

NOTAZIONI A MARGINE DELL'ISTITUTO DEL PROJECT FINANCING, NEL QUADRO DELLA RIFORMA COSTITUZIONALE DEL 2001.

di Sergio De Dominicis

Sommario: 1. L'introduzione di nuovi istituti di diritto pubblico e la formazione di alcune antinomie costituzionali. 2. I principi di sussidiarietà e l'ideazione del project financing. 3. I fondamenti costituzionali del nuovo istituto.

1. L'INTRODUZIONE DI NUOVI ISTITUTI DI DIRITTO PUBBLICO E LA FORMAZIONE DI ALCUNE ANTINOMIE COSTITUZIONALI.

La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, recante modifiche al titolo V della *Charta costituzionale*, non solo ha inteso esaltare le autonomie, previste dal rinnovato e "rivoluzionario" articolo 114, ma ha completato il quadro innovativo con la soppressione dei controlli di legittimità sugli atti, intervenendo pesantemente sugli articoli 124, 125, 128, 129, 130 e 131.

Con ciò si è voluta anticipare la riforma dei controlli.¹

Non solo, ma la riforma del 2001 ha introdotto nell'ordinamento giuridico archetipi istituzionali nuovi di zecca. Mi riferisco non solo alla *sussidiarietà orizzontale*, ex art. 118, terzo comma, o *verticale*, ex art. 120, secondo comma, ma ai nuovissimi istituti di origine americana, tra cui il *general contractor* ed il *project financing*.

Quest'ultimo, però, non ha avuto molta fortuna!

Nel nuovo disegno ordinamentale potranno, tuttavia, riscontrarsi gli epigoni dello *Stato solidale*, che addirittura sembra rafforzato dalla nuova formulazione dell'art. 114 della Costituzione e dalla previsione

¹ Con il dlgs 30 luglio 1999, n. 286, si sono infatti potenziati i meccanismi e gli strumenti di monitoraggio per meglio valutare costi e risultati dell'attività amministrativa nella p.a., in attuazione della legge n. 59 del 1997. Le predette norme segnano, peraltro, il passaggio dal sistema del controllo sugli atti, di tipo esterno, al regime del controllo sull'attività e sulle gestioni, di carattere interno alle amministrazioni pubbliche.

La materia è stata ulteriormente perfezionata con la legge 3 agosto 2017, n.123 che ha recato numerose disposizioni innovative sull'attività concernente le gestioni pubbliche. Le discipline normative anzidette hanno, altresì, costituito, materiale di analisi dottrina assai estesa ed articolata e, tuttavia, indicativa della complessità e vastità dei nuovi istituti di diritto finanziario.

dello *Stato interventista* in campo economico e sociale, come, peraltro, viene proclamato all'art. 119, quinto comma, della Costituzione.

Orbene, va subito detto che da questa nuova ed incisiva affermazione discendono alcune *antinomie costituzionali*, deducibili dal confronto con le più recenti riforme; ed in particolare con la riforma di sistema recata dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n.1.

Ed invero, da un canto, si proclama all'articolo 119, quinto comma, il carattere interventista delle autonomie locali in campo economico e della relativa missione solidale affidata alla Repubblica, dall'altro, si afferma, al primo ed al sesto comma, che gli Enti locali devono concorrere ad osservare i vincoli economici derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea, la cui filosofia è apertamente basata su valori di carattere neoliberista.²

L'articolo 119, già molto cambiato con la riforma costituzionale del 2001, è stato poi ulteriormente rimodulato e trasformato con quella del 2012, che lo ha modificato in profondità, inserendo al suo interno qualche antinomia, prima fra tutte quel contrasto che emerge dal confronto dei commi quinto e sesto. Le antinomie costituzionali indeboliscono il quadro complessivo dell'ordinamento giuridico ed accrescono i motivi di non fiducia³ aprendo spazi di vischiosità di difficile superamento.

Sulla problematica vi sono in gioco le qualità essenziali della Repubblica: solidarista ed interventista, per certi aspetti, neutralista e liberista, per altri.

Ci vorrà ancora del tempo per capire quale delle due tendenze sia destinata a prevalere. *Historia docet!*

Ad esempio, la sussidiarietà ha preso un posto di grande rilievo nella Costituzione italiana, soprattutto dopo la riforma del 2001, ma gli

² Sui nuovi orientamenti dottrinali che si sono occupati dell'evoluzione della politica finanziaria in Italia, a partire dal *trattato di Maastricht*, alle ragioni poste a fondamento del "*patto di stabilità e crescita*", fino all'introduzione del "*fiscal compact*", si leggano le brillanti osservazioni di Andrea Monorchio e Lorenzo Giorgio Mottura nel loro "*Compendio di Contabilità di Stato*", Cocucci Editore, 2014.

³ Sulle antinomie costituzionali si segnalano le fondamentali analisi critiche del prof Fausto Cuocolo in più punti delle sue "*Istituzioni di diritto pubblico*", Giuffrè Editore, 1990.

istituti operativi, che da essa hanno preso corpo, nelle leggi di attuazione, non hanno avuto molta fortuna, ancorché essi siano stati assai indicativi dei tempi nuovi che si sono profilati all'orizzonte.

2. I PRINCIPI DI SUSSIDIARIETA' E L'IDEAZIONE DEL PROJECT FINANGING

Orbene, l'istituto del *project financing* appare sicuramente legato ai principi della sussidiarietà; ma la *sussidiarietà*, come istituto pubblicistico, è formulazione bicefala, perché i contenuti di essa appaiono molto differenti a seconda che si guardi all'articolo 120 oppure all'art. 118 della Costituzione.

Quest'ultimo, al suo terzo comma, afferma che: "*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà*".

Orbene, questo principio, definito della **sussidiarietà orizzontale**, riconosce che i cittadini possano "*integrare*" l'attività pubblica dello Stato o di un Ente Locale in materia economica e sociale; nel senso che essi possono legittimamente assumere iniziative economiche per realizzare opere d'interesse generale, da soli o con la partecipazione e con l'integrazione di altri enti, pubblici o privati che siano.

Sul piano istituzionale la *sussidiarietà orizzontale* conferisce legittimazione ai privati interessati a realizzare opere d'interesse generale, previa autorizzazione del Ministro competente per materia. Proprio per questo la sussidiarietà si configura come istituto nuovissimo, che sembra imprimere una svolta di sostanza allo Stato.

Infatti, nasce proprio da qui l'istituto del *project financing*, in virtù del quale un *soggetto privato*, che può assumere, in concreto, le vesti di un consorzio bancario, di un consorzio industriale o anche di un'associazione temporanea di liberi professionisti, prende l'iniziativa di elaborare e sviluppare un progetto d'interesse comune in tutte le sue fasi, dalla progettazione generale o preliminare a quella esecutiva, ricercando poi il finanziamento al progetto stesso!⁴

L'iniziativa nel *project financing* sembrerebbe integrare solo una "*responsabilità tecnica*", che il privato si assume a scopo di investimento, per farsi carico del rischio imprenditoriale a sostegno della propria idea.

Tralasciando per ora lo studio dell'istituto nuovissimo del *project financing*, espressione della *sussidiarietà orizzontale*, come affermata in Costituzione nel 2001, per completezza diamo uno sguardo anche alla *sussidiarietà verticale*.⁵

Al secondo comma dell'art. 120 Cost. si prevede che "*il Governo può sostituirsi ad organi delle Regioni, delle Città Metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e di Trattati internazionali o della normativa Comunitaria*". Questi poteri sostitutivi possono configurarsi ove ricorra un pericolo grave ed imprevedibile, in pregiudizio dell'incolumità e della sicurezza pubblica (ad es. aree infettate dalla malavita organizzata che esigono speciali interventi di ordine pubblico), ovvero quando lo richiedano la tutela dell'unità giuridica ed economica della Repubblica e, in particolare, lo

⁴ La materia è trattata, in misura alquanto estesa e con i principali riferimenti normativi e giurisprudenziali, dal manuale CEsd, "*Diritto degli appalti pubblici, aggiornato con le novità del nuovo Codice degli appalti*", 2018. Inoltre, sulla sussidiarietà orizzontale deve ricordarsi l'ampia sentenza della Corte costituzionale n. 303 dell'1/10/2003, che, nel ribadire l'indivisibilità della Repubblica, lambisce la problematica della sussidiarietà orizzontale, ex art. 118 Cost. Sui profili di collegamento della sussidiarietà orizzontale, si consideri, altresì, la nota a sentenza di Saverio Musolino che si sofferma sugli aspetti di relazione tra le competenze legislative regionali attribuite a seguito della riforma del titolo V della Costituzione. L'autore coglie l'opportunità della citata sentenza della Consulta, per analizzare i nuovi istituti, per soffermarsi sui procedimenti relativi alla collocazione delle grandi opere. Va infine evidenziato che la dottrina (Pizzetti), ha inquadrato la sussidiarietà orizzontale tra le figure organizzatorie di disciplina delle nuove competenze regionali.

⁵ Nella circostanza si deve porre in rilievo che mentre la sussidiarietà orizzontale costituisce una spinta organizzatoria dal basso verso l'alto, quella verticale implica una situazione opposta: di un *subsidium* integrativo e sostitutivo, dall'alto verso il basso.

esigano le condizioni di effettività per mantenere i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche a prescindere dai confini territoriali dei governi locali.

La legge dovrebbe, dunque, definire le procedure atte a garantire che i *poteri sostitutivi*, esercitati dal Governo centrale siano orientati al rispetto del principio di *sussidiarietà* ed a quello di *leale collaborazione*. La *sussidiarietà verticale*, pertanto, fa riferimento a poteri *tutori* e, altresì, *sostitutivi-repressivi* del Governo nei confronti degli Enti Locali, *a condizione* che venga emanata una legge organica di attuazione, che dovrebbe prevedere la disciplina delle c.d. *situazioni emergenziali, contingibili ed urgenti*, e che serva a legittimare gli interventi sostitutivi-repressivi del Governo, con i noti e collaudati limiti inerenti *l'oggetto definito* e il *tempo limitato*.

Principi che esistevano già prima, nel T.U. degli Enti locali del 1934, n. 383 e nel regolamento di pubblica sicurezza, quest'ultimo valutato eccessivamente invasivo e, quindi, soppresso negli anni settanta.

Trattasi, in definitiva, di poteri straordinari del Governo, che viene autorizzato ad esercitare, in via surrogatoria o sussidiaria, funzioni di tutela e di garanzia per motivi eminentemente emergenziali.

In proposito si ricordi la "*legislazione per l'emergenza*" prodotta disorganicamente in occasione del terremoto del 1980 in Campania, ma poi abbandonata sotto il peso degli scandali.

3. I FONDAMENTI COSTITUZIONALI DEL NUOVO ISTITUTO DI RILIEVO PUBBLICISTICO

Possiamo, ora, affermare che mentre con il *project financing* si è data attuazione all'articolo 118, terzo comma, della Costituzione, nessun segnale di attuazione dell'articolo 120 sembra comunque cogliersi nell'attualità. Quest'ultima disposizione, tuttavia, conserva carattere precettivo ed è, pertanto applicabile nella sua integralità pure in assenza di una legge formale di esecuzione.

La maggioranza dei commentatori, collegando la sussidiarietà alla distribuzione delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni, specialmente dopo la nota sentenza della Corte costituzionale, n. 303 del 2003, tende a porre sullo stesso piano la sussidiarietà orizzontale e quella verticale, differenziandole di poco.

Illustrando l'istituto del *project financing*, detto anche *finanza di progetto*, e riconoscendo che esso costituisca attuazione dell'articolo 118, terzo comma, della Costituzione, introduttivo, come si è detto, nell'ordinamento del principio di *sussidiarietà orizzontale*, si può osservare che questo istituto, di origine americana, si caratterizzi per il fatto che l'idea di progettare e realizzare un'opera d'interesse comune diventi legittima a prescindere dalla sussistenza di una concessione di sola costruzione o di una concessione di costruzione e/o di gestione dell'opera da realizzare.

E' come se i privati si sostituissero allo Stato ed agli altri enti pubblici. Se non che l'idea progettuale a base del *project financing* prescinde dall'interesse comune e si manifesta come ipotesi realizzativa di un bene o di una attività, dalla fase della progettazione generale o preliminare a quella della esecuzione e del collaudo, etc.

E tuttavia chi paga o chi finanzia? In via del tutto astratta, non l'ente pubblico, bensì il privato o i privati riuniti in consorzi o in società. Infatti, tutta la materia dell'esecuzione dell'opera rientra nella competenza del Giudice Ordinario, che decide sulle controversie riguardanti i diritti soggettivi e non gli interessi legittimi, i quali restano riservati alla competenza del Giudice Amministrativo.⁶

⁶ Con una poderosa sentenza della Suprema Corte di Cassazione (cfr. SS.UU.Civ. n. 28804 del 27 dicembre 2011), Rel. Salvago, è stata affermata la competenza giurisdizionale del Giudice ordinario e negata quella del Giudice amministrativo. Nell'articolatissima analisi della questione la Corte regolatrice ha avuto modo di ribadire che l'articolo 133 del nuovo codice del processo amministrativo ha devoluto le questioni sui contratti pubblici alla giurisdizione esclusiva del G.A.

Orbene, nelle procedure di finanza di progetto (*project financing*), qualora si preveda una fase pubblicistica, volta all'individuazione del soggetto cui conferire l'affidamento della concessione-contratto, non v'è dubbio che essa costituisca una sequenza del procedimento dell'evidenza pubblica, differente dalla fase esecutiva dell'opera, strettamente privatistica e, perciò assoggettata alla giurisdizione del Giudice ordinario.

Se non che alcuni Autori⁷ collocano quest'istituto nel c.d. *partenariato pubblico-privato*

Ma ciò sembra inesatto! Infatti, tra i fenomeni di partenariato si fanno rientrare le *concessioni di sola costruzione o di costruzione e gestione*, le cui controversie sono riservate al Giudice Amministrativo, segno che il rapporto pubblico-privato rivesta comunque un prevalente interesse pubblicistico.

Alternativo all'istituto delle *concessioni-contratto* vi è solo l'*appalto di opere pubbliche*, disciplinato in gran parte dal vigente Codice dei Contratti Pubblici.

Un mondo a se è, invece, rappresentato dal *project financing* e dalla *concessione di opere o dalla concessione e gestione di opere pubbliche*. Chi arriccchia il naso, allorché si illustrano questi istituti, deve sapere, ad esempio, che le *autostrade italiane, nonché le autorizzazioni alla ricerca ed all'estrazione di idrocarburi sull'Adriatico o in Basilicata, così come le concessioni di uso della rete ferroviaria dell'alta velocità*, rientrano, sul piano del diritto oggettivo, in uno degli istituti di cui si è fatto cenno.

C'è differenza tra *project financing* e *concessione-contratto*? La risposta è positiva.

Eppure chi si occupa della "*selva selvaggia*" delle discipline pubblicistiche non sembra avere le idee chiare sulla materia di cui si è fatto un brevissimo richiamo.

Infatti nel *project financing* non v'è concessione, ma autorizzazione ad esercitare le facoltà previste in Costituzione, *ai sensi* dell'articolo 118, terzo comma.

⁷ Nell'inquadrare la sussidiarietà tra i criteri di riparto delle competenze tra Stato e Regioni, nella materia della c.d. legislazione concorrente, Daniela D'alessandro fornisce una buona rassegna di giurisprudenza amministrativa, senza tuttavia indicare i criteri di identificazione dei due sistemi di cui agli articoli 118 e 120 Cost. Anche Fabio Cintioli si sofferma sulla sentenza della Corte costituzionale, n. 303 del 2003, traendo il convincimento che la sussidiarietà sia uno strumento flessibile e dinamico nella relazione tra Stato e Regione. Da qui il compiacimento per l'istituto della "*conferenza di servizi*" per la realizzazione delle grandi opere.

Infine, Sergio Bartole intravede nella predetta sentenza un nuovo ordine dei poteri Regionali, nel quadro della sussidiarietà orizzontale.

Com'è noto, con la *concessione* si conferisce ad un privato l'esercizio di un potere che prima non gli apparteneva; mentre con l'*autorizzazione* si rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto appartenente, *naturaliter*, al privato (ad es. diritto ad esercitare la pesca o la caccia).

Gli studiosi del *project financing* osservano che la caratteristica di questo istituto si fonda su due elementi: sull'*idea tecnica* e sul *rischio economico* della realizzazione dell'opera, i cui capitali impiegati dovrebbero essere retribuiti con i guadagni, per *longus tempus*, della gestione dell'opera stessa.

Questi due rischi non possono riguardare la concessione di *sola costruzione* o la concessione di *costruzione e gestione*, ove i fondi sono *interamente pubblici*, nel primo caso, oppure *misti*, nel secondo caso. La soluzione trovasi nell'intervento orientativo della Corte di Cassazione⁸, secondo la quale l'istituto del *project financing* è differente dalle predette forme di concessione di opere pubbliche. Per cui, mentre le *concessioni-contratto* rientrano nella competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, essendo prevalente l'aspetto pubblicistico delle concessioni, il *project financing*, essendo privo di contribuzione pubblica, non può non rientrare che nella competenza giurisdizionale dell'AGO.

Infatti solo nel *project financing* il *rischio* economico è esclusivamente a carico del soggetto privato!

Sicuramente sussiste qualche somiglianza tra il *project financing* e la concessione di sola costruzione e/o di gestione perché in entrambe le fattispecie contrattuali potrebbe emergere il *rischio giuridico* della *revoca* amministrativa e/o della *sospensione* amministrativa. Ma, a mio avviso, il quadro appare completamente differente tra i due istituti, almeno sotto il profilo del *rischio economico*; e ciò, peraltro, giustifica

⁸ Con SS.UU. Civ. 27 dicembre 2014, n. 28804; idem TAR Piemonte, sentenza n. 478 del 20 marzo 2015, in conformità con quanto stabilisce il dlgs 12 aprile 2006, n. 163, ove si afferma che le concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso.

la scelta orientativa fatta propria dalla Suprema Corte di Cassazione.
(cfr. nota 8)

Se non che il motivo per il quale l'istituto del *project financing* non è decollato si deve proprio al rifiuto dell'Ente pubblico di partecipare al *rischio* del progetto tecnico, ancorché lo stesso venga considerato valido e, quindi, autorizzato, sotto l'aspetto amministrativo.

A questo rifiuto se ne affianca un secondo, ben più condizionante ed ostativo del primo: le banche non hanno mostrato entusiasmo per il *project financing*, perché lo hanno considerato ad elevata rischiosità economica.

In un convegno tenuto qualche anno fa a Velletri il rappresentante di un importante Istituto di Credito ha rifiutato il modello del *project financing*, allorché fosse privo della contribuzione pubblica e si manifestasse estraneo al *principio del partenariato pubblico/privato*.

Tuttavia nel dibattito che ne è seguito, si è opportunamente evidenziato che l'intervento di un Ente pubblico nel *Project financing* non solo snaturerebbe l'istituto, ma lo trasformerebbe in *concessione di costruzione e/o gestione*, facendolo rientrare nell'area della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. Quindi, il *project financing* non può trasformarsi nel classico "*cavallo di Troia*" e nella relativa mutazione formale/sostanziale.

Ovviamente il maligno non sta a guardare!

E così col d.lgs n. 152 del 2008, correttivo ed integrativo del codice dei contratti, approvato con d.lgs n.163 del 2006, sono stati previsti, senza differenziazione di trattamento, il *contratto di partenariato pubblico-privato*, la *concessione di lavori o di servizi*, le *società miste* e perfino il *general contractor*; e, per alcuni "affari" che lo riguarderebbero, i predetti istituti sono stati posti sullo stesso piano del *project financing*, detto (per errore) *locazione finanziaria*; quest'ultima si riferisce, invece, ai contratti di *leasing* o di *factoring*, negozi marcatamente privatistici..

Poiché anche a Bruxelles non stanno a guardare, l'Eurostat, istituto di statistica europea, ha fornito indicazioni per escludere dai bilanci pubblici i contratti di partenariato quando il rischio d'impresa gravi in prevalenza sul socio privato. Il che non chiarisce il problema ma lo complica.

Si è parlato, in questo quadro, di particolare disponibilità nell'assecondare quei progetti che verrebbero ripagati, anche nel lungo periodo, mediante i *contratti di utenza*.

Il che potrebbe rappresentare un'attrattiva per i progetti E.N.E.L., assai lungimiranti nel medio-lungo periodo.

Va peraltro ricordato che nell'ampia categoria del *partenariato pubblico-privato* (P.P.P.) non rientra il contratto di appalto di opere pubbliche, ove le posizioni dei contraenti, incluso il *general contractor*, si trovano in condizioni contrapposte.

In realtà, contrariamente a quanto osserva una dottrina minoritaria, la giurisprudenza ha preso atto che il codice dei contratti si applica, oltre che all'appalto di opere pubbliche, anche alle concessioni di opere e/o di gestione di opere, mentre quel sistema codicistico si configura del tutto estraneo al *project financing*, che, pertanto, dovrebbe ritenersi incompatibile col contratto di partenariato pubblico-privato.