



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Mariano Robles

**Una rilettura ‘civilistica’ dell’intervento
‘pubblico’ in economia a sostegno dello
sviluppo sostenibile nel Settantenario della
Cassa per il Mezzogiorno**

Numero XIV Anno 2021

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Una rilettura ‘civilistica’ dell’intervento ‘pubblico’ in economia a sostegno dello sviluppo sostenibile nel Settantenario della Cassa per il Mezzogiorno

SOMMARIO: 1. Alle radici dell’assistenza finanziaria privata per pubbliche infrastrutture – 2. Segue: un’opportunità per le aree svantaggiate – 3. L’origine localistica dell’operazione economica – 4. Segue: in particolare nel settore delle c.d. ‘utilities’ – 5. Segue: la c.d. ‘sussidiarietà’ comunitaria – 6. L’accentuata ‘privatizzazione’ della c.d. società ‘mista’ – 7. Il necessario adeguamento alle nuove esigenze di mercato – 8. La concertazione urbanistica nel governo del territorio – 9. Segue: sviluppo sostenibile e dimensione ‘sociale’ dell’impresa – 10. Questioni (ancora) aperte.

1. Alle radici dell’assistenza finanziaria privata per pubbliche infrastrutture

A più riprese, in un passato alquanto recente, il legislatore – prima europeo seguito, a stretto giro, da quello nazionale – ha posto in risalto l’opportunità di un controllo in merito all’efficacia dell’azione pubblica nell’offerta di beni e servizi alla collettività, sotto un duplice profilo. Da un lato, si è sottolineata la necessità che l’intervento, volta per volta progettato, venisse selezionato, in base a criteri di convenienza, tra più altri con esso oggettivamente comparabili. D’altro lato, molti segnali sono stati inviati, per via normativa, al fine di circoscrivere l’incertezza, e dunque il rischio, che inevitabilmente è correlato alla vita di un progetto nella fase di realizzazione ed in quella successiva di gestione. Si è cercato, cioè, di scoraggiare l’intrapresa di iniziative a «rischio pieno», senza alcun controllo preventivo ed una stima della possibile evoluzione

dei costi legati a varianti inattese¹. Nel rinnovato contesto, la competizione diviene pertanto una scommessa tra ‘sistemi’, che si attua considerando l’insieme delle convenienze all’investimento in un determinato ‘distretto industriale’ piuttosto che in un altro².

La risposta europea all’affanno dei bilanci nazionali, perlomeno quelli dei Paesi in maggiore difficoltà, è consistito nelle politiche di coesione e cofinanziamento. L’azione combinata degli strumenti di sovvenzione ‘puri’, quali i Fondi strutturali³, degli strumenti di prestito, quali gli interventi della Banca europea per gli investimenti, nonché degli interventi ‘in garanzia’, come nel caso del Fondo europeo per gli investimenti, si è tradotta in prospettiva equivalente a quella di un qualsiasi ente sovventore: vale a dire, con un’attenzione prevalente per il *carattere eminentemente imprenditoriale* della gestione dei progetti supportati e il *merito creditizio* dei destinatari.

2. *Segue: un’opportunità per le aree svantaggiate*

Il legislatore interno si è gradualmente allineato a tale nuovo approccio, sino ad inserire, nel d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (‘Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, in attuazione delle

¹ Cfr. M. MENSÌ, *Il libro verde in tema di appalti pubblici: spunti di riflessione e prospettive della commissione europea*, in *Contr., St. enti pubbl.*, 1997, 5 ss.; nonché A. BARONE, U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, V, col. 394 ss.

² Su tale nozione, ai sensi della l. 5 ottobre 1991, n. 317, v., per tutti, G. BECATINI, *Dal “settore” al “distretto”. Alcune considerazioni sull’unità di indagine dell’economia industriale*, in *Riv. econ. pol. ind.*, V.1, 1979, 7 ss.; con riscontri in sede econometrica, *Industrial Districts and Local Banks: Do the Twins Ever Meet?*, in *Temi di discussione (Working Papers) della Banca d’Italia*, CCCXLVII, a cura di A. Baffigi, M. Pagnini e F. Quintiliani, 1999, spec. 38 ss. (§ 6), dedicato ai rapporti tra liquidità bancaria e investimenti nelle aree distrettuali. La nozione è stata rivalutata, in ambito fiscale, dal «distretto produttivo» ex art. 1, commi 366-372, l. 23 dicembre 2005, n. 266 (Finanziaria 2006), in riferimento al nuovo «contratto di rete» (cfr. R. IMBRUGLIA, A. QUARTO, *Distretti industriali e reti di impresa*, in *Riv. sc. tur.*, 2014, 35 ss.), al cui schema ascrivere lo stesso *project finance*.

³ Su cui, v. anche *Agenda 2000: la riforma dei Fondi strutturali*, in B. CARAPELLA, *Il ‘Project Financing’: un percorso per la pubblica amministrazione*, Milano, 2001, 14-18.

direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE’; in sigla c.c.p.), la definizione di ‘contratto di partenariato pubblico-privato’, nella cui tipologia rientra, tra l’altro, il ‘project finance’ (artt. 3, comma 1, lett. *eee*, e 180, comma 8, c.c.p.)⁴; una cui breve rivisitazione – nel Settantenario della Cassa per il Mezzogiorno – si rivela proficuo momento di confronto in merito agli strumenti di sovvenzionamento, implementabili nell’attuale scenario di prolungata criticità emergenziale pandemica. Gli schemi innovativi di finanziamento sono, infatti, destinati a giovare enormemente degli strumenti agevolativi apprestati in ambito europeo, nei termini appena accennati⁵.

Il nostro Paese è interessato molto da vicino agli interventi per la coesione; e ciò, soprattutto riguardo alle aree del Mezzogiorno d’Italia, ove permane un *deficit* infrastrutturale vistoso, mentre il contestuale abbandono di politiche mirate di intervento particolareggiato ha reso più forte il disagio⁶. Di qui, il sensibile impulso nella ricerca di nuove modalità per finanziare e gestire le infrastrutture, stimolando i capitali e le capacità imprenditoriali dei privati, non solo al fine di realizzare determinate opere, ma soprattutto di conseguire maggiori livelli di efficienza nella loro realizzazione e nella gestione dei servizi abbinati⁷.

⁴ Nel febbraio 2004 è intervenuta la Decisione EUROSTAT su *Treatment of public-private partnerships*, che ha ‘deconsolidato’ dal perimetro del debito pubblico, con effetti incentivanti, le spese per investimenti produttivi tramite il ricorso a tale formula, con espressa previsione nell’attuale art. 3, comma 1, ult. periodo, c.c.p.: UNITÀ TECNICA FINANZA DI PROGETTO, *Partenariato Pubblico-Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, Roma, 2004, spec. 7 ss. (§ 3.2). Gli artt. 11-16, d.l. c.d. ‘Sblocca Italia’ (nel testo convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164) sono sembrati imprimere nuovo slancio a tali opportunità. Vi si sofferma attentamente D. SICLARI, *Il ‘project financing’ nel Codice dei contratti pubblici. Problemi e prospettive*, Torino, 2019, 1-10.

⁵ In argomento, cfr. *Finanza agevolata e finanza di progetto: quali prospettive per il Mezzogiorno*, *Atti dell’omonimo Convegno di studi UniCredit s.p.a., Confindustria e Il Sole-24Ore, Bari, 29 marzo 2003*, inedito.

⁶ Cfr. SVIMEZ, *Rapporto 99 sull’economia del Mezzogiorno*, Bologna, 1999, *passim*; più in generale, v. anche *‘Project financing’ e infrastrutture nel Mezzogiorno: problematiche di applicazione* (*Atti dell’omonimo Convegno*), in *Rass. econ.*, II, 2001, monotematico.

⁷ In tema, cfr. G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione nella normativa europea e nazionale. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale ed il baratto amministrativo*.

In talune esperienze meridionali, lo strumento è stato recepito nella disciplina legislativa territoriale in tema di interventi pubblici, prevedendolo – come la Regione Puglia – all’art. 26, l. reg. 11 maggio 2001, n. 13: con il merito di aver non soltanto valorizzato (al suo comma 3) la pronta attivazione di forme associative tra enti locali esistenti sul territorio regionale, ma anticipato altresì (al comma successivo) quanto sarebbe avvenuto a livello nazionale un anno dopo, tramite la previsione del c.d. Promotore ‘proponente’ nella l. 1 agosto 2002, n. 166 (‘Collegato Infrastrutture’; c.d. l. Merloni-*quater*)⁸.

La motivazione per la quale al settore pubblico è stato attribuito un ruolo preminente nel produrre un’allocazione efficiente di servizi offerti consiste(va) – perlomeno in teoria – nel fatto che il mercato è di per sé suscettibile di «fallimento»⁹. Il c.d. ‘minimal state’ (ossia, l’allocazione rimessa al mercato, con un contributo minimo del settore pubblico, tanto nel ruolo di ‘garante’ quanto in quello di ‘produttore’) non offre alcuna certezza contro i comportamenti ‘non cooperativi’ ed il c.d. ‘free-riding’¹⁰.

Il contraente generale, in *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*², a cura di F. Mastragostino, Torino, 2019, 133 ss., spec. 147 ss. e 191 ss.

⁸ Su tale nuova modalità relazionale, così definita alla luce della disciplina del ‘promotore di opera pubblica’, cfr. R. DIPACE, *Il ‘project financing’ nel contesto del partenariato pubblico privato*, in *La finanza di progetto. Profili economico-finanziari e problematiche giuridiche*, a cura di T.V. Russo, Napoli, 2009, 139 ss.; nonché G.L. PIETRANTONIO, *Il ‘Project Financing’ tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Torino, 2018, 137 ss.

⁹ R.P. INMAN, *Markets, governments and the “new” political economy*, in *Handbook of Public Economics*, II, edited by A.J. Auerbach and M. Feldstein, Amsterdam, 1987, 649 ss.; nonché V. M. LEONE, *Le modalità di attuazione del ‘project financing’ nei Paesi UE*, in *Rass. econ.*, II, 1999, spec. 302.

¹⁰ Diversamente che nel ‘project finance’, a cui riguardo è stato lucidamente osservato come: «Ogni attore è ‘pari’ agli altri, è in qualche modo co-responsabile dell’operato degli altri; proprio perché assume questa responsabilità, acquisisce il diritto di esercitare una pressione sul buon operato degli altri *partner* coinvolti» (così, M.G. CAROLI, *Il ‘project financing’ nell’economia della competitività territoriale*, in *Il ‘project financing’ nelle strategie di sviluppo dell’impresa e del territorio*, a cura di F. Fontana, S. Sandri e M.G. Caroli, Roma, 2001, 136.

Non a caso, l’azione svolta per il passato dalla mano pubblica nella predisposizione e nell’offerta di beni e servizi, cui sopra si accennava, ha conosciuto ‘fallimenti’ per ragioni bene individuate, tra cui: a) la presenza di evidenti ‘asimmetrie informative’ nella gestione delle commesse; b) la presenza di ‘esternalità’ non compensate, certamente riconducibili alla realizzazione dell’infrastruttura; c) la carenza in generale dell’attività di monitoraggio sui termini della committenza¹¹.

Con il ‘project finance’ la logica ‘self-seeking’ adottata da ciascun attore si trasforma da svantaggio in vantaggio, attraverso l’attribuzione di una quota del rischio complessivo proporzionale al ruolo rivestito. Donde il ritorno a meccanismi di mercato, nel senso di affidargli – anche in settori tradizionalmente impostati su logiche di funzionamento e ripartizione delle attività di tipo pubblicistico – il compito di ‘segnalare’, estromettendolo, chi non abbia le capacità o le tecnologie idonee per assumere la quota di rischio contrattualmente assegnata¹². La possibilità di operare uno ‘shifting’ dei rischi finisce, dunque, con l’essere una formidabile spinta ad intraprendere progetti altrimenti neppure avviabili¹³.

3. *L’origine localistica dell’operazione economica*

Il ricorso a tale tecnica è, infatti, strettamente connesso ad un inedito tipo di domanda, inerente ad un nuovo mercato delle infrastrutture, nel quale l’attenzione si sposta dall’opera pubblica alla gestione economica. Tale presupposto richiede una profonda revisione del concetto di «opera

¹¹ Per tali rilievi, v. M. POMPELLA, *Le nuove modalità per il finanziamento degli investimenti infrastrutturali: la finanza di progetto*, in *Banche e banchieri*, I, 1999, 31.

¹² Su tale aspetto, v. ASSOCIAZIONE NAZIONALE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO, *Il ‘project financing’ per le opere pubbliche in Italia: settori di intervento, innovazioni normative, modelli sperimentali*, a cura di Ecosfera s.p.a. e F. Giordano, Roma, 1993, *passim*.

¹³ Cfr. K. J. ARROW, *Essays in the Theory of Risk-bearing*, Amsterdam, 1971, spec. 137 ss.

pubblica»¹⁴ che, pur senza perdere la sua intrinseca connotazione¹⁵, risulti ancorato a reali esigenze sociali e produttive in funzione di un’utilità da gestire, piuttosto che di un semplice bene da fruire¹⁶.

Sotto questo profilo, la distinzione tra servizi ‘pubblici’ e ‘privati’ diviene ogni giorno meno netta, quando non obsoleta: la produzione di beni pubblici diviene attività di impresa a tutti gli effetti; esige un apporto imprenditoriale; accumula risorse attraverso l’autofinanziamento per sostenere il proprio sviluppo e l’innovazione; necessita, altresì, di una visione strategica di posizionamento nei confronti della domanda, del mercato, delle tecnologie disponibili¹⁷. In un contesto in cui anche le maggiori organizzazioni produttive a livello europeo si vanno evolvendo ‘a rete’¹⁸, i servizi pubblici non possono rimanere estranei rispetto a tali

¹⁴ V. puntualmente A. POLLICE, *Sull’evoluzione del concetto di opera pubblica*, in *Amm. it.*, II, 1993, 582 ss. Si è così cominciato a discutere di una nozione ‘allargata’ di opera pubblica, consentendo di traslarne il costo di realizzazione dalla collettività all’utilizzatore finale. In argomento, F. GALGANO, *Pubblico e privato nell’organizzazione giuridica*, in *Contr. e impr.*, 1985, 357; A. CLARICH, *Soggetti e tempi di applicazione della riforma legislativa dei contratti di appalto di lavori pubblici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, 674.

¹⁵ Ossia, di «*puissance publique*», alla stregua di G. ROUSSET, *L’idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, 1960, *passim*.

¹⁶ Così, giustamente R. GIOVANNINI, *Intervento (svolto al Convegno di studi sul tema “Come Prepararsi all’introduzione dell’Euro”)*, p. 2 del dattiloscritto, al sito www.europa.it/atti2001/relazioni/giovannini.htm. Che cosa debba intendersi per «esercizio di opera pubblica», è concetto sufficientemente chiarito anche dalla giurisprudenza contabile, che ha inteso correttamente ricondurre tale attività nell’ambito di soddisfacimento della domanda dell’utenza: v., per tutte, Corte Conti, Sez. Contr., 21 novembre 1991, n. 107, in *Riv. Corte Conti*, I, 1991, 11 ss.

¹⁷ Tale approccio analitico si deve a M.E. PORTER, *Il vantaggio competitivo delle nazioni*, Milano, 1991, *passim*.

¹⁸ V., in particolare, A. PREDIERI, *Gli orientamenti sulle reti transeuropee*, in *Dir. Un. Eur.*, 1997, spec. 590; più di recente, S. AMOROSINO, *Gli indirizzi dell’Unione europea per l’organizzazione del territorio comune e le funzioni statali e regionali-locali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 383, nonché di E. CANNIZZARO, *Regole di concorrenza e reti transeuropee: riflessioni sul problema della coerenza fra politiche comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 392. Le matrici culturali di tale impostazione sono discusse da M. BUCHANAN, *Nexus. La rivoluzionaria teoria delle reti*, Milano, 2003, *passim*.

tendenze e devono ridefinire in via imprenditoriale i confini delle proprio ‘core business’, divenuti sovente arbitrari.

Tutto ciò comporta il mutamento di ruolo dell’operatore pubblico, locale ma anche centrale, che – si è visto – sempre meno può aspirare ad essere fornitore diretto di beni pubblici, attività oramai troppo distante dalle proprie competenze tecnologiche e gestionali¹⁹; sempre più spesso, anzi, piuttosto che competitore, diventa egli stesso utente delle imprese, le quali operano nelle sfere ascrivibili ai consumi collettivi²⁰.

Il finanziamento dei grandi progetti, storicamente alimentato da investimenti privati fino all’inizio del secolo scorso (si pensi alle grandi opere ferroviarie o ai primi impianti per la produzione di energia), è stato progressivamente ‘spiazzato’ (c.d. ‘crowding out’) dall’investimento diretto statale, che ha ‘immunizzato’ gli investitori dal rischio specifico dell’opera, traslando il rischio finanziario sulle emissioni del debito pubblico²¹. I tempi sembrano indicare l’indifferibile necessità del cammino inverso, in economie ‘terziarizzate’ altamente interconnesse e aperte alla concorrenza internazionale²². Ciò implica il superamento del modello organizzativo tradizionale nei lavori pubblici, che ha privilegiato, alternativamente, o rapporti di tipo discendente, in base ai quali l’amministrazione si è identificata con il soggetto attuatore

¹⁹ Sul «prodotto appaltistico» divenuto progressivamente un prodotto a ‘banda larga’ di tecnologia, cfr. N. COSTANTINO, *L’opera pubblica prodotto o processo?*, in www.edilportale.com/dossier/dos150501-1.asp, *passim*. Altresì utile, S. TRENTO, M. WARGLIEN, *Nuove tecnologie e cambiamenti organizzativi: alcune implicazioni per le imprese italiane*, in *Temi di discussione (Working Papers) della Banca d’Italia*, n. CDXXVIII, 2001, spec. 12-20.

²⁰ Per tale evoluzione, rispecchiante la logica del ‘project finance’, cfr. P. LOCATELLI, *Il ‘project financing’ e i nuovi strumenti di finanziamento in un’ottica di gestione imprenditoriale dell’azienda sanitaria*, in *San. pubbl.*, III, 1999, 422; nonché G. D’AMICO, *‘Project financing’ e ‘new economy’: opportunità e rischi per la P.A.*, in *Fin. loc.*, 2000, 1710.

²¹ Così, correttamente, R. CONTI, *Prospettive di riforma dei lavori pubblici e disponibilità reali di bilancio: alcune considerazioni*, in *Riv. trim. appalti*, III, 1992, 481.

²² Cfr., significativamente, G. ZAMBERLETTI, *I benefici di un’ampia applicazione dello strumento del P.F. per lo sviluppo del Paese: il ruolo delle imprese*, in *Il ‘project financing’ come strumento di realizzazione di opere pubbliche*, a cura di S. Scotti Camuzzi, Milano, 2002, 93-96.

dell’intervento, esternalizzando la sola realizzazione dell’opera, ma addossandosi l’intera gamma dei rischi; ovvero forme di concorso da sempre caratterizzate, come visto, da finanziamento e gestione assistiti dallo Stato²³.

Si rivela, pertanto, essenziale – in epoca di massicce iniezioni finanziarie pianificate in via ‘esogena’ (leggasi ‘NextGenerationEU’) – una corretta analisi dei bisogni, in termini di potenziale bacino di utenza delle opere programmate e di quantificazione dei relativi costi di realizzazione, poiché, nella misura in cui risulterà congrua, si potrà garantire l’indispensabile ritorno economico rappresentato dai proventi della connessa gestione²⁴. Evidentemente primario appare, allora, il ruolo rivestito dagli enti territoriali, in quanto ‘unità organizzative di prossimità’ a più diretto contatto con i cittadini utenti, espressione diretta dei loro interessi e, quindi, in grado di definire le esigenze sostanziali di opere effettivamente necessarie, e spendere oculatamente le risorse a disposizione²⁵.

4. *Segue: in particolare nel settore delle c.d. ‘utilities’*

Da questo punto di vista, il nostro Paese proviene da una situazione notoriamente caratterizzata da una finanza derivata, in cui le amministrazioni centrali trasferivano risorse agli enti territoriali, con il risultato di una crescente ‘deresponsabilizzazione’ di questi ultimi. Solo negli ultimi anni si è assistito ad un’inversione di tendenza, attraverso un graduale disimpegno dello Stato nel finanziamento delle spese e, quindi, un progressivo decentramento delle entrate tramite la parallela

²³ L’opportuno rilievo spetta a G. GUZZARDO, *Capitale privato e opere pubbliche. Introduzione ad uno studio sul ‘project financing’*, in *Collana di studi giuridici dell’Ordine degli Avvocati di Bari*, Bari, 2000, 14.

²⁴ Profilo oggi direttamente correlato alla gestione del c.d. *NextGenerationEU* tramite coinvolgimento del neo-istituto C.I.P.E.S.S.: su cui, cfr. *Rapporto ASviS Territori*, 2020, spec. 137.

²⁵ A riguardo, A.M. ALBERTI, *Il coinvolgimento dei privati negli investimenti pubblici attraverso il ‘project financing’*, in *Nuova rass.*, XIII-XIV, 1997, 1386; nonché ID., *Nuove prospettive in tema di finanziamento delle opere pubbliche*, in *Fin. loc.*, 1998, spec. 560 ss.

accentuazione dell’autonomia impositiva²⁶. Gli obiettivi economici in precedenza delineati²⁷ si sono così congiuntamente tradotti nella produzione normativa che ha, per certi versi, episodicamente supportato tale presa di coscienza.

Il dibattito scaturitone ha messo in luce l’esigenza di riorganizzare la gestione dei servizi di pubblica utilità (c.d. ‘public utilities’) secondo modelli di efficienza, in modo da trasformarli da irrinunciabili strumenti di equità sociale e redistributiva, ad elementi sia di collegamento tra i diversi settori del sistema produttivo, sia di impulso per lo sviluppo economico generale²⁸.

All’evidenziato scopo di perfezionare la propria legislazione di settore, la Regione Puglia è attivamente alle prese con l’elaborazione di un apposito Regolamento attuativo della l. reg. n. 13/2001. In esso, oltre all’istituzione di un Osservatorio permanente sulla Finanza di Progetto, è prevista la costituzione di un Fondo di Garanzia, finanziabile sia con il gettito della fiscalità locale che con gli strumenti finanziari europei dianzi ricordati, e gestito – alla luce di analoghe esperienze già in atto, come

²⁶ Cfr. G. MESSINA, *Decentramento fiscale e perequazione regionale. Efficienza e redistribuzione nel nuovo sistema di finanziamento delle regioni a statuto ordinario*, in *Temi di discussione (Working Papers) della Banca d’Italia*, CDXVI, 2001, spec. 10-19; più in particolare, A. PONTI, *Il ‘Project Financing’. Non solo strumento di realizzazione delle opere pubbliche ma anche strumento di gestione*, in *Nuova rass.*, IX, 2001, 1056.

²⁷ Cfr. L. MOLINARI, *Recensione a Il rilancio degli investimenti pubblici attraverso l’utilizzo dei capitali privati. Il ‘project financing’*, in *Econ. dir. terz.*, III, 2000, 1056.

²⁸ E. ADAMO, *Il ‘project financing’ tra giurisprudenza e dottrina per una gestione oculata dei possibili rischi*, in *Partenariato Pubblico Privato e ‘Project Finance’* ², a cura di M. Nicolai e W. Tortorella, Rimini, 2016, 311 ss. Un maggiore risalto all’aspetto contrattuale che vincola le parti, pubblica e privata, nonché alla funzione ‘sostitutiva’ del privato è dato recentemente da taluni Autori, i quali definiscono il PPP come «un accordo contrattuale a lungo termine tra il pubblico e il privato per la [...] fornitura di un servizio di pubblica utilità, tramite utilizzo di beni pubblici da parte del privato, a beneficio della collettività in luogo di un soggetto pubblico» (così, D. GRIMSEY, M.K. LEWIS, *Evaluating the Risk of Public Private Partnership for Infrastructures Projects*, in *Int. J. Project Manag.*, XX, 2002, spec. 107-118). Il passaggio dall’‘economia industriale’ alla c.d. ‘servizzazione’ dell’economia, con dirette ripercussioni sulla struttura ‘reticolare’ delle prestazioni contrattuali riguardanti anche il settore pubblico, è lucidamente tracciato da R. BOCCHINI, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999, spec. 1-6.

quella della Finlombarda s.p.a. collegata alla Regione Lombardia – da una società ‘mista’ a carattere finanziario, attraverso l’intermediazione sul mercato di istituti di credito convenzionati. In operazioni di ‘project finance’, quest’ultimi possono oltretutto intervenire in veste di ‘trustee’, a cui in prima battuta erogare le somme per la realizzazione dell’intervento programmato, le quali saranno svincolate a favore dei beneficiari in ragione degli stati di avanzamento dei lavori sponsorizzati; in seconda battuta, provvedendo all’incameramento dei proventi di gestione dell’impianto, per poi ripartirli tra impresa esecutrice e finanziatori²⁹.

Il legislatore delegato della riforma societaria, in vigore dal 1 gennaio 2004, ha quindi consentito, agli artt. 2447-*bis* ss. c.c., la costituzione di *patrimoni dedicati ad uno specifico affare*, determinandone condizioni, limiti e modalità di rendicontazione, con possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione ad esso, prevedere adeguate forme di pubblicità e disciplinare il regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti patrimoni e la relativa insolvenza. In questo modo, l’operazione ben può coniugarsi, in funzione di contenimento del perimetro del debito gravante sui bilanci degli enti locali, con la cartolarizzazione dei «crediti non ancora esistenti, in quanto generabili nel normale esercizio dell’attività del cedente», rappresentato dalla società di progetto e costituiti, nel caso di specie, dai proventi di gestione dell’impianto da questa percepibili³⁰. Sicché, l’istituto di credito convenzionato diviene, in qualità di ‘trustee’, cessionario dei «crediti futuri individuabili in blocco» (*ex* art. 1, l. 30 aprile 1999, n. 130) nei flussi di cassa derivanti dal pagamento dei crediti acquisiti, gestendo, eventualmente tramite un apposito ‘escrow account’³¹, onde rafforzarne l’effetto c.d. ‘segregativo’, tali flussi così da soddisfare, ad un tempo, le

²⁹ Cfr. V. LOPILATO, *Il ‘trust’ e la finanza di progetto*, in *Giur. comm.*, I, 2003, 88 ss.

³⁰ Un puntuale inquadramento sistematico del fenomeno è offerto da D. MESSINETTI, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. cartolarizzazione dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, 101 ss.

³¹ G.C. MARCHESI, *Scambi in compensazione: l’‘escrow account’ e la sua gestione*, in *Gazz. val. comm. internaz.*, 1989, 1191; nonché G. PROVAGGI, *‘Agency escrow’*, in *Fiducia, ‘trust’, mandato ed ‘agency’*, Milano, 1991, 291.

ragioni proprie e dei portatori dei titoli cartolari rappresentati, ad es., dai c.d. B(uoni) O(bbligazionari) C(omunali)³².

L'iniziativa dei privati è stata propiziata, in particolare, a livello locale sotto forma di 'project finance' c.d. 'istituzionale', tramite la disciplina della c.d. società 'mista' per la gestione di servizi, prevista dall'art. 22, lett. e), l. 8 giugno 1990, n. 142³³. Il dato significativo è costituito dall'opportunità, espressamente prevista in ragione della natura del servizio da erogare, della partecipazione di altri soggetti pubblici o privati. Ciò implica due considerazioni di fondo: anzitutto, deve trattarsi di servizi gestibili in modo funzionale, grazie all'apporto di competenze professionali esterne all'ente locale; secondariamente, gli enti pubblici chiamati a far parte dell'"organismo societario" dovevano insieme possedere le quote di maggioranza del capitale sociale, ovvero le dimensioni idonee a non far configurare la presenza di un 'unico' azionista, in forza del divieto (implicito) di cui all'art. 2247 c.c. Questo avrebbe, infatti, compromesso la stessa ragione giustificativa della norma, che riponeva nella partecipazione dei privati l'aspettativa per una più adeguata qualificazione della gestione in senso aziendale³⁴.

Se ciò, tuttavia, appariva sufficiente a preservare l'imprenditorialità nella gestione del servizio erogato, conformemente al quadro normativo interno, non poteva dirsi altrettanto se la prospettiva si allarga(va) al contesto europeo. Accanto, invero, al fondamentale principio di libertà dell'iniziativa economica privata, riconosciuto al massimo rango (art. 41 Cost.), si manifesta peraltro interno al sistema un «limite logico negativo»

³² Su tali strumenti finanziari, v., specificamente, A. CHIAPPETTA, *Le prospettive di autofinanziamento degli enti locali, tra prestiti obbligazionari e 'project financing'*, in *Comuni d'Italia*, 1998, 1025 ss.; nonché B. CARAPELLA, *La finanza innovativa degli enti locali, l'emissione di Boc e Bop*, in ID., *Il 'Project Financing': un percorso per la pubblica amministrazione*, Milano, 2001, 27 ss.

³³ Da distinguersi dalla variante c.d. 'contrattuale' basata su rapporti di natura convenzionale tra soggetto privato e P.A.: su cui, v. *amplius* V. MONTANI, *Il 'project financing'. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino, 2018, 23 e nt. 63.

³⁴ Così, A. CANCRINI, P. PISELLI, *Parere legale*, predisposto per la Consulta Autonoma Regionale dell'Industria Edile - Assindustria Puglia, s.d., ined., p. 3 del dattiloscritto.

per l’iniziativa pubblica nell’economia, da identificare nella parità di concorrenza rispetto agli operatori privati³⁵.

5. *Segue: la c.d. ‘sussidiarietà’ comunitaria*

Anche nel settore dei servizi pubblici locali va, pertanto, tenuto in debito conto il possibile effetto di distorsione del mercato e, quindi, di compressione della libertà di iniziativa economica, connessi all’assunzione da parte dell’ente locale del ruolo di ‘gestore’ in un’area già coperta da privati. La disciplina nazionale dei servizi pubblici si mostra come il diretto ‘precipitato’ giuridico del c.d. principio di ‘sussidiarietà’³⁶, già implicitamente valorizzato dall’art. 5 Cost., poi consacrato dalla Carta europea delle autonomie locali, ratificata a Strasburgo il 15 ottobre 1985 e resa esecutiva nel nostro Paese con l. 30 dicembre 1989, n. 439, per essere quindi positivizzato con l’art. 3B Tratt. CE.

Con il graduale affermarsi dell’ordinamento europeo si è, quindi, venuta a creare una tendenziale discrepanza tra il modello statale, ancora imperniato nella l. n. 142/1990 sull’intervento pubblico in economia, con l’(eventuale) ausilio dei privati – sotto concomitante profilo oggi esaltato al massimo rango dall’art. 118, comma 4, Cost. – e quello comunitario, costantemente ispirato alla progressiva affermazione dell’apertura dei mercati³⁷. Dal momento che la nozione europea di

³⁵ V., correttamente, M.T. CIRENEI, *Le società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Tratt. soc. per az.*, diretto da C. E. Colombo e G.B. Portale, VII, *Le società di diritto speciale*, Torino, 1992, p. 24.

³⁶ L’indagine più ampia e documentata sul principio, già espresso – non a caso – dall’art. 9, l. 8 giugno 1990, n. 142, spetta a *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I-II, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014; a commento della quale, cfr. P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 687 ss. Per un repertorio ragionato di giurisprudenza recente, v. S. PELLIZZARI, *Sussidiarietà orizzontale, giudice amministrativo e modelli partecipativi*, in *Labsus Papers*, XXIII, 2011.

³⁷ Sui rapporti tra ordinamento comunitario e interno, in relazione al governo dell’economia, autorevolmente S. CASSESE, *La Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1991, 487 ss.; nonché G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 52 ss.

‘impresa pubblica’ comprende tutte le imprese comunque soggette ad ‘influenza dominante dei pubblici poteri’, di là dalla forma giuridica di natura privatistica eventualmente assunta, la previsione è applicabile anche alle richiamate società ‘miste’, per il rilievo che esse assumono quali strumenti di possibile elusione del sistema di concorrenza ed apertura dei mercati³⁸.

Benché le regole della concorrenza riguardino soltanto la condotta delle imprese e non già le misure normative emanate dagli Stati membri, la Corte di Giustizia di Lussemburgo ha sviluppato un orientamento che, al fine di rendere effettive le predette regole, ha sancito l’illegittimità di tali ‘formule’ allorché vi consegua il pratico annullamento del c.d. effetto ‘utile’ delle norme sulla concorrenza, in particolare allorquando le misure statali siano strettamente collegate con attività imprenditoriali³⁹.

Il profilo forse di maggiore rilievo risulta proprio quello dell’interferenza con il regime della libera concorrenza, in considerazione della posizione di vantaggio di cui verrebbe a giovare la società ‘mista’, conseguente all’immissione di capitale pubblico; nonché al particolare regime di agevolazioni fiscali e finanziarie, che ben può concretare una forma di aiuto ai sensi dell’art. 92 Tr. CE, applicabile agli aiuti concessi sotto *qualsiasi* forma, in quanto comportamenti non giustificabili alla stregua degli ordinari criteri imprenditoriali, con l’esito di alterare il regime di libera concorrenza tra competitori economici⁴⁰.

6. L’accentuata ‘privatizzazione’ della c.d. società ‘mista’

Si è giunti, così, alla necessitata revisione disciplinare della c.d. società «mista», in virtù dell’art. 12, l. 23 dicembre 1992, n. 498, le cui principali innovazioni introdotte sono riassumibili: a) nella possibilità per gli enti

³⁸ V. sempre M.T. CIRENELI, *Le società*, cit., 33.

³⁹ S. NINATTI, *Interventi pubblici nell’economia tra mercato unico e principio di sussidiarietà. Orientamenti della giurisprudenza comunitaria e della dottrina tedesca*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, I, 1996, 323, con ampi riferimenti giurisprudenziali.

⁴⁰ Corte Giust. CE, 14 febbraio 1990, C-301/87, Repubblica di Francia c. Commissione, in *Racc.*, I, 1990, 307; Corte Giust. CE, 21 marzo 1990, C-142/87, Regno del Belgio c. Commissione, in *Racc.*, I, 1990, 959.

locali di costituire compagini societarie *senza* il vincolo della partecipazione maggioritaria, in cui la tariffa costituisce il corrispettivo dei servizi erogati e la sua entità deve essere in grado di assicurare l’equilibrio economico-finanziario dell’investimento e della connessa gestione, con approvazione di tali progetti in base ad elaborati accompagnati da un progetto dettagliato recante gli investimenti privati attesi; nonché b) nell’*estensione* dell’oggetto sociale dell’organismo appositamente costituito *anche* alla realizzazione di infrastrutture e, in generale, di opere di pubblico interesse⁴¹.

Vi faceva seguito un’ulteriore significativa innovazione: l’art. 1, comma 3, l. n. 498/1992, facendo salve le competenze, le attività procedurali e le modalità di approvazione dei programmi in materia di parcheggi⁴², aree urbane e servizi di trasporto⁴³, stabiliva che: «i soggetti interessati alla realizzazione delle opere [*sott.*: in tali settori] possono [...] provvedere ai relativi costi, ivi compresi quelli di manutenzione e gestione, anche mediante l’utilizzo di capitali propri, l’apporto di capitali di altri soggetti, i proventi derivanti dall’esercizio e mediante l’introduzione di regimi tariffari in grado di assicurare la remuneratività

⁴¹ A. GRAZIANO, *Le società per azioni con partecipazione degli enti locali: affidamento di servizi e appalto di lavori pubblici. Per un’interpretazione degli artt. 22, lett. e), l. 8 giugno 1990 n. 142 e 12, 3° comma, l. 23 dicembre 1992 n. 498*, in *Riv. trim. appalti*, III, 1994, 601 ss.; nonché C. AMICONI, *La gestione del servizio pubblico a mezzo di società per azioni: la diversità tra i modelli a capitale pubblico maggioritario e a capitale pubblico minoritario*, in *Riv. corte conti.*, IV, 1997, 321.

⁴² Valorizzando l’opportunità offerta dalla l. 24 marzo 1989, n. 122, per la realizzazione di autoparcheggi nel sottosuolo di proprietà pubblica, il cui art. 3, comma 3, lett. a) prevedeva il «trasferimento dei diritti di cui all’art. 952, commi primo e secondo, del codice civile». Che i beni del patrimonio disponibile dello Stato e degli enti pubblici possano formare oggetto di negozi privatistici, sulla base del generale regime delineato dall’art. 826 cod. civ., è da tempo principio pacificamente acquisito: cfr. G. VIRGA, *Diritto amministrativo. I principi*, Milano, 1993, 358. Con specifico riferimento alla dinamica tipica del ‘project finance’, v. M. RICCHI, *La cessione dei beni immobili della p.a. nel ‘project financing’ dopo la L. 166/2002*, in *Urb. app.*, II, 2003, 136 ss. V. anche *infra*, nt. 82.

⁴³ Per un esempio, S. CALCIOLARI, *Presupposti ed opportunità per il ricorso al ‘project financing’ negli investimenti infrastrutturali nell’ambito del trasporto ferroviario regionale*, in *Az. pubbl.*, 2001, 65 ss.

del capitale investito». La disposizione inaugura il primo vero mutamento radicale nella concezione diffusa del rapporto tra settore pubblico e privato, nell’ambito delle opere di pubblico interesse, offrendo un primo schema di regolamentazione introduttiva della finanza di progetto, stavolta pensata a livello nazionale⁴⁴.

Parallelamente al provvedimento testé richiamato, l’art. 46 del coevo d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, per il riordino della finanza locale, prevedeva, più in generale, la possibilità di «*autofinanziamento* di opere pubbliche», anche in ipotesi di società ‘miste’, attraverso l’accensione di mutui per la realizzazione di opere destinate all’esercizio di servizi pubblici, a mezzo di contratti del tipo appalto c.d. ‘chiavi in mano’. L’accertamento dell’equilibrio economico-finanziario viene riferito non solo all’investimento, ma anche alla gestione e alle tariffe da determinare. Di particolare interesse, nell’ottica qui ripercorsa, risulta la previsione di monitoraggio economico e gestionale delle opere eseguite, oltre una soglia normativamente prefissata, da parte di una società specializzata. In affiancamento a tale misura finanziaria, nella Circ. n. 1192/1992 diramata dalla Cassa Depositi e Prestiti – proprio in relazione all’applicazione del precitato art. 46 – si fa espresso riferimento alla rilevanza imprenditoriale delle opere in sede di programmazione locale, per cui, anche se non vi si richiamano strutture da realizzarsi tramite finanza di progetto, tuttavia, date le caratteristiche richieste, sembrano presupposte quale oggetto tipico di applicazione⁴⁵.

⁴⁴ La constatazione trovasi in R. CONTI, *Prospettive di riforma dei lavori pubblici e disponibilità reali di bilancio: alcune considerazioni*, in *Riv. trim. appalti*, III, 1992, 495.

⁴⁵ Cfr. A.M. ALBERTI, *La struttura del “project financing”*, in *Nuova rass.*, XVIII, 1997, 1793; nonché P. RAGO, *Appunti di “project financing”*, in *Riv. amm.*, I, 1997, 330. L’accennata prospettiva era stata rinsaldata dalla l. 15 giugno 2002, n. 112, istitutiva di ‘Infrastrutture s.p.a.’, a sua volta partecipata dalla Cassa Depositi e Prestiti (nel d.d.l. finanziaria per il 2004 trasformata in s.p.a., con la nuova denominazione di ‘Cassa per lo Sviluppo’, utilizzabile anche per finanziamenti direttamente erogabili in favore di privati promotori, oltre che degli enti locali). E ciò, a beneficio dei soggetti promotori di operazioni in ‘project finance’, benché – ed è qui la differenza con la disciplina economica degli incentivi all’industria – come «strumento di mitigazione del rischio», piuttosto che come «strumento di finanza agevolata». In proposito, cfr. F. LATTANZI, *Il finanziamento del ‘General Contractor’ nella nuova normativa sulle infrastrutture strategiche*

La descritta disciplina di base per le modalità gestionali dei servizi pubblici locali ha costituito il retroscena normativo per l’entrata in vigore del nuovo d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull’ordinamento degli enti locali; in sigla T.U.E.L.), il cui art. 113 aveva aggiunto, all’elenco di cui all’art. 22, L. n. 142/1990, la lett. f) sulle società a partecipazione pubblica c.d. ‘minoritaria’, tramite rinvio al successivo art. 116, riformulato dall’attuale art. 17, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (T.U. in materia di società a partecipazione pubblica; in sigla T.U.S.P.). Si accentua, così, il profilo economico-aziendale del servizio erogato, come ribadito nell’art. 112 che prevede, in una logica di perseguimento di efficienza e trasparenza gestionale, l’applicazione obbligatoria del capo III del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, in tema di ‘standard’ qualitativi e ‘Carta dei servizi’⁴⁶.

Sebbene la norma coniughi la gestione di servizi a rilevanza imprenditoriale al modello dell’«azienda speciale», e non già a quello della società ‘mista’, quest’ultima rappresenta un modulo di gestione dei servizi pubblici locali con tali caratteristiche. La rilevanza imprenditoriale del servizio appare piuttosto implicita nella scelta del ricorso alla società ‘mista’, in quanto proprio la particolare *complessità tecnico-funzionale* ed *economico-finanziaria* della gestione del servizio da erogare costituisce il presupposto dell’opportunità di affidarsi a capacità e competenze

(Relazione al Convegno su ‘I nuovi sistemi di finanziamento delle opere pubbliche nella Legge Obiettivo e nel ‘Collegato’ alla Finanziaria’, organizzato dall’IGI in collaborazione con l’Associazione Nazionale per lo Studio dei Problemi del Credito - Roma, 23 aprile 2002), spec. p. 12 del dattiloscritto, ove giustamente si osserva: «L’importante è utilizzare questi strumenti nei ‘limiti della sussidiarietà’: essi devono cioè rendere bancabili operazioni finanziarie che non raggiungono i criteri di selezione del credito o il cui *pricing* sarebbe troppo elevato».

⁴⁶ Introdotta a livello normativo con D.P.C.M. 27 gennaio 1994, recante ‘Principi sull’erogazione dei servizi pubblici’. Per un approfondimento, C. LACAVA, *L’attuazione della Carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, IX, 1996, 873. Sul parallelo progetto di ‘Carta europea dei servizi pubblici’, si soffermano M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*², Rimini, 1999, spec. 98 ss.; nonché C. D’ARIES, *La qualità nei servizi pubblici locali*, Padova, 2020, 7 ss.

professionali proprie dell’impresa privata⁴⁷. L’opzione per tale modulo operativo implica che la gestione del servizio sia tale da assicurare – come visto – un’adeguata remunerazione delle risorse private coinvolte, trattandosi di utenze a tariffa, tramite i relativi proventi di gestione, in grado di coprire i costi e ripagare il capitale investito, esattamente secondo il criterio tipico della finanza di progetto assunto nell’art. 117 T.U.E.L.

7. Il necessario adeguamento alle nuove esigenze di mercato

Nel proposito di consolidare ulteriormente l’aderenza della disciplina nazionale dei servizi pubblici locali con la normativa europea di settore, il legislatore ha, di seguito, modificato l’art. 113 T.U.E.L. mediante l’inserimento, nella l. 28 dicembre 2001, n. 448 (Finanziaria 2002), dell’art. 35, con cui la materia – dopo gli infruttuosi tentativi di dare vita ad una sua organica riforma, dietro sollecitazione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – è stata interamente ridisegnata⁴⁸. Per la gestione dei servizi pubblici locali ‘a rilevanza industriale’, viene accolto il principio della parità tra soggetti pubblici e privati nella relativa erogazione, in quanto gli enti locali possono procedere al loro affidamento esclusivamente in base a gara ad uno o più gestori, limitando il proprio ruolo alla sola regolazione. La disposizione mira, in questo modo, a rafforzare e stimolare lo sviluppo del principio di libera concorrenza tramite una serie di accorgimenti, primo tra i quali la decisa

⁴⁷ Cfr. Cons. St., sez. I, 2 dicembre 1992, n. 2685, in *Cons. Stato*, I, 1994, 284; nonché F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, I, 1996, col. 1364 ss.

⁴⁸ Per un inquadramento dell’evoluzione normativa, v. utilmente C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Studi in onore di Luca Buttaro*, I, Milano, 2002, 341 ss.; nonché, circa gli sviluppi più recenti, M. BERGAMINI, *I servizi pubblici locali e le forme associative* (dal marzo 2018 in <https://www.fpcgilfirenze.it/sindacato/wp-content/uploads/2018/03/spl2018cgil.pdf>).

separazione del legame organico tra ‘impresa di servizi’ e ‘amministrazione locale’⁴⁹.

Ciò comporta, come diretta conseguenza, la (almeno tendenziale) volontà di porre fine all’era dei c.d. affidamenti ‘diretti’⁵⁰, recependo quale principio generale quello della gara pubblica. Occorre però, a questo punto, operare un distinguo tra rapporti intercorrenti tra ente locale e società gestore del servizio pubblico, rispetto ai rapporti di costituzione di quest’ultima società da parte del medesimo ente con i terzi chiamati a farne parte, relativamente alla selezione del ‘socio contraente’.

Se l’ente locale intende gestire il servizio pubblico tramite concessione a terzi, la società «mista», che ben può essere stata costituita con un oggetto sociale più ampio, parteciperà in posizione paritetica al confronto concorrenziale con altri soggetti privati aspiranti. Qualora, viceversa, si intenda gestire il servizio pubblico a mezzo di società ‘mista’ appositamente costituita, sorge effettivamente la questione se occorra *in ogni caso* attivare un confronto concorrenziale rispetto a terzi per l’individuazione del ‘partner’ privato, da svolgersi secondo la normativa europea⁵¹.

Nata per rimediare alle procedure di infrazione della Commissione europea, la novella dell’art. 113 T.U.E.L. è tuttavia sembrata più attenta a non incidere sulle consolidate ‘rendite di posizione’ all’origine di quelle

⁴⁹ Che tale profilo rappresenti il volano per lo sviluppo del *project finance* nel settore delle *utilities*, è giustamente sottolineato da G. AIELLO, ‘Project financing’ nei settori cosiddetti esclusi, in *Riv. trim. appalti*, II, 2003, 333 s.

⁵⁰ V. *amplius* P. ROSSI, *Ascesa e declino dell’“in house providing” e dell’affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società miste*, I. *La gestione diretta tramite le SpA partecipate*, in *Econ. dir. terz.*, II fasc., 2006, 397 ss.; II. *L’affidamento “in house”*, in *Econ. dir. terz.*, III fasc., 2006, 695 ss.

⁵¹ Un repertorio di giurisprudenza amministrativa in argomento è commentato da E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, III, 2002, col. 553 ss., con ampi riferimenti bibliografici. Di ultimo rilievo, Cons. St., ordinanza 18 novembre 2020, n. 7161, in *@N&T-IlSole24Ore*, dal 26 novembre 2020, con nota di F.A. BIFULCO (disponibile al seguente link: https://ntplusdiritto.ilssole24ore.com/art/affidamenti-house-consiglio-stato-rimette-corte-giustizia-ue-norme-interne-tema-subentro-gestione-servizio-caso-fusioni-acquisizioni-ADRfhk4?refresh_ce=1).

procedure, mal conciliandosi con il principio che mirava a salvaguardare. È questo l’allarme lanciato in una rilevante ordinanza di rimessione del T.A.R. Puglia - Bari, Sez. III, 8 settembre 2004, n. 885, venuta alla ribalta nazionale per l’estrema attualità della questione sollevata ai sensi dell’(allora) art. 234 CE⁵². L’ordinanza trae(va) spunto dalla decisione del Comune del capoluogo regionale di affidare, senza gara, il servizio pubblico di trasporto urbano ed extraurbano a società ex municipalizzata, con capitale *interamente* detenuto dallo stesso Ente. Tale affidamento trovava la propria legittimazione proprio in base alla riforma dei servizi pubblici locali, che riconosce la possibilità di affidarne (*ex art. 113, comma 4, lett. a*), nel testo modificato dall’art. 14, comma 1, lett. c), l. 24 novembre 2003, n. 326) la gestione c.d. ‘in house’, vale a dire direttamente e senza gara, a società a capitale *interamente* pubblico.

Su tali aspetti è stata chiamata ad esprimersi la Corte comunitaria, da cui è scaturita la (ennesima) censura⁵³ di una riforma, che si è trascinata da anni più per la necessità di rispondere alle pressanti obiezioni europee, che per la reale determinazione di affrontare i veri problemi che affliggono il mercato dei servizi pubblici locali.

Ne consegue che, ai fini dei richiamati criteri di aggiudicazione del servizio, dovrà aversi riguardo ai vincoli prescritti dall’art. 117 T.U.E.L. Ciò comporta che l’aggiudicazione si giustifichi in base ad un progetto (in senso tecnico-economico) di servizio, da valutarsi globalmente in quanto rappresentazione della fattibilità nel rispetto del regime vincolistico sopra descritto e, nel contempo, il parametro ed il presupposto di garanzia per i soggetti finanziatori. La peculiare valenza

⁵² In *Foro amm.* - TAR, III, 2004, 2654 ss., con nota di I. BERCELLI, nonché in *Giust. amm.*, V.2, 2004, 1020 ss., con nota di B. DELFINO.

⁵³ La censura è puntualmente intervenuta tramite Corte Giust. CE, sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04, A.M.T.A.B. in *Racc.* I-3303. Ne dà conto esaustivamente G. GUZZO, *Servizi pubblici locali e affidamenti ‘in house’ nella più recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *@LexItalia.it*, n. VII-VIII, 2006, disponibile al seguente link: http://www.lexitalia.it/articoli/guzzo_inhouse.htm. Sull’annoso dibattito, v. ora Corte Giust. UE, 6 febbraio 2020, in cause da C-89/19 a C-91/19, Rieco s.p.a.; Corte Giust. UE, 3 ottobre 2019, C-285/18, Irgita; con accenti non dissimili, anche Corte Cost., 27 maggio 2020, n. 100, in *Riv. giur. edil.*, I, 2020, 794.

dell’adeguatezza tecnico-economica riferita al soggetto aspirante gestore induce, anzi, a ritenere che tale elemento rivesta piuttosto il ruolo anziché di *parametro di selezione*, di autentico *requisito di ammissione* alla selezione medesima, costituendo nella sostanza un elemento di prequalificazione, che tutti gli aspiranti gestori devono essere in grado di documentare⁵⁴.

8. *La concertazione urbanistica nel governo del territorio*

Valorizzando questa prospettiva, l’evoluzione legislativa ha prodotto una proliferazione di forme societarie, che prevedono la partecipazione del capitale privato per lo svolgimento di attività a rilevanza pubblicistica *anche* al di fuori della gestione dei servizi pubblici.

L’obiettivo, forse anche più ambizioso, sembra essere stato recuperato dal legislatore del T.U.E.L., che all’art. 120 reca la disciplina di una particolare tipologia di società ‘mista’, finalizzata non già alla gestione di servizi pubblici in senso stretto, bensì alla gestione di «interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti», aventi ad oggetto tutte le connesse attività di progettazione e realizzazione degli stessi⁵⁵. È convincimento diffuso che la c.d. S(ocietà di) T(rasformazione) U(rbana) rappresenti un istituto di urbanistica operativa⁵⁶, destinato a porsi come strumento di azione agile,

⁵⁴ In tal senso, appare decisamente orientato Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in *Urb. app.*, IV, 1998, 402, con nota di R. GAROFOLI.

⁵⁵ In tema, v., tra i contributi più recenti, M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001, spec. 74; M. BALDI, G. DE MARZO, *I soggetti*, in *IDD.*, *Il ‘project financing’ nei lavori pubblici*, Milano, 2001, 209 e nt. 225; P. GRASSO, *Società a partecipazione pubblica, aziende speciali e committenza pubblica*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. L’appalto pubblico e privato*, diretto da G. Musolino, I, a cura di P. Cendon, Torino, 2002, 208 ss.;

⁵⁶ Così, correttamente, L. DE LUCIA, *Le società di trasformazione urbana nell’ordinamento italiano (il comma 59 dell’art. 17 l. 15 maggio 1997 n. 127 del 1997)*, in *Riv. giur. edil.*, II, 1998, 67 ss.; A.M. BALESTRERI, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati fra discrezionalità amministrativa ed autonomia privata. Spunti per un inquadramento giuridico*, in *Dir. amm.*, I, 1998, spec. 146-151, con ulteriori riferimenti bibliografici; E. LI PUMA, *La Società di trasformazione urbana: modello flessibile di partenariato pubblico-privato*,

supportato da capitali privati con cui far fronte alle nuove sfide (im)poste da interventi complessi di trasformazione e riqualificazione del territorio, nel quadro dei nuovi strumenti di programmazione negoziata⁵⁷.

Nella riqualificazione del territorio inteso come ‘sistema vitale integrato’, in una prospettiva oramai transfrontaliera, emerge il ruolo dell’organo di governo quale componente istituzionalmente dedicata a guidarne la dinamica evolutiva. Tra le modalità tecniche di realizzazione delle modificazioni strutturali, volte a sostenere la sopravvivenza del territorio, è pregnante il ricorso ad una serie di modelli organizzativi, gestionali ed economico-finanziari, tra cui spicca appunto il ‘project finance’, favorito dalla volontà dei soggetti pubblici di attrarre risorse, ma, soprattutto, cooptare competenze private nella realizzazione e gestione dei progetti di investimento⁵⁸.

Nella legislazione recente, si assiste così ad una progressiva espansione dell’area ‘cooperativa’, espressa in moduli consensuali tra sfera pubblica e privata, in quanto strumenti per l’utilizzazione degli apporti partecipativi del privato già nella fase di programmazione territoriale: là dove, si attua una compenetrazione tra profilo ‘provvedimentale’ e ‘negoziale’, mediante un procedimento nel quale l’atto di approvazione del piano è geneticamente e funzionalmente subordinato alla stipula di una ‘convenzione’, al cui cospetto le parti si

in *Il ‘project financing’. Soggetti - Disciplina - Contratti*, a cura di U. Draetta e C. Vaccà Milano, 2002, 191 ss.

⁵⁷ Non a caso espressamente richiamata dall’importante Delibera del(l’allora) C.I.P.E., 21 marzo 1997, spec. § 2.10.1, in base alla quale l’intesa istituzionale di programma rappresenta «l’ordinaria modalità del rapporto tra governo nazionale e giunta di ciascuna Regione e Provincia autonoma per favorire lo sviluppo, in coerenza con la prospettiva di una progressiva trasformazione dello Stato in senso federalista». Sicché, una molteplicità di soggetti pubblici e privati sono chiamati a svolgere congiuntamente attività negoziali complesse, al fine di identificare un programma di interventi infrastrutturali con l’obiettivo di accelerare il processo di sviluppo del territorio (*ibid.*, § 2.3). Sulla specifica rilevanza della Delibera per operazioni in finanza di progetto, v. G.B. NUZZI, *Il finanziamento privato delle opere pubbliche nella “Merloni-ter” e la privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. amm. appalti*, I, 1999, 195 e nt. 116 (v. anche *supra*, nt. 24).

⁵⁸ In tale prospettiva, C.M. GOLINELLI, *Approccio sistemico e governo del territorio. Il ruolo del ‘project financing’*, in *Econ. dir. terz.*, II, 2002, 523 e 525.

trovano in posizione paritetica⁵⁹. Ad una cultura giuridica che ha improntato il funzionario pubblico si affianca – ed in prospettiva è destinata a sostituirla – una formazione diversa, secondo un’impostazione economico-aziendale di tipo «co-azionale»⁶⁰. In questo contesto di rapido cambiamento, agire attraverso lo strumento del finanziamento significa incrementare gli spazi di responsabilità e di c.d. ‘accountability’ nell’attività amministrativa, strutturarla secondo criteri operativi di efficienza, di attenzione al rapporto ‘costi/benefici’, di monitoraggio, di trasparenza in ordine ai risultati attesi⁶¹.

Storicamente, tali modelli si sono tuttavia discostati dagli ordinari caratteri dell’attività negoziale per due fondamentali elementi: a) per il requisito dell’*obbligatorietà*; b) per il *contenuto vincolato* fortemente tipizzato dalla legge. In sostanza, tali convenzioni, di là da minoritarie articolazioni avutesi nella prassi, si sono caratterizzate per essere ‘appendici’ necessarie del piano urbanistico di riferimento, sulla base di un modello. Questi caratteri hanno, pertanto, indotto la più attenta dottrina civilistica ad escludere l’applicabilità della disciplina contrattuale a tali strumenti, in base al rilievo che difetterebbero dei necessari presupposti e requisiti connotanti *ex art.* 1321 cod. civ. il contratto⁶².

⁵⁹ Sulla c.d. ‘amministrazione per accordi’, v. lo stato dell’arte in *Autorità e consenso nell’attività amministrativa (Atti del XLVII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione sull’omonimo tema, Varenna, 20-22 settembre 2001)*, Milano, 2002 (v. *infra*, nt. 62).

⁶⁰ Così, G. DE RITA, *Intervento*, in *Finanza di progetto*, Work Shop, 1996, p. 8 del dattiloscritto.

⁶¹ Cfr., puntualmente, G.P. MANZELLA, *Sul recente evolversi della disciplina in materia di finanza di progetto nel nostro ordinamento: brevi note intorno a due volumi in materia*, in *Riv. giur. Mezz.*, I, 1999, 77.

⁶² Nella migliore civilistica, cfr. M. BESSONE, *Sul problema della natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in *Riv. not.*, 1977, 543 ss.; ID., *Natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, a cura di M. Costantino, Milano, 1978, 231 ss.; G. BENEDETTI, *L’accordo procedimentale tra autorità e libertà*, in *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori, Napoli, 1995, 83 ss.; L. BARBIERA, *Sopravvenuta inefficacia di piani di lottizzazione convenzionati e responsabilità dei Comuni*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2001, 395 ss. Vi fanno da ‘contrappunto’ pubblicistico M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, spec. 171 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996,

L’esperienza più recente ha registrato esempi concreti di forme più libere e ‘atipiche’ di negoziazione urbanistica – basate sulla nozione anglosassone di ‘planning gain’ – attraverso cui si tenta di delineare una composizione di interessi pubblici e privati per la realizzazione di un programma di interventi, eterogeneo sotto il profilo degli obiettivi, benché riconducibile nell’ampio quadro della riqualificazione territoriale. Il dato comune rispetto alla c.d. ‘urbanistica consensuale’ è rappresentato dalla valorizzazione dei moduli convenzionali, per assicurare le precondizioni necessarie all’implementazione di interventi tramite finanza di progetto⁶³.

9. *Segue: sviluppo sostenibile e dimensione ‘sociale’ dell’impresa*

All’uopo, metto conto richiamare l’attenzione sul principale strumento di programmazione negoziata, affermatosi quale modello di cooperazione tra sfera pubblica e privata nell’evoluzione legislativa, ossia l’accordo di programma, disciplinato in origine dall’art. 27, l. n. 142/1990 (trasposto nell’attuale art. 34 T.U.E.L.), il cui comma 8 sembra(va) limitarlo agli interventi programmati di competenza di

spec. 45 ss., 70 ss., 113 ss. e 157 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell’attività amministrativa*, Torino, 1997, spec. 147 ss. e ID., *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, spec. 101 ss.; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, spec. 185 s. e 194 ss.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 94-98 e 102-105; C. MAVIGLIA, *Accordi con l’amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, spec. 41 ss., 72 ss. e 107 ss.; F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità*, cit., 32 s. e 36 s.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004, 99-154 e 165-187.

⁶³ Cfr. *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, a cura di P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, Torino, 1995, spec. 14; nonché N. NITTI, *Edilizia e urbanistica*, in *Agenda del Comune*, 2001, 603, secondo cui «il *project finance* costituisce la modalità più efficiente ad indirizzare anche i capitali privati verso l’investimento di iniziative di rilancio urbano [...]. Alla realizzazione di questo nuovo modello si perviene mediante il convenzionamento, che si ispira – al contrario del modello autoritativo – al principio di ricercare il consenso all’interno del processo pianificatorio».

Regioni, Province e Comuni; pur sempre, dunque, a livello locale, ove la competenza dei suddetti enti fosse ‘primaria o prevalente’⁶⁴. In questo senso è orientata anche la legislazione più recente, che ha dato vita ai P(rogrammi di) R(qualificazione) U(rbana e di) S(viluppo) S(ostenibile del) T(territorio)⁶⁵. Obiettivo dei P.R.U.S.S.T. è l’avvio di una sperimentazione sulle azioni amministrative e sui moduli operativi più efficaci per attivare i finanziamenti in favore di interventi nelle aree urbane, previste nel Quadro Comunitario di Sostegno, armonizzandoli con le altre risorse finanziarie pubbliche disponibili e con le risorse private.

Il nuovo ruolo dell’impresa, quale soggetto *erogatore di utilità sociale*, sia in termini di sviluppo produttivo che di capacità di generare profitto e redistribuire ricchezza, dipende sempre più dall’azione sinergica con tutti i c.d. ‘stakeholders’ (nozione che esprime partecipazione attiva in termini di rischio, controllo e supporto fiduciario), in quanto ‘portatori di interessi istituzionali’ intercettati dall’operato negoziale dell’impresa.

L’accresciuta domanda di *responsabilità sociale* dell’impresa⁶⁶ segna il punto di emersione della nuova tendenza, sorta prioritariamente in altri

⁶⁴ In tal senso, G. MANFREDI, *Modelli contrattuali dell’azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Reg.*, 1992, 359; nonché, nella prospettiva della programmazione, N. ASSINI, *La localizzazione delle opere pubbliche (accordi di programma e competenza decisoria)*, in *Scritti in onore di Giuseppe*, cit., 199.

⁶⁵ La finalità del territorio può essere ricondotta alla sua competitività economica, nel quadro di un adeguato livello di equilibrio sociale e di sostenibilità ambientale. Sul punto, cfr. M.G. CAROLI, *Il ‘project financing’ nell’economia della competitività territoriale*, in *Il ‘project’*, cit., spec. 117. Rileva significativamente R. CATTANEO, *La creazione del consenso ed il ruolo delle Amministrazioni Pubbliche Locali* (Relazione al Convegno su ‘Il Project Financing per le infrastrutture di trasporto: vincoli ed opportunità’, presso L.I.U.C. ‘C. Cattaneo’ di Castellanza, 7 marzo 2002), p. 5 del dattiloscritto: «Deve essere chiara la consapevolezza che oggi le infrastrutture si costruiscono dal basso. È necessario allora ricostruire e mettere a punto quelle regole e quegli strumenti che consentano di costruire infrastrutture che nascono dal consenso del territorio e non dal Palazzo del Principe. In questo il *project financing* può essere un formidabile strumento».

⁶⁶ Sulla tematica, si rinvia al qualificato dibattito interdisciplinare coordinato da E. D’ORAZIO, *La responsabilità sociale d’impresa: teorie, strumenti, casi*, in *Politeia*, LXXII, 2003, 317, monotematico. Per i tipi delle Edizioni Franco Angeli è stata promossa, dalla Fondazione Acli Milanesi in collaborazione con la Banca Popolare di Milano, la collana

Paesi europei come la Francia e la Germania, tesa a ricomprendere, all’interno dei tradizionali strumenti gestionali rappresentativi del patrimonio aziendale, anche nuovi documenti quali il c.d. *bilancio sociale*⁶⁷, espressione di altrettanti centri di imputazione di interessi, intercettati dall’azione imprenditoriale, attualmente favorito dal già ricordato riconoscimento dei ‘patrimoni separati’, quale ‘volano’ gestionale in sede societaria del ‘project finance’⁶⁸. Rilevanti sono anche nuovi documenti contabili, come i bilanci ambientali e di sostenibilità⁶⁹, oltre all’acquisita rilevanza dei «codici di comportamento»⁷⁰.

L’idea innovativa è di mettere a punto ‘standard’ certificabili per la responsabilità (etico-sociale e) ambientale, così da permettere alle

‘Persona, Imprese e Società’, a cui prendono parte 250 studiosi di tutto il mondo, prima in Italia ad essere interamente dedicata ai temi della ‘C(orporate) S(ocial) R(esponsibility)’.

⁶⁷ Cfr. D. LAMANNA DI SALVO, *Il bilancio sociale: la teoria della rendicontazione della responsabilità sociale dell’impresa*, UNI Service, Trento, 2005, *passim*.

⁶⁸ Cfr., in particolare, P.L. MARCHINI, *I patrimoni ed i finanziamenti destinati in una logica economico-aziendale: aspetti concettuali e metodologie di rappresentazione*, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 1075 ss.; in riferimento ai profili etico-sociali, v. *Il bilancio sociale nelle piccole e medie imprese*, a cura di A. Propersi, Milano, 2007 (disponibile al seguente link: https://www.odcec.mi.it/docs/default-source/quaderni/n_12_-_il_bilancio_sociale_nelle_piccole_e_medie_imprese-2.pdf?sfvrsn=b469b152_4). Peraltro, l’Osservatorio per la finanza e la contabilità degli enti locali, presso il Ministero dell’Interno, ha approvato, nella seduta del 7 giugno 2007, le *Linee guida per la rendicontazione sociale negli enti locali* (consultabile in servizi.comune.fe.it), il cui § 5.1 (17 ss.) codifica i principi dell’asseverazione del bilancio sociale.

⁶⁹ Su cui, v. ancora A. ADDANTE, *Ambiente e responsabilità sociale dell’impresa*, in *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, a cura di M. Pennasilico, Napoli, 2014, 180 ss.

⁷⁰ La questione attiene alla rivalutata c.d. ‘formazione negoziale del diritto’: cfr. N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1987, 307 ss.; nonché alla c.d. ‘autodisciplina’, diffusamente affrontata da G. PIEPOLI, *Autodisciplina professionale e codici deontologici: una prospettiva europea*, in *Scritti in memoria di P. De Vecchis*, II, Roma, 1999, 767 ss. Con specifico riguardo al settore bancario in rilievo, cfr. F. VELLA, *Eteronormazione e autoregolamentazione nella disciplina del mercato finanziario*, in *Uno statuto per l’efficienza del mercato finanziario*, in *Quad. doc. ric. Assogestioni*, XIV, 1996, 64 ss.; nonché, in più ampia prospettiva, C. BRESCIA MORRA, *Le fonti del diritto finanziario in Europa e il ruolo dell’autoregolamentazione*, in *Verso un sistema bancario e finanziario europeo? – Quad. ric. Einaudi*, XLIV, 2003, 18 ss.

imprese di fregiarsi di un marchio che ne attesti il ‘coinvolgimento sociale’ (‘Social Commitment’)⁷¹ e rappresenti, al contempo, un’opportunità economica per ottenere un ritorno positivo non soltanto in termini di immagine commerciale, ma, soprattutto, di agevolazioni fiscali, nonché di accesso privilegiato e facilitato ai canali di approvvigionamento creditizio.

Il sistema bancario ha mostrato fattivo impegno per la realizzazione dello sviluppo sostenibile fin dal 1998, con la sottoscrizione della ‘Dichiarazione degli istituti finanziari sull’ambiente e sullo sviluppo sostenibile’, promossa dall’‘United Nations Environmental Programme’ (UNEP)⁷².

Nella logica di avanguardia, favorita dalle istituzioni finanziarie, merita segnalazione il terzo aggiornamento, in vigore dal 1 gennaio 2014, dei c.dd. ‘Equator Principles’ (EP III)⁷³, specificamente finalizzati alla gestione dei problemi sociali e ambientali legati al ‘project finance’. Essi riprendono le ‘Guidelines’ elaborate dall’‘International Finance Corporation’, l’Agenzia della Banca mondiale promotrice di investimenti privati, nei Paesi in via di sviluppo, con caratteristiche di sostenibilità.

⁷¹V. approfonditamente, A. ADDANTE, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell’impresa*, Napoli, 2012, spec. 75 ss., con ampia bibliografia anche estera. Per un (inedito e acuto) approccio «strategico» nell’inquadramento dell’«impresa» appaltistica di derivazione europea, in riferimento al relativo «tasso di sostenibilità», A. FARÍ, *L’uso strategico dei contratti pubblici*, in *L’intervento pubblico nell’economia*, a cura di M. Cafagno e F. Manganaro, Firenze, 2016, spec. 454-457.

⁷²Ove si riconosce, in premessa, che «lo sviluppo sostenibile dipende dall’interazione positiva tra lo sviluppo economico e quello sociale nonché dalla protezione dell’ambiente, e che esso deve soppesare tra loro gli interessi di questa e delle future generazioni» (così, la versione italiana disponibile al seguente link: https://www.unepfi.org/fileadmin/statements/fi/fi_statement_it.pdf).

⁷³In proposito, B.J. RICHARDSON, *The Equator Principles: The Voluntary Approach to Environmentally Sustainable Finance*, in *Eur. Environ. L. Rev.*, XIV.11, 2005, 280-290. Se ne è previsto, peraltro, un quarto aggiornamento, con implementazione a decorrere dall’ottobre 2020, secondo quanto illustrato da S.L. BROWN e P.S. BURTON, *EP IV*, in *National L. Rev.*, X.191, 2021, disponibile al seguente link: <https://www.natlawreview.com/article/ep4-what-s-new-and-what-s-next-enhanced-equator-principles>.

Il sistema bancario nazionale, in considerazione dell’entrata in vigore, dal 1 gennaio 2007, del Nuovo Accordo interbancario ‘Basilea 2’ – nonché del notevole periodo transitorio stabilito per la sua revisione (c.d. ‘Basilea 3’), definita nel 2013, ma operante dal 1 gennaio 2019 – è auspicabile che adegui rapidamente la propria azione, avuto particolare riguardo al c.d. ‘terzo pilastro’ dell’Accordo dedicato alla *trasparenza informativa*, valorizzando il c.d. ‘rating etico’ (*i.e.*, sistema di qualificazione ‘socio-ambientale’)⁷⁴. Esso si porrebbe, così, come ‘cabina di regia’ per lo sviluppo eco-compatibile (leggasi ‘transizione ecologica’) dei bacini territoriali di riferimento, attraverso il supporto finanziario di piani d’investimento ‘responsabilmente’ valutati, in sede di ‘asseverazione’ prescritta dagli artt. 183, comma 9, c.c.p. e 96, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (reg. att. al d.lgs. n. 163/2006, ancora in vigore *in parte qua*), nel rispetto della descritta logica premiale⁷⁵.

10. *Questioni (ancora) aperte*

L’accordo di programma diviene, dunque, il tipico modulo procedimentale di programmazione negoziata e responsabilizzazione

⁷⁴ V. *amplius* L. MICHELINI, *Comunicare la responsabilità sociale di impresa online: un’indagine esplorativa nel settore delle ‘public utilities’*, in *Econ. dir. terz.*, 2006, spec. 217, con riferimenti bibliografici. Sui nuovi scenari italo-europei, che ne sposterebbero l’impegno, su base volontaria, verso l’osservanza di specifiche prescrizioni, attuative della dir. 2014/95/UE, si sofferma E.R. DESANA, *L’impresa fra tradizione e innovazione*, Torino, 2018, spec. 203-210.

⁷⁵ In tema, R. SAPIENZA, *La “Cabina di regia nazionale” come strumento di coordinamento delle politiche di attuazione degli interventi strutturali comunitari*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, I, 1996, 9 ss.; nonché M. PENNASILICO, *Sull’interpretazione dei contratti pubblici*, in N. CORBO, M. NUZZO, F. RICCI, *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti in onore del prof. L.V. Moscarini*, II, Roma, 2016, 799 ss., spec. 811 s., ove si osserva incisivamente che siffatta subordinazione o «relativizzazione» del principio risponde: «a un’opportuna rivisitazione del concetto stesso di economicità, non più legato al conseguimento immediato e acritico del profitto, ma conformato a valori sociali, ambientali, culturali e, dunque, a interessi ed esigenze meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico» (812).

sociale degli enti interessati⁷⁶, valorizzandosi in quanto strumento di definizione di atti comprensivi della localizzazione e della pianificazione urbanistica, potendo altresì conseguire l'effetto utile dello strumento urbanistico generale, quale contropartita per l'assistenza finanziaria all'intervento⁷⁷. La questione è particolarmente avvertita proprio nell'attivazione di realizzazioni tramite finanza di progetto, stante l'evidente titolarità in capo al privato promotore di una posizione differenziata⁷⁸, che legittima un'estensione della base soggettiva dell'accordo, in coerenza con lo specifico oggetto e con gli obiettivi di interesse pubblico, perseguibili con l'intervento dei privati. Si tratta, pertanto, di verificare l'estensione agli atti convenzionali in campo urbanistico, tra mano pubblica e soggetti privati, di adeguati strumenti di tutela della sfera patrimoniale di questi ultimi in costanza del rapporto convenzionale⁷⁹.

Da questo punto di vista, è stato da tempo persuasivamente evidenziato che le cessioni di beni immobili da parte di soggetti privati, a copertura e scomputo degli oneri di urbanizzazione, rientrano a pieno titolo tra le forme in senso ampio di finanziamento privato di opere infrastrutturali⁸⁰. Il problema si è posto con specifico riferimento alla possibilità che, nell'ambito di un piano di lottizzazione – e, *a fortiori*, nell'ambito degli strumenti di concertazione urbanistica – il soggetto privato potesse procedere alla realizzazione diretta di opere di urbanizzazione, di rilevanza superiore al contesto edificatorio di riferimento, e comunque di importanza tale da integrare un appalto di

⁷⁶ Così, correttamente, G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 329 s.

⁷⁷ Sul punto, v. già L. GIAMPAOLINO, M.A. SANDULLI, G. STANCANELLI, *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni ter"*, Milano, 1999, 101.

⁷⁸ Secondo quanto puntualmente chiarito, in ottica civilistica, da F. PARENTE, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, Napoli, 2006, spec. 179 ss.

⁷⁹ La questione è approfondita da A.M. BALESTRERI, *'Project financing' e trasformazioni del territorio. Evoluzione alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. giur. urb.*, I, 2002, spec. 81.

⁸⁰ Cfr. M. PALLOTTINO, *Sistemi e finanziamenti alternativi per la realizzazione delle opere pubbliche*, in *Riv. giur. edil.*, II, 1996, spec. 8.

opera pubblica al di sopra della soglia valoriale comunitaria, senza il rispetto delle prescritte normative di gara⁸¹.

Ne deriva pertanto che – una volta acquisita, sul piano comunitario, la tecnica di qualificazione contrattuale fondata sul criterio c.d. della *prevalenza*⁸² – non vi sarebbe alcuna ragione per inquadrare la prestazione caratteristica del soggetto promotore di trasformazioni del territorio entro lo schema giuridico del *contratto di appalto*, dal momento che in siffatte ipotesi, alla stregua della nuova formula di c.d. amministrazione «consensuale», la pubblica autorità rinuncia (o attenua) i connotati autoritativi e unilaterali, per negoziare direttamente con il privato il contenuto di atti amministrativi che lo riguardano.

In questa prospettiva, l’attività di realizzazione diretta per opere di urbanizzazione si pone come *adempimento alternativo* all’obbligo di versare il contributo concessorio, e non già come autonoma attività riferibile ad un’*obbligazione di dare* del committente, in quanto corrispettivo per la prestazione di *facere* dell’appaltatore. Del resto, la nozione di «onerosità», desumibile dalla normativa appaltistica di fonte europea, denota il requisito della percezione di un *prezzo* non necessariamente coincidente con una controprestazione di carattere pecuniario, a fronte del sinallagma rappresentato, non a caso, dall’obbligazione c.d. “di risultato” consistente nell’esecuzione *con qualsiasi mezzo* [arg. ex art. 2, § 1, n. 6, lett. c), dir. 2014/24/UE] dell’opera, rispondente alle esigenze individuate dall’amministrazione aggiudicatrice.

⁸¹ Rinvio pregiudiziale alla Corte comunitaria per iniziativa di T.A.R. Lombardia, sez. Milano, ordinanza 26 agosto 1988, n. 1337, in *Il ‘project financing’*, raggiungibile al seguente link: www.simone.it/appaltipubblici/projectfin/project_financing.htm, 2, e nt. 3, per ulteriori osservazioni. Prospettiva oggi rivalutabile alla luce del nuovo art. 2643, n. 2-bis cod. civ., sulla cui portata cfr. B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, spec. 41 ss.; da ultimo, Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2020, n. 23902, in *federalismi.it*, XXXIV fasc., 2020, 155 ss., con nota di G. PANATTONI.

⁸² Cfr., per tutte, Corte Giust. CE, sez. VI, 19 aprile 1994, in causa C-331/92, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, VI, 1994, 1258, con nota di G. GRECO, ove ulteriore casistica giurisprudenziale.

Nel ‘leading case’, reso in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia di Lussemburgo⁸³, aderendo alla diversa ricostruzione operata dal giudice amministrativo nazionale, tale prospettazione è stata tuttavia disattesa, nonostante la gran parte delle considerazioni testé enucleate risultassero recepite nelle conclusioni dell’Avvocato generale. Dal che, nel segmento relativo alla fase esecutiva dei lavori, i soggetti privati, partecipi di strumenti di concertazione urbanistica, si trovano sottoposti ad una sempre più accentuata espansione *jure imperii* dell’attività di pubblico interesse ove dai medesimi svolta, con il rischio di un rallentamento nella tendenza alla diffusione del modello contrattuale qui considerato⁸⁴.

Sicché, non appare fuori luogo affermare che, al pari di altri canali di non minore rinomanza e più risalente tradizione, ancorché resi «sterili» dalle ristrettezze delle risorse statali, «l’industria finanziaria e l’articolazione dei mercati e degli strumenti finanziari rappresentano oggi infrastrutture per lo sviluppo, tanto rilevanti quanto le infrastrutture da finanziare»⁸⁵.

ABSTRACT

Nel Settantenario della Cassa per il Mezzogiorno, il lavoro dedica una riflessione sull’innovativo fenomeno del concorso di capitali privati, condensato nel modello a base ‘negoziale’ del ‘project finance’, che dischiude un ventaglio di alternative ai tradizionali strumenti di intervento pubblico in economia per promuovere strategie di sviluppo sostenibile in aree territoriali svantaggiate, con particolare riguardo al Meridione d’Italia, a fronte della cronica esiguità di risorse statali, resa ancor più drammatica dall’emergenza pandemica.

⁸³ In causa C-399/98 (c.d. Progetto ‘Scala 2001’), con ampio commento di G. MARCHEGLIANI, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 852 ss.; nonché di S. GIRIMONTE, in *Giur. it.*, 2002, 2025 ss.

⁸⁴ Cfr. A.M. BALESTRETTI, *Project*, cit., 92.

⁸⁵ Così, R. MAINO, *Banche e ‘project financing’ in Italia: un’alleanza per le infrastrutture*, in *Bancaria*, I, 1997, 62.

In the seventy-year anniversary of the Cassa per il Mezzogiorno, this essay proposes a reflection on the innovative phenomenon of the competition of private capital, condensed in the business model of project finance, which discloses a range of alternatives to traditional public intervention instruments in the economy for promote sustainable development strategies in disadvantaged territorial areas, with particular regard to Southern Italy, in the face of the chronic scarcity of state resources, made more urgent by the pandemic emergency.

PAROLE CHIAVE

infrastrutture, sussidi statali, project finance, sviluppo sostenibile

MARIANO ROBLES

Email: mariano.robles@uniba.it

