⁶⁵. Corollario di questa teoria è che il principio di irretroattività della legge civile previsto dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al Codice civile avrebbe carattere direttivo: l'opportunità di attribuire alla legge efficacia retroattiva sarebbe rimessa a una prudente valutazione del legislatore²⁶⁶. Ciò in quanto, secondo la regola *lex posterior derogat lex priori*, prevista positivamente dall'art. 15 delle preleggi, la legge emanata successivamente prevale su quella precedente. In base a questo principio, dunque, una nuova legge può derogare al divieto di retroattività ex art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, producendo effetti per il passato. In definitiva, dunque, il principio di irretroattività non sarebbe rivolto al legislatore, bensì al giudice. Del resto, anche là dove una legge retroattiva fosse illegittima, non vi sarebbe modo di “sanzionarla”, atteso che, da un lato, il giudice ordinario non può sindacare la legittimità della legge, e, dall'altro lato, non trattandosi di un vizio di costituzionalità, non ricorrerebbero i presupposti per il giudizio di legittimità costituzionale²⁶⁷.

Non sono mancati, tuttavia, tentativi da parte della letteratura di condurre il principio di irretroattività della legge civile sotto l'ombrello costituzionale²⁶⁸. In

²⁶⁴ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti* cit., 180.

²⁶⁵ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti* cit., 180 -181; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990, 92, il quale ammette che una legge sia retroattiva, essendo derogabile l'art. 11 delle preleggi, a meno che ciò non violi il principio costituzionale dell'eguaglianza. In tal caso, la legge retroattiva sarebbe legittima solo se giustificata da un “ragionevole motivo”. Secondo, invece, G. PACE, *Il diritto transitorio, con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, 1944, 24, l'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale costituirebbe *lex generalis* e, dunque, potrebbe essere derogata in specifici casi eccezionali.

²⁶⁶ Secondo L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2017, 1219 ss., spec. 1228 e 1229, l'art. 11 delle preleggi sarebbe una disposizione superflua, atteso che, se essa non fosse stata prevista, non vi sarebbe stata nessuna conseguenza pratica. Ciò in quanto “*a causa della sua mancata costituzionalizzazione, il divieto di retroattività non ha potuto attingere la densità di una regola procedurale di cui fosse rilevabile, icto oculi, l'inosservanza da parte del legislatore ordinario [...] la retroattività avrebbe potuto essere trattata alla stregua di una qualità formale della legge, sulla falsariga dell'approvazione, della pubblicazione, dell'entrata in vigore: ma, naturalmente, ciò avrebbe presupposto un rigoroso inquadramento della figura, tale da garantire la immediata riconoscibilità del vizio*”.

²⁶⁷ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti* cit., 182.

²⁶⁸ Secondo F. MAISTO, *Diritto intertemporale*, in P. Perlingieri (diretto da) *Tratt. Dir. civ. CNN*, Napoli, 2007, 35, il principio di irretroattività presenta una intrinseca ambivalenza. Da un lato, esso può apparire in tensione con il principio di uguaglianza formale di cui all'art. 3, comma 1, Cost., poiché conduce a trattare in modo diverso situazioni identiche per il solo fatto che siano sorte

particolare, prendendo spunto dalla giurisprudenza costituzionale tedesca²⁶⁹, si è sostenuto che la retroattività della legge civile si porrebbe contro i valori fondanti lo Stato di diritto. Secondo questa tesi, la retroattività viola la libertà dell'uomo, mettendo in crisi la legalità e “*scuote[ndo] le fondamenta dell'ordine sociale*”²⁷⁰.

È stato altresì sostenuto che, in quanto principio generale dell'ordinamento, il divieto di retroattività avrebbe rango subcostituzionale. Questo, saldandosi – in funzione rafforzativa – con altri principi espressamente consacrati in Costituzione vincolerebbe anche il legislatore nella produzione normativa primaria²⁷¹. In questa

prima o dopo il mutamento normativo. Dall'altro lato, lo stesso principio costituisce espressione dell'uguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost., nella misura in cui assicura al consociato un adeguato grado di prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni. In tale prospettiva, l'irretroattività impedisce che lo *ius superveniens* incida sugli effetti già prodotti da atti perfezionatisi sotto la vigenza della disciplina precedente, preservandone così il regime originario.

²⁶⁹ Il *Bundesverfassungsgericht*, come la nostra Costituzione, prevede all'art. 103, comma secondo, il divieto di retroattività solo con riferimento alla legge penale. La Corte costituzionale tedesca, tuttavia, a partire dalla sentenza del 31 marzo 1965, n. 49, in *Ent.*, 1965, 429 ss., ha riconosciuto che il richiamato art. 103, secondo comma, attribuisce carattere assoluto al suddetto divieto. In particolare, secondo la Corte una retroattività peggiorativa è incompatibile con lo Stato di diritto e con la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento. Può però ammettersi quando il destinatario poteva ragionevolmente prevederla alla luce del quadro normativo del tempo, quando il diritto vigente era incerto o confuso, quando l'affidamento si fondava su una norma invalida, oppure quando imperiose ragioni di interesse generale, prevalenti sulla certezza del diritto, ne giustificano l'introduzione.

²⁷⁰ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 156 ss., spec. 170 – 173. Secondo l'A. “*se è incontestabile che la norma retroattiva non è propriamente norma (norma agendi) e che rispetto a essa l'individuo si presenta come oggetto, in quanto perde il caratteristico attributo della personalità che è la determinazione responsabile in ordine al proprio agire, è vano sforzo andare alla ricerca di norme particolari onde giustificare un principio che non è scritto in nessun luogo perché corre nelle viscere dell'ordinamento*”. A dimostrazione di quanto precede, l'A. evidenzia che nel nostro ordinamento vi sono alcuni istituti del tutto incompatibili con la retroattività. Trattasi del referendum abrogativo di cui all'art. 75 Cost., avente un'efficacia pari a quella della legge normale. Ove il principio di irretroattività della legge non avesse valore costituzionale, si dovrebbe allora ammettere l'assurda e “*scorrettissima*” conclusione secondo cui una legge successiva potrebbe eliminare *ex tunc* gli effetti del referendum

²⁷¹ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.; ID., *Retroattività, giurisprudenza costituzionale, diritto privato*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 283 ss., spec. 289. L'A. osserva che il principio di irretroattività della legge si rivolge sia al giudice che al legislatore. Per il primo, “*il principio si traduce in un imperativo ermeneutico: la legge deve essere interpretata in modo tale da minimizzare il più possibile la sua incidenza sul passato [...]* Più che di una presunzione di irretroattività (impossibile a stabilirsi, in mancanza di una plausibile definizione del termine, anche nella sua declinazione positiva, come retroattività), occorre dunque parlare di un imperativo di minimizzazione dell'impatto della legge nel tempo”. Quanto, invece, al legislatore, “*i principi generali del diritto, per quanto di rango subcostituzionale, producono comunque effetti di vincolo sulle fonti primarie, almeno quando si saldano ad altri principi di sicuro rango costituzionale, come qui accade per il principio di eguaglianza. Impostata la questione in tali termini, il principio di irretroattività si indirizza anche al legislatore, sul quale grava l'obbligo di strutturare il rapporto fra legge nuova e passato in modo tale che l'incidenza nel passato determini effetti pregiudizievoli per i principi costituzionali ai quali il principio di irretroattività di volta in volta si ancora*”.

prospettiva, il principio di irretroattività non risulta più indefinibile: il suo contenuto viene individuato, di volta in volta, in base ai diversi principi costituzionali “sostanziali” a cui si aggancia²⁷².

In definitiva, l’attuale quadro positivo non aiuta a definire con precisione la nozione di retroattività. L’art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale si limita a presupporre che essa consista nel “*disporre per il passato*”, senza però chiarire in che cosa tale incidenza retrospettiva consista, potendo manifestarsi in modi assai diversi. Parimenti, l’art. 25 Cost. – peraltro, circoscritto alla materia penale – non offre una definizione di irretroattività né delinea in termini generali il rapporto tra legge e tempo²⁷³.

Infine, va rilevato che, in ambito europeo, l’art. 7 CEDU sancisce il principio di irretroattività solo per la legge penale, vietando norme retroattive sfavorevoli che aggravino il trattamento sanzionatorio. La giurisprudenza europea, tuttavia, ne propone un’estensione alla materia civile per il tramite dell’art. 6 CEDU (equo processo e parità delle armi). In particolare, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha talora ritenuto incompatibili con la Convenzione interventi legislativi retrospettivi che alteravano l’equilibrio tra le parti nel giudizio²⁷⁴.

In altri casi, l’applicabilità del divieto di retroattività della legge è stata fondata sull’art. 1 del Protocollo 1 della CEDU, che deve ritenersi violato là dove la legge retroattiva pregiudichi interessi patrimoniali dell’individuo o, più in generale, la finanza pubblica. In tali casi la Corte ha operato un bilanciamento tra

Secondo L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile* cit., spec. 1221 e 1222, nota 5, il divieto di retroattività della legge civile si caratterizzerebbe per una “*prescrittività debole, tipica degli imperativi pragmatici e non di quella, propriamente giuridica, che accompagna gli imperativi categorici (come, viceversa, sarebbe là dove il principio de quo fosse stato costituzionalizzato). Il punto è che, visti nell’ottica del legislatore, i principi generali non costituzionalizzati si convertono in direttive apprezzabili sul terreno dell’opportunità politica (nel nostro caso, il principio di irretroattività si trasforma in un monito a non mettere a repentaglio i veri beni giuridici tutelati dalla Costituzione, che, però, sono tutelati a prescindere*”.

²⁷² M. LUCIANI, *Retroattività, giurisprudenza costituzionale, diritto privato* cit., spec. 289.

²⁷³ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

²⁷⁴ A. TAMIETTI, *Art. 6*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Milano, 2012, 173 ss.

tutela della proprietà ed esigenze di interesse generale, incluse quelle di finanza pubblica, non ritenute però, di per sé sole, sufficienti a giustificare l'ingerenza²⁷⁵.

Ebbene, l'indeterminatezza delle fonti che regolano la (ir)-retroattività della legge è la principale ragione per cui dottrina e giurisprudenza non hanno ancora fornito una definizione precisa e condivisa dei criteri per qualificare una legge come retroattiva e, quindi, assoggettarla al divieto in esame²⁷⁶.

²⁷⁵ Corte EDU, 12 luglio 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Germania*, Corte EDU, 10 luglio 2002, *Gratzinger et Gratzingerova c. Repubblica Ceca*; Corte EDU, 6 ottobre 2006, *Maurice c. France*; Corte EDU, 29 novembre 2011, *Pine Valley Developments Ltd. e altri c. Irlanda*.

²⁷⁶ Per una disamina critica delle diverse teorie in merito al principio di irretroattività della legge v. M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., il quale ha evidenziato come la maggior parte degli autori che hanno studiato la retroattività non ha voluto o non ha saputo darne una chiara definizione e che anche tra coloro che hanno tentato di farlo vi è massima la divisione. In tal senso v. anche R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, 197; R. CAPONI, *Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio tempus regit processum fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 188 ss.

3. Diritto intertemporale e il fondamento del divieto di retroattività della legge.

Illustrato, nel precedente paragrafo, come sia disciplinato il principio di irretroattività dalla legge positiva, occorre approfondire i diversi sforzi che la dottrina ha sostenuto (invano²⁷⁷) per tentare di individuare in cosa si sostanzi il fenomeno della irretroattività²⁷⁸.

Innanzitutto, si precisa preliminarmente che bisogna tenere distinto il “*diritto intertemporale*”²⁷⁹, di cui fa parte il principio di non retroattività della legge, dalle “*disposizioni transitorie*”²⁸⁰. Il primo termine, infatti, indica l’insieme delle regole – di fonte prevalentemente dottrinale o giurisprudenziale – volte a risolvere i mutamenti di legislazione e l’applicazione delle leggi nel tempo, applicabili a intere categorie di norme e a tutti i rami del diritto. Tra di esse è incluso anche il principio di non retroattività della legge, previsto positivamente dall’art. 11 delle disposizioni preliminari al Codice civile. La trattazione del diritto intertemporale è spesso accompagnata da quella del diritto internazionale privato, date le diverse similitudini sussistenti tra i due sistemi, sia da un punto di vista funzionale – atteso che il primo è volto a individuare la legge applicabile nel tempo mentre il secondo quella applicabile nello spazio – sia strutturale – individuando entrambe la norma applicabile alla fattispecie concreta²⁸¹.

²⁷⁷ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.; L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile* cit.

²⁷⁸ Secondo F. MAISTO, *Diritto intertemporale* cit., 17, il principio di irretroattività rappresenta il “*criterio di risoluzione del conflitto tra norme diacroniche*”.

²⁷⁹ La locuzione “*diritto intertemporale*” sarebbe attribuibile a F.X. AFFOLTER, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, Leipzig, 1902.

²⁸⁰ Diversa, invece, è l’opinione di F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* cit., 372 ss., che, nell’operare un parallelismo tra il diritto internazionale privato e il diritto intertemporale, riconduce all’interno di quest’ultimo il diritto transitorio.

²⁸¹ G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 219 ss.; R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 81 ss. tenta di individuare il significato della retroattività alla luce dei principi del diritto internazionale privato. Tuttavia, l’espressione maggiormente rappresentativa del fenomeno di cui si tratta si rinviene in F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* cit. L’ottavo volume dell’opera è appunto dedicato alla trattazione congiunta delle leggi nello spazio e nel tempo.

A. CIATTI, *Retroattività e contratto* cit., 26 ss. osserva che non è corretto ritenere che, mentre nel conflitto di leggi nello spazio coesistono più ordinamenti, nel diritto intertemporale si verifichi semplicemente una successione normativa in forza della quale la legge nuova elimina quella

Per “*disposizioni transitorie*”, invece, dovrebbero indicarsi le regole – di fonte legislativa – che il legislatore detta per disciplinare espressamente i problemi che sorgono dalla successione nel tempo di specifiche leggi individue²⁸². Le norme transitorie, dunque, costituirebbe un “*terzo regime normativo*”, che si pone tra la legge antica e quella nuova²⁸³. Tale specificità delle disposizioni transitorie porta con sé due conseguenze: da un lato, che esse non possono essere interpretate analogicamente o estensivamente e, dall’altro, che solo in loro assenza sarebbe possibile applicare il diritto intertemporale e, più in particolare, il principio di non retroattività della legge²⁸⁴. In tale prospettiva, la teoria della retroattività assume una portata ristretta, occupandosi solo dei casi in cui non sussista una disposizione transitoria²⁸⁵.

Ciò posto, risulta complesso individuare il significato del termine “*retroattività*” con riferimento alla legge civile. Le ragioni di queste difficoltà

precedente. Anche nel caso della successione delle leggi nel tempo, infatti, il giudice è chiamato – analogamente a quanto avviene di fronte a una pluralità di ordinamenti concorrenti – a stabilire quale regola debba trovare applicazione: se quella in vigore al momento del fatto oppure quella vigente al momento della decisione. Da ciò deriva che non è improprio utilizzare, nel diritto intertemporale, categorie e terminologia tipiche del diritto internazionale privato, purché con le dovute cautele. A tale proposito, parte della dottrina ha elaborato la nozione di ordine pubblico intertemporale, inteso come criterio volto a garantire l’applicazione immediata della legge sopravvenuta ai rapporti ancora pendenti al momento del mutamento normativo

²⁸² G. PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, in Id., *Diritto civile italiano – Parte prima volume primo*, Padova, 1932, 88 e 89; G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie* cit., il quale ha ulteriormente specificato la nozione di “*disposizioni transitorie*”, individuando in essa tre diversi tipi di norme, oltre a un quarto residuale gruppo, definito negativamente. La prima tipologia di disposizioni transitorie sarebbe composta da quelle con cui viene individuato fino a che punto la nuova legge retroagisce e fino a quando la norma abrogata rimane ultrattiva. Il secondo gruppo, invece, comprenderebbe le regole con cui il legislatore, al fine di evitare un mutamento di legislazione “*troppo brusco*”, disciplina l’inizio dell’efficacia della nuova norma in maniera differente per i rapporti pendenti al momento della sua emanazione e per quelli, invece, non ancora instaurati. Il terzo tipo, invece, includerebbe quelle disposizioni con cui viene differito l’inizio di efficacia della nuova legge, dettando la disciplina intermedia da applicare nel periodo di *vacatio*. Nel quarto gruppo, infine, cadrebbero tutte le disposizioni che non possono essere collocate nelle prime tre tipologie.

Sulla distinzione tra diritto intertemporale e disposizioni transitorie v. anche R. CAPONI, *Certezza e prevedibilità della disciplina del processo* cit.

Per converso, F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* cit., 372; C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 1868, 51 ss. ritengono che le disposizioni transitorie farebbero parte del diritto intertemporale.

²⁸³ G. PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività* cit., 88 e 89.

²⁸⁴ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, I, II ed., Torino, 1999, 470 ss.;

²⁸⁵ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale* cit., 234.

possono rinvenirsi sia nella vaghezza della nozione di retroattività, sia dall'esiguo interesse che la dottrina civilistica ha mostrato sul tema²⁸⁶.

Sebbene la dottrina abbia fornito una definizione condivisa di retroattività, intesa come il fenomeno per cui la legge ricollega effetti giuridici a una fattispecie verificatasi prima della sua entrata in vigore²⁸⁷, non ne sono state individuate con precisione le modalità con cui essa opera concretamente. La laconica formulazione con cui i diversi ordinamenti positivi disciplinano il principio di irretroattività ha indotto la dottrina, tra Ottocento e primi del Novecento, a elaborare costruzioni volte a ricavare regole di diritto intertemporale anche in assenza di una loro espressa positivizzazione. Le teorie sviluppate in tale periodo, pur nella loro eterogeneità, muovono tutte dal riconoscimento di un principio generale di divieto di retroattività, concepito come una sorta di "*editto perpetuo*" destinato a regolare il passaggio dal diritto anteriore a quello successivo²⁸⁸. Tale impostazione trova fondamento nel dogma della volontà, secondo cui la manifestazione di volontà deve essere regolata dalla legge vigente al momento in cui viene espressa, escludendosi che il legislatore o il giudice possano intervenire successivamente, modificandone gli effetti²⁸⁹.

²⁸⁶ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 36 ss.; L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile* cit.

²⁸⁷ R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 332 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti* cit., 175.

²⁸⁸ In tali termini v. C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 24, il quale, ritiene che il principio di irretroattività atterrebbe alla funzione legislativa come se fosse un "*editto perpetuo*". L'ordinamento giuridico, sebbene sia mutabile e progressivo, dovendo rispondere alle mutevoli necessità della società, non può pregiudicare i diritti quesiti, contravvenendo al patto sociale secondo cui il cittadino, osservando la legge, ottiene certi diritti.

²⁸⁹ A. CIATTI, *Retroattività e contratto* cit., 2007, 39 ss.; A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale* cit., 234, secondo il quale il declino dell'individualismo ha condotto alla circostanza per cui "[i]l positivismo giuridico ha reso irriconoscibile la versione originaria degradando il dogma [della irretroattività della legge] a norma di applicazione per il giudice: risultavano inammissibili le sue implicazioni assiologiche, che lo configuravano come un principio superlegislativo". Esemplari sono i tentativi di delineare un principio generale di non retroattività della legge condotti da C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 121 ss. e da N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924, 96 e 97, secondo il quale "si manifesta il bisogno di un principio generale: questo che noi abbiamo ereditato dal diritto romano, seguito poi dal canonico, viene comunemente espresso con la massima «la legge non ha forza retroattiva»". Anche la recente dottrina si è espressa in tali termini: cfr. A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, 781 ss., secondo il quale l'irretroattività dovrebbe costituire un principio non solo in senso formale, ma anche sostanziale, potendo trovare limiti solo in caso di eccezionali giustificazioni.

Anche Cons. Stato 12 novembre 2001, n. 5783, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Legge*, n. 32 ha riconosciuto come il divieto di retroattività della legge rappresenti un principio generale, precisando,

Se il tratto comune delle teorie della retroattività è rappresentato dalla considerazione del divieto di retroattività della legge come principio generale, esse si differenziano nell'individuazione del fondamento di tale principio.

Secondo una prima tesi, la regola dell'irretroattività della legge costituirebbe la logica conseguenza della natura stessa della legge, intesa come comando che vieta o consente determinate condotte: essa, pertanto, può operare solo per il futuro, non potendo proibire o autorizzare ciò che si è già verificato. In altri termini, come osservato, “*une norme juridique s'applique aux phénomènes qui se produisent pendant que la norme est en vigueur*”²⁹⁰.

Tale teoria, tuttavia, è stata oggetto di diverse critiche, in quanto ritenuta tautologica e priva di reale contenuto normativo. È stato infatti osservato che la retroattività, intesa in senso letterale nei termini sopra illustrati, sarebbe un non senso, atteso che nessuna legge può operare prima di entrare in vigore, non essendo concesso a nessuno, ivi incluso il legislatore, porsi al di fuori del suo tempo, agendo nel passato. Il problema che si porrebbe, dunque, non sarebbe relativo all'efficacia della legge nel passato, bensì quello, diverso ed estraneamente complesso, di come essa operi sul passato²⁹¹. In questa prospettiva, è retroattiva la legge che, pur sopravvenuta, estende la propria disciplina a fatti anteriori, attribuendo loro effetti idonei a eliminare o modificare le conseguenze da essi derivanti²⁹².

A partire da tali critiche, la dottrina si è interrogata sul fondamento razionale del principio di irretroattività, rinvenendolo – sulla scia della letteratura tedesca dell'epoca – nei valori dello Stato di diritto e nella tutela della fiducia, della dignità e dello sviluppo della persona umana. In questa visione, la retroattività può

però, che esso sarebbe eccezionalmente derogabile nei casi in cui la legge lo preveda espressamente o quando risulti inequivocabilmente dalla norma.

²⁹⁰ M. SØRENSEN, *Le problème du droit intertemporel dans l'ordre international*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, Ginevra, 1972, 19. Prima ancora, si erano espressi in tali termini V.N. MARCADÈ, *Spiegazione teorico-pratica del Codice napoleone*, I, Palermo, 1856, 28; F.S. BIANCHI, *Corso di codice civile italiano*, Torino, 1888, 54;

²⁹¹ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 36 e 37;

²⁹² G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti*, in *Dig. civ.*, V, Torino, 2004 (rist.), 369 ss.

ammettersi solo in presenza di esigenze imperative di tutela di valori assolutamente inderogabili²⁹³.

Muovendo da tali premesse, la dottrina ha rilevato che nello Stato di diritto la libertà dell'uomo, intesa come autonomia limitabile solo in forza di un titolo giustificato, costituisce un presupposto irrinunciabile. La retroattività della legge contrasterebbe, dunque, con tale principio, considerato che essa *“degrada l'uomo da soggetto a oggetto”*, negandogli quella libertà che lo Stato di diritto deve invece garantire come espressione della personalità²⁹⁴. In definitiva, dunque, *“una crisi del divieto di retroattività della legge si risolve in una crisi dello Stato di diritto, perché mette in crisi la personalità dell'essere umano che si risolve nella sua libertà, perché mette in crisi la «legalità» e scuote le fondamenta dell'ordine sociale”*²⁹⁵. L'unico limite del divieto di retroattività della legge civile risiederebbe, pertanto, in un valore superiore a quello della personalità dell'uomo, individualmente considerato.

Altri ancora ritengono che il divieto di retroattività della legge troverebbe le proprie radici nel concetto di *“giustizia”*, la quale esigerebbe che, nell'applicare una legge nuova a rapporti giuridici già sorti, siano rispettati *“tutti quei diritti che dall'una o dall'altra delle parti, fra le quali il rapporto fu posto in essere, siansi acquistati con questo fatto”*, purché possano essere conservati senza pregiudizio per l'ordine pubblico. Ne consegue che l'ambito della legge sopravvenuta va limitato agli effetti dei rapporti preesistenti che non costituiscono diritti definitivamente maturati fin dall'origine. Diversamente, si finirebbe per ledere la *“giustizia”*, sottraendo a un cittadino un diritto per attribuirlo a un altro senza una reale esigenza

²⁹³ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 169. La risposta che l'A. ha dato a tale quesito si ispira alla letteratura tedesca e, in particolare, a F.J. STAHL, *Geschichte der Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1856, II, 336.

²⁹⁴ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 170, il quale si chiede “[a] che pro attribuire diritti, doveri capacità, se tutte le manifestazioni della personalità giuridica potessero poi risolversi in un inganno e non costituire il fondamento della libera esplicazione della personalità?”. *Contra* G. GROTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi* cit., 43 ss., il quale nega che, in mancanza di un espresso riconoscimento costituzionale, il principio di irretroattività della legge possa assurgere a regola generale idonea a vincolare il legislatore, sul solo presupposto del suo asserito collegamento con la tutela della personalità umana.

²⁹⁵ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 170 e 171.

pubblica e, per di più, in contrasto con il senso stesso della legge che si vorrebbe applicare²⁹⁶.

Infine, la dottrina più recente ha ripreso e sviluppato la teoria che individuava il fondamento del principio di irretroattività nella tutela della libertà dell'uomo. In particolare – muovendo dall'assunto che la legge orienta i comportamenti dei consociati – è stata ritenuta irrazionale una disciplina retroattiva che privi il singolo di un diritto o lo aggravi di un obbligo, qualificando *ex post* un comportamento in base a una norma sopravvenuta e dunque non conoscibile al momento in cui esso fu tenuto. Tale legge, oltre che ingiusta, è anche inefficiente, poiché altera le valutazioni costi-benefici operate dai privati sulla base della disciplina previgente, generando sprechi di risorse e compromettendo la prevedibilità delle relazioni economiche e giuridiche²⁹⁷.

Dalla rassegna delle teorie che hanno tentato di fondare il principio di irretroattività al di fuori del diritto positivo emerge come esse non siano riuscite a individuarne un fondamento realmente solido, né sul piano logico, né su quello dogmatico²⁹⁸.

3.1. (Segue). L'ambito applicativo del principio di irretroattività della legge. Le teorie dei diritti acquisiti e del fatto compiuto.

Oltre agli sforzi compiuti per rintracciare, al di fuori del diritto positivo, un fondamento del principio di irretroattività, la dottrina si è interrogata anche sul

²⁹⁶ C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 5. Similmente, C.M. BIANCA, *Diritto civile. I. La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 2002, 112, ritiene che il principio di irretroattività risponderebbe all'esigenza di garantire ai privati la certezza del diritto, ponendoli nelle condizioni di poter contare sulla disciplina legale in vigore al momento dei loro atti per sapere quali sono gli effetti giuridici dei loro atti.

²⁹⁷ A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 439 ss.; ID., *Sulla retroattività delle leggi civili* cit., spec. 795, ove l'A. afferma che “[a]ffinché appaia inaccettabile l'intervento retroattivo dunque, debbono concorrere violazioni contemporanee dell'uguaglianza e della libertà. L'irragionevolezza che si oppone all'intervento retroattivo è quella, e solo quella, che ricorre – e ciò non ricorre in ogni caso di norma retrospettiva – allorché al privato è inflitto un pregiudizio contrario alla giustizia retributiva o distributiva che sia innanzitutto violenza alla libertà di scelta che il diritto è impegnato”.

²⁹⁸ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

perimetro del suo ambito operativo. In particolare, ci si è chiesti che cosa debba intendersi per legge retroattiva, come essa operi e in che cosa consista il “*disporre per il passato*”.

Anche in questo caso, i risultati non sono del tutto soddisfacenti.

Le tesi in argomento condividono il metodo di indagine: la nozione di retroattività è stata ricostruita in negativo, individuando i limiti che essa incontra rispetto ai “*diritti acquisiti*” o ai “*fatti compiuti*”²⁹⁹.

Tali teorie affondano le radici nel dogma dell’individualismo economico che connota l’epoca in cui furono elaborate. Entrambe assumono – pur con intensità diversa – che la manifestazione di volontà dell’individuo debba essere regolata dalla legge vigente al momento della sua esternazione. Al contrario, un intervento successivo del legislatore o del giudice che ne modifichi la disciplina “*sconvolgerebbe*” la libertà e la responsabilità individuale. Pertanto, “*il principio assicura la certezza, la previsione, il calcolo: la sopravvenienza della legge antica tutela l’equilibrio del contratto (anche per quanto si riferisce ai suoi effetti futuri) dal mutamento della legislazione*”³⁰⁰.

Tali premesse trovano la loro espressione più compiuta nella dottrina esegetica, a cui si riconduce la teoria dei c.d. diritti acquisiti (o quesiti)³⁰¹, secondo cui non possono essere pregiudicati da una norma sopravvenuta i diritti già sorti sotto il vigore della legge anteriore. Il nucleo della teoria ruota intorno alla distinzione tra diritto quesito e mera aspettativa, quest’ultima non tutelata dal

²⁹⁹ G. FURGIUELE, *Diritto quesito o fatto compiuto: un problema di interpretazione normativa*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 145 ss.; G. PASSAGNOLI, *Fonte europee, successioni di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 552 ss.

A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale* cit., ha evidenziato che la dottrina classica ha cercato di definire i limiti alla retroattività attraverso tre principali fasi. In un primo periodo si sono affermate le teorie del fatto, tra cui la dottrina dei rapporti esauriti, dei fatti compiuti e dei diritti quesiti. Successivamente, l’attenzione si è spostata sulle teorie degli interessi, fondate sul rilievo dell’affidamento del cittadino e sulla tutela della funzione giurisdizionale. In una fase più recente, è stata infine proposta una teoria della norma, imperniata sul criterio della ragionevolezza.

³⁰⁰ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale* cit., 234 – 235; F. MAISTO, *Diritto intertemporale* cit., 92 ss.; R. QUADRI, *Acquisiti (diritti)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1968, 237 ss.

³⁰¹ Per una ampia esposizione della dottrina esegetica v. P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2^e ed., Parigi, 1960, 95 ss., 112 ss.

principio di irretroattività. A seconda della definizione che si attribuisce al diritto quesito, mutano le conclusioni circa l'applicazione della legge nuova o di quella precedente. Ciò risulta evidente dall'analisi delle diverse evoluzioni della teoria dei diritti quesiti. La riflessione dottrinale in materia si articola, in particolare, nelle elaborazioni di Lassalle³⁰², Gabba³⁰³ e Savigny³⁰⁴, che, pur con differenti sfumature teoriche, condividono l'idea che la scelta tra la legge antica e quella nuova debba dipendere da un giudizio qualificatorio sul carattere acquisito degli effetti prodotti da un fatto verificatosi sotto il vigore della normativa previgente³⁰⁵.

Secondo Lassalle, il diritto quesito (o acquisito) coinciderebbe con tutte le situazioni soggettive fondate su “*un atto dell'umana volontà*”³⁰⁶. Di qui l'idea che una legge retroattiva sia ammissibile nella misura in cui incida su situazioni non riconducibili a un atto di volontà individuale – come gli *status* –, restando invece protette quelle dipendenti da scelte negoziali. Questa impostazione si è però presto rivelata parziale e lacunosa. Il problema della retroattività non si lascia ridurre alla dicotomia tra atti di volontà e situazioni a essa estranee. La nozione di diritto acquisito così delineata è tanto sfumata da renderne necessaria un'integrazione mediante ulteriori criteri.

La teoria di Lassalle, dunque, viene ripresa e sviluppata da Gabba, in termini più ampi e articolati³⁰⁷. Quest'ultimo, in particolare, abbandona la concezione “volontaristica” di diritto quesito proposta da Lassalle, ritenendo che, sebbene la maggior parte dei rapporti giuridici nascano dalla volontà dell'uomo, ve ne sono alcuni – ignorati dalla teoria di Lassalle – che derivano, direttamente o indirettamente, dalla legge³⁰⁸. Pertanto, si dovrebbe intendere come acquisito il diritto che “*a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benché l'occasione di farlo valere non si sia*

³⁰² F. LASSALLE, *Die theorie der erworbenen rechte und der kollision der gesetze, unter besonderer berücksichtigung des römischen, französischen und preussischen rechts*, Leipzig, 1861, I, *passim*.

³⁰³ C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., *passim*.

³⁰⁴ F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* cit., *passim*.

³⁰⁵ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³⁰⁶ F. LASSALLE, *Die theorie der erworbenen rechte und der kollision der gesetze, unter besonderer berücksichtigung des römischen, französischen und preussischen rechts* cit., 47 ss.

³⁰⁷ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³⁰⁸ C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 176.

*presentata prima dell'attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge, sotto l'impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato*³⁰⁹. Ciò che rileva, dunque, non è più la circostanza per cui il diritto si fonda su un atto di volontà, bensì l'ingresso nel patrimonio attraverso l'operosità di colui che lo ha acquisito, ovvero, per l'operosità altrui, oppure ancora per *“estrinseche e fortuite circostanze, personali all'individuo”*³¹⁰.

Diversa, ancora, è la tesi di Savigny, il quale distingue le leggi che si riferiscono all'acquisto dei diritti (*erwerb*) da quelle relative all'esistenza o, comunque, al modo di essere, dei diritti soggettivi (*dasein*), come, ad esempio, quelle relative all'abolizione della schiavitù e dei feudi. Il principio di irretroattività si applicherebbe solo alle prime mentre le seconde sarebbero destinate a retroagire anche nei confronti di rapporti pendenti. Esse, infatti, avrebbero un carattere particolarmente imperativo, in quanto riflettono gli interessi, sempre mutevoli, della società³¹¹.

³⁰⁹ C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 191.

³¹⁰ C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 208.

³¹¹ F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* cit., 381 ss. *Contra* v. R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 115 - 116, il quale ritiene che la distinzione operata da Savigny si sostanzia in una tautologia, in quanto “[è] evidente infatti che se il legislatore mantiene l'istituzione, non sopprime la stessa istituzione, ma soltanto ne modifica il funzionamento, il legislatore assume la situazione giuridica che trova come presupposto delle proprie deliberazioni [...] In altri termini il legislatore non abroga la legislazione anteriore se non nei limiti nei quali intende sostituirsi a essa”.

Sebbene la teoria dei diritti quesiti sia stata fatta propria da parte della dottrina italiana³¹² e sia stata condivisa dalla giurisprudenza sino agli anni Cinquanta³¹³ – la quale con arbitraria discrezionalità qualificava, per ragioni di equità, come aspettativa i diritti che intendeva sottoporre all'imperio della legge nuova – essa è risultata “*illusoria*”, risolvendosi, in definitiva, in un criterio di legittimazione della legge retroattiva *ex post*³¹⁴. I limiti intrinseci della dottrina esegetica – legati all'indeterminatezza della nozione di diritto acquisito³¹⁵ e riconosciuti anche da coloro che la sostengono³¹⁶ – sono attribuibili al fatto che si è cercato di individuare un criterio uniforme per vari istituti giuridici. Un risultato, questo, “*inattuabile*” data la diversità delle numerose situazioni che si possono in concreto verificare³¹⁷.

³¹² V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Roma, 1921, 724 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1967, 126 ss., 305 ss., il quale accoglie ecletticamente un criterio che combini elementi del diritto quesito e del fatto compiuto. In particolare, l'A. ha il merito di chiarire che la non retroattività equivale alla non applicazione della legge nuova non solo agli effetti di un determinato rapporto sorto anteriormente alla sua emanazione, ma anche ai nuovi effetti dello stesso rapporto che si producono dopo l'entrata in vigore della legge nuova. Più di recente, secondo A. CIATTI, *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (Sofortwirkung)* cit., spec. 156 e 157, “*le pretese generate dal contratto (o quelle che il contratto già concluso potrà generare, ove ad esempio le parti avessero previsto un differimento degli effetti negoziali a un momento ulteriore e successivo alla conclusione di esso) possono essere assimilate alla categoria concettuale dei diritti quesiti, sì che l'applicazione della lex temporis actus andrebbe affermata anche per gli effetti in corso dei contratti a esecuzione continuata, periodica o differita*”.

Secondo A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2018, 68, i diritti quesiti “*sono quelli già entrati a far parte del patrimonio del soggetto, sebbene l'occasione per farli valere si presenti sotto la nuova legge*”. L'A., inoltre, evidenzia che le “*teoria del diritto quesito, pur nella loro chiarezza apparente, risultano di non sicura applicazione nella pratica, perché non è sempre possibile distinguere quando si tratti di un vero diritto e quando di una semplice aspettativa. Ma, nonostante le difficoltà, pensiamo che possano ritenersi ancora valide, purché si tenga ben presente che acquisito rimane il diritto nella sua unità concettuale, e non invece il suo contenuto di poteri e facoltà. Quello, una volta acquistato, non si perde più: questi ultimi, e il modo di esercizio del diritto stesso, sono invece sottoposti alla disciplina della legge nuova*”.

³¹³ *Inter alia*, v. Cass., 13 marzo 1950, n. 634, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, 2° quadr., 135 ss. Si rinviengono riferimenti al diritto acquisito anche in alcune pronunce successive. Cfr. Cass., 29 agosto 1963, n. 2372, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2304 ss.

³¹⁴ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³¹⁵ G. PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività* cit., 217 – 218; G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³¹⁶ C. CROME, *Parte generale del diritto privato francese moderno*, trad. it. di A. Ascoli e F. Cammeo, Milano, 1906, 59, secondo il quale “*la questione circa i requisiti necessari perché il diritto sia da considerarsi «quesito» in questo senso, non può esser risolta in modo uniforme per i diversi istituti giuridici*”. Al riguardo, G. PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività* cit., 231, rileva come “*la questione della retroattività o irretroattività delle leggi non sia già, come da tanti si ritiene, una questione da risolversi in generale per tutte le leggi, in base a date norme o principii, ma piuttosto una questione di interpretazione di ogni singola legge, non è certo necessario, e neppure, a nostro parere, opportuno ed utile, ricercare se le leggi tutte, riguardanti certe materie [...] siano retroattive o irretroattive*”.

³¹⁷ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

Gli è che il criterio così elaborato deve essere integrato da diverse aggiunte, eccezioni, limiti e correzioni che lo rendono applicabile al caso concreto, che può manifestarsi nelle modalità più svariate. Risulta, pertanto, vano lo sforzo secolare di risolvere i problemi legati al diritto intertemporale attraverso la teoria dei diritti quesiti, la cui precarietà ed elasticità ha permesso alla giurisprudenza “*di privilegiare la giustizia del caso singolo sulla automaticità delle regole*”³¹⁸.

Numerosi, inoltre, sono gli interrogativi lasciati privi di soluzione. Non è chiaro, ad esempio, se i diritti quesiti meritino tutela solo con riferimento al periodo in cui la legge anteriore era in vigore, oppure anche per quanto riguarda l’avvenire, non potendo la legge nuova alterarne o annullarne il contenuto³¹⁹. A ciò si aggiunga che la teoria in commento fisserebbe un criterio valido esclusivamente per il diritto privato, là dove, ponendo alla sua base la concezione di diritto soggettivo, esclude che esso si riferisca anche al diritto pubblico³²⁰. Infine, è stata sollevata la critica secondo cui la dottrina esegetica, anche nella sua evoluzione proposta da Gabba, ponendo come requisito per l’applicabilità del divieto di retroattività l’ingresso del diritto nel patrimonio del soggetto, non si potrebbero allora considerare tutelati i diritti non patrimoniali³²¹. Al riguardo, tuttavia, occorre evidenziare che i diritti non patrimoniali sono definiti tali non perché non fanno ingresso nel patrimonio dell’individuo, di cui fanno assolutamente parte, ma solo perché essi sono legati ai diritti fondamentali della persona e, in quanto tali, sono insuscettibili di una valutazione economica.

È stato inoltre osservato come la questione dei diritti quesiti venga spesso erroneamente confusa con quella della retroattività. Secondo questa critica, la prima avrebbe a oggetto i limiti che incontra la legge nuova nel produrre effetti nuovi, la seconda, invece, riguarderebbe “*soltanto un limite rispetto alle situazioni giuridiche prodotte e viventi nel passato*”³²².

³¹⁸ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale* cit., 240.

³¹⁹ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 108 ss.

³²⁰ G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie* cit.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1958, 90; G. PACE, *Il diritto transitorio, con particolare riguardo al diritto privato* cit., 237

³²¹ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³²² R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 113, il quale precisa che, mentre la retroattività della legge “*sconvolge una esperienza giuridica che trova la sua base su quella che fu*

Le diverse criticità della teoria dei diritti acquisiti hanno portato all'elaborazione, da parte della dottrina sistematica, della teoria del “*fatto compiuto*”, divenuta dominante in letteratura sostituendosi alla prima. In particolare, in reazione contro la tesi di Savigny, la pandettistica – prendendo spunto dalla sopra richiamata massima del diritto romano “*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari; nisi nominatim etiam de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit*”³²³ – ha ritenuto che le conseguenze di un fatto compiuto in vigenza di una legge devono continuare a essere disciplinate da quest'ultima³²⁴. L'intenzione era quella di semplificare il problema del diritto intertemporale, svincolandolo dalla inafferrabile nozione di diritto quesito e legandola, invece, sul piano dell'obiettività del fatto³²⁵.

Possiamo individuare due diverse versioni della teoria del fatto compiuto. Secondo la prima elaborazione della dottrina sistematica, la legge retroattiva non si applicherebbe non solo agli effetti di un fatto passato che si sono prodotti in costanza della legge previgente, ma anche agli effetti del medesimo fatto passato che, però, sono destinati a prodursi sotto l'imperio della nuova legge³²⁶.

Questa tesi originaria ha conosciuto un'evoluzione. Nella sua seconda formulazione sono stati accentuati i profili di divergenza rispetto alla dottrina dei diritti quesiti. La nozione di fatto compiuto è stata utilizzata per giustificare

l'attualità storica delle leggi del passato”, il mancato rispetto dei diritti acquisiti implica un mutamento che “*non tocca la funzione fondamentale del diritto come norma agendi*”, perché la legge nuova può innescare “*una diversa serie causale nell'ordine degli equilibri sociali*” senza per ciò solo ledere la dignità della persona, specie quando questa venga ridotta a “*oggetto di una manifestazione del potere di supremazia dello Stato*”. Per tale ragione, il rispetto dei diritti quesiti “*deve avere un diverso fondamento, sul piano etico, sociale, economico e giuridico*” e non va confuso con il tema della irretroattività. Del resto, “*nessuno può pretendere ed aspettarsi che la sfera della libertà, delle libere scelte, debba rimanere sempre la stessa*”, atteso che, pur non essendo ogni riforma un progresso, “*è comunque certo che il progresso può richiedere dei mutamenti di legislazione*”, cosicché “*non c'è nessuno al mondo, in nessuno dei punti cardinali, che non aspiri a un qualche mutamento dell'ordine esistente*”. In tal senso v. anche G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³²³ Cod. Theod., I, 14, 3 (a. 444, Teodosio II e Valentiniano III)

³²⁴ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* cit., I, cap. IV, 86 ss.

³²⁵ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³²⁶ P. ROUBIER, *Le droit transitoire* cit., *passim*. In Italia, la teoria è stata accolta per la prima volta da G.P. CHIRONI, *Della non retroattività della legge in materia civile*, Siena, 1885, *passim*.

l'applicazione immediata della legge nuova alle fattispecie pendenti³²⁷. Si è giunti così ad attribuire al principio di irretroattività della legge civile una connotazione più marcatamente positivistica³²⁸. In particolare, il maggior rappresentante di questa teoria, Coviello³²⁹, partendo dal presupposto secondo cui la legge non può estendere la sua efficacia su fatti compiuti prima della sua entrata in vigore, ha ritenuto che si possa parlare di retroattività: *a)* qualora la legge nuova si applichi anche a effetti che si sono prodotti nel passato; ovvero *b)* nel caso in cui – incidendo sul fatto compiuto – impedisca una conseguenza futura e, in particolare, l'ottenimento di un vantaggio, da esso derivante. Si distingue, quindi, tra la c.d. retroattività “*in senso proprio*”, se la nuova legge agisce sugli effetti passati di un fatto compiuto sotto l'imperio della legge antica; e la c.d. retroattività “*apparente*”, quando la nuova legge si applica immediatamente agli effetti futuri del fatto compiuto nel passato, a meno che non incida su di esso. In tale ultimo caso non potrebbe parlarsi di vera retroattività. La teoria, dunque, si risolve in un meccanismo di causa ed effetto tra il fatto passato e la nuova legge³³⁰.

Tale teoria è stata accolta favorevolmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, perché propone una formula semplice e ampia: tutela non solo i diritti quesiti – in quanto radicati in un fatto –, ma anche altre posizioni giuridiche, come facoltà e aspettative³³¹. Al contempo, l'obiettività del fatto consentiva una

³²⁷ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale* cit., 238.

³²⁸ Il fenomeno è descritto da A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale* cit., 238. Una dimostrazione della tendenza ad attribuire alla irretroattività una connotazione positivistica si rinviene in L. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano* cit., 107 ss., il quale giustificava l'applicazione immediata della legge nuova sulla base di argomenti testuali, sostenendo che “[i]l legislatore nostro non dicendo semplicemente la legge non ha effetto retroattivo, ma ancora e nel tempo stesso essa dispone solo per l'avvenire, ha delimitato la sfera dell'efficacia della legge nel tempo, non solo in maniera negativa ma anche in maniera positiva”. In tale ottica, la sopravvivenza della legge antica per gli effetti di fatti passati prodottesi sotto l'imperio della nuova legge potrebbe essere giustificato solo da ragioni di equità o utilità, ma non dal testo della legge.

³²⁹ L. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano* cit., 107 ss.

³³⁰ L. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano* cit., 108, nota 20, ove si legge che “non sempre le conseguenze di un fatto passato debbono essere regolate dalla legge vigente al tempo del fatto che ne è causa, giacché questo non deriva dal principio della irretroattività; né quelle sole che costituiscono un diritto quesito; ma quelle le quali non possono venire regolate dalla legge nuova, senza che questa venga così a regolare lo stesso fatto che ne è causa. il criterio perciò che serve a discernere le è il rapporto di causa ed effetto che passerebbe tra il fatto passato e l'applicazione della nuova legge: la ragione per cui la conseguenza di un fatto passato viene ad essere disconosciuta”.

³³¹ F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, 273, nota 1; G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale* cit., 94, secondo il quale, inoltre, “[l]a retroattività incontra però un limite ‘naturale’: la legge retroattiva non si applica a quei fatti che abbiano esaurito per intero la loro capacità di produzione di effetti giuridici”. Lo stesso L.

applicazione della dottrina sistematica anche nell'ambito del diritto pubblico. La teoria del fatto compiuto, però, incontra limite significativo: essa non protegge gli *status*, i quali non discendendo da un fatto, bensì direttamente dalla legge³³².

Tuttavia, anche la teoria in commento, come quella dei diritti quesiti, non appare idonea a sciogliere le questioni legate al principio di irretroattività e, in particolare, a definire con chiarezza i presupposti in base ai quali una legge possa dirsi retroattiva. Le sue due versioni – quella primigenia e quella frutto della sua evoluzione – conducono infatti a esiti assai diversi quanto alla disciplina degli effetti del fatto compiuto che maturano dopo l'emanazione della legge nuova. Secondo la versione originaria, gli effetti futuri restano attratti alla disciplina vigente al momento del fatto, che quindi “sopravvive” e prevale su quella sopravvenuta. Nella versione rielaborata, invece, tali effetti sono regolati dalla legge nuova ogniqualvolta essa li considera scissi dal fatto generatore, il quale rimane immutato³³³.

Inoltre, la teoria del fatto compiuto non tiene conto dei c.d. *facta pendentia*, ossia di quelle situazioni giuridiche sorte sotto la legge anteriore ma non ancora esaurite al momento dell'entrata in vigore di quella nuova. Poiché attribuisce rilievo al fatto in sé, essa finisce per escludere i rapporti di durata, nei quali non conta l'evento originario isolato, bensì il suo svolgimento nel tempo. In tali ipotesi il fatto generatore e gli effetti successivi non sono scindibili. La dicotomia tra “*fatto passato*” ed “*effetti futuri*” non regge, perché l'intera vicenda è ancora in corso quando sopraggiunge la nuova disciplina.

COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano* cit., osservava come “questa teoria è preferibile a tutte le altre per varie ragioni. Anzitutto ha il pregio di dare un criterio di facile applicazione pratica per discernere quando si possa o no regolare con la legge nuova rapporti giuridici che sono conseguenze di un fatto passato. Non obbliga ad esaminare se v'ha diritto quesito, facoltà o aspettativa, bastando vedere in che rapporto stia l'applicazione della legge col fatto passato”.

La teoria del fatto compiuto, inoltre, ha avuto ampio seguito anche da parte della giurisprudenza. *Ex multis* v. Cass. 29 aprile 1982, n. 2705, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Legge*, n. 39; ID., 31 marzo 1983, n. 2351, *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Previdenza sociale*, n. 324; ID. 3 marzo 2000, n. 2433, *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Legge*, n. 77; ID. 28 settembre 2002, n. 14073, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Professioni intellettuali*, n. 233. Più di recente v. Cass., 3 luglio 2013, n. 16620, in *DeJure*; ID. 2 agosto 2016, n. 16039, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Legge*, n. 47 e, da ultimo, ID., 20 settembre 2024, n. 25323, in *DeJure*.

³³² G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³³³ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

Ebbene, come anticipato, né la teoria dei diritti quesiti né quella del fatto compiuto sono pienamente soddisfacenti³³⁴. È stato infatti osservato che un elemento critico comune a entrambe consiste nel modo in cui esse limitano l'efficacia temporale della legge – ora come retroattività della norma sopravvenuta, ora come ultrattività di quella previgente – senza chiarire se si tratti di fenomeni speculari oppure di eventi distinti³³⁵.

3.2. (Segue). I c.d. “gradi” della retroattività della legge.

Contemporaneamente all'elaborazione delle teorie dei diritti quesiti e del fatto compiuto, altra parte della dottrina ha cercato di costruire una tassonomia della retroattività, invidiandone diversi “gradi” in base alla “forza” da essa esercitata sul passato.

In realtà, come è stato giustamente notato, non sarebbe corretto parlare di una maggiore o minore intensità della “forza” retroattiva di una legge. Essa, infatti, può essere solo retroattiva o non retroattiva, ma non più blandamente retroattiva o più intensamente retroattiva³³⁶. Tuttalpiù, i diversi gradi dovrebbero essere individuati in base alla progressiva maggiore distanza dall'ideale della legge non retroattiva³³⁷.

Ciò posto, la dottrina offre ricostruzioni molteplici, che divergono sia sul numero dei gradi di retroattività sia sulla loro nomenclatura. C'è chi ne distingue quattro, chi tre e chi – più frequentemente – due. Anche le etichette variano: si parla di retroattività “*propria-impropria*” (*echte Rückwirkung* *unechte-unechte*

³³⁴ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.; G. PASSAGNOLI, *Fonte europee, successioni di leggi e rapporti contrattuali pendenti* cit.

³³⁵ G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie* cit.; A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale* cit.

³³⁶ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 124.

³³⁷ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

Rückwirkung)³³⁸, “diretta-indiretta”³³⁹, “forte-debole”³⁴⁰, “maggiore-minore”³⁴¹ o “iperretroattività-pseudoretroattività”³⁴², “vera-falsa”³⁴³.

La tassonomia più articolata distingue quattro gradi di retroattività³⁴⁴. “Ordinaria”, quando la legge successiva regola gli effetti di fatti anteriori che si manifestano dopo la sua entrata in vigore; “rinforzata”, quando disciplina per l’avvenire anche conseguenze giuridiche già prodotte in base alla legge precedente; “radicale”, quando si applica alle conseguenze già verificatesi come se fosse stata vigente al tempo del loro verificarsi; “ripristinatoria”, quando incide persino su rapporti ormai esauriti, rimuovendo o modificando effetti consolidati.

Tale ultimo grado di retroattività viene definito da alcuni “iper-retroattività”³⁴⁵ e corrisponderebbe alle *causae finitae* proprie del diritto romano. Secondo parte della dottrina si tratterebbe, in realtà, di un fenomeno “impossibile”³⁴⁶. L’iper-retroattività dovrebbe agire su eventi del passato rispetto ai quali non è più possibile imporre un obbligo nel presente e nell’avvenire – creando una situazione giuridica diversa da quella vissuta – essendone venuti meno i presupposti reali³⁴⁷. Del resto, la legge ha per oggetto solo “situazioni della vita” che si prolungano dopo l’entrata in vigore della nuova legge e mai quelle che si

³³⁸ F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* cit., 383.

³³⁹ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.; ID., *Diritto quesito o fatto compiuto*, ove l’A. sostiene che si abbia un fenomeno di retroattività, considerata in senso “pieno”, solo là dove la nuova legge si applichi anche per il passato, mutando la disciplina da quella vecchia a quella nuova. Diverso, invece, sarebbe il caso in cui la nuova disposizione incida “anche rispetto ad un fenomeno verificatosi, sì, nel passato, ma soltanto per le ulteriori circostanze realizzatesi in un momento posteriore all’entrata in vigore della medesima norma”.

³⁴⁰ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti* cit., 178.

³⁴¹ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³⁴² G. PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività* cit., 225 – 226. Anche R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti* cit., 178 utilizza il termine iper-retroattività.

³⁴³ F. ASTONE, *Rapporti di durata e intertemporalità* cit.

³⁴⁴ M. POPOVILIEV, *Le droit civil transitoire ou intertemporal (Sa nature juridique, sa regle generale et sa place dans la legislation)*, in *Rev. dr. civ.*, 1908, 502, nt. 2.

³⁴⁵ G. PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività* cit., 225 – 226; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti* cit., 178.

³⁴⁶ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 83; C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi* cit., 27 ss.; G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.; L. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano* cit., 97.

³⁴⁷ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 83, il quale porta l’esempio di una legge retroattiva che disponga in senso contrario circa gli obblighi reciproci dei coniugi rispetto al matrimonio sciolto per morte dei coniugi stessi. Si tratterebbe di un “non senso logico e giuridico”, atteso che, da un lato, non sarebbe più possibile imporre diritti e doveri a chi non esiste più e, dall’altro lato, non si potrebbero annullare i diritti e i doveri che esistevano secondo la legge antica.

sono estinte per la fine dei soggetti o dell'oggetto, ove la irretroattività in *re ipsa* è logicamente "*impossibile*"³⁴⁸.

Discussa, invece, è l'applicabilità o meno del principio di retroattività anche ai casi di c.d. retroattività impropria, ossia quando la legge disciplina, *ex nunc*, gli effetti di fatti occorsi durante la vigenza della legge antica che si realizzano dopo l'entrata in vigore della legge nuova. Se alcuni ritengono che anche in questi casi trovi applicazione il divieto di retroattività della legge, altri negano che tali ipotesi violino il divieto di retroattività della legge³⁴⁹. In tale ultima prospettiva, la legge potrebbe ritenersi veramente retroattiva esclusivamente là dove incida *ex tunc* su effetti prodottesi nel passato³⁵⁰.

La suddivisione della retroattività in diversi gradi è stata oggetto di forti critiche, poiché ritenuta una costruzione concettuale oscura, artificiosa e di scarsa utilità applicativa. Le varie classificazioni risultano infatti eterogenee e prive di confini chiari tra un grado e l'altro, rendendone difficile l'impiego sistematico³⁵¹. Una parte della dottrina sostiene, al contrario, che esista un'unica forma di retroattività, quella *ex tunc*, poiché solo in tal caso la legge nuova incide su situazioni già perfezionate nel passato. Per converso, nei casi in cui la norma sopravvenuta operi *ex nunc*, non si tratterebbe di retroattività, bensì di un fenomeno distinto, volto a regolare gli effetti futuri di rapporti ancora in corso³⁵². Qualora, invece, si qualificasse come retroattiva anche questa ipotesi, quasi ogni legge

³⁴⁸ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 124.

³⁴⁹ G. FURGIUELE, voce *Diritti acquisiti* cit.

³⁵⁰ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 122, il quale ritiene che i casi di retroattività *ex nunc* appartenerebbero alla questione, diversa e distinta da quella della retroattività, della violazione dei diritti quesiti.

³⁵¹ D. DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, estratto da *Riv. it. sc. giur.*, 1915, 235 ss.; R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 120 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie* cit.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

³⁵² D. DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge* cit., 13 ss., secondo il quale "*se la nuova legge agisce sugli effetti attuali del fatto passato, in sé e per sé considerati, allora non si ha retroattività; ma se agisce su essi, in quanto valuta diversamente il fatto, che ne è il presupposto, o riconnettendo al fatto stesso effetti diversi o riconnettendo gli stessi effetti a un diverso fatto, allora si ha retroattività*". Le critiche elaborate da Donati sono state poi condivise da G. PACE, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato* cit., 132, 300 ss., il quale ha osservato che "*la concatenazione dei fatti giuridici ed il loro giuoco ed intreccio reciproco è così vasto e diffuso che di leggi retroattive non ce ne sarebbero affatto, se bastasse una qualsiasi relazione con effetti di fatti anteriori per indurne la retroattività*".

finirebbe per essere retroattiva, e il principio di non retroattività verrebbe ridotto a un'eccezione³⁵³.

Vi è poi chi ritiene che la tassonomia di cui si tratta sarebbe fondata su un presupposto sbagliato, ossia che la retroattività possa agire con intensità e forza diverse. Al riguardo, come sopra anticipato, è stato osservato che, in realtà, l'alternativa è sempre tra retroattività o non retroattività, non potendosi parlare di una retroattività più blanda o più intensa. Tuttalpiù, potrebbe farsi riferimento a una maggior gravità della violazione, da parte della legge retroattiva, della libertà, dignità e sicurezza individuale.

La dottrina più recente riconosce (condivisibilmente) che le questioni in esame sono ben più complesse della rigida dicotomia tra retroattività e irretroattività, e sottolinea come “[l]’*elaborazione della sottodistinzione tra retroattività propria e retroattività impropria è l’indice della consapevolezza della non linearità dei fenomeni e della conseguente inadeguatezza di categorie giuridiche troppo nette, che non riescono ad assicurarne un corretto inquadramento*”³⁵⁴. Questa distinzione riflette una *forma mentis*, condivisa da dottrina e giurisprudenza, che vede nel divieto di retroattività un principio generale di tutela della certezza del diritto e dell’affidamento, tanto nei casi di retroattività “propria” quanto in quelli di retroattività “impropria”. In realtà, però, ogni legge comporta una qualche “*retrovalutazione giuridica*” del passato, atteso che, anche quando dispone per il futuro, il legislatore constata l’esistenza di fatti giuridici preesistenti e ne dispone la disciplina³⁵⁵.

³⁵³ G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie* cit., secondo il quale “*definendo retroattive le legge che disciplinano con efficacia ex nunc le situazioni giuridiche pendenti, poiché la più parte delle leggi hanno proprio questa efficacia, conduceva alla paradossale conseguenza che, al di fuori del campo penale (per disposizione esplicita di legge) e del campo contrattuale (in cui vige il principio della ultrattività della legge abrogata), in ogni altro campo la retroattività costituisce la regola e la irretroattività l’eccezione, in stridente contrasto con quanto il diritto positivo dispone (art. 11 disp. prel. c.c., art. 2 c.c. fr., ecc.)*”.

³⁵⁴ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., spec. 1827

³⁵⁵ M. LUCIANI, *Retroattività, giurisprudenza costituzionale, diritto privato* cit.; ID., *Il dissolvimento della retroattività* cit., spec. 1828, nota 34, ove l’A. fa l’esempio di una norma che regoli le conseguenze della resurrezione, ossia una fattispecie del tutto nuova ed interamente proiettata nel futuro. Anche in questo caso, la legge guarderebbe comunque al passato, nella misura in cui rivaluta la fattispecie presupposta alla resurrezione, cioè la morte. In tali termini v. anche L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile* cit.

Da qui la domanda: che cosa distingue davvero la legge retroattiva da quella irretroattiva? Non può bastare la risposta – talvolta proposta³⁵⁶ – secondo cui la regola retroattiva sostituisce *ex tunc* una valutazione a un'altra; si tratterebbe di un argomento tautologico, poiché il nodo è proprio chiarire quando l'efficacia *ex tunc* sia inammissibile³⁵⁷. Occorre allora mutare completamente prospettiva, “accantonando” la questione relativa alla retroattività. La legittimità di una legge che incide, in qualunque forma, su situazioni pregresse va misurata alla luce delle conseguenze giuridiche che essa ricollega a quella rivalutazione, verificando se e come tali effetti incidano sulla certezza del diritto e sul legittimo affidamento e ai principi costituzionali a cui essi si legano³⁵⁸.

In definitiva, non si può che rilevare l'inidoneità delle teorie che hanno suddiviso la retroattività in più gradi a offrire una soluzione alle questioni di cui si discute e a spiegare in modo chiaro e preciso cosa intenda per retroattività.

³⁵⁶ G. PACE, *Il diritto transitorio, con particolare riguardo al diritto privato* cit., 315.

³⁵⁷ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit. evidenzia, al riguardo, come una legge che modifica un contratto di durata rivaluta il passato esattamente come una legge che travolge il giudicato. Ma se in quest'ultimo caso nessuno ha dubbi circa l'efficacia *ex tunc* della norma, nel primo la dottrina non è riuscita a offrire una risposta unanime. Secondo L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile* cit., spec. 1232, nota 19, “la distinzione tra efficacia *ex tunc* ed efficacia *ex nunc* si presenta assai meno ovvia di quanto non possa apparire inizialmente [...] l'efficacia giuridica (da intendersi nel senso di concreta produzione di effetti) è iscritta nel presente, perché le modificazioni che essa introduce nel mondo del diritto non possono che determinarsi *hic et nunc*. Quella che noi denominiamo efficacia *ex tunc* è, in realtà, una specifica modalità di determinazione del contenuto dell'effetto, che si avvale del riferimento ad una fase temporale anteriore al momento in cui l'effetto viene in essere”.

³⁵⁸ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.; L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile* cit.

4. La retroattività e i suoi limiti secondo la giurisprudenza.

Se la dottrina non è riuscita a definire precisamente la nozione di retroattività, anche la giurisprudenza non sembra offrire soluzioni soddisfacenti alla questione in esame.

Come evidenziato nei precedenti capitoli, il legislatore moderno è sempre più incline a invadere lo spazio riservato all'autonomia privata, intervenendo con provvedimenti che, con più o meno intensità, incidono sul passato³⁵⁹.

Per tali ragioni, se, da un lato, la giurisprudenza di legittimità si è concentrata sull'individuazione di una nozione di (ir)-retroattività, dall'altro lato, la Corte costituzionale – essendo stata chiamata più volte a decidere in merito alla legittimità di leggi retroattive – ha tentato di dettare i limiti che il legislatore deve rispettare nell'emanare una norma con effetti retrospettivi³⁶⁰. Dunque, la presente analisi non può che passare per l'approfondimento dei principi e dei criteri elaborati dalla giurisprudenza – sia di cassazione sia costituzionale – da cui dipende, in definitiva, l'applicazione concreta del principio di irretroattività³⁶¹.

³⁵⁹ Tale fenomeno viene descritto dall'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 309 del 16 giugno 1977, in *Foro it.*, 1977, I, 1583 ss., con cui è stata rimessa all'esame della Corte costituzionale la questione circa l'interpretazione retroattiva della norma di cui all'art. 429, terzo comma, c.p.c. Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno evidenziato che “[i]l legislatore ordinario sembra da tempo propenso (come del pari nella materia, sotto questo aspetto analoga, della previdenza sociale) a disapplicare il principio generale della irretroattività della legge, che pur costituisce di regola, espressione di civiltà giuridica. Tale tendenza, infatti, si manifestò già in occasione dell'emanazione e del vigente codice civile, sia perché l'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, subito dopo aver sancito quel principio, vi derogò per i contratti collettivi di lavoro (aventi allora carattere normativo); sia perché il contrario principio della retroattività venne ampiamente accolto nelle disposizioni transitorie relative alle nuove norme sul lavoro subordinato ed autonomo e sui contratti agrari (artt. 195, 196, 197, 2021, r.d. 30-3-1942). Né una tendenza siffatta può dirsi oggi in contrasto con la Costituzione, la quale, mentre ha reso vincolante il principio della irretroattività soltanto per le leggi penali ha mostrato con numerosi precetti di voler privilegiare il lavoro e i relativi crediti dei lavoratori”.

³⁶⁰ Per la ricostruzione dei diversi orientamenti della Corte costituzionale in merito al principio di retroattività v. per tutti Corte cost., 23 aprile 2024, in *Giur. cost.*, 2024, 2, 725 ss. In dottrina v. anche L. LORELLO, *La retroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 163 ss.; A. VALENTINO, *Il principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. AIC*, 3, 2012

³⁶¹ In tal senso v. Cass., 8 marzo 1956, n. 696, in *Foro it.*, I, 895 ss., secondo cui “l'applicazione della legge nel tempo, nel senso della ultrattività o della retroattività discende dai principi generali che, sebbene disputati, tuttavia sono stati individuati dalla giurisprudenza di questa Corte Suprema e dalla dottrina senza che occorra una disposizione espressa”.

Anzitutto, occorre osservare che la Corte di cassazione sembrerebbe ancora oggi accogliere una nozione di retroattività fondata sulla teoria del fatto compiuto. È stato più volte precisato, anche di recente, che il principio di irretroattività implica che la legge sopravvenuta non si applichi né ai rapporti già esauriti prima della sua entrata in vigore, né a quelli preesistenti ancora in corso quando ciò comporti di negare gli effetti già prodotti dal fatto originario o di privare, in tutto o in parte, di efficacia le sue conseguenze presenti o future. Viceversa, la nuova disciplina può applicarsi ai fatti, agli *status* e alle situazioni esistenti (o sopravvenuti) alla data di entrata in vigore, anche se dipendono da un fatto passato, purché siano considerati in sé, senza tener conto del loro collegamento con il fatto che li ha generati³⁶².

Più precisamente, la Corte suprema, seppur in epoca risalente, ha evidenziato che la retroattività costituisce un “*caso limite di disponibilità degli effetti giuridici da parte del legislatore*”, al quale è consentito disciplinare gli effetti che si sono prodotti sotto la vigenza della legge antica, solo nel caso in cui ciò sia funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico. Rappresentando un’ipotesi del tutto eccezionale, è necessario stabilire, sul piano interpretativo, quando si possa parlare effettivamente di retroattività incompatibile con l’art. 11 delle disposizioni preliminari del Codice civile. Secondo i giudici di Piazza Cavour, la nuova legge può definirsi retroattiva là dove “*introduca, sulla base di una nuova qualificazione giuridica di fatti e di rapporti già assoggettati all’impero di una legge precedente: a) una nuova disciplina degli effetti già esauriti sotto la legge precedente (fatto compiuto) con eccezione del limite della cosa giudicata ;b) una nuova disciplina di tutti gli effetti di un rapporto posto in essere prima della entrata in vigore della nuova norma, senza distinzione tra effetti verificatisi anteriormente o posteriormente alla nuova disposizione, pur essendo possibile separare ontologicamente gli uni dagli altri e non sussistendo tra i medesimi un rapporto di inerenza o dipendenza*”³⁶³.

³⁶² Cass. 29 aprile 1982, n. 2705, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Legge*, n. 39; ID., 31 marzo 1983, n. 2351, in *Foro it.*, Rep. 1983, voce *Previdenza sociale*, n. 324; ID. 3 marzo 2000, n. 2433, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Legge*, n. 77; ID. 28 settembre 2002, n. 14073, in *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Professioni intellettuali*, n. 233. Più di recente v. Cass., 3 luglio 2013, n. 16620, in *DeJure*; ID. 2 agosto 2016, n. 16039, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Legge*, n. 47 e, da ultimo, ID., 20 settembre 2024, n. 25323, in *DeJure*.

³⁶³ Cass., 11 luglio 1975, n. 2473, in *Giust. civ.*, 1975, I, 1233 ss.

Illustrato, nei termini che precedono, l'orientamento della Corte di cassazione, occorre ora soffermarsi sulla giurisprudenza della Corte costituzionale, che riveste maggior rilevanza ai fini della presente ricerca, sia per l'autorevolezza della Consulta sia perché il giudizio di legittimità costituzionale costituisce la *sedes materiae* di tutte le questioni relative alla validità delle leggi retroattive.

Con la sentenza n. 118 dell'8 luglio 1957 la Corte costituzionale ha per la prima volta evidenziato che il principio di irretroattività rappresenta “*un'antica conquista della nostra civiltà giuridica*”. Tuttavia, in materia civile, il divieto di retroattività della legge civile non assurge, nella sua assolutezza, a precetto costituzionale e, dunque, la sua osservanza è rimessa alla libera valutazione del legislatore. Ciò nonostante, anche in materia civile il legislatore “- *salvo estrema necessità - dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel diritto pubblico che in quello privato, la certezza dei rapporti preferiti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione, ecc.) uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile*”³⁶⁴.

L'orientamento della Consulta sopra richiamato presenta diversi limiti. Da un lato, nega rango costituzionale al principio di irretroattività, finendo per consentire al legislatore di derogarvi. Dall'altro lato, lo qualifica al contempo come principio fondamentale dell'ordinamento, posto a presidio di valori cardine non solo giuridici ma anche sociali. La Corte arriva persino ad affermare che il legislatore “*dovrebbe a esso attenersi*”, salvo che ricorrano casi di “*estrema necessità*”. Resta però indeterminato che cosa si intenda per retroattività e come il fenomeno operi in concreto. Non è chiarito il valore precettivo del principio nei confronti del legislatore. L'uso del condizionale (“*dovrebbe*”) rende la proposizione vaga e non viene indicato quale sarebbe il fondamento giuridico di un simile divieto. Parimenti, mancano criteri positivi per identificare le situazioni di “*estrema necessità*” idonee a giustificare un intervento legislativo retroattivo.

Nonostante tali limiti, i principi affermati dalla sentenza n. 118/1957 sono stati più volte richiamati nelle successive pronunce della Consulta, la quale ha ribadito in diverse occasioni che il divieto di retroattività della legge assume un ruolo centrale nel nostro ordinamento, rappresentando un “*fondamentale valore di*

³⁶⁴ Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118 cit.

*civiltà giuridica, non solo nella materia penale, ma anche in altri settori dell'ordinamento*³⁶⁵.

Successivamente, la Corte ha precisato i limiti entro cui il legislatore può esercitare il potere di emanare leggi retroattive. In particolare, pur ammettendo la possibilità di una disciplina retroattiva, ha affermato che essa non può risolversi in un intervento irrazionale o arbitrario, tale da incidere su situazioni sostanziali consolidate e da compromettere la fiducia dei cittadini nella sicurezza giuridica, che integra un elemento costitutivo dello Stato di diritto³⁶⁶. Allo stesso modo, le disposizioni retroattive devono rispettare i principi e i diritti previsti dalla Costituzione³⁶⁷, evitando di porre in conflitto il loro contenuto con altri interessi di rango costituzionale³⁶⁸.

Anche in questo caso, però, i primi provvedimenti della Corte costituzionale che hanno individuato la “ragionevolezza” quale limite del legislatore nell’emanare leggi retroattive non hanno però chiarito in modo preciso il contenuto di tale nozione. In effetti, il legislatore dispone sempre di una ragione per intervenire sul passato. Né si comprende il motivo per cui la “ragionevolezza” debba costituire un limite del legislatore sebbene essa, come la retroattività, non è un valore costituzionalmente protetto di per sé³⁶⁹.

Un tentativo, in ogni caso, di chiarire in cosa consiste la ragionevolezza è stato compiuto dalle successive sentenze della Corte, la quale ha evidenziato come essa si sostanzi in “*un puntuale bilanciamento tra le ragioni che ne hanno motivato la previsione e i valori, costituzionalmente tutelati, al contempo potenzialmente lesi dall’efficacia a ritroso della norma adottata*”³⁷⁰.

³⁶⁵ *Ex multis*, v. Corte cost., 16 aprile 2025, n. 44, in *DeJure*; Corte cost., 17 gennaio 2024, n. 4, in *Giur. cost.*, 2024, 14 ss.; Corte cost., 15 giugno 2022, n. 145, in *Giur. cost.*, 2022, 1219 ss.; Corte cost., 23 febbraio 2022, n. 104, in *Giur. cost.*, 1056 ss.

³⁶⁶ Corte cost., 17 dicembre 1985, n. 349, in *Giur. cost.*, 1985, 12 ss.

³⁶⁷ Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1341 ss.; ID., 21 marzo 2011, n.93, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1357 ss.; ID., 26 giugno 2007, n. 234, in *Giur. cost.*, 2007, 3, 2115 ss.; ID., 23 luglio 2002, n. 374, in *Giur. Cost.*, 2002, IV, 2769 ss.

³⁶⁸ Corte cost., 27 aprile 1994, n. 153, in *Giur. cost.*, 1994, 1183 ss.

³⁶⁹ G. SCIACCA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 1 ss.; A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit.

³⁷⁰ *Inter alia*, Corte cost., 12 aprile 2017, n. 73, in *Giur. cost.*, 2, 720 ss.; ID., 24 aprile 2020, n. 70, in *Giur. cost.*, 2020, 2, 776 ss.

Più nel dettaglio, la Corte ha osservato che il principio generale di ragionevolezza “*si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; [al]la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; [al]la coerenza e [al]la certezza dell’ordinamento giuridico; [a]l rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario*”³⁷¹. In questa prospettiva, la ragionevolezza assume una funzione di garanzia dei privati, volta a impedire che la retroattività legislativa degeneri in uno strumento arbitrario di sovvertimento dell’ordine giuridico e della fiducia dei cittadini.

È stato, infine, rilevato che il controllo sulle leggi retroattive debba svolgersi alla luce dei principi di preminenza del diritto ed equo processo, in ragione della corrispondenza tra l’art. 111 Cost. e l’art. 6 CEDU, per il tramite dell’art. 117, primo comma, Cost. La retroattività in materia civile non è, di per sé, vietata. Tuttavia, in assenza di motivi imperativi di interesse generale, il legislatore non può ingerirsi nell’amministrazione della giustizia con il fine evidente di influenzare l’esito di una controversia, poiché ciò viola la parità delle armi tra le parti³⁷². L’individuazione dei motivi imperativi di interesse generale spetta agli Stati, i quali devono operare una valutazione sistematica dei profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali. Tuttavia, occorre tener presente che ragioni meramente finanziarie, da sole, non sono sufficienti a giustificare un intervento retroattivo incidente su rapporti in corso di esecuzione. Al contrario, il carattere imperativo

³⁷¹ *Ex plurimis*, Corte cost., 12 aprile 2017, n. 73 cit.; ID., 12 luglio 2019, n. 174, in *Giur. cost.*, 2019, 4, 2051 ss.; ID., Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108 cit.; ID., 11 giugno 2010, n. 209, in *Giur. cost.*, 2010, 3 2417, con osservazioni di M. ESPOSITO, *Azione amministrativa, provvedimento, consecuzione di leggi*; ID., 10 novembre 1994, n. 397, in *Giur. cost.*, 1994, 3538 ss. Tuttavia, tali interventi non hanno definito con chiarezza il significato e la portata della clausola generale di ragionevolezza. Secondo G. SCIACCA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale* cit., 1 ss. “[i] confini teorici, logici e applicativi di questa forma di controllo della legislazione [...] sono ancora tanto largamente indefiniti che l’impiego del termine relativo, in dottrina come nella giurisprudenza costituzionale, ha valenza suggestivo-allusiva (perifrastica, appunto), non certo referenziale”. Più specificatamente sulla clausola generale di ragionevolezza v. il § 4.2 del presente Cap.

³⁷² Corte cost., 16 aprile 2025, n. 44 cit.; ID., 4 luglio 2014, n. 191, in *Giur. cost.*, 2014, 4, 3117 ss.; ID., 30 gennaio 2018, n. 12, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 160 ss., con osservazione di A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*; ID., 12 luglio 2019, n. 174 cit.; ID., 23 aprile 2024, n. 70, in *Giur. cost.*, 2024, 2, 725 ss.; Corte EDU, *Anna De Rosa e altri c. Italia*, ric. n. 52821/99, sentenza dell’11 dicembre 2012; ID., *Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia*, ric. n. 13427/87, sentenza del 9 dicembre 1994.

delle ragioni di interesse generale va valutato nel suo complesso, considerando (i) quanto fosse consolidato l'orientamento giurisprudenziale poi rovesciato dall'intervento legislativo; (ii) le modalità e la tempistica di attuazione della nuova disciplina; (iii) il grado di prevedibilità dell'intervento; (iv) nonché l'ampiezza della normativa e i suoi effetti³⁷³. In questa prospettiva, i diritti costituzionali interagiscono con le garanzie sovranazionali in un quadro di integrazione e bilanciamento, che la Corte conduce con una valutazione complessiva, e non isolata, dei valori coinvolti³⁷⁴.

Tra gli indici sintomatici di un uso distorto della funzione legislativa, la Consulta ha segnalato metodo e tempistica dell'intervento, specie quando lo Stato o una pubblica amministrazione siano parte in un processo già pendente e la legge (anche di interpretazione autentica) intervenga a notevole distanza dall'entrata in vigore delle disposizioni interpretate³⁷⁵.

A partire dalla sentenza n. 349 del 1985³⁷⁶, la Consulta ha evidenziato che i limiti alla retroattività si misurano in relazione alla certezza del diritto e al legittimo affidamento, i quali rappresentano principi cardine del nostro ordinamento, sia giuridico sia sociale. In particolare, il legittimo affidamento nella certezza del diritto e nella stabilità nel tempo dell'assetto regolatorio è principio intrinseco allo Stato di diritto, quale proiezione “soggettiva” dell'esigenza di coerenza dell'ordinamento e della certezza giuridica che esso deve garantire³⁷⁷.

³⁷³ Corte cost., 16 aprile 2025, n. 44 cit.; Corte EDU, grande camera, *V.I. S.A. c. Belgio*, ric. n. 60125/11, sentenza del 3 novembre 2022, § 108.

³⁷⁴ Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Giur. cost.*, 2012, 6, 4216 ss., con osservazione di D. NOCILLA, *Per una maggior attenzione ai presupposti di teoria generale del diritto, che motivano la decisione della Corte costituzionale*; ID., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Giur. cost.*, 2009, 6, 4747 ss., con osservazioni di G. UBERTIS, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionistica del processo contumaciale*, e F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*; ID., 12 luglio 2019, n. 174 cit.; ID., 23 aprile 2024, n. 70 cit.

³⁷⁵ Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 12 cit.; ID., 12 luglio 2019, n. 174 cit.; ID., 23 aprile 2024, n. 70 cit.

³⁷⁶ Corte cost., 17 dicembre 1985, n. 349 cit., ove si afferma che “l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica [...] costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto”.

³⁷⁷ Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108 cit.; ID., 21 novembre 2019, n. 241, in *Giur. cost.*, 2019, 6, 2989 ss.

Sebbene la certezza del diritto non sia espressamente prevista dalla Costituzione, essa costituisce un “*elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*”³⁷⁸, appartenente sia all’ordinamento nazionale sia a quello sovranazionale³⁷⁹. La Corte giunge pertanto a riconoscere il fondamento costituzionale della certezza del diritto in una delle declinazioni dell’art. 3 Cost.³⁸⁰. La copertura costituzionale della certezza del diritto, però, non è assoluta. Essa è tutelabile solo quando la posizione giuridica da cui origina risulti adeguatamente consolidata, sia per la durata apprezzabile nel tempo, sia perché maturata in un contesto normativo sostanziale idoneo a generare una ragionevole aspettativa di stabilità.

Il fattore temporale – ossia l’intervallo tra il sorgere della posizione giuridica e l’emanazione della legge sopravvenuta che incide in senso sfavorevole su di essa – è assunto dalla Consulta come parametro decisivo per valutare se i valori della certezza del diritto e del legittimo affidamento sono stati violati. Essi, infatti, sono intesi come valori dinamici, non statici: non assumono rilevanza per il solo fatto che il privato abbia acquisito una data situazione giuridica, ma dipendono dal grado di consolidamento che tale posizione ha progressivamente assunto, cioè dal tempo trascorso dalla sua insorgenza. Più lungo è il tempo, meno sarà prevedibile che un provvedimento legislativo modifichi la situazione giuridica e, dunque, più intenso è l’affidamento tutelabile³⁸¹.

Il vaglio circa l’illegittimità della norma retroattiva deve, in ogni caso, svolgersi tenendo conto del contesto concreto, cioè delle “*circostanze di fatto e di*

³⁷⁸ Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16, in *Giur. cost.*, 2017, 1, 85 ss.

³⁷⁹ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 267, in *Giur. cost.*, 2017, 6, 2912 ss.; ID., 4 luglio 2017, n. 154, in *Giur. cost.*, 2017, 4, 1431 ss.

³⁸⁰ Corte cost., 20 maggio 2016, n. 108, in *Giur. cost.*, 2016, 3, 925 ss.; ID., 21 novembre 2019, n. 241 cit.

³⁸¹ Corte cost., 26 aprile 2018, n. 89, in *Giur. cost.*, 2018, 2, 751 ss.; ID., 1° dicembre 2017, n. 250, in *Giur. cost.*, 2017, 6, 2592 ss., con osservazione di C. GRASSO, *Giudicato costituzionale, discrezionalità del legislatore e modulazione retroattiva della perequazione dei trattamenti pensionistici nella sentenza n. 250 del 2017 della Corte costituzionale. Qualche spunto di riflessione critica*; ID., 20 maggio 2016, n. 108 cit.; ID., 31 marzo 2015, n. 56, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 488 ss., con osservazione di R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici sottostanti al regime di monopolio statale di concessione per l’esercizio di attività di gioco pubblico con vincite a denaro e sulla giustificazione di nuovi requisiti ed obblighi imposti con legge e non suscettibili di indennizzo*.

*contesto entro cui l'intervento legislativo è maturato*³⁸², atteso che rientra nella discrezionalità del legislatore intervenire anche su assetti già definiti da precedenti leggi, quando l'esperienza applicativa mostri esiti non conformi a criteri di equità. Per tale ragione, interessi pubblici sopravvenuti possono giustificare interventi legislativi peggiorativi anche su posizioni consolidate, a condizione che essi siano proporzionati rispetto agli obiettivi di interesse generale perseguiti³⁸³

In definitiva, i principi espressi dalla Corte costituzionale in merito alla retroattività delle leggi possono essere riassunti nella seguente massima: *“la sovrana volontà del legislatore nell’emanare dette leggi incontra una serie di limiti che questa corte ha da tempo individuato, e che attengono alla salvaguardia, oltre che di norme costituzionali, di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma dallo stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo stato di diritto; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario*³⁸⁴.

³⁸² Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108 cit. Sempre in termini riassuntivi dei principi emanati dalla Corte costituzionale v. Corte cost., 21 ottobre 2011, n. 271, in *Giur. cost.*, 2011, 5, 3517 ss., ove si afferma che *“la giurisprudenza costituzionale ha individuato una serie di limiti generali all’efficacia retroattiva delle leggi, limiti attinenti alla salvaguardia di principi costituzionali, tra cui il principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto d’introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti, quale principio connaturato allo stato di diritto; la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario”*.

³⁸³ Corte cost., 5 luglio 2022, n. 169, in *Giur. cost.*, 2022, 4, 1902 ss.; ID., 5 novembre 2021, n. 210, in *Giur. cost.*, 2021, 6, 5465 ss.; ID., 9 maggio 2019, n. 108 cit.; ID., 31 marzo 2015, n. 56 cit.

³⁸⁴ Corte cost., 12 luglio 1995, n. 311, in *Giur. cost.*, 1995, 2419 ss.; Corte cost., 23 novembre 1994, n. 397, in *Dir. e pratica trib.*, 1995, II, 697 ss.; Corte cost., 26 gennaio 1994, n. 6, in *Foro amm.*, 1994, 313 ss.; Corte cost., 14 dicembre 1993, n. 429, in *Giur. cost.*, 1994, 535 ss.; Corte cost., 3 dicembre 1993, n. 424, in *Giur. cost.*, 1993, II, 2037 ss.

4.1. (Segue). I principi di certezza del diritto, del legittimo affidamento e della ragionevolezza del provvedimento legislativo.

Dalla rassegna giurisprudenziale esposta nel precedente paragrafo emerge come i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento abbiano assunto un ruolo fondamentale nella valutazione circa la legittimità delle leggi retroattive. Essi assurgono a criteri di validità della norma che agisce nel passato. Parimenti, anche la clausola generale della ragionevolezza risulta aver acquisito un ruolo fondamentale nelle valutazioni della Consulta, secondo la quale la lesione della certezza del diritto e del legittimo affidamento può essere giustificata solo là dove la legge retroattiva sia “ragionevole”.

Occorre allora inquadrare correttamente le nozioni di certezza, affidamento e ragionevolezza e comprendere in cosa effettivamente consistano.

Innanzitutto, occorre svolgere una preliminare precisazione. Sebbene siano spesso confusi e sovrapposti – trovando, il più delle volte, contestuale applicazione³⁸⁵ – il principio della certezza del diritto non corrisponde a quello del legittimo affidamento. Singolarmente considerati, i due valori si differenziano da un punto di vista sia contenutistico sia funzionale³⁸⁶. Sotto il primo profilo, è stato osservato come la certezza del diritto rappresenti un “*plesso di caratteristiche oggettive dell’ordinamento*”³⁸⁷. Al contrario, il legittimo affidamento riguarderebbe i diritti fondamentali dell’individuo. Sotto il secondo profilo, invece, la certezza tutelerebbe l’efficienza e l’efficacia dell’ordinamento³⁸⁸, mentre il legittimo affidamento garantirebbe la libertà del singolo rispetto a interventi dello Stato. Vi è poi chi ritiene che i due principi si differenzino anche sotto un profilo funzionale.

³⁸⁵ P. DE PASQUALE, *Il principio della certezza del diritto nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2023, 405 ss., la quale ha osservato come il principio di certezza del diritto venga utilizzato per definire la regola, mentre il legittimo affidamento per definirne i limiti delle eccezioni.

³⁸⁶ M. CORSALE, voce *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 1 ss.; L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, 275 ss.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

³⁸⁷ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

³⁸⁸ L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto* cit.; M. CORSALE, voce *Certezza del diritto* cit.; F. ROSELLI, *Sull’affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 267 ss.

La certezza presupporrebbe conoscibilità, chiarezza e comprensibilità delle leggi, nonché correttezza nella loro applicazione. Il legittimo affidamento, invece, richiederebbe stabilità dei rapporti e prevedibilità dei futuri interventi legislativi³⁸⁹.

Altri, invece, distinguono il principio della certezza del diritto da quello del legittimo affidamento in base al carattere rispettivamente oggettivo del primo e soggettivo del secondo. In tale ottica – che sembrerebbe essere stata condivisa anche dalla Corte costituzionale³⁹⁰ – il legittimo affidamento rappresenterebbe un corollario della certezza de diritto e, segnatamente, la sua proiezione “soggettiva”. La certezza del diritto assume così una dimensione oggettiva e una soggettiva. Sul piano oggettivo esige che le norme dell’ordinamento siano chiare, stabili e prevedibili, così che i destinatari dell’ordinamento possano programmare razionalmente i propri comportamenti. Sul piano soggettivo, tramite la tutela dell’irretroattività e del legittimo affidamento, essa opera a protezione delle posizioni giuridiche già formate. Ne segue che la certezza del diritto è al tempo stesso condizione intrinseca dell’ordinamento e requisito della sua funzione ordinante. Il legittimo affidamento, per contro, ha portata più circoscritta: riguarda il rapporto fiduciario tra governanti e governati e l’aspettativa ragionevole di stabilità del quadro normativo da cui sono derivate posizioni di vantaggio consolidate. Di qui l’interesse – giuridicamente apprezzabile – dei destinatari a che tali posizioni non siano sacrificate senza adeguate ragioni dagli interventi dei pubblici poteri e, più in particolare, del legislatore³⁹¹. Entrambe le nozioni, in ogni

³⁸⁹ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.; ID., *Retroattività, giurisprudenza costituzionale, diritto privato* cit., spec. 291. *Contra* v. L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto* cit.; R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Regioni*, 1986, 1094 ss.; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2005; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005, *passim*; M. CORSALE, voce *Certezza del diritto* cit.; F. ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici* cit., i quali, invece, ritengono che la prevedibilità debba essere attribuita alla certezza del diritto e non al legittimo affidamento.

³⁹⁰ Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108 cit.; ID., 21 novembre 2019, n. 241 cit.

³⁹¹ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 121 ss.; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 51 ss., secondo il quale il principio della certezza del diritto avrebbe natura “una e trina”, comprendendo in sé stesso tre sottoprincipi: il principio di irretroattività della legge, quello del legittimo affidamento e quello della tutela dei diritti quesiti.

caso, devono fare necessariamente i conti con la naturale mutevolezza del diritto, che deve adeguarsi al continuo cambiamento delle esigenze della società³⁹².

Ciò premesso, la certezza del diritto – tradizionalmente annoverata tra i principi generali più complessi³⁹³ – può essere letta in tre accezioni³⁹⁴. La prima riguarda la prevedibilità dell'intervento normativo (e, specularmente, del non intervento). In questa prospettiva, la certezza del diritto tutela l'autonomia privata, esigendo che lo Stato non introduca ostacoli inattesi alla realizzazione degli interessi del singolo secondo il quadro normativo vigente e nelle forme consentite dall'ordinamento. In una seconda accezione, la certezza del diritto coincide con la prevedibilità di uno specifico intervento legislativo. Qui “*prevedibile*” non significa stimabile in termini statistici, ma ragionevole e razionale. L'atto normativo dev'essere tale da poter essere anticipato – o, quantomeno, ricostruito *ex post* – da un soggetto avveduto, per coerenza di fini e mezzi, chiarezza di formulazione e continuità con il quadro previgente. Infine, con certezza del diritto, in senso lato, si può intendere anche sicurezza dei rapporti giuridici, in base alla stabilità e alla coerenza delle norme che si susseguono nel tempo.

Il legittimo affidamento – che, come si è detto, rappresenta la declinazione soggettiva del principio di certezza del diritto – offre tutela alle situazioni soggettive

³⁹² T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in Id., *Problemi giuridici*, Tomo primo, Milano, 1959, 113 ss., secondo il quale “[l]a conciliazione tra questa immanente esigenza di costanza e questa pur necessaria mutevolezza della norma, il superamento di un'antinomia che è insita nella stessa pretesa di applicazione della norma, e data, ancor prima che dal mutamento che lato sensu possiamo dire legislativo del diritto, dalla stessa tecnica dell'interpretazione”. Secondo F. LA VALLE, voce *Successione di leggi*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 635 ss., l'ordinamento giuridico “è la totalità degli istanti e delle durate, proprie delle prescrizioni che in esso si avviciano”. In tal senso, v. anche M.A. LIVI, *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Tomo I, Milano, 2008, 1379 ss. Diversamente, R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale cit.*, 122, è contrario all'idea secondo cui la certezza del diritto sarebbe incompatibile con le esigenze di progresso giuridico, politico, economico e sociale, in quanto “il progresso si volge in generale all'avvenire, non al passato sul quale la legge non può operare. il passato rimane in generale la pietra di misura del progresso [...] Il progresso giustifica l'abrogazione effettiva della legge anteriore, la non sopravvenienza di questa, la c.d. applicazione immediata della nuova legge, non giustifica la retroattività delle leggi”.

³⁹³ J. T. EMPLEANG, *Legal certainty and legitimate expectations as general principles of law*, in U.B. Ertitz, J.N. Ergelius (a cura di), *General principles of European community law*, The Hague, London, Boston, 2000, 164.

³⁹⁴ L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto cit.*

che si sono consolidate nel tempo e generano un'aspettativa nel loro destinatario³⁹⁵. In altri termini, il legittimo affidamento può essere inteso come l'aspettativa del privato a che la sua posizione giuridica non venga cambiata in negativo da un provvedimento retroattivo. Tale aspettativa sorge solo nel momento in cui la situazione giuridica abbia raggiunto un certo grado di “*consolidamento*”, ossia quando si protrae per un periodo sufficientemente lungo³⁹⁶ e trovi origine in un contesto normativo idoneo a far maturare nel privato la ragionevole fiducia nel suo mantenimento e che, dunque, abbia reso “*imprevedibile*” un cambiamento delle regole relative alla propria posizione giuridica³⁹⁷.

In ogni caso, la nozione di legittimo affidamento risulta alquanto incerta, essendo rimessa alla libera interpretazione del giudice, spesso quello europeo o costituzionale. Per tale ragione, e considerato che i suoi contorni sono sufficientemente elastici da includere una serie innumerevole di casi³⁹⁸, il legittimo affidamento deve necessariamente essere analizzato facendo riferimento al caso concreto. Per la valutazione circa il ruolo che esso abbia assunto nell'ambito delle vicende oggetto della presente analisi, si rinvia al prossimo capitolo, ove si approfondiranno le pronunce giurisprudenziali maggiormente rilevanti che hanno affrontato nello specifico il tema della modificazione retroattiva dei contratti in corso di esecuzione per tramite di un atto legislativo.

Sebbene i principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento non trovino espressa menzione nella nostra Costituzione, dottrina³⁹⁹ e giurisprudenza,

³⁹⁵ Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione delle teorie che ha condotto al riconoscimento del principio del legittimo affidamento (che trova le sue origini nella giurisprudenza europea) v. D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in D. Corletto (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007, 1 ss. Per i diversi casi in cui la giurisprudenza europea ha fatto riferimento al principio, v. S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea* cit., 51 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, 24 ss.

³⁹⁶ Corte cost., 26 aprile 2018, n. 89 cit.; ID., 1° dicembre 2017, n. 250 cit.; ID., 20 maggio 2016, n. 108 cit.; ID., 5 novembre 2015, n. 216, in *Giur. cost.*, 2015, 6, 2000 ss., con osservazione di F. PAGANO, *Prescrizione anticipata del diritto di conservazione delle lire in euro e salvaguardia del principio del legittimo affidamento*; ID., 31 marzo 2015, n. 56 cit.

³⁹⁷ Corte cost., 5 luglio 2022, n. 169 cit.; ID., 24 gennaio 2017, n. 16 cit.; ID., 27 giugno 2013, n. 160, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 2342 ss.

³⁹⁸ D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento* cit.

³⁹⁹ Emblematiche sono le parole di N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil dir.*, 1951, 150 ss., il quale – in critica a J. FRANK, *Law in the Modern Mind*, Londra, 1930, *passim*, nel quale si sosteneva che l'attaccamento alla certezza del diritto fosse un atteggiamento

sia nazionale⁴⁰⁰ sia europea⁴⁰¹, condividono l'idea che essi rappresentino valori fondamentali del nostro ordinamento, nonché elementi essenziali dello Stato di diritto⁴⁰². È stato così osservato da alcuni, in ottica giusnaturalistica, che la certezza del diritto, così come la sua declinazione del legittimo affidamento, sarebbero frutto di un *“patto fondativo tra i cittadini, che lo hanno creato quale strumento di garanzia della reciproca sicurezza”*⁴⁰³. La certezza, dunque, rappresenta un elemento intrinseco del diritto, atteso che *“la certezza è diritto, così come circolarmente, il diritto è certezza, se è vero che il diritto [...] si costituisce allo specifico fine di dare certezza, anzi: certezze”*⁴⁰⁴.

La tutela dei principi di cui si tratta, tuttavia, non è incondizionata, potendo essere derogati là dove il legislatore persegua un interesse pubblico superiore, con il

“infantile” – affermava che *“la certezza del diritto, anziché essere una illusione di individui viziati da infantilismo inguaribile, sia un elemento intrinseco del diritto, sicché il diritto o è certo o non è neppure diritto e che a togliere di mezzo la certezza non si libera l'umanità da una nociva illusione, ma la si priva letteralmente dal sussidio e del rimedio del diritto”*. Sull'importanza della certezza del diritto v. anche M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit.; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale* cit., secondo il quale un diritto che non sia certo non può definirsi “diritto”.

⁴⁰⁰ Il principio di certezza del diritto è stato preso in considerazione sin dalla sentenza della Corte cost., 17 dicembre 1985, n. 349 cit., ove si è affermato per la prima volta che esso, unitamente al principio del legittimo affidamento, rappresentano valori riconosciuti dalla Costituzione, che vincolano il legislatore, il quale deve rispettare *“l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica”*. In tali termini v. di recente Corte cost., 23 aprile 2024, n. 70 cit.; ID., 24 gennaio 2017, n. 16 cit.; ID., 14 dicembre 2017, n. 267 cit.; ID., 4 luglio 2017, n. 154 cit.

⁴⁰¹ Nella giurisprudenza della Corte EDU v., *ex multis*, v. Corte EDU, 20 ottobre 2011, ricorso n. 13279/05, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 3, 294 ss.; Corte EDU, sentenza 3 maggio 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72; ID., sentenze 21 settembre 1983, cause riunite 205–215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH e a.*

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata sul tema diverse volte, riconoscendo come il principio della certezza del diritto sia parte *“dei principi generali del diritto comunitario”*. *Inter alia*, v. CGUE, Sez. VI, sentenza 28 febbraio 2019, causa C-14/18, *Buivids*; ID., sentenza 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Duff e a.*, punto 20; ID., sentenza 7 giugno 2007, causa C-76/06, *Commissione c. Portogallo*, punto 79; ID., sentenza 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Försäkringsaktiebolaget Skandia*, punto 67; ID., sentenza 8 dicembre 2011, causa C-81/10, *Aleksei Pustovarov*; ID., sentenze 21 settembre 1983, cause riunite 205–215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH e a.*; ID., sentenza 11 luglio 1990, causa C-323/88, *Comitato di coordinamento per la difesa della cava*.

⁴⁰² In tali termini Corte cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *Giur. cost.*, 2000, 6, 4107 ss.

⁴⁰³ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

⁴⁰⁴ A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale* cit.,

limite della ragionevolezza e della proporzionalità della lesione rispetto agli obiettivi che si intendono raggiungere⁴⁰⁵.

In tale contesto, la clausola generale della “ragionevolezza” ha assunto un’importanza pari a quella dei valori della certezza del diritto e del legittimo affidamento⁴⁰⁶. La Consulta ha individuato nella ragionevolezza un criterio per valutare se la lesione della certezza del diritto del legittimo affidamento sia legittima.

Secondo parte della dottrina, in realtà, la ragionevolezza rappresenterebbe il criterio cardine nel giudizio di legittimità. Evocare il legittimo affidamento del privato, infatti, non aggiungerebbe nessun altro parametro di decisione: considerato che è ammessa la possibilità che la legge abbia un’efficacia retroattiva, l’affidamento del singolo non trova tutela in assoluto, ma solo quando esso è “ragionevole”⁴⁰⁷.

In altri termini – riassumendo la posizione della Corte costituzionale – il divieto di retroattività della legge, pur non avendo rango costituzionale rappresenta un principio cardine del nostro ordinamento e, più in generale, dello Stato di diritto. Esso è volto a garantire la certezza del diritto e il legittimo affidamento dei privati, i quali, invece, trovano fondamento nell’art. 3 della Costituzione. Essi, sebbene rappresentino valori fondamentali del sistema giuridico, non sono tutelati incondizionatamente, in termini assoluti, potendo essere derogati da un atto legislativo retroattivo laddove quest’ultimo persegua un pubblico interesse e sia “ragionevole”.

La “ragionevolezza” costituisce, quindi, il limite imposto al legislatore nel disporre una legge con efficacia retroattiva⁴⁰⁸. Occorre, allora, interrogarsi su cosa significhi effettivamente “ragionevolezza” della legge retroattiva. Anzitutto, la clausola di ragionevolezza ha un rilievo generale nel nostro ordinamento, atteso che

⁴⁰⁵ Corte cost., 5 luglio 2022, n. 169 cit.; ID., 5 novembre 2021, n. 210 cit.; ID., Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108 cit.

⁴⁰⁶ Sul criterio della ragionevolezza v. F. MAISTO, *Diritto intertemporale* cit., *passim*; A. CIATTI, *Retroattività e contratto* cit., 81 ss.

⁴⁰⁷ G. VILLA, *Inserzione automatica di clausole e diritto intertemporale* cit.

⁴⁰⁸ Secondo G. FURGIUELE, *Diritto quesito o fatto compiuto* cit., spec. 152, la “ragionevolezza” consiste nella “conformità alla ragione umana della soluzione favorevole a ravvisare nel caso in questione diritti acquisiti o un fatto compiuto”.

essa non riguarda solo la legge retroattiva, ma costituisce un limite di ogni legge, dell'attività interpretativa degli organi giurisdizionali e del potere della autorità amministrative⁴⁰⁹.

Con riferimento specifico all'attività legislativa – che maggiormente interessa in questa sede – il sindacato di ragionevolezza assume caratteristiche eterogenee. Ciò in quanto “[a]lla ragionevolezza s’informano, ormai, tutte le operazioni di bilanciamento tra valori o principi rivali o concorrenti”⁴¹⁰. Per tale motivo la dottrina ha definito il criterio della “ragionevolezza” come una clausola generale – e non un principio – essendo destinata a integrare altre regole⁴¹¹.

Nel lessico giuridico, la locuzione “ragionevolezza” si presta a quattro distinti impieghi concettuali⁴¹². In una prima accezione, essa funge da criterio per giustificare una disuguaglianza di trattamento non già insita nella disposizione in sé, bensì derivante dall'interpretazione che ne restringe l'ambito applicativo ad alcune fattispecie⁴¹³. In un secondo significato, “ragionevolezza” è predicato del contenuto normativo della disposizione, il cui vaglio si misura in rapporto allo scopo perseguito dal legislatore. In una terza accezione, essa opera come canone di coerenza, razionalità e non contraddittorietà dell'ordinamento, rilevante tanto rispetto alla disciplina previgente quanto a quella vigente, in termini di assenza di antinomie. Infine, “ragionevolezza” può riferirsi alla giustizia dell'applicazione delle leggi.

⁴⁰⁹ L. PALADIN, voce *Ragionevolezza* (principio di), in *Enc. dir., Aggiornamento*, Milano, 1997, 899 ss.; G. SCIACCA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale* cit., 1 ss.; M.A. LIVI, *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti* cit.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996, 93 ss.

⁴¹⁰ L. PALADIN, voce *Ragionevolezza* (principio di) cit., spec. 901.

⁴¹¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 372; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1 ss.; F. ASTONE, *Rapporti di durata e intertemporalità* cit.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge* cit., 96, secondo la quale “la ragionevolezza si distingue dai principi perché non opera rispetto al singolo caso con una struttura argomentativa di tipo sussuntivo e sillogistico ma impartisce semplicemente una direttiva per la ricerca della norma di decisione. In quanto direttiva di comportamento la ragionevolezza ha una vocazione teleologica e natura di strumento appartenete alla tecnica della decisione giudiziale”.

⁴¹² A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge* cit., 88 ss.

⁴¹³ In tal senso v. G. SCIACCA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale* cit., 3, il quale ritiene che “[l]a ragionevolezza è intesa come predicato di una disparità di trattamento introdotta da una classificazione legislativa”.

In tale prospettiva, il sindacato del giudice delle leggi non può arrestarsi alla mera individuazione delle ragioni che hanno indotto il legislatore a conferire efficacia retroattiva alla disciplina – ragioni che, in linea di principio, sono sempre enunciabili –, ma deve misurarsi con una più ampia verifica di compatibilità sistematica⁴¹⁴: giustificabilità, logicità, coerenza ordinamentale, adeguatezza, congruenza, proporzionalità e non arbitrarietà delle scelte normative impugnate⁴¹⁵. Solo all’esito di tale scrutinio la retroattività può dirsi conforme al canone di ragionevolezza. Del resto, come è stato osservato⁴¹⁶, la clausola di ragionevolezza è insuscettibile di essere contenuta in una precisa nozione, rappresentando un criterio elastico⁴¹⁷, “*riconducibile ad una sensibilità comune e in qualche modo assimilabile ad un principio di giustizia*”⁴¹⁸.

Ciò posto, sembrerebbe che i principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento non possano costituire una soluzione soddisfacente al problema della retroattività della legge⁴¹⁹. In particolare, parte della letteratura ha condivisibilmente osservato che i suddetti principi, così come elaborati dalla giurisprudenza, non sono in realtà idonei a tutelare il cittadino dagli arbitri del legislatore e dai suoi interventi normativi con efficacia retroattiva⁴²⁰. Ciò, innanzitutto, in quanto, se la certezza del diritto è intesa come affidabilità dell’ordinamento oggettivo, la retroattività, intesa come “respoettività”, non la pregiudica. Cambiare oggi il criterio di valutazione del passato non rende “incerta” né la legge di ieri né quella di oggi. Ciò che eventualmente diviene incerto è

⁴¹⁴ M.A. LIVI, *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti* cit.

⁴¹⁵ L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)* cit.

⁴¹⁶ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 165 ss., secondo il quale la prospettiva costituzionale avrebbe posto in crisi il paradigma della fattispecie, su cui si fondava la tradizione civilistica. I principi costituzionali, che sarebbero norme senza fattispecie, avrebbero determinato il superamento del principio formalistico della legalità e l’affermazione di un diritto conformato a giustizia. In tale contesto, “*lo stesso rigore manicheo dell’alternativa certezza-incertezza appare privo di senso*”.

⁴¹⁷ L. D’ANDREA, *Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 231 ss.; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, 203 ss.

⁴¹⁸ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio* cit., 171.

⁴¹⁹ P. CARNEVALE, «... *Al fuggir di giovinezza ... nel doman s’ha più certezza*» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. Cost.*, 1999, 3643 ss.

⁴²⁰ A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

l'aspettativa del singolo che non cambino le regole che disciplinano la sua situazione soggettiva, ma nessun sistema giuridico garantisce l'immutabilità delle norme⁴²¹. In discussione, dunque, è la sicurezza delle posizioni soggettive, non la certezza del diritto in astratto o il legittimo affidamento che un individuo ripone in generale in un determinato assetto normativo⁴²².

Parimenti insoddisfacente risulta il criterio della ragionevolezza, che la giurisprudenza costituzionale ha elevato a criterio di legittimità dell'intervento normativo in violazione del legittimo affidamento del singolo⁴²³. Al riguardo, infatti, si è osservato che, la clausola generale di ragionevolezza rischia molto spesso di risultare eccessivamente vaga a causa della elasticità, indeterminatezza e ampiezza della stessa⁴²⁴. Ciò ha portato la dottrina a ritenere che essa abbia una valenza meramente "suggestivo-allusiva", così come anche i suoi corollari della coerenza, proporzionalità, adeguatezza e pertinenza sarebbero privi di sostanza concettuale, esprimendo solo una generica esistenza di giustizia delle leggi⁴²⁵.

⁴²¹ A. CIATTI, *Retroattività e contratto* cit., 15.

⁴²² A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit.; ID., *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale* cit., spec. 443, nota 14. *Contra* v. M.A. LIVI, *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti* cit., spec. 1392 e 1394, nota 28, la quale sostiene è possibile separare nettamente l'affidamento nel diritto oggettivo – da cui scaturiscono le situazioni giuridiche dei privati – dal principio di certezza del diritto, il cui significato è necessariamente correlato alla tutela delle situazioni soggettive.

⁴²³ A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit. afferma che "[c]ontare sul principio di ragionevolezza, o sull'affidamento del cittadino nella certezza del diritto, per respingere la «cattiva» retroattività è, dunque, quantomeno generico".

⁴²⁴ L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)* cit., il quale rileva che "le decisioni concernenti la ragionevolezza delle scelte legislative non possano ridursi ad unità: la varietà dei parametri, dei vizi e dei riscontri finisce cioè per ridurre l'espressione in esame a una formula verbale, entro la quale occorre operare accurate distinzioni, sia pur facendo i conti con la magmatica e spesso confusa giurisprudenza costituzionale". M. LUCIANI, *Retroattività, giurisprudenza costituzionale, diritto privato*, cit., spec. 290. Secondo, A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale* cit., spec. 445, la "teoria della ragionevolezza" sarebbe soggetta a cinque obiezioni:

(i) la teoria è "vacua", atteso che il termine "ragionevolezza" "è una di quelle espressioni un po' melense che connotano positivamente ma non denotano nulla";

(ii) la teoria è anche "fiacca", in quanto la "civiltà giuridica" non è un valore costituzionale e, dunque, la legge retroattiva può essere inopportuna ma non illegittima;

(iii) la legge retroattiva non genera nessuna disuguaglianza, atteso che essa si applica allo stesso modo a tutti i casi dello stesso tipo;

(iv) "tutto comunque dipende dalla concezione dell'eguaglianza [...] certi trattamenti diacronicamente discriminatori da un lato, sono assolutamente egualitari da qualche altro lato";

(v) la disuguaglianza è superabile là dove la legge retroattiva venga giustificata da un principio ancora superiore.

⁴²⁵ G. SCIACCA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale* cit., 1 ss. e 23, ove l'A. propone di intendere la ragionevolezza non come "uno specifico e peculiare tipo di

Altra parte della letteratura ha poi osservato che – come per il principio di irretroattività e i valori di certezza del diritto e del legittimo affidamento – anche la ragionevolezza della legge non trova un’espressa tutela nella nostra Costituzione. Al contempo, non risultano convincenti i tentativi della Consulta di fondare la ragionevolezza sull’art. 3 Cost. In particolare, nel ragionamento della Corte, il principio di eguaglianza sarebbe espressione di principio generale di razionalità, atteso che la parità di trattamento implicherebbe la logicità delle leggi⁴²⁶. L’argomento *a minori ad majus*, tuttavia, risulta debole, atteso che non si potrebbe escludere che l’ordinamento, tutelando una specifica forma di razionalità, non abbia inteso garantire questa, e solo questa, forma. Inoltre, una legge retroattiva non viola, di per sé, il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost. La norma, infatti, si applica allo stesso modo a tutti i casi dello stesso tipo⁴²⁷.

I problemi sopra evidenziati potrebbero essere superati laddove – come consigliato da parte della dottrina⁴²⁸ – si abbandonasse una concezione astratta e generale dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento. Questi, infatti, hanno natura trasversale: essendo sottesi alla maggior parte degli interessi costituzionalmente protetti e caratterizzanti lo Stato di diritto, trascendono la questione della retroattività⁴²⁹. Gli è che tali principi permeano, ad esempio, la sovranità popolare di cui all’art. 1 Cost.; l’inviolabilità dei diritti fondamentali ex art. 2 Cost.; il principio di libertà dell’individuo previsto dall’art. 3, comma secondo, Cost.; la libertà di iniziativa economica ai sensi dell’art. 41 Cost.; la tutela della proprietà privata di cui agli artt. 42 e 43 Cost. Occorre, dunque, che vi sia un’applicazione rigorosa del principio di affidamento anche nella successione delle leggi nel tempo. Ciò in quanto l’abrogazione o la modifica di una legge può sconvolgere i progetti già pianificati dall’individuo, mentre l’eliminazione o

controllo”, bensì, come un “termine evocativo della tessitura logica (non deduttiva) e della natura politica del sindacato di legittimità costituzionale tout court, che fa valere, accanto a istanze di razionalità rispetto al valore, problemi di adeguatezza rispetto al fatto”.

⁴²⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico* cit., II, 936 ss.; A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit.

⁴²⁷ A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit.

⁴²⁸ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

⁴²⁹ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., secondo il quale il valore della certezza del diritto e del legittimo affidamento hanno “una vocazione espansionistica, tenendo a informare di sé tutte le forme dello Stato di diritto”.

attenuazione di una legge che imponeva delle limitazioni può pregiudicare gli interessi di chi traeva beneficio da quelle restrizioni, spesso portatore di diritti contrapposti. I principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, così, non operano come clausole astratte e generali, ma acquistano rilievo caso per caso, in connessione con il diritto fondamentale concretamente coinvolto.

4.2. (Segue). Il recente caso della legge retroattiva per garantire la valorizzazione del patrimonio culturale e paesaggistico.

Illustrati, nei termini che precedono, i principi elaborati dalla Corte costituzionale per individuare i limiti della retroattività della legge civile, risulta opportuno affrontare ora il caso particolare delle leggi retroattive aventi a oggetto i beni del patrimonio culturale e paesaggistico del nostro Paese. L'analisi appare utile per due ragioni. In primo luogo, si tratta di uno degli ultimi casi in cui la Consulta ha trattato il tema della retroattività della legge civile, ricostruendo l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale al riguardo. In secondo luogo, la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale e paesaggistico svolgono un ruolo primario nello sviluppo di un Paese e rivestano, pertanto, un interesse generale. Da un lato, l'accessibilità e la fruizione di tali beni innalzano il livello culturale della popolazione, favorendo coesione, integrazione e inclusione sociale, nonché innovazione e benessere, individuale e collettivo. Dall'altro, in un Paese come l'Italia essi rappresentano una leva rilevante di crescita economica, costituendo il principale volano del settore turistico⁴³⁰.

⁴³⁰ Sulla fondamentale importanza del patrimonio culturale e paesaggistico e sul ruolo che possono assumere i privati per la sua valorizzazione v. E. BATTELLI, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale profili giuridici e tecnica di tutela*, Roma, 2017, 53 ss.; G. SEVERINI, *Il Patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 322 ss.; S. MAROTTA, *Per una lettura sociologico-giuridica dei beni culturali come "beni comuni"*, in E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale profili giuridici e tecnica di tutela* cit., 37 ss.; M.C. SPENA, *La complessa relazione tra valorizzazione dei beni culturali e forme di intervento privato: contratto di sponsorizzazione e digitalizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 139 ss.

Il legislatore, pienamente consapevole dell'importanza della valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici per lo sviluppo del Paese, ne ha dettato una specifica disciplina organica con il D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali), volto a contemperare l'esigenza di valorizzazione economico-sociale con la difesa, la tutela, la conservazione e la protezione del patrimonio. Sempre più importanza è, dunque, attribuita al patrimonio culturale e paesaggistico italiano, come testimoniato dalla recente modifica degli artt. 9 e 41 Cost, i quali oggi prevedono rispettivamente che la Repubblica *“tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”* e che l'iniziativa economica privata deve svolgersi in modo da non recare danno all'ambiente.

Un ruolo centrale nella valorizzazione del patrimonio culturale spetta ai privati, ai quali lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono concedere l'uso dei beni culturali per finalità compatibili con la loro destinazione culturale⁴³¹.

In tale contesto, con la sentenza n. 70 del 23 aprile 2024⁴³², la Corte costituzionale si è pronunciata in merito alla questione della retroattività della legge civile, operando un bilanciamento tra il legittimo affidamento dei privati e le esigenze di valorizzazione del patrimonio culturale e paesaggistico. La vicenda origina dalla contestazione da parte della pubblica amministrazione, nel territorio di Ostia, dell'occupazione di un'area del demanio marittimo accompagnata dalla realizzazione di un manufatto inamovibile in assenza di titolo concessorio e abilitativo. A fronte di tali circostanze, l'amministrazione ha richiesto l'indennizzo commisurato ai criteri introdotti dall'art. 1, comma 257, l. 296/2006, anche con riferimento a periodi anteriori all'entrata in vigore della legge.

La norma oggetto di scrutinio si compone di due segmenti. Il primo periodo del comma 257 ha natura di interpretazione autentica dell'art. 8 del D.l. 400/1993 (conv. in l. 494/1993), chiarendo che le *“utilizzazioni”* ivi contemplate riguardano

⁴³¹ Cfr. art. 106, primo comma, del Codice dei beni culturali, il quale prevede che “[l]o Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono concedere l'uso dei beni culturali che abbiano in consegna, per finalità compatibili con la loro destinazione culturale, a singoli richiedenti”.

⁴³² Corte cost., 23 aprile 2024, n. 70 cit. Per un commento della sentenza v. T. SICA, *Retroattività della legge civile: note a margine di una recente pronuncia della Consulta*, in *Giur. it.*, gennaio 2025, 35 ss.

la mera occupazione di beni demaniali marittimi: si tratta di un intervento con effetto retrospettivo connaturato alla sua funzione chiarificatrice. Il secondo periodo, invece, introduce una disciplina nuova per le occupazioni con opere inamovibili abusive o incompatibili, adottando un criterio indennitario parametrato al valore di mercato – e non, come era precedentemente previsto, al canone della concessione del bene demaniale marittimo – e prevedendo espressamente l'efficacia retroattiva anche per i fatti anteriori. In questo caso, nella prospettazione della Corte, non si è in presenza di interpretazione autentica, ma di una regola innovativa che opera sul passato.

Ciò chiarito, la Corte ha inquadrato il tema della retroattività nei suoi parametri generali: al di fuori della materia penale, non esiste un divieto assoluto di retroazione dell'efficacia della legge. L'ammissibilità di una disciplina innovativa retroattiva dipende dal rispetto dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3 Cost.) e della riserva di legge in tema di prestazioni patrimoniali imposte (art. 23 Cost.). La verifica è dunque eminentemente sostanziale e richiede di apprezzare sia la prevedibilità dell'intervento sia la qualità dell'interesse pubblico perseguito. La Corte, dunque, ha osservato che l'ancoraggio al valore di mercato per le occupazioni "*con opere*" non rappresenta una semplice variante tecnica del precedente modello "*tabellare*" legato ai canoni, bensì un diverso criterio calibrato su condotte di maggiore gravità. Proprio per questo, la retroattività non risulta arbitraria.

Sul versante della certezza del diritto, la Consulta ha negato che la soluzione normativa fosse imprevedibile. Essa si inserisce, infatti, in una linea evolutiva già riconosciuta dalla stessa giurisprudenza costituzionale, in cui i canoni e gli indennizzi per l'uso del demanio marittimo sono stati oggetto di tendenziale incremento. In altri termini, l'ordinamento aveva già segnalato, prima dell'intervento del 2006, una traiettoria che rendeva prevedibile un rafforzamento del regime economico a tutela del bene pubblico. Anche per questo motivo, la retroattività non incide in modo irragionevole sulla prevedibilità delle regole. L'assetto precedente non poteva, dunque, fondare un affidamento qualificato nel mantenimento indefinito di un criterio meno oneroso in presenza di condotte più lesive.

Il nucleo più delicato dell'argomentazione riguarda la tutela dell'affidamento. La Corte ha ribadito che l'affidamento è la proiezione soggettiva della certezza del diritto, ma non è un valore assoluto: la sua meritevolezza dipende dal contesto, dall'intensità dell'interesse pubblico antagonista e dalla qualità della posizione incisa. In questa prospettiva, il “*grado di meritevolezza dell'affidamento*” può orientare l'esito del bilanciamento. Nel caso di specie, quello maturato dai “*fruitori abusivi*” di beni demaniali – che abbiano realizzato opere inamovibili, con compromissione irreversibile dell'area – è ritenuto recessivo rispetto agli interessi pubblici coinvolti. La ragione è duplice. Da un lato, l'illiceità e la permanenza dell'illecito attenuano la pretendibile stabilità del quadro normativo invocabile dal trasgressore. Dall'altro, la natura dei beni e degli interessi incisi (demanio, paesaggio, ambiente marino) giustifica un rafforzamento degli strumenti dissuasivi e ripristinatori.

È qui che il collegamento con la valorizzazione del patrimonio pubblico diventa esplicito. La Corte ha individuato nella nuova disciplina uno strumento coerente con finalità di tutela e valorizzazione del demanio marittimo e, più in generale, con la salvaguardia di interessi costituzionali connessi all'art. 9 Cost., quali la protezione del paesaggio e dell'ambiente marino. Il riferimento al “*valore di mercato*” non ha una mera funzione contabile: esso punta a riequilibrare il rapporto tra gravità della lesione e misura dell'indennizzo, evitando che sistemi “*prefissati*” diventino, col tempo, economicamente favorevoli alla prosecuzione o alla tolleranza dell'abuso. In tale prospettiva, la retroattività non solo non si pone in contrasto con la certezza del diritto, ma contribuisce altresì a ripristinare una coerenza tra il pregio del bene pubblico e il costo dell'illecito, eliminando incentivi distorsivi incompatibili con la funzione di tutela e di valorizzazione.

In definitiva, la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, ritenendo che la retroattività del secondo periodo del comma 257 superasse il vaglio di ragionevolezza e proporzionalità, sia per la riconducibilità della scelta a un'evoluzione normativa prevedibile, sia per la qualità degli interessi pubblici perseguiti, che includono la valorizzazione del demanio e la tutela del paesaggio e dell'ambiente marino. Gli è che l'affidamento dei destinatari – nella specie, autori di opere abusive su aree demaniali – non può prevalere su beni costituzionalmente

protetti e sulla necessità di evitare, anche *ex post*, esiti iniqui o incentivi alla violazione.

5. La retroattività della legge civile. Un problema da “accantonare”?

Alla luce di quanto precede, si evidenzia come la nozione sia, tuttora, sfuggente sul piano teorico e operativo. Proprio tale indeterminatezza ha favorito, in dottrina e giurisprudenza, una progressiva compressione del divieto di cui all’art. 11 delle preleggi, attraverso l’adozione di un concetto sempre più angusto di “retroattività”, fino a legittimare interventi legislativi capaci di incidere in modo significativo su situazioni e rapporti già formati nel passato⁴³³. Tale orientamento risente anche dell’eredità del più rigido positivismo novecentesco – la stagione che più si è confrontata con il tema della retroattività – nato in contrapposizione a un potere giudiziario che, specie sotto la vigenza del Codice Pisanelli, tendeva a dilatare il proprio raggio d’azione, attirando nell’alveo dell’interpretazione e dell’equità il divieto di retroattività della legge e, così, rivendicando una crescente discrezionalità⁴³⁴. Né giova, in questa prospettiva, il richiamo ai valori della certezza del diritto e del legittimo affidamento, da un lato, e alla clausola generale di ragionevolezza, dall’altro. Assunti come principi astratti, immanenti all’ordinamento, essi finiscono per generare ulteriori criticità, poiché nel concreto si prestano a innumerevoli declinazioni a seconda del caso specifico.

A ciò si aggiunga che, in età contemporanea, l’autonomia privata – e, in particolare, quella contrattuale – è divenuta oggetto di interventi legislativi sempre più frequenti e penetranti⁴³⁵, tali da incidere in profondità tanto sulla struttura quanto sulla funzione dell’istituto, non più orientata alla sola soddisfazione degli interessi privati, ma anche a finalità di utilità sociale e di efficienza del mercato⁴³⁶. Accanto alla restrizione dell’autonomia privata, del resto, si assiste altresì alla nascita sempre più frequente di nuovi e ulteriori diritti, la cui contemporanea sussistenza determina spesso contrasti, che devono essere regolati attraverso un attento bilanciamento. Tali circostanze mostrano come l’epoca odierna sia distante

⁴³³ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

⁴³⁴ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale* cit., 237.

⁴³⁵ M.A. LIVI, *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti* cit.

⁴³⁶ Cfr. Cap. 1.

rispetto a quella tra l'Ottocento e il Novecento – dominata dall'individualismo economico – durante la quale sono state elaborate le costruzioni dottrinali sulla retroattività della legge civile, ormai inadeguate a dare una risposta ai problemi di cui ci si tratta⁴³⁷.

Neppure i plurimi interventi della Corte costituzionale hanno offerto una soluzione stabile⁴³⁸. La proclamazione, in chiave astratta, di principi solenni – talora così indeterminati da risultare “*oscuri*”⁴³⁹ – ha finito per introdurre nel sistema “*illusioni ed equivoci*”, innescando una eterogenesi dei fini che ha inciso sull'effettività della tutela sostanziale del cittadino rispetto alle ingerenze arbitrarie del legislatore⁴⁴⁰.

Sono, dunque, condivisibili le istanze mosse dalla letteratura più recente, che ha proposto una totale rilettura delle problematiche in questione⁴⁴¹, sino a suggerire l'accantonamento della problematica della retroattività⁴⁴².

La questione della retroattività si risolve, in definitiva, in un corretto bilanciamento di valori⁴⁴³. Da un lato, la tutela del privato da provvedimenti che

⁴³⁷ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale* cit., 234.

⁴³⁸ M. LUCIANI, *Retroattività, giurisprudenza costituzionale, diritto privato* cit.

⁴³⁹ A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale* cit.

⁴⁴⁰ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit.; A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.; P. CARNEVALE, «... *Al fuggir di giovinezza ... nel domani s'ha più certezza*» cit.

⁴⁴¹ A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit.; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

⁴⁴² M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., spec., 1828 e 1833, nota 79, ove l'A., nel prendere atto del “*dissolvimento della retroattività*” sostiene che la retroattività non sarebbe un concetto indeterminato, bensì una nozione inutilizzabile. In tal senso v. anche L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile* cit., spec. 1232, ove sostiene che la retroattività ha un significato vuoto, “*almeno dal punto di vista assiologico, nel senso che il disvalore di una norma retroattiva non è nel suo essere retroattiva ma nel suo essere lesiva di interessi costituzionalmente protetti*”.

⁴⁴³ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., spec., 1836 ss., il quale ritiene che il bilanciamento debba effettuarsi immaginandosi un registro a partita doppia. “*Nella colonna di sinistra possiamo scrivere tre dati: a) i vari «modi» (non già della retroattività, evidentemente, ma) della retrovalutazione del passato; b) la misura del pregiudizio subito in forza della retrovalutazione dall'indirizzatario del precetto normativo; c) il grado di affidamento qualificato, e cioè il suo «consolidamento». In quella di destra possiamo scrivere i valori costituzionali che ostacolano o giustificano una più o meno intensa retrovalutazione. Ebbene: quanto più risaliamo la colonna di sinistra (la cui effettiva articolazione – è ovvio – ci è data dal rapporto fra i tre «dati» ora indicati), movendoci dalla minima alla massima invadenza nei fatti preteriti, tanti meno ostacoli e tante più giustificazioni dobbiamo trovare nell'ordine assiologico della Costituzione*”. In termini

invadano arbitrariamente la sua sfera di autonomia e, più specificatamente, per quanto maggiormente interessa in questa sede, la tutela dell'autonomia contrattuale e del principio del *pacta sunt servanda*, così come positivizzato all'art. 1372 c.c. Dall'altro lato, l'esigenza di far fronte a interessi pubblici sopravvenuti la cui soddisfazione richiede la modifica del regolamento contrattuale⁴⁴⁴.

Ne consegue che non è utile affrontare il tema in termini meramente dicotomici – legge retroattiva o irretroattiva – poiché ciò che rileva è come la norma sopravvenuta, incidendo su fatti o rapporti pregressi, interferisca con gli interessi costituzionalmente protetti coinvolti. Da una parte, dunque, occorre considerare l'interesse pubblico perseguito dal legislatore; dall'altra, è necessario valutare se la lesione dell'affidamento dei privati si traduca nella violazione di principi costituzionale, quali, ad esempio, la libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost. o l'autonomia contrattuale delle parti.

A tali profili si affianca l'interesse pubblico generale alla certezza del diritto, intesa come prevedibilità delle regole e stabilità dei rapporti giuridici. Un ricorso indiscriminato a modifiche legislative del contratto, imposte dall'esterno ai privati, è idoneo a erodere la fiducia degli operatori nel legislatore e nelle istituzioni, con ricadute che travalicano l'ambito economico e si proiettano sul piano sociale⁴⁴⁵.

più generali, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio* cit., 165 ss., spec. 168, secondo il quale “il testo costituzionale individua principi, riconducibili ad una sensibilità diffusa ancorché storicamente condizionata, che allargano l'ambito di riferimento del giudice inducendolo a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto”. In merito alla necessità di operare un bilanciamento degli interessi in gioco v. anche L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile* cit.

⁴⁴⁴ Secondo parte della dottrina, la modificazione legislativa dei contratti in corso di esecuzione sarebbe sempre ammessa là dove l'intervento legislativo sia giustificato da ragioni di “ordine pubblico intertemporale”, ossia là dove vi siano ragioni di interesse generale incompatibili con la sopravvivenza della regola contrattuale anteriore. In particolare, per ordine pubblico intertemporale si intende una sintesi operativa dei valori fondamentali sanciti dalla Costituzione, i quali possono, in casi eccezionali, essere ritenuti prevalenti rispetto al principio di certezza del diritto e, pertanto, giustificare una deroga al principio di irretroattività. La stessa espressione è mutuata dal diritto internazionale privato, secondo quella linea interpretativa che, valorizzando le analogie strutturali tra le due discipline, tende ad assimilare il diritto intertemporale alle norme sul conflitto di leggi. Al riguardo v. R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 163 ss.; A. CIATTI, *Retroattività e contratto* cit., 135 ss.; G. PASSAGNOLI, *Fonte europee, successioni di leggi e rapporti contrattuali pendenti* cit.

⁴⁴⁵ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 85, il quale ha evidenziato come la retroattività della legge determina “generale sfiducia nelle istituzioni considerate ormai frivole e tali da non giustificare alcun serio affidamento”. Al riguardo v. anche G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo (A proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui*

In tale bilanciamento occorre poi considerare anche i cc.dd. effetti “retributivi” e “distributivi” della legge che incide sul contratto. Nel primo caso, l’intervento retroattivo, pur pregiudicando nell’immediato la posizione del privato, consente a quest’ultimo di ottenere *aliunde* i benefici che esso avrebbe avuto se il contratto non fosse stato eteromodificato. Nel secondo, la disciplina sopravvenuta realizza una riallocazione di vantaggi a favore di soggetti diversi⁴⁴⁶. In ogni caso, il perseguimento dell’interesse pubblico è onere dell’intera collettività e non può essere addossato integralmente a un singolo consociato. Il sacrificio imposto al privato esige adeguate misure riequilibrative – indennizzo o equivalenti forme di compensazione – proporzionate all’incidenza dell’intervento e ai suoi effetti retroattivi⁴⁴⁷.

Si tratta, a tutta evidenza, di un bilanciamento che non può essere svolto in via astratta, essendo necessario confrontarsi specificatamente con il caso concreto. Per tale ragione, è necessario svolgere un’analisi delle decisioni dei giudici nazionali ed europei che hanno eseguito detto bilanciamento con riferimento a casi in cui il legislatore ha modificato contratti in corso di esecuzione.

sovracanoni elettrici), ora in *Scritti di diritto pubblico dell’economia e di diritto dell’energia*, Milano, 1962, 144 ss.; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., spec. 2097, il quale afferma che “[e]lementari esigenze di tutela della legittimazione delle istituzioni, infatti, suggeriscono che il legislatore, anche a prescindere dai limiti di legittimità che gli sono imposti, utilizzi il proprio potere con estrema cautela, per non mettere a rischio quel *système de croyances* che è l’essenza stessa della legittimazione democratica”.

⁴⁴⁶ A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit., secondo il quale “[c]he la norma retroattiva infligga al privato un pregiudizio, può non bastare a far giudicare inammissibile l’effetto retroattivo. Una giustificazione di quel pregiudizio potrebbe infatti in certi casi essere trovata in un’altra prospettiva. La legislazione appare inefficiente se distrugge beni e risorse. E se con interventi retroattivi sottrae i benefici o aumenta i costi, distrugge oggettivamente beni e valori. Ma non sarebbe altrettanto inefficiente se, pur per un verso sottraendo, restituisse per altra via, a chi è pregiudicato – giustizia retributiva – o ad altri – giustizia distributiva. Che un pregiudizio si determini non è sufficiente; occorre che – per così dire – il saldo sia negativo”.

⁴⁴⁷ A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale* cit., spec. 455 – 459, secondo il quale “se una politica necessità – cioè l’interesse generale – richiede un sacrificio di libertà individuali che è anche perdita, esso tornerà ad essere assiologicamente ammissibile se compensato. Dire nel concreto come, va oltre i limiti dell’occasione”. In tal senso v. anche A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit.

CAPITOLO 4

LE MODIFICAZIONI LEGISLATIVE DEI CONTRATTI IN CORSO DI ESECUZIONE AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED EUROPEA

SOMMARIO: 1. L'opportunità di un'analisi casistica. – 2. Il caso dei concessionari di giochi e scommesse pubbliche. – 2.1. (*Segue*). Il contratto di concessione di giochi e scommesse pubbliche. – 2.2. (*Segue*). La sentenza n. 56 del 31 marzo 2015 della Corte costituzionale. – 2.3. (*Segue*). La modifica legislativa dei contratti di concessione di giochi e scommesse operata con la legge 23 dicembre 2014, n. 190. – 2.4. (*Segue*). Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la decisione di quest'ultima. – 2.5. (*Segue*). Le recenti decisioni del Consiglio di Stato. – 3. I precedenti che hanno dichiarato incostituzionale la modifica legislativa del contratto in corso di esecuzione.

1. L'opportunità di un'analisi casistica.

Come anticipato nel capitolo precedente, la presente ricerca non può prescindere da una ricognizione delle decisioni delle corti – nazionali ed europee – che si sono confrontate con la modificazione legislativa di contratti in corso di esecuzione. La scelta non risponde a un mero intento esemplificativo, ma riflette un'opzione metodologica resa necessaria della genericità e astrattezza delle nozioni di retroattività, certezza del diritto, legittimo affidamento e ragionevolezza. Queste possono assumere un significato preciso solo quando sono calate nella fattispecie concreta, mentre, se maneggiate in chiave puramente teorica, restano categorie sfuggenti, inclini a oscillare tra proclamazioni di principio e applicazioni controverse.

L'indagine, pertanto, è volta a verificare se e in che misura i giudici abbiano saputo tradurre le suddette nozioni in criteri applicativi stabili, idonei a guidare il bilanciamento tra interessi pubblici e autonomia privata. Sarà, quindi, analizzato il modo in cui le corti (*i*) qualificano l'incidenza temporale della modificazione legislativa del contratto in corso di esecuzione; (*ii*) apprezzano la qualità e la coerenza delle ragioni pubbliche che dovrebbero giustificare l'eteromodificazione del contratto e la prevedibilità dell'intervento legislativo; (*iii*) svolgono il sindacato di ragionevolezza e proporzionalità in rapporto alla sensibilità economico-sociale

della materia; *(iv)* valutano l'omessa adozione di misure riequilibrative quando il costo dell'utilità collettiva rischi di gravare su un solo contraente.

L'intento, in definitiva, consiste nel verificare se e in quale misura dal diritto vivente emerga un nucleo coerente di criteri, applicabile con sufficiente costanza a casi omogenei e, soprattutto, idoneo ad assicurare un'effettiva tutela del privato la cui posizione risulti pregiudicata dalla modifica legislativa del contratto.

2. Il caso dei concessionari di giochi e scommesse pubbliche.

Il caso che più si presta all'analisi qui proposta è rappresentato dalle modifiche legislative ai contratti di concessione dei giochi e delle scommesse pubbliche. Oltre a essere strettamente pertinente rispetto all'oggetto della presente ricerca, esso è stato esaminato da una pluralità di giudici – nazionali ed europei – offrendo così un terreno di indagine particolarmente significativo. La trattazione del caso dei concessionari consentirà, dunque, di ricostruire decisioni collocate su piani diversi ma convergenti sulla medesima problematica: l'intervento del legislatore su contratti in corso di esecuzione. Ciò permetterà di illustrare i principi via via affermati dai diversi organi giudicanti e di metterne in luce eventuali convergenze, divergenze e linee evolutive.

2.1. (Segue). Il contratto di concessione di giochi e delle scommesse pubbliche.

In primo luogo, occorre preliminarmente illustrare le particolarità che contraddistinguono le concessioni pubbliche e, più nello specifico, quelle di giochi e scommesse pubbliche.

Il legislatore interviene non di rado a modificare il contenuto dei contratti di concessione, richiamando esigenze di interesse generale e, in particolare, di finanza pubblica. La maggiore pervasività dell'intervento normativo trova spiegazione nelle peculiarità del rapporto concessorio. Pur essendo stipulati con operatori privati e regolati, nelle fasi genetica ed esecutiva, da norme di diritto privato, questi contratti sono teleologicamente orientati al perseguimento di finalità pubbliche⁴⁴⁸. In questi casi, infatti, l'interesse generale non è curato direttamente dalla Pubblica

⁴⁴⁸ Sulla concessione, in generale, v. E. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VII, 370 ss.; D. SORACE, C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 280 ss.; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, *passim*; Id., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 1 ss.; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 250 ss.; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.

Amministrazione, con strumenti pubblicistici, bensì da privati, attraverso strumenti privatistici⁴⁴⁹. Ne deriva una fattispecie composita, nella quale profili privatistici (sinallagma, allocazione dei rischi, equilibrio economico-finanziario) coesistono con esigenze pubbliche⁴⁵⁰. In altri termini, l'Amministrazione ricorre allo strumento concessorio per assicurare alla collettività un più efficace perseguimento degli interessi pubblici, i quali, in via astratta, non risulterebbero garantiti dall'amministrazione con la propria organizzazione e i propri mezzi ovvero – pur potendo esserlo – lo sarebbero in modo presumibilmente antieconomico, inefficace e inefficiente, in contrasto con il principio di buon andamento e di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost. Da qui l'interrogativo – sul piano strettamente civilistico – se queste peculiarità possano giustificare un margine più ampio di invasione da parte del legislatore rispetto ai contratti ordinari.

Con la concessione l'autorità pubblica attribuisce al privato la possibilità di entrare in un mercato privo del normale carattere di libera accessibilità, per mezzo di una procedura di gara a evidenza pubblica che garantisce la parità di accesso e una libera concorrenza da parte degli operatori economici. Il fenomeno di cui si discute può essere diviso in due fasi. La prima è quella in cui la Pubblica Amministrazione individua, attraverso un procedimento di evidenza pubblica, il contraente privato a cui concedere il bene o il servizio. Tale fase è interamente regolata dal diritto pubblico e, in particolare, dal D.lgs. n. 36 del 2023 (Codice dei contratti pubblici). La seconda fase, invece, è quella della stipula del contratto e della sua esecuzione ed è disciplinata dalle norme di diritto privato. In tal senso risulta chiaro l'art. 12 del nuovo Codice degli appalti pubblici, che, nel recepire le direttive nn. 24 e 25 del 2014, stabilisce espressamente, da un lato, che “*alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti*

⁴⁴⁹ Sulla dicotomia tra pubblico e privato v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 75 ss.

⁴⁵⁰ B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 509 ss., evidenzia che “*la concessione di pubblico servizio rappresentava uno snodo dogmatico particolarmente difficile e contraddittorio: il rilievo pubblicistico dell'attività svolta dal concessionario veniva a confliggere con l'ineliminabile bilateralità dell'accordo concessorio; la stabilità della concessione con la possibilità di una revoca per pubblico interesse. Si trattava di una contraddittorietà insita nell'istituto e che sembrava mettere in dubbio la praticabilità stessa della dicotomia pubblico privato, fin tanto, almeno, che quella dicotomia si appoggiava, da una parte, all'autorità e all'impero, dall'altra al consenso e all'accordo*”.

si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241” e, dall’altro lato, che “alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile”. La disposizione da ultimo richiamata, del resto, fa da *pendant* all’art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990, secondo il quale, nei casi in cui la Pubblica Amministrazione adotta atti non autoritativi, agisce secondo le norme di diritto privato. La nuova formulazione del Codice dei contratti pubblici, dunque, sembrerebbe aver definitivamente accolto l’attribuzione di una natura privatistica-contrattuale alle concessioni pubbliche, ove il diritto privato è la regola, mentre il diritto pubblico la deroga⁴⁵¹.

La natura privatistica delle concessioni pubbliche risulta altresì confermata dalla Corte costituzionale, la quale in più occasioni ha evidenziato che l’esecuzione

⁴⁵¹ La questione della natura della concessione è stata oggetto di un acceso dibattito in letteratura. Per tale ragione A. GEMMI, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza*, in *Pers. amm.*, 2019, 490 ss., ritiene che “tentare di delineare una teoria organica del contratto di concessione significa discutere della natura stessa del potere pubblico, della posizione del privato di fronte all’azione amministrativa e, in ultima analisi, del confine tra pubblico e privato”. In ogni caso, già prima dell’avvento del nuovo Codice, la tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza era orientata verso la qualificazione contrattuale delle concessioni pubbliche, anche alla luce dell’art. 5, comma 1, n. 1, lett. a) e b), della richiamata direttiva n. 23 del 2014, che definiva la concessione di beni e di servizi come “un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto”. Tale definizione è stata poi ripresa dall’art. 2, comma 1, lett. c), dell’Allegato I.1, del nuovo Codice degli appalti. Al riguardo, v. E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell’Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 37 ss.; L. MONTEFERRANTE, *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, in *Urb. app.*, 8, 2006, 955 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, 97 ss.; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 576 ss.; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *Pers. amm.*, 2018, 111 ss. Al contrario ritengono che la concessione rappresenti un accordo amministrativo di cui all’art. 11 della legge n. 241 del 1990, G. MONTEDORO, V. TALIENTI, *Le concessioni di lavori nel codice appalti: nozione e caratteristiche*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008, 2457 ss.; S. D’ANCONA, *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati cit.*, 601 ss.

Con riferimento al nuovo Codice degli appalti pubblici, v. M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice civile nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Pers. Amm.*, 2024, 169 ss., il quale, pur riconoscendo che il diritto positivo ha accolto la natura privatistica delle concessioni pubbliche, ritiene che sarebbe più opportuna una ricostruzione “pan-pubblicistica” dell’istituto in commento, in quanto “l’impostazione tradizionale è inevitabilmente fonte di incertezze qualificatorie che si riflettono sul riparto della giurisdizione; in ogni caso, essa comporta la concorrenza di giurisdizioni nell’esecuzione del contratto, il che può dar luogo all’erogazione di tutele diverse dal punto di vista contenutistico. La soluzione pan-pubblicistica semplificherebbe il quadro e risolverebbe molti problemi, innanzitutto d’ordine pratico, in quanto avrebbe quale sua principale conseguenza l’attribuzione delle controversie relative all’esecuzione del contratto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

del rapporto contrattuale rientra nella “*materia dell’ordinamento civile*”⁴⁵². Al contempo, però, la Consulta ha precisato che, sebbene la fase successiva alla stipula sia disciplinata dal diritto civile, la pubblica autorità conserva dei poteri pubblici, in particolare rispetto ad alcuni aspetti organizzativi dell’esecuzione, in relazione a determinate esigenze di interesse generale⁴⁵³.

La natura privatistica della concessione, nonché la circostanza per cui la Pubblica Amministrazione agisce *iure privatorum* durante l’esecuzione della stessa, consentono di porre, in astratto, il privato sullo stesso piano del contraente pubblico, il quale non avrà un potere unilaterale predominante come quando adotta atti autoritativi.

Vi sono, tuttavia, delle caratteristiche proprie dei contratti di concessione, derogatorie rispetto alla disciplina privatistica, dovute al fatto che essi sono volti a soddisfare un interesse pubblico. Innanzitutto, già dalla definizione di “*contratti di concessione*” o “*concessioni*” di cui all’art. 2, comma 1, lett. c), dell’Allegato I.1, del Codice degli appalti⁴⁵⁴ emerge che il concessionario assume su di sé il c.d. rischio operativo⁴⁵⁵. Si tratta, in altri termini, del rischio di impresa che si assume il concessionario, il quale non riceverà alcun corrispettivo da parte dell’ente concedente, traendo il proprio profitto esclusivamente dai ricavi derivanti dagli utenti che fruiscono del servizio o del bene. Viene così a verificarsi un rapporto trilaterale: la Pubblica Amministrazione, il concessionario e l’utente⁴⁵⁶. La

⁴⁵² *Ex plurimis*, Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 43, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 579 ss.; ID., 22 novembre 2007, n. 401, in *Giur. cost.*, 2007, 6, 4447 ss., con osservazioni di L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le «anime» della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza»*, e C. LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell’intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell’evidenza pubblica)*”.

⁴⁵³ Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 53, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 723 ss.

⁴⁵⁴ Secondo cui il corrispettivo per l’esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi “*consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”.

⁴⁵⁵ G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 599 ss.; M. ZACCHEO, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021; F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull’equilibrio economico e finanziario*, in *Dir. econ.*, 2020, 13 ss.

⁴⁵⁶ R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 46 ss.; F. MARTINELLI, M. SANTINI, *La scelta del concessionario di pubblico servizio tra affidamento, «intuitu personae» e procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb. app.*, 2001, 1015 ss.; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, 703 ss.; A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di*

distinzione tra concessione e appalto è stata ravvisata proprio nella sussistenza, nella seconda fattispecie, di un rischio operativo in capo al privato, presupponendo così un'alea⁴⁵⁷. Più in particolare, mentre l'appalto prevede un rapporto tra stazione appaltante e appaltatore e il compenso di quest'ultimo grava interamente sulla prima, nella concessione il concessionario ha rapporti negoziali diretti anche con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione. Tale rischio, tuttavia, non è illimitato. Esso sussiste finché vi siano “*condizioni operative normali*”⁴⁵⁸. In tale ottica, il contratto di concessione deve garantire la “*conservazione dell'equilibrio economico-finanziario*”, con ciò intendendosi la stabile compresenza delle condizioni (i) di convenienza economica e (ii) di sostenibilità finanziaria. Tale equilibrio ricorre quando i ricavi attesi dal progetto

autorganizzazione e concessione di servizi, Torino, 2018, 63 ss.; M. CERUTI, *L'anacronismo della simbiosi tra concessioni e servizi pubblici: trilateralità e altre aporie nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2019, 21 ss.; F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario* cit.; M. ZACCHEO, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze* cit.

Sul punto, v. in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 28 maggio 2020, n. 10080, in *DeJure*, secondo cui “*in tema di affidamento di servizi da parte della p.a. ad imprese private, la linea di demarcazione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi risiede in ciò, che i primi, a differenza delle seconde, riguardano di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comportano il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione e non determinano, infine, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario*”.

⁴⁵⁷ F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario* cit., il quale ritiene che il contratto di concessione avrebbe natura aleatoria. In tali termini v. anche T. SICA, *Sopravvenienze contrattuali da Covid-19 e rapporti concessori. Scelta del rimedio e profili regolatori*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 1, 2021, 507 ss. *Contra* v. M. ZACCHEO, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze* cit., secondo il quale, invece, il rischio operativo corrisponderebbe all'alea normale di cui all'art. 1467, secondo comma, c.c., ossia “*il sacrificio che deve sopportare il concessionario nell'ambito del rapporto di concessione*”.

Secondo CGUE, 10 marzo 2011, C-274/09, “[i]l rischio di gestione economica, che caratterizza la concessione di servizi, deve essere inteso come esposizione dell'impresa all'alea del mercato, che può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio”.

⁴⁵⁸ L'art. 177 del Codice dei contratti pubblici prevede che “[s]i considera che il concessionario abbia assunto il rischio operativo quando, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile [...] Il rischio operativo, rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione, è quello che deriva da fattori esterni, non soggetti al controllo delle parti. Non rilevano i rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore”.

risultano sufficienti a coprire gli oneri di esercizio e gli investimenti e ad assicurare un'adeguata remunerazione al capitale di rischio⁴⁵⁹. Il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione dovrebbe essere garantito con il piano economico-finanziario (PEF), con cui si dovrebbe circoscrivere il rischio operativo del concessionario, distribuendolo tra le parti coinvolte. Nel PEF, dunque, l'Amministrazione deve esplicitare i costi e gli oneri che concorrono a definire il rischio operativo trasferito all'operatore economico. In mancanza di una completa conoscenza di tali oneri, l'operatore non è in condizione di valutare se, in rapporto alla propria struttura d'impresa, il rischio sia sostenibile senza perdite, con conseguente inevitabile inattendibilità della sua offerta. In tal modo, gli atti di gara individuano le prestazioni poste a carico del concessionario e quantificano l'onere economico, così da fissare *ex ante* le condizioni destinate a incidere, lungo l'intera durata del rapporto, sull'equilibrio economico-finanziario del servizio.

Le peculiarità delle concessioni hanno indotto il legislatore a introdurre, in deroga al diritto civile, una disciplina speciale. Parte della dottrina propone una ripartizione di tali deroghe in quattro gruppi, distinti in base alla rispettiva *ratio*⁴⁶⁰. Nel primo gruppo rientrano quelle poste a tutela della concorrenza e delle libertà economiche, fondate sul principio della scelta del contraente mediante gara. Esse si traducono nel principio della tendenziale immodificabilità del contratto di concessione, desumibile – *a contrario* – dai limiti dello *ius variandi* dell'ente concedente fissati dall'art. 120 del Codice dei contratti pubblici. Ne derivano, in via generale, l'ammissibilità delle sole: (i) modifiche non sostanziali; (ii) modifiche – anche sostanziali, ma che non alterino la natura complessiva dell'affidamento – espressamente previste nei documenti di gara iniziali ovvero rese necessarie da circostanze straordinarie e imprevedute. La finalità è impedire che interventi modificativi conducano a un assetto negoziale sostanzialmente diverso da quello

⁴⁵⁹ Cfr. art. 177, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, secondo cui “[l]’assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell’equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. L’equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio”.

⁴⁶⁰ M. TRIMARCHI, *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici* cit.

originariamente posto alla base dell'aggiudicazione, eludendo le regole dell'evidenza pubblica⁴⁶¹.

Un secondo gruppo comprende le disposizioni che, in deroga al richiamato principio di immodificabilità del contratto, attribuiscono alla Pubblica Amministrazione poteri di intervento per fronteggiare sopravvenienze non previste al momento della conclusione della concessione. In tali casi, le esigenze rilevanti non attengono soltanto al riequilibrio delle posizioni delle parti – di cui si è trattato nel secondo capitolo –, ma anche alla garanzia della qualità delle prestazioni del privato, affinché risultino idonee a soddisfare l'interesse pubblico. Lo *ius variandi* dell'ente concedente, peraltro, non è illimitato, essendo puntualmente regolato dal Codice sia quanto alle modalità del suo esercizio, sia quanto ai presupposti necessari perché possa essere attivato⁴⁶². In coerenza con tale *ratio*, l'art. 60 del Codice dei contratti pubblici impone di prevedere negli atti di gara clausole di revisione dei prezzi in corso di esecuzione⁴⁶³. Inoltre, il nuovo Codice – anche alla luce dell'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale richiamato nel secondo capitolo del presente lavoro – ha introdotto, all'art. 9 (rubricato “*principio di*

⁴⁶¹ R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.

In giurisprudenza, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2 aprile 2020, n. 10, in *Giustizia amministrativa*, ha evidenziato che “l'interesse concorrenziale alla corretta esecuzione del contratto riacquista concretezza ed attualità in tutte le ipotesi in cui la fase dell'esecuzione non rispecchi più quella dell'aggiudicazione, conseguita all'esito di un trasparente, imparziale, corretto gioco concorrenziale, o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (c.d. risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa)”.

Tale principio è stato affermato anche dalla giurisprudenza comunitaria. Cfr. CGUE, Sez. VIII, sentenza 7 settembre 2016, causa C-549/14, *Finn Frogne A/S c. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*; ID., sentenza 19 giugno 2008, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH c. Repubblica d'Austria*, causa C-454/06, EU:C:2008:351, punti 34–37, secondo cui “il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere l'appalto, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi”.

⁴⁶² Cfr. art. 189 del Codice dei contratti pubblici, rubricato “*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*”.

⁴⁶³ S. SPUNTARELLI, *Art. 60 – Revisione prezzi*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, 306 ss.

conservazione dell'equilibrio contrattuale”), un diritto alla rinegoziazione del contratto in tutti i casi in cui circostanze sopravvenute, straordinarie e imprevedibili, abbiano alterato l'equilibrio contrattuale oltre la soglia dell'alea normale, eccedendo le ordinarie fluttuazioni e il rischio di mercato⁴⁶⁴.

Un terzo gruppo di deroghe si ha poi nei casi in cui è consentito alla Pubblica Amministrazione, in casi eccezionali, risolvere unilateralmente il contratto là dove ciò sia imposto da un interesse pubblico preminente (art. 190 del Codice dei contratti pubblici). Sul punto, tuttavia, occorre evidenziare che in caso di recesso dell'ente concedente per pubblico interesse, al concessionario spettano: (i) il valore delle opere o, se non collaudate, i costi effettivi; (ii) i costi derivanti dal recesso; (iii) un indennizzo pari al 2–5% degli utili previsti dal PEF. In tal caso, i criteri per l'individuazione dell'indennizzo devono essere esplicitati in maniera inequivocabile nell'ambito del bando di gara e indicati nel contratto.

Infine, è stato individuato un quarto gruppo di deroghe. Si tratta dei casi in cui il Codice disciplina le modalità con cui l'Amministrazione può esercitare il recesso o risolvere il contratto⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ In particolare, l'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevede che “*quando sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali*”. Con specifico riferimento ai contratti di concessione, l'art. 192 del nuovo Codice (“*Revisione del contratto di concessione*”) prevede che “[a]l verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto. L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa”.

Sul nuovo obbligo di rinegoziazione, v. G.D. COMPORI, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir. ec.*, 2024, 16 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024.

⁴⁶⁵ Cfr. art. 190, comma terzo, del Codice dei contratti pubblici, il quale prevede che “[n]ei casi che comporterebbero la risoluzione di una concessione per cause imputabili al concessionario, l'ente concedente comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, ivi inclusi i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro centoventi giorni dal ricevimento della comunicazione, possono indicare un operatore economico che subentri nella concessione avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del

L'analisi della disciplina del contratto di concessione e delle sue specificità mostra che anche in questi casi, ove il perseguimento interessi pubblici assume un rilievo fondamentale rispetto ai rapporti di diritto comune, la modifica del rapporto contrattuale è ammessa soltanto nelle ipotesi e con le modalità previste dal Codice dei contratti pubblici ed è, comunque, rimessa alla determinazione delle parti, Amministrazione o privato. Pertanto, non possono che ritenersi del tutto eccezionali i casi in cui il legislatore modifica in via autoritativa il contenuto del contratto senza osservare le regole del Codice dei contratti pubblici.

Nel solco delle concessioni pubbliche si inserisce la fattispecie particolare della concessione di giochi e scommesse pubbliche⁴⁶⁶. Al riguardo, va anzitutto evidenziato che il mercato italiano del gioco e delle scommesse rappresenta uno dei più rilevanti a livello europeo ed è in continua crescita: solo nel 2024 ha raggiunto una raccolta di circa 157 miliardi di euro. A trainare tale espansione è stato in particolare il gioco *online*, che ha ormai superato la rete fisica e concentra circa il 58,5% del totale delle giocate⁴⁶⁷.

subentro. L'operatore economico subentrante assicura la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dall'ente concedente. Il subentro dell'operatore economico ha effetto da quando l'ente concedente presta il consenso".

⁴⁶⁶ La CGUE, Sez. II, sentenza 8 settembre 2016, causa C-225/15 – partendo dal presupposto secondo cui “la differenza tra un appalto pubblico di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della prestazione di servizi. L'appalto di servizi comporta un corrispettivo che, senza peraltro essere l'unico, è versato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi, mentre, nel caso di una concessione di servizi, il corrispettivo della prestazione di servizi consiste nel diritto di gestire il servizio, o da solo o accompagnato da un prezzo” – ha chiarito che nell'ambito della concessione di giochi o scommesse pubbliche “il prestatore di servizi, da un lato, non viene remunerato dall'amministrazione aggiudicatrice e, dall'altro, sopporta integralmente il rischio connesso all'esercizio dell'attività di raccolta e trasmissione delle scommesse. Ne consegue che una concessione relativa all'organizzazione di scommesse, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, non può essere qualificata come appalto pubblico di servizi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e b), della direttiva 2004/18”. Ancor prima, CGUE, sentenza 21 ottobre 1999, *Zenatti c. Repubblica italiana*, causa C-67/98, EU:C:1999:514 (nt. 13); ID., sentenza 11 settembre 2003, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) e a. c. Estado português*, causa C-6/01, EU:C:2003:446, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, 392 ss., con commento di F. LUCIANI, *Libera prestazione di servizi fra ordine pubblico nazionale e tutela dei consumatori*; CGUE, sentenza 1° ottobre 1998, *Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd e Oy Transatlantic Software Ltd c. Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) e Suomen valtio*, causa C-124/97, EU:C:1998:461, avevano riconosciuto come le attività di gioco e scommessa sono attività di fornitura di servizi e, essendo esercitate con fini di lucro, devono considerarsi come attività economiche.

⁴⁶⁷ I dati sopra riportati sono stati ripresi dallo studio condotto da Eurispes, consultabile presso il seguente link: <https://eurispes.eu/news/come-la-crescita-delle-scommesse-sportive-sta-ridefinendo-i-modelli-di-business/>.

La disciplina in materia risulta quanto mai complessa, sia a causa della commistione dei profili giuridici con quelli sociologici, psicologici e morali, sia per la numerosità e la frammentarietà delle fonti in cui è contenuta. Si tratta di una normativa multilivello, costituita da disposizioni legislative nazionali, decreti ministeriali nonché circolari e provvedimenti da parte dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, che si sono integrati nel corso del tempo, e che oggi risultano insuscettibili di essere ricondotti a sistema⁴⁶⁸. In ogni caso, il quadro normativo presenta, come elemento costante, la figura dell'organizzatore – soggetto pubblico o privato – che cura l'organizzazione e la gestione del gioco, assicurandone la fruizione agli utenti. Su tale attività si innesta un controllo, diretto e indiretto, esercitato dallo Stato⁴⁶⁹.

Nell'ordinamento italiano i giochi e le scommesse sono tradizionalmente ricondotti a tre categorie⁴⁷⁰. Anzitutto vi sono i giochi vietati, nei quali rientrano sia le fattispecie penalmente sanzionate – ossia i giochi d'azzardo caratterizzati dal fine di lucro e dall'esito interamente o pressoché interamente rimesso al caso (art. 721 c.p.) – sia i giochi che l'autorità di pubblica sicurezza abbia interdetto per ragioni di ordine pubblico. In tali ipotesi il relativo accordo è normalmente qualificato come contratto con causa illecita per contrarietà al buon costume, con la conseguenza che le prestazioni eseguite non sono ripetibili in chiave sanzionatoria ai sensi dell'art. 2035 c.c.

Accanto a questi, l'ordinamento conosce i giochi leciti, comprendenti le competizioni sportive e le lotterie autorizzate, previsti espressamente dall'art. 1935 c.c., nonché le ulteriori tipologie ammesse da specifiche leggi di settore. Il relativo contratto ha natura aleatoria per sua essenza, poiché, al momento genetico,

⁴⁶⁸ L. MODICA, *Del giuoco e della scommessa*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile Commentario*, Milano, 2018, 119; M.P. PIGNALOSA, *Giochi pubblici e diritto privato*, in *Jus civ.*, 4, 2022, 984 ss.; L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus – Riv. giur. serv. pub.*, 2/2012, 310 ss.

⁴⁶⁹ T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano, 2000, 2377 ss.; M. GNES, voce *Giochi e scommesse*, in *Enc. dir.*, I Tematici, Milano, 2022, 542 ss.; M.P. PIGNALOSA, *Giochi pubblici e diritto privato* cit.

⁴⁷⁰ Sul punto v. M.P. PIGNALOSA, *Giochi pubblici e diritto privato* cit.

Anche in giurisprudenza è stato trattato il tema. V., per tutti, Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2023, n. 1071, in *Giustizia amministrativa*.

l'incidenza dell'evento futuro sulle prestazioni è oggettivamente incerta⁴⁷¹. Infine, è prevista una terza area composta dai giochi tollerati (non vietati ma neppure autorizzati). Qui, l'attività di gioco genera una obbligazione naturale, con il solo effetto giuridico dell'irripetibilità di quanto corrisposto *ex art.* 1933 c.c. I giochi possono essere inoltre privati – quando coinvolgono un numero limitato di soggetti – oppure assumere natura pubblica quando la platea dei partecipanti è ampia. In quest'ultima evenienza, l'esigenza di tutelare la sicurezza pubblica e i consumatori legittima, per talune tipologie di giochi, una organizzazione amministrativa dell'attività.

Il D.lgs. 14 aprile 1948, n. 496 prevede una riserva in favore dello Stato in materia di giochi e scommesse. I privati, dunque, non possono svolgere autonomamente attività d'impresa in questo settore. La riserva, tuttavia, non è assoluta, atteso che lo Stato può comunque affidare a un privato la gestione dei giochi e delle scommesse⁴⁷².

L'assetto organizzativo, in concreto, si sviluppa secondo due modelli. Il primo è quello della riserva statale: l'art. 1 del D.lgs. 14 aprile 1948, n. 496 stabilisce che l'organizzazione e l'esercizio dei giochi di abilità e dei concorsi pronostici, con premio e con pagamento di una posta, sono riservati allo Stato. In base all'art. 2 dello stesso decreto, l'organizzazione e l'esercizio dei giochi e delle scommesse sono affidati al Ministero dell'Economia e delle Finanze, che può gestirli direttamente oppure indirettamente tramite soggetti privati idonei (persone fisiche o giuridiche), con i quali deve concludere un contratto di concessione ove vengono determinate le modalità della gestione e l'aggio, costituito da quota percentuale o un importo fisso che il concessionario trattiene sugli incassi derivanti dall'organizzazione dei giochi o concorsi pronostici, a titolo di corrispettivo per il

⁴⁷¹ A. PINO, *Il giuoco e la scommessa e il contratto aleatorio*, in AA. VV., *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, 787 ss.

⁴⁷² Sul rapporto tra riserva statale e concessione v. T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse* cit.; C. BEDELLI, A. VEDOVA, *Giochi e scommesse tra diritto comunitario e diritto nazionale*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*; L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento* cit., il quale si chiede “se quello dei giochi e delle scommesse sia un mercato regolato dallo Stato secondo i principi di libertà d'iniziativa e di concorrenza o se invece le disposizioni pubblicistiche perseguono ancora altre e differenti finalità”. Secondo S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, n. 5, 1996, 5 ss., “il concessionario è un imprenditore creato dallo Stato. Questi, infatti, agisce nell'ambito di vincoli che sono determinati dall'autorità pubblica”.

servizio prestato. Per ragioni di unificazione delle competenze, tali funzioni pubbliche sono poi confluite nell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), oggi incorporata nell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, ai sensi dell'art. 4 del D.l. n. 138 del 2002⁴⁷³. In questo quadro, i concessionari svolgono, in via derivata, l'attività amministrativa di cui l'Amministrazione resta titolare e, sul piano privatistico, concludono i contratti di gioco con i singoli utenti. A tal fine, essi operano tramite una filiera di operatori – come, ad esempio, le ricevitorie – che operano quali loro ausiliari ai sensi dell'art. 1228 c.c. Il secondo modello è quello autorizzatorio, che consente a soggetti privati di esercitare direttamente l'attività di gioco previa autorizzazione amministrativa avente funzione di controllo e presidio dell'interesse pubblico.

Il sistema dei giochi e delle scommesse, dunque, si caratterizza, da un lato, per la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti e, dall'altro lato, per la sua natura *“tripolare asimmetrica”*. In esso, infatti, partecipano – in modo disomogeneo, in termini sia di quantità sia di qualità – l'autorità amministrativa, ossia l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, un gruppo di concessionari e, infine, una massa di giocatori⁴⁷⁴. In tale contesto, dunque, la Pubblica Amministrazione seleziona i privati con cui stipulare il contratto di concessione, i quali, a loro volta, stipulano contratti con i singoli giocatori.

L'asimmetria che connota la disciplina in esame non si esaurisce nella tradizionale asimmetria informativa, ma si manifesta anche attraverso i particolari poteri riconosciuti all'Amministrazione, la quale esercita un vero e proprio potere di controllo e conformativo sull'autonomia contrattuale del concessionario. Ad esempio – per quanto riguarda la raccolta a distanza delle scommesse, del bingo e delle lotterie – il decreto direttoriale dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato del 21 marzo 2006, prevede che l'Amministrazione deve approvare lo

⁴⁷³ Il D.l. 8 luglio 2002, n. 138 ha riorganizzato la materia dei giochi e delle scommesse e, all'art. 4, ha previsto che *“al fine di assicurare la gestione unitaria prevista dall'art. 12 della legge 18 ottobre 2001, n. 383, nonché di eliminare sovrapposizioni di competenze, di razionalizzare i sistemi informatici esistenti e di ottimizzare il gettito erariale, l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato svolge tutte le funzioni in materia di organizzazione ed esercizio dei giochi, scommesse e concorsi pronostici”*.

⁴⁷⁴ A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016, 112 ss.

schema di contratto di conto di gioco utilizzato uniformemente dal concessionario nei rapporti con i giocatori. L'AAMS ha altresì elaborato uno schema di contratto tipo, ove sono disciplinati diritti, facoltà, obblighi, doveri e responsabilità tanto in capo ai giocatori quanto in capo al concessionario.

Da ultimo, è importante sottolineare come gli interessi pubblici coinvolti nel settore dei giochi e delle scommesse siano particolarmente rilevanti e delicati, tanto da giustificare la riserva statale già menzionata e da impedire, di fatto, una completa liberalizzazione del mercato. Detti interessi, infatti, non sono univoci e possono anche entrare in tensione tra loro⁴⁷⁵. Da un lato, vi è l'esigenza di garantire l'ordine pubblico⁴⁷⁶ e tutelare i cittadini. Dall'altro, lo Stato persegue un interesse finanziario, legato agli ingenti introiti che derivano da queste attività. L'interesse alla tutela dell'ordine pubblico si manifesta in almeno tre direzioni: proteggere il consumatore-giocatore, spesso esposto a rischi di dipendenza o comportamenti irrazionali; prevenire fenomeni di frode e infiltrazioni criminali; proteggere i minori, evitando che si approccino all'azzardo. In questo senso, si può parlare di un approccio paternalistico da parte dello Stato, che, in quanto titolare della riserva, deve regolamentare e contenere il fenomeno, evitando derive socialmente pericolose. Accanto a questa dimensione più propriamente protettiva, vi è l'interesse dello Stato a trarre risorse dal settore. Come evidenziato, il mercato dei giochi e delle scommesse rappresenta una fonte significativa di entrate per l'erario, ed è anche in funzione di tale interesse che lo Stato mantiene un controllo diretto e strutturato sul settore⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento* cit.

⁴⁷⁶ T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse* cit., spec. 3147, secondo il quale "l'esercizio esclusivo da parte dello Stato dell'attività di gioco e il potere di controllo ad esso spettante diventano funzionali al soddisfacimento dell'interesse che la collettività mostra di avere verso i giochi di sorte e, al contempo, consentono di prevenire eventuali "pericoli di turbativa dell'ordine pubblico", assicurando "allo Stato entrate finanziarie da destinare a fini di utilità generale".

⁴⁷⁷ L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento* cit.

2.2. (Segue). La sentenza n. 56 del 31 marzo 2015 della Corte costituzionale.

La sentenza n. 56 del 2015 della Corte costituzionale prende in esame l'assetto introdotto dall'art. 1, commi 77, 78 e 79, della legge 13 dicembre 2010, n. 220 (legge di stabilità 2011) in materia di concessioni per l'esercizio e la raccolta non a distanza dei giochi pubblici⁴⁷⁸. Il giudizio aveva a oggetto l'intervento legislativo con cui è stato modificato lo schema-tipo di convenzione accessiva alla concessione e imposto ai concessionari, entro 180 giorni, la conclusione di un atto di integrazione volto a modificare le concessioni in essere con la previsione di nuovi requisiti e obblighi per i concessionari. L'oggetto dello scrutinio era dunque una modificazione legale del regolamento contrattuale in corso di esecuzione con finalità di ordine pubblico economico e di tutela di diversi interessi generali (trasparenza, pubblica fede, sicurezza, salute dei giocatori, protezione dei minori, salvaguardia dell'erario), che si riflette direttamente sull'equilibrio sinallagmatico dei rapporti concessori in corso di esecuzione.

Per quello che maggiormente interessa in questa sede, le disposizioni impugnate innanzi la Corte costituzionale prevedevano l'obbligo per i concessionari già attivi di sottoscrivere un atto integrativo che recepisce nuovi requisiti soggettivi (forma e sede dell'impresa, capacità tecnico-infrastrutturale, solidità patrimoniale e finanziaria, onorabilità e professionalità degli amministratori, presidi contro conflitti di interessi) e nuovi obblighi gestionali (flussi informativi periodici verso l'amministrazione, ricostituzione del capitale in ipotesi tipizzate, vincoli alla distribuzione dei dividendi correlati al mantenimento dei livelli di servizio, autorizzazione preventiva per mutamenti soggettivi, strumenti di esclusione dei minori e di promozione del gioco responsabile), oltre a clausole penali, meccanismi di decadenza, obblighi di prosecuzione interinale e cessione non onerosa o devoluzione, a richiesta dell'Amministrazione, della rete infrastrutturale alla scadenza della concessione.

⁴⁷⁸ Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56, cit. Per un commento della sentenza v. R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici sottostanti al regime di monopolio statale di concessione per l'esercizio di attività di gioco pubblico con vincite a denaro e sulla giustificazione di nuovi requisiti ed obblighi imposti con legge e non suscettibili di indennizzo*, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 506 ss.

In fatto, la questione è sorta nel contenzioso amministrativo tra l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato e un concessionario per l'attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento e intrattenimento, che, avendo aderito alla fase di "*concreta sperimentazione e avvio a regime*" e ottenuto l'autorizzazione all'installazione dei videoterminali (pagando 15.000 euro per ciascuno), rivendicava il suo diritto a proseguire l'attività "*senza soluzione di continuità*" e contestava l'imposizione sopravvenuta di pesi aggiuntivi e più severi stabiliti dalla legge 220/2010. Il TAR del Lazio ha accolto solo in parte i motivi del ricorso principale. Il concessionario, dunque, ha impugnato la sentenza innanzi al Consiglio di Stato, il quale, dopo aver riconosciuto il diritto della società di proseguire il rapporto di concessione, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, con riguardo a due profili:

- (i) la possibilità, da parte del legislatore, di introdurre retroattivamente nuovi requisiti e obblighi contrattuali a carico dei concessionari, con effetti pregiudizievoli per posizioni giuridiche già consolidate, alle quali si è acceduto tramite ingenti investimenti economici;
- (ii) l'incidenza che le disposizioni impugnate avevano sul libero esercizio della libertà d'impresa, restringendo la possibilità di accedere alla posizione di concessionario, da un lato, e gravando i concessionari di intollerabili oneri aggiuntivi e prescrizioni eccedenti la natura e il contenuto del rapporto.

Secondo il rimettente, dunque, l'art. 1, commi 77, 78 e 79, della legge 220/2010 si poneva in contrasto con:

- (i) l'art. 3 Cost., imponendo irragionevolmente al concessionario già autorizzato all'esercizio dei giochi pubblici l'integrazione della convenzione con nuovi obblighi, in violazione del legittimo affidamento e della certezza dei rapporti giuridici;
- (ii) l'art. 41, primo comma, Cost., poiché restringeva l'accesso alla concessione per la gestione del gioco lecito e imponeva al concessionario nuovi requisiti e obblighi, comprimendo ingiustificatamente la libertà di iniziativa economica privata; e

(iii) l'art. 42, terzo comma, Cost., in quanto le disposizioni impugnate non prevedevano alcun indennizzo per compensare il sacrificio imposto al privato.

La Corte costituzionale, pur avendo riconosciuto l'ammissibilità della questione, ha ritenuto che essa non fosse fondata nel merito.

Innanzitutto, per quanto riguarda la presunta violazione dell'art. 3 Cost, la Consulta ha affermato che il legittimo affidamento nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio, sebbene riceva protezione nell'art. 3 Cost., non è tutelato in termini assoluti e inderogabili. Da un lato, affinché esso possa ritenersi meritevole di tutela deve essersi “*consolidato*”, ossia la posizione del privato deve essersi protratta per un sufficiente periodo di tempo e deve essere sorta in un contesto giuridico idoneo a determinare la fiducia nel suo mantenimento. Dall'altro lato, la posizione del privato nell'ambito dei rapporti di durata, anche se consolidata, può essere pregiudicata da interventi normativi volti a tutelare interessi pubblici sopravvenuti, con l'unico limite di non rendere irrazionale il regolamento in essere. Nel *dictum* della Corte, tali principi valgono a maggior ragione con riferimento ai contratti di concessione di giochi e scommesse, stante la particolare rilevanza degli interessi pubblici in gioco, meritevoli di una speciale e continua attenzione da parte del legislatore⁴⁷⁹.

⁴⁷⁹ CGUE, Sez. III, sentenza 30 aprile 2014, causa C-390/12, *Pfleger e a. c. Repubblica d'Austria*, EU:C:2014:281; ID., Sez. VI, sentenza 28 febbraio 2018, causa C-3/17, *Sporting Odds Limited c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, EU:C:2018:130, ha ribadito che le autorità nazionali dispongono di una discrezionalità sufficientemente ampia nell'organizzare e disciplinare il settore dei giochi d'azzardo, potendo stabilire, secondo le proprie priorità, le esigenze di tutela del consumatore e gli obiettivi di ordine sociale, purché nel rispetto delle condizioni delineate dalla giurisprudenza della stessa Corte.

CGUE, sentenza 30 giugno 2011, causa C-212/08, *Zeturf Ltd c. Premier ministre*, EU:C:2011:437 ha, invece, affermato che una restrizione alla libera prestazione dei servizi è consentita nell'ambito dei giochi e delle scommesse là dove sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale perseguiti dalle normative interne. Tali obiettivi sono generalmente riconducibili alla protezione dei consumatori, alla prevenzione della dipendenza dal gioco e alla tutela dell'ordine pubblico. Tali finalità rientrano tra i motivi imperativi di interesse generale che possono legittimare restrizioni alla libera prestazione dei servizi. La Corte ha inoltre riconosciuto che anche considerazioni di natura morale, religiosa o culturale, nonché la necessità di evitare le ripercussioni economiche e sociali negative del gioco, possono giustificare una regolamentazione restrittiva da parte degli Stati membri. Resta tuttavia escluso che il mero obiettivo di incremento del gettito fiscale possa costituire, di per sé, una ragione idonea a giustificare limitazioni alla libertà di prestazione dei servizi, soprattutto quando tali misure risultino sproporzionate o incoerenti con gli obiettivi dichiarati.

In definitiva, secondo la Corte costituzionale, le disposizioni della legge 220/2010 impugnata non violavano l'art. 3 Cost, in quanto i pesi da esse imposti ai privati *“non solo sono connaturali al regime di concessione del gioco pubblico, che deve tutelare plurimi interessi generali, che deve tutelare plurimi interessi generali, ma costituiscono anche, nel caso di specie, una misura minima di ripristino della par condicio dei gestori”*.

Sul punto si osserva, tuttavia, che l'analisi della Consulta circa la ragionevolezza dell'intervento legislativo di cui si tratta risulta parziale. Ciò in quanto la Corte non ha operato una valutazione comparativa tra le esigenze di tutela di tali interessi e il legittimo affidamento dei concessionari, evidenziando che il Consiglio di Stato rimettente non avrebbe precisato né sotto quale specifico sarebbe avvenuta la lesione – ad esempio, se in termini di minore redditività, irrecuperabilità degli investimenti effettuati – né se la normativa impugnata fosse sproporzionata, alterando irrimediabilmente l'equilibrio contrattuale.

Per quanto riguarda, invece, la denunciata violazione dell'art. 41, primo comma, Cost., la Consulta ha richiamato il principio secondo cui è configurabile una lesione della libertà di iniziativa economica solo qualora i limiti imposti dal legislatore, seppur diretti al perseguimento dell'utilità sociale o alla tutela di valori fondamentali della persona, risultino arbitrari nell'individuazione del fine o palesemente incongrui nei mezzi impiegati. Nel caso di specie, secondo il giudice delle leggi, l'attività del concessionario di giochi e scommesse è permeata da preminenti interessi generali, legati alla pericolosità che caratterizza il settore del gioco d'azzardo. È, dunque, connaturale allo strumento concessorio l'imposizione di penetranti limitazioni dell'iniziativa economica privata operate a tutela di detti interessi. Per tali ragioni, gli interessi pubblici posti a giustificazione della normativa al vaglio costituzionale non erano stati individuati arbitrariamente.

Infine, la Consulta ha ritenuto che non fosse configurabile neanche la violazione dell'art. 42, terzo comma, Cost. in quanto l'indennizzo da esso previsto deve essere corrisposto in tutte le ipotesi di ablazioni reali, ove l'espropriazione

abbia a oggetto beni, ma non anche in caso di ablazioni obbligatorie⁴⁸⁰. A ogni modo, nel caso di specie la normativa impugnata non avrebbe avuto carattere ablativo, atteso che la perdita subita dai concessionari costituiva “*un’incidenza solo riflessa dei vincoli di gestione imposti dalle norme denunciate*”⁴⁸¹.

La Corte, pertanto, ha dichiarato non fondate le questioni riferite agli artt. 3, 41 e 42 Cost., consolidando un modello di scrutinio che, per i rapporti di durata in settori sensibili e regolati, consente al legislatore di rimodulare *ex lege* le condizioni del rapporto, sempreché il bilanciamento tra interessi pubblici e posizioni dei privati sia costruito su criteri di proporzione, prevedibilità e non discriminazione.

La pronuncia esaminata desta interesse sotto tre distinti profili. In primo luogo, la legittimità costituzionale della modifica legislativa del contratto di concessione è stata affermata senza che fosse operato alcun bilanciamento tra gli interessi pubblici perseguiti dal legislatore, da un lato, e il principio della certezza del diritto e il legittimo affidamento del privato, dall’altro. Ciò in quanto la Corte ha espressamente rappresentato di non aver effettuato una verifica circa la proporzionalità dell’intervento normativo rispetto ai pregiudizi imposti al concessionario.

In secondo luogo, la sentenza n. 56/2015 evidenzia come la questione della retroattività, pur sollevata dal giudice rimettente, non sia stata affrontata dalla Corte costituzionale, la quale ha invece concentrato la propria analisi sulla presunta

⁴⁸⁰ In senso critico alla tesi per cui non sarebbe dovuto un indennizzo in caso di lesione (giustificata) del legittimo affidamento v. A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., spec. 134 e 135, nota 27, il quale osserva che “*l’affidamento del cittadino, nei rapporti con la pubblica amministrazione, ha come contenuto essenziale la tutela di un ‘bene’, materiale, economico, ecc. Ciò significa che la possibilità per l’amministrazione di modificare unilateralmente un certo assetto di interessi può essere salvaguardata anche senza compromettere radicalmente la pretesa del cittadino: semplicemente, la perdita del vantaggio deve essere indennizzata*”. Pertanto, il “*principio di affidamento deve essere garantito in via generale attraverso l’attribuzione di forme indennitarie, perché le garanzie procedurali sono di per sé insufficienti*”.

⁴⁸¹ Tale conclusione è condivisa da R. CHIEPPA, *Una decisa affermazione della Corte costituzionale* cit., secondo il quale i vincoli o limiti imposti per legge su beni o diritti non sono indennizzabili quando hanno carattere generale e oggettivo, incidendo su tutti i soggetti in modo uniforme, e non configurando quindi una vera ablazione patrimoniale. L’indennizzo è invece concepibile solo se il vincolo colpisce singoli individui in modo discriminatorio o comporta un sacrificio eccedente la normale tollerabilità. Restano inoltre esclusi dall’indennizzabilità i vincoli che perseguono finalità realizzabili anche mediante iniziativa privata, in ossequio ai principi di eguaglianza, proporzionalità e minore gravosità.

violazione degli artt. 3, 41 e 42 Cost., a prescindere dall'efficacia retrospettiva o meno delle disposizioni impugnate. Tale omissione sembra avvalorare l'orientamento secondo cui quello della retroattività sia, in realtà, un falso problema e, dunque, deve essere accantonato⁴⁸².

Infine, sotto un terzo profilo, la pronuncia ha affrontato espressamente il tema dell'indennizzo spettante al privato in caso di sacrificio imposto per effetto di una modifica legislativa del contratto, escludendone l'obbligatorietà, anche in presenza di una compressione significativa delle posizioni soggettive coinvolte⁴⁸³.

2.3. (Segue). La modifica legislativa dei contratti di concessione di giochi e scommesse operata con la legge 23 dicembre 2014, n. 190.

Di recente, i giudici – nazionali ed europei – sono stati chiamati nuovamente a decidere in merito a un intervento del legislatore con cui sono stati modificati i termini dei contratti di concessione di giochi e scommesse e, più in particolare, di quelli che prevedono l'utilizzo di apparecchi da divertimento e intrattenimento di cui all'art. 110, comma 6, del regio decreto del 18 giugno 1931, n. 773.

Tali apparecchi sono di due tipologie. Anzitutto vi sono quelli previsti dall'art. 110, comma 6, lettera a) del Regio Decreto n. 773/1931. Essi sono dotati di un attestato di conformità alle normative vigenti, rilasciato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze – Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, e devono essere obbligatoriamente collegati alla rete telematica. Questi apparecchi possono essere attivati inserendo monete oppure mediante strumenti di pagamento elettronico, e combinano l'elemento aleatorio con elementi di abilità, offrendo al giocatore la possibilità di influenzare l'esito della partita tramite scelte

⁴⁸² Sul punto v. *amplius* il § 5 del Cap. 3.

⁴⁸³ Sul tema relativo all'indennizzo da attribuire al privato la cui posizione contrattuale viene pregiudicata da un provvedimento retroattivo v. A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale* cit., spec. 455 – 459; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, 140 ss.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, 182 ss.; F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento*, in *Giur. It.*, 2012, 1195 ss.; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit. Il tema verrà approfondito *infra*.

strategiche, effettuabili all'inizio o durante il gioco, selezionando tra diverse opzioni offerte. Tali apparecchi sono denominati, secondo il nomenclatore unico predisposto dall'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, come "*amusement with prize*" (AWP).

La seconda categoria comprende gli apparecchi che fanno parte della rete telematica e possono essere attivati solo se collegati a un sistema di elaborazione centralizzato. Questi dispositivi, in linea generale, permettono giocate e vincite di importo superiore rispetto ai precedenti, entro i limiti fissati da decreto ministeriale. Questa seconda tipologia è regolata dall'art. 110, comma 6, lettera b) del medesimo regio decreto ed è identificata, sempre dal nomenclatore unico, come "*video lottery terminal*" (VLT).

Gli apparecchi AWP sono solitamente installati in esercizi commerciali, che nel nomenclatore unico sono indicati come "*esercenti*". Tali apparecchi sono in genere acquistati o noleggiati da soggetti terzi, denominati "*gestori*", i quali si occupano anche della loro installazione e manutenzione. Diversamente, gli apparecchi VLT sono gestiti direttamente dal concessionario, che li fornisce all'esercente – nella maggior parte dei casi una sala giochi – senza il coinvolgimento di un gestore come figura intermedia.

Il "compenso" del concessionario per la gestione del servizio viene calcolato, in base al § II. 1.5 del bando di gara e alle concessioni sottoscritte con la Pubblica Amministrazione, nei termini di seguito illustrati.

Il ricavo dei concessionari si determina, in via residuale, dopo aver dedotto, dal totale delle giocate raccolte, una serie di voci obbligatorie e predeterminate. In primo luogo, devono essere sottratte le somme destinate alle vincite dei giocatori, le quali devono garantire una restituzione minima, stabilita dall'amministrazione, rispetto all'ammontare complessivo delle giocate. Successivamente, devono essere detratti gli importi dovuti agli altri operatori della filiera – in particolare ai gestori e agli esercenti – sulla base dei contratti di diritto privato che il concessionario ha stipulato con essi. Ulteriore voce di costo è costituita dal canone di concessione dovuto all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli per l'esercizio dell'attività concessa. Infine, è prevista l'applicazione di un'imposta denominata "*prelievo*"

erariale unico” (PREU), che colpisce direttamente le giocate e ha una misura percentuale diversa a seconda della tipologia di apparecchio: pari al 13% per le AWP e al 5% per le VLT.

Solo al termine di queste detrazioni si individua il ricavo netto del concessionario, il quale dovrà ancora sostenere i propri costi aziendali per determinare l’utile finale.

In tale contesto è stato emanato l’art. 1, comma 649, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015)*”⁴⁸⁴. Tale disposizione, ha introdotto a carico dei concessionari di giochi pubblici, per finalità di miglioramento degli obiettivi di finanza pubblica, un ulteriore obbligo economico, imponendo loro di versare allo Stato una somma complessiva annua pari a 500 milioni di euro, da corrispondere in due rate semestrali. Tale obbligo si aggiunge agli ordinari trasferimenti già previsti dalle convenzioni di concessione. L’importo è stato ripartito proporzionalmente tra i concessionari sulla base del numero di apparecchi di gioco a essi riferibili alla data del 31 dicembre 2014. La determinazione di tale numero è stata affidata all’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, che, entro il 15 gennaio 2015, avrebbe dovuto adottare un apposito provvedimento ricognitivo⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ L’art. 1, comma 649, della legge 190/2014 è stato emanato in esecuzione dell’art. 14 della legge delega 11 marzo 2014, n. 23 (“*Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita*”) (GURI n. 59, del 12 marzo 2014), il quale prevedeva che “[i]l Governo è delegato ad attuare, con i decreti legislativi di cui all’articolo 1, il riordino delle disposizioni vigenti in materia di giochi pubblici, riordinando tutte le norme in vigore in un codice delle disposizioni sui giochi, fermo restando il modello organizzativo fondato sul regime concessorio e autorizzatorio, in quanto indispensabile per la tutela della fede, dell’ordine e della sicurezza pubblici, per il contemperamento degli interessi erariali con quelli locali e con quelli generali in materia di salute pubblica, per la prevenzione del riciclaggio dei proventi di attività criminose, nonché per garantire il regolare afflusso del prelievo tributario gravante sui giochi. 2. Il riordino di cui al comma 1 è effettuato nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] g) revisione degli aggi e compensi spettanti ai concessionari e agli altri operatori secondo un criterio di progressività legata ai volumi di raccolta delle giocate”.

⁴⁸⁵ L’art. 1, comma 649, della legge 23 dicembre 2014 prevedeva testualmente che “[a] fini di concorso al miglioramento degli obiettivi di finanza pubblica e in anticipazione del più organico riordino della misura degli aggi e dei compensi spettanti ai concessionari e agli altri operatori di filiera nell’ambito delle reti di raccolta del gioco per conto dello Stato, in attuazione dell’articolo 14, comma 2, lettera g), della legge 11 marzo 2014, n. 23, è stabilita in 500 milioni di euro su base annua la riduzione, a decorrere dall’anno 2015, delle risorse statali a disposizione, a titolo di compenso, dei concessionari e dei soggetti che, secondo le rispettive competenze, operano nella gestione e raccolta del gioco praticato mediante apparecchi di cui all’articolo 110, comma 6, del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773. Conseguentemente, dal 1° gennaio 2015:

In altri termini, l'art. 1, comma 649, della legge 190/2014 ha modificato i contratti di concessione, nella parte relativa alla determinazione del ricavo spettante ai concessionari, introducendo una nuova e ulteriore posta da sottrarre dal totale delle giocate.

Parallelamente, la norma ha inciso anche sui rapporti tra concessionari e operatori della filiera (esercenti e gestori), prevedendo che questi ultimi fossero tenuti a versare ai concessionari l'intera raccolta delle giocate, al netto delle sole vincite pagate ai giocatori, ma non anche al netto dei compensi contrattualmente previsti. In conseguenza di ciò, i concessionari sono stati obbligati a rinegoziare con gli operatori della filiera gli accordi economici esistenti, al fine di ridefinire gli aggi e i compensi da riconoscere, sulla base delle risorse residue disponibili dopo l'adempimento del nuovo onere fiscale.

In attuazione della disposizione in commento, con il decreto del Direttore dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli del 15 gennaio 2015, n. 388, prot. n. 4076/RU, è stato effettuato il censimento ufficiale degli apparecchi da gioco riconducibili a ciascun concessionario alla data del 31 dicembre 2014. Sulla base di tale rilevazione, l'Agenzia ha proceduto a determinare, per ciascun concessionario, l'importo dovuto a titolo di contributo straordinario di 500 milioni di euro, ripartendo l'onere in maniera proporzionale al numero di apparecchi a essi riferibili.

a) ai concessionari è versato dagli operatori di filiera l'intero ammontare della raccolta del gioco praticato mediante i predetti apparecchi, al netto delle vincite pagate. I concessionari comunicano all'Agenzia delle dogane e dei monopoli i nominativi degli operatori di filiera che non effettuano tale versamento, anche ai fini dell'eventuale successiva denuncia all'autorità giudiziaria competente;

b) i concessionari, nell'esercizio delle funzioni pubbliche loro attribuite, in aggiunta a quanto versato allo Stato ordinariamente, a titolo di imposte ed altri oneri dovuti a legislazione vigente e sulla base delle convenzioni di concessione, versano altresì annualmente la somma di 500 milioni di euro, entro i mesi di aprile e di ottobre di ogni anno, ciascuno in quota proporzionale al numero di apparecchi ad essi riferibili alla data del 31 dicembre 2014. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, adottato entro il 15 gennaio 2015, previa ricognizione, sono stabiliti il numero degli apparecchi di cui all'articolo 110, comma 6, lettere a) e b), del testo unico di cui al regio decreto 18 giugno 1931, n. 773, riferibili a ciascun concessionario, nonché le modalità di effettuazione del versamento. Con analogo provvedimento si provvede, a decorrere dall'anno 2016, previa periodica ricognizione, all'eventuale modificazione del predetto numero di apparecchi;

c) i concessionari, nell'esercizio delle funzioni pubbliche loro attribuite, ripartiscono con gli altri operatori di filiera le somme residue, disponibili per aggi e compensi, rinegoziando i relativi contratti e versando gli aggi e compensi dovuti esclusivamente a fronte della sottoscrizione dei contratti rinegoziati”.

L'impugnazione del decreto 388/2015 del Direttore dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli dinanzi al TAR del Lazio ha posto la vicenda al vaglio – oltre che del giudice amministrativo di primo grado – della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e, da ultimo, del Consiglio di Stato.

In particolare, il predetto decreto è stato impugnato da diversi operatori dinanzi al TAR del Lazio, lamentando che quanto previsto dall'art. 1, comma 649, della legge 190/2014 avrebbe pregiudicato i margini di guadagno della ricorrente e denunciando l'illegittimità del decreto attuativo per numerosi vizi per violazione di legge ed eccesso di potere.

Con ventidue ordinanze di analogo tenore, il TAR Lazio ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 190/2014, ritenendo che esso avrebbe violato il canone della ragionevolezza, il principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost. e, infine, la libertà di iniziativa economica ai sensi dell'art. 41 Cost. Sotto il primo profilo, la norma sarebbe stata irragionevole in quanto, pur adottata in attuazione di una legge delega, se ne discosterebbe, avendo previsto la riduzione del compenso dei concessionari in base a un criterio statico (il numero di apparecchi) anziché dinamico (il volume di raccolta delle giocate), come invece indicato dalla legge delega. Questo criterio sarebbe stato inadeguato, poiché non proporzionato alla reale capacità economica del concessionario, la quale dipende dal flusso di giocate e non semplicemente dal numero di apparecchi installati.

Per quanto riguarda, invece, la denunciata violazione del principio di parità di trattamento, di cui all'art. 3 Cost., il TAR Lazio riteneva che l'art. 1, comma 649, della legge 190/2014 avrebbe assunto irragionevolmente che ogni apparecchio da gioco generi lo stesso reddito, trascurando le differenze tra tipologie di apparecchi (AWP e VLT) e la loro collocazione territoriale. Ciò avrebbe comportato una ripartizione diseguale della riduzione dei compensi, penalizzando quelli con minore volume di giocate e avvantaggiando gli operatori con meno apparecchi ma più redditizi, i quali, dovendo versare un importo minore, possono effettuare maggiori investimenti.

Infine, secondo il rimettente, la disposizione di cui si tratta sarebbe stata in contrasto con l'art. 41 Cost., atteso che i concessionari privati avrebbero sostenuto ingenti investimenti per svolgere le attività oggetto della concessione, avendo riposto un legittimo affidamento circa la stabilità nel tempo del rapporto contrattuale in essere con l'Amministrazione. Il meccanismo introdotto dal legislatore, che inverte il flusso dei pagamenti lungo la filiera, avrebbe esposto i concessionari a un maggiore rischio economico, poiché essi sarebbero rimasti obbligati a versare allo Stato l'intero importo dovuto, anche in caso di inadempimento da parte degli altri operatori.

Inoltre, tale assetto avrebbe inciso irragionevolmente sulla libertà contrattuale, imponendo la rinegoziazione degli accordi tra concessionari e gestori, con compressione dell'autonomia negoziale e rinvio nel tempo del pagamento del compenso spettante ai gestori.

Nelle more del giudizio innanzi la Corte costituzionale, il legislatore ha emanato la legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)*”. L'art. 1, comma 920, della legge sopravvenuta ha abrogato l'art. 1, comma 649, della legge 190/2014, disponendo, dunque, la cessazione del prelievo forzoso per il 2016. In tal modo, il meccanismo di prelievo è stato limitato alla sola annualità 2015. Il comma 921 dell'art. 1 della legge 208/2015 ha poi disposto che l'art. 1, comma 649, della legge 190/2014 doveva essere interpretato nel senso che il prelievo forzoso si applicava in misura proporzionale alla partecipazione alla distribuzione del compenso tra i soggetti che operano nella gestione e nella raccolta del gioco, sulla base dei relativi accordi contrattuali.

Di conseguenza, con la sentenza n. 125 del 20 giugno 2018⁴⁸⁶, la Corte costituzionale – rilevando che l'intervento legislativo del 2015 fosse “*orientato nella stessa direzione dell'ordinanza di rimessione*”, avendo ridimensionato o finanche emendato i vizi di legittimità costituzionale denunciati – ha restituito gli atti al TAR Lazio, affinché quest'ultimo rivalutasse la manifesta infondatezza della questione alla luce della normativa sopravvenuta.

⁴⁸⁶ Corte cost., 13 giugno 2018, n. 125, in *Giur. cost.*, 2018, 3, 1374 ss.

Il giudice amministrativo di primo grado ha poi rigettato le impugnazioni degli operatori privati, ritenendo che l'art. 1, comma 920, della legge 208/2015, nel circoscrivere il prelievo forzoso all'annualità 2015, avrebbe fatto venire meno il pericolo di uno “*stravolgimento*” delle condizioni economiche previste dalle convenzioni di concessione⁴⁸⁷.

2.4. (Segue). Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la decisione di quest'ultima.

Con l'impugnazione delle sentenze del TAR Lazio, la questione è stata sottoposta allo scrutinio del Consiglio di Stato. Quest'ultimo, con otto distinte ordinanze ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del Testo sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), revocando in dubbio la compatibilità dell'art. 1, comma 649, della legge 190/2014 – così come modificato dalla legge 208/2015 – con i principi di libertà di stabilimento e di servizio *ex artt.* 49 e 56 TFUE e di quello del legittimo affidamento dei concessionari⁴⁸⁸.

In primo luogo, il giudice del rinvio ha osservato che il prelievo forzato attuato e imposto nel 2015 avrebbe avuto efficacia retroattiva, in quanto avrebbe colpito i ricavi maturati nel 2014 (*rectius*, sarebbe stato calcolato in base ai ricavi del 2014). Tale meccanismo, dunque, avrebbe reso meno attraente l'attività oggetto di concessione e, per tale motivo, non avrebbe garantito le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi. L'intervento legislativo in questione, inoltre, non avrebbe potuto neanche essere giustificato da motivi imperanti di interesse generale, atteso che esso si sarebbe ispirato esclusivamente a esigenze di natura economica, ossia

⁴⁸⁷ V., *inter alia*, TAR Lazio, 3 ottobre 2019, n. 11542, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 3 ottobre 2019, n. 11543, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 3 ottobre 2019, n. 11545, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 3 ottobre 2019, n. 11546, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 3 ottobre 2019, n. 11547, in *Giustizia Amministrativa*;

⁴⁸⁸ Cons. Stato, 31 agosto 2020, n. 5299, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 31 agosto 2020, n. 5301, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 31 agosto 2020, n. 5302, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 31 agosto 2020, n. 5303, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 31 agosto 2020, n. 5304, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 31 agosto 2020, n. 5305, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 31 agosto 2020, n. 5306, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 31 agosto 2020, n. 5307, in *Giustizia Amministrativa*.

per aumentare gli introiti dello Stato, così come era affermato espressamente dallo stesso art. 1, comma 649, della legge 190/2014. Ciò in base alla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui ragioni meramente finanziarie non sono sufficienti, da sole, a giustificare un intervento retroattivo incidente su rapporti in corso di esecuzione, senza che siano perseguiti diversi e ulteriori obiettivi⁴⁸⁹.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato ha evidenziato che la normativa sopra richiamata sarebbe stata in contrasto con il principio del legittimo affidamento. Ciò in quanto il prelievo imposto dal legislatore non sarebbe stato prevedibile da un operatore prudente e accorto, al quale non può essere richiesto di prevedere una modifica autoritativa della convenzione, che, al pari di un contratto di diritto comune, non può essere messa in discussione unilateralmente.

Per tali motivi, il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sui seguenti quesiti:

- (i) *“se sia compatibile con l’esercizio della libertà di stabilimento garantita dall’art. 49 del TFUE e con l’esercizio della libera prestazione di servizi garantita dall’art. 56 TFUE l’introduzione di una normativa quale quella contenuta nell’art 1, comma 649, della legge 190/14, la quale riduca aggi e compensi solo nei confronti di una limitata e specifica categoria di operatori, ovvero solo nei confronti degli operatori del gioco con apparecchi da intrattenimento, e non nei confronti di tutti gli operatori del settore del gioco”;*
- (ii) *“se sia compatibile con il principio di diritto europeo della tutela del legittimo affidamento l’introduzione di una normativa quale quella sopra citata, contenuta all’art 1, comma 649, della legge 190/14, la quale per sole ragioni economiche ha ridotto nel corso della durata della stessa il compenso pattuito in una convenzione di concessione stipulata tra una società ed un’amministrazione dello Stato Italiano”.*

⁴⁸⁹ *Ex plurimis*, CGUE, sentenza 11 giugno 2015, causa C-98/14, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató Kft e a. c. Magyar Állam*, EU:C:2015:386.

Nelle cause riunite da C-475/20 a C-482/20, la Corte di Giustizia europea si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale proposto dal Consiglio di Stato⁴⁹⁰. Il giudice europeo, per quanto qui rileva, ha anzitutto ribadito che l'esercizio di una libertà garantita dal TFUE può essere limitata dal legislatore interno solo là dove vi siano motivi di interesse genarle, in conformità con il principio della tutela del legittimo affidamento. È stato, però, rimesso al Consiglio di Stato valutare se, in concreto, l'art. 1, comma 649, della legge 190/2014 comportasse una restrizione alla libertà di stabilimento. Se fosse stata accertata tale restrizione, la disposizione nazionale sarebbe stata incompatibile con l'art. 49 TFUE, ove avesse trovato giustificazione unicamente in finalità di risanamento delle finanze pubbliche⁴⁹¹.

Il Giudice europeo ha, poi, riaffermato il principio secondo cui il legittimo affidamento del privato non è tutelato nei casi in cui un operatore economico “*prudente*” e “*avveduto*” possa ragionevolmente prevedere l'adozione di un provvedimento lesivo dei propri interessi. Infatti, gli operatori non possono confidare in modo assoluto nella stabilità del quadro giuridico esistente, ma possono esclusivamente contestare le modalità di applicazione dei mutamenti normativi⁴⁹².

Con riguardo al caso specifico, la Corte di Giustizia ha osservato che il bando di gara – al § II.5, relativo alle modalità di calcolo del compenso spettante al concessionario – non contemplava la possibilità di introdurre un prelievo per finalità meramente economiche o tributarie. Né risulta, secondo la Corte, che tale prelievo fosse stato disposto nell'ambito di un riordino complessivo dei compensi dei concessionari, come previsto dalla legge delega.

⁴⁹⁰ CGUE, Sez. II, sentenze 22 settembre 2022, cause riunite C-475/20 – C-482/20, in *Giur. comm.*, 2023, 5, 749/II ss., con nota di N. COGGIOLA, *Principio di libero stabilimento ex art. 49 TFUE e tassazione dei concessionari incaricati della gestione degli apparecchi di gioco*.

⁴⁹¹ Il principio era già stato espresso da CGUE, sentenza 11 giugno 2015, *Berlington Hungary e a. c. Magyar Állam*, causa C-98/14, EU:C:2015:386, punti 74 e 75 e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁹² In tal senso v. CGUE, sentenza 15 aprile 2021, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (ANIE) e a. c. Ministero dello Sviluppo economico e a.*, cause riunite C-798/18 e C-799/18, EU:C:2021:280, punto 42, e la giurisprudenza ivi citata; CGUE, sentenza 11 giugno 2015, *Berlington Hungary e a. c. Magyar Állam*, causa C-98/14, EU:C:2015:386, punto 87.

È stato altresì chiarito che la legge in questione non ha avuto efficacia retroattiva, essendo stata adottata il 23 dicembre 2014 e avendo disposto la riduzione del compenso dei concessionari a decorrere dall'anno 2015.

In conclusione, la Corte di Giustizia ha evidenziato come l'intervento legislativo abbia potenzialmente inciso in modo significativo sulle aspettative finanziarie delle concessionarie, ma ha rimesso al Consiglio di Stato la valutazione in merito alla concreta portata dell'art. 1, comma 649, al fine di accertare se la norma avesse effettivamente leso il legittimo affidamento dei concessionari.

Il giudice europeo ha dunque dichiarato che “[l]addove l’articolo 49 TFUE sia applicabile, il principio della tutela del legittimo affidamento deve essere interpretato nel senso che esso non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che riduca temporaneamente, durante la vigenza di convenzioni di concessione concluse tra delle società e l’amministrazione dello Stato membro di cui trattasi, il compenso dei concessionari pattuito nelle suddette convenzioni, salvo che risulti, tenuto conto dell’ampiezza dell’impatto di tale riduzione sulla redditività degli investimenti effettuati dai concessionari, nonché dell’eventuale carattere improvviso e imprevedibile di tale misura, che ai concessionari in parola non è stato lasciato il tempo necessario per adeguarsi a questa nuova situazione”.

2.5. (Segue). Le recenti decisioni del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato, a seguito della decisione della Corte di Giustizia, si è recentemente pronunciato in merito alla questione in esame.

Per quanto di maggior interesse ai fini della presente analisi, i concessionari – oltre alla violazione dei principi di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi – hanno contestato, in sintesi, che l'art. 1, comma 649, legge 190/2014 – anche a seguito della modifica della legge 208/2015 – rappresenterebbe un'illegittima ingerenza nel rapporto contrattuale in essere tra la Pubblica Amministrazione e i privati imprenditori, non trovando giustificazione in una finalità illegittima. Si tratterebbe, in altri termini, di una modificazione eteroimposta

e retroattiva dei contratti di concessione validamente stipulati e in corso di esecuzione, rispetto ai quali i privati nutrivano un legittimo affidamento sulla loro stabilità e corretta esecuzione. Tale intervento si porrebbe, dunque, in contrasto con l'art. 41 Cost, essendo privo di razionalità e di proporzionalità, non potendosi rinvenire, nell'asserito interesse dello Stato a conseguire la somma in questione, una giustificazione idonea a legittimare un intervento di natura ablativa tale da alterare un equilibrio contrattuale ormai consolidato. Al contempo, l'art. 1, comma 649, della legge 190/2014 avrebbe violato l'art. 42, terzo comma, Cost., non avendo previsto alcun indennizzo a fronte del sacrificio imposto all'imprenditore con un provvedimento ablativo.

Il Consiglio di Stato, tuttavia – ancorché con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia avesse mostrato diversi dubbi circa la legittimità dell'art. 1, comma 649, della legge 190/2014 – ha, in definitiva, disatteso le deduzioni dei concessionari, rigettando i ricorsi da essi proposti⁴⁹³. Le pronunce del Consiglio di Stato destano particolare interesse per due ragioni. Da una parte, vengono analizzate le questioni che si è tentato di approfondire nei precedenti capitoli, ivi inclusa quella relativa agli effetti retroattivi della legge civile sul contratto. Dall'altra parte, però, non sono state valutate le ragioni che avrebbero legittimato la modifica legislativa del rapporto contrattuale e, dunque, gli interessi pubblici sopravvenuti che avrebbero giustificato tale intervento.

In particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno innanzitutto rilevato che l'intervento legislativo in questione non violerebbe la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE, atteso che non avrebbe compromesso la redditività delle attività esercitate dai concessionari. Tale circostanza, nel *dictum* del Consiglio di Stato, ha reso non necessaria la valutazione in merito alla sussistenza di motivi di interesse generale che avrebbero giustificato la legge sopravvenuta.

Il giudice amministrativo ha poi trattato specificatamente della questione relativa alla modificazione retroattiva delle convenzioni di concessione, partendo

⁴⁹³ Cons. Stato, 18 aprile 2025, n. 3434, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 18 aprile 2025, n. 3436, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 18 aprile 2025, n. 3438, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 18 aprile 2025, n. 3439, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 18 aprile 2025, n. 3440, in *Giustizia Amministrativa*; ID., 18 aprile 2025, n. 3441, in *Giustizia Amministrativa*.

dal presupposto che il legittimo affidamento, sebbene trovi fondamento costituzionale negli artt. 3 e 41 Cost. e rappresenti un “*elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*”, costituisce un limite generale, ma non incondizionato, alla retroattività – sia propria sia impropria – che deve però recedere di fronte a “*esigenze inderogabili*”. Inoltre, è stato precisato che un operatore economico non può invocare il legittimo affidamento quando un provvedimento lesivo dei suoi interessi era ragionevolmente prevedibile e, parimenti, non può confidare nella stabilità di una situazione esistente, suscettibile di essere modificata nell’esercizio del potere discrezionale delle Autorità nazionali.

Muovendo da tali premesse, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che, nel caso di specie, l’art. 1, comma 649, della legge 190/2014 non avesse violato l’autonomia contrattuale dei privati e il loro legittimo affidamento.

Innanzitutto, è stato riconosciuto come l’intervento legislativo sui contratti di concessione avesse una portata retroattiva impropria, avendo prodotto effetti solo *ex nunc*, retrovalutando fatti compiuti nel passato, ossia i contratti di concessione in corso di esecuzione, modificandoli, però, solo per il futuro.

Tale circostanza, in realtà, non ha avuto una particolare rilevanza nell’analisi del Consiglio di Stato, il quale si è concentrato sulla prevedibilità della modifica legislativa delle concessioni. Al riguardo, il giudice amministrativo di secondo grado ha osservato che, nell’ambito delle concessioni di pubblici servizi, “*la possibilità di un intervento pubblico modificativo delle condizioni originarie è da considerarsi in qualche modo connaturata al rapporto fin dal suo instaurarsi*”⁴⁹⁴. Ciò varrebbe ancor di più con riferimento alle concessioni di giochi e scommesse, le quali sono conformate a esigenze generali volte alla tutela di interessi primari della persona. Del resto, i rapporti concessori relativi alla gestione di servizi

⁴⁹⁴ Il Consiglio di Stato ha fatto espresso riferimento al principio espresso dalla Corte costituzionale secondo cui “*non è affatto interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l’oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti, unica condizione essendo che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l’affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto*”. Cfr. Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56 cit.; ID., 22 ottobre 2010, n. 302, in *Giur. cost.*, 2010, 5, 3922 ss.; ID., 24 luglio 2009, n. 236, in *Giur. cost.*, 2009, 4, 2921 ss.; ID., 9 luglio 2009, n. 206, in *Giur. cost.*, 2009, 4, 2382 ss.

pubblici di lunga durata sono inevitabilmente soggetti all'evoluzione del quadro normativo. La concessione costituisce, infatti, lo strumento attraverso il quale il privato accede legittimamente all'ordinamento giuridico in una determinata sfera riservata alla Pubblica Amministrazione. Senza di essa, il soggetto non potrebbe, in base alle regole comuni, svolgere l'attività o detenere la posizione concessa. Per tali ragioni, un operatore prudente e accorto, nello sviluppare le proprie valutazioni in merito al rapporto concessorio e agli investimenti da effettuare, dovrebbe sempre ragionevolmente prevedere che il contratto da esso sottoscritto con l'Amministrazione può essere soggetto a modificazioni imposte dal legislatore. In definitiva, la delicatezza e la peculiarità degli interessi pubblici legati al regime concessorio in materia di giochi e scommesse rendono fisiologiche “*penetranti limitazioni della libertà di iniziativa economica*”⁴⁹⁵.

Alla luce di tali principi, il Consiglio di Stato non ha ritenuto violato il legittimo affidamento dei concessionari, in quanto essi avrebbero dovuto prevedere la modificazione del rapporto contrattuale in essere con la Pubblica Amministrazione.

Al contempo, è stato rilevato che la disposizione in commento non ha violato neanche gli artt. 3 e 41 Cost. Sul punto, i giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che la validità dei limiti imposti alla libertà di iniziativa economica deve essere valutata a valle di una complessa operazione di bilanciamento, ove assume rilevanza, da un lato, il contesto sociale ed economico di riferimento e, dall'altro, le legittime aspettative degli imprenditori, soprattutto quando abbiano dato avvio a un'attività sulla base di investimenti e di programmi. Inoltre, la suddetta limitazione della libertà di iniziativa economica deve essere improntata alla ragionevolezza. Ebbene, nel caso in esame, la lesione dell'iniziativa economica privata, secondo il Consiglio di Stato, era ragionevole, in quanto consentiva al concessionario di conservare una residua redditività delle proprie attività.

⁴⁹⁵ In senso contrario, v. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., spec. 135 e 136, ove l'A. sostiene che la tesi della Corte costituzionale, secondo cui i rapporti di durata in essere tra un privato e la Pubblica Amministrazione sarebbero fisiologicamente soggetti al rischio di essere modificati unilateralmente dal legislatore, “*elude la sostanza del problema giuridico, che non è rappresentato dalla possibilità per l'amministrazione di modificare l'assetto di un rapporto, ma è rappresentato dal significato di una garanzia prestata dall'amministrazione a un cittadino in uno Stato di diritto*”.

Da ultimo, il giudice amministrativo ha altresì escluso che la modificazione delle concessioni operata con l'art. 1, comma 649, della legge 190/2014 avesse violato l'art. 42, comma terzo, Cost. Ciò in quanto il provvedimento legislativo contestato non avrebbe avuto natura ablativa (reale o obbligatoria), atteso che la perdita, totale o parziale, del capitale investito rappresenterebbe al più un effetto indiretto dei vincoli di gestione introdotti dalla normativa impugnata e, come tale, estraneo all'ambito di tutela garantito dalla norma costituzionale. In ogni caso, l'indennizzo di cui all'art. 42 Cost. è applicabile solo nel caso in cui l'espropriazione concerna dei beni, là dove l'intervento pubblico svuota il contenuto del diritto del privato, e non anche qualora il provvedimento legislativo abbia a oggetto prestazioni obbligatorie.

Illustrato, nei termini che precedono, l'orientamento recentemente espresso dal Consiglio di Stato sulla questione oggetto del presente lavoro, occorre ora domandarsi se esso enunci principi suscettibili di applicazione anche in altri casi di modificazione legislativa di contratti in corso di esecuzione.

Sul punto, va innanzitutto rilevato che i giudici di Palazzo Spada, pur avendo considerato la natura retroattiva dell'intervento legislativo, non hanno fondato le proprie decisioni su tale elemento, né hanno chiarito se l'esito sarebbe mutato nel caso in cui fosse stata ravvisata una retroattività propria, anziché impropria. La questione è stata invece risolta sulla base della prevedibilità dell'intervento normativo modificativo delle convenzioni di concessione e della sua incidenza sulla redditività delle attività dei concessionari. Tale impostazione conferma ulteriormente la tesi secondo cui il tema della retroattività costituisce un falso problema, che dovrebbe essere superato a favore di una diversa prospettiva: quella, cioè, di una valutazione della legittimità dell'intervento legislativo in base a un bilanciamento tra il diritto del privato a non subire modificazioni eteroimposte del contratto e gli interessi pubblici sopravvenuti, la cui tutela risulta incompatibile con il regolamento contrattuale originario⁴⁹⁶.

Tuttavia, il Consiglio di Stato non ha in realtà svolto una effettiva operazione di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. Il giudice amministrativo ha, infatti,

⁴⁹⁶ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit.

rilevato che, nell'ambito delle concessioni pubbliche – e in particolare di quelle relative ai giochi e alle scommesse – assumono peculiare rilievo gli interessi pubblici connessi alla tutela della persona. Ciò nonostante, non ha considerato che l'art. 1, comma 649, della legge n. 190 del 2014 perseguiva esclusivamente finalità di finanza pubblica. Tale circostanza riveste un'importanza decisiva per due ordini di motivi. Anzitutto, perché l'intervento legislativo in esame non mirava a tutelare interessi primari legati alla persona, che possono di per sé giustificare una modifica eteroimposta del regolamento contrattuale. In secondo luogo, in quanto il giudice amministrativo non ha tenuto conto del principio consolidato secondo cui ragioni meramente finanziarie non sono, di per sé, sufficienti a legittimare un intervento retroattivo incidente su rapporti in corso di esecuzione⁴⁹⁷.

Per tali ragioni, sebbene il Consiglio di Stato abbia enunciato principi astrattamente suscettibili di applicazione generale nei casi di modificazione legislativa dei contratti di concessione di servizi pubblici – affermando che i concessionari non possono fare affidamento sull'intangibilità del regolamento contrattuale da parte del legislatore – la decisione lascia aperti rilevanti interrogativi, destinati ad assumere valenza decisiva in future controversie, anche di analogo contenuto.

Inoltre, se la prevedibilità dell'intervento legislativo è da ricollegarsi alle peculiarità proprie del rapporto concessorio, ne consegue che, in rapporti di natura diversa, non potrà ritenersi prevedibile – e dunque giustificabile – un intervento normativo idoneo a modificare retroattivamente contratti in corso di esecuzione.

⁴⁹⁷ Corte cost., 16 aprile 2025, n. 44 cit.; ID., 26 novembre 2009, n. 311, in *Giur. cost.*, 2009, 6, 4657 ss., con osservazione di M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*; ID., 11 novembre 2011, n. 303, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4224 ss.; ID., 12 luglio 2019, n. 174 cit.; ID., 1° luglio 2015, n. 127, in *Giur. cost.*, 2015, 4, 1163 ss.; ID., 23 aprile 2024, n. 70 cit.

3. I precedenti che hanno dichiarato incostituzionale la modifica legislativa del contratto in corso di esecuzione.

Posto che, nei casi esaminati nei precedenti paragrafi, i giudici si sono pronunciati in senso favorevole alla legittimità della modificazione legislativa del contratto, si ritiene opportuno dare atto della presenza di alcuni precedenti della Corte costituzionale che, per converso, hanno ritenuto illegittimo l'intervento del legislatore con cui sono stati modificati rapporti negoziali in corso di esecuzione.

Si intende, pertanto, passare in rassegna la sentenza n. 92 del 25 maggio 2013 e la sentenza n. 108 del 25 maggio 2016⁴⁹⁸.

Il primo caso ha a oggetto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 38 del D.l. 30 settembre 2003, n. 269 (*"Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici"*), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, il quale prevedeva la riduzione retroattiva dei compensi spettanti ai custodi di veicoli sottoposti a sequestro, fermo amministrativo e confisca in conformità alle tariffe concordate. In particolare, l'art. 38, oggetto di censura, stabiliva, al secondo comma, che i veicoli giacenti presso le depositerie autorizzate, nonché quelli rimasti invenduti per assenza di acquirenti, se immatricolati da oltre cinque anni, privi di interesse storico o collezionistico e custoditi da più di due anni, *"sono alienati [...] mediante cessione al soggetto titolare del deposito"*. Il quarto comma, invece, disciplinava la determinazione del corrispettivo dell'alienazione, che doveva essere fissato dalle amministrazioni competenti in modo cumulativo per l'insieme dei veicoli, sulla base di diversi elementi. Il sesto comma, poi, prevedeva, in deroga al precedente sistema tariffario, che al custode spettasse un compenso complessivo forfettario, progressivamente ridotto del 20% per ogni ulteriore anno o frazione di anno di custodia, salvo l'intervenuta prescrizione dei crediti. Infine, il comma dieci estendeva tale disciplina anche alle procedure di alienazione o rottamazione straordinaria già avviate dalle prefetture alla data di entrata in vigore del decreto e

⁴⁹⁸ Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 1581 ss.; ID., 20 maggio 2016, n. 108 cit.

non ancora concluse, disponendo che i compensi dei custodi fossero calcolati ai sensi del comma 6, salvo che a livello locale fossero state stabilite condizioni di pagamento più favorevoli per l'erario.

A giudizio del giudice rimettente, tale intervento normativo – riconoscendo al custode, con effetto retroattivo, compensi inferiori rispetto a quelli previsti negli accordi stipulati con la Pubblica Amministrazione prima della sua emanazione – si poneva in contrasto con gli artt. 3, 41, 42 e 117 Cost. La retroattività *in pejus* avrebbe determinato un sacrificio economico sproporzionato e irragionevole, imposto a una categoria ristretta di soggetti – i custodi – individuata sulla base di criteri meramente casuali. La finalità dichiarata di contenimento della spesa pubblica non sarebbe, infatti, idonea a giustificare la compressione di diritti patrimoniali già acquisiti in base a contratti stipulati con la Pubblica Amministrazione, in assenza di un interesse generale specifico e differenziato. Pertanto, secondo il giudice rimettente, la retroattività della norma sopravvenuta comprometteva la certezza del diritto e l'affidamento legittimo dei custodi, senza realizzare un adeguato equilibrio tra le esigenze finanziarie dello Stato e la tutela dei diritti individuali.

La Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale, dichiarando l'illegittimità dell'art. 38 del D.l. n. 269 del 2003.

In particolare, il giudice delle leggi ha osservato che, sebbene la Consulta abbia più volte riconosciuto la possibilità per il legislatore di incidere retroattivamente su rapporti di durata, anche in senso sfavorevole a una delle parti, ciò è ammissibile solo entro i limiti della ragionevolezza e purché non venga frustrato il legittimo affidamento dei cittadini.

Nel caso di specie, tuttavia, non rileva un affidamento generico nella stabilità dell'ordinamento giuridico, bensì uno specifico affidamento maturato da una determinata categoria di privati su un insieme di situazioni giuridiche riconducibili a un rapporto convenzionale di diritto privato, a prescindere dal fatto che una delle parti sia la Pubblica Amministrazione.

L'affidamento tutelato, dunque, è quello riposto nella stabilità della disciplina contrattuale risultante dall'accordo tra le parti e dai reciproci impegni assunti al

momento della conclusione del contratto, la cui alterazione retroattiva determina una lesione diretta dell'equilibrio negoziale originariamente pattuito.

Per tali ragioni, per valutare la legittimità della lesione del legittimo affidamento, occorre che vi sia una ragionevolezza “*complessiva*” della normativa sopravvenuta, la quale può essere apprezzata solo attraverso un bilanciamento degli interessi coinvolti⁴⁹⁹. Ne consegue che una generica esigenza di contenimento della finanza pubblica non può giustificare, sempre e comunque, la compromissione di diritti maturati o la lesione di interessi consolidati.

In definitiva, la Corte costituzionale ha espresso il principio per cui “*la disposizione retroattiva, specie quando determini effetti pregiudizievoli rispetto a diritti soggettivi “perfetti” che trovino la loro base in rapporti di durata di natura contrattuale o convenzionale – pubbliche o private che siano le parti contraenti – deve dunque essere assistita da una “causa” normativa adeguata: intendendosi per tale una funzione della norma che renda “accettabilmente” penalizzata la posizione del titolare del diritto compromesso, attraverso “contropartite” intrinseche allo stesso disegno normativo e che valgano a bilanciare le posizioni delle parti*”.

Nel caso di specie, la Corte costituzionale ha ritenuto insussistente una “*causa normativa adeguata*” idonea a giustificare la modificazione eteronoma del contratto, poiché la disciplina impugnata ha di fatto prodotto una novazione dei rapporti in corso di esecuzione. Da un lato, infatti, il custode è stato trasformato *ex lege* in acquirente del veicolo, e, dall'altro, il corrispettivo dovuto è stato eteronomamente modificato in deroga agli accordi precedentemente stipulati.

Sulla base di tali considerazioni, la Consulta ha ritenuto illegittimo l'art. 38 del D.l. 269/2003, in quanto ha stravolto gli elementi essenziali di contratti in corso

⁴⁹⁹ In tal senso v., in dottrina, A. CIATTI, *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (Sofortwirkung)* cit., spec. 178, il quale evidenzia che gli interventi legislativi con cui vengono modificati contratti in corso di esecuzione “*dovranno ritenersi conformi al canone della ragionevolezza il quale, attraverso un raffronto tra la portata dell'interesse perseguito e il pregiudizio inevitabilmente arrecato all'affidamento riposto dai contraenti nella stabilità delle regole, impone di scegliere il mezzo più adeguato allo scopo e meno aggressivo per le prerogative dei contraenti stessi*”.

di esecuzione, imponendo oneri non previsti e, comunque, non prevedibili, senza che fosse stato effettuato un adeguato bilanciamento delle contrapposte esigenze.

Il secondo caso, invece, riguardava l'art. 1, commi 44 e 45, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (*“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2013”*), in riferimento agli artt. 3 e 117 Cost.

La questione è sorta nel giudizio promosso da una assistente amministrativa del Ministero dell'Istruzione che, su propria domanda, svolgeva funzioni superiori di reggenza come Direttore dei servizi generali e amministrativi (DSGA). La dipendente aveva stipulato un contratto individuale annuale (2012-2013) che le riconosceva l'indennità prevista per le mansioni superiori ai sensi dell'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 e dell'art. 69 del CCNL 1994-1997. Tuttavia, l'art. 1, commi 44 e 45, della legge di stabilità 2013 ha modificato il criterio di calcolo dell'indennità, stabilendo che, a decorrere dall'anno scolastico 2012-2013, la retribuzione spettante agli assistenti amministrativi incaricati della reggenza è pari alla differenza tra il trattamento economico complessivo goduto e quello iniziale del DSGA. Di conseguenza, per i dipendenti con elevata anzianità di servizio, come la ricorrente (28 anni), tale nuova disciplina comportava, di fatto, l'azzeramento dell'indennità per le mansioni superiori, poiché il loro trattamento complessivo risultava già pari o superiore a quello previsto per la qualifica iniziale di DSGA.

Anche in questo caso, la Consulta ha ritenuto incostituzionale la modificazione del contratto in corso di esecuzione. Sebbene il caso in esame riguardi un contratto peculiare, ossia un contratto di impiego concluso con la Pubblica Amministrazione, i principi affermati dal giudice delle leggi si fondano sulla tutela del legittimo affidamento che il privato ripone in qualsiasi tipologia di rapporto contrattuale.

Più nello specifico, la Corte ha rilevato che il principio dell'affidamento, pur non essendo espressamente previsto dalla Costituzione, trova tutela implicita ogniqualvolta una norma sopravvenuta modifichi le regole che disciplinano un rapporto contrattuale validamente e consensualmente concluso. Benché non possa escludersi che il principio di cui all'art. 1372 c.c. – secondo cui il contratto ha forza

di legge tra le parti⁵⁰⁰ – possa essere modificato da una fonte esterna, resta tuttavia fermo che la legge non può incidere in modo irragionevole su diritti già acquisiti in forza di un contratto stipulato conformemente alla disciplina vigente al momento della sua conclusione. Pertanto, per valutare se la modifica retroattiva del contratto disposta con un intervento legislativo sia legittima occorre valutare se la certezza del diritto, correlata alle esigenze di stabilità, sicurezza e definitività dei rapporti giuridici derivanti da un contratto, possa essere pregiudicata da una legge retrospettiva ispirata a eccezionali necessità di contenimento della spesa pubblica.

Nel caso di specie, secondo la Corte costituzionale, tali esigenze non erano idonee a giustificare la modificazione del contratto in essere. Ciò in quanto la modifica contrattuale eteroimposta con l'art. 1, commi 44 e 45, della legge 228/2012 ha stravolto in modo sproporzionato elementi essenziali del rapporto negoziale, in base ai quali il privato si è determinato a concludere il contratto. In tal modo:

- (i) si è inciso retroattivamente sui presupposti del consenso;
- (ii) è stata lesa la certezza del diritto e l'affidamento del contraente su un rapporto contrattuale di natura sinallagmatica;
- (iii) si è operata una modifica legislativa del contratto in modo asimmetrico, considerato che, a fronte della diminuzione del corrispettivo, gli obblighi del privato sono rimasti immutati.

Per tali ragioni, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dei commi 44 e 45 dell'art. 1 della legge 24 dicembre 2012, n. 228, atteso che *“risulta non proporzionato il sacrificio imposto al titolare di una situazione soggettiva perfetta derivante da un contratto regolarmente stipulato rispetto all'esigenza di contenimento della spesa”*.

Naturalmente, i due precedenti sopra illustrati hanno a oggetto fattispecie differenti rispetto a quelle analizzate nell'ambito della modifica legislativa delle concessioni di giochi e scommesse. La prima differenza risiede nel fatto che non si tratta di contratti di concessione di servizi pubblici e, dunque, non trova

⁵⁰⁰ Sul principio stabilito dall'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti, v. *amplius* il Cap. 1, § 4.

applicazione la tesi, elaborata dalla Corte costituzionale, secondo cui i privati non potrebbero fare affidamento sulla immodificabilità, per opera del legislatore, del contratto di concessione. Ciò nonostante, si tratta comunque di ipotesi in cui l'intervento modificativo coinvolgeva contratti conclusi da un privato e la Pubblica Amministrazione, i quali, dunque, erano in ogni caso volti a soddisfare un interesse generale.

Le sentenze n. 92/2013 e n. 108/2016 hanno il merito di aver individuato il contenuto della ragionevolezza in base alle categorie del contratto, avendo ritenuto irragionevoli gli interventi ortopedici legislativi sul contratto in quanto, nel primo caso, la legge sopravvenuta ha determinato una novazione del rapporto negoziale e, nel secondo caso, la modificazione eteroimposta del contratto ha stravolto gli elementi su cui si fondava il consenso originariamente posto a base dell'accordo⁵⁰¹.

⁵⁰¹ E. DEL PRATO, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, in *Giur. it.*, 2014, 25 ss., secondo il quale la legge modificherebbe il contratto solo là dove essa abbia efficacia retroattiva, mentre negli altri casi si avrebbe una modifica solo degli effetti del contratto. In particolare, “[l]a portata retroattiva induce a demarcare la modifica del regime legale del contratto – che cade nella portata dell’art. 1374 c.c. ed è priva di retroattività – dalla modifica degli effetti del contratto già prodotti, che opera come eccezionale spinta verso il passato dell’art. 1339 c.c. Ma questa è solo una descrizione: fissare i limiti di legittimità di questa spinta è il vero nodo da sciogliere”. Tale analisi, secondo l’A., deve essere condotta tenendo in considerazione l’antagonismo tra l’affidamento che il contraente ripone sul regime legale in base al quale ha deciso di concludere il contratto e la “causa” della modifica normativa retroattiva del contratto. Quest’ultima “traduce le finalità che il nuovo regime persegue, e la sua giustificazione sul piano della ragionevolezza deriva dalla preminenza di tale interesse su quello della categoria di contraenti il cui diritto viene menomato e dal bilanciamento dei due interessi mediante l’adozione di un regime adeguato allo scopo o di rimedi rimessi alla facoltà del contraente menomato, quale il recesso con salvezza dei diritti già maturati, rimedio, quest’ultimo, che, tuttavia, si risolve nell’impedire la retroattività”.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

L'analisi condotta nel presente lavoro ha mostrato come le modificazioni legislative dei contratti in corso di esecuzione incidano in modo significativo sulla libertà dei privati e, in particolare, sull'autonomia contrattuale. Tale fenomeno è ormai sempre più frequente, soprattutto in settori caratterizzati dalla presenza di interessi pubblici rilevanti e da forme di interazione stabile tra sfera pubblica e sfera privata. Tuttavia, nonostante la crescente compressione dell'autonomia negoziale, la giurisprudenza non ha ancora tracciato confini chiari entro i quali il legislatore possa legittimamente modificare il regolamento contrattuale.

Nelle decisioni dei giudici, e in particolare della Corte costituzionale, risulta raro, se non del tutto assente, un confronto con disposizioni positive quali gli artt. 1339 e 1419, secondo comma, c.c., che, pur non essendo determinanti, avrebbero potuto trovare cittadinanza nel percorso argomentativo della Consulta⁵⁰². Tali norme, infatti, mostrano che nella disciplina del contratto di diritto comune è, in astratto, ammesso un intervento ortopedico del legislatore sul regolamento negoziale diviso dai privati. La ragione di tale omissione risiede nel fatto che la questione è stata affrontata prevalentemente dal giudice delle leggi, i cui strumenti si rinvencono nella Costituzione e non nel Codice civile. Del resto, nei casi oggetto di studio, la modificazione legislativa opera su contratti di durata in un momento successivo alla loro sottoscrizione, ossia quando, nelle more della loro esecuzione, sopravviene un nuovo interesse generale o vengono rivalutati interessi preesistenti. Per tale ragione, l'intervento legislativo è idoneo a pregiudicare principi costituzionali, come è ormai pacifico che siano il legittimo affidamento del privato e, più in generale, la certezza del diritto. Tale lesione non potrebbe essere giustificata in base a disposizioni di rango ordinario.

L'analisi deve, pertanto, essere trasferita sul piano del diritto intertemporale e, segnatamente, della retroattività dell'intervento legislativo, vuoi in senso proprio, quando il legislatore incide sugli effetti del contratto già verificatisi, vuoi in senso

⁵⁰² G. VILLA, *Inserzione automatica di clausole e diritto intertemporale* cit.

improprio, qualora la disciplina sopravvenuta operi solo sugli effetti ancora da produrre⁵⁰³. La questione risulta fondamentale: la retroattività della legge civile può determinare una lesione della libertà individuale del soggetto pregiudicato dall'intervento normativo sopravvenuto e, più in generale, una compromissione dei fondamenti dello Stato di diritto⁵⁰⁴, ove non sia sorretta da ragioni di giustizia retributiva o distributiva⁵⁰⁵. Ne consegue che la violazione del principio di irretroattività non può legittimarsi sulla sola base del perseguimento di un interesse pubblico, dovendo tenersi in pari considerazione la certezza del diritto e l'interesse del privato a non subire, per effetto di una legge retroattiva, una limitazione arbitraria della propria libertà personale.

Anche la questione della retroattività, tuttavia, presenta diversi limiti, che la rendono inadeguata a risolvere i problemi sottesi alla modificazione legislativa del contratto in corso di esecuzione. È, infatti, assente una nozione univoca di (ir)-retroattività della legge e ugualmente opachi appaiono i concetti di certezza del diritto, legittimo affidamento e ragionevolezza, elevati dalla giurisprudenza costituzionale a criteri di legittimità delle leggi retroattive. Tale indeterminatezza ha condotto a un'erosione progressiva del divieto di retroattività. Per tali ragioni, come evidenziato da parte della dottrina, la questione della retroattività deve essere accantonata⁵⁰⁶. La valutazione circa la legittimità della modificazione legislativa

⁵⁰³ In quest'ultimo caso, secondo A. CIATTI, *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (Sofortwirkung)* cit., non si tratterebbe di un fenomeno di retroattività, bensì di applicazione immediata della nuova legge (*Sofortwirkung*). Al contrario, F. ASTONE, *Rapporti di durata e intertemporalità* cit., parla di retroattività "falsa" quando essa si riferisce alle prestazioni che le parti devono ancora eseguire, in contrapposizione alla retroattività "vera", che invece si riferisce alle prestazioni eseguite.

⁵⁰⁴ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 156 ss., spec. 170 – 173. Secondo l'A. "se è incontestabile che la norma retroattiva non è propriamente norma (norma agendi) e che rispetto a essa l'individuo si presenta come oggetto, in quanto perde il caratteristico attributo della personalità che è la determinazione responsabile in ordine al proprio agire, è vano sforzo andare alla ricerca di norme particolari onde giustificare un principio che non è scritto in nessun luogo perché corre nelle viscere dell'ordinamento".

⁵⁰⁵ A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili* cit., spec. 794, il quale sostiene che "[a]ffinché appaia inaccettabile l'intervento retroattivo dunque, debbono concorrere violazioni contemporanee dell'uguaglianza e della libertà. L'irragionevolezza che si oppone all'intervento retroattivo è quella, e solo quella, che ricorre – e ciò non ricorre in ogni caso di norma retrospettiva – allorché al privato è inflitto un pregiudizio contrario alla giustizia retributiva o distributiva che sin innanzitutto violenza alla libertà di scelta che il diritto è impegnato a garantire".

⁵⁰⁶ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., spec., 1828 e 1833, nota 79, ove l'A., nel prendere atto del "dissolvimento della retroattività", sostiene che la retroattività non sarebbe un concetto indeterminato, bensì inutilizzabile. In tal senso v. anche L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile* cit., spec. 1232, ove sostiene che la retroattività ha un significato vuoto, "almeno dal

del contratto, dunque, non può ridursi a una contrapposizione astratta tra retroattività e irretroattività, ma deve risolversi in un bilanciamento concreto tra l'interesse pubblico che giustifica l'intervento e i diritti costituzionali lesi dalla legge modificativa del contratto, quali l'autonomia contrattuale e, più in generale, la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

Quanto precede, si riflette inevitabilmente nei precedenti della Corte costituzionale, le cui decisioni dimostrano come il disvalore di una legge retroattiva non sia, in realtà, legato alla sua efficacia retroattiva, di per sé considerata, bensì nel suo essere lesiva di diritti costituzionali. La Consulta, infatti, ha adottato un approccio casistico e concreto, fondato su un bilanciamento di valori di volta in volta emergenti. In taluni casi, questa operazione appare sorretta non solo da considerazioni giuridiche, ma anche da un sentimento di equità e giustizia sostanziale, realizzato attraverso il ricorso alla clausola generale di ragionevolezza, divenuta il principale parametro di legittimità costituzionale delle leggi che operano sul passato⁵⁰⁷. Tale impostazione ha condotto, tuttavia, a esiti non sempre uniformi, come mostrato dal confronto tra le pronunce sulle modificazioni legislative delle concessioni di giochi e scommesse, da un lato, e quelle in tema di contratti di vendita dei veicoli sottoposti a sequestro, fermo amministrativo e confisca, dall'altro.

Il metodo adottato dalla giurisprudenza presenta il merito di consentire una valutazione analitica degli interessi in gioco, permettendo – almeno in linea di principio – di verificare, caso per caso, se il sacrificio imposto al privato possa ritenersi proporzionato e giustificato dall'esigenza di perseguire interessi pubblici di carattere generale. Tuttavia, l'assenza di limiti chiari e predeterminati entro i quali il legislatore possa incidere sui rapporti contrattuali si riflette inevitabilmente sulla prevedibilità dell'azione legislativa e mina la fiducia dei consociati nell'ordinamento. La certezza del diritto, dunque, non va intesa soltanto nella sua dimensione soggettiva, ossia come legittimo affidamento del privato nella stabilità dell'ordinamento e nella immutabilità del contratto validamente concluso, ma

punto di vista assiologico, nel senso che il disvalore di una norma retroattiva non è nel suo essere retroattiva ma nel suo essere lesiva di interessi costituzionalmente protetti”.

⁵⁰⁷ N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio cit.*, 171.

anche nella sua dimensione oggettiva, quale presupposto essenziale della sicurezza dei traffici giuridici e della stabilità del mercato. Come segnalato dalla letteratura, il rischio è quello che il cittadino, e segnatamente l'imprenditore, rimanga privo di una tutela effettiva di fronte ai sempre più frequenti interventi di un legislatore "tiranno", che, in assenza di chiari limiti individuati dalla giurisprudenza, è incline a invadere la sfera dell'autonomia privata. Il pericolo maggiore consiste, quindi, nella progressiva perdita di fiducia dei privati nel potere legislativo, rispetto al quale essi non dispongono di alcun rimedio effettivo di protezione⁵⁰⁸.

Tale criticità emerge con particolare evidenza nell'ambito delle concessioni di servizi pubblici, la cui esecuzione – pur coinvolgendo la Pubblica Amministrazione e perseguendo finalità di interesse generale – è soggetta alle regole del diritto privato. In questi casi, la disciplina delle sopravvenienze e delle modifiche contrattuali è già compiutamente dettata dal Codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce in modo preciso i presupposti, i limiti e le modalità di modificazione della concessione, anche quando essa avvenga in via unilaterale da parte dell'Amministrazione, prevedendo comunque un contraddittorio con il concessionario. Ci si deve allora domandare quale sia il rapporto tra le modifiche operate nel rispetto del Codice dei contratti pubblici e i casi in cui il legislatore intervenga direttamente, sostituendosi alla disciplina codicistica e alterando eteronomamente il regolamento contrattuale. Sebbene si potrebbe superficialmente rispondere a tale quesito richiamando i criteri di *lex posterior derogat priori* o di *lex specialis derogat generali*, occorre però considerare che il concessionario ripone un legittimo affidamento nel fatto che le modifiche della concessione possono essere disposte solo nei casi e con le modalità previste dal Codice. Tale circostanza potrebbe far ritenere che non siano, di per sé, né prevedibili né fisiologiche "penetranti limitazioni della libertà di iniziativa economica" imposte per via legislativa⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale* cit., 85, il quale ha evidenziato come la retroattività della legge determina "generale sfiducia nelle istituzioni considerate ormai frivole e tali da non giustificare alcun serio affidamento". Al riguardo v. anche G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* cit., 144; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., spec. 2097.

⁵⁰⁹ Al contrario, secondo Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56 cit. "[a]l regime concessorio, in questa materia, è dunque connaturale l'imposizione di penetranti limitazioni della libertà di

Vi è, poi, da considerare che anche nei casi in cui la lesione del legittimo affidamento del privato è giustificata dal perseguimento di interessi generali che – all’esito di una complessa operazione di bilanciamento – sono ritenuti poziori, il sacrificio del privato dovrebbe comunque essere compensato, per garantire a esso di realizzare *aliunde* l’interesse che intendeva perseguire mediante il contratto. Ciò in quanto, se è vero che l’autonomia contrattuale e, più in generale, la libertà di iniziativa economica privata possono subire delle limitazioni a fronte di interessi generali rilevanti, la soddisfazione di tali interessi non può però essere ottenuta tramite il sacrificio di un singolo o di pochi individui. Questo onere, al contrario, deve gravare sull’intera collettività, secondo un criterio di giustizia distributiva. Anche a non voler considerare l’indennità contemplata dagli artt. 42 Cost. e 834 c.c.⁵¹⁰, l’ordinamento, in una pluralità di ipotesi, riconosce al privato il diritto a ottenere un indennizzo in presenza di un atto amministrativo pregiudizievole, nella prospettiva di una più equa distribuzione tra la collettività del sacrificio imposto al singolo. Si pensi, ad esempio, all’ “*indennità per l’imposizione di servitù*” prevista dapprima all’art. 46 della legge 25 giugno 1865, n. 2359 e ora all’art. 44 del D.P.R.

iniziativa economica, che rispondono alla protezione di tali interessi”. L’orientamento della Corte costituzionale è stato criticato da A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., spec. 135 e 1369, ove l’A. sostiene che la tesi della Corte costituzionale, secondo cui i rapporti di durata in essere tra un privato e la Pubblica Amministrazione sarebbero fisiologicamente soggetti al rischio di essere modificati eteronomamente dal legislatore, “*elude la sostanza del problema giuridico, che non è rappresentato dalla possibilità per l’amministrazione di modificare l’assetto di un rapporto, ma è rappresentato dal significato di una garanzia prestata dall’amministrazione a un cittadino in uno Stato di diritto*”.

⁵¹⁰ La Corte costituzionale ha più volte affermato che l’indennità prevista dall’art. 42, terzo comma, Cost. è applicabile solo nell’ambito della tutela della proprietà e, segnatamente, nei casi di ablazioni reali che, pur non concretando un trasferimento totale o parziale del diritto di proprietà, ne svuotino il contenuto. Pertanto, secondo la Consulta, non è configurabile nessun obbligo indennitario nel caso di ablazioni obbligatorie. Cfr. Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56 cit.

La tesi della Corte costituzionale è stata criticata dalla dottrina. In particolare, A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale* cit., spec. 458 e 459, evidenzia che la tesi secondo cui il privato che viene pregiudicato dalla modificazione legislativa del contratto deve essere compensato non è frutto di un’ “*invenzione gratuita*”, ma essa si fonda, oltre che nella logica, anche nel diritto positivo, atteso che “[l]a nostra costituzione, come tutte, ammette che l’interesse generale legittimi l’ablazione di diritti dei privati. Ma non gratis. Bensì a fronte di un serio ristoro. Ebbene, perché allora la legge retroattiva che espropria utilità che erano ormai diritti acquisiti non dovrebbe indennizzarle”. Nello stesso senso v. A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., spec. 136 e 137.

Sul punto, occorre evidenziare che i giudici degli Stati Uniti hanno qualificato l’indennizzo dovuto al privato in caso di espropriazione come uno strumento di giustizia distributiva, evidenziando che “[t]he Fifth Amendment’s guarantee that private property shall not be taken for a public use without just compensation was designed to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole” (Supreme court, *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 49, 1960).

8 giugno 2001, n. 327, il quale prevede il diritto a un indennizzo al privato, il cui fondo sia gravato da una servitù o subisca una permanente diminuzione del valore a causa dell'esecuzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità. Sul punto, infatti, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno precisato che la corresponsione dell'indennità di cui si tratta si fonda sul principio di giustizia distributiva *“per cui non è consentito soddisfare l'interesse generale attraverso il sacrificio del singolo senza che quest'ultimo ne sia indennizzato”*⁵¹¹. Un altro esempio – maggiormente rilevante nella presente analisi, riguardando non solo la lesione di diritti reali del privato, ma qualsiasi pregiudizio subito dal singolo – si rinviene nell'indennità prevista dall'art. 21-*quinques* della legge 7 agosto 1990, n. 241. Tale disposizione stabilisce che, nei casi in cui la revoca del provvedimento amministrativo comporti un pregiudizio per gli interessati, l'Amministrazione deve compensare questi ultimi con un indennizzo. Anche in questo caso, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che lo strumento indennitario in questione è un istituto di giustizia distributiva⁵¹². Ancora, l'art. 190 del Codice dei contratti pubblici stabilisce la possibilità per l'ente concedente di recedere dal contratto per motivi di pubblico interesse. La medesima disposizione, al quarto comma, lett. c), attribuisce però al privato il diritto a ricevere un indennizzo a titolo di mancato guadagno.

La dottrina ha correttamente osservato che le disposizioni aventi natura analoga a quelle sopra esaminate rappresentano istituti paradigmatici dei principi di fondo dell'ordinamento, da cui trarre le conseguenze patrimoniali derivanti da interventi eteronomi e unilaterali su rapporti già costituiti mediante atti contrattuali o provvedimenti⁵¹³. Proprio per tale ragione, da tali disposizioni può ricavarsi un

⁵¹¹ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2003, n. 10163, in *Gius. civ.*, 2004, 1, 106 ss.; ID., Sez. Un., 4 dicembre 2023, n. 33690, in *DeJure*.

⁵¹² Cons. Stato, 21 aprile 2015, n. 2013, in *Giustizia Amministrativa*.

Più in generale, con riferimento alla responsabilità della pubblica amministrazione per atti legittimi, v. F. GARRI, G. GARRI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1975, 54, secondo il quale *“per un principio di giustizia distributiva, il sacrificio imposto al privato per il raggiungimento di un fine di utilità generale va distribuito fra tutti i membri della collettività organizzata, attribuendosi al danneggiato un compenso, che ha carattere di indennizzo”*.

⁵¹³ A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale* cit., spec. 455 – 464, il quale evidenzia che la corresponsione di un indennizzo al privato pregiudicato dalla modificazione legislativa del contratto è alla giustizia della dottrina giuridica sia all'efficienza della dottrina economica e, in particolare, al principio di *Kaldor e Hicks*, secondo cui la scelta rimane efficiente là dove coloro che vengono arricchiti dalla legge retroattiva compensano quelli che sono stati invece impoveriti. La tesi è condivisa anche da A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei*

principio di carattere generale, idoneo a delineare con maggiore chiarezza i criteri di legittimità delle modificazioni legislative dei rapporti in corso di esecuzione. La corresponsione di un indennizzo al privato pregiudicato dalla modificazione legislativa del contratto potrebbe così offrire una tutela concreta, offrendo una soluzione ai problemi relativi all'astratta proclamazione di principi, che finiscono per rappresentare un elemento meramente retorico⁵¹⁴.

Del resto, anche qualora fossero individuati con precisione i limiti entro cui il legislatore può modificare i contratti in corso di esecuzione, il privato rimarrebbe comunque privo di una tutela effettiva se non gli venisse riconosciuto un indennizzo. Ciò in quanto, nel caso in cui il contratto venga modificato illegittimamente da una legge sopravvenuta, il singolo contraente non potrebbe ottenere la caducazione del contratto, sia perché l'art. 1419, secondo comma, c.c. esclude che la sostituzione di clausole nulle mediante norme imperative possa determinare la nullità integrale del contratto, sia in quanto potrebbero non risultare integrati i presupposti dell'eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c. Gli è che il privato resterebbe vincolato a un assetto negoziale diverso da quello originariamente convenuto, pur a fronte di una modifica legislativa illegittima, sfavorevole e imposta unilateralmente. Né il singolo potrebbe autonomamente far valere l'illegittimità della legge, considerato che esso non è legittimato a proporre una questione di legittimità costituzionale innanzi la Consulta.

Al riguardo, non si potrebbe obiettare che una simile soluzione sarebbe incoerente ove la modificazione del contratto venga operata in virtù di esigenze di finanza pubblica. Sul punto, infatti, la giurisprudenza consolidata, sia nazionale sia

confronti della pubblica amministrazione cit., spec. 136 e 137. L'A. critica la giurisprudenza che ha interpretato restrittivamente le disposizioni che prevedono un indennizzo in caso di espropriazione, di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso da parte dell'Amministrazione da un accordo pubblico ex art. 11 della Legge 241/1990. In particolare, l'A. osserva che “*in una giurisprudenza occhiuta, che evidentemente concepisce qualsiasi esborso dell'amministrazione come un elemento pericoloso per l'interesse pubblico, le previsioni di indennizzo risultano tuttora recessive*”.

La Corte costituzionale tedesca ha affermato che lo Stato deve valutare se concedere un indennizzo al privato nei casi in cui egli abbia fatto affidamento sulla disciplina vigente e, in base ad essa, abbia compiuto atti di disposizione poi incisi o travolti da un successivo mutamento normativo. Cfr. Bundesverfassungsgericht, 6 luglio 2010, in *Foro it.*, 2010, IV, c. 527, con nota di R. CAPONI, *La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca*.

⁵¹⁴ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione* cit., spec. 137.

europea⁵¹⁵, ha precisato che la lesione del legittimo affidamento non può trovare giustificazione in esigenze meramente finanziarie. Corollario di tale principio è che la certezza del diritto e il legittimo affidamento prevalgono su necessità esclusivamente economiche. Per tale ragione, non si potrebbe negare un indennizzo volto a compensare il sacrificio del privato pregiudicato dalla modificazione legislativa del contratto per il solo fatto che esso non garantirebbe la piena soddisfazione delle esigenze di finanza pubblica⁵¹⁶.

Si è visto nel primo capitolo come la libertà negoziale abbia subito profondi mutamenti nell'ultimo secolo. Superato il dogma della volontà, in base al quale il contratto spiegava effetti esclusivamente là dove fosse interamente conforme al volere delle parti, si è assistito a una progressiva costituzionalizzazione del diritto privato e, con esso, dell'autonomia contrattuale. Quest'ultima, da un lato, riceve oggi una tutela di rango costituzionale, ma, dall'altro, non è più funzionale al solo perseguimento di interessi privati, dovendo conformarsi all'utilità sociale. Con l'avvento dello Stato regolatore, subentrato allo Stato dirigista, l'autonomia contrattuale ha poi assunto una funzione ulteriore: essa è divenuta strumento di garanzia della concorrenzialità del mercato e dell'efficienza del sistema economico⁵¹⁷. Oggi, il continuo proliferare di legislazioni speciali, tanto di fonte nazionale quanto eurounitaria, contribuisce a un'ulteriore compressione degli spazi dell'autonomia privata, lasciando i consociati esposti a interventi spesso imprevedibili o arbitrari del legislatore. Non si può, dunque, che condividere l'ammonimento, espresso da parte della dottrina, per cui *“un rapporto non corretto della legge con il passato non pone solo problemi di legittimità, ma anche – e*

⁵¹⁵ Corte cost., 16 aprile 2025, n. 44 cit.; ID., 26 novembre 2009, n. 311, in *Giur. cost.*, 2009, 6, 4657 ss., con osservazione di M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*; ID., 11 novembre 2011, n. 303, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4224 ss.; ID., 12 luglio 2019, n. 174 cit.; ID., 1° luglio 2015, n. 127, in *Giur. cost.*, 2015, 4, 1163 ss.; ID., 23 aprile 2024, n. 70 cit.

Nella giurisprudenza europea v., *ex plurimis*, CGUE, sentenza 11 giugno 2015, causa C-98/14, *Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató Kft e a. c. Magyar Állam*, EU:C:2015:386.

⁵¹⁶ Secondo A. GENTILI, *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale* cit., spec. 464, “[m]i si potrebbe obiettare: se lo Stato potesse disporre retroattivamente solo a prezzo di indennizzare coloro che pregiudica, dovrebbe quasi sempre rinunciarvi, perché perderebbe dall'altro ciò che ottiene da un lato, salvo che la legge retroattiva, operativa o interpretativa, producesse un eccezionale guadagno economico o politico o sociale. Risponderei: appunto”.

⁵¹⁷ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)* cit.; ID., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)* cit.

soprattutto – di legittimazione [...]. Elementari esigenze di tutela della legittimazione delle istituzioni, infatti, suggeriscono che il legislatore, anche a prescindere dai limiti di legittimità che gli sono imposti, utilizzi il proprio potere con estrema cautela, per non mettere a rischio quel système de croyances che costituisce l'essenza stessa della legittimazione democratica”⁵¹⁸.

⁵¹⁸ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività* cit., spec. 2097.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 277 ss.
- ALPA G., *La morte del contratto*, in *Pol. Dir.*, 1976, 726 ss.
- ALPA G., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, II, 611 ss.
- ALPA G., *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contr.*, 2001, 723 ss.
- ALPA G., *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti e la disciplina dei contratti*, in S. Amorosino, G. Morbidelli, M. Morisi (a cura di), *Istituzioni Mercato e Democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 11 ss.
- ALPA G., *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012
- ALPA G., voce *Autonomia contrattuale*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto*, Milano, 2021, 1 ss.
- AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002
- ANDREOLI M., *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309 ss.
- ANGELONE M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012
- ANGIULI A., *Efficacia della legge nel tempo*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice civile, artt. 1 – 142*, Milano, 2009, 185 ss.
- ASCARELLI T., *Certeza del diritto e autonomia delle parti*, in Id., *Problemi giuridici*, Tomo primo, Milano, 1959, 113 ss.
- ASTONE F., *Rapporti di durata e intertemporalità*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 235 ss.
- AZZARITI G., *Il principio della irretroattività e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 622 ss.
- BALDASSARRE A., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 582 ss.
- BARBA V., *Autorità amministrative indipendenti, nullità sopravvenuta e conformazione del contratto*, in *An. Giur. econ.*, 2, 2018, 493 ss.
- BARCELLONA M., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, 540 ss.
- BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione della sopravvenienza*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 480 ss.

- BARCELLONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, 33 ss.
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969
- BARCELLONA P., voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 487 ss.
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- BARSANTI E., *La clausola risolutiva «rebus sic stantibus» nei contratti a lungo termine*, Firenze, 1898
- BARSANTI E., *La risolubilità dei contratti a lungo termine pel successivo mutamento dello stato di fatto*, in *Foro it.*, 1901, I, 737 ss.
- BASTIANON S., *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012
- BATTELLI E., *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale*, in E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale profili giuridici e tecnica di tutela*, Roma, 2017, 53 ss.
- BATTINI S., VESPERINI G., *Indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in M. D'Alberti e A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, 60 ss.
- BEDELLI C., VEDOVA A., *Giochi e scommesse tra diritto comunitario e diritto nazionale*, Milano, Giuffrè, 2008
- BEKKER E.I., *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889
- BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000
- BENEDETTI A.M., *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere. Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 4/2019, 827 ss.
- BENEDETTI A.M., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contr.*, 2020, 2, 213 ss.
- BENEDETTI A.M., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020
- BENEDETTI A.M., *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020, 143 ss.
- BENEDETTI A.M., voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, I Tematici, Contratto, Milano, 2021, 873 ss.
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969
- BESSONE M., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, 281 ss.

- BESSONE M., D'ANGELO A., voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 326 ss.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952
- BIANCA C.M., *Il contratto*, Milano, 2000, 18 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. 1. La norma giuridica, i soggetti*, Milano, 2002
- BIANCHI F.S., *Corso di codice civile italiano*, Torino, 1888
- BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil dir.*, 1951
- BOBBIO N., *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, 1981, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 ss.
- BRECCIA U., *Autonomia contrattuale*, in E. Navarretta e A. Orestano (a cura di), E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile, Dei contratti in generale*, Torino, 2011
- BRUTTI M., *La sovranità del volere nel sistema del Savigny*, in *Quaderni Fiorentini*, IX, Milano, 1981, 265 ss.
- CAFAGGI F., IAMICELI P., *Private Regulation and Industrial Organization: Contractual Governance and the Network Approach*, in S. Grundmann, F. Möslin, K. Riesenhuber (eds.), *Contract Governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015, 343 ss.
- CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione negoziale*, Milano, 1997
- CANTELMO V.E., *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Milano, 1969, 5 ss.
- CAPOBIANCO E., *L'integrazione*, in V. Roppo (diretto da), *Trattato del contratto, II, Regolamento*, Milano, 2006, 393
- CAPOBIANCO E., *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in A. D'Angelo e V. Roppo (a cura di), *Annuario del contratto*, Torino, 2015, 64 ss.
- CAPOGRASSI G., *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, ora in *Opere*, I, Milano 1959, 255 ss.
- CAPONI R., *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 332 ss.
- CAPONI R., *Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio tempus regit processum fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 188 ss.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico*, Napoli, 1945
- CARNEVALE P., «... Al fuggir di giovinezza ... nel doman s'ha più certezza» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. Cost.*, 1999, 3643 ss.

- CARTEI G.F., *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 599 ss.
- CASELLA M., *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974
- CASSESE S., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, n. 5, 1996, 5 ss.
- CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, 5^a ed., Roma-Bari, 2019
- CASTRONOVO C., *Autonomia privata e Costituzione europea*, in G. Vettori (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005, 39 ss.
- CASTRONOVO C., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 1 ss.
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21 ss.
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1962
- civ., 2016, 789 ss.
- CATAUDELLA A., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 789 ss.
- CAVALLO PERIN R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998
- CAVALLO PERIN R., G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024
- CERUTI M., *L'anacronismo della simbiosi tra concessioni e servizi pubblici: trilateralità e altre aporie nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2019, 21 ss.
- CHIEPPA R., *Una decisa affermazione della Corte costituzionale sulla rilevanza degli interessi pubblici sottostanti al regime di monopolio statale di concessione per l'esercizio di attività di gioco pubblico con vincite a denaro e sulla giustificazione di nuovi requisiti ed obblighi imposti con legge e non suscettibili di indennizzo*, in *Giur. cost.*, 2015, 2, 506 ss.
- CHIRONI G.P., *Della non retroattività della legge in materia civile*, Siena, 1885
- CIATTI A., *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007
- CIATTI A., *Contratto e applicazione immediata di norme sopravvenute (Sofortwirkung)*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 155 ss.
- CINTIOLI F., *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Dir. econ.*, 2020, 13 ss.

- CLARICH M., *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. reg. merc.*, 2018, 2 ss.
- COASE R., *La natura dell'impresa*, in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995
- COGLIOLO P., *LA così detta clausola «rebus sic stantibus», e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato, I*, Torino, 1910, 367 ss.
- COMPORTI M., *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Gius. it.*, 1985, II, 102 ss.
- COMPORTI G.D., *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in *Dir. ec.*, 2024, 16 ss.
- COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, II ed., Bologna, 2006
- CORLETTO D., *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in D. Corletto (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007, 1 ss.
- CORSALE M., voce *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 1 ss.
- COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981
- COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in U. Draetta, C. Vaccà (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, 311 ss.
- COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1924
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984
- CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico, Teoria generale*, Milano, 1959
- CROME C., *Parte generale del diritto privato francese moderno*, trad. it. di A. Ascoli e F. Cammeo, Milano, 1906
- CUFFARO V., *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020
- D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008
- D'ADDA A., voce *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I Tematici, Contratto*, Milano, 2021, 609 ss.
- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981
- D'ALBERTI M., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 1 ss.
- D'ANDREA L., *Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, in M. La Torre, A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 231 ss.

- D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008
- D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Gius. civ.*, 2, 2015, 247 ss.
- D'ANCONA S., *La revoca e il recesso nelle concessioni amministrative*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati cit.*, 601 ss.
- D'ANGELO A., *La buona fede*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato, XIII, Il contratto in generale, IV.2*, Torino, 2004, 40 ss.
- D'ANTONIO A., *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974
- DEL PRATO E., *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 515 ss.
- DEL PRATO E., *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, in *Giur. it.*, 2014, 25 ss.
- DEL VECCHIO G., *I principi della carta del lavoro*, Padova, 1934
- DE MARTINI A., *Presupposizione, condizione, eccessiva onerosità ed errore sui motivi*, *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, 354 ss.
- DE MARTINI A., *Inserzione automatica dei prezzi di calmiera nei contratti*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1948, 793 ss.
- DE MARTINI A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950
- DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993
- DE NOVA G., *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 56 ss.
- DE PASQUALE P., *Il principio della certezza del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2, 2023, 405 ss.
- D'EUFEMIA G., *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, Giuffrè, 1992
- DI BONA L., *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, 86.
- DI GIOVANNI A., *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino, 2018
- DI MAJO A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967
- DI MAURO A., *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile Commentario*, Milano, 1995

- DI NITTO T., *I giochi e le scommesse*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano, 2000, 2377 ss.
- DI RAIMO R., *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*, in *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, 151 ss.
- DEVOTO L., *L'obbligazione a esecuzione continuata*, Padova, 1943
- DOMAT J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Parigi, 1723
- DONATI D., *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, estratto da *Riv. it. sc. giur.*, 1915, 235 ss.
- EISENBERG M.A., *Relational Contracts*, in J. Beatson, D. Friedmann (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford, 1995, 296 ss.
- EMPLEANG J. T., *Legal certainty and legitimate expectations as general principles of law*, in U.B. Eernitz, J.N. Egelius (a cura di), *General principles of European community law*, The Hague, London, Boston, 2000
- ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 88 ss.
- ESPOSITO M., *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003
- FALZEA A., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1196, I, 1 ss.
- FAVARA E., *Soppravvenienza di leggi e presupposizione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, VI, 46 ss.
- FERRARA F., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921
- FERRARI ZUMBINI A., *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, 2016
- FERRARI C., *I contratti dei mercati regolati*, Torino, 2018
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968
- FERRI G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 ss.
- FERRI G.B., *Dalla clausola «rebus sic stantibus» alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Quadrimestre*, 1988, 54 ss.
- FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959
- FICI A., *Il contratto incompleto*, Torino, 2005
- FONDRIESCHI A., *Contratti relazioni e tutela del rapporto contrattuale*, Milano, 2017
- FRACCHIA F., *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 250 ss.
- FRANK J., *Law in the Modern Mind*, Londra
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile Commentario*, Milano, 2013

- FURGIUELE G., voce *Diritti acquisiti*, in *Dig. civ.*, V, Torino, 2004 (rist.), 369 ss.
- FURGIUELE G., *Diritto quesito o fatto compiuto: un problema di interpretazione normativa*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 145 ss.
- GABBA C.F., *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Pisa, 1868
- GABRIELLI E., *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 55 ss.
- GABRIELLI E., *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio giuridico e autonomia privata)*, in *Giur. it.*, 2018, 2780 ss.
- GABRIELLI E., *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giust. Civ.*, 2018, 267 ss.
- GABRIELLI E., *L'autonomia privata: dal contratto alla crisi d'impresa*, Padova, 2020
- GABRIELLI E., *L'autonomia privata, Volume II, Teoria del contratto e diritto comparato*, Milano, 2021
- GABRIELLI E., *Il contenzioso dei contratti e l'arbitrato interno*, in *Riv. arb.*, 2021, 209 ss.
- GABRIELLI E., *Il negozio giuridico nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2025, 5 ss.
- GALGANO F., *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 449 ss.
- GALGANO F., voce *Negozio giuridico (dottrine gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss.
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in A. Cicu e F. Messineo (diretto da), continuato da L. Mengoni, *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1988
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990
- GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1993
- GALLARATI A., *La resilienza del contratto. Modificazioni e destino delle garanzie, tra relazionalità, incompletezza e crisi d'impresa*, Torino, 2020
- GALLETTO T., voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, 389 ss.
- GALLO P., *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1996
- GARRI F., GARRI G., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1975
- GAZZONI F., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974
- GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. Dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.

- GEMMI A., *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza*, in *Pers. amm.*, 2019, 490 ss.
- GENTILI A., *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in *Giur. it.*, I, 1, 1983, 1738 ss.
- GENTILI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 667 ss.
- GENTILI A., *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 27 ss.
- GENTILI A., *Sulla retroattività delle leggi civili*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2007, 781 ss.
- GENTILI A., *Retroattività, ragionevolezza, diritto intertemporale*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 439 ss.
- GENTILI A., *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020
- GIANFORMAGGIO L., voce *Certezza del diritto*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, 275 ss.
- GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008
- GIGLI A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016
- GILIBERTI B., *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *Pers. amm.*, 2018, 111 ss.
- GILMORE G., *The death of contract*, Columbus, Ohio, 1974
- GINEVRA E., *Libertà d'impresa, autonomia privata e nuove direttrici per l'interprete*, in *Liber amicorum per Aldo A. Dolmetta. L'orizzonte è una linea che non c'è*, Pisa, 2023, 583 ss.
- GIORGIANNI M., *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 382 ss.
- GIOVENE A., *Sul fondamento specifico dell'istituto della "sopravvenienza"*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1921, 155 ss.
- GIORGIANNI M., *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità e di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giur. cost.*, 1962, 82 ss.
- GIORGIANNI M., voce *Volontà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1993, XLVI, 1043 ss.
- GIRINO F., voce *Presupposizione*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1966, 775 ss.
- GITTI G., *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006
- GIULIANI A., *Le disposizioni sulla legge in generale*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, I, II ed., Torino, 1999, 470 ss.

- GNES M., voce *Giochi e scommesse*, in *Enc. dir., I Tematici*, Milano, 2022
- GOISIS F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, 703 ss.
- GOETZ C.J., SCOTT R.E., *Principles of Relational Contracts*, 67, in *Va. L. Rev.*, 1981, 1089 ss.
- GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005
- GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954
- GRANDE STEVENS F., *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 194 ss.
- GRANIERI M., *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007
- GRASSETTI C., voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 184 ss.
- GRECO G., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss.
- GRISI G., *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999
- GROTTANELLI DE' SANTI G., *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, 43 ss.
- GRUNDMANN S., CAFAGGI F., VETTORI G., *The Contractual Basis of Long-Term Organization - The Overall Architecture*, in Idd. (eds.), *The Organizational Contract. From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law*, London-New York, 2013
- GUALDANI A., *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016
- GUARINO G., *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo (A proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovracanonici elettrici)*, ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 144 ss.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. Cicu e F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, I, 1, Milano, 1988
- GUARNERI A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 799 ss.
- GUERINONI E., *Incompletezza e completamento del contratto*, Giuffrè, 2007
- HELPER S., MACDUFFIE J.P., SABEL C.F., *Pragmatic collaborations: advancing knowledge while controlling opportunism*, in *Industrial and Corporate Change*, 2000

- IRTI N., *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998
- IRTI N., *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 561 ss.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it. di R. Treves, Torino, 1952
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1980
- La SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000
- LASSALLE F., *Die theorie der erworbenen rechte und der kollision der gesetze, unter besonderer berücksichtigung des römischen, französischen und preussischen rechts*, Leipzig, 1861
- LA VALLE F., voce *Successione di leggi*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 635 ss.
- LIBERTINI M., *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 443 ss.
- LIPARI N., *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2006, 734 ss.
- LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017
- LISERRE A., *Tutele costituzionali dell'autonomia privata*, Milano, 1971
- LIVI M.A., *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Tomo I, Milano, 2008, 1379 ss.
- LONGOBUCCO F., *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*, Napoli, 2012
- LORELLO L., *La retroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 163 ss.
- LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss.
- LUCIANI M., *Retroattività, giurisprudenza costituzionale, diritto privato*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno SISDIC*, Napoli, 2013, 283 ss.
- LUMINOSO A., *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 501 ss.
- MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996

- MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 63 ss.
- MACARIO F., *Le sopravvenienze*, in V. Roppo (a cura di) *Trattato del contratto*, V, Milano, 2006, 495 ss.
- MACARIO F., *Relational contracts e Allgemeiner Teil: il problema e il sistema*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 187 ss.
- MACARIO F., voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 2008, 1026 ss.
- MACARIO F., *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Quest. Giust.*, 2016, 4, 1 ss.
- MACARIO F., *Sopravenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contr.*, 2020, 2, 29 ss.
- MACARIO F., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020, 207 ss.
- MACARIO F., voce *Contratti di durata*, in *Enc. dir.*, I Tematici, *Contratto*, Milano, 2021, 103 ss.
- MAFFEIS D., *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020, 3 ss.
- MAGGIOLO M., *Clausole generali e giustizia contrattuale-Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino 2006
- MAGGIOLO M., *Poteri e iniziative unilaterali nella rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 909 ss.
- MAISTO F., *Diritto intertemporale*, in P. Perlingieri (diretto da) *Tratt. Dir. civ. CNN*, Napoli, 2007
- MAROTTA S., *Per una lettura sociologico-giuridica dei beni culturali come "beni comuni"*, in E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale profili giuridici e tecnica di tutela cit.*, 37 ss.
- MARTINELLI F., SANTINI M., *La scelta del concessionario di pubblico servizio tra affidamento, «intuitu personae» e procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb. app.*, 2001, 1015 ss.
- MASTRAGOSTINO F., *Le concessioni di servizi*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 2008, 97 ss.
- MAUGERI M., *Autorità indipendenti e contratto*, in *Studi in onore di A. Cataudella*, Napoli, 2013
- MAUGERI M., *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020, 11 ss.

- MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 365 ss
- MAZZAMUTO S., NIVARRA L. (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2017
- MENGONI L., *Programmazione e diritto*, in *Justitia*, 1966, 92 ss.
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.
- MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.
- MERUSI F., *Il punto sulla tutela dell'affidamento*, in *Giur. It.*, 2012, 1195 ss.
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948
- F. MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1958
- MESSINEO F., voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 784 ss.
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, I, Milano, 1968
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, I, in A. Cicu e F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1973
- MINERVINI E., *La "meritevolezza" del contratto*, Torino, 2019
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile, redatto a cura di magistrati e docenti, Libro IV, Tomo Secondo, (Titolo 2)*, 3 ed., Torino, 1980
- MODICA L., *Del giuoco e della scommessa*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile Commentario*, Milano, 2018
- MOLITERNI A., *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 576 ss.
- MONTEDORO G., TALIENTI V., *Le concessioni di lavori nel codice appalti: nozione e caratteristiche*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, IV*, Milano, 2008, 2457 ss.
- MONTEFERRANTE L., *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, in *Urb. app.*, 8, 2006, 955 ss.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1967
- MOSCARINI A., *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996
- MOTTO A., *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano*, Milano, 2018, 105 ss.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003
- NAPOLITANO G., *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 153 ss.
- NATOLI R., *Il diritto privato regolatorio*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 2 ss.

- NAVARRETTA E., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, Quaderni fiorentini*, n. 43, Milano, 2014, I, 622 ss.
- NAVARRETTA E., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017
- NICOLÒ R., voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 1026 ss.
- NICOLÒ R., *Istituzioni di diritto privato, I, Dispense integrative ad uso degli studenti*, Milano, 1962
- NIVARRA L., *La retroattività della legge civile*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2017, 1219 ss.
- NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975
- OERTMANN P., *Die Geschäftsgrundlage Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, Erlangen, 1921
- OPPO G., *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, 143 ss.
- OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 421 ss.
- OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004
- ORLANDI M., *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 284 ss.
- OSILIA E., *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1924, 297 ss.
- OSTI G., *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, IV, 1912, 1 ss.
- OSTI G., *Appunti per una teoria della "sopravvenienza", (La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno)*, in *Riv. dir. civ.*, V, 1913, 471-498, 647-697
- OSTI G., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, X, 1918, 313-259, 417-471
- OSTI G., voce *Contratto (concetto distinzioni)*, in *Nuov. dig. it.*, IV, 1938, 67 ss.
- OSTI G., voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 528 ss.
- OSTI G., voce *Clausola «rebus sic stantibus»*, in *Nov. Dig. it.*, III, Torino, 1959, 353 ss.
- OSTI G., *Scritti giuridici, I*, con presentazione di P. Rescigno, Milano, 1973
- PACCHIONI G., *Diritto civile italiano – Parte prima volume primo*, Padova, 1932
- PACE G., *Il diritto transitorio, con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, 1944
- PACE A., *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *Dir. e soc.*, 2010, 134
- PALADIN L., voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, Milano, 1997, 899 ss.

- PALERMO G., *L'autonomia negoziale*, Torino, 2015
- PARDOLESI R., *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 159 ss.
- PASSAGNOLI G., *Fonte europee, successioni di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in Riv. Dir. priv., 2005, 552 ss.
- PATTI S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2012, 1 ss.
- PATTI G., PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile Commentario*, Milano, 1993
- PATTI F.P., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in Contr., 2012, 571 ss.
- PATTI F.P., *Significato e limiti dell'autonomia privata*, in F. Bordiga e H. Wais, *Contenuto e limiti dell'autonomia privata in Germania e in Italia*, Torino, 2021, 1 ss.
- PENNASILICO M., *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in Contr. e impr., 2020, 2, 85 ss.
- PEREGO E., *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1983, 735 ss.
- PERGOLESI F., *Annotazioni in tema di cd leggi interpretative*, in Giur. cost., 1957, 799 ss.
- PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione*, Napoli, 2010
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006
- PERLINGIERI P., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in Rass. dir. civ., 2017, 1, 213 ss.
- PERLINGIERI P., *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2024
- PICOZZA E., *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 37 ss.
- PIETROBON E., voce *Presupposizione (dir. civ.)*, in Enc. giur., XXVII, Roma, 1991, 1 ss.
- PIGNALOSA M.P., *Giochi pubblici e diritto privato*, in Jus civ., 4, 2022, 984 ss.
- POLITI F., *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in L. Longobardi (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 300 ss.
- PRUSSIANI C., *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo delle autorità amministrative indipendenti*, in Nuov. giur. civ. comm., 2015, 2, 94 ss.

- PUGLIATTI S., *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 242 ss.
- PUGLIATTI S., *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in Id., *Diritto civile. Metodo, Teoria, Pratica*, Milano, 1951
- PUGLIATTI S., (voce) *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 366 ss.
- QUADRI R., *Acquisiti (diritti)*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1968, 237 ss.
- QUADRI R., *Applicazione della legge in generale*, in A. Scialoja e G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1974
- REALMONTE F., *L'accordo contrattuale*, in M. Bessone (diretto da), *Trattato di diritto privato, Il contratto in generale*, II, Torino, 2000
- REDENTI E., *Sulla nozione di «eccessiva onerosità sopravvenuta»*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1959, 344 ss.
- REICH N., *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014
- RESCIGNO G.U., voce *Disposizioni transitorie*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 219 ss.
- RESCIGNO P., *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 209 ss.
- RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1970
- RESCIGNO P., voce *Contratto (in generale)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1988, 1 ss.
- RESCIGNO P., *L'adattamento del contratto nel diritto italiano*, in U. Draetta e C. Vaccà (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, 299 ss.
- RESCIGNO P., *Rilettura del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, 9 ss.
- RESCIGNO P., *Introduzione*, in P. Rescigno (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, 2006, XV ss.
- RESCIGNO P., *Premessa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 2 ed., Torino, 2006, XLVII ss.
- RESCIGNO P., *Le categorie civilistiche*, in N. Lipari e P. Rescigno (diretto da), *Diritto Civile, I, Fonti, soggetti, famiglia, I, Le fonti e i soggetti*, Milano, 2009, 222 ss.
- RESCIGNO P., RESTA G., ZOPPINI A., *Diritto privato, Una conversazione*, Bologna, 2017
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, Parigi, 1949
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004
- ROMANO S., *Autonomia*, in S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist. 1983, 14 ss.
- ROPPO V., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 686 ss.

- ROPPO V., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 211 ss.
- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011
- ROSELLI F., *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 267 ss.
- RUBINO D., *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, 530 ss.
- SACCO R., *La presupposizione e l'art. 1467*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163 ss.
- SACCO R., voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, I, 1987, 518 ss.
- SACCO R., *Il contratto, Tomo primo*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004
- SACCO R., *Il contratto, Tomo secondo*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 30 ss.
- SACCO R., *Interesse meritevole di tutela*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, I agg., 2010
- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 2016
- SALANITRO U., *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, 235 ss.
- SALTARI L., *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus – Riv. giur. serv. pub.*, 2/2012, 310 ss.
- SANDULLI A.M., *Il principio della irretroattività delle leggi e la Costituzione*, in *Foro amm.*, 1947, II, 1, 73 ss.
- SANTARPIA D., *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023
- SANTORO PASSARELLI F., *Validità del contratto con clausola oro*, in *Foro. it.*, 1949, I, 42 ss.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ed. or. 1950, rist. 2008,
- SANTORO PASSARELLI F., voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 203 ss.
- SANTORO PASSARELLI F., *Libertà e autorità nel diritto civile*, Padova 1977
- SARACINI E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971
- SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, XI, Torino, 1900
- SCALFARI G., *La sostituzione con norme cogenti delle clausole di un contratto, in corso di esecuzione, regolato inderogabilmente dalla legge. Riflessioni sui contratti imposti e su quelli a contenuto predisposto*, in AA. VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, Tomo I*, Milano, 1995, 813 ss.

- SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 1003 ss.
- SCIACCA G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000,
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, ed. or. 1950, rist. 2008
- SCOGNAMIGLIO R., *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962
- SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 1970
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in G. Grosso e F. Santoro Passarelli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1972
- SCOGNAMIGLIO C., *L'integrazione*, in P. Rescigno e E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, Torino, 2006, II, 1160 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020, 159 ss.
- SERRANI D., *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, 283 ss.
- SEVERINI G., *Il Patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 322 ss.
- SICA T., *Sopravvenienze contrattuali da Covid-19 e rapporti concessori. Scelta del rimedio e profili regolatori*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 1, 2021, 507 ss.
- SICA T., *Retroattività della legge civile: note a margine di una recente pronuncia della Consulta*, in *Giur. it.*, gennaio 2025, 35 ss.
- SILVESTRI E., voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VII, 370 ss.
- SIMONCELLI V., *Istituzioni di diritto privato italiano*, Roma, 1921
- SIRENA P., *Autonomia privata e regolazione del mercato nella disciplina dei contratti di impresa*, in *Banc. bors. tit. cred.*, 4, 2023, 509 ss.
- SORACE D., MARZUOLI C., voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 280 ss.
- SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 509 ss.
- SPENA M.C., *La complessa relazione tra valorizzazione dei beni culturali e forme di intervento privato: contratto di sponsorizzazione e digitalizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 139 ss.
- SPUNTARELLI S., *Art. 60 – Revisione prezzi*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024, 306 ss.
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947

- SCHWARTZ A., *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, in D. Fabbri, G. Fiorentini, L.A. Franzoni (a cura di), *L'analisi economica del diritto*, Roma, 1997, 117 ss
- TAMIETTI A., *Art. 6*, in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, 173 ss.
- TARCHI R., *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990
- TERRANOVA C.G., *L'eccessiva onerosità nei contratti, Artt. 1467- 1469*, in P. Schlesinger (fondato da), F. D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile Commentario*, Milano, 1995
- TIMOTEO M., *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1998, 619 ss.
- TOMMASINI R., voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.* XL, Milano, 1989, 116 ss.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2018
- TRAVI A., *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 121 ss.
- TRIMARCHI P., *Sopravvenienza, rinegoziazione, adeguamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2025, 189 ss.
- TRIMARCHI M., *Perché derogare al codice civile nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Pers. Amm.*, 2024, 169 ss.
- TUCCARI E., *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018
- TUCCI A., *Regolazione del mercato e autonomia contrattuale*, in *PA pers. amm.*, 2024, 15 ss.
- VALENTINO D., *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, in *J. Legal Studies*, 21, 1992, 271 ss.
- VALENTINO D., *Il contratto incompleto*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 ss.;
- VALENTINO A., *Il principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. AIC*, 3, 2012
- VILLA G., *Inserzione automatica di clausole e diritto intertemporale*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del VII Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile*, Napoli, 2013, 219 ss.
- VIOLA F., ZACCARIA G., *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003
- VENUTI G., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004
- VOLPE F., *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016

- WILLIAMSON O.E., *Le istituzioni economiche del capitalismo*, trad. it. di N. Negro, Milano, 1987
- WINDSCHEID B., *Diritto delle pandette*, trad. it. di Fadda e Bensa, rist. Torino, 1930
- ZACCHEO M., voce *Sopravvenienza*, in S. Martuccelli e V. Pescatore (a cura di), *Dizionari del diritto privato, promossi da Irti*, Milano, 2011, 1638 ss.
- ZACCHEO M., *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Emergenza Covid-19. Speciale n. 2. Uniti per l'Italia*, Milano, 2020, 245 ss.
- ZACCHEO M., *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021
- ZAGREBELSKY G., *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino, 1970
- ZICCARDI F.E., *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 143 ss.
- ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. Olivieri e A. Zoppini, *Contratto e antitrust*, Bari, 2008
- ZOPPINI A., *Funzione del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M.R. Maugeri e A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 9 ss.
- ZOPPINI A., MAUGERI M., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010
- ZOPPINI A., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2013, 515 ss.
- ZOPPINI A., *Per una rilettura del Codice civile alla luce della Costituzione*, in *Riv. it. sci. giur.*, 2022, 315 ss.