

Scienze Sociali
2008

SCILLA CASTENASI

La finanza di progetto
tra interesse pubblico
e interessi privati

P R E M I O T E S I D O T T O R A T O
F I R E N Z E U N I V E R S I T Y P R E S S - U N I V E R S I T A D E G L I S T U D I D I F I R E N Z E



PREMIO FIRENZE UNIVERSITY PRESS
TESI DI DOTTORATO

- 8 -

Scilla Castenasi

**La finanza di progetto tra interesse
pubblico e interessi privati**

Firenze University Press
2009

La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati / Scilla Castenasi. – Firenze : Firenze University Press, 2009.

(Premio FUP. Tesi di dottorato ; 8)

<http://digital.casalini.it/9788884539427>

ISBN 978-88-8453-941-0 (print)

ISBN 978-88-8453-942-7 (online)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández

Immagine di copertina: © Kuanchong | Dreamstime.com

© 2009 Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze

Firenze University Press

Borgo Albizi, 28

50122 Firenze, Italy

<http://www.fupress.com/>

Printed in Italy

Sommario

Prefazione	VII
Capitolo 1	
Il project financing: profili generali	1
1. Introduzione	1
2. Descrizione della figura alla luce della prassi internazionale	6
2.1 Autofinanziamento dell'opera	7
2.2 Indipendenza economica e giuridica	9
2.3 Pluralità ed eterogeneità dei soggetti coinvolti	11
3. La struttura contrattuale del <i>project financing</i>	12
3.1 <i>Project financing</i> : un modello complesso di operazione economica a lungo termine	12
3.2 Da una visione economica ad una ricostruzione giuridica	16
3.3 La soluzione tecnica nella prassi internazionale	18
3.4 La funzione tipica del <i>project financing</i>	19
3.5 Il collegamento contrattuale	20
Capitolo secondo	
Il <i>project financing</i> per la realizzazione di opere pubbliche. Interesse pubblico e interesse privato nell'operazione contrattuale	29
1. Il <i>project financing</i> per la realizzazione di opere pubbliche	29
1.1 Il quadro normativo	29
1.2 <i>Project financing</i> tra <i>lex mercatoria</i> e Codice dei Contratti Pubblici. L'emersione di due versioni del fenomeno	37
1.3 L'incidenza sulla fattispecie del fine pubblico perseguito con il progetto. I tratti distintivi della versione pubblicistica del <i>project financing</i>	40
1.4 Il rinvio residuale al codice civile	44
1.5 L'inquadramento della figura nella categoria del partenariato pubblico privato	49
2. L'incidenza dell'interesse pubblico sull'operazione negoziale. Opzioni ricostruttive	55
3. Il modello ricostruttivo privatistico	57
4. Il modello ricostruttivo dell'"operazione amministrativa"	61
5. Osservazioni e prospettiva di studio	69

Capitolo terzo

Il rapporto consensuale tra pubblico e privato. Dall'atto ai rimedi	71
1. Il rilievo del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato nella disciplina del <i>project financing</i>	71
1.1 I riflessi sulla formazione dell'operazione di <i>project financing</i> peculiare confronto tra interesse pubblico e interesse privato	71
1.2 I riflessi sull'esecuzione del rapporto contrattuale	80
2. Il contratto di concessione	81
3. Lo scioglimento del contratto di concessione per inadempimento della pubblica amministrazione o per revoca della concessione	85
3.1 (segue) Il vincolo di destinazione sulle somme conseguenti alla revoca o dell'inadempimento	91
3.2 (segue) Vincolo di destinazione ex art. 158 comma 2 e finanziamenti destinati a confronto	95
3.3 (segue) Problematica applicazione della disciplina generale del recesso	97
4. La risoluzione per colpa del concessionario e il c.d. "step in"	98
4.1 (segue) Le tipiche garanzie dell'operazione di <i>project financing</i> e il diritto di subentro	102
5. La revisione del contratto di concessione in conseguenza del "factum principis".	104
5.1 (segue) Il piano degli interessi sottostanti alla norma	108
6. L'esercizio dello jus variandi da parte della pubblica amministrazione	110
7. Il rapporto tra interesse pubblico e interessi privati alla luce degli speciali rimedi introdotti dal legislatore	114
8. Dal coordinamento degli interessi pubblici e privati al principio di sussidiarietà orizzontale. Il <i>project financing</i> come strumento giuridico di applicazione dell'art. 118 ultimo comma della Costituzione	120
9. Il principio di sussidiarietà come criterio di interpretazione e di valutazione della compatibilità degli istituti di diritto civile richiamati dall'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici di lavori, forniture e servizi	127
9.1 La risoluzione per impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità sopravvenuta	128
9.2 (segue) Il rischio dell'impossibilità sopravvenuta	130
9.3 (segue) la disciplina legale dell'eccessiva onerosità	132
10. La gestione delle sopravvenienze e la tutela dell'equilibrio contrattuale	139
10.1 (segue) Obbligo legale di rinegoziare	149
11. La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione dell'obbligo di cooperazione	164
12. Sussidiarietà e buona fede come fonti di integrazione del contenuto contrattuale	171
13. Osservazioni conclusive	175
Bibliografia	181
Indice analitico	191

Prefazione

Il *project financing* risulta oggi fenomeno consolidato nella pratica degli affari internazionali e noto ai più per essere al centro del dibattito politico ed economico sulla realizzazione di lavori pubblici.

In Italia, invero, la figura è stata oggetto di un'intesa produzione dottrinale, volta principalmente a metterne in evidenza le difficoltà di definizione, nonché i dubbi di compatibilità con il nostro ordinamento, considerata la sua origine anglosassone. Come spesso capita nei casi di spontanea circolazione di modelli economici e giuridici, in una prima fase gli operatori del diritto si sono avvicinati a questo strumento con interesse e si sono dedicati alla sua descrizione. È seguita una seconda fase in cui si è approfondito l'analisi delle soluzioni giuridiche che caratterizzano l'operazione e si è cercato di individuare gli strumenti contrattuali offerti dal nostro diritto per tradurre ed inserire la figura nel sistema giuridico italiano. Solo successivamente, sulla scorta dell'entusiasmo suscitato dalla figura, la quale avrebbe dovuto consentire la ripresa dei lavori pubblici, il legislatore ha dedicato ad essa alcune disposizioni all'interno della Legge Quadro sui Lavori Pubblici.

Tuttavia, tale normativa non può considerarsi una disciplina generale sul *project financing*, limitandosi a dettare regole specifiche che ne consentono l'inserimento nel campo dei lavori pubblici. Il fenomeno nella complessità della sua originale struttura contrattuale è solo evocato. Per questa ragione, pur tenendo conto dei risultati della riflessione amministrativistica su tale disciplina, l'approfondimento sul tema non può dirsi assolutamente concluso, rimane anzi da compiere il passo più importante e più carico di conseguenze, ossia un ripensamento della figura alla luce dei principi che informano il nostro ordinamento e delle nostre categorie giuridiche. Questa particolare operazione 'bussa', per così dire, alle porte del sistema e chiede di potersi riconoscere al suo interno. Solo all'esito di questo percorso, la finanza di progetto potrà dirsi ricondotta ed interpretata alla luce del sistema giuridico. Certamente, questo comporta, insieme ad una rimeditazione della figura, una riflessione, tanto dello studioso di diritto amministrativo che di quello di diritto civile, su alcuni dei temi generali che caratterizzano i rispetti settori.

In questa prospettiva s'inserisce la ricerca, la quale prende le mosse dall'analisi dell'elemento che rappresenta la risposta più immediata nella direzione del riconoscimento della figura da parte del sistema giuridico, ossia l'inserimento della disciplina specifica nell'ambito del grande progetto di raccolta e riordino della normativa sui lavori pubblici, rappresentato dal recente Codice dei Contratti Pubblici. Tuttavia, tale collocazione pone senza risolvere in relazione alla specifica fattispecie le questioni fondamentali in tema di contrattazione pubblica: il rapporto tra autorità e consenso, il ruolo dell'interesse pubblico nell'attività consensuale dell'amministrazione, i li-

miti e le deroghe all'applicazione del diritto civile, il binomio diritto speciale/diritto generale.

Lo studio della figura rappresenta, quindi un'occasione per guardare ai contratti pubblici e cercare le risposte alle questioni poste da questo tipo di contrattazione.

Il lavoro, però, non si limita a questo; piuttosto s'intende far emergere che, in questa figura, quelle stesse questioni assumano profili diversi, in conseguenza del differente ruolo che l'amministrazione riveste. È il nuovo approccio dell'amministrazione alla costruzione e al finanziamento delle opere pubbliche, di cui lo stesso *project financing* è espressione, a richiedere soluzioni nuove a vecchi problemi.

Questo nuovo modello di azione amministrativa, che viene indicato con la formula del "partenariato pubblico privato", infatti, si caratterizza per la promozione della cooperazione tra il settore pubblico e quello privato, con l'affidamento di molte fasi della realizzazione dell'opera e della prestazione del servizio a quest'ultimo. All'autorità, invece, è riservato il compito di individuare i bisogni collettivi che possono essere soddisfatti attraverso l'iniziativa, e quello di vigilare sul risultato dell'attività resa dal privato.

Il riferimento è quindi a quella "amministrazione per risultati", con la quale s'indica in maniera evocativa un modello di azione amministrativa nel quale prevalente è l'interesse al conseguimento del risultato soddisfacente dell'interesse generale, e l'attività privata rappresenta una soluzione tecnico-giuridica alternativa all'intervento diretto degli enti.

L'attuazione di questo modello sembra richiedere, però l'elaborazione di nuove forme negoziali e diversi strumenti di tutela che siano in grado di riflettere il rapporto sussistente in queste figure tra interesse pubblico e interesse privato, in considerazione della comune esigenza ad evitare o ridurre il rischio della paralisi dell'iniziativa. Queste caratteristiche, infatti, sembrano difficili da realizzare con gli strumenti tradizionali dell'azione amministrativa. In particolare, appaiono inadeguate le soluzioni prospettate dall'azione amministrativa di tipo provvedimentale, nella quale l'amministrazione incide sulle sfere giuridiche dei privati, indipendentemente dal loro consenso. L'interesse pubblico ha un ruolo assolutamente preminente su quello privato, il quale può trovare tutela solo nella misura in cui è compatibile con il primo.

Parimenti, la gestione del rapporto con il privato, in questa nuova prospettiva, non appare demandabile all'esercizio di poteri unilaterali, i quali sono espressione della prevalenza dell'interesse generale e implicano una posizione di soggezione del privato.

Dalla partecipazione, con diversi ruoli, del pubblico e del privato nella medesima iniziativa di rilevanza generale e dal connesso approccio 'collaborativo' tra i soggetti, pare, infatti, emergere una situazione di convergenza e di coordinamento tra gli interessi. Se così è, allora soltanto le forme giuridiche e i mezzi di gestione e tutela del contratto, che contemperano interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e scopo di lucro, potranno considerarsi conformi a questo nuovo paradigma e alle sue caratteristiche.

Perciò, il compito che s'impone all'interprete, è quello di individuare gli istituti e le regole che siano in grado di rendere sul piano strettamente giuridico la sussistenza di un interesse dell'amministrazione alla conservazione e alla continuità della prestazione privata, da cui dipende la soddisfazione dell'interesse pubblico giustificativo dell'iniziativa.

Tuttavia quest'elaborazione non può compiersi senza abbandonare la concezione tradizionale di interesse pubblico come interesse dell'ente, superiore e prefissato dalla legge. Il tema è perciò occasione per il cultore del diritto, *in primis* amministrativo, per riflettere sul superamento della concezione monolitica dell'interesse pubblico a favore di una sua definizione in termini di sintesi dei bisogni delle persone appartenenti ad

una determinata collettività. Evidentemente tra questi bisogni rientrano anche quelli dell'impresa che rende un'attività o un'opera all'amministrazione.

Altrettanto numerose e rilevanti sono le questioni che l'operazione di *project financing* e questo tipo di relazione pubblico-privato pongono alla riflessione del civilista.

Chi si avvicina al tema deve, infatti, confrontarsi con il fenomeno sviluppatosi nell'ultimo decennio - parallelamente al massiccio ricorso agli strumenti del diritto civile nell'azione amministrativa - dell'esercizio da parte di soggetti privati di attività di rilevanza generale.

Collocare il *project financing* in questo contesto significa, in primo luogo, affrontare quello che è il problema principale in materia, ossia la possibilità di conciliare interessi e strumenti dell'autonomia privata con la difesa delle garanzie richieste dallo svolgimento di un'azione di interesse pubblico. E vengono, poi, in gioco tutti i principi che informano, in base alle recenti riforme legislative, l'azione amministrativa: parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, discrezionalità. Ma soprattutto la questione che pare non poter essere elusa è quella discernente la possibilità e le modalità attraverso cui realizzare la soggezione dello strumento contrattuale al vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico. Ad essa, peraltro, è connesso l'ulteriore problema della collocazione che nel contratto va riservato all'interesse generale: all'esterno della struttura contrattuale, rilevando esclusivamente nella fase della formazione della volontà ovvero all'interno, integrando un qualche elemento essenziale del contratto?

Le ricostruzioni dogmatiche elaborate in tema, invero, non forniscono soluzioni pienamente convincenti, soprattutto perché affidano ad un unico elemento giuridico (volontà, causa, ecc.) il riconoscimento e la tutela dell'immanenza dell'interesse pubblico nel contratto. Per questa ragione, la ricerca propone un approccio diverso, fondato sull'analisi della disciplina e dei rimedi ivi contenuti per le vicende patologiche, originarie e sopravvenute, per ricavare da questi il ruolo e la tutela riconosciuta all'interesse pubblico nella fattispecie negoziale. Ciò sul presupposto che la scelta di un rimedio piuttosto che un altro, e quindi la misura della tutela accordata ai contraenti, sia espressione del bilanciamento degli interessi coinvolti nell'operazione.

Su queste premesse, la riflessione viene condotta all'esame delle tutele accordate, prima nella legge Merloni ter poi nel Codice dei Contratti Pubblici. Fondamentale è il risultato che se ne ricava.

Le norme, infatti, indicano una netta preferenza del legislatore per i rimedi manutentivi ed adeguativi del contratto, per gestire la fase dell'esecuzione dell'operazione. La disciplina appare quindi improntata ad una medesima *ratio*, riconducibile all'interesse delle parti alla conservazione del rapporto, anche se modificato nei suoi elementi soggettivi o oggettivi.

Emerge, quindi dalle disposizioni la presenza e l'incidenza, sul piano regolativo, dell'esigenza di evitare l'interruzione del progetto e lo scioglimento del contratto di concessione prima del compimento del risultato, che si è individuato quale interesse prevalente nelle operazioni di partenariato, a partire dal rapporto di interdipendenza tra gli interessi pubblici e privati.

Se è così, allora l'essenza del *project financing* non è rappresentata propriamente dall'idea di realizzare un'opera pubblica con il coinvolgimento di una società privata ma dalla costruzione di una complessa operazione contrattuale pensata e costruita per pianificare nel tempo la realizzazione di un risultato che solo garantisce la soddisfazione degli interessi di tutti i partecipanti.

Per questa ragione il tema è, senz'altro, occasione per il civilista per approfondire lo studio della fase esecutiva dei contratti e per ripensare ad alcuni strumenti di gestione

delle sopravvenienze. Tuttavia, nel rinviare agli strumenti legali e convenzionali di gestione delle sopravvenienze, la ricerca s'interroga sui limiti e sulle questioni che pone la loro applicazione a questa figura, in considerazione del contesto nel quale l'operazione contrattuale ha trovato ingresso e della rilevanza dell'interesse pubblico in tutte le sue fasi. Il risultato sarà l'integrazione della legge speciale del *project financing* alla luce del diritto generale dei contratti e, quindi, la ricostruzione sistematica della sua disciplina alla luce del nostro ordinamento.

Tuttavia, l'emersione dell'interesse alla conservazione e lo spazio accordato ai rimedi manutentivi nella disciplina del *project financing* assumono un particolare rilievo anche sul piano della teoria generale del contratto: tali elementi consentono, infatti, di impostare una riflessione sulle relazioni intercorrenti tra interessi delle parti all'operazione, rimedi e schema contrattuale, seguendo il percorso tracciato dagli studi sui contratti di durata.

A questi si deve, da un lato, l'individuazione del nesso tra interesse alla conservazione e scelta a favore dei rimedi manutentivi nei contratti a lungo termine e, dall'altro, il riconoscimento che tale scelta comporta modalità di gestione del rapporto diverse da quelle dei contratti di scambio, proprio in considerazione del diverso rapporto tra gli interessi delle parti. Nei contratti di scambio, che rappresentano il tipo su cui è costruita la teoria tradizionale del contratto, infatti, il ricorso ai rimedi adeguativi è residuale e non principale. Da qui, il passaggio più significativo sul piano della teoria generale del contratto, rappresentato dall'elaborazione e dalla proposizione di un nuovo paradigma contrattuale, quello dei contratti di durata, esplicativo degli aspetti distintivi di questa operazione.

Su queste premesse, la questione posta dal percorso di ricerca è se, alla luce delle caratteristiche del *project financing*, per altro, comuni ad altre relazioni pubblico – privato, e dei principi costituzionali di cui pare espressione, non si debba configurare un nuovo paradigma contrattuale, che potremmo indicare come contratto di partenariato pubblico privato. Questo rappresenterebbe il momento di sintesi di tutti quegli aspetti che connotano tali operazioni e che hanno un rilievo diverso nel modello tradizionale di contratto. A questo paradigma potrebbero, quindi, essere ricondotte le figure connotate da tali elementi, con il risultato del loro inquadramento sistematico e del completamento della loro disciplina.

Nel tentativo di una risposta non può che rilevarsi e valorizzarsi la presenza nel *project financing* di regole devianti dal modello tradizionale di contratto, sia in materia di formazione della volontà sia in materia di gestione del rapporto, nonché il legame tra la specialità di tali regole e la particolarità della relazione tra le parti.

Ora, la presenza di queste regole speciali, la durata e la logica di collaborazione, quale principio di condotta dei contraenti i cui interessi possono essere realizzati solo con il raggiungimento del risultato finale, sono proprio gli elementi valorizzati dagli studi sui contratti di durata per fare emergere un nuovo modello negoziale, quello dei contratti a lungo termine, il quale presenta modalità di formazione e di gestione del rapporto diverse perché diverso è l'assetto degli interessi sottostanti all'operazione.

Seguendo questa logica ricostruttiva, allora, il paradigma negoziale del contratto di partenariato verrebbe a rappresentare la sintesi di una serie di regole, ispirate ad una visione nuova della relazione pubblico-privato. Così, l'elaborazione di questo modello consentirebbe di far emergere sul piano propriamente negoziale e di dare riscontro sul piano della disciplina alle caratteristiche dell'operazione economica sottostante, ossia al rapporto di convergenza tra gli interessi pubblici e privati per il conseguimento del risultato finale. Avrebbe, così, rilievo sotto il profilo ricostruttivo anche il con-

nesso approccio collaborativo e non antagonistico tra le parti nel corso della relazione contrattuale.

Per tali ragioni, l'esito positivo di questo percorso porterebbe nuova linfa al processo di emersione di nuovi e diversi modelli nel panorama contrattuale, quale risposta alla necessità di dare rilevanza giuridica alla pluralità e alla diversità delle operazioni, riscontabili nella realtà economica e sociale. Rispetto a queste caratteristiche, infatti, il paradigma tradizione non avrebbe un esauriente potere esplicativo. Risulterebbe perciò, rinforzata l'idea dilagante nella riflessione scientifica, del superamento della concezione unitaria e monolitica del contratto "generale", costruita sulle caratteristiche del contratto di scambio e codificata nel codice civile.

Nell'occasione, desidero ringraziare il Professor Giuseppe Vettori, indiscusso maestro, per la capacità di trasmettere ai suoi allievi la profonda passione per lo studio e la costante dedizione alla ricerca, nonché autentico insegnante di un metodo di ricerca.

Ringrazio inoltre il Professor Antonio Rizzi per aver accompagnato l'elaborazione della ricerca, suggerendo sempre lucidissimi e interessantissimi spunti di riflessione, nonché per la disponibilità dimostratami in ogni occasione.

Infine, ringrazio tutti coloro che hanno condiviso e sopportato con pazienza e comprensione gli interrogativi e le ansie che hanno accompagnato l'elaborazione di questa ricerca.

Capitolo 1

Il *project financing*: profili generali

1. Introduzione. 2. Descrizione della figura alla luce della prassi internazionale. 2.1 Autofinanziamento dell'opera. 2.2 Indipendenza economica e giuridica. 2.3 Pluralità ed eterogeneità dei soggetti coinvolti. **3. La struttura contrattuale del *project financing*.** 3.1 *Project financing*: un modello complesso di operazione economica a lungo termine. 3.2 Da una visione economica ad una ricostruzione giuridica. 3.3 La soluzione tecnica nella prassi internazionale. 3.4 La funzione tipica del *project financing*. 3.5 Il collegamento contrattuale.

1. Introduzione

Con l'espressione *project financing* si denota una formula descrittiva della sostanza di un fenomeno di natura prevalentemente economica, sorto e regolato nell'ambito dei sistemi di *common law*, ma gradualmente diffuso anche in altri ordinamenti dal commercio internazionale. Esso nasce dalla necessità di intraprendere investimenti ingenti attraverso forme di finanziamento esterno in grado di non pregiudicare la capacità e la flessibilità finanziaria dell'impresa promotrice. La realizzazione di queste operazioni ha richiesto, su iniziativa prevalentemente pratica, l'elaborazione di sistemi contrattuali nuovi e sempre più complessi. Pertanto la genesi della figura, rappresentando un'ipotesi in cui l'introduzione di diversi istituti o l'evoluzione di quelli già previsti avviene per rispondere alle questioni poste dalla pratica degli affari e del commercio, mette bene in evidenza il legame tra diritto ed economia che sempre sussiste in tema contrattuale ma che in alcuni casi, come questo, è particolarmente stringente.

Tuttavia, in relazione al nostro sistema giuridico, la vicenda si distingue anche come esempio di circolazione dei modelli giuridici, in quanto le soluzioni tecniche vengono cercate in ordinamenti ed in una cultura giuridica diversa dalla nostra. Il fenomeno non è evidentemente isolato, anzi accade sempre più spesso che gli operatori del diritto debbano confrontarsi, nell'ottica della comunicazione e della diffusione degli schemi giuridici ed economici, con istituti sconosciuti al proprio ordinamento. Questo processo, potenzialmente idoneo ad arricchire i singoli sistemi, porta con sé, però, un problema di compatibilità delle soluzioni importate dalle esperienze straniere con il contesto in cui vengono recepite.

Anche in Italia la ricerca di nuovi strumenti finanziari ha suscitato un crescente interesse per il *project financing*. È emerso subito, però, il problema di apprezzarne l'identità e di individuarne i tratti realmente specifici in un'ottica giuridica, al di là della connotazione economica. Come segnalano, infatti, gli studi sul tema, questa figura pone non poche difficoltà, quando si tenta di attribuirle, a fronte di un complesso ma ben delineato fenomeno economico una "veste giuridica". A questo va poi aggiunta l'ulteriore questione della traduzione delle peculiarità del caso con gli strumenti conosciuti

dal nostro sistema di diritto, il quale appare meno flessibile e con soluzioni giuridiche diverse rispetto a quelle degli ordinamenti di *common law*.

Fornire un'esatta ricostruzione di quest'articolata operazione è apparso sin da subito compito arduo, anche per la varietà delle sue manifestazioni concrete e per la sua intrinseca complessità. La struttura del *project financing*, infatti muta secondo le caratteristiche specifiche del progetto, allo scopo di renderlo economicamente appetibile; ogni operazione è architettata, studiata, con riguardo alla singola iniziativa da finanziare. Coglie esattamente quest'aspetto chi, per descrivere tale figura, propone espressioni come "operazioni di ingegneria finanziaria e giuridica"¹.

La sua estrema flessibilità permette, forse, soltanto di individuare una matrice comune rinvenibile al di là della molteplicità delle soluzioni applicate nella prassi e cioè una complessa articolazione contrattuale.

Quest'ultimo aspetto, sul piano strettamente giuridico, è di estremo interesse, perché pone all'interprete il problema di valutare, nella prospettiva dell'unitarietà della complessa operazione economica, la pluralità di contratti conclusi tra soggetti differenti. Questi appaiono, infatti, tutti necessari alla costruzione del progetto e funzionali alla realizzazione di una pluralità di interessi operanti in chiave sinergica. Tale costruzione è in gran parte realizzata ricorrendo a figure giuridiche già note al nostro sistema. La novità del *project financing*, pertanto, sta nella composizione di tali elementi giuridici. Essi, infatti, sono composti per raggiungere un'unica finalità economica: quella di realizzare un investimento produttivo, la cui redditività è garanzia del prestito². Perciò, il *project financing* non è solo un nuovo istituto giuridico ma soprattutto una diversa impostazione culturale.

Affrontato il problema dell'individuazione di un'autonoma rilevanza giuridica del fenomeno, partendo dall'osservazione empirica nella sua dimensione economica, resta poi da verificarne l'adattabilità ad un ordinamento diverso da quello nel quale ha trovato la sua genesi. Al profilo della qualificazione, perciò, si aggiunge quello della compatibilità con il nostro ordinamento, imputabile principalmente alla matrice anglosassone dell'istituto. In quanto frutto dell'elaborazione anglosassone, nel contesto dell'operazione si fa ampio uso di concetti di *common law* e in particolare di strumenti contrattuali tipizzati dalla *lex mercatoria*. In questa situazione, perciò, l'abile e sensibile giurista, anche per superare le resistenze di coloro che vorrebbero impedire l'introduzione nel nostro ordinamento di figure nate in ambiente internazionale, è chiamato ad un confronto critico. Questo, infatti, deve rifuggire tanto dalla tentazione dell'applicazione automatica di strumenti giuridici estranei al nostro diritto quanto dall'adattamento della figura al nostro sistema fino al limite del tradimento della sua essenza. La strada da percorrere perciò rimane quella della ricerca dei mezzi tecnici che, compatibilmente con il nostro ordinamento sono in grado di realizzare il risultato perseguito con l'operazione nel paese di origine³.

Accanto a questo processo, vorremmo dire, di adattamento di prassi negoziali straniere ai principi formanti il nostro ordinamento giuridico, se ne registra, però un altro

¹ M. Miscali, *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in U. Draetta (a cura di), *Il project financing - Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, pp. 81-92 coglie esattamente questo aspetto proponendo espressioni come "operazioni di ingegneria finanziaria e giuridica" per descrivere tale figura.

² Cfr. A. Bernini, *Metodi extragiudiziali di composizione dei conflitti nelle operazioni di project financing*, in U. Draetta (a cura di), cit., 1997, pp. 287-295

³ C. Vaccà, *Gli accordi di cooperazione tra imprese e appalto internazionale: le attuali tendenze*, a cura di Parolei, *Concorrenza e cooperazione tra imprese verso il mercato Unico*, Roma, 1990, p. 303 e sgg.

legato al settore economico nel quale il *project financing* ha trovato elettiva applicazione: quello dei lavori pubblici.

Nel nostro paese, infatti, tale tecnica è stata oggetto di attenta considerazione con riferimento al finanziamento delle pubbliche infrastrutture, quale strumento idoneo per il coinvolgimento di capitali privati, a fronte della ridotta disponibilità dei bilanci pubblici rispetto al fabbisogno di investimenti. Da quest'attenzione è scaturita la disciplina positiva del *project financing*, per le operazioni aventi ad oggetto opere pubbliche. Tale recepimento s'inserisce nell'evoluzione del fenomeno del partenariato pubblico-privato, mediante il quale viene promossa la cooperazione tra lo Stato e le imprese per la realizzazione di un'opera pubblica, la cui progettazione, realizzazione gestione e finanziamento – in tutto o in parte – è affidata al privato.

In verità, sin dalla sua introduzione ha fatto discutere la collocazione dell'istituto nell'ambito di una normativa il cui obiettivo era quello di riformare il settore dei lavori pubblici, per porre fine alle vicende storiche che avevano fatto emergere frequenti disfunzioni nell'uso delle pubbliche risorse. La dottrina di diritto civile, soprattutto comparatista, che aveva studiato il fenomeno come sviluppatosi nella dinamica del mercato, infatti, ha più volte sottolineato l'estraneità di un'operazione contrattuale di tipo finanziario, promossa da soggetti privati, alla *ratio* del suddetto quadro normativo.

La posizione, in parte condivisibile, dimostra, però, di sottovalutare le modifiche cui è andato incontro il modello originario per trovare applicazione in questo settore. Se l'iniziativa resta essenzialmente privata – perché formulata da privati con strumentazione giuridica soprattutto di diritto privato – l'oggetto al quale l'attività finanziaria mette capo è un bene pubblico, un oggetto volto a soddisfare un interesse pubblico, disciplinato in linea generale dal diritto pubblico: i lavori pubblici o di pubblica utilità. L'intera struttura dell'operazione contrattuale appare, inoltre, incentrata sul rapporto concessorio tra l'amministrazione e il privato, della cui natura contrattuale si dubitava fino a poco tempo fa.

L'introduzione di questi elementi - su cui torneremo nel corso della ricerca - non può non modificare i connotati del *project financing* - inteso quale schema operativo nella prassi internazionale - il quale, per questa ragione, appare sottoposto ad un processo di adattamento per poter trovare applicazione anche al finanziamento delle opere pubbliche. Un settore questo, soggetto ad una particolare normativa, caratterizzata da elementi pubblicistici legati alla qualificazione soggettiva dell'ente contraente e dell'interesse perseguito. Questa normativa, infatti, se da, un lato, attribuisce prerogative agli enti pubblici, in considerazione del loro status e della funzione che svolgono, dall'altro, impone vincoli e procedure: gli uni e gli altri, non troverebbero applicazione nei rapporti tra privati.

In virtù di tale processo, la figura s'inserisce nell'ambito dell'attività negoziale della pubblica amministrazione, con conseguente estensione ad essa delle problematiche che in termini generali riguardano questo tema (rapporto tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa; limiti di applicazione del diritto privato ed altro). Ne deriva anche la formulazione di una nuova espressione quale quella di "versione pubblicistica del *project financing*", ad indicare la natura dell'oggetto e di una delle parti dell'operazione. Tuttavia, la formula potrebbe essere utilizzata per individuare una figura sostanzialmente diversa e non in senso puramente descrittivo. In questa prospettiva, il tentativo che, modestamente, si vorrebbe compiere è perciò quello di attribuire all'espressione un significato pieno, cioè indicativo di uno schema contrattuale nel quale le differenze che possiamo rilevare rispetto ai progetti tra privati - sia nella fase della formazione che in quella dell'attuazione del sistema contrattuale sottostante - discendono dalla modifica del fine perseguito che non è più solo quello tipico delle applicazioni privatistiche ma quello pubblico connesso alla realizzazione di un'opera di rilevanza generale. Infatti, il ricorso ai capitali

privati per costruire infrastrutture destinate alla collettività deve pur sempre rispondere al miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico che legittima a monte l'intera operazione, sì da giustificare l'inserimento nei documenti programmatici degli interventi pubblici. Con ciò s'intende che l'opera sarà realizzata con il *project financing* nella misura in cui questo risponde ad un interesse pubblico, della cui cura è investita la pubblica amministrazione che partecipa al progetto. Questa, quindi, nel momento in cui entra nell'operazione, diviene veicolo dell'interesse pubblico nell'operazione negoziale.

Questi elementi, se consentono di evidenziare l'evoluzione del modello privatistico di origine internazionale, non permettono però, di mettere bene a fuoco la specificità della figura come accolta nel nostro ordinamento, rispetto agli altri contratti della pubblica amministrazione. Perché quest'obiettivo possa essere raggiunto, riteniamo, che la riflessione debba essere condotta a valutare le differenze, sul piano della struttura e della funzione del contratto, che presentano le figure riconducibili al modello del partenariato pubblico privato, tra cui la finanza di progetto, rispetto agli altri accordi della pubblica amministrazione. Tale risultato comporta, però, la dimostrazione che la realizzazione del diverso atteggiamento dell'amministrazione verso il finanziamento e la realizzazione di opere pubbliche, espresso dal fenomeno del partenariato, richiede l'adozione di nuove e diverse forme di attività negoziale con i soggetti privatistici coinvolti. Queste devono riflettere, infatti, una nuova impostazione del rapporto pubblico privato, nel quale l'amministrazione si è trasformata da proprietaria-gestrice di un'opera in acquirente di un servizio di rilevanza pubblica reso da un privato, riservandosi prerogative di programmazione e di controllo. Ma non è tutto, esse devono, infatti, anche riflettere la centralità assunta dalla fase di gestione dell'opera da parte dei privati rispetto alla sua costruzione. Infatti, la circostanza che dalla gestione efficiente dipende la produzione dei flussi di cassa necessari per soddisfare gli interessi dei privati partecipanti al progetto insieme a quelli pubblici all'utilità promessa, fa sì che debba essere adottata una logica diversa da quella che comunemente ispira l'attività consensuale degli enti pubblici: una logica di collaborazione tra pubblico e privato che condiziona la costruzione della fattispecie e la disciplina giuridica applicabile.

Questa tesi andrà, in primo luogo, verificata sulla base della disciplina speciale della finanza di progetto, per scoprire se e quanto la struttura contrattuale e il regime giuridico siano condizionati dalla posizione assunta dal privato e dalla pubblica amministrazione in questo innovativo contesto. Oggetto di approfondimento saranno soprattutto le norme che si occupano della fase patologica del rapporto contrattuale in quanto dalla previsione dei rimedi per le ipotesi di inadempimento, impossibilità, eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione sarà possibile individuare gli interessi ritenuti meritevoli di tutela e il loro reciproco ruolo all'interno della fattispecie.

Per raggiungere quest'obiettivo si seguirà un metodo diverso da quello comunemente adottato in altre elaborazioni dottrinali, che parte dalle previsioni normative e dalle forme di tutela ivi previste, sul presupposto di una correlazione tra la diversità dei rimedi giuridici e la diversità dell'assetto degli interessi inerenti al rapporto. Per cui, se dalla disciplina dovesse emergere la scelta del legislatore per forme di tutela connotate da elementi di peculiarità rispetto a quelle adottate per il contratto d'appalto pubblico, per gli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della L. 241/1990 e per i contratti in generale, dovrebbe dedursene l'esistenza di un particolare rapporto tra interesse pubblico e interesse privato nella finanza di progetto.

In effetti, nell'esegesi delle norme tenteremo di evidenziare che la specialità della disciplina rispetto a quanto previsto per le altre ipotesi di attività consensuale della pubblica amministrazione è costantemente riconducibile alla particolare tutela che ri-

ceve l'interesse del concessionario alla redditività attesa dal progetto, sul presupposto della stretta connessione tra questo interesse e quello pubblico all'ultimazione dell'opera e all'erogazione del servizio di utilità collettiva. Infatti, anche quando il rimedio tutela in via diretta l'interesse della pubblica amministrazione, ad esso si accompagna solitamente la previsione di una contromisura a difesa delle ragioni del concessionario.

A questo punto, sarà possibile interrogarsi sul fondamento di una certa regolamentazione normativa. Si tratterà, perciò di estendere il procedimento ermeneutico alla ricerca della *ratio iuris* della disciplina speciale della finanza di progetto.

Questa, se intesa quale conformità della norma non soltanto al fine proposto, ma anche alle esigenze determinate dal contesto storico e valutate dall'ordine giuridico secondo la sua logica e la sua coerenza, nel caso in oggetto apparirà legata proprio alla nascita del fenomeno del partenariato pubblico-privato, quale espressione di una nuova concezione del rapporto tra autorità e cittadini. Questi divengono non più semplicemente destinatari dell'azione amministrativa ma anche ausiliari della stessa amministrazione, nel senso che attraverso la loro azione vengono svolti compiti pubblici senza un diretto intervento dell'ente, con l'esclusione di quello di indirizzo e di controllo. Tale evoluzione ha trovato recentemente il proprio riconoscimento giuridico con l'introduzione a livello costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost. u.c.), la quale, quindi si pone come il valore fondante delle figure di partenariato ed in particolare della finanza di progetto, come cercheremo di confermare nel corso della ricerca con una serie di argomentazioni.

Comunemente si ritiene che il merito di questo principio sia stato quello di riformare o almeno di rendere esplicito il processo di modifica che ha investito il rapporto tra lo Stato e i cittadini attribuendo piena legittimazione all'autonomia privata quando svolge un'attività di interesse generale. Al riconoscimento, riteniamo, però che si accompagni anche il problema di un'eventuale *riqualificazione* dell'autonomia privata, perché l'esistenza del vincolo teleologico dell'utilità sociale pare implicare l'aggiunta di obiettivi e limiti al suo esplicarsi, estranei ai rapporti tra privati.

Per altro, la stessa azione amministrativa appare soggetta ad un processo di relativa *riqualificazione*, in quanto i poteri riconosciuti in via generale agli enti pubblici, per modificare unilateralmente o sciogliere il rapporto con il soggetto privato, devono essere esercitati tenendo in considerazione che nei rapporti espressione del principio di sussidiarietà, le sorti dell'interesse privato finiscono per condizionare anche la soddisfazione dell'interesse pubblico connesso ad una certa attività o ad un'opera.

Nell'ambito della ricerca cercheremo di dimostrare che l'impostazione del rapporto tra lo Stato e l'individuo secondo il principio di sussidiarietà conduce alla costruzione della relazione tra i due soggetti in termini di collaborazione, in quanto il coordinamento e la cooperazione risultano le condizioni perché possa trovare soddisfazione l'interesse pubblico insieme con quello privato.

Si tratterà poi di vedere quali conseguenze possano trarsi dall'individuazione nella sussidiarietà orizzontale del valore fondativo dell'operazione contrattuale della finanza di progetto.

La soluzione dipende dalla natura e dall'ambito d'applicazione che si vuole riconoscere alle norme costituzionali ed in specie al principio di sussidiarietà. Norme di carattere programmatico o di valenza precettiva? Norme destinate soltanto al legislatore, il quale è tenuto a darvi attuazione nella produzione normativa pena il giudizio di incostituzionalità della legge, oppure norme direttamente operanti nei rapporti tra cittadini, nel senso che, oltre alle leggi, ogni atto espressione dell'autonomia privata dovrebbe essere tenuto al loro rispetto?

Su queste premesse, si apre un'interessante prospettiva d'indagine in merito alle conseguenze ricavabili dall'applicazione, alla nostra figura, del principio di sussidiarietà, inteso come espressione formale di un principio giuridico generale che permea tutto l'ordinamento. Ciò sul presupposto che in un ordinamento unitario caratterizzato da una pluralità di fonti e di centri di produzione delle norme, i principi costituzionali ed in particolare quello di sussidiarietà orizzontale, hanno un contenuto precettivo, al rispetto del quale non solo le leggi ma anche i privati sono tenuti.

Pertanto, ammesso che il principio di sussidiarietà è in grado di spiegare sotto il profilo funzionale la specialità della normativa della finanza di progetto, questo verrà invocato, quale valore di rango costituzionale, come canone ermeneutico di quella stessa disciplina.

Tuttavia, queste applicazioni non esauriscono le potenzialità della norma costituzionale. In questo senso, due prospettive sembrano ancora da percorrere.

La prima riguarda la possibilità di utilizzare il principio di sussidiarietà per valutare la compatibilità degli istituti previsti dal codice civile, e richiamati in via generale dalla legge per integrare la frammentaria disciplina speciale, al fine di costruire il regime giuridico della finanza di progetto in modo sistematico e assiologicamente orientato al rispetto del valore e degli interessi espressi dalla figura.

La seconda, più 'eversiva' e problematica, è la prospettiva relativa alla possibilità di far discendere direttamente dal principio di sussidiarietà orizzontale norme di comportamento in grado di incidere sul contenuto del rapporto giuridico, sul presupposto che anche gli atti di autonomia privata siano soggetti ai valori fondanti l'ordinamento giuridico.

Alla fine, lo studio dell'intreccio di procedimenti amministrativi e negoziali insiti in un'operazione di *project financing* si rivela una nuova e stimolante occasione per analizzare l'attività negoziale della pubblica amministrazione, nell'ottica della sua evoluzione verso una nuova concezione del ruolo dello Stato e dei cittadini nel perseguimento degli obiettivi d'interesse generale. L'evoluzione del fenomeno investe le tradizionali questioni poste dall'attività contrattuale della pubblica amministrazione ed è in grado di apportarvi nuovi e diversi spunti di riflessione: si pensi al sempre problematico confronto tra autorità e consenso, al rapporto tra interessi pubblici e privati. In particolare, questi ultimi, nel contesto delle figure di partenariato pubblico privato appaiono sempre più difficilmente distinguibili, segno della progressiva sostituzione della concezione tradizionale di interesse pubblico come interesse della pubblica amministrazione superiore e prefissato con una nuova definizione, quale sintesi dei valori delle persone facenti parte della collettività, realizzabile dall'attività dei cittadini. Tutto ciò, però, senza la sostanziale riduzione dell'interesse pubblico a quello dei soggetti privati dotati di una particolare forza economica e politica.

2. Descrizione della figura alla luce della prassi internazionale

Come accennato, il *project financing* è frutto della prassi del commercio internazionale e per questo ha trovato, almeno originariamente, più ampio spazio nella letteratura economica. Per questa ragione, è proprio in quella produzione scientifica⁴ che si può

⁴ Si sono per primi interessati alla figura gli economisti e i giuristi attenti alle dinamiche aziendali e fiscali U. Draetta, "Il project financing" nella prassi del commercio internazionale, in *Diritto del commercio internazionale*, 1994, fasc. 3-4, p. 495; C.L. Appio - V. Donativi *Project financing*, in AA.VV., *L'integrazione tra*

rintracciare la definizione più classica e ricorrente della figura: si parla di “operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell’unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell’unità economica come garanzia collaterale del prestito”⁵.

In realtà, tale definizione è inappagante dal punto di vista strettamente giuridico, non solo perché poco chiara ma anche perché esclusivamente in chiave economica – finanziaria. In effetti, da un lato, le espressioni utilizzate appaiono generiche e atecniche per il giurista e, dall’altro, l’indicazione dei meccanismi giuridici su cui il finanziatore fonda il proprio convincimento in relazione alla ‘autofinanziabilità’ del progetto è carente.

Nonostante ciò tale definizione non può essere ignorata, perché, pur non potendo essere acriticamente trasportata sul piano giuridico, contiene l’indicazione sintetica degli aspetti fondamentali di tale tecnica di finanziamento. Da questa si parte quindi per approfondire la conoscenza della fattispecie.

2.1 Autofinanziamento dell’opera

La suddetta definizione generale evidenzia, sul piano strettamente descrittivo, la caratteristica fondamentale delle operazioni in esame, vale a dire l’attitudine dell’attività economica finanziata a produrre flussi di cassa di segno positivo in grado di rimborsare il prestito ottenuto per finanziare l’attività, garantendo al contempo un’adeguata remunerazione del capitale investito. L’opera realizzabile con il *project financing* deve essere *self-liquidating* (autofinanziantesi), ossia capace di assicurare la restituzione del finanziamento erogato attraverso i proventi che derivano dalla vendita al pubblico dei beni e dei servizi offerti. Perciò, l’iniziativa economica oggetto dell’operazione viene valutata, ed eventualmente finanziata dalle banche, per la sua capacità di generare ricavi, in quanto il rimborso del debito dipende prevalentemente dai ritorni economici del progetto.

Il peso dell’innovazione emerge chiaramente ove si consideri che, mentre gli schemi tradizionali si basano sulla valutazione dell’equilibrio economico-finanziario dell’impresa e sulla predisposizione di garanzie, da parte dei soci, il *project financing* ha per oggetto la valutazione dell’equilibrio economico-finanziario del singolo progetto, giuridicamente ed economicamente indipendente dalle altre attività delle imprese che lo realizzano. Per questo si parla di finanziamento di progetto piuttosto che di finanziamento di un soggetto, sottintendendo un cambiamento di prospettiva: da una dimensione statica, fondata sulla centralità del soggetto finanziato e quindi sulla sua capacità patrimoniale, ad una dimensione dinamica, fondata sulla capacità dello sfruttamento economico dell’opera finanziata nel tempo di ripagare il capitale investito. Questi attributi fanno del *project financing* un modello indispensabile per la realizzazione di progetti industriali di cospicue dimensioni, come dimostrano molte esperienze in vari paesi europei. Inoltre, questa operazione permette la realizzazione di opere pubbliche difficilmente sostenibili con il ricorso al credito tradizionale.

imprese nell’attività internazionale, Torino, 1995, p. 213; Imperatori G., *Il project financing - Una tecnica, una cultura una politica*, Ed. Il Sole 24 Ore Milano, 1995, p. 20; U. Draetta e C. Vaccà, (a cura di), *Il project financing - Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997; M. Lo Cicero, *Impresa, incertezza, investimenti. Dal corporate al project financing*, Torino, 2003

⁵ La definizione è di Nevitt, *Project financing*, (ed. italiana) Cacucci, 1987

Dunque, in prima approssimazione, il *project financing* consiste in un'operazione di finanziamento concernente una determinata iniziativa, promossa e sostenuta da alcuni soggetti, che costituiscono una società allo scopo di realizzarla e gestirla. Il progetto viene poi sottoposto ad altri soggetti (azionisti, istituti di credito), affinché valutino l'opportunità di finanziarla in base alla sua capacità di generare ricavi con cui ripagare il debito e remunerare il capitale di rischio investito.⁶

In questa logica, basandosi il progetto sulla propria capacità di autofinanziarsi, è chiaro che il calcolo dei flussi di cassa che si possono prevedere dalla gestione del progetto rappresenta un momento centrale della fase di ideazione dell'opera⁷.

Nella prassi internazionale, nella prima fase del progetto, i promotori individuano l'opera da realizzare e, con la collaborazione di consulenti esterni, iniziano a raccogliere informazioni sulla sua validità economica. Gli elementi scaturiti da tale analisi sono riuniti in prospetti generali comprendenti studi di fattibilità tecnica – diretti a verificare le condizioni di eseguibilità – e studi di fattibilità economico - riguardanti la redditività dell'opera e la possibilità di recuperare l'investimento-. In tale contesto è realizzato il “*financial model*”, cioè un modello matematico con il quale si simula l'andamento del progetto nel tempo.

Il *cash-flow* previsto dovrà essere in grado di coprire ogni debito, le spese di gestione dell'iniziativa economica ed eventuali spese imprevedute⁸. Tuttavia, dato che la redditività del *project financing* non dipende esclusivamente dal *cash-flow* dell'attività ma anche dalla gestione dei rischi di insuccesso connaturati a interventi di tali dimensioni, i promotori, dopo aver previsto la struttura finanziaria, stabiliscono un piano di ripartizione e di copertura dei rischi. A questo scopo, si predispongono un complesso di accordi e garanzie, definito “*security package*”.

La struttura giuridica e finanziaria, così configurata, è proposta ai finanziatori in un documento estremamente articolato: *l'information memorandum*. La sua funzione è quella di comporre un quadro previsionale unitario di tutti gli elementi raccolti sulla

⁶ A.M. Alberti, *La struttura del project financing*, in *Nuova rass. leg. dottrina giur.*, 1997, p. 1791

⁷ Ogni progetto è divisibile in tre fasi: la fase di identificazione del progetto, la fase di realizzazione del progetto, la fase di gestione del progetto. La prima fase è dedicata all'individuazione dell'opera da realizzare e all'analisi della sua fattibilità, tecnica ed economico-finanziaria. La seconda fase dell'operazione di *project financing* inizia con la costituzione della società, su cui convoglieranno i redditi e i finanziamenti, e con il versamento del capitale proprio da parte degli investitori. Nel caso di opere pubbliche, la società appena costituita partecipa alla gara per ottenere la concessione per la costruzione e gestione del bene. Segue lo stadio in cui si concludono con i terzi contratti di appalto, di fornitura e di gestione. La fase della realizzazione è molto rischiosa per le banche che incominciano ad erogare il prestito quando ancora non è certo che l'opera produrrà reddito. Un primo momento per verificare il rispetto dei termini e delle modalità di svolgimento dell'opera e quindi per sondare le probabilità di successo del progetto, è l'inizio dei lavori. Se questo avviene in ritardo rispetto a quanto previsto e si rendono necessarie modificazioni al piano delineato, è evidente che il successo è già in parte compromesso. La fase di realizzazione termina con il completamento dell'opera a cui segue la fase di gestione. In quest'ultima è possibile separare tre momenti: il primo s'identifica con l'inizio della produzione dei primi flussi. In tale stadio è già possibile constatare se si sono verificati alcuni dei rischi insiti nell'opera; resta comunque l'incertezza se i redditi rispetteranno le previsioni. Nel secondo momento l'opera inizia funzionare a pieno regime generando i flussi di cassa in grado di rimborsare il credito, sostenere le spese di manutenzione e remunerare il capitale investito. In questa fase le uniche incertezze sono legate alla gestione e alla manutenzione dell'opera. L'ultimo stadio prevede, secondo le modalità dello schema B.O.T., il trasferimento del bene all'appaltante ovvero al soggetto pubblico concedente, al termine della concessione.

⁸ Nell'ambito del calcolo andranno previste almeno un'ipotesi realistica, un'ipotesi pessimistica e un'ipotesi ottimistica.

fattibilità del progetto e sulla sua autofinanziabilità di modo che i potenziali finanziatori possano valutare la capacità di copertura del debito e quindi decidere di partecipare all'operazione. Esso, pertanto, costituisce il punto di partenza delle trattative di negoziazione del contratto di finanziamento del progetto tra i suoi promotori e i potenziali investitori.

2.2 Indipendenza economica e giuridica

Da quanto osservato e da quanto pare ricavarsi dalla stessa espressione finanza di progetto, si può sostenere che l'essenza del *project financing* consiste in un'articolata operazione di finanziamento di un singolo progetto imprenditoriale, in grado di rimborsare il capitale investito con i redditi ricavati dalla gestione dell'opera realizzata. Affinché i finanziatori possano sentirsi garantiti del rimborso del debito e possano effettivamente soddisfarsi sui flussi di cassa che derivano dallo sfruttamento economico dell'opera è necessario che il progetto venga isolato dalle altre attività dei soggetti che si fanno promotori dello stesso.

La capacità di isolare il fabbisogno economico del progetto da quello dei singoli partecipanti all'iniziativa, cioè il c.d. *ring fence*⁹, si realizza con la sterilizzazione economica del progetto, e quindi, attraverso il finanziamento fuori bilancio del progetto. Ciò significa che le attività e le passività relative alla nuova iniziativa economica non confluiscono indistintamente nel patrimonio dell'imprenditore che ha ottenuto il prestito. A tal fine, sul piano del diritto, i partecipanti costruiscono un articolato meccanismo giuridico.

Questa situazione di indipendenza tecnica, economica e, come vedremo meglio, anche giuridica del progetto può essere riassunta nel concetto di unità economica. Tale concetto, da un lato, permette di descrivere l'indipendenza della sorte dell'investimento effettuato, visto che il debito contratto è rimborsato con i ricavi dell'opera, e dall'altro, consente di percepire immediatamente la separazione sussistente sotto il profilo giuridico ed economico tra il singolo progetto ed i suoi promotori. Il risultato della logica del *ring fence* è la creazione di una società veicolo finanziario in cui confluisce direttamente il capitale di credito, con vincolo di destinazione delle somme alla realizzazione dell'opera.

In questo modo, le garanzie a tutela del debito offerte dalla società di progetto sono esclusivamente rappresentate dal capitale sociale senza possibilità di interferenze con le altre attività economiche e finanziarie dei soci. L'eventuale fallimento del progetto, perciò, investirebbe solo il capitale di rischio apportato dagli *sponsors* e non si estenderebbe all'intero patrimonio dei soci; viceversa situazioni patologiche che potrebbero interessare gli *sponsors* non si propagherebbero al progetto.

Di conseguenza, i finanziatori non sono esposti al pericolo di eventuali situazioni di insolvenza dei promotori. Attraverso la società di progetto e la sapiente costruzione di un sistema di clausole contrattuali, ai finanziatori è, infatti, garantito il flusso di denaro derivante dall'attività programmata. Solo dopo il rimborso del prestito, la società acquisisce tali redditi, assicurando un'adeguata remunerazione del capitale investito.

⁹ Sul concetto di "*ring fence*" v. in particolare P. Carrière, *Il project financing: profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, p. 33 e p. 90 e sgg., in cui si afferma che «il *ring fence* consiste in quella situazione di isolamento reciproco tra i rischi e le responsabilità che fanno capo al progetto e quelli che fanno capo ai suoi *sponsors*».

Quale effetto connesso, la capacità di indebitamento dei promotori non è diminuita, in quanto essi non si identificano con la *project company* ed è quest'ultima la beneficiaria del credito. Si dice che il progetto è gestito “*off-balance sheet*” dai suoi fautori. Il *project financing*, perciò, fornisce l'opportunità alle imprese di intraprendere importanti investimenti, senza ricorrere interamente a proprie risorse e senza ridurre la propria capacità di debito.

Queste sono alcune delle ragioni che rendono conveniente la creazione della *project company*¹⁰, sia per i promotori che per le banche. D'altra parte, queste ultime partecipano, per la prima volta, ai rischi d'impresa, accettando come unica fonte di rimborso del prestito i redditi dell'opera. Con l'istituto in esame, i finanziatori non svolgono più la funzione tradizionale di concedere credito ad un soggetto contro garanzie da questo prestate; ad essi s'impone una nuova valutazione dei propri compiti istituzionali.

Va detto, però, che siamo di fronte ad un'evoluzione ancora in corso in quanto, nella pratica, accanto ai progetti sostenuti esclusivamente in base alle previsioni sui flussi di cassa e sugli utili dell'attività, senza il sostegno creditizio dei promotori o di terzi, spesso si trovano progetti nei quali ai mutuatari e ai terzi vengono chieste delle garanzie.

Nella prima ipotesi parleremo di *project financing* “*pure o non recourse*” perché, in caso di fallimento dell'iniziativa, il finanziatore può esercitare il diritto di regresso solo verso la *special purpose vehicle* e non nei confronti dei promotori. Ciò significa che sugli investitori grava il rischio relativo a tutta la fase di costruzione dell'opera (fase di promozione, progettazione e realizzazione), nella quale si concentrano quasi tutti i flussi di cassa negativi, mentre quelli positivi sono differiti alla fase successiva, quella della gestione e dello sfruttamento economico.

Si tratta, invece, di *project financing* “*with limited recourse*” quando gli investitori richiedono forme mitigate di partecipazione che si risolvono in un parziale diritto di rivalsa sui promotori e sugli azionisti, in presenza di condizioni concordate. In questa ipotesi – che potremmo definire “spuria” di *project financing*, per la relativa distanza dal modello originario – i promotori conferiscono capitale di rischio, quindi le spese di realizzazione dell'opera gravano sul loro patrimonio, nei limiti del conferimento alla società. Inoltre, i finanziatori possono chiedere la costituzione di garanzie¹¹. Tuttavia,

¹⁰ Sulle caratteristiche della *special purpose vehicle* v. P. Carrière, cit., p. 97 e sgg.; A. Veronelli, *I finanziamenti di progetto. Aspetti societari e contrattuali*, Milano, 1996; Id., *Il project financing*, in *Dig. sez. comm.*, 1999, p. 596; G. Mangialardi, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 237, il quale definisce chiaramente la società «come autonomo centro di imputazione di fattispecie giuridiche e luogo di concentrazione del finanziamento (*special purpose vehicle*), in sostanza, come persona giuridica preposta alla raccolta dei mezzi finanziari necessari» per la realizzazione del progetto.

¹¹ In questo seconda caso, il problema è di stabilire fino a che punto può limitarsi l'indipendenza del progetto senza snaturarne le peculiarità del *project financing*. Non possono essere definiti *project financing* gli investimenti generici a favore di un soggetto, senza cioè un legame stretto tra progetto e finanziamento e in difetto di un sistema di allocazione dei rischi connessi al progetto tra i diversi soggetti che a vario titolo, partecipano all'iniziativa imprenditoriale. Non s'identifica con il *project financing* il sovvenzionamento del progetto affiancato da garanzie dei promotori, tali che il rischio d'impresa ricade su di loro in caso di difetto di “economicità” dell'opera. In tal caso il finanziamento, seppur legato ad un ben preciso ed individuato progetto, risulta realizzato mediante la dazione da parte degli sponsor di garanzie talmente capienti da far assumere loro, direttamente, l'intero rischio dell'inidoneità dell'opera, realizzata con quel finanziamento, a produrre redditi necessari al rimborso e alla remunerazione del capitale investito. Dato che i finanziatori possono rivalersi su di loro in caso di insuccesso dell'iniziativa siamo fuori della logica della finanza di progetto e dentro le tradizionali forme di finanziamento, ove il soggetto che eroga il capitale fa affidamento, per il suo recupero, sul patrimonio dei soggetti finanziati.

quando si verificasse un tale affidamento sui bilanci dei promotori per il rimborso del finanziamento si sarebbe fuori dall'applicazione di tale tecnica.

2.3 Pluralità ed eterogeneità dei soggetti coinvolti

L'operazione economica tipica di *project financing* prevede che due o più imprese, in qualità di *sponsors* o promotrici, decidano di realizzare un progetto, costituendo una società *ad hoc*: la società di progetto a questo punto diviene il centro di una complessa rete di rapporti contrattuali. Questi normalmente sono rappresentati da un contratto di appalto "chiavi in mano" per la costruzione dell'opera, circondato di *performance bonds* e garanzie a prima richiesta a tutela del completamento dell'opera; da un contratto di somministrazione delle materie prime, ove queste siano necessarie per far funzionare l'opera, da uno o più contratti di cessione dei beni o dei servizi prodotti dall'opera. Su tutti questi accordi, 'regna' il contratto di finanziamento, accompagnato da una serie di pattuizioni volte a garantire il rimborso del finanziamento, visto che è esclusa la possibilità di aggredire il patrimonio degli *sponsors*.

Questo, di conseguenza, comporta la partecipazione all'operazione di più soggetti con ruoli differenti e talvolta coincidenti, centri di interessi diversi la cui realizzazione, comunque, dipende dalla conclusione dell'opera. L'intervento di ciascuno s'inserisce, quindi, in un quadro più grande, preordinato al successo del progetto. Per questo si dice che tra i partecipanti si crea una "comunità di interessi".

I soggetti che partecipano ad un *project financing* sono effettivamente molto numerosi, laddove il numero elevato è legato anche all'ingente dimensione dell'operazione¹².

Figura precedentemente sconosciuta al nostro sistema, e quindi assolutamente innovativa, è quella del promotore o *sponsor*: questo, innanzitutto, ha il compito di presentare il progetto di un'opera realizzabile e capace di generare *cash flow* adeguati alla remunerazione del prestito.

Nella prassi spesso accade che gli *sponsors*, si identifichino con altri soggetti: frequentemente assumono il ruolo di gestori, i quali hanno il compito di sviluppare il progetto e di gestire l'iniziativa imprenditoriale intrapresa; di costruttori dell'opera, che possono poi essere titolari di partecipazioni della società di progetto; d'impresе fornitrici di materia prima, che possono avere un interesse commerciale allo sviluppo del progetto, e in generale figurare come controparti della società di progetto. Nella maggior parte dei casi, il naturale interlocutore dei promotori è lo Stato in quanto titolare di particolari prerogative nella materia interessata dall'iniziativa perchè l'opera incide sull'assetto del territorio, sull'erogazione di servizi di pubblica utilità o perchè necessita dell'impiego di risorse naturali non rinnovabili. In tutte queste operazioni perciò la pubblica amministrazione competente è adita dagli *sponsors* affinché venga emanato un atto che autorizza l'attività imprenditoriale, fissandone termini, condizioni e modalità. La pubblica amministrazione aggiudicatrice interverrà, quindi, come ente pubblico concedente.

Altrettanto centrale e determinante è il ruolo assunto dai finanziatori, i quali sono chiamati a svolgere un'analisi diversa da quella a loro più familiare nel momento in cui devono valutare la solvibilità di un progetto. L'aspetto che, però, rende peculiare il loro ruolo nella *project financing*, è il conferimento di un potere di controllo e di ingerenza

¹² A. M. Alberti, *La struttura del project financing*, in *Nuova rass. leg. dottrina giur.*, 1997, p. 1794; C. Salvato, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in C. Vaccà e U. Draetta (a cura di), *Il project financing*, cit., 1997, p. 7 e sgg.

sulle vicende del progetto, giustificato dalla circostanza che il rimborso del finanziamento è direttamente collegato al successo dell'iniziativa e, quindi, dalla partecipazione al rischio d'impresa. Anche su tale argomento avremo modo di tornare ampiamente

Tra gli altri soggetti partecipanti al progetto vanno ricordati, per completezza, i *fornitori*, che provvedono a fornire il materiale necessario per la realizzazione e il funzionamento dell'opera; i *realizzatori*, che si aggiudicano i contratti di costruzione materiale dell'opera (appaltatori o subappaltatori); i *gestori*, che hanno l'incarico di gestire l'opera una volta realizzata.

Non si può dimenticare che, ai fini del successo dell'operazione, svolgono un ruolo importante gli *utenti*, che fruiscono dell'opera o dei servizi da essa offerti nella misura in cui questi corrispondano ai loro interessi. Da ultimo, dipende da loro la redditività del progetto e, dunque, il rimborso del prestito e la remunerazione del capitale investito.

3. La struttura contrattuale del *project financing*

3.1 *Project financing*: un modello complesso di operazione economica a lungo termine

Descritti i tratti distintivi del *project financing*, per come essi sono stati approfonditi nella letteratura economica - aziendalista che per prima si è occupata del tema, l'obiettivo della ricerca di guardare a questa figura in una prospettiva più strettamente giuridica per far emergere le caratteristiche contrattuali dell'operazione, rende opportuno l'approfondimento della riflessione in merito alla particolare struttura negoziale del *project financing*, quale risulta dai modelli giuridici consegnatici dalla prassi commerciale.

Il primo dato che si può evincere è che il *project financing* ha una dimensione nel tempo in quanto il suo programma negoziale trova attuazione in un momento diverso da quello in cui le parti lo hanno concordato.

In virtù di questo scarto cronologico tra il sorgere del rapporto e la sua attuazione, il *project financing* può essere avvicinato alla classe dei contratti di «durata» o «a lungo termine». Nei rapporti di durata, l'interesse delle parti è diretto all'adempimento continuativo per il periodo concordato, per cui il soddisfacimento di tale interesse dipende dalla regolarità dell'attività attuativa degli obblighi assunti, laddove un'esecuzione istantanea mortificherebbe le aspettative dei contraenti¹³.

Questi contratti si distinguono senza difficoltà dai contratti traslativi ad effetti istantanei. La differenza si fonda sulla radicale diversità degli interessi dei contraenti che predispongono una relazione contrattuale a lungo termine rispetto a quelle di chi compie uno scambio istantaneo. Scelte economiche e retroterra commerciale inducono ad adottare un modello contrattuale più articolato, da cui sorge un rapporto ad effetti obbligatori protratti nel tempo.

La nostra dottrina correttamente afferma che il tempo concorre a determinare la struttura del rapporto, ponendosi quale nota individuatrice della prestazione che si

¹³ La distinzione tra le diverse tipologie contrattuali e l'autonomia concettuale dei contratti a lungo termine sono state sempre presenti nella riflessione dottrinale. Di assoluto rilievo sul tema è il contributo di G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, p. 143 ss. L'autore sottolinea la necessità di interrogarsi sull'esistenza della categoria dei «contratti di durata», se si tratti di un tipo contrattuale ed infine se a tale categoria possano essere ricondotte regole particolari dell'ordinamento giuridico.

attua attraverso un adempimento continuato: il mezzo giuridico risulta modellato in considerazione degli obiettivi delle parti. Ne consegue che la dimensione temporale assume carattere causale del contratto, rilevante al fine di individuare il tipo contrattuale¹⁴: il tempo diventa elemento caratterizzante la funzione contrattuale, nel senso che tali rapporti trovano la loro giustificazione nel rispetto del carattere continuativo della prestazione.

In realtà, il codice civile, dedica scarsa attenzione ai contratti a lungo termine e la durata non viene trattata come elemento in grado di individuare un particolare modello contrattuale. Anche quando la durata rappresenta elemento imprescindibile di certi tipi di affari, comunque lo schema di riferimento per disciplinare il contratto è quello dello scambio istantaneo, nel quale la realizzazione dell'assetto negoziale si esaurisce sostanzialmente nel momento della stipula. Oggi, però, questa impostazione deve confrontarsi con l'importanza sempre maggiore che i contratti di durata hanno assunto nella prassi contrattuale degli operatori imprenditoriali. Infatti, «la stipulazione di contratti a lungo termine – siano essi ad esecuzione continuata o periodica ovvero istantanea ma differita nel tempo – si coniuga con la programmazione a medio e lungo termine che caratterizza le attività imprenditoriali più evolute»¹⁵.

In un mercato che si struttura per consentire non solo lo scambio dei beni, bensì prevalentemente l'organizzazione di un'attività che fornisce servizi, emerge la necessità di prevedere, accanto ai contratti traslativi che grazie al consenso trasferiscono la proprietà di una cosa, degli schemi giuridici che, come il *project financing*, consentono la pianificazione nel tempo dell'attività d'impresa per la realizzazione di un risultato comune. In questa fase dell'evoluzione del mercato, i protagonisti dei traffici economici non sono soltanto operatori autonomi, che s'incontrano occasionalmente, ma sono soggetti legati da vincoli duraturi, le cui vicende imprenditoriali sono destinate ad influenzarsi vicendevolmente. In quest'ottica il contratto non è più tanto strumento di composizione di interessi contrapposti quanto spazio di collaborazione tra i vari imprenditori.

Il legislatore ha risposto a questa evoluzione con la previsione di discipline specifiche per alcuni contratti di durata tra imprese come quella sulla subfornitura¹⁶ e sul *francising*¹⁷.

Nei contratti a lungo termine, dunque, il negozio costituisce lo strumento con il quale i soggetti pianificano la realizzazione dei propri affari secondo i criteri più opportuni. Però, in alcuni contratti, di cui il *project financing* è manifestazione paradigmatica, la continuità nell'esecuzione assume un valore ulteriore, essendo preordinata al raggiungimento di un determinato risultato finale. Se, in generale, negli accordi di durata, come nelle forniture a lungo termine delle materie prime o di fonti energetiche, la scelta

¹⁴ G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 107

¹⁵ C.M. D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine*, in R. Tommasini (a cura di), *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, p. 506

¹⁶ Legge 18 giugno 1998, n. 192 – *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*. G.U. 22 giugno 1998, n. 143. I contributi dottrinali in tema di subfornitura sono ormai molto numerosi ma per uno studio dell'operazione come contratto di durata che prevede meccanismi di controllo e gestione del rapporto v. F. Macario, *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata. Il caso della subfornitura*, in Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002 e in *Studi in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005, II, p. 111

¹⁷ Legge 6 maggio 2004, n. 129 – *Norme sulla disciplina dell'affiliazione commerciale* – G.U. 24 maggio 2004, n. 120

del modello contrattuale a lungo termine esprimere l'interesse delle parti a pianificare *ex ante* lo scambio di beni o servizi, oggetto della prestazione, in questa figura la regolarità e la continuità dell'esecuzione, pur rimanendo elementi necessari allo svolgimento del rapporto contrattuale nel tempo, permettono che si raggiunga il completamento del risultato con cui si soddisfa l'interesse dei contraenti dedotto in contratto¹⁸.

Il contratto diviene, quindi, strumento di progettazione delle diverse fasi attraverso le quali si persegue un certo risultato. Con la capillare costruzione dei contratti che compongono la finanza di progetto, tutti i soggetti partecipanti al progetto si impegnano al rispetto dei valori economici attesi ed si assumono la responsabilità delle variazioni connesse direttamente con la propria attività imprenditoriale, per garantire il rispetto delle previsioni relative ai vari stadi del progetto. Diversamente, l'irresponsabile inadempimento degli obblighi contrattuali gravanti sul singolo partecipante rischia di ripercuotersi sull'intero piano dell'iniziativa pregiudicandone il risultato finale.

La pianificazione dell'operazione, come tutte le situazioni di fatto, è fissata in un dato momento storico e rispecchia gli interessi che le parti perseguivano in quel contesto¹⁹. Ma in tale momento storico non si esaurisce anche lo svolgimento del rapporto. Richiamando la distinzione, in vero un po' usurata, tra atto e rapporto, possiamo dire che la progettazione si fissa nella fattispecie mentre il rapporto giuridico – nato dall'atto e costituito dai comportamenti tenuti dalle parti – ha un'esistenza temporale successiva all'atto, prolungata nel tempo e quindi calata in una realtà destinata a mutare²⁰. Questa frattura temporale assume specifica rilevanza in quanto «il tempo modifica ogni cosa»²¹. È possibile che in questo lasso di tempo alcune delle circostanze tenute in considerazione dalle parti al momento della contrattazione vengano meno, oppure sovrappungano nuovi fattori ad incidere sulla valutazione dell'affare.

Il perdurare nel tempo del rapporto giuridico e delle correlate situazioni giuridiche rende sensibile questa fase a tutti quegli accadimenti esterni che possono comunque influenzare l'attuazione e la realizzazione degli interessi sottesi. A prescindere da quei casi in cui le circostanze che si verificano risultano ostative proprio alla realizzazione degli interessi sottostanti al contratto, in quanto fatti radicalmente modificativi o estintivi, nelle altre ipotesi per garantire la piena soddisfazione dell'interesse dei soggetti alla continuità dell'esecuzione si potrà più semplicemente procedere al suo adattamento. Tale interesse pertanto deve essere tenuto distinto nei contratti di durata dall'interesse a dare attuazione allo scambio contrattuale, come fissato nel momento della stipula²². Alcuni eventi esterni al contratto, infatti, pur lasciando inalterato l'interesse all'operazione possono rendere sconveniente per le parti il rispetto delle pattuizioni iniziali.

¹⁸ Cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 47, il quale, dopo aver individuato delle ipotesi di contratti a lungo termine che denotano l'interesse preminente delle parti al raggiungimento di un determinato risultato finale, afferma che «la manifestazione contrattuale che potrebbe essere definita paradigmatica di un siffatto assetto di interessi è costituita dall'operazione economica nota come *project financing*».

¹⁹ A. Falzea, *Voci di teoria generale*, Milano, 1985, p. 344, R. Tommasini, *Revisione del rapporto*, in *Enc. giur.*, Milano, 1989, p. 125

²⁰ E. La Rosa, *Clauseole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in R. Tommasini (a cura di), cit., p. 240

²¹ C. Terranova, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Codice Civile. Commentario*, artt. 1467-1469 diretto da Schlesinger, Milano, 1995, p. 238

²² Invero è il distacco temporale tra il momento della stipulazione e quello dell'esecuzione dell'accordo a comportare la possibilità di distinguere questi due diversi interessi.

Ora, va detto che l'emersione di un interesse dei contraenti alla salvaguardia della continuità dell'esecuzione, anche a fronte di eventi sopravvenuti, ha stimolato una riflessione sulla possibilità di individuare nel nostro ordinamento un principio di modifica del contratto che incide sulle obbligazioni assunte.

In particolare appare chiaro che se la funzione dell'ordinamento è quella di garantire la realizzazione degli interessi dei contraenti, il suo intervento sia essenziale tutte le volte che tale realizzazione pare compromessa. Da qui l'esigenza che l'ordinamento preveda dei meccanismi per modificare o integrare gli effetti disposti, onde ottenere quel rendimento di valore che nelle circostanze date sembra ancora possibile. A questa funzione di conservazione rispondono gli strumenti di controllo del rischio di sopravvenienze.

Alla luce di questo inquadramento, nel corso dell'indagine avremo modo di dimostrare che il *project financing*, sia nella versione privatistica che in quella pubblicistica, in quanto *long term contract*, è esposto ad un'accentuazione del rischio di sopravvenienze per il fisiologico protrarsi del rapporto contrattuale nel tempo.

Tuttavia, l'impressione che si rafforza nel corso della riflessione è che il tema assumo nel nostro caso un rilievo particolare perché vi è una pluralità di rapporti e questi possono trovare piena attuazione solo con il completamento del progetto.

Questi caratteri sembrano implicare una maggiore complessità sia della negoziazione sia della gestione del rapporto in corso di esecuzione, con un presumibile riflesso sull'operatività dei meccanismi di adeguamento contrattuale. Da qui la difficoltà di individuare e di applicare le regole, di fonte legale e convenzionale, volte a conservare la continuità delle relazioni tra i contraenti, ad una figura dai tratti così peculiari.

Nei *project financing* per la realizzazione di opere pubbliche, inoltre, il tema appare ulteriormente complicato dalla presenza del soggetto pubblico, il quale può adottare atti e comportamenti interferenti con la realizzazione del progetto. Basti qui accennare alla regola consolidata secondo cui la pubblica amministrazione, tutte le volte che l'interesse pubblico lo richiede, deve esercitare quei poteri che le sono riconosciuti per modificare in via unilaterale o per far cessare il rapporto. Per cui stabilità e certezza dell'azione amministrativa rappresentano, più che un dato di fatto, un obiettivo da perseguire, quale condizione del successo dell'iniziativa.

Peraltro, una riflessione sulle questioni attinenti alla politica di gestione dell'operazione contrattuale di finanza di progetto viene sollecitata, oltre che dalla ricostruzione della stessa in termini di contratto di durata, anche dalla definizione che ne hanno dato alcuni studiosi in termini di "contratto complesso". Secondo questi autori, appartenenti alla letteratura giuridica-commerciale straniera²³, nel *project financing*, infatti, deve essere sottolineata la natura di contratto di durata finalizzato ad un risultato, conseguibile soltanto con un'operazione negoziale complessa.

Secondo questa teoria, il contratto complesso rappresenterebbe una nuova classe di contratti, cui dovrebbero essere ricondotti tutta una serie di fattispecie, come il *leverage buy-out*, i contratti di somministrazione di materie prime o energia, i contratti di

²³ La relazione tra ampliamento del mercato e sviluppo della figura contrattuale nel senso di una sempre maggiore complessità è stata indicata sottolineata, tra gli altri da M. Weber, nel libro *Economia e società*, III Sociologia del diritto, Milano, 1995, traduzione in italiano dell'opera *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1925, che a pag. 19 afferma: «la misura della libertà contrattuale, cioè dei negozi giuridici il cui contenuto viene garantito come "valido" dal potere coercitivo [...] è naturalmente funzione, in primo luogo, dell'estensione del mercato». L'autore continua affermando che «con ogni ampliamento del mercato questi negozi giuridici diventano sempre più numerosi e complessi».

appalto pubblici e privati, i contratti di *engineering*, i contratti di gestione conto terzi, i contratti di *joint-ventures*, che hanno la caratteristica comune di attenersi ad operazioni economicamente complesse.

Ebbene, al di là della possibilità di individuare una vera e propria categoria contrattuale, gli esiti di questa riflessione e la qualificazione del *project financing* nei suddetti termini meritano di essere ricordati nella misura in cui mettono in rilievo la sussistenza di operazioni nelle quali la complessità del substrato economico richiede un'articolata struttura contrattuale e particolari tecniche di gestione del rapporto: le parti stipulanti non si limitano a convenire il semplice scambio di un determinato bene o servizio a fronte del corrispettivo fissato ma disegnano una struttura negoziale molto articolata. Ad esempio, i contraenti possono prevedere che una di esse oltre a realizzare un determinato impianto provveda alla produzione e vendita dei beni prodotti dallo stabilimento. In questi contratti, l'individuazione delle rispettive obbligazioni e della loro precisa portata si presenta più difficile che nei contratti in cui lo scambio è immediato oppure in quei contratti di lungo termine in cui le posizioni giuridiche delle parti sono ordinate in modo più semplice.

Va inoltre, sottolineato che nel *project financing*, come in altri contratti riconducibili a questo genere di operazione, la complessità delle relazioni e la dimensione temporale si pongono in funzione del recupero degli ingenti investimenti effettuati. Nel caso in esame in particolare, la costruzione - anche attraverso il legame di più contratti - di un'ampia relazione d'affari, volta a perseguire un risultato in un lasso di tempo, si accompagna all'effettuazione di investimenti consistenti e specifici. Con il termine «investimenti specifici» si fa riferimento a quegli investimenti durevoli che le parti compiono nell'ambito di una determinata operazione economica, il cui valore in impieghi alternativi è inferiore a quello che l'investimento ha nell'uso specifico che ne viene fatto nell'operazione.

Effettuati tali investimenti, ciascuna parte è strettamente dipendente dall'altra, dal momento che, se la relazione si interrompe, essa perde, per definizione, gli investimenti specifici non trasferibili verso altri impieghi²⁴. Poiché entrambe le parti possono trarre beneficio dagli investimenti effettuati solo se dura il loro rapporto, è evidente che tutte hanno interesse a tenere in vita il contratto il più a lungo possibile.

Per queste sue caratteristiche, nei contratti complessi non rileva il semplice scambio di prestazioni, quanto l'adempimento di obblighi di collaborazione e cooperazione, funzionali alla completa realizzazione dell'operazione economica posta in essere dalle parti. Pertanto, in queste fattispecie assume un ruolo centrale il tema della gestione del rapporto e dell'amministrazione degli effetti di circostanze sopravvenute.

3.2 Da una visione economica ad una ricostruzione giuridica

La definizione del *project financing* come “contratto complesso” per quanto la nozione sia assolutamente discutibile, mette però giustamente in evidenza il rapporto tra complessità dell'operazione economica sottostante e complessità del regolamento negoziale.

²⁴ Sul punto cfr. E. Guerinoni, *Il contratto incompleto*, in *Piccola e media impresa*, 2006, fasc. 6, p. 14 il quale richiama, come esempio, i contratti di fornitura “chiavi in mano”: «In questi casi il fornitore sarà indotto dal compratore ad acquistare beni capitali specifici per il contratto in oggetto. Nella misura in cui tali beni hanno un valore inferiore in usi alternativi a quello per il quale sono destinati, il fornitore è prigioniero del contratto, ossia egli non può sciogliersi da questo senza subire delle perdite economiche rilevanti».

Abbiamo sopra accennato come, dal punto di vista *economico*, la varietà delle attività inerenti la copertura finanziaria, la costruzione, la gestione, siano aspetti di un unico, articolato progetto economico. Queste diverse attività, sul piano *giuridico*, si traducono in una pluralità di contratti tra loro connessi, aventi come centro di imputazione la *project company*. Si crea così una trama di relazioni contrattuali, un “sistema di contratti”, incentrato su quello principale di finanziamento, allo scopo di “ingabbiare” l’operazione. Per descrivere questo aspetto, in un’ottica giuridica, ossia per indicare in modo sintetico l’esistenza di una combinazione di relazioni, tra una pluralità di soggetti differenti si può parlare di “unità economica”, quale oggetto dell’iniziativa. Nella logica del diritto, il progetto comune a più soggetti si cala in una struttura negoziale complessa in cui ciascun contratto, attraverso un’intensa attività di negoziazione, diviene parte integrante della più ampia rete contrattuale attraverso un’intensa attività di negoziazione di tutti gli interventi nel progetto. Ne emerge una figura dalla complessità particolarmente elevata, non riconducibile ad uno schema semplice ed unitario, segno di quell’evoluzione dei traffici economici che, scostandosi sempre più dai modelli semplici, propri di un’economia meno evoluta, divengono via via più articolati, finendo con il richiedere forme giuridiche adeguate alla maggiore complessità dei mercati ed alle novità che l’internazionalizzazione degli stessi comporta²⁵. Dove i tipi legali²⁶ appaiono insufficienti, il mercato crea nuovi modelli negoziali. Alcuni acquisiscono una tipicità sociale, altri sono il frutto dell’impiego di modelli contrattuali previsti nel diritto civile, ma piegati per la concretizzazione di cause diverse da quelle fissate dal legislatore²⁷. Altre volte ancora, i contratti interagiscono tra di loro, generando operazioni multicontrattuali volte a regolare sottostanti operazioni economiche altrettanto complesse²⁸. Tra queste deve essere ricondotta la figura del *project financing*.

Proprio la combinazione degli elementi contrattuali nel *project financing* pone le maggiori difficoltà di qualificazione della fattispecie. Infatti, se letta in una prospettiva atomistica, la finanza di progetto, risolvendosi in una serie di figure contrattuali note, non pone un reale problema di definizione e di disciplina. Seguendo questo approccio, il rischio, però, sarebbe quello di non percepire l’unitarietà del fenomeno economico sottostante, oltre che di non comprendere la *ratio* di particolari previsioni contrattuali, inserite nei singoli negozi nell’ottica di un regolamento complessivo della fattispecie.

Pertanto, per tentare di far pienamente coincidere forma giuridica e realtà economica, anche al fine di individuare le regole giuridiche più conformi all’assenza della figura, questa deve essere ricostruita ed interpretata nella sua dimensione unitaria. Senz’altro questa è una delle questioni di fondo poste dal *project financing*, perché, implica l’individuazione di uno strumento giuridico che, a fronte della pluralità dei negozi, riesca a rendere sul piano del diritto quel concetto di unità in cui si riassume l’aspetto

²⁵ Cfr. L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, G. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile 3 - Obbligazioni e contratti*, Torino, 2000, pp. 624-625

²⁶ V. Roppo *Il contratto*, Milano, 2001, p. 418 sgg., definisce il tipo contrattuale come modello di operazione economica attuata mediante contratto nota e diffusa nella vita di relazione, avente lo scopo di determinare le regole applicabili ai rapporti contrattuali appartenenti al tipo e quindi i diritti e gli obblighi delle parti.

²⁷ Ne sono un esempio i negozi indiretti ed il contratto fiduciario.

²⁸ Si occupa del tema il contributo di A. D’Angelo, *Contratto ed operazione economica*, in G. Alpa - M. Bes-sone (a cura di), *I contratti in generale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigavi, Torino, 1999, vol. I, p. 256 e sgg. In tali casi si fa sovente ricorso alla tecnica del collegamento negoziale.

della complessità dell'operazione economica e della comunità di interessi e di destino tra i vari partecipanti²⁹. La questione è se, al di là dei singoli contratti conclusi, possa ravvisarsi una figura concettuale, dotata di un'efficacia ricostruttiva tale da fornire una giustificazione sistematica della fattispecie.

Su queste premesse, la questione della qualificazione giuridica del *project financing*, non può che partire dallo studio dei nessi tra le varie figure contrattuali, costruiti dalle parti al momento della regolamentazione dell'operazione. Questi, infatti, appaiono come l'elemento principale per la costruzione di una struttura organica, in cui i singoli accordi risultano piegati e contaminati da una logica unitaria e superiore. Successivamente si tratterà di vedere se la definizione di una struttura negoziale con queste caratteristiche richieda l'emersione di una nuova categoria ordinante.

3.3 La soluzione tecnica nella prassi internazionale

Nell'esperienza internazionale, il tentativo di superare la dicotomia *unità dell'operazione economica/pluralità dei contratti*, passa per la costruzione di specifici nessi relazionali tra i contratti.

I modelli contrattuali consegnateci dalla prassi di *common law*, mostrano che tali nessi si concretizzano in particolari clausole inserite nei singoli negozi, per instaurare un regolamento unitario degli interessi.

A questo fine, le clausole più frequenti cui si ricorre sono le clausole di forza maggiore, nelle quali si indicano convenzionalmente gli accadimenti che, incidendo negativamente sull'esecuzione di un determinato contratto, vengono considerati come causa di impossibilità della prestazione dedotta in altro contratto, in modo da evitare la propagazione dell'effetto dannoso. Altre volte gli stessi eventi vengono assunti quali condizioni sospensive o risolutive del rapporto derivante da altri accordi. Spesso nei contratti commerciali conclusi dalla società di progetto, a questa è concesso il diritto di recedere, laddove non sia più possibile conseguire la realizzazione dell'opera. Frequentemente per delimitare l'assunzione da parte dei diversi contraenti dei rischi insiti nell'operazione vengono inserite delle clausole penali. Lo strumento più significativo, su cui avremo modo di tornare, è però rappresentato dalla clausola di "*take and pay*", che prevede l'assunzione da parte del compratore di un obbligo incondizionato a pagare, indipendentemente dall'avvenuta consegna dei prodotti o servizi, oggetto della compravendita, e la rinuncia a qualsiasi causa di scusabilità dell'inadempimento del compratore stesso. Essa s'inserisce generalmente nel contratto di somministrazione per garantire i pagamenti minimi necessari per rimborsare il finanziamento ottenuto dalla società di progetto. La clausola è evidente segno di uno stretto nesso tra il contratto di finanziamento e il suddetto contratto di somministrazione.

Con l'inserzione nei singoli contratti di tali clausole si costruisce il c.d. «sistema dei vasi comunicanti»³⁰. Attraverso questo sistema, individuate le circostanze negative che possono interessare i vari contratti, si calcolano le conseguenze che possono derivarne sugli altri accordi e si cerca di regolarne la propagazione.

²⁹ A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003, p. 51

³⁰ Per esempio nel caso di *project financing* per la costruzione e gestione di una centrale elettrica, il mancato ritiro di elettricità da parte dell'acquirente viene indicato come causa di forza maggiore rispetto all'obbligo di acquistare il combustibile, gravante sulla società di progetto.

Questa soluzione tecnica richiede un'intensa attività di negoziazione dei singoli aspetti del progetto e una capillare redazione dei relativi accordi. Ne consegue un'ampia valorizzazione del rinvio all'intervento delle parti contraenti e del principio dell'autonomia contrattuale, che ne è il presupposto concettuale.

Attraverso l'estrema "contrattualizzazione" di ogni aspetto rilevante dell'iniziativa imprenditoriale e la regolamentazione con le suddette clausole delle relazioni di interdipendenza tra i negozi si costruisce "un'unità economica", giuridicamente ed economicamente descrivibile in poche e predefinite relazioni negoziali coordinate tra di loro ed aventi un unico centro di imputazione.

Grazie a questa peculiare tecnica, i diversi rapporti amministrativi, contrattuali e societari risultano tenuti insieme da un'incisiva logica di «coesione» e di «stabilità», espressione di una comunità di interessi e di destino³¹, che rappresenta l'essenza del fenomeno in esame.

3.4 La funzione tipica del *project financing*

A partire dalle considerazioni sopra svolte, si tratta ora di capire meglio quale sia la natura del coordinamento tra le varie attività inerenti il progetto e di vedere se effettivamente può parlarsi di comunione di interessi tra le parti.

Solo successivamente potrà cercarsi nel nostro ordinamento lo strumento giuridico in grado di far emergere la dimensione unitaria dell'operazione e di garantire, quindi, al sistema negoziale una coerenza interna, al di là dell'aspetto formale dell'autonomia dei vari rapporti. È diffusa infatti nel nostro pensiero giuridico l'idea che l'individuazione di un eventuale assetto economico unitario d'interessi, rappresenti il primo sentore dell'esistenza di un legame tra le singole attività e quindi tra i relativi accordi. In altri termini, l'unitario assetto economico, quale fattore di connessione tra una pluralità di attività, sarebbe il presupposto che consentirebbe di ricostruire la figura in termini unitari anche sul piano contrattuale, superando la strutturale indipendenza dei singoli accordi.

Orbene, tale complessivo regolamento di interessi esisterebbe nella nostra figura e sarebbe finalizzato alla realizzazione e gestione nel tempo di un'opera attraverso un sistema di allocazione tra tutti i partecipanti dei rischi, ossia di quegli eventi che, soprattutto nel caso di progetti di grandi dimensioni o di particolare durata, possono causare uno scostamento negativo dei flussi di cassa generati dall'opera rispetto ai ritorni economici attesi³². Infatti, le diverse relazioni contrattuali si pongono come teleologicamente preordinate alla realizzazione dell'iniziativa e quindi, indirettamente, alla produzione del flusso di denaro preventivato, nella misura in grado di remunerare il finanziamento erogato. Perciò si può dire che l'intera rete dei rapporti negoziali risulta finalizzata alla realizzazione e alla gestione, in un arco di tempo medio/lungo, di un progetto autofinanziabile.

La creazione di questo complessivo regolamento contrattuale si pone come risposta all'interesse comune di realizzare progetti di grande entità, senza un'eccessiva esposizione debitoria e con una controllata assunzione di rischi.

³¹ Cfr. M. Miscali, *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in U. Draetta e C. Vacca (a cura di), cit. p. 84; P. Carrière, *Il project financing: profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 33 e anche p. 67.

³² Gli autori che si sono occupati della materia hanno giustamente individuato le multiformi e variegate situazioni di rischio, parlando di rischio di completamento, economico, politico e finanziario.

Tale scopo, incanalato nell'assetto complessivo delle varie relazioni giuridiche, nonché nei singoli contratti attraverso l'inserzione di clausole particolari, rappresenta la funzione perseguita dall'intera operazione. Poiché si tratta di una finalità ulteriore, che trascende quella dei singoli contratti, se ne può dedurre che l'interesse di ogni parte è volto insieme alla soddisfazione dei propri crediti e al raggiungimento dello scopo finale. Anzi, si può dire che la soddisfazione dell'interesse personale è condizionato dal successo del progetto, in quanto non realizzabile singolarmente.

Basti osservare che il promotore, nei casi in cui è destinato a divenire futuro proprietario dell'opera, ha come interesse la conclusione dell'opera e il suo acquisto per ottenere redditi; il finanziatore ha interesse a che l'opera sia costruita e gestita proficuamente affinché produca flussi di cassa idonei a ripagare il finanziamento da lui concesso, l'appaltatore, ottenuta la commissione da parte della società di progetto, ha interesse alla costruzione dell'opera per ottenere la sua controprestazione, così l'eventuale società di gestione, spesso chiamata a compiere un'attività di gestione ottimale dell'impianto realizzato.

Dato che tutte le relazioni sono finalizzate ad un unico risultato, ciascuna presuppone l'altra, creandosi così una peculiare forma di continuità tra i contratti, per cui, in mancanza di uno degli elementi del "sistema", lo scopo ultimo non può essere raggiunto. Perciò, il grado di probabilità per le parti di realizzare il progetto con successo e di soddisfare i propri interessi dipende, nella logica di coesione che caratterizza la figura, dal rispetto degli impegni assunti da tutte le parti. Il che dipende, d'altra parte, anche dall'esatta ripartizione tra i vari partecipanti dei rischi insiti nel progetto. Questi vengono precisamente individuati e distribuiti tra i soggetti, mediante opportune previsioni contenute nei distinti rapporti contrattuali³³.

È sulla base di questi elementi che alcuni autori³⁴ hanno identificato la specificità del *project financing* proprio nella costruzione di un complesso organismo articolato in diverse relazioni giuridiche e negoziali, coordinate e coese tra di loro, che danno vita ad una comunità di interessi e di destino in uno scenario di lungo periodo.

Se dunque unitario è l'assetto degli interessi sottostanti al *project financing* e la funzione dell'operazione, allora anche sul piano più propriamente negoziale la fattispecie deve essere ricostruita in termini unitari. Si tratta ora di individuare nel nostro ordinamento lo strumento più idoneo a tradurre queste caratteristiche.

3.5 Il collegamento contrattuale

Nel nostro sistema, lo strumento per tessere una struttura contrattuale complessa nel rispetto della suddetta funzione unitaria può essere individuato nel concetto di

³³ Cfr. C. Paglietti, *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 312, secondo cui il *project financing* può agevolmente e coerentemente definirsi come un'operazione al tempo stesso unitaria e frazionabile, in cui ogni contratto mantiene la propria individualità, ed esplica i propri effetti *uti singuli*, ma nella previsione del conseguimento di un fine ulteriore e comune.

³⁴ M. Miscali, *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, cit., p. 8; P. Carrière, cit., p. 33. Diversamente, M. Robles, *Il project financing «pubblico» e formazione del consenso negoziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, fasc. 4, p. 817 solleva spunti di criticità circa questa ricostruzione: «emergono e confliggono una diversità di interessi di non sempre agevole composizione, rispecchiati non solo dall'eterogenea posizione giuridica, solo tendenzialmente paritetica in virtù della presenza della parte pubblica, rivestita dai soggetti coinvolti; ma anche dalla conseguente configurazione negoziale di tali interessi, che appare mal conciliarsi con una struttura a catena», ovvero con l'aspirazione all'unicità dell'assetto di interessi che si vorrebbe predisporre.

collegamento contrattuale³⁵, inteso nella sua accezione più ampia e comprensiva di diverse ipotesi. Tradizionalmente il collegamento ricorre ogni volta in cui

[...]le parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale, danno vita, contestualmente o no, a diversi e distinti contratti, i quali caratterizzandosi ognuno in funzione della propria causa e conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, alla cui disciplina rispettivamente sono sottoposti, vengono tuttavia concepiti e voluti come funzionalmente e teleologicamente collegati tra loro e posti in rapporto di reciproca dipendenza cosicché le vicende dell'uno debbono ripercuotersi sull'altro, condizionandone validità ed efficacia (Cass., 6 settembre 1991, n. 9388)³⁶.

La volontà delle parti di realizzare un risultato economico unitario e complesso non si concretizza in un singolo contratto, bensì in una pluralità di negozi finalizzati ad un regolamento unitario di interessi. E ciò trova riscontro nella figura del *project financing* nella consapevolezza di tutti i contraenti che il singolo negozio costituisce parte del più ampio mosaico negoziale in cui si estrinseca il progetto.

Il collegamento è quindi caratterizzato da due elementi: l'uno oggettivo, rappresentato dal nesso teleologico tra i contratti; l'altro soggettivo, costituito dall'intento delle parti di realizzare un fine ulteriore³⁷. Tuttavia, leggendo attentamente la dottrina e le massime sul tema si nota che in realtà l'esistenza del collegamento viene desunta in concreto dalla valutazione degli interessi, per cui assume un valore decisivo l'elemento oggettivo. Dunque, specialmente nelle opinioni più recenti³⁸ si assiste ad un passaggio dalla valutazione della volontà delle parti alla ricerca e tutela degli interessi concretamente perseguiti con il contratto. In particolare, il criterio distintivo delle ipotesi di collegamento contrattuale non è individuato in aspetti formali (es. contestualità della conclusione dei contratti, unità o pluralità di documenti contrattuali) o soggettivi (volontà), ma nella costruzione di un unico regolamento negoziale, seppur attuato con una pluralità coordinata di contratti. Questo consiste in un risultato economico complessivo che le parti riescono ad ottenere solamente legando tra di loro contratti (tipici o atipici) dotati di causa autonoma.

³⁵ La bibliografia sui contratti collegati è vastissima. Tra i contributi più significativi si segnalano: M. Giorgianni, *Negozi giuridici collegati* in *Riv. it. Sc. Giur.*, 1937, p. 3 e sgg.; R. Scognamiglio, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1970, p. 375; C. M. Bianca, *Diritto Civile, III, Il contratto*, 1984, p. 454; S.O. Cascio. C. Argiroffi, voce *Contratti misti contratti collegati*, in *Enc. Giur. Trec.*, X, Roma, 1988, p. 1; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, p. 193, 2° ed., 1993, p. 188. C. De Mari, *Collegamento negoziale materiale e legittimazione all'azione di nullità*, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 1076 e sgg.; C. Colombo, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, 1999, p. 465; G. Ferrando, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 127; F. Maisto, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000, V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 387

³⁶ Così Cass., 6 settembre 1991, n. 9388 in *Mass. Foro it.*, 1992. In senso conforme le più recenti pronunce: Cass. 13 novembre 1996 n. 9938 in *Foro it.*, 1997, I, 1203; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733, *ivi*, 1996, I, 2126; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645, in *Rass. loc. cond.*, 1995, 488.

³⁷ Tale struttura del collegamento è espressa, nella prima trattazione organica della materia, da M. Giorgianni, *cit.*, p. 3 e sgg.

³⁸ Cfr. G. Ferrando, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 594-595. In questo senso si esprime anche Cass., 18 gennaio 1988, n. 231, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1214; 20 novembre 1992, n. 12401, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 174 con nota di Mariconda; Cass., 6 ottobre 1994, n. 8188 in *Giur.it.*, 1995, I, 1, c. 768 con nota di Arnone, *Collegamento negoziale e revocatoria: qualche osservazione*; Cass., 18 luglio 2003, n. 11240, in *I contratti*, 2004, n. 2, p. 118

Ai nostri fini, il ruolo fondamentale che nella nozione assume pertanto l'assetto unitario degli interessi, cui il collegamento è finalizzato, è l'elemento che fonda e consolida la ricostruzione del *project financing* in termini di collegamento negoziale, in quanto, come abbiamo visto, questo si caratterizza per una regolamentazione unitaria degli interventi di tutti i partecipanti al progetto.

Il collegamento può assumere un aspetto diverso, secondo l'intensità del vincolo che lega i vari negozi. Il collegamento innanzitutto si può distinguere in base alla sua fonte, in quanto può essere espressione oltre che della volontà delle parti anche della natura dei contratti così come delineati nel nostro ordinamento (collegamento legale o necessario)³⁹. In particolare, il collegamento volontario è la risultante dell'attività regolativa delle parti, le quali nell'esercizio dell'autonomia loro riconosciuta dall'art. 1322 del codice civile, per realizzare un regolamento unitario di interessi possono combinare vari contratti, purché il risultato finale non sia in frode alla legge e non contrasti con le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume.

In ragione del fatto che il rapporto di dipendenza tra i contratti sia reciproco o meno, si configura un collegamento unilaterale ovvero bilaterale: con il primo s'intende la situazione di dipendenza di un contratto dall'altro; con il secondo si allude all'interdipendenza tra i contratti, tale per cui l'uno dipende dagli altri e viceversa. Una parte della dottrina che si è occupata del tema ha rilevato che nel *project financing* i diversi contratti dell'operazione sono collegati a quello principale di finanziamento per cui il nesso tra gli stessi sarebbe di dipendenza e quindi il collegamento sarebbe di tipo unilaterale⁴⁰. Tuttavia, la tesi del collegamento unilaterale non sembra cogliere nel segno perché non dà una ricostruzione coerente della prassi economica e commerciale in grado di fornire una ricostruzione sistematica del fenomeno e quindi di risolvere i problemi di compatibilità con il nostro ordinamento. In realtà, è vero che ruotano intorno al contratto di finanziamento del progetto una serie di altri accordi che si trovano in una posizione accessoria rispetto allo stesso, ma questo non è sufficiente per ridurre il *project financing* ad una tecnica di finanziamento. Rimarrebbero fuori, infatti, da questa qualificazione i vari contratti di fornitura e somministrazione, che non ineriscono direttamente al profilo del finanziamento dell'iniziativa e che pure rappresentano una parte essenziale dell'operazione economica unitaria⁴¹. L'articolazione della rete contrattuale è tale che sembra piuttosto integrata l'ipotesi del collegamento volontario funzionale e bilaterale.⁴²

³⁹ La dottrina attuale ritiene il collegamento necessario poco rilevante perché, quando il legame tra i contratti è previsto «da una norma di legge, è questa a stabilire che un contratto si pone come presupposto di validità ed efficacia di un altro, ed i problemi di interferenze reciproche andranno risolti mediante l'interpretazione di norme di legge». In questo senso si è espressa G. Ferrando, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giuris. civ. comm.*, 1977, II, p. 235). Comunque, sia nel caso di collegamento volontario che necessario rimangono uguali gli effetti della presenza del nesso tra i contratti, in termini di ripercussioni delle vicende dell'uno sull'altro.

⁴⁰ F. Visco, *Il project financing e le convenzioni arbitrali*, in *Dir. comm. int.*, 1994, p. 146

⁴¹ In questo senso si muovono le obiezioni di G. Rabitti, *Il project finance e il collegamento contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1996, p. 242; C. Paglietti, *Profili civilistici del project financing*, in cit., p. 301

⁴² Secondo diverso orientamento (A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., p. 309 e ss.) il *project financing* non è configurabile come collegamento negoziale in quanto quest'ultimo si riferisce solo alle ipotesi di contratto di scambio, mentre la nostra figura si collocherebbe in una prospettiva diversa realizzando un sistema di distribuzione dei rischi connessi alla costruzione del progetto tra i diversi partecipanti. Perciò, dovrebbe riconoscersi la persistenza di singoli rapporti generati dai diversi accordi conclusi tra le parti, salvo poi a rilevare l'incidenza degli effetti dei contratti gli uni su gli altri. Anche questa posizione non è

Tuttavia, parte della dottrina si spinge oltre, qualificando la rete dei contratti e degli atti di cui si compone il *project financing*, non solo come uno schema particolarmente complesso di collegamento, ma come un'ipotesi di "operazione economica"⁴³. Questa qualificazione, infatti, permetterebbe di valorizzare l'unitarietà del piano di interessi perseguito dalle parti, trascendendo la pluralità dei singoli schemi contrattuali. E questo sulla base dell'idea che i tipi contrattuali siano inidonei ad esprimere l'unità dell'operazione su cui si fonda il programma negoziale. Ne conseguirebbe uno spostamento dell'angolo di visuale dal singolo negozio all'operazione complessiva, da una logica statica ad una dinamica⁴⁴.

I connotati di tale figura sono, però, tutt'altro che pacifici. Se comunemente le si riconosce il ruolo di strumento interpretativo di fattispecie che sul piano strutturale si manifestano in forma particolarmente articolata, le opinioni più radicali ritengono che si tratti di una nuova categoria giuridica nella quale poter sussumere l'insieme dei contratti. Pertanto, l'operazione economica (ovvero gli interessi che nell'ambito dell'operazione economica sono perseguiti dai contraenti) non si tradurrebbe, per assumere rilevanza giuridica, nel classico schema contrattuale, ma diverrebbe un ulteriore concetto ordinante.

Essa permetterebbe di individuare una fattispecie ulteriore e diversa dai singoli contratti, una sorta di "sovra-contratto", idonea a divenire *ex se* fonte di effetti aggiuntivi. I singoli negozi non assumerebbero più rilevanza individuale, ma svolgerebbero, nell'unità dell'operazione, la medesima funzione a cui adempiono le singole clausole all'interno di un contratto.⁴⁵

Corollario di questa ricostruzione, sarebbe l'individuazione di una vera e propria causa dell'operazione che influenzerebbe tutti gli elementi costitutivi di per sé già dotati di una propria causa tipica - piegandoli ad una logica unitaria ed esterna rispetto al loro contenuto, cioè alla logica dell'operazione complessa⁴⁶. Inoltre, ne deriverebbe l'attribuzione ai soggetti di un ruolo ibrido, né contraenti né terzi, ma parti dell'intera operazione di cui i singoli negozi sono parziali momenti di rilevanza giuridica.

del tutto convincente perché la visione atomistica dell'iniziativa sminuisce la tutela dei soggetti coinvolti nel caso si verificano eventi relativi ad un altro rapporto in grado di far fallire tutta l'operazione. In secondo luogo, questa tesi non individua precisamente il fine unitario comune a tutti i soggetti coinvolti nell'operazione nella realizzazione e gestione del progetto. Se tale interesse comune rappresenta la funzione complessiva dell'iniziativa, la ponderata distribuzione dei rischi è la tecnica che permette di perseguire tale obiettivo ad ogni *partners*, ma non rappresenta la causa dell'operazione.

⁴³ L'operazione economica indica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento degli interessi, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano. Secondo i sostenitori della nozione (E. Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93; Id., *Il contratto e le sue classificazioni*, ivi, 1997, I, p. 772 e sgg.) la nozione permette di far coesistere l'unità del contratto-operazione economica con la pluralità dei negozi attraverso la riduzione ad unità dei diversi elementi. Questo concetto è stato variamente richiamato da A. D'Angelo, *Contratto ed operazione economica*, cit., p. 291 e sgg.; C. Colombo, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, cit. p. 257 e sgg.; G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1984, p. 54 e sgg.; P. Perlingeri, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 232.

⁴⁴ G. Palermo, *Divergenza e incompatibilità tra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, III, p. 643-646

⁴⁵ Per l'individuazione dei diversi livelli, cfr. M. Nuzzo, voce *Negozio giuridico*, IV) *Negozio illecito*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990, vol. XX, pp. 7 e 8

⁴⁶ Cfr. F. Muratori, cit., p. 514; G.L. Rabitti, cit., p. 345-346

La ricostruzione non persuade completamente. I dubbi si appuntano sulle modalità del passaggio dalla pluralità dei contratti con soggetti diversi, strutturalmente autonomi e distinti, al superiore rapporto negoziale di cui sarebbero parti ciascuno dei contraenti dei singoli contratti e sulla configurazione della causa dell'intera operazione aggiuntiva a quella dei singoli contratti. A ciò si aggiunga che questa tesi implica la compresenza di un contratto "globale" e dei singoli contratti che concorrono a formarlo, mentre, in effetti, il contratto derivante dal collegamento non è un qualcosa di diverso da quelli collegati: si tratta degli stessi contratti considerati nel loro insieme. Nella sostanza, l'individuazione degli elementi costitutivi (causa, forma, oggetto) di questa ulteriore fattispecie, proposta da alcuni autori⁴⁷, risulta un po' artificiosa.

In considerazione delle incertezze sui confini e sulla struttura della figura, ci sembra che "l'operazione economica" non possa assumere valore di nuova categoria giuridica nella quale inquadrare la molteplicità delle relazioni che strutturano la finanza di progetto, esaurendo la sua funzione nella descrizione del dato empirico⁴⁸ e sul piano ermeneutico.

Non si vuole con ciò negare l'esigenza di valutare l'insieme delle relazioni in una prospettiva unitaria dell'affare interpretando i singoli frammenti nella logica del più ampio mosaico di cui costituiscono tasselli insostituibili; tale esigenza però incontrerebbe il limite della considerazione di quel mosaico in termini di contratto unitario. Ed, infatti, si ritiene che la rilevanza del fine unitario perseguito dall'iniziativa dei privati mediante la diversa combinazione di contratti, possa emergere con altro strumento concettuale, evitando quindi di rinviare a categorie che non hanno una precisa identità.

Nell'ipotesi di un programma economico come la finanza di progetto, realizzato ricorrendo al pluralismo contrattuale, la teoria del collegamento negoziale⁴⁹, ha in sé tutti gli elementi cui l'interprete può ricorrere per dare fondamento al perseguimento da parte dei molteplici contraenti dell'interesse unitario, senza dover artificiosamente individuare un "sovra-contratto" da cui far discendere ulteriori diritti e doveri delle parti. Lo schema del "collegamento contrattuale" permette, infatti, di qualificare la nostra figura come fattispecie contrattuale di natura complessa, in quanto non genera un unico rapporto contrattuale, nel senso che non determina la cancellazione degli effetti propri dei singoli contratti, ma li coordina in un'operazione più ampia, garantendo un valore aggiunto grazie al quale tali effetti si combinano diversamente tra loro nella concretezza della specifica operazione.

In questo senso, ciascuna prestazione dedotta nei contratti va valutata in considerazione dell'assetto complessivo dell'operazione, consentendo così all'interprete di conoscere la reale portata di quest'ultima⁵⁰. Di conseguenza un eventuale nesso sinal-

⁴⁷ Cfr. F. Bravo, *Lunicità del regolamento nel collegamento negoziale: la sovrapposizione contrattuale. Commento a Cass.*, sez. III, 18 luglio 2003, n. 11240, in *I contratti*, 2004, 2, p. 127 e sgg.

⁴⁸ In questo senso si esprime A. Tullio, cit., p. 57 richiamando le obiezioni al concetto di operazione economica di G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, cit., p. 174 - 175 ma anche p. 183 al concetto di operazione economica.

⁴⁹ R. Scognamiglio, *Collegamento negoziale, op. cit.*, p. 375; S.O. Cascio. - C. Argiroffi, voce *Contratti misti contratti collegati*, in *Enc. Giur.*, 1988, p. 1; C. De Mari, *Collegamento negoziale materiale e legittimazione all'azione di nullità*, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, p. 1077; G. Lener, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, 1999, p. 465; G. Ferrando, *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. Impr.*, 2000, p. 127; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 387

⁵⁰ In dottrina F. Sangermano, *La dicotomia contratti misti contratti collegati. Tra elasticità del tipo e atipicità del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 558 osserva che alla fine di tale processo interpretativo «il significato del negozio in sé e per sé considerato [potrà non] coincid[ere] con quello emergente dalla fondamen-

lagmatico tra le prestazioni relative a diversi accordi potrà essere costruito, di volta in volta, come risultato di un procedimento ermeneutico che contempla i vari momenti negoziali, nell'ottica dell'operazione economica unitaria, ma senza giungere ad individuare un'ulteriore fattispecie contrattuale⁵¹. Come, invece avverrebbe nella tesi del contratto unitario.

La ricostruzione in termini di collegamento della fattispecie determina delle conseguenze sul piano degli effetti giuridici dei singoli contratti, in virtù del regolamento unitario degli interessi, ma non incide sulla struttura dei contratti collegati, che rimangono isolati sotto questo profilo. Questa definizione pare più conforme alle caratteristiche del *project financing*, nel quale è difficile individuare un formale "sovra-contratto", un concetto ordinante che assorba in sé i distinti negozi. Ne, d'altra parte, potrebbe essere altrimenti, se si considera quanto sia distante la costruzione in via interpretativa di un contratto, fonte di obblighi per i soggetti che formalmente non lo hanno concluso, dai principi di *common law* di *sanctity of contract* e di *privity of contract*⁵².

La soluzione prospettata permette di stabilire un regime giuridico dei singoli contratti funzionale alla logica unitaria che li caratterizza fin dalla loro conclusione, ossia a quella logica di "coesione" resa necessaria dal fatto che la soddisfazione delle pretese dei singoli partecipanti dipende dal successo dell'intera operazione. Per cui si parla di "comunità di interessi e di destino"⁵³. Appare rispondente a questa logica la regola *simul stabunt simul cadent*, con cui si descrive la trasmissione delle vicende che investono un contratto a quelli collegati (propagazione di eventi fisiologici o patologici, quali il sopravvenire di mutamenti di condizioni, l'invalidità, la nullità, l'inadempimento).

Nonostante lo scarso approfondimento sul fondamento giuridico della trasmissione degli effetti nel collegamento contrattuale, si può notare che la suddetta regola è stata oggetto nel tempo di diverse riflessioni⁵⁴. Queste, da un lato, ne hanno smussato l'effetto

tale analisi unitaria, effettuata, cioè alla luce della globalità dell'assetto di interessi in concreto perseguito dalle parti e in ordine al quale si determinerà il decisivo giudizio di meritevolezza o meno dell'ordinamento»

⁵¹ Cfr. F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1988, p. 108-109; V. Roppo, voce: *Il contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, p. 120-121, il quale nega l'esistenza della causa dell'intera operazione programmata, sussistendo solo la causa di ciascuno dei negozi collegati, soltanto che questa risulta condizionata dall'esistenza e dall'operatività degli altri contratti, proprio perché ciascun contratto assume significato attraverso l'altro. Diversamente nell'ipotesi del contratto unitario dovrebbe ritenersi che tutte le prestazioni poste a carico di una parte, sulla base ai contratti della catena, costituiscono il corrispettivo di tutte quelle complessivamente poste a carico dall'altra parte.

⁵² Per quanto attiene al nostro tema, bisogna ricordare che i sistemi di *common law* non conoscono tecniche riconducibili propriamente all'idea di collegamento contrattuale, mentre attribuiscono una rilevante importanza al principio di relatività dei contratti (*privity of contract*). Nonostante i principi sopra elencati abbiano subito riletture e siano state previste eccezioni, tuttavia l'atteggiamento delle parti risulta improntato sull'idea che: a) i soggetti assumono la qualità di parte solo nei contratti da loro effettivamente conclusi, rimanendo terzi rispetto agli altri; b) il contenuto delle obbligazioni assunte è segnato da quanto previsto nelle pattuizioni; c) i livelli di propagazione degli effetti tra le parti sono delimitati dall'inserzione di specifiche clausole, in particolare condizioni risolutive/sospensive e di forza maggiore; d) nessuna parte assume obblighi diretti o indiretti per conto di altre; e) le garanzie date dalle parti sono strettamente limitate a quelle concordate. In questo senso G. Rabitti, cit., p. 236

⁵³ C. Pezzi *I profili civilistici del project financing*, in *Riv. trim. app.*, 2001, fasc. 2, p. 51; L. Costantino, *Profili privatistici del project financing e gruppi contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 423 e sgg.

⁵⁴ In merito alle diverse tesi circa il fondamento di tale effetto, qui possiamo solo brevemente ricordare l'orientamento secondo cui, ove venga meno l'efficacia del contratto principale, il contratto dipendente apparentemente non viziato si risolverebbe per impossibilità sopravvenuta (F. Messineo, voce: *Contratto collegato*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 52 e sgg. Altri hanno sostenuto che per la propagazione degli effetti troverebbe il suo fondamento nell'esistenza di un rapporto di logicità anteriore o posteriore tra i contratti

della caducazione automatica dell'intero programma contrattuale: si pensi alla recente tesi dell'inutilità del contratto collegato, secondo cui in merito ad operazioni strutturalmente complesse, ma funzionalmente unitarie sarebbe più opportuno ragionare in termini d'inutilità dei negozi collegati a quello direttamente colpito dall'evento patologico, atteso che il venir meno di quest'ultimo determinerebbe l'impossibilità di realizzare la c.d. funzione complessiva⁵⁵. Ne deriva che, l'inefficacia di un negozio impedisce che si produca l'effetto complessivo scaturente dal vincolo di connessione come programmato ma non determina il fallimento dell'intera iniziativa se i contratti collegati sono in grado produrre effetti ridotti non manifestamente in contrasto con la volontà originariamente manifestata dalle parti⁵⁶.

In una diversa direzione alcune riflessioni hanno avanzato un'interpretazione della regola nella prospettiva del regolamento unitario e non dei singoli contratti. Non si può negare, infatti, che la regola della trasmissione degli effetti e dei vizi da un contratto ad un altro, in fondo, presupponga l'idea di singoli contratti messi in comunicazione. Questa dimensione atomistica si può superare intendendo la regola *simul stabunt, simul cadent* nel senso che vizi ed effetti dei contratti vanno apprezzati sul piano del regolamento complessivo plurinegoziale⁵⁷. Tale regola, allora, non esprimerà solo la tecnica che consente di trasmettere ad un contratto le vicende proprie dell'altro ad esso collegato, ma anche quella che rende possibile l'apprezzamento globale dell'operazione.

Questa impostazione trova sempre più frequente riscontro nella produzione legislativa. Significativo in questo senso è l'art. 34 del nuovo Codice del Consumo (già art. 1469 ter c.c.), il quale consolida quella recente riflessione sulla rilevanza del collegamento negoziale non solo in caso di eventi patologici, ma anche sotto il profilo degli effetti fisiologici, e segnatamente sotto quello interpretativo.

Infatti, da tale norma può desumersi una regola di interpretazione complessiva della catena contrattuale secondo la quale alle clausole dei contratti collegati va attribuito il senso che risulta dall'intera operazione economica. Il principio contenuto nell'art. 34, espressamente per i contratti dei consumatori, dovrebbe potersi applicare anche al di fuori di questo ristretto ambito soggettivo e quindi in generale per la valutazione della vessatorietà delle clausole. Tale norma viene ora a fornire la base normativa per un'interpretazione unitaria dei negozi collegati: a fronte di contratti tra i quali sia accertato un nesso, l'interprete dovrà dunque procedere ad un'interpretazione d'insieme.

della catena negoziale, per cui nel caso di anteriorità logica di un contratto rispetto a quello dipendente, il primo sarebbe condizione di validità dell'altro, nel caso invece di posteriorità, il contratto sarebbe condizione di efficacia dell'altro. P. Senofonte, *In tema di negozi collegati*, in *Dir. Giur.*, 1960, p. 279

⁵⁵ È questa l'opinione di C. Di Nanni, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, p. 334 e di G. Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 196 e sgg. Secondo questa tesi, il negozio in sé non viziato non potrebbe stimarsi nullo, annullabile, risolubile in ragione rispettivamente della nullità, annullamento, della risoluzione di altro negozio ad esso collegato. Quel negozio resterebbe pienamente valido, ma diverrebbe inutile perché il programma unitario non può più essere realizzato. Va detto che le più recenti riflessioni volte ad attribuire un significato tecnico alla nozione di inutilità, sostengono che il negozio inutile dal punto di vista strutturale va equiparato al contratto inefficace. Sul punto M. Robles, *Project financing "pubblico" e formazione del consenso negoziale*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, fasc. 4, p. 809 e sgg., osserva che il principio *simul stabunt simul cadent* oggi è sempre più considerato come una delle forme di rilevanza del collegamento ma non l'unica. L'importanza assunta dalla "causa dell'intera operazione" che permette di comprendere il coordinamento tra i vari negozi, porta a superare la regola dell'automatica e generale estensione delle patologie negoziali.

⁵⁶ C. Di Nanni, cit., p. 338

⁵⁷ Cass., 12 dicembre 1995, n. 12733 in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2649. In dottrina v. G. Lener, cit., p. 219 e sgg.; G. Ferrando, cit., p. 136

Tale conclusione risulta rinforzata dalla previsione di cui all'art. 1363 c.c., perchè l'indicazione espressa del criterio dell'interpretazione complessiva con riferimento alle singole clausole del contratto, viene ritenuta suscettibile di estensione al caso di pluralità di contratti.

Tuttavia, l'art. 34 del Codice del Consumo, oltre ad un principio ermeneutico, pone anche una regola operativa: nell'ipotesi di collegamento, il «significativo squilibrio» di una clausola deve stimarsi avuto conto dell'operazione complessiva. E ciò non solo ai fini della predicibilità della natura vessatoria delle clausole ma ogni qual volta tale concetto rilevi nel nostro ordinamento. È il caso della valutazione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, con riguardo al giudizio di eventuale squilibrio tra le prestazioni. In presenza di una catena di contratti, perciò, la valutazione dell'equilibrio contrattuale va fatta non in relazione al singolo accordo, ma all'intera operazione.

Così, l'importanza «non scarsa» dell'inadempimento ed i presupposti della rescissione, andranno valutati avuto riguardo all'intera rete contrattuale. Altresì, si ritiene applicabile all'insieme dei contratti l'art. 1419 c.c., in tema di nullità parziale, senza che la presenza di una pluralità di contratti determini alcuna deroga alla regola codicistica, per cui il giudice sarà chiamato a valutare la compatibilità della parte residua del regolamento con l'iniziale programma contrattuale. Va però precisato che il rinvio all'art. 1419 è operato non nella prospettiva della conservazione del negozio in sé non viziato, ma al fine di fondare la comunicazione della nullità da un contratto ad un altro.

Inoltre, sulla base di quella tendenza dei giudici di impiegare la categoria del collegamento al fine di superare il principio della relatività, si tende a riconoscere la possibilità di opporre le eccezioni derivanti dal contratto collegato (in particolare di inadempimento ex art. 1460 c.c.) ad opera del soggetto che non sia parte del contratto ove si possa rinvenire il rapporto di corrispettività tra le prestazioni⁵⁸. Questa conclusione non è, però, il portato dell'individuazione di un unico rapporto contrattuale, bensì il riflesso sul piano effettuale di un'interpretazione complessiva dei singoli momenti contrattuali, al fine di comprendere il senso dell'intera operazione economica⁵⁹.

Nelle operazioni di *project financing* il ricorso all'eccezione di inadempimento pare adeguarsi alla peculiare posizione del finanziatore, in caso di inadempimento dell'appaltatore. In base a questa ricostruzione, seppur terzo rispetto al contratto d'appalto, il finanziatore potrà sollevare l'eccezione di inadempimento rispetto a quel rapporto, sulla base del regolamento complessivo dell'operazione.

S'intuisce chiaramente che questa soluzione ha un costo in termini di stabilità dell'operazione. Questo pericolo, in certa misura, pare connaturato al rapporto di stretta interrelazione tra i vari contratti del *project financing*; tuttavia si può tentare di ridurlo attraverso una convenzionale determinazione della comunicazione degli effetti tra i contratti collegati, attraverso l'inserzione di clausole specifiche. In questa prospettiva appare quanto mai funzionale il ricorso a clausole quali quelle di «forza maggiore», di recesso, di «*take or pay*», Queste, infatti, riuscirebbero a governare gli effetti del collegamento negoziale, qualificando determinati accadimenti, relativi a contratti tra terzi, astrattamente ostativi alla prosecuzione del rapporto, come «neutrali» ovvero ininfluenti rispetto alla perdurante vincolatività dell'obbligo di prestazione. Questa so-

⁵⁸ Cass., 11 marzo 1981, n. 1389, in *Giur. It.*, 1982, I, 1 c. 378 con nota di g. P. Cirillo, *Negozi collegati ed eccezione di inadempimento*.

⁵⁹ In senso conforme A. Tullio, cit., p. 304

luzione per altro, come abbiamo visto, appare confermata dalla prassi internazionale, ove il ricorso a queste clausole è molto diffuso.

La presenza di queste previsioni, d'altra parte, non sembra motivo sufficiente per escludere il collegamento tra i contratti, in quanto la volontà tacita oggettivata nel regolamento d'interessi e la volontà dichiarata dalle parti di regolare unitariamente l'operazione rappresentano soltanto due diverse tecniche redazionali che non modificano la sostanza del fenomeno. Tale soluzione, pare in linea altresì, per un verso, con la considerazione che lo stesso collegamento è frutto dell'estrinsecarsi dell'autonomia contrattuale, per cui il nesso tra i contratti può essere diversamente graduato e, per un altro, con l'attività di estrema e capillare "contrattualizzazione" delle singole relazioni che compongono la finanza di progetto.

Infine, si ritiene che alla prospettata ricostruzione non possa opporsi l'argomento della mancanza nel caso di specie della causa di scambio, la quale sarebbe l'unica a consentire il collegamento negoziale. La funzione perseguita con la nostra figura, infatti, sarebbe diversa perchè strumentale alla realizzazione di un sistema di distribuzione dei rischi connessi al progetto tra i diversi partecipanti. Secondo questa prospettiva, dovrebbe riconoscersi la persistenza di singoli rapporti generati dai diversi accordi conclusi tra le parti, salvo poi a rilevare l'incidenza degli effetti dei contratti gli uni sugli altri.

In realtà, questa visione atomistica dell'iniziativa rischia di fornire una minore tutela ai soggetti coinvolti, nel caso si verificano eventi relativi ad un altro rapporto in grado di far fallire tutta l'operazione. In secondo luogo, tale tesi sopravvaluta la rilevanza che nella figura ha il sistema di ponderazione e ripartizione dei rischi, identificandolo con la sua funzione mentre quest'ultima consiste nella realizzazione e gestione del progetto. La ponderata distribuzione dei rischi è la tecnica che permette ad ogni *partners* di perseguire tale obiettivo, ma non rappresenta la causa dell'operazione. Infine, non si comprende perché, anche a voler negare il perseguimento con il *project financing* di una funzione di scambio⁶⁰, l'esistenza di un legame di "coordinamento" tra i vari contratti del *project financing* non possa rilevare, quale diversa forma di interdipendenza, alla cui stregua predicare l'esistenza del collegamento contrattuale.

⁶⁰ Individua nel *project financing* una funzione di scambio F. Maisto, *Il collegamento volontario tra contratti conclusi nel sistema dell'ordinamento italiano*, cit., p. 69 e sgg. L'A. ritiene, infatti, che lo scambio consista «nella maggiore utilità per il finanziatore del plus valore dei beni o servizi, che potrà monetizzare alienandoli a terzi, rispetto alla temporanea perdita del capitale e nella maggiore utilità per l'imprenditore dell'acquisto dell'azienda senza rischiare un capitale proprio rispetto alla perdita degli utili fino al momento del rimborso e della remunerazione dell'investimento».

Capitolo secondo

Il *project financing* per la realizzazione di opere pubbliche. Interesse pubblico e interesse privato nell'operazione contrattuale

1. Il *project financing* per la realizzazione di opere pubbliche. 1.1 Il quadro normativo. 1.2 *Project financing* tra *lex mercatoria* e Codice dei Contratti Pubblici. L'emersione di due versioni del fenomeno. 1.3 L'incidenza sulla fattispecie del fine pubblico perseguito con il progetto. I tratti distintivi della versione pubblicistica del *project financing*. 1.4 Il rinvio residuale al codice civile. 1.5 L'inquadramento nella categoria del partenariato pubblico private. **2. L'incidenza dell'interesse pubblico sull'operazione negoziale. Opzioni ricostruttive.** **3. Il modello ricostruttivo privatistico.** **4. Il modello ricostruttivo dell' "operazione amministrativa".** **5. Osservazioni e prospettive di studio.**

1. Il *project financing* per la realizzazione di opere pubbliche

1.1 Il quadro normativo

Dopo aver premesso l'indicazione di quelle che sono le caratteristiche e la natura giuridica del *project financing*, così come questo è nato e si è sviluppato a livello internazionale, la ricerca si avvia ad esaminare il ruolo che tale figura assume nel nostro ordinamento.

Le operazioni con le caratteristiche suddette fino ad una certa fase storica hanno riguardato, in ambito internazionale, iniziative esclusivamente privatistiche, realizzate secondo modelli creati dall'autonomia negoziale dei promotori.

Successivamente, e soprattutto in Italia, tale figura ha trovato settore elettivo di applicazione nella costruzione di opere pubbliche, subendo però alcune modificazioni per la partecipazione di soggetti portatori di interessi pubblici. In queste ipotesi, la società di progetto viene incaricata sulla base di una concessione amministrativa della costruzione di un'opera pubblica, dalla cui gestione trae le risorse per il rimborso del finanziamento ottenuto per il progetto.

Per queste sue caratteristiche la figura s'inserisce tra le forme innovative di realizzazione di lavori pubblici basate sulla collaborazione tra soggetti pubblici e privati.

A partire dagli anni novanta si è sviluppato, infatti, anche nel nostro paese, la ricerca di modalità alternative di costruzione e finanziamento delle opere di interesse generale, in considerazione dell'affermarsi di un modello di riferimento, per la gestione degli enti locali, di tipo aziendale e della conseguente responsabilizzazione economica-finanziaria delle singole amministrazioni. Tale modello, in una situazione di scarsa disponibilità di denaro pubblico, significa miglioramento dei profili di rischio assunti dagli enti locali nella realizzazione degli interventi e ricorso a forme alternative e più redditizie di finanziamento per l'espletamento delle proprie funzioni.

Se a questo quadro si aggiunge una domanda di infrastrutture nel nostro paese sempre consistente, a fronte del disavanzo pubblico, si comprendono pienamente le ra-

gionni che hanno indotto a cercare nuovi strumenti per realizzare opere senza il ricorso alla finanza pubblica.

In questo contesto e per rispondere a queste esigenze con gli articoli 37 bis-37 nonies della Legge Quadro in materia di lavori pubblici (Legge 11 febbraio 1994, n. 109 c.d. Legge Quadro)¹ è stata inserita nel nostro ordinamento la disciplina specifica del *project financing* (o finanza di progetto). Queste norme descrivono un diverso strumento di finanziamento delle opere pubbliche, nel quale l'impresa privata è incaricata, all'esito di un procedimento di gara particolare, sulla base di una concessione amministrativa, della costruzione di un'opera pubblica, dalla cui gestione trarre le risorse per il rimborso del finanziamento ottenuto per il progetto².

Tuttavia, occorre subito precisare che tale normativa non ha fornito una disciplina generale e completa della finanza di progetto, ma si è limitata a dettare regole specifiche che ne hanno consentito l'inserimento nel campo delle opere pubbliche³. Il legislatore ha,

¹ Fondamentale impulso al processo di innovazione del quadro normativo dei lavori pubblici è stato dato dalla direttiva 93/37/CEE (c.d. "direttiva sui lavori"), del 14 giugno 1993, che ha coordinato le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Di lì a poco, infatti, nel nostro paese si è dato inizio ad un'opera di riforma del settore delle opere pubbliche. La prima grande svolta è stata realizzata con la legge 109 del 1994, "legge quadro in materia di appalti pubblici", anche nota come "Legge Merloni", che ha recepito nel diritto interno i principi comunitari. Tuttavia, per le difficoltà di applicazione incontrate da questa normativa, il Governo è stato costretto a sospenderne l'applicazione con il D.L. 331/94. Per l'entrata in vigore della legge si è dovuto attendere il D.L. n. 101/95, convertito nella legge 216/95, la c.d. Merloni bis, la quale ha modificato la versione originaria della legge Quadro sui lavori pubblici riducendone fortemente la portata innovativa rispetto ai contenuti originari. Alla fine alcuni dei principi contenuti nella formulazione originale della L. 109/94 sono stati reintrodotti con l'emanazione della L. 415/98 (c.d. Merloni ter).

² Secondo S. Scotti Camuzzi, *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni-ter*, in *Ban. Bor. Tit. Cred.*, 2002, n. 1, pp. 1-30, le norme aggiunte dalla Merloni-ter alla Legge Quadro si dividono in tre gruppi: (1) il primo - composto dagli artt. 37bis, 37ter e 37quater - regola la figura del promotore e lo strumento della concessione di costruzione e gestione riferita all'ipotesi in cui sia il soggetto privato a promuovere l'iniziativa. Si tratta di norme con un contenuto innovativo specifico, perché configurano una concessione c.d. "speciale" per la costruzione e gestione di un'opera pubblica, particolarmente adatta alle operazioni di *project financing*, denominata "concessione ad iniziativa del promotore";

(2) il secondo gruppo di norme, composto dagli artt. da 37quinquies a 37nonies, regola essenzialmente le norme sull'attività del concessionario tra cui, in particolare, la figura della società di progetto. Si tratta di norme con un contenuto innovativo più generale, perché introducono modifiche mirate a rendere l'istituto della concessione di lavori pubblici più idoneo ad accogliere operazioni di *project financing*;

(3) il terzo gruppo di norme, infine, possono ritenersi applicabili sia alla concessione di costruzione e gestione su iniziativa del promotore (artt. 37-bis e sgg.), sia a quella su iniziativa della P.A. (art. 19, co. 2). Tali norme prevedono il riconoscimento ai potenziali finanziatori di adeguate garanzie sul buon esito dell'operazione, con l'obiettivo quindi di incentivare la raccolta di risorse private per la realizzazione di infrastrutture di interesse pubblico. Alla concessione a iniziativa del promotore si applica la disciplina generale sulla concessione contenuta all'art. 19, co. 2.

³ La bibliografia sulla finanza di progetto nell'ambito dei lavori pubblici è piuttosto numerosa. Si veda A. Bianconi, *Il finanziamento privato delle grandi opere*, in *I contratti*, 1995, fasc. 3, p. 335; A. M. Alberti, *La struttura del project financing*, cit., 1997, p. 1791; C. De Rose, *Le novità della Merloni-ter e loro compatibilità: prime riflessioni di ordine sistematico*, in *Consiglio di Stato*, 1998, II, p. 1701; G. De Marzo, *Finanza di progetto e «Merloni-ter»*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, fasc. 2, p. 126; M. Mergati e G. Ghidini, *Le novità sugli appalti, il "project financing" e le società di progetto*, in *I contratti*, 1999, fasc. 3, p. 270; F. Amatucci, *Il project finance come strumento di partnership tra enti pubblici ed imprese private*, in *Azienda pubblica: teoria e problematiche di management*, 2000, fasc. 2-3, p. 169; F. De Siervo, *Qualificazione, progettazione, sicurezza, project financing dopo la legge Merloni-ter*, Rimini, Maggioli, 2000; A. Norsa (a cura di), *Finanza di progetto. Comportamento delle parti e centralità del contratto*, Roma, 2001; A. Ponti, *Il "project financing". Non solo strumento di realizzazione delle opere pubbliche ma anche strumento di gestione*, in *Nuova Rass. legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2001, p. 1056 e sgg.; E. Picozza, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Consiglio di Stato*, 2002, fasc. 4, p. 2047 e sgg. (parte prima); in *Consiglio di*

infatti, previsto questa figura attraverso l'introduzione di singole disposizioni nel contesto della disciplina di un istituto consolidato nel nostro diritto amministrativo, quale quello della concessione. Nonostante questo e il limite dell'incompletezza, non può negarsi che l'intervento legislativo abbia innovato l'assetto normativo preesistente, perché, comunque, sotto la rubrica "realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione"⁴ si è introdotto uno strumento generale di finanziamento dei lavori pubblici con capitale privato.

Non a caso, la riforma ha destato da subito molto entusiasmo ed è stata salutata come il primo tentativo di disciplina organica dello strumento che avrebbe incentivato la ripresa dei lavori nel settore delle infrastrutture di interesse pubblico⁵. Al suo interno, è possibile distinguere la regolamentazione degli aspetti procedurali da quelli sostanziali.

Per l'aspetto sostanziale - che è quello che più ci interessa - nell'ambito di questa complessa operazione il rapporto sostanziale tra l'amministrazione agente e il privato ha assunto la forma della concessione di costruzione e gestione di cui agli art. 37bis e ss. della Legge Quadro, affidata all'esito di una particolare ed articolata gara.

Pertanto, con la Merloni ter si è aggiunto all'appalto e alla concessione una particolare forma di concessione di costruzione e gestione, per la disciplina dei contenuti sostanziali del rapporto pubblico privato nelle operazioni di *project financing*. Di conseguenza si possono distinguere nel nostro ordinamento, una concessione di lavori pubblici ad iniziativa pubblica, già prevista e disciplinata dall'art. 19, comma 2 della Legge 109 del 1994 e una concessione di lavori pubblici ad iniziativa privata, regolata dagli artt. 37 bis e ss. Questa, si differenzia dal modello tradizionale di concessione per diversi profili di specialità tutti riconducibili all'esigenza di conciliare le caratteristiche di uno strumento essenzialmente ideato e regolato dall'autonomia privata con la normativa interna sui lavori pubblici. Esse attengono, in sintesi, alla fase dell'iniziativa rimessa al promotore, alla strutturazione del procedimento di aggiudicazione e alla fase di esecuzione del contratto.

Sul piano procedimentale, la Merloni ter ha previsto che l'affidamento dell'incarico per la realizzazione dei lavori avvenga all'esito di un complesso *iter* articolato in tre fasi: presentazione della proposta del promotore (art. 37bis), valutazione della stessa da parte della pubblica amministrazione (art. 37ter), indizione della gara e aggiudicazione della stessa (art. 37quater)⁶. Quest'ultima, a sua volta, si articola in due momenti: nella prima fase, l'amministrazione aggiudicatrice bandisce una gara assimilabile (ma non identificabile) alla licitazione privata, ponendo a base di gara il progetto preliminare e il piano economico-finanziario presentato dal promotore. La comparazione avviene tra le singole offerte e non comprende la proposta del promotore. L'obiettivo di tale gara

Stato, 2003, fasc. 1, p. 103, (parte seconda); L. Giampaolino, *Introduzione ad un corso sul project financing delle opere pubbliche: privato e pubblico nella disciplina dell'istituto*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, f. 4, 2005, p. 539.

⁴ Il nostro ordinamento giuridico non conteneva, infatti, fino al 1998, una disciplina di carattere generale in grado di fornire, ai soggetti pubblici e privati, un quadro di riferimento certo per la realizzazione di lavori pubblici con risorse a carico del privato.

⁵ Cfr. G.B. Nuzzi, *Il "project financing" in Italia: esperienze e prospettive*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 1998, fasc. 3, p. 681-718.

⁶ Particolarmente dettagliata l'analisi della procedura di aggiudicazione in E. Picozza, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Consiglio di Stato*, 2002, fasc. 4, p. 2059 - 2065; M. Clarich, *Gli aspetti giuridici del project financing nelle pubbliche amministrazioni*, Prima conferenza della finanza di progetto nelle pubbliche amministrazioni, Roma 22 giugno 2005.

non è l'aggiudicazione della concessione bensì la selezione delle due offerte migliori. La seconda fase consta, invece, di una procedura negoziata che si svolge tra il promotore e i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte, mediante valutazione comparativa effettuata dall'Amministrazione.

Ebbene, già ad una prima lettura di queste norme, emerge subito la novità delle soluzioni giuridiche introdotte, ma anche la loro farraginosità. Da qui, le difficoltà di attuazione della figura, nei primi anni del suo vigore. Perciò, a fronte della timidezza degli effetti conseguiti, il legislatore è tornato sulla materia con successivi atti normativi⁷ volti ad incentivare la partecipazione dei soggetti privati⁸. In questa prospettiva, si è introdotto il c.d. diritto di prelazione del promotore alla conclusione del contratto: esercitando tale diritto, il promotore che all'esito della procedura negoziata non è risultato aggiudicatario ha la possibilità di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente ed ottenere così la concessione⁹. Ora è evidente che con l'attribuzione di tale facoltà si è favorita la posizione del promotore, in considerazione dell'iniziativa da lui intrapresa, al fine di incentivare la partecipazione dei privati a queste operazioni.

Infine, la disciplina del *project financing* è stata trasfusa nel Codice dei Contratti Pubblici¹⁰, nel quale viene riportata interamente, salvo adattamenti, la legge n. 109/1994. La scelta è stata dettata dalla volontà di superare il carattere di asistematicità e la situazione di isolamento delle norme sul *project financing* dalla restante normativa sui lavori pubblici, ed ha rappresentato un ulteriore passo verso la traduzione nei nostri strumenti giuridici e la completa appropriazione da parte dell'ordinamento della figura.

⁷ In primis è entrata in vigore la legge 433/01 (c.d. Legge Obiettivo) contenente "Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive" che prevede una disciplina integrativa; è seguita la legge 166/2002 (c.d. Merloni-quater) che ha comportato una nuova modifica della disciplina sulle opere pubbliche e soprattutto sul *project financing*.

⁸ Tra le principali modifiche apportate dalla l. 1 agosto 2002, n. 166 (c.d. Legge Merloni-quater), si ricordano, il diritto di prelazione del promotore, l'abolizione del limite temporale di durata della concessione, l'ampliamento del numero dei potenziali soggetti-promotori, che ora include le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (CCIAA) e le fondazioni bancarie, la previsione della possibilità che il primo contatto tra Amministrazioni e potenziali promotori sia anticipato alla fase della selezione delle iniziative da inserire negli strumenti di programmazione, l'obbligo per le Amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare, entro venti giorni dalla redazione dei programmi, un avviso che indichi la presenza nei medesimi programmi di interventi realizzabili con capitali privati "in quanto suscettibili di gestione economica", la previsione di modifiche in tema di rimborso delle spese sostenute dai partecipanti al procedimento.

⁹ L'introduzione definitiva nella disciplina di cui agli artt. 37-bis ss. della Legge Quadro di un diritto di prelazione sull'aggiudicazione aggiunge un ulteriore elemento che rende la posizione del promotore più vantaggiosa rispetto agli altri *competitors*; nella stessa direzione depongono: a) in primo luogo, il fatto che il promotore è automaticamente chiamato a partecipare alla procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione, indipendentemente da ogni comparazione tra la sua proposta e le offerte presentate dai partecipanti alla prima fase di gara. Quindi, anche nell'ipotesi in cui in tale prima fase siano state presentate più di due migliori offerte rispetto a quella oggetto della proposta originaria del promotore, la procedura negoziata si svolgerà in ogni caso tra i soli presentatori delle due migliori offerte e lo stesso promotore; b) in secondo luogo, la previsione della vincolatività della proposta per il promotore con cui si garantisce l'automatica attribuzione allo stesso della concessione, nel caso in cui non siano presentate altre offerte nella gara; c) in terzo luogo - a prescindere dall'esito della procedura negoziata - la possibilità per il promotore comunque di adeguare la propria offerta a quella ritenuta più conveniente dall'Amministrazione, in virtù del diritto di prelazione nell'attribuzione della concessione.

¹⁰ Il Codice italiano dei contratti pubblici (o Codice sugli appalti), D.lgs. n. 163/2006 è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2006.

In questa prospettiva, il decreto legislativo n. 163/2006 opera principalmente una sorta di ricognizione/ricostruzione delle norme applicabili al *project financing* già in vigore¹¹. Nelle norme dedicate a questa figura (parte II, titolo III, capo III, dagli articoli da 152 a 160) non si ha, infatti, l'introduzione di regole nuove, salvo qualche adeguamento reso necessario dalle direttive comunitarie. La novità più rilevante è, però questo intento di ricostruire sistematicamente la disciplina della figura, il quale è reso esplicito dall'inserimento dell'art. 152 nel Codice degli Appalti Pubblici.

Tale disposizione integra, infatti, una norma di cornice che individua le regole applicabili alla procedura in esame, ad integrazione e completamento della disciplina specifica. Ma sul punto torneremo più avanti, meritando una più approfondita riflessione. Qui interessava solo anticipare che la disposizione risponde all'esigenza, già avvertita dai primi commentatori, di completare la normativa del *project financing* per tutti quegli aspetti, relativi soprattutto al rapporto concessorio, non disciplinati.

Tuttavia, quello che è sembrato un punto di arrivo nell'*iter* di adozione della disciplina del *project financing* non si è rivelato tale. Il Codice, infatti, anche nella parte relativa a questa figura, ha subito ancora incisive riforme, a seguito di tre interventi correttivi nel giro di due anni¹². Da ultimo, il D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152 ha modificato radicalmente l'*iter* di gara proprio sulla scorta dei rilievi mossi dagli operatori, in merito alla farraginosità della stessa, e di quelli mossi dalla Commissione Europea, per una maggiore tutela della *par conditio* tra i concorrenti e alla pubblicità delle operazioni¹³. Perciò con tale intervento si è cercato di conciliare completamente i principi comunitari, ed in particolare quello di concorrenza, con l'interesse all'incremento della partecipazione privata in questi progetti.

Indubbiamente, sarà soprattutto la prassi applicativa a chiarire se le novità da ultimo introdotte saranno in grado di rilanciare l'istituto, e con esso le forme di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di grandi infrastrutture. Tuttavia, già da adesso è possibile rilevare che il legislatore ha affidato quest'obiettivo soprattutto alle

¹¹ Per un primo commento al codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006): L. Fiorentino, *Verso un Codice Unico degli appalti*, in *Astrid - rassegna*, n. 23 del 2006; M. Longoni (a cura di), *Il Codice degli appalti*, supplemento di *Italia Oggi*, n. 10, 2006; R. De Nictolis, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi forniture*. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, 2006; C. Giurdanella, *Commento al Codice dei Contratti pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D. Lgs 12 aprile 2006, n. 163*, 2 ed. aggiornata al D. Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6, Napoli, 2007; M. Greco, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Commento al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, aggiornato al D.Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6*, Rimini, 2007; Pelino Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, VII ed. aggiornata con il Codice dei contratti pubblici, Rimini, 2007;

¹² In data 25 gennaio 2007 è stato approvato in via definitiva il decreto legislativo 6/2007 a modifica del D.Lgs. n. 163/2006, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* il 31 gennaio 2007. Si è intervenuti successivamente sul testo unico con il D.lgs. del 31 luglio 2007 n. 113. Recentissimo è poi la pubblicazione del D.Lgs settembre 2008, n. 152.

¹³ V. sul punto R. Greco, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto coattivo al codice degli appalti*, in <[http://www. Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it)> 2009, secondo cui l'intervento riformatore sulla disciplina del *project financing* costituisce «una delle più rilevanti innovazioni del "terzo correttivo", imposta non solo dall'obbligo di adeguare la normativa interna ai rilievi mossi dalla Commissione europea con la lettera di messa in mora del 30 gennaio 2008 (n. 2007/2329), preannunciante una possibile procedura d'infrazione, ma anche dalla necessità di venire incontro alle critiche che dal mondo delle imprese e degli operatori economici si erano spesso levate nei confronti dell'assetto previgente, considerato eccessivamente farraginoso e scarsamente idoneo a incentivare l'opera di chi intendesse assumere il ruolo di "promotore" e, quindi, investire le proprie risorse economiche per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, con una ragionevole aspettativa di "ritorno" imprenditoriale».

profonde novità procedurali introdotte dal d.lgs. n. 152/2008, con l'integrale riscrittura dell'art. 153 del Codice e l'abrogazione degli artt. 154 e 155. Queste, infatti, hanno ridefinito l'iter procedimentale del *project financing*, delineando più schemi di procedimento, esplicitamente individuate come modalità di affidamento delle concessioni di lavori pubblici o di pubblica utilità alternative a quella "ordinaria" disciplinata dall'art. 143.

La riforma, in primo luogo, ha cercato di superare la questione posta dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla qualificazione giuridica della gara per il *project financing* come procedimento unitario, ancorché complesso, oppure distinto in più fasi, tenute insieme dall'obiettivo finale dell'aggiudicazione¹⁴. A tal fine, gli schemi procedurali delineati dal novellato art. 153 sono caratterizzati da una tendenziale compenetrazione tra tale fase e quella successiva, destinata a culminare nell'affidamento della concessione. Più precisamente, pur rimanendo netta la distinzione concettuale tra la figura e il ruolo del promotore e quello degli altri partecipanti alla gara, l'affidamento non sempre consegue a una duplice procedura, ben potendo le due fasi essere unificate, o mancare del tutto la seconda di esse; inoltre, almeno con riguardo alle procedure di *project financing* a iniziativa pubblica, la scelta del legislatore è stata nel senso di inquadrare *in toto* nello schema dell'evidenza pubblica anche la selezione del promotore finanziario.

In estrema sintesi, sulla scorta dell'attuale art. 153 del Codice, sono individuabili tre diverse procedure di affidamento mediante *project financing*, le quali si affiancano all'ordinaria gara di cui all'art. 143. Di esse, le prime due sono a iniziativa dell'amministrazione, mentre la terza è a iniziativa privata, e il loro tratto comune consiste nel fatto che, mentre la modalità "ordinaria" di affidamento è caratterizzata dal confronto di proposte redatte dagli operatori economici concorrenti in variante rispetto al progetto preliminare predisposto dalla stessa amministrazione. In questi casi, molto più ampio è lo spazio entro il quale possono muoversi le "proposte" degli aspiranti promotori, atteso che l'amministrazione si limita a predisporre uno "studio di fattibilità" entro cui spetta alle imprese definire il quadro progettuale dell'intervento. A queste tre procedure si affianca, poi, la possibilità, per gli operatori economici in possesso dei requisiti per assumere il ruolo di promotore, di formulare proposte anche in relazione a interventi che non siano già inseriti nella programmazione¹⁵.

Procedendo ad un rapido esame dei connotati principali delle tre procedure, si distinguono:

¹⁴ La giurisprudenza amministrativa sulla scorta di un'autorevole interpretazione dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici (16 ottobre 2002, n. 27) ha chiarito che il procedimento di affidamento della concessione di costruzione e gestione attraverso la tecnica della finanza di progetto, al di là delle sue articolazioni, è unitario: TAR Toscana 2 agosto 2004, n. 2860; TAR Campania 16 luglio 2004, n. 9571; Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142.

¹⁵ Tale previsione accoglie le critiche di una parte rilevante della dottrina, la quale aveva osservato come il vincolo della programmazione triennale, con la conseguente impossibilità per gli operatori economici di proporre la realizzazione di opere non menzionate in essa, se da un lato era evidentemente finalizzato a scongiurare il pericolo di realizzazione di opere inutili o estranee alle linee programmatiche assunte dalla p.a. per il soddisfacimento dei bisogni della collettività, rischiava tuttavia di frustrare la ratio stessa della finanza di progetto come modalità di realizzazione di opere pubbliche "a iniziativa privata". Lo stesso tentativo di introdurre un criterio di maggiore "flessibilità" nella programmazione attraverso la previsione - introdotta dalla legge 1 agosto 2002, n. 166, e trasfusa nell'ultima parte del primo comma del previgente art. 153 - della facoltà di "soggetti pubblici e privati" di presentare proposte di interventi pubblici da inserire nella programmazione ex art. 128, si era risolto nella previsione di un mero apporto collaborativo che comportava bensì la possibilità d'inserimento dell'opera nel programma triennale, ma espressamente non poneva a carico dell'amministrazione alcun obbligo di esame e realizzazione.

- a) una procedura a iniziativa pubblica, con gara unica previo bando e senza prelazione, detta anche “monofase” (art. 153, commi da 1 a 14);
- b) una procedura ad iniziativa pubblica, con gara doppia previo bando e con prelazione, detta anche “bifase” (art. 153, comma 15);
- c) una procedura ad iniziativa privata, con gara doppia previo avviso, ad esito alternativo, detta anche del “promotore additivo” (art. 153, comma 16)¹⁶.

L'attuale art. 153, dal co. 1 al co. 14, prevede che, per l'opera inserita nei documenti di programmazione, si pervenga all'individuazione del concessionario mediante un'unica gara. L'amministrazione pubblica un bando di gara per l'individuazione del promotore, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità. Le offerte devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da una banca. A seguito della gara, l'amministrazione nomina promotore il soggetto che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa. Nella logica della negoziazione tra amministrazione e impresa, l'amministrazione aggiudicatrice, una volta individuato il promotore, può chiedere allo stesso di apportare alla sua offerta delle modifiche e i conseguenti adeguamenti del piano economico finanziario, quale condizione per l'approvazione del progetto preliminare senza una successiva gara. Sorge quindi sul promotore l'onere di apportare le modifiche progettuali necessarie per l'approvazione del progetto. Ove il promotore non accetti, l'amministrazione ha la facoltà di richiedere ai concorrenti successivi in graduatoria se intendono accettare tali modifiche al progetto del promotore e divenire così aggiudicatari¹⁷.

Venendo alla seconda tipologia, in questo caso si tratta di una procedura duplice: la prima gara è finalizzata, con i medesimi meccanismi di cui alla prima procedura, all'individuazione del promotore; tuttavia, questi non potrà mai essere automaticamente aggiudicatario, in quanto si aprirà una seconda gara tesa all'affidamento definitivo dell'opera, nell'ambito della quale la posizione di vantaggio del promotore si concretizza nel diritto di prelazione che egli può far valere nei confronti dell'eventuale vincitore diverso¹⁸. Pertanto, il diritto di prelazione, espunto con secondo decreto correttivo

¹⁶ Al fine di orientare le stazioni appaltanti nella scelta e nell'applicazione delle nuove procedure, l'Autorità, previa audizione degli operatori del settore e con il contributo dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto, ha emanato la determinazione n. 1 del 14 gennaio 2009 contenente le linee guida per l'affidamento delle concessioni secondo la procedura di cui all'articolo 153 del Codice e per la redazione dello studio di fattibilità. A seguito di tali prime indicazioni, l'Autorità ha fornito un ulteriore contributo di studio relativamente alla nuova disciplina, attraverso la redazione di modelli di documenti di gara che rappresentano le linee guida per le stazioni appaltanti per l'affidamento delle concessioni in *project financing*. A tal fine è stata adottata la Determinazione n. 3 del 20 Maggio 2009, “Procedure di cui all'articolo 153 del Codice dei contratti pubblici: linee guida per i documenti di gara”.

¹⁷ Pregiudiziale all'esperimento della gara è che l'intervento da affidare sia già inserito nella programmazione triennale e nell'elenco annuale di cui all'art. 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati: in tal senso, lo stesso decreto correttivo n. 152/2008 ha modificato l'art. 128 del Codice, nel senso che le opere realizzabili mediante finanza di progetto possono oggi essere inserite nell'elenco annuale anche se prive di progettazione preliminare, e sulla base del solo studio di fattibilità. Inoltre, la procedura si apre con un vero e proprio bando di gara per la singola opera pubblica, soggetto a pubblicazione con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122, secondo l'importo dei lavori.

¹⁸ Entrambe le procedure costituiscono delle vere e proprie gare, da espletarsi col criterio dell'offerta più vantaggiosa, e previa pubblicazione di un bando ai sensi degli artt. 66 o 122 del Codice. Naturalmente, anche in quest'ipotesi può avvenire che il promotore risulti aggiudicatario, laddove all'esito della seconda gara non ri-

(D.lgs. 31 luglio 2007, n. 133) a seguito della procedura comunitaria d'infrazione promossa contro l'Italia, rientra in questa ipotesi.

Quanto alla procedura sopra indicata sub c), il presupposto di essa è che l'amministrazione, dopo aver proceduto all'approvazione dell'elenco annuale delle opere incluse nella programmazione di cui all'art. 128, sia rimasta inerte per sei mesi, non procedendo a bandire alcuna gara. Nei quattro mesi successivi, i soggetti in possesso dei requisiti indicati al comma 8 dell'art. 153 per acquisire la veste di promotore possono presentare "proposte" per la realizzazione di opere incluse nell'elenco annuale: tali proposte devono avere il medesimo contenuto delle "offerte" descritte dal comma 9 a proposito della prima procedura e sulla base di esse l'amministrazione provvede a pubblicare un avviso, dando avvio a una procedura selettiva nella quale non solo le imprese che hanno già presentato proposte possono opportunamente variarle, ma possono farsi avanti con proprie offerte anche altre imprese. Individuato così il promotore, si avvia la gara vera e propria, che, per espressa previsione normativa, può svolgersi nelle forme del dialogo competitivo (art. 58), ove il progetto selezionato necessiti di modifiche, ovvero nelle forme "ordinarie" dell'art. 143 o ancora in quelle della seconda procedura sopra esaminata. Si tratta dunque di una procedura che nasce con modalità autonome e originarie, ma è destinata poi, dopo l'individuazione del promotore, a confluire in una delle altre forme procedimentali.

Molto interessante è la previsione della possibile adozione, nella seconda fase di quest'ultima procedura, del modulo del dialogo competitivo, che mette in crisi l'opinione, fino ad oggi pressoché dominante, di un'assoluta incompatibilità tra detto modulo e lo schema del *project financing*. Tuttavia la menzione del dialogo competitivo è significativa sotto altro profilo, ossia perché conferma la scelta del legislatore nell'ambito dell'operazione di *project financing* a favore di procedimenti molto articolati e connotati dal confronto diretto dalle parti; scelta, invero, già compiuta con la Merloni ter e non revocata con le successive riforme, come crediamo, sia emerso dall'esame delle disposizioni del D.Lgs. n. 152/2008.

Il dialogo competitivo¹⁹ si ricorda infatti per la possibilità delle autorità pubbliche di discutere con le imprese candidate, al fine di individuare il contenuto del contratto, quando esse non abbiano già determinato una propria soluzione, soddisfacente dei loro interessi²⁰. Ciò si verifica frequentemente, quando si tratta di realizzare operazioni tec-

sultino pervenute varianti più vantaggiose; qualora invece queste pervengano, il promotore può avvalersi del diritto di prelazione entro 45 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione fattagli dall'amministrazione, a condizione di adeguare la propria proposta a quella risultata migliore all'esito della gara (in tal caso, sarà tenuto a rimborsare il concorrente risultato vincitore delle spese di partecipazione, sempre nei limiti sopra indicati). In caso contrario, la concessione è aggiudicata al vincitore della seconda gara.

¹⁹ Con gli articoli 58 e 59 il nuovo codice recepisce nell'ordinamento italiano i due istituti del dialogo competitivo e dell'accordo quadro previsti rispettivamente nell'articolo 29 e nell'articolo 32 della Direttiva 2004/18/CE. Si tratta, senza dubbio, di una degli aspetti più innovativi della nuova direttiva. La nozione di dialogo competitivo è fornita dall'art. 1, par. 11, lettera c) della direttiva 2004/18 recepita dall'art. 3, comma 41 del codice: Il "dialogo competitivo" è una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte.

²⁰ Le prime riflessioni sul dialogo competitivo in F. Fracchia e L. Carozza, "Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE", 2004, in <<http://www.giustamm.it/>>; S. Sambri, *Il dialogo competitivo: ambito di applicazione e portata innovativa nel sistema normativo degli appalti pubblici*, Convegno IGI, 13 luglio 2004; M. Pallottino, *La concessione nelle nuove direttive sugli appalti*, Convegno IGI 13 luglio 2004.

nicamente, economicamente e giuridicamente complesse che richiedono al momento della pianificazione informazioni e competenze specifiche. In questi casi l'amministrazione agisce con una dinamica di apprendimento circolare, che assimila lo sviluppo degli eventi, per aggiustare continuamente "il tiro" a seguito delle dichiarazioni dei concorrenti, delle loro proposte, della diversa pressione concorrenziale e della notizia di innovazioni tecnologiche.

1.2 *Project financing* tra *lex mercatoria* e Codice dei Contratti Pubblici. L'emersione di due versioni del fenomeno

Nonostante i recenti interventi normativi, non può dirsi che il legislatore abbia completato la disciplina dell'intera struttura del *project financing*. In particolare è rimasta fuori da ogni previsione legislativa la definizione della complessa struttura negoziale, su cui si regge l'operazione, e di cui la concessione rappresenta un elemento anche se il più importante. Per altro verso, non sono stati affrontati con disposizioni specifiche, i principali problemi di compatibilità giuridica e di attuazione nel nostro ordinamento di alcuni aspetti contrattuali della figura. A questo può aver contribuito anche la costruzione della fattispecie in termini di collegamento, che pur essendo la più convincente non ha reso facile l'opera di codificazione dell'istituto nella sua interezza.

La normativa continua, infatti, ad essere incentrata, come nella normativa originaria, sul contratto di concessione di costruzione e gestione, che lega il soggetto pubblico ai promotori del progetto - o meglio alla società di progetto che questi hanno costruito per realizzare l'iniziativa - con particolare attenzione al procedimento per la sua aggiudicazione. La disciplina del resto dell'operazione, ossia una rete di contratti collegati, strumentali soprattutto alla suddivisione dei rischi, è rimessa all'autonomia privata. Per questo lo schema del *project financing*, nella sua interezza e complessità rimane come sottinteso dalla normativa senza però riuscire ad emergere come fattispecie autonoma²¹.

Dato che la legge non delinea una figura organica, dotata di una propria autonomia, non possiamo affermare che il *project financing* a seguito dell'intervento legislativo sia divenuto un contratto legalmente tipico. Nella logica qualificatoria classica, infatti, il tipo legale è una figura normativa che attribuisce rilevanza giuridica ad una specifica categoria di operazione economica, rispondente a specifici interessi della vita reale²².

Con la Merloni - ter siamo semmai di fronte ad uno di quei casi in cui il legislatore interviene in relazione a nuovi contratti nominandoli ma senza dare loro una completa disciplina. Non trovando nella legge una disciplina integrale ma solo frammenti di regolamentazione, tali accordi non possono essere considerati totalmente atipici. Si parla in questi casi di contratti c.d. "nominati".

²¹ Nonostante gli interventi normativi successivi resta valido il giudizio espresso da P. Carriere, cit., p. 12 il quale afferma «al di là dei toni trionfalistici che hanno accompagnato l'approvazione della legge-quadro e di cui già si è detto, in realtà la nuova normativa non interviene affatto a definire o a descrivere - neppure a nominare - il fenomeno che da più parti si vorrebbe essere stato da essa disciplinato; (...) il fenomeno del *project financing* è dunque solo evocato o "sottinteso" intervenendo essa a disciplinare singoli aspetti».

²² Il tipo contrattuale è, in senso ampio, il modello di un'operazione economica ricorrente nella prassi commerciale. Infatti, l'attività negoziale tende ad uniformarsi a determinati modelli che corrispondono ai fondamentali bisogni della vita di relazione. In modo abbastanza univoco, si ritiene che con tale termine si indichi sia lo schema legale - ove esistente - sia lo schema scelto liberamente dalle parti e imposto al contratto. Su ciò si basa la distinzione tra tipi legali e tipi sociali.

Tuttavia, per quanto queste norme siano frammentarie esse hanno carattere imperativo, per cui la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità è illegittima se fatta in loro dispregio.

Per tutti gli aspetti non previsti nella legge, invece la disciplina potrà essere individuata attraverso un procedimento di interpretazione sistematica dell'istituto all'interno dell'ordinamento giuridico. A tal fine potranno essere invocate le soluzioni proposte dalla disciplina generale del contratto nonché quelle consolidate nella prassi contrattuale per iniziativa delle parti.

Restano fuori del campo di applicazione della disciplina specifica, quelle operazioni di finanza di progetto di natura esclusivamente privatistica, poste in essere da soggetti in cui manca del tutto la volontà di realizzare un'opera pubblica. La loro costruzione e regolamentazione, pertanto, è rimessa al diritto privato.

La versione privatistica del *project financing*, pur nella varietà degli schemi adottati ha assunto, per altro, nella prassi del commercio internazionale una forma consolidata. In questi casi, perciò, le parti, specie quando l'iniziativa presenti elementi transfrontalieri, dovranno confrontarsi con la creazione di un *corpus* normativo uniforme e sovrannazionale. Un modello costituente una vera e propria *lex mercatoria*, se con questa espressione si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale senza la mediazione del potere legislativo degli Stati e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle diverse unità politiche, i rapporti che si istaurano nel mercato²³. Questo diritto si fonda sulla convinzione prevalente tra gli operatori economici che certe regole debbano essere rispettate perchè conformi ai valori condivisi in un certo settore economico²⁴.

²³ Recentemente sul tema F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; P. G. Monateri, *Lex mercatoria e competizione tra ordinamenti*, in *Sociologia del diritto*, 2005, fasc. 2-3, p. 229 e sgg.; U. Morello, *L'efficacia della lex mercatoria nel sistema italiano tendenze e prospettive*, in *Sociologia del diritto*, 2005, fasc. 2-3, p. 287. Questa dottrina ha messo in evidenza che la nuova prassi commerciale internazionale, si trova ad operare all'interno di una realtà contraddistinta dalla divisione politica dei mercati in una pluralità di Stati; per questo, essa assume la funzione di superare la discontinuità giuridica da questi prodotta. Il fattore che ha prodotto queste regole internazionalmente uniformi risiede, fondamentalmente nella diffusione internazionale delle pratiche contrattuali del mondo degli affari. Talvolta questa diffusione si è prodotta in modo spontaneo, assecondata nel modo anzidetto dalle giurisprudenze nazionali; altre volte, la diffusione è stata assecondata dalle cosiddette regole oggettive del commercio internazionale: associazioni di categoria hanno predisposto formulari di contratti per gli imprenditori ad esse aderenti, favorendo anche per questa via le pratiche contrattuali internazionalmente uniformi. Altre volte ancora sono state grandi società multinazionali ad imporre questa uniformità: esse hanno predisposto in sede centrale le condizioni generali di contratto cui le singole società nazionali, da esse controllate, si sono adeguate, provocando in questo modo un'uniformità di regole contrattuali altrettanto estesa quanto i loro mercati. Altri due fattori risiedono negli usi del commercio internazionale e nella giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali. Per quanto riguarda quest'ultimo, va rilevato che la *ratio decidendi* adottata dagli arbitri internazionali per dirimere le controversie sottoposte al loro giudizio acquista il valore di un precedente, cui altri arbitri, successivamente aditi, sono soliti uniformarsi. Si forma così un corpo di *regulae iuris* che gli operatori economici sono indotti ad osservare sulla previsione che, in caso di controversia, saranno applicate ai loro rapporti commerciali.

²⁴ Comunemente la dottrina che si è occupata dal tema sostiene che il diritto 'mercantile' si manifesta nell'adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente, sì che le loro condotte si uniformano a quei valori, in virtù della "*opinio necessitatis*" che gli operatori nutrono rispetto ai medesimi, cioè in virtù della convinzione (prevalente fra di loro) che essi siano vincolanti. Nella misura in cui si constata che quegli operatori — prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato — consentono su valori basilari inerenti al loro settore di attività, e, quindi, mostrano di nutrire "*opinio necessitatis*", deve ritenersi che esista una "*lex mercatoria*".

La loro applicazione, per altro, poggerebbe sul riconoscimento del principio dell'autonomia contrattuale all'interno dei singoli ordinamenti statuali²⁵. In altri termini, il ricorso alle regole e agli schemi contrattuali consolidatisi a livello internazionale dovrebbe ritenersi legittimo una volta che si sia riconosciuto alle parti la possibilità di regolare i loro rapporti secondo schemi atipici, cioè diversi da quelli previsti dalla legge²⁶.

Ora, ammesso che le parti possono concludere contratti atipici corrispondenti a modelli contrattuali internazionalmente uniformi, resta da affrontare un problema ulteriore relativo alle conseguenze dell'ingresso degli stessi modelli.

A tal fine occorre considerare che, il ricorso ai modelli contrattuali formati nella prassi internazionale per organizzare operazioni di *project financing* tra privati, in mancanza di specifiche norme interne, implica il ricorso a contratti pensati e scritti in un diverso modello giuridico, in particolare quello anglosassone. È vero, infatti, che le regole della *lex mercatoria* sul *project financing* sono soprattutto il risultato di quella cultura e richiamano strumenti e concetti di *common law*²⁷.

La conseguenza è che avremo il richiamo di una serie di figure e regole pensate e redatte in base al diritto anglosassone nell'ambito dell'ordinamento interno. È facile immaginare che questa situazione, per la scarsa corrispondenza tra gli istituti di *common law* quelli previsti nelle nostre leggi, possa comportare non poche difficoltà. Il rischio è che per non tradire l'essenza dell'operazione contrattuale, così come si è sviluppata nella cultura giuridica originaria, si adottino soluzioni contrastanti con il nostro sistema.

La prospettiva da percorrere in questo caso, come in tutti quelli in cui la dottrina parla di "contratti alieni"²⁸, non è quella dell'automatica e cieca adozione dei modelli contrattuali 'stranieri' da parte del nostro diritto, ma piuttosto quella del confronto critico alla luce del diritto locale²⁹. Questo comporta la soggezione delle regole e degli istituti richiamati ad un giudizio di validità, alla stregua dei valori fondanti l'ordinamento in quanto non derogabili dall'autonomia privata.

La questione sollevata è ampia e complessa. Qui non possiamo che limitarci a ricordare che, secondo un autorevole orientamento dottrinale³⁰, questo confronto chiama in gioco i nostri principi costituzionali, i quali rappresenterebbero il limite all'ingresso di questi contratti nel nostro ordinamento. A questi, infatti, viene riconosciuta

²⁵ Le considerazioni della giurisprudenza di legittimità italiana sostengono che *l'opinio iuris atque necessitatis* non "viene imposta dalla *lex mercatoria*, bensì dalla *lex contractus*, cioè dall'efficacia vincolante che gli ordinamenti statali attribuiscono alla volontà negoziale. Così, gli usi della *lex mercatoria* non hanno natura di usi normativi, ma di usi contrattuali, che, con riferimento all'ordinamento italiano, sono vincolanti per le parti in base all'art. 1340 c.c. Cfr. Cass. 8 febbraio 1982, n. 722 in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1982, p. 829 e *Foro it.*, 1982, I, 2285.

²⁶ A quest'approccio, di ispirazione civilistica, si contrappone un diverso orientamento in tema di fondamento e di modalità di applicazione della *lex mercatoria*. Questo parte dall'esame dei contratti internazionali e cerca di stabilire se la *lex mercatoria* espliciti efficacia a titolo di diritto applicabile al contratto. Su questo dibattito v. F. Marrella, *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Nota di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in *Sociologia del diritto*, 2-3, 2005, p. 253 e sgg.

²⁷ In particolare, ai fini della nostra ricerca, sul rilievo della *lex mercatoria* nella disciplina dell'appalto. Cfr. G. Musolino, *La disciplina dell'appalto tra principi Unidroit e lex mercatoria*, in *Riv. trim. app.*, 2006, p. 343 e sgg.

²⁸ G. Alpa., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali. Verso una riforma?*, in Atti del convegno di Treviso 23-25 marzo 2006 in *Riv. dir. civ.*, f. 5, 2006, p. 345. e sgg.; Id., «*The Law which governs this Agreement in the Law of the Republic of Italy*»: il contratto alieno, in *Riv. dir. priv.*, 2007, I, p. 7 e sgg.

²⁹ F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio* in *Contr. impr.*, 2000, p. 197

³⁰ G. De Nova, cit., p. 13; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, 2004, vol. I p. 32 e sgg.; U. Rescigno, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 33

efficacia diretta sui rapporti privati. Per alcuni, in particolare, tali principi, andrebbero ad integrare il concetto di ordine pubblico, per cui la loro violazione determinerebbe l'invalidità del contratto. Ma sul punto e sull'efficacia dei principi costituzionali sul rapporto contrattuale torneremo oltre³¹.

Quel che può invece subito rilevarsi dalle considerazioni svolte sulla diversa struttura e sulla diversa disciplina dell'operazione, a seconda che il progetto sia relativo ad un'opera pubblica piuttosto che ad un progetto privato, è l'emersione di due versioni del *project financing*: una privatistica, di origine internazionale e delle caratteristiche proprie riconosciute dal mondo della finanza e dagli operatori del diritto, che però non ha trovato riscontro nella nostra legge; l'altra pubblicistica³², recepita nel nostro sistema normativo. Tuttavia nel testo legislativo trovano riferimento solo indiretto quegli aspetti della figura che abbiamo indicato all'inizio della ricerca come fondamentali, (quali la pluralità dei contratti collegati in vista del raggiungimento di uno scopo unitario, la presenza dell'ingerenza dei finanziatori nell'operazione a salvaguardia della capacità del progetto di rimborsare il finanziamento).

A fronte di questa particolare evoluzione, le due figure non possono essere risolte interamente l'una nell'altra senza correre il rischio, da una parte, di identificare il *project financing* con la *species* di un fenomeno che nella realtà internazionale ha assunto una dimensione più ampia³³, dall'altra, di applicare regole sviluppate per un contesto governato dall'autonomia privata ad una fattispecie che persegue uno scopo diverso da quelli dei negozi tra privati. Dal contesto normativo, infatti, emerge chiaramente che il fine dell'operazione è quello di realizzare un'opera di interesse generale, in grado di autofinanziarsi.

1.3. L'incidenza sulla fattispecie del fine pubblico perseguito con il progetto. I tratti distintivi della versione pubblicistica del *project financing*

Sulla scorta di quanto rilevato al fine di affrontare la questione della configurabilità di due versioni del *project financing*, è opportuno, a questo punto, approfondire gli aspetti che testimoniano della trasformazione subita dalla figura per poter trovare applicazioni al settore delle opere pubbliche.

La struttura dell'operazione, così come originariamente concepita, risulta modificata dalla partecipazione della pubblica amministrazione, che attraverso la propria

³¹ Capitolo III, par. 8

³² In particolare, per un approfondimento degli aspetti pubblicistici della disciplina del *project financing* v. F. Insinga, *Project financing. Aspetti tecnico-economici e giuridici*, Milano, 1998; A. Mascolini, *Il "project finance" nella legge quadro sui lavori pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1999, p. 179-192; C. Tamarowski, *Project financing e opere pubbliche in Italia*, Milano, 2001; S. Scotti Camuzzi, *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni-ter*, in *Ban. Bor. Tit. Cred.*, 2002, n. 1, pp. 1-30; E. Picozza, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Cons. Stato.*, 2002, fasc. 4, p. 2057 e sgg.; G. Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004; G.F. Ferrari - E.Fracchia, *Project financing e opere pubbliche*, Milano 2004; M. Baldi - G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004; P. Fava, *Il project financing nel quadro del PPP dalla prassi contrattuale internazionale alla disciplina positiva nazionale (Legge Merloni e Legge obiettivo): l'analisi degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in G. Cassano (a cura di), *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, vol. II, p. 710 e sgg.; M. Baldi, *Il project financing*, in R. De Nicolò, *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, 2007, p. 203 e sgg.

³³ Cfr. P. Carrière, cit., pp. 15-17.

partecipazione si fa veicolo dell'interesse pubblico nell'iniziativa. Dovendo essere tutta l'attività amministrativa funzionale alla soddisfazione di un interesse generale, infatti, l'ente potrà ricorrere a questa figura solo se l'opera prospettata sarà considerata rispondente ad un tale interesse. Per questa ragione, in questo contesto lo scopo perseguito con il *project financing* si arricchisce di una nuova componente: il fine non è più solo quello tipico dei soggetti privati, ossia il profitto, ma anche quello pubblico connesso all'incremento delle infrastrutture presenti nel paese.

La presenza di questo vincolo teleologico spiega, come abbiamo visto, la collocazione della figura nell'ambito dei sistemi di realizzazione dei lavori pubblici e la conseguente previsione di una particolare normativa connotata da elementi giuspubblicistici, che sostituisce o integra il diritto applicabile ai rapporti tra privati. Proprio l'inserimento della figura in questo particolare contesto normativo, improntato alla tutela dell'interesse pubblico, pone la centrale questione dei limiti di applicazione che incontra il diritto privato, cui sarebbe, invece, interamente soggetto il progetto ove fosse stato ideato esclusivamente tra privati. La complessità del tema, anche alla luce dell'articolato quadro legislativo, richiede, però, un approfondimento maggiore ed una trattazione separata, per la quale si rinvia al paragrafo successivo.

Qui intanto possiamo dire che questa disciplina determina, da un lato, l'estensione dell'ambito di applicazione a tipologie di progetti che non presentano alcune delle caratteristiche del *project financing* internazionale, dall'altro, una riduzione dello spazio lasciato originariamente all'autonomia privata.

Sotto il primo profilo, la richiesta capacità del singolo progetto di produrre il reddito atteso per ripagare il capitale investito e la connessa indipendenza economico-giuridica dell'iniziativa imprenditoriale delimiterebbero l'ambito di applicazione del modello in esame alle infrastrutture "tariffabili" (c.d. opere calde), nelle quali le entrate possono coprire le spese e remunerare il capitale investito. In questo caso, sia che si tratti di opere pubbliche sia che si tratti di impianti industriali, il successo dell'operazione sta nella sua validità, nel calcolo approssimato della redditività futura, nella valutazione dei tipi e dei tempi di indebitamento.

Invero, sebbene solo il *project financing* dell'opera calda presenti i presupposti per la realizzazione di un'operazione di *project financing*, anche altre tipologie di opere o servizi vengono realizzate con questa formula. Si tratta di opere insuscettibili di produrre redditi e per questo definite opere "fredde" o "senza rilevanza imprenditoriale". In questi casi è proprio l'intervento dell'amministrazione a rendere possibile il ricorso alla nostra figura, prevedendosi che il privato costruttore dell'opera sia remunerato mediante il pagamento di un canone da parte della Pubblica amministrazione e non con i ricavi della gestione. Ora, per poter ricondurre all'interno del *project financing* anche tutte queste soluzioni "spurie" si propone una concezione ampia del fenomeno, che sarebbe integrato ogni qual volta sia trasferito al settore privato parte dei costi e dei rischi dell'operazione che altrimenti graverebbero interamente sull'amministrazione. Questa concezione è fatta propria dal legislatore che nell'art. 153 fa riferimento a lavori pubblici o di pubblica utilità da realizzare con «risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi», ammettendo il contributo pubblico³⁴. Tuttavia, secondo l'art. 143 la previsione dell'intervento finanziario pubblico dovrà trovare giustificazione nel piano economico finanziario, in cui deve essere data prova che tale prezzo è corrisposto

³⁴ Sul punto già la novella di cui alla L. 166/2002 aveva soppresso i limiti quantitativi del contributo pubblico di cui all'art. 19 della Legge Quadro.

dall'amministrazione per garantire l'equilibrio economico finanziario degli investimenti e della connessa gestione.

Comunque, per non tradire la peculiarità della finanza di progetto sarebbe necessario stabilire un giusto equilibrio tra risorse pubbliche e ricavi dell'opera, tenuto conto che l'integrazione pubblica della redditività dell'opera riduce in modo proporzionale gli effetti positivi del *project financing* in termini di efficienza di gestione.

Sul piano della riduzione dello spazio dell'autonomia privata determinata dalla legge di settore, questa interessa in primo luogo la scelta dei tipi contrattuali da impiegare. Infatti, la disciplina del *project financing*, come avremo modo di approfondire, prevede che la pubblica amministrazione, adita dai promotori, partecipi all'operazione - in quanto i progetti di opere pubbliche interessino materie nelle quali essa esercita poteri e prerogative - attraverso l'adozione di uno specifico atto, la concessione di costruzione e gestione, che autorizza l'attività imprenditoriale fissandone termini, condizioni e modalità. Per altro, l'individuazione operata dall'art. 153 del Codice dei Contratti Pubblici³⁵ in merito allo schema contrattuale da utilizzare per applicare la tecnica del *project financing* appare in linea con la scelta generale del legislatore di indicare tassativamente i contratti con cui realizzare i lavori pubblici (contratto di appalto o di concessione)³⁶.

Quale conseguenza di tale prescrizione, l'operazione dal punto di vista strutturale, in ragione del coinvolgimento dei soggetti pubblici, assume una diversa configurazione. Alla rete dei contratti, conclusi dalla società veicolo finanziario con altre imprese per la costruzione e gestione del progetto si aggiunge, infatti, il contratto di concessione, cui si deve l'istaurazione del rapporto con l'amministrazione.

Altri aspetti sottratti alle dinamiche dell'autonomia dei privati riguardano la scelta dell'oggetto dell'operazione e le modalità di scelta del contraente. Per quanto riguarda il primo, la normativa pubblica originariamente prevedeva che il privato potesse proporre solo opere contenute nei documenti di programmazione della pubblica amministrazione³⁷. Si doveva trattare di lavori preselezionati dall'amministrazione in quanto la loro realizzazione rispondeva ad un interesse pubblico. Questo limite ha subito un'attenuazione perché con successivi interventi legislativi si è prevista la possibilità per il privato di proporre l'inserimento di progetti nei documenti di programmazione, nella fase di loro formazione³⁸. In ogni caso, restava il fatto che tali iniziative per poter essere realizzate con il

³⁵ Il primo comma dell'art. 153 del codice prevede che i promotori possano presentare all'amministrazione proposte di lavori pubblici o di pubblica utilità da realizzare «tramite contratti di concessione di cui all'art. 143, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi».

³⁶ Il vigente art 19, comma 1 della Legge Quadro prevedeva che «i lavori pubblici di cui alla presente legge possano essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo quanto previsto dall'art. 26, comma 4». La suddetta previsione, oggi contenuta nell'art. 3 del codice dei contratti pubblici, ha assunto una formulazione meno rigorosa semplicemente definendo come contratti pubblici «i contratti di appalto e di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti dagli enti aggiudicatori, sia soggetti aggiudicatori».

³⁷ Le iniziative dei promotori possono avere ad oggetto solo lavori pubblici o di pubblica utilità che siano contemplate dalla programmazione triennale (cioè il programma previsto dall'art. 14. della legge 109/1994 modificato dall'art. 4 della legge 415/1998) o da altri strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice. L'intento della previsione è quello di concepire il coinvolgimento dei privati nella realizzazione delle opere pubbliche come un fatto non episodico e non casuale.

³⁸ Il legislatore già con l'art. 7 della L. 166/2002 è andato a modificare l'allora art. 37 bis estendendo ai privati la partecipazione alla fase di cui all'art. 14 della legge Merloni, consentendo loro di intervenire con proposte relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità («i soggetti privati e pubblici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione di cui all'art. 14

project financing dovevano essere fatte proprie dai soggetti pubblici in seguito ad un giudizio di rispondenza della proposta all'interesse generale. Inoltre, anche quando l'adozione avveniva, non faceva sorgere alcun compenso a favore del privato per l'attività compiuta. La soluzione, fedelmente recepita dal D.Lgs. n. 163/06, cui si deve l'adozione del Codice³⁹, è stata ora modificata dal D.Lgs. n. 152/08. L'intervento, invero, appare bidirezionale. Per un verso, in relazione alle procedure per opere inserite nella programmazione, all'amministrazione è attribuito un maggior potere nella determinazione dell'oggetto del contratto, essendo la stessa, ora, a predisporre il piano di fattibilità su cui s'indica la gara. Per l'altro, il legislatore ha attribuito maggiore rilevanza ai casi in cui è il privato a proporre al di fuori della programmazione l'opera da realizzare con il *project financing*. In questa ipotesi, l'apporto dell'opera del promotore è incentivata anche dall'eliminazione dei termini precedentemente fissati per la presentazione delle proposte⁴⁰.

Infine, la figura si distingue per le modalità di scelta del contraente: la selezione non avviene, infatti, secondo le regole del mercato, ma sulla base di un procedimento amministrativo volto ad individuare il soggetto che presenta maggiori garanzie di affidabilità.

Dunque, sono questi i tratti distintivi della figura che con la Merloni ter si è introdotto nel nostro ordinamento. Nel loro insieme, gli stessi consentono di individuare una versione differente del *project financing* dove l'iniziativa resta essenzialmente privata, perché posta in essere da privati con una strumentazione giuridica che di per sé s'inserisce nel diritto privato, ma l'oggetto, cui tale attività è destinata, è un oggetto volto a soddisfare un interesse pubblico: i lavori pubblici o di pubblica utilità⁴¹. Ne discende, quale connotato di fondo, una commistione di principi, regole e di interessi privati e pubblici.

della presente legge, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità»). La giustificazione di una simile innovazione va ricercata nella volontà di liberare l'autonomia dei privati dal vincolo della programmazione triennale (ex art. 14 l. 109/94) entro la quale dovevano essere inderogabilmente inserite le opere da realizzare con il procedimento previsto dagli art. 37 bis e seguenti. Con tale modifica il privato che ha sviluppato particolari conoscenze su opere che, benché d'interesse per la P.A., non sono inserite nel piano triennale, può comunque avanzare proposte per la loro realizzazione.

L'intervento dei privati nella programmazione dei progetti non determina in capo alle amministrazioni alcun obbligo di esame, a differenza di quanto avviene per le proposte di finanzia di progetto di cui al medesimo comma dell'art. 37 bis, per le quali la P.A. è obbligata a provvedere alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento e alla verifica della completezza della proposta. Le amministrazioni possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse, anche se ciò non determinerà alcun diritto del proponente ad un compenso per le prestazioni effettuate o per l'eventuale realizzo degli interventi proposti.

³⁹ Fermo restando il vincolo della conformità al contenuto del programma triennale, l'art. 153 comma 1, ultima parte, consente ai promotori di fornire il loro apporto ideativo presentando, proposte d'intervento alle amministrazioni, nell'ambito della fase di programmazione.

⁴⁰ L'art. 153 co. 16 introdotto con il D.Lgs. n. 152/08, come sopra accennato, per le opere non inserite nella programmazione, prevede la possibilità per i soggetti privati di presentare all'amministrazione in qualsiasi momento, anche al di fuori della fase di programmazione, proposte consistenti in uno studio di fattibilità per la realizzazione e la gestione di opere in concessione. Qualora l'amministrazione reputi l'opera di interesse pubblico la inserisce nel programma ed avvia la procedura di gara secondo le modalità sopra indicate. Il progetto preliminare viene presentato a seguito della pubblicazione del bando. Ai fini del nostro discorso sullo spazio lasciato ai privati nella determinazione dell'oggetto della concessione, al fine di valutarne le differenze con lo schema generale del contratto è interessante leggere quanto riconosciuto dall'ANCE nel Comunicato dell'8 luglio 2008 n. 1555.

⁴¹ I termini lavori pubblici o di pubblica utilità sempre più di frequente sostituiscono, anche nei testi normativi quello di "opera pubblica".

Ebbene, su questi presupposti e in questa prospettiva incomincia ad avere un senso parlare di *project financing* “pubblicistico”. Con il ricorso a tale lemma si riesce, infatti, non solo a dare atto della partecipazione pubblica all’operazione, ma soprattutto a sintetizzare il cambiamento subito dalla figura, sotto diversi profili, in conseguenza del differente scopo perseguito in questo nuovo contesto. In altri termini far emergere l’autonoma identità dell’applicazione pubblicistica del *project financing* consente di mettere in evidenza la corrispondenza che generalmente sussiste tra la scelta degli strumenti giuridici e la natura degli interessi giuridici in gioco. Su questo aspetto, invero, incentreremo la nostra riflessione.

1.4 Il rinvio residuale al codice civile

Trattando degli elementi sulla base dei quali è possibile distinguere la versione pubblicistica del *project financing* accolta nel nostro ordinamento, abbiamo accennato all’argomento relativo alla natura del diritto applicato alla figura. La trasposizione del *project financing* nel contesto dei lavori pubblici, infatti, importa la sottrazione della disciplina di importanti profili del rapporto negoziale all’applicazione del diritto civile, che invece la governa nell’originario modello privatistico: la collocazione in quel contesto, infatti, evoca, almeno in prima battuta, l’applicazione di una normativa di natura pubblicistica, speciale sia per la previsione di particolari modalità di conclusione dei contratti pubblici, sia per l’attribuzione di poteri e prerogative alla pubblica amministrazione.

Tuttavia, al di là di questa prima osservazione sulla ‘mancata’ applicazione di alcune delle regole che si sarebbero invocate in un’operazione tra privati, l’individuazione del diritto applicabile alla finanza di progetto non è immediata. Invero, questo passaggio richiede la considerazione del rinvio operato dal Codice degli Appalti e servizi pubblici ad una serie di ulteriori indici normativi. Appaiono poi ricche di conseguenze alcune osservazioni, di carattere più generale, sull’effetto sistematico ed innovativo apportato dal codice all’intera materia dei contratti pubblici.

Sotto il primo aspetto si fa riferimento a quella che abbiamo detto essere la più importante novità introdotta con il testo unico, ossia all’art. 152, che ha chiaramente indicato la normativa applicabile alla fattispecie. Ne è risultato l’assoggettamento della figura, almeno in linea generale, attraverso un sistema di rinvii, alle regole sui contratti pubblici, integranti la disciplina specifica e il conseguente, compiuto inquadramento sistematico nell’ambito della disciplina sui lavori pubblici.

L’articolo, infatti, richiama i principi e le disposizioni comuni che aprono il codice (parte I), le norme sulla programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori (parte II, titolo III, capo I), oltre a quelle sul contenzioso (parte IV) e sul regime transitorio (parte IV).

La stessa norma prevede l’applicazione in via residuale delle disposizioni sui contratti di rilevanza comunitaria (parte II, titolo I) ovvero di quelle sui contratti sotto soglia comunitaria (parte II, titolo III) secondo che l’importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia comunitaria fissata dall’art. 28 del codice. Per tanto si stabilisce l’applicazione diretta della maggior parte delle norme sui contratti di lavori e soltanto quella residuale delle norme previste in via generale per tutti i contratti pubblici, lavoro, fornitura e servizi⁴².

⁴² Il codice è articolato in cinque parti. La parte I intitolata «principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto in parte dall’ambito di applicazione del codice», contiene le norme relative all’oggetto, ai principi, alle definizioni, alle fonti e all’autorità per la Vigilanza. La parte II intitolata «contratti pubblici relativi a la-

Alla luce del suo contenuto, la disposizione va incontro all'esigenza, già avvertita dai primi commentatori, di completare la disciplina del *project financing* per tutti quegli aspetti, relativi soprattutto al rapporto concessorio, la cui regolamentazione, in mancanza di un'espressa indicazione legislativa, veniva ricavata, per interpretazione sistematica, dalla normativa sugli appalti pubblici. L'operazione non era, infatti, immediata, stante il carattere alluvionale del quadro normativo, consistente in una pluralità di leggi, né il risultato appariva inconfutabile, in quanto basato sull'inquadramento, in via esclusivamente ermeneutica, del *project financing* nell'ambito dei contratti per la realizzazione di lavori.

A fronte di queste difficoltà, la disposizione con il suo rinvio, consente di integrare la disciplina speciale sull'affidamento della concessione. A questo effetto si accompagna, per altro, quello del superamento della situazione precedente di asimmetria e quasi estraneità delle norme sul *project financing*, nel contesto della disciplina degli appalti pubblici. Infatti, mentre prima del codice tali regole apparivano come un *corpus* normativo aggiunto, non pienamente in sintonia con il tenore della stessa Legge Merloni⁴³, oggi esse sono divenute veramente parte integrante della disciplina generale dei contratti pubblici. La sistemazione ha come conseguenza l'assoggettamento della figura a regole e principi comuni - se compatibili - in tutti i casi in cui è presente una lacuna nella disciplina speciale.

In una prospettiva più ampia, l'introduzione della disciplina del *project financing* nel codice s'inserisce nel programma - espresso prima dalle direttive comunitarie 17/2004/Ce e 18/2004/Ce e poi dal Parlamento italiano nella legge delega per l'adozione di decreti legislativi volti a recepire le stesse direttive - di raccogliere in un "unico testo normativo" la congerie di leggi che regolano la materia dei contratti pubblici, apportandovi le innovazioni necessarie, soprattutto per assicurare l'aderenza al diritto comunitario⁴⁴.

Il Codice ha perciò rappresentato l'occasione sia per il coordinamento in un sistema organico, coerente, tendenzialmente esaustivo delle norme regolanti le procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni, di rilevanza comunitaria o sotto soglia («...coordinando anche le altre disposizioni in vigore...»); sia per la loro «semplificazione», «finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici». In tema di *project financing*, però, il codice ha avuto un effetto ulteriore, quello dell'individuazione del fondamento normativo che consente di applicare sistematicamente alla figura le regole generali sui contratti pubblici.

vori, servizi fornitura nei settori ordinari» disciplina i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi fornitura sia sopra che sotto soglia. La parte II è divisa in quattro titoli. Il primo disciplina i contratti di rilevanza comunitaria e contiene il cuore della disciplina sulle procedure di affidamento e i principi in tema di esecuzione del contratto. Tale disciplina rappresenta lo schema base della regolamentazione di tutti i contratti pubblici. Infatti, per la disciplina di specifiche figure si fa riferimento prima a tale disciplina generale poi vengono enunciate le regole derogatorie. Infatti, il secondo titolo si occupa dei contratti sotto soglia; il terzo detta disposizioni specifiche per i contratti relativi ai lavori pubblici ed in particolare, per la concessione, il promotore finanziario, il contraente generale. Anche in quest'ultimo caso l'archetipo è la disciplina generale dettata per i contratti sopra soglia salvo la previsione di deroghe.

⁴³ Il quadro di fondo risultava in parte estraneo ad un'attività finanziaria promossa essenzialmente tra privati, ancorché per la realizzazione di lavori pubblici. Da lì, il rischio che tale inserimento potesse dar luogo ad inconvenienti e storture per l'applicazione di regole e principi non conformi alla natura della figura.

⁴⁴ L'art. 25 L. 18 aprile 2005 (legge comunitaria 2004) incaricava il Governo non solo di recepire le suddette direttive ma in termini più ampi «di definire un quadro normativo finalizzato al recepimento» delle direttive. Queste quindi non andavano recepite tali e quali ma richiedevano l'individuazione di un «quadro normativo» generale nel quale inserirle.

La ricostruzione operata sarebbe, a ogni buon conto, parziale se non si considerasse anche il rinvio contenuto nello stesso art. 152 alla disposizione di cui agli art. 2, comma 4 che, con norma di chiusura, individua nel diritto privato la fonte delle regole non espressamente previste dal Codice degli Appalti. Infatti, il legislatore ha stabilito che «per quanto non espressamente previsto» l'attività contrattuale delle amministrazioni si svolge nel rispetto «delle disposizioni stabilite dal codice civile».

Ora, leggendo insieme queste due indicazioni, la scelta normativa del legislatore appare volta verso la combinazione di strumenti di diritto amministrativo e di diritto civile. Ampio spazio è riservato a quest'ultimo nella disciplina del rapporto concessorio, confermandosi così la tendenza già espressa con la riforma del diritto amministrativo, a legare l'azione amministrativa ai moduli dello *jus privatorum*⁴⁵. Il riferimento è alle regole generali dettate dall'art. 1 co. 1 bis della legge n. 241/1990 come modificato dalla Legge n. 15/2005 e all'art. 11 della stessa legge, nelle quali il diritto privato appare valorizzato quale disciplina ordinaria dell'azione amministrativa consensuale.

Questo legame logico tra le norme citate e l'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici, appare piuttosto evidente e non può essere negato alla stregua delle differenze che pure sussistono ed emergono dal testo normativo.

L'art. 1 co. 1 bis della legge 241/1990, infatti, afferma che la pubblica amministrazione che opera senza adottare atti autoritativi, agisce «secondo le norme del diritto privato», mentre l'art. 11 della stessa legge richiama l'applicazione agli accordi integrativi e sostitutivi dei «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili». A fronte di tre diverse espressioni se ne dovrebbe dedurre il dettato di tre diverse regole.

Ora, ammesso che in alcuni casi l'uso dei termini non sia sempre rigoroso, quello che si può dire è che la definizione contenuta nell'art. 11 è più ristretta di quella dell'art. 1, di cui, quindi, rappresenta una specificazione in relazione agli accordi. Per questo il rinvio è solo alle norme sulle obbligazioni e contratti. Per quanto attiene l'art. 2 del codice, stando ad un'interpretazione letterale, il legislatore sembra aver voluto dettare una regola più chiara e circoscritta, usando termini più specifici, come «disposizioni» e «codice civile». Con la prima pare che si siano volute escludere dal rinvio i principi generali del diritto civile, ricavabili mediante il procedimento logico - induttivo su cui si basano le pronunce giurisprudenziali e la riflessione dottrinale⁴⁶. Mentre menzionando il codice civile, invece del «diritto privato» o del «diritto civile», l'art. 2 accoglie una nozione idonea a superare la dicotomia diritto civile/diritto commerciale nella consapevolezza che l'azione amministrativa si esprime anche in base a modelli societari (partecipazione pubblica in società miste, costituzione di società strumentali, istituzione di fondazioni).

⁴⁵ C. Giurdanella, *Commento al Codice dei Contratti pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, 2 ed. aggiornata al D. Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6, Napoli, 2007, p. 24

⁴⁶ Sulle implicazioni ricostruttive della scelta legislativa tra il rinvio alle «norme» o ai «principi» del diritto civile v. G. Vettori, *Accordi «amministrativi» e contratto*, in G. Barbagallo, E. Follieri e G. Vettori (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, p. 32. L'a., in tema di accordi amministrativi, sottolinea - con una osservazione che in termini invertiti vale anche in relazione all'art. 2 comma 4 del codice - che il riferimento nell'art. 11 della l. 241/1990 ai principi e non alle norme non è casuale o indifferente, ma costituisce un preciso segnale per l'interprete. Il richiamo ai principi del diritto civile importa, infatti, l'attribuzione al giurista di un compito ulteriore e faticoso, quello della ricerca dei concetti giuridici i quali esprimono «il volto interiore di una società in cammino».

Al di là delle questioni terminologiche, cui si connettono anche aspetti sostanziali, quello che qui interessa sottolineare - e che necessiterebbe di una distinta riflessione - è l'apporto dell'art. 2 al superamento della tesi tradizionale, secondo cui l'attività contrattuale dell'amministrazione sarebbe caratterizzata da profili tali di specialità da esonerarla dall'applicazione di una serie di norme del codice civile, ritenute incompatibili con il fine pubblico⁴⁷. In questo senso, l'art. 2 conferma anche nel settore dei contratti di appalto, forniture e servizi, gli esiti di quell'orientamento giurisprudenziale che ha escluso l'esonero dell'amministrazione dal rispetto di singoli istituti e di norme del diritto civile⁴⁸, e si aggiunge a quelle disposizioni, quali l'art. 1, l'art. 11 e l'art. 21 *sexies* della L. 241/1990, nel riconoscere il principio della generale soggezione dell'attività privata della pubblica amministrazione alle regole del diritto comune⁴⁹.

Ciò posto, resta da vedere se, effettivamente, il diritto civile che potrebbe essere invocato nelle operazioni di *project financing* sia quello applicato ai contratti tra privati.

Per rispondere, bisogna partire dal dato che la normativa sul *project financing* nel nostro ordinamento, se ricostruita sistematicamente, risulta composta da norme di diritto amministrativo e di diritto privato, con una prevalenza delle prime nella disciplina della procedura di affidamento della concessione e delle seconde per quanto attiene all'esecuzione del rapporto concessorio (oltre che nella disciplina degli altri contratti conclusi dalla società di progetto)⁵⁰.

La commistione tra disciplina pubblica e privata, comunque, è sempre presente in tutte le fasi della figura. Con la conseguenza che di questa duplice presenza bisogna tener conto nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme. Essa deve guidare l'interprete al fine di evitare irrigidimenti nell'uno e nell'altro senso⁵¹.

Per questa caratteristica, la disciplina del *project financing* mette bene in evidenza quel fenomeno, sempre più frequente, dei continui intrecci e sovrapposizioni tra rego-

⁴⁷ Vedi Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 1987, n. 207, in *Foro amm.*, 1987, 506 che rileva un processo "di riallineamento bilanciato del diritto dei contratti delle pubbliche amministrazioni lungo la linea segnata dagli istituti disciplinati dal codice civile, condotto sul fondamento dell'idea-guida che le convenzioni concluse dalla pubblica amministrazione con un privato, in quanto non derogate da norme speciali o da principi propri del diritto amministrativo, soggiacciono alle norme comuni sui contratti e in particolare all'art. 1372 c.c. (), e che quindi l'utilizzo delle procedure dell'evidenza pubblica non può costituire uno sbarramento all'ingresso nell'area di azione del soggetto pubblico di quelle norme comuni nonché della competenza del giudice ordinariamente chiamato alla verifica del loro rispetto".

⁴⁸ Tra gli esempi più significativi di questo lavoro di erosione giurisprudenziale si ricordi il superamento dell'indirizzo che esonerava la pubblica amministrazione dal rispetto della disciplina di cui all'art. 1341 c.c. (Cassazione civile, sez. III, 20 febbraio 1996, n. 1321, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 223; Cassazione civile, sez. III, 20 febbraio 1996, n. 1321, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 223). Altro tema riguarda il riconoscimento di una responsabilità per *colpa in contraendo* della pubblica amministrazione (Cass., sez. un., 1 luglio 2001, n. 3645, tra le più recenti Cass. 10 giugno 2005, n. 12313, in *Corr. Giur.*, 2006, fasc. 1, 67 e sgg.). Ancora si riteneva non configurabile la mora degli enti pubblici, ma la giurisprudenza ha poi cambiato indirizzo, riconoscendo che i tempi dell'azione amministrativa non possono essere opposti al creditore (Cass., sez. un., 8 giugno 1985, n. 3541). Infine si è affermata l'applicazione dell'art. 2932 c.c. quale strumento di tutela in forma specifica per l'obbligazione di contrarre non adempiuta dall'ente pubblico (Cass., sez. un., 11 febbraio 2003, n. 2063 in *Giorn. dir. amm.*, 2003, fasc. 5, p. 516).

⁴⁹ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo. Percorsi*, Milano, 2006, p. 1222

⁵⁰ Anche se bisognerebbe tener conto del fatto che molti atti del procedimento sono suscettibili di una duplice lettura. Per fare un esempio, nell'atto di aggiudicazione è possibile riscontrare sia un atto di accertamento costitutivo sia l'accettazione della proposta contrattuale.

⁵¹ Per analoghe considerazioni L. Giampaolino, *Introduzione ad un corso sul project financing delle opere pubbliche: privato e pubblico nella disciplina dell'istituto*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, f. 4, 2005, p. 543-545; R. Mangani, *Per il p.f. la Merloni è ormai una gabbia troppo stretta*, in *Ed. e Terr.*, n. 30, p. 26 e sgg.

le pubbliche e private nella legislazione. L'idea dell'ordinamento diviso in "aree" e della specialità del diritto amministrativo fondata sulla presenza di istituti autonomi ma corrispondenti a quelli del diritto privato non sembra più rispondere alla realtà. Nel sistema normativo esistente si registra, infatti, l'adozione diretta degli istituti civilistici, magari adattandoli al diverso contesto in cui trovano applicazione. Il diritto amministrativo, quindi, non appare, soprattutto nel settore dell'attività consensuale della pubblica amministrazione, come un sistema normativo autonomo ed esaustivo spesso limitandosi ad una disciplina frammentaria che non esclude l'applicazione del diritto privato, ma anzi si apre al suo dispiegarsi in via complementare. In altri casi, il diritto privato s'inserisce per regolare in via ordinaria determinati profili dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, con l'obiettivo di fornire soluzioni diverse e più agili e di estendere l'applicazione uniforme di certi schemi al settore privato e a quello pubblico, subendo però l'inserimento di singole regole pubblicistiche, le quali producono effetti preclusivi, condizionanti, di controllo. Si creano quindi, tra i diversi sistemi normativi equilibri indefiniti, variabili che presuppongono il progressivo avvicinamento tra i principi ordinatori del diritto pubblico e del diritto privato, riflesso dello sviluppo della società e di una nuova concezione dell'amministrazione.

In questa evoluzione, il diritto amministrativo non indica più il primato dell'interesse pubblico e del soggetto chiamato a perseguirlo ma deve la sua "specialità" alla previsione di regole che assicurano lo svolgimento del compito cui è chiamata l'amministrazione, intesa come soggetto erogatore di servizi e beni in favore della collettività⁵². Il che, in altri termini significa, che la specialità di quelle regole è legata alla garanzia della funzione che l'azione amministrativa deve perseguire e degli interessi dei beneficiari della stessa.

Tutto questo, per altro, si accompagna alla maturata consapevolezza che con gli strumenti del diritto civile si possono anche perseguire fini diversi da quelli egoistici. Da qui, il diffondersi di discipline composte di regole privatistiche e di diritto pubblico, soprattutto in quei settori in cui amministrazioni e privati concorrono per la realizzazione di obiettivi di interesse generale. In questi casi, tra i quali va ricondotto il *project financing*, anche l'applicazione degli istituti del diritto comune appare finalizzato allo svolgimento in comune, tra pubblica amministrazione e privati, di funzioni e servizi di interesse generale.

Alla luce di queste osservazioni generali, nella disciplina del *project financing*, gli strumenti del diritto contrattuale vengono invocati in modo diretto per realizzare una certa attività. Tuttavia, come nella maggior parte dei casi di privatizzazione dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, il d.lgs. n. 163/06, non si limita a richiamare lo strumento contrattuale e a rinviare alle disposizioni del codice civile, ma contiene pure singole prescrizioni integrative e derogatorie del diritto civile. Così la legge, nel mentre indica il ricorso a precisi istituti privatistici, introduce direttamente alcune norme speciali, che in virtù dell'art. 2 escludono l'applicazione delle regole del codice civile. Tali previsioni possono essere rintracciate sia nella disciplina specifica del *project financing*, sia nella disciplina generale in tema di esecuzione dei contratti pubblici che, come abbiamo visto, trovano applicazione alla nostra figura grazie al rinvio di cui all'art. 152.

⁵² In questo senso la riflessione di G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 235-245; A. Zoppini, *Il diritto privato nelle trasformazioni dei processi allocativi delle risorse pubbliche*, in *Eur. Dir. priv.*, 2003, p. 545 e sgg.

Queste deroghe, modificando il diritto applicabile per evitare gli inconvenienti che deriverebbero dall'intera vigenza delle regole del codice civile, comportano chiaramente delle alterazioni agli istituti civilistici richiamati.

Questa soluzione non è esente da alcuni problemi applicativi. È lasciata, infatti, all'interprete l'individuazione del diritto privato disapplicato e la composizione delle ipotesi di parziale sovrapposizione tra figure generali e figure speciali. All'interprete è inoltre rimessa la valutazione, a fronte del carattere imperativo delle norme speciali, dei maggiori limiti che queste pongono all'autonomia negoziale delle parti, prevedendo particolari vincoli, preclusioni o prescrivendo un particolare contenuto contrattuale.

Queste osservazioni ci permettono di trarre alcune conclusioni sul "tipo" di diritto privato applicabile al *project financing*. Infatti, poiché la disciplina della nostra figura è il risultato della combinazione tra disposizioni del codice civile e norme derogatorie delle medesime, se ne deve dedurre che il diritto applicabile non è quello vigente per i contratti tra privati ma un diritto modificato per garantire il rispetto del fine pubblico. In particolare, nell'ultima parte della ricerca, cercheremo di mettere in evidenza i singoli momenti della disciplina nei quali quest'esigenza di tutela dell'interesse pubblico inerente all'operazione impone regole singolari.

Questa connotazione, comune all'intera disciplina dei contratti pubblici, assume un rilievo maggiore ed un valore più significativo nel *project financing*, anche in considerazione del fatto che il rapporto concessorio si lega ad altre relazioni contrattuali, interamente disciplinate dal diritto privato comune.

Per tutte queste ragioni, non appare revocabile in dubbio che la diversa natura del diritto applicabile rappresenti un elemento fondamentale per la distinzione di due versioni del *project financing*.

1.5 L'inquadramento della figura nella categoria del partenariato pubblico privato

Alla stregua delle considerazioni sin qui svolte, si ritiene di aver raggiunto un primo parziale risultato, rappresentato dall'emersione di due varianti del *project financing*. Su questo presupposto è ora possibile affrontare un'ulteriore questione, che ci consentirà di distinguere la finanza di progetto dagli altri contratti pubblici, sotto il profilo del ruolo riservato alle parti pubbliche e private, e dei loro interessi, nell'operazione negoziale.

Il riconoscimento che con la versione pubblicistica del *project financing* si è introdotto uno strumento per la realizzazione di un'opera di rilevanza generale attraverso l'attività e il capitale privato sollecita, infatti, una riflessione sulla possibilità di ricondurre la stessa al fenomeno del "partenariato pubblico - privato", ossia all'ambito di quelle forme di collaborazione tra soggetti pubblici e privati nella realizzazione di opere e fornitura di servizi di utilità sociale.

In queste ipotesi all'autorità pubblica è riservata la funzione di individuare gli interessi da perseguire e il compito di controllare il raggiungimento dell'obiettivo, mentre al privato è attribuita la scelta delle modalità di esecuzione dell'attività di rilevanza generale.

In questi anni, il fenomeno del partenariato ha acquisito una crescente importanza avendo trovato linfa ed un solido aggancio normativo nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost. comma 4⁵³, che incentiva l'espansione dello spazio

⁵³ Per una bibliografia minima sul principio di sussidiarietà orizzontale: U. Ruffolo, *Principi di sussidiarietà e autonomia privata*, in *Responsabilità, comunicazione, impresa*, 1999, p. 371-387; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51; G.U. Rescigno,

riservato ai privati nello svolgimento di compiti pubblici. Sulla base di questo principio, l'attività dei privati, in quanto attività "sussidiaria" dell'intervento pubblico, è considerata come una diversa modalità di attuazione delle finalità pubbliche.

Di conseguenza, il modello di azione amministrativa proposta dal principio della sussidiarietà orizzontale importa una nuova prospettiva per la realizzazione dell'interesse pubblico, fondata sul presupposto che l'impiego delle capacità tecniche, economiche e giuridiche degli amministratori importi un incremento di efficienza ed economicità nell'attività amministrativa. Questo diverso modello di relazione tra pubblica amministrazione e privati, fondato sulla sussidiarietà orizzontale, appare difficilmente realizzabile con gli strumenti tradizionali dell'azione amministrativa, per la maggior parte improntati su una logica di soggezione dei cittadini. Perciò, questo nuovo approccio per non perdere parte della sua identità sembra richiedere la formulazione e l'adozione di nuove figure giuridiche, più conformi a questa diversa logica e maggiormente in grado di esprimere l'evoluzione della concezione dell'interesse pubblico e del suo rapporto con quelli privati coinvolti nell'operazione.

Di questo nuovo approccio, pare essersi reso consapevole il legislatore, che ha provveduto all'introduzione nel Codice dei Contratti Pubblici, come recentemente modificato⁵⁴, la definizione del contratto di partenariato pubblico privato. L'art. 3, comma 15-ter del Codice degli Appalti, infatti, stabilisce che sono tali «i contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti». Si tratta di una figura di contratto complesso, in cui i contraenti assumono più obbligazioni, connesse tra loro. Le parti non si limitano a convenire lo scambio di un bene o di un servizio a fronte del corrispettivo prestato ma disegnano una struttura contrattuale molto articolata, in cui è difficile e poco opportuno cercare di isolare le singole obbligazioni. Tale struttura riflette sul piano giuridico la complessità di queste operazioni sul piano economico.

Nella prospettiva di dimostrare che il *project financing* rappresenta una forma di partenariato pubblico privato, è interessante notare che la complessità e l'unitarietà, preordinata ad un unico risultato, che si sono indicate come l'essenza del *project financing* tra imprenditori privati - riemergono quali caratteristiche "dell'operazione amministrativa"⁵⁵ di partenariato descritta dal legislatore.

La definizione in esame, riprende le caratteristiche che la Commissione Europea nel Libro Verde (COM 327, 2004) ha indicato come elementi peculiari delle forme di

Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 6; V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà*, in *Enc. giur.*, 2003, p. 1-9; P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004 ma già Id., *La sussidiarietà orizzontale. Le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95; C. Marzuoli, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pag. 71

⁵⁴ Ci si riferisce al terzo decreto correttivo del codice degli appalti, D. Lgs. 11 settembre 2008 n. 152, in GU n. 231 del 2 ottobre 2008 - Supplemento Ordinario 227) su cui torneremo oltre.

⁵⁵ L'espressione è presa in prestito da F. Fracchia, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in G. F. Ferrari e F. Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, pp. 37 e sgg. Invero, l'A. suggerisce di applicare la categoria di "operazione amministrativa" al procedimento con il promotore, facendone discendere importanti conseguenze sul piano dell'interpretazione della normativa: «In altri termini, l'oggetto di siffatta disciplina esibisce i sopra individuati caratteri di unitarietà, di preordinazione ad un medesimo risultato pubblicistico e di assoggettamento ai principi dell'attività amministrativa che segnalano l'esistenza della categoria dell'operazione amministrativa».

collaborazione⁵⁶ tra autorità pubblica e mondo delle imprese⁵⁷ e che ritroviamo nel *project financing*. Tali elementi sono la durata relativamente lunga della collaborazione tra *partner* pubblico e privato; il finanziamento almeno in parte a carico dell'imprenditore; uno specifico ruolo del *partner* privato nelle diverse fasi del progetto; la ripartizione dei rischi tra i soggetti coinvolti.

Nello specifico, la nostra figura può farsi rientrare nelle operazioni di partenariato di tipo puramente contrattuale, dove la relazione tra pubblico e privato si fonda esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. La nostra figura, infatti, anche nel settore dei lavori pubblici mantiene quella struttura multicontrattuale che abbiamo sopra ricordato. Abbiamo una molteplicità di soggetti come parti di altrettante relazioni negoziali tenute insieme dal comune interesse alla realizzazione del progetto. Attraverso questa struttura negoziale una o più attività, la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, la gestione dell'opera, vengono affidati ai diversi *partners* privati.

Il privato perciò interviene in tutte le fasi dell'intervento infrastrutturale, con il proprio apporto di mezzi e di capacità, per rispondere alle principali difficoltà che l'amministrazione incontra nel settore dei lavori pubblici. Difficoltà, non solo di tipo finanziario ma legate anche all'aumento della complessità degli interventi, al bisogno di una verifica attenta della compatibilità finanziaria dell'opera, alla tradizionale inadeguatezza delle strutture interne all'amministrazione a governare progetti complessi, a cui si è pensato di ovviare con il passaggio della progettazione, dell'attività tecnica e materiale, della verifica della qualità, del controllo di gestione dal pubblico al privato⁵⁸.

In questo contesto deve leggersi, per altro, la disciplina del procedimento di aggiudicazione del *project financing*, nel quale si è messa in evidenza un'incisiva partecipazione del privato alla determinazione del progetto di interesse pubblico, al fine di apportare quelle informazioni e competenze specifiche, necessarie nelle iniziative più complesse⁵⁹. Da qui la scelta di procedure di gara, tra cui quella di dialogo competi-

⁵⁶ Il *Libro Verde* presentato dalla Commissione il 30.4.2004, COM(2004) 327, relativo ai "*partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*" mira a illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del *partner* privato ed alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide ed alle caratteristiche specifiche dei PPP. Il documento dopo aver definito il termine partenariato pubblico-privato ("PPP") (par. 1) elenca i tratti distintivi di queste operazioni: «par. 2. I seguenti elementi caratterizzano normalmente le operazioni di PPP:

- La durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il *partner* pubblico ed il *partner* privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare.

- La modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti [...].

- Il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il *partner* pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi.

- La ripartizione dei rischi tra il *partner* pubblico ed il *partner* privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il *partner* privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi».

⁵⁷ G. Pasquini, *Pubblico privato per le infrastrutture di pubblica utilità. Temi e prospettive*, in M. Cabiddu (a cura di), *Modernizzazione del paese. Politiche opere, servizi pubblici*, Milano, 2005

⁵⁸ Perna R., *L'uso pubblico delle risorse private: un nuovo rapporto tra pubblico e privato nella realizzazione delle opere pubbliche*, in *Politica del diritto*, 1996, n. 2, p. 279

⁵⁹ Sulla carenza di informazioni e di competenza dell'amministrazione in relazione a questi contratti com-

vo, caratterizzate dall'apprendimento circolare, nelle quali il contenuto del contratto è determinato progressivamente a seguito delle dichiarazioni dei concorrenti, delle loro proposte, della diversa pressione concorrenziale e dell'informazione su soluzioni tecniche innovative⁶⁰.

L'intervento dei privati presuppone però che la pubblica amministrazione abbia provveduto ad una corretta attività di individuazione e pianificazione delle opere da realizzare. Il ricorso al *project financing* non può essere una soluzione di ultima istanza a cui l'amministrazione volge semplicemente per penuria di denaro pubblico, ma è un'opzione cui ricorrere con la consapevolezza che, per quell'intervento, essa rappresenta la scelta migliore⁶¹. La definizione corretta del quadro programmatico e degli altri documenti previsti dalla normativa sui lavori pubblici - piani urbani variamente denominati, studi di fattibilità - formano il quadro necessario perché il privato abbia certezza dell'interesse dell'amministrazione alla costruzione dell'opera. Si può quindi dire che in questa figura ciascun soggetto svolge le attività che gli sono più proprie e nelle quali ha più capacità: l'ente pubblico, la programmazione e il controllo; il privato, la realizzazione e la gestione dell'opera. La stessa Commissione Europea nel Libro Verde ha riconosciuto quale tratto distintivo delle operazioni di partenariato la partecipazione del *partner* economico nella progettazione, nella realizzazione, nel finanziamento, e la riserva al soggetto pubblico della definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico e del controllo sul rispetto di questi obiettivi nonché sulla qualità dei servizi offerti.

Per quanto attiene, poi, a quella che secondo la Commissione Europea è la caratteristica fondamentale del partenariato, ossia l'assunzione da parte del soggetto privato di una quota del rischio complessivo dell'intervento, dobbiamo ricordare che nella nostra figura l'analisi dei rischi del progetto rappresenta, addirittura, una fase fondamentale dello sviluppo del progetto e la loro divisione funzione tipizzante dell'operazione. Prima di decidere di partecipare all'iniziativa, i soggetti interessati si preoccupano di misurare la concreta attuabilità del progetto, principalmente analizzando tutte le circostanze che potrebbero, in corso d'opera, pregiudicare il buon esito dell'iniziativa. La realizzazione di progetti industriali di grandi dimensioni o di particolare complessità infatti è esposta a numerosi fattori di rischio, cioè ad una serie di eventi che possono causare una flessione dei flussi di cassa generati dall'opera rispetto ai ritorni economici attesi. Gli autori che si sono occupati della materia hanno giustamente individuato queste multiformi e variega-

plici v. M. Ricchi, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo. (Una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP)*, Documento discusso alla III Conferenza SIDE (Società Italiana di Diritto ed Economia) tenutasi a Milano, Bocconi il 9-10/11/2007 il quale definisce il mercato del partenariato pubblico privato «arretrato perché tutte le numerose PA (Amministrazioni Centrali, Regioni, Comuni, ASL, Comunità montane, S.p.A. pubbliche, etc.) agiscono nella regolazione in modo indipendente e con scarsa competenza, nonostante sia un mercato che muove notevoli volumi finanziari e interessi praticamente tutta la popolazione europea». Se ne deduce «la preoccupazione attuale che la PA, priva della cultura del negoziatore, abbia ceduto sulla sua linea, acquistando i servizi oltre i valori di convenienza» e che contro il rischio di «siglare relazioni per se soggioganti e/o vessatorie [...] la PA deve identificare ed appropriarsi delle doti di negoziatore per agire nel mercato» (corsivo nostro).

⁶⁰ Sul punto v. F. Gaspari, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, su <<http://www.giustiziaamministrativa.it/>>, n. 3, 2007; A. Carzaniga, *I possibili riflessi del "dialogo competitivo" nelle operazioni di Partenariato Pubblico Privato*, Relazione dattiloscritta del 27.09.05, Roma, su <<http://www.eternezzazioni.it/>>; M. Clarich, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, Seminario Comitato 4P, Roma 27 settembre 2005.

⁶¹ A. Germani, *L'evoluzione del P.F.: ora i nodi sono la ripartizione dei rischi e le garanzie volute dalle banche*, in *Ed. terr., Sole24ore*, 2006, fasc. 10, pag. 10-15

te situazioni di rischio, parlando di rischio di completamento, economico (incertezza in merito alla vendita dei prodotti derivanti dal progetto), finanziario, operativo, tecnologico e politico (relativo allo scoppio di guerre, rivoluzioni, ma anche espropri senza indennizzo, tassazioni inaspettate, sospensioni di licenze, divieti all'esportazione, ecc.).

La presenza di tali incognite e difficoltà ha reso sempre più difficile la realizzazione di queste opere da parte della pubblica amministrazione perché tutti i rischi verrebbero a gravare su un unico soggetto. Da qui, la necessità di ricorrere a strumenti come il *project financing*, che permettono la divisione del composito intreccio di rischi tra le parti interessate, per avviare progetti altrimenti non realizzabili. Questa operazione di distribuzione dei rischi è fondamentale e certamente delicata perché soltanto un'allocatione equilibrata ed efficiente evita di far gravare sulla collettività, sotto forma di aumento delle tariffe il costo di un'impropria o sbagliata ripartizione dei rischi del progetto. In quest'ottica si può ritenere inefficiente sia l'assunzione di tutti i rischi da parte della pubblica amministrazione sia il loro totale trasferimento sul privato. Diversamente appare funzionale all'obiettivo della ripartizione di rischi e delle responsabilità il ricorso alla concessione di costruzione e gestione, quale atto che autorizza l'attività imprenditoriale in settori nei quali lo Stato ha particolari prerogative, fissandone termini, condizioni e modalità. Infatti, nell'atto di concessione di costruzione e gestione, su cui è incentrato il *project financing* è insito in maniera organica l'assunzione di una quota del rischio dell'operazione da parte del soggetto privato.

Illuminante in questo senso è la comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario⁶². La Commissione ha chiarito che «il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dall'utente per un determinato periodo di tempo» e che, quindi, il concessionario non è direttamente remunerato dall'autorità aggiudicatrice, ma dai ricavi derivanti dall'uso dell'opera realizzata. Pertanto, il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma dovrà altresì sopportare quelli connessi alla gestione e all'uso abituale dell'impianto». «Il diritto di gestione implica il trasferimento della responsabilità di gestione. Tale responsabilità investe al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera (...).

In questo senso, la Comunicazione interpretativa prosegue affermando che, seppur anche negli appalti pubblici una parte dei rischi è a carico del contraente, tuttavia, l'assunzione dell'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, che si potrebbe definire "rischio economico", da parte del privato è propria del fenomeno delle concessioni.

⁶² Comunicazione interpretativa pubblicata sulla G.U.C.E. C-121 del 29 aprile 2000 in *Giorn. Dir. Amm.*, 2000, 1253 con commento di C. Guccione. Sull'evoluzione della nozione di concessione di lavori pubblici nell'ordinamento interno, va ricordato che la l. 8 agosto 1977, n. 584 equiparava la concessione di sola costruzione all'appalto e la sottoponeva allo stesso regime procedimentale e giuridico. Il Consiglio di Stato ha interpretato la suddetta statuizione distinguendo il concetto di concessione di sola costruzione dalla concessione di costruzione e gestione e sottraendo quest'ultima alle regole dell'altra. Cons. St., sez. III, 30 novembre 1982, n. 703, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 1984, p. 1129. Sul fronte comunitario, l'art. 3, n. 1, della direttiva 71/305/CEE, escludeva espressamente dalla propria sfera di applicazione i contratti di concessione, la direttiva del Consiglio 18 luglio 1989, 89/440/CEE ha modificato la direttiva n. 71/305/CEE con l'art. 1-ter, che ha espressamente preso in considerazione le concessioni di lavori pubblici rendendo ad esse applicabili le regole di pubblicità dettate dagli artt. 12, nn. 3, 6, 7 e 9-13, nonché 15-bis. Successivamente, la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE ha menzionato espressamente la concessione di lavori pubblici tra i contratti che rientrano nella propria sfera di applicazione. Per contro, la direttiva n. 93/38/Ce, adottata lo stesso giorno della direttiva n. 93/37/Ce, non ha previsto alcuna disposizione relativa alle concessioni di servizi pubblici.

Questo tipo di rischio, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione, costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici»⁶³. Attraverso la concessione, quindi, sia l'ente pubblico che il soggetto privato si assumono una quota del rischio dell'operazione secondo la regola fondamentale in campo internazionale, vale a dire allocare il rischio specifico sulla parte che è in grado di sostenerlo al minor costo.

La ripartizione dei rischi che caratterizza il *project financing*, però, non avviene solo attraverso la concessione ma anche grazie ad un sistema di clausole inserite opportunamente nei contratti che la società di progetto conclude con gli altri partecipanti all'operazione. Sulla base di tali clausole, per un verso, si riduce il margine di rischio assunto dalla società concessionaria e, per un altro, i diversi *partners* di assumono un rischio ulteriore che è funzionale al proprio interesse alla realizzazione del progetto e quindi al ritorno economico atteso dall'attività collegata. Alla fase dell'individuazione, della divisione e della delimitazione segue quella dell'applicazione delle tecniche di copertura dei rischi che mitigano il pericolo di *default* del progetto. A rafforzamento delle previsioni del piano economico finanziario, le banche richiedono sempre ai promotori la strutturazione di un pacchetto di garanzie, sotto forma di obbligazioni contrattuali, da inserire nei contratti commerciali sottostanti al contratto di finanziamento, mediante i quali si realizza l'opera. Tali garanzie possono consistere in impegni contrattuali volti a responsabilizzare tutti i partecipanti al rispetto dei valori economici attesi e ad assumere su di sé l'incertezza di eventuali variazioni, connesse direttamente alla propria attività. In tali obbligazioni possono anche rientrare le c.d. "garanzie negative" con cui si indicano una serie di limiti alla libertà di iniziativa e di disposizione dell'imprenditore. Possono altresì prevedersi obblighi di rivalsa che configurano sempre, nei contratti sottostanti, degli impegni di garanzia.

Attraverso questo pacchetto di garanzie è possibile ripartire in modo chiaro rischi e responsabilità tra i protagonisti dell'iniziativa e coprire tutti gli eventi, anche dipendenti dalla volontà o attività delle parti, che potrebbero condizionare l'iniziativa. L'analisi di queste garanzie costituisce il presupposto della decisione degli investitori di finanziare un'operazione di *project financing*.

Sul punto, occorre aver presente che, quando si decide di ricorrere al finanziamento privato per la realizzazione di un intervento, il capitale privato deve essere sempre remunerato in modo congruo alla quota di rischio assunto. Organizzare forme di finanziamento non adeguatamente remunerate in proporzione al rischio sopportato significa andare incontro ad un probabile insuccesso dell'iniziativa.⁶⁴

⁶³ A livello comunitario, dunque, un primo elemento di carattere discrezionale tra la nozione di appalto e la nozione di concessione di lavori pubblici è rappresentato dal meccanismo di remunerazione. Ulteriore elemento su cui il diritto comunitario pone la sua distinzione è quello relativo all'allocazione del rischio economico; rischio che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione dell'opera. Se i poteri pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento 'rischio' viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione. L'art. 1, lett. d), della direttiva 93/37/CEE definiva la concessione di lavori pubblici come il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo. In quest'ultimo caso, è evidente che la corresponsione di un prezzo da parte della pubblica amministrazione non deve comportare l'effetto di eliminare il rischio economico a carico del concessionario relativo alla fase di gestione. L'art. 1, par. 3, della direttiva 2004/18/CE riprende la definizione fornita dal legislatore comunitario del 1993.

⁶⁴ La valutazione del rapporto ricavi/rischi e la costruzione del miglior modello di cooperazione con il capitale privato presuppongono, quindi, l'analisi concreta della configurazione dei rischi, relativi ad ogni fase

Nel complesso, queste osservazioni portano a condividere l'interpretazione di chi ha scritto che il *project financing*, è certamente uno dei più evidenti casi di partenariato pubblico privato e senz'altro la tipologia più utilizzata negli ultimi anni, consentendo

[...] di creare una vasta comunità di interessi nella fase di promozione dell'opera, attraverso una sorta di camera di compensazione delle differenti posizioni, facendole convergere come unitaria forza propulsiva dell'opera (A. Gervasoni, 2004, p. 32)⁶⁵.

In altri termini, la fase iniziale della programmazione e della distribuzione dei rischi sarebbe funzionale a costruire l'equilibrio tra le posizioni coinvolte nell'operazione. È l'assetto così raggiunto che poi consente e condiziona la cooperazione tra il soggetto pubblico e quelli privati.

In questo modello di collaborazione, con un'inversione di tendenza rispetto al passato, l'iniziativa non è più una prerogativa del decisore politico: sono, infatti, i rappresentanti degli interessi locali, le associazioni industriali e le Camere di Commercio, a

[...] stimolare la pubblica amministrazione, consapevoli che la presenza di nuove infrastrutture sul territorio enfatizzi le potenzialità dello sviluppo e la razionalizzazione dei flussi delle aree interessate (A. Gervasoni, 2004, p. 32).

I confini tra pubblico e privato divengono sempre più sfumati, grazie al superamento dello schema tradizionale della realizzazione di opere pubbliche, in cui il privato non doveva che eseguire, nel rispetto delle condizioni concordate, l'opera pubblica individuata, definita, finanziata ed approvata dagli organi pubblici competenti. Il modello alternativo proposto invece dal fenomeno del partenariato pubblico privato, ed incarnato dal *project financing*, è quello della cooperazione tra l'amministrazione e l'impresa.

La ricostruzione della finanza di progetto quale schema di collaborazione tra enti pubblici e privato, fondato su una pluralità di interessi, pubblici e privati, convergenti verso la realizzazione e l'utile gestione dell'infrastruttura, è un risultato estremamente significativo. È proprio quest'idea di interdipendenza e di comunità di interessi che, nei paragrafi e capitoli successivi, ci consentirà di giustificare le specialità di questa figura rispetto al contesto in cui è inserita e di trarre alcune conseguenze sul piano della ricostruzione del rapporto contrattuale tra ente concedente e società di progetto.

2. L'incidenza dell'interesse pubblico sull'operazione negoziale. Opzioni ricostruttive

Nelle pagine precedenti abbiamo visto che la struttura della figura così come recepita nel nostro ordinamento risulta modificata rispetto al modello originario – con quello che ne consegue anche in termini di legge applicabile – perché il progetto ha ad ogget-

del progetto. Ne risulta che la suddivisione dei rischi tra i partecipanti e le diverse forme di afflusso dei capitali privati rappresentano due profili del *project financing* e delle operazioni di PPP strettamente legati, posto che proprio la ripartizione dei rischi costituisce il criterio di scelta tra i vari modelli su cui costruire il rapporto tra istituzioni ed operatori del mercato.

⁶⁵ A. Gervasoni, *Il project financing come strumento di sviluppo territoriale*, in *Impresa&Stato*, 2004, n. 63/64; p. 32

to un intervento pubblico destinato a soddisfare un interesse generale della cui tutela è istituzionalmente investita l'amministrazione che partecipa all'operazione negoziale come controparte dei soggetti privati. Perciò il progetto coinvolge interessi privati e interessi pubblici, che con questo schema giuridico, prototipo del fenomeno del partenariato, si vuole far confluire per la realizzazione dell'opera. Da qui, l'idea di una comunità di intenti tra i partecipanti.

Rilevata la compresenza e la convergenza tra interesse pubblico e interesse privato nel *project financing* delle opere pubbliche, è interessante, però, capire quali conseguenze giuridiche ne derivano, sia in relazione alle posizioni soggettive dell'ente concedente e del privato concessionario, sia in relazione alla disciplina del rapporto, soprattutto per gli aspetti non espressamente regolati.

La domanda ad una prima impressione, potrebbe non apparire particolarmente significativa ed originale se si considera che da sempre la riflessione giuridica si è interessata al tema del rapporto tra interesse pubblico e privato: tema che, in effetti, investe tutta l'azione amministrativa, da quella provvedimentoale a quella consensuale, seppur in termini diversi. In particolare, nel caso dei contratti pubblici intenso appare il dibattito sul ruolo che ha l'interesse di cui sia portatrice l'amministrazione e su quanto esso condizioni la struttura e l'operatività dello strumento negoziale.

Tuttavia, crediamo che la questione possa assumere una diversa rilevanza in ragione della peculiarità del *project financing* rispetto agli altri contratti della pubblica amministrazione, non solo sul piano fenomenologico, descrittivo della fattispecie, ma anche sul versante dell'assetto degli interessi. Non si può negare che nel *project financing*, come in altre tipologie di partenariato, cambi il ruolo dell'amministrazione e del privato: alla prima, infatti, sono riservati compiti di programmazione e di controllo sul progetto, mentre è trasferito sul privato l'onere della costruzione e della gestione di un'opera d'interesse pubblico. Ora, siccome dalla gestione efficiente dipende la produzione dei ricavi necessari per soddisfare l'interesse economico del concessionario ma anche quello pubblico all'utilità sociale promessa, la questione che si pone è quella di definire le peculiarità del rapporto tra i due interessi. A tal fin sarà utile anche il confronto con quanto si rinviene negli altri contratti pubblici. Il passo successivo sarà quello di trarne le dovute conseguenze sul piano strettamente contrattuale.

In altri termini, la prospettiva è quella dell'approfondimento dell'esame della corrispondenza tra il suddetto modello di relazione amministrazione-impresa e il rapporto tra gli interessi delle parti, nonché quella dell'identificazione dei termini della convivenza tra interesse pubblico e interesse privato nella fattispecie negoziale.

Per capire, però, quanto di originale effettivamente apporti la finanza di progetto a questo tema, bisogna conoscere in che termini tale rapporto sia stato ricostruito dalla riflessione giuridica, soprattutto di matrice pubblicistica, in relazione alle altre fattispecie contrattuali.

In merito sono state formulate diverse tesi; qui ci soffermeremo su quelli che ci sembrano i principali modelli ricostruttivi. Se si volessero sintetizzare con una frase le differenze, dovremmo dire che queste dipendono dalla collocazione che si riserva all'interesse pubblico: all'esterno della struttura del contratto, rilevando esclusivamente nel procedimento di formazione della volontà, ovvero all'interno, in quanto elemento essenziale dello stesso.

Presupposto comune è il principio che le amministrazioni sono state create per perseguire gli interessi della collettività e ciò vale anche per l'attività di diritto privato. Perciò l'amministrazione anche quando opera attraverso strumenti di diritto privato, deve considerarsi vincolata al perseguimento del pubblico interesse, perché l'attività

amministrativa, in quanto funzione, non può prescindere dal fine⁶⁶. Ne discende il quesito sulla possibilità di sottoporre lo strumento contrattuale ad un vincolo teleologico. Infatti, se tale profilo non è del tutto estraneo al diritto civile, il quale contempla qualche forma di vincolo di scopo, più difficile è l'individuazione in tale settore di ipotesi in cui il soddisfacimento del vincolo incide sulla validità dell'atto posto in essere, come previsto nel diritto amministrativo.

3. Il modello ricostruttivo privatistico

Secondo un primo modello ideologico, nei contratti conclusi dalle amministrazioni, l'interesse pubblico sarebbe pari ordinato agli interessi privati e come questi entrerebbe, allo stesso modo e sullo stesso piano, nella causa del contratto. Pertanto, le vicende relative alla realizzazione dell'interesse pubblico inciderebbero dall'interno sul contratto.

Ma vediamo attraverso quali passaggi logici i sostenitori di questa tesi arrivano a tale esito.

L'idea di partenza è che lo strumento contrattuale nel contesto dell'azione pubblica, subisca delle modifiche ad alcune sue prerogative per divenire compatibile con talune caratteristiche dell'azione amministrativa che diversamente, non potrebbero attuarsi. Ora, tali profili di specialità interesserebbero tutte le vicende del contratto, perché l'interesse pubblico rilevarebbe in tutte le sue fasi. Ciò in ragione della partecipazione di tale istanza alla ragione giustificativa dell'accordo⁶⁷.

Premesso che la funzione complessiva dei contratti conclusi dalle amministrazioni per acquistare beni o servizi deve ravvisarsi nella corrispettività tra la prestazione caratterizzante l'accordo e l'impiego di determinate risorse finanziarie pubbliche, secondo questa impostazione, la rilevanza dell'interesse pubblico nella causa si ricava dalla circostanza che entrambi i suddetti termini del vincolo sinallagmatico si colorano dell'inerenza all'interesse pubblico. In particolare, la connotazione pubblicistica della prestazione caratterizzante è dedotta dal fatto che questa viene modellata e strutturata in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico. Nell'altra prestazione, quella pecuniaria, la connotazione pubblicistica, invece, si deduce dalla considerazione che l'obbligo di pagare implica l'impiego di risorse finanziarie pubbliche per la realizzazione di uno scopo prefissato⁶⁸.

Alle medesime conclusioni pervengono le teorie⁶⁹ che utilizzano il concetto di causa come funzione economico individuale o funzione concreta⁷⁰ per permettere l'ingres-

⁶⁶ Cfr. Marone, *Per una nuova valutazione dell'attività contrattuale dell'amministrazione*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 559; F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Amorth*, 1999 ora in *Scritti giuridici*, 1999, p. 328 e sgg.

⁶⁷ Seconda questa tesi l'interesse pubblico rientra nella causa, pur senza identificarsi con essa, perché permea tutte le fasi del contratto divenendone un elemento strutturale.

⁶⁸ L'esponente più noto di questa teoria è L.V. Moscarini che l'ha lucidamente espressa nel suo lavoro *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988.

⁶⁹ Invoca il concetto di funzione economico individuale, R. Dipace, *Partenariato pubblico privato*, Milano, 2006, p. 245.

⁷⁰ La bibliografia sul concetto di causa quale elemento del contratto è sterminata. Tra i contributi più autorevoli. G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 370 e sgg.; C.M. Bianca, *Diritto Civile 3, Il contratto*, Milano, 1984 rist. 1987, p. 419 e sgg.; L. Ferrigno, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 115-154, G. Di Majo, *Causa nel negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI,

so del fine pubblico nella struttura del contratto. In quest'ottica, il problema della causa è separato da quello del tipo negoziale in quanto si ritiene che l'atto di autonomia privata sia soprattutto veicolo di interessi individuali e non abbia lo scopo di soddisfare un'esigenza di natura sociale. Se la causa è la funzione che il negozio ha per le parti che lo pongono in essere ovvero la ragione dell'affare⁷¹, attraverso questo elemento si riesce a dare rilevanza contrattuale alla volontà dell'amministrazione di perseguire un interesse pubblico utilizzando lo strumento negoziale.

Per queste conclusioni, l'orientamento ora richiamato rappresenta un'alternativa alla tesi tradizionale che, in tema di patti, accordi e convenzioni, tiene distinta la logica del potere amministrativo da quella del contratto⁷². Il riferimento è alla teoria c.d. dualistica che, ridotta ai minimi termini, postula la separazione tra la fase di esercizio del potere amministrativo e quella della negoziazione, sul presupposto che nel contratto è implicito un principio di libertà, non compatibile con la funzionalizzazione dell'attività amministrativa. In altre parole, la valutazione della rispondenza all'interesse pubblico della proposta di contratto si svolgerebbe nella fase procedimentale ad "evidenza pubblica", che precede la conclusione vera e propria dei contratti della pubblica amministrazione.

Esaurite le "ragioni" dell'interesse generale nella disciplina degli aspetti attuativi dell'assetto degli interessi così definito, inizierebbero ad operare i "principi" del contratto. Il provvedimento amministrativo, con cui la pubblica amministrazione si impegna a porre in essere una determinata azione, non influenzerebbe in alcun modo il successivo negozio giuridico, che darebbe mera esecuzione a quell'impegno⁷³.

Roma, 1988, p. 1-11; R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 419, G. Alpa, *La causa e il tipo*, in *Tratt. Contr. Rescigno*, Torino, 1999, p. 483; Id., *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 1; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 361 e ss. Il concetto ha avuto un'elaborazione così travagliata per l'impossibilità di ridurlo ad una nozione facilmente intelligibile e per la difficoltà di individuare un comune denominatore dei significati. Per quanto riguarda la sua evoluzione, alla risalente teoria soggettivistica, secondo cui la causa s'identificava con lo scopo perseguito dal contraente al momento della stipulazione si è gradualmente sostituita l'idea di causa come funzione cui assolve il contratto sotto il profilo economico sociale. La causa sarebbe la tipica ragione economico e giuridica del contratto, ossia la giustificazione dell'operazione. Venuta meno la matrice ideologica che aveva elevato la causa ed elemento di controllo dell'utilità sociale degli scambi tra privati, questa nozione di causa quale elemento tipico del contratto risulta insoddisfacente. Essa, infatti, non permetterebbe di spiegare la nozione di causa illecita visto che il contratto avrebbe una causa astrattamente predeterminata per ogni tipo contrattuale. Il riferimento alla causa tipica porta a trascurare la realtà viva di ogni contratto cioè gli interessi reali che di volta in volta il contratto è diretto a realizzare al di là del modello tipico adoperato. Per valorizzare l'elemento causale se ne propone una definizione in termini di funzione economico concreta. Bianca parla di ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a realizzare. Quindi non basta verificare se lo schema utilizzato sia compatibile con uno dei modelli tipizzati, ma occorre ricercare il significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che sono entrate nel contratto (per la ricostruzione dell'evoluzione storica del concetto di causa v. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996 p. 762).

⁷¹ G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 373, afferma che la causa esprime la tensione della volontà verso il bene e cioè l'interesse che attraverso il contratto si vuole realizzare.

⁷² Per una ricognizione in termini limpidi della teoria dualistica cfr. F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965. In una prospettiva più generale, che riguarda i diversi moduli convenzionali anche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 856 e sgg. mostra di aderire alla teoria dualistica.

⁷³ M.S. Giannini, *L'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 25 sostiene che il fine pubblico non incide né sulle vicende del contratto né sulle obbligazioni assunte dall'amministrazione, rimanendo la discrezionalità amministrativa, posta alla base delle procedure di evidenza pubblica, e la libertà negoziale, inerente alla stipula del contratto, su piani diversi. Ciò comporta che la valutazione degli interessi compiuta dall'amministrazione è indifferente alla parte privata, perché si pone semplicemente come una determinazione dell'ente esterna al negozio. In questo senso A. Crosetti, *L'attività contrattuale*, Torino, 1984, p. 87

Avverso tale impostazione, la tesi privatistica sostiene che la limitazione della rilevanza dell'interesse pubblico alla sola fase di formazione della volontà dell'amministrazione, sia sconfessata da alcune norme in tema di appalto⁷⁴. Il riferimento è alle disposizioni relative alla gestione delle vicende del rapporto, che prevedono regole derogatorie rispetto a quelle previste per i contratti tra privati. Il loro speciale dettato sarebbe, infatti, giustificato proprio dall'incidenza dell'interesse pubblico anche nella fase propriamente contrattuale. In questa prospettiva si richiama la disciplina dello *jus variandi*, della risoluzione unilaterale del contratto da parte della pubblica amministrazione, della rescissione del rapporto contrattuale per il caso di frode o grave negligenza o violazione degli obblighi assunti da parte dell'appaltatore.

In tutte queste ipotesi, nell'ambito di un rapporto di fonte contrattuale e nella fase più propriamente negoziale, alla pubblica amministrazione sono riconosciute prerogative, che per la loro natura o per la loro estensione, non sono le stesse di cui godono i contraenti nei contratti tra privati. Secondo questa impostazione, nella fase esecutiva del contratto, quindi, si inserirebbero momenti di natura autoritativa nei quali l'amministrazione agisce in termini potestativi incidendo sull'attuazione del rapporto contrattuale. Ebbene, tali momenti autoritativi risponderebbero ad una *ratio* unitaria. Tale ragione sarebbe ravvisabile nel fine di realizzare l'interesse generale alla cui soddisfazione è vincolata tutta l'attività dell'ente agente. Perché questo possa realizzarsi, pure la fase esecutiva del contratto deve essere sottoposta ad un vincolo di "funzionalizzazione", che si estrinseca anche nella riserva all'amministrazione di poteri giuridici.

L'interesse pubblico condizionerebbe a tal punto l'attività negoziale della pubblica amministrazione da impedire la sua collocazione in posizione esterna al negozio. Esso è valutato al momento della formazione della volontà dell'ente, ma rimane presente in tutte le successive fasi dello svolgimento dell'attività perchè rappresenta nella fattispecie costitutiva la «componente intrinseca della funzione del negozio»⁷⁵ e non solo semplice momento funzionale dei singoli atti provvedimenti.

Rilevata la presenza dell'interesse pubblico nella funzione, questa appare costruita non dal semplice scambio tra la prestazione caratterizzante e il corrispettivo ma da un rapporto di sinallagmaticità i cui due termini sono, da un lato, lo svolgimento della prestazione caratterizzante, arricchita ed ad un tempo limitata in vista della funzione di pubblico interesse e, dall'altro, l'impiego di denaro pubblico.

Tali risultati portano ad enucleare per questo tipo di negozi l'espressione contrattiva ad "evidenza pubblica". La definizione non è nuova, ma il senso in cui è usata è più pregnante. Questa è la sintesi verbale per indicare non solo una serie di atti autoritativi prodromici alla conclusione del contratto ma anche l'incidenza degli strumenti giurispubblicistici sull'esecuzione e sull'efficacia della fattispecie costitutiva del rapporto⁷⁶. I contratti ad evidenza pubblica sarebbero, quindi, contratti speciali connotati dalla rilevanza che assume il perseguimento dell'interesse pubblico, non solo nella delibera a

⁷⁴ La rilevanza delle norme sul contratto di appalto deriva dal fatto che esso è stato considerato il prototipo dei contratti della pubblica amministrazione fino all'adozione del relativo codice.

⁷⁵ L.V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, p. 81 che definisce l'interesse pubblico «come componente della causa di certe particolari figure di contratti della p.a., che senza assurgere al rango di contratti ad oggetto pubblico, e restando invece qualificati da prestazioni caratterizzanti di tipo giusprivatistico, come quelle dell'appalto, si distinguono non solo per l'inquadramento nello schema formale dell'evidenza pubblica (...) ma anche per il peculiare modo di atteggiarsi dell'aspetto funzionale».

⁷⁶ L.V. Moscarini, cit., p. 69 e sgg.

contrarre, nella procedura di gara, nell'approvazione e nei controlli sulla fattispecie costitutiva, ma nella disciplina sostanziale del rapporto.

Il risultato più significativo di questa impostazione riguarda le conseguenze dell'affermata componente pubblicistica della causa, sul piano della validità e dell'efficacia del contratto. Questo aspetto appare tanto più rilevante alla luce del quesito iniziale della ricerca, volta ad indagare la rilevanza che sul piano dell'operazione negoziale di *project financing* ha l'introduzione dell'interesse pubblico e il particolare rapporto che esso instaura con gli interessi commerciali degli altri *partners*.

L'apporto del modello privatistico sul piano degli effetti contrattuali si apprezza soprattutto nel confronto con la teoria dualistica. Secondo quest'ultima⁷⁷, l'amministrazione sarebbe chiamata a valutare la rispondenza del contratto al fine pubblico principalmente in due atti: l'atto di deliberazione a contrarre e l'atto di approvazione del contratto. Il primo è un atto interno appartenente al rapporto tra ente contraente e l'organo di controllo con il quale la prima attua la messa in evidenza dell'interesse pubblico perseguibile con il contratto che intende concludere. Il secondo è invece atto dell'organo di controllo successivo alla stipulazione del contratto a cui è subordinata la produzione di effetti operativi per entrambe le parti. Si tratta di un momento provvedimentale con il quale l'organo di controllo verifica della legittimità del contratto e della sua reale corrispondenza all'interesse pubblico.

In quest'ottica, il problema dei riflessi delle vicende di questi atti sul prosieguo della procedura e in particolare sul contratto è risolto nel senso dell'inefficacia degli atti successivi, anche di natura negoziale, ancorché perfetti e validi, per vizi o mancanza dell'atto amministrativo presupposto⁷⁸.

Diversamente, nella tesi sulla funzione mista pubblico-privata dei contratti pubblici, i problemi legati alla presente o persistente funzionalità del contratto all'interesse pubblico, poiché questo rappresenta una componente della ragione giustificativa del contratto, vengono risolti sulla base dei principi della causa contrattuale.

Le differenze chiaramente sono legate alla diversa costruzione della struttura contrattuale.

Secondo l'impostazione tradizionale, poiché la valutazione circa la rispondenza al fine pubblico avviene in un momento esterno all'accordo, le conseguenze giuridiche e gli errori nel processo di determinazione dell'assetto degli interessi sul contratto vengono risolte in termini di trasmissione degli effetti, con cui si realizza anche il collegamento tra il momento procedurale e quello negoziale. Con l'ingresso dell'interesse pubblico nella causa, invece, sia i vizi originari sia le modificazioni successivamente intervenute sull'assetto degli interessi, assumono direttamente rilevanza sul contratto. La

⁷⁷ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, p. 677

⁷⁸ La soluzione è facilmente comprensibile per l'approvazione in quanto è la legge stessa che lo prevede come condizione di efficacia del contratto, per cui in sua mancanza il contratto sarà da subito inefficace; nel caso, invece, di vizio di legittimità che rende suscettibile di annullamento l'approvazione, il contratto seguirà le vicende dell'atto. Invece, nell'ipotesi di mancanza o invalidità della delibera a contrarre le conseguenze sul contratto andrebbero ricostruite in base allo schema civilistico della carenza di legittimazione (in questo senso M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, p. 731 - 732 e ss.) o dell'errore - vizio nella formazione procedimentale della volontà (v. A. Massera, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, 2003, p. 1579). Si tratterebbe di un caso particolare di annullabilità rilevabile esclusivamente da parte dell'amministrazione. Perciò, questa sembra la sanzione anche per eventuali errori nella valutazione di corrispondenza del contratto all'interesse pubblico.

sanzione sarà, dunque, quella dell'invalidità intrinseca del contratto per mancanza, o se si vuole per impossibilità di realizzazione della causa⁷⁹.

All'esito di questo *excursus*, però, le conclusioni di questa riflessione non convincono completamente, perché questa finisce per determinare un aumento delle ipotesi di caducazione dei contratti pubblici. Nel tentativo di garantire la soddisfazione dell'interesse pubblico questa ricostruzione dà adito ad una consistente moltiplicazione delle cause di nullità e di scioglimento del contratto.

L'applicazione del regime della nullità comporta una minore stabilità del rapporto contrattuale, tenuto conto della legittimazione generale ad agire e dell'impossibilità di prevedere forme di convalida del contratto in mancanza di una previsione specifica in questo senso. In questa prospettiva, poi, tutte le volte in cui eventi successivi alla conclusione determinano la frustrazione dell'assetto originario degli interessi, possono essere invocati i rimedi contrattuali previsti dalla teoria generale del contratto, ovvero *in primis*, la risoluzione del vincolo. Ciò significa che vizi, inadempimenti, impossibilità o eccessiva onerosità delle prestazioni, in quanto rendono i due termini del sinallagma contrattuale non più rispondenti all'assetto di interessi e quindi anche all'interesse pubblico, devono essere trattati in base alle regole privatistiche dettate per le ipotesi di difetto funzionale della causa.

Alle perplessità di carattere generale si aggiungono quelle relative alle conseguenze del modello ricostruttivo proposto in relazione alla figura del *project financing*.

Infatti, la suddetta accresciuta incertezza in merito alla persistenza del vincolo contrattuale tra amministrazione e società di progetto appare poco compatibile con quell'esigenza di stabilità che, sappiamo, caratterizza la nostra operazione. In ossequio all'opzione di fondo del *project financing* per la stabilità, tutte le variabili e le sopravvenienze, che possono comportare sostanziali alterazioni dell'equilibrio contrattuale dell'operazione tale da impedire il rimborso del debito contratto e la remunerazione del capitale investito, dovrebbero essere oggetto di specifici meccanismi di gestione e di "copertura", in modo tale che il progetto possa resistere alle vicende patologiche dell'operazione. L'esigenza di fondo, che giustifica il contenuto di tali previsioni negoziali, è quella della conservazione dei contratti, per cui la risoluzione è concepita come strumento di ultima *ratio*.

4. Il modello ricostruttivo dell'"operazione amministrativa"

Si deve alla dottrina amministrativistica più recente una diversa definizione del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato nell'attività contrattuale degli enti. I caratteri di questo rapporto discendono dalla ricostruzione dell'attività contrattuale dell'amministrazione in termini di procedimento unitario, nel quale si collocano la serie degli atti pubblici e di quelli privati. In questa sequenza s'inserisce, quale momento centrale, la determinazione dell'assetto degli interessi delle parti, la quale, però, avviene fuori della fattispecie contrattuale. Tale assetto è raggiunto all'esito di un procedimento di ponderazione nel quale le diverse istanze non riescono a fondersi, per la loro intrinseca eterogeneità. Nella combinazione delle posizioni, l'interesse pubblico ha un peso preminente, quelli privati un ruolo secondario e confliggente.

Questa costruzione del rapporto tra interesse pubblico e interessi privati all'interno del contratto parte dalla rilettura del principio di legalità, nel senso dell'attribuzione di

⁷⁹ L. V. Moscarini, cit., p. 211

maggiore incidenza al profilo della legalità-indirizzo, intesa come soggezione dell'amministrazione al vincolo del perseguimento degli obiettivi fissati dalla legge. Tuttavia, il riconoscimento della soggezione anche dell'attività svolta con gli strumenti del diritto privato a tale vincolo teleologico si accompagna alla negazione dell'attitudine concreta dell'interesse pubblico fissato dalla norma ad indirizzare l'azione amministrativa: l'interesse pubblico peccherebbe di eccessiva astrattezza⁸⁰ e, quindi, non sarebbe in grado di determinare efficacemente il contenuto del contratto. Tale limite appare, poi, tanto più evidente quanto più aumentano i modelli di azione amministrativa in cui è significativa la partecipazione dei privati, e quindi più numerosi gli interessi coinvolti. In queste ipotesi è all'amministrazione che viene assegnato il compito di selezionare questi interessi, adattando così al caso concreto la finalità dell'azione indicata dalla legge.

In questa logica, nell'attività contrattuale dell'amministrazione, il processo di determinazione dell'interesse specifico da perseguire, attraverso la considerazione degli interessi in campo, importa necessariamente la valutazione degli interessi dei privati. Tale valutazione avverrà in rapporto dialettico con l'interesse pubblico, il quale risulterà modificato o limitato da questo processo dal carattere transattivo. Poiché, però, anche l'attività amministrativa svolta nelle forme del diritto civile è vincolata al soddisfacimento dell'interesse generale non si avrà quel meccanismo di composizione degli interessi coinvolti proprio dei contratti tra privati, che consegue alla confluenza di paritarie manifestazioni di volontà e confluisce nella funzione del contratto. Nei contratti pubblici, infatti, tale rapporto appare una sorta di "convivenza" tra l'interesse pubblico e gli interessi privati, una combinazione, realizzata dalla stessa amministrazione agente, nella quale l'interesse determinante è quello pubblico, mentre gli altri sono secondari e realizzabili nella misura in cui non confliggono con il primo.

Questo l'assetto sarebbe la conseguenza dei limiti che incontra la volontà delle parti nella determinazione del contenuto contrattuale per la soggezione dell'azione amministrativa al vincolo di scopo rappresentato dalla soddisfazione dell'interesse generale. Il che solleva non poche perplessità sulla possibilità di qualificare la posizione dei contraenti in termini di autonomia negoziale, intesa come libera autodeterminazione dei fini della propria azione. In questa prospettiva, poiché la legge impone alla sola parte pubblica il dovere di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico, si finisce per riconoscere in via esclusiva all'autorità la facoltà di ponderare gli interessi in gioco: ponderazione che integra, in sostanza, un'azione discrezionale dell'amministrazione non molto diversa da quella a base dell'attività in forma autoritativa. Attraverso quest'attività discrezionale s'individua lo scopo concreto e specifico dell'azione amministrativa⁸¹.

⁸⁰ Sul punto G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo. Il principio del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati a sistema*, Napoli, 2006, p. 128, sottolinea che gli interessi pubblici indicati dalla legge hanno spesso natura indeterminata: si pensi a finalità spesso evocate nei testi normativi come sicurezza pubblica, igiene e sanità, valorizzazione dell'ambientale o culturale, ecc. Si tratta di finalità generiche e di concetti indeterminati: con la conseguenza che, di fatto, si rilascia una sorta di procura in bianco alla pubblica amministrazione. In questi casi la legge lascia libera determinazione sul se, sul come, sul quando o sul contenuto del provvedimento o anche su tutti o una parte di tali profili.

⁸¹ F. Cangelli, *La dimensione attuale del vincolo teleologico nell'attività amministrativa consensuale*, AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di Scienza dell'amministrazione*, (Varenna, 20-22 Settembre 2001), Milano, 2002, p. 273 ribadisce che «è la legge a porre il vincolo di comportamento teleologico che contraddistingue il carattere discrezionale del potere: la discrezionalità riguarda appunto la determinazione dell'interesse pubblico specifico, che normalmente comporta un apprezzamento degli altri interessi confluenti (secondari), consentendo attraverso la ponderazione comparativa dell'in-

La partecipazione dei soggetti privati nell'attività amministrativa impone, senz'altro, all'amministrazione di individuare lo scopo concreto dell'atto in considerazione oltre che dell'esigenza collettiva anche degli interessi privati. Tuttavia, il criterio fondamentale rimane l'interesse pubblico, al di là della diversa articolazione che può assumere la sua relazione con gli altri interessi nei singoli casi.

Pertanto, se l'ammissione dei soggetti a prospettare i loro interessi, comporta l'instaurazione di un confronto dialettico tra gli stessi, questa, però non implica il riconoscimento di una loro pari rilevanza⁸². Anche se il modello contrattuale evoca immediatamente l'idea della pari ordinazione delle manifestazioni di volontà e dei sottostanti interessi - perché così è nei rapporti tra soggetti privati - non altrettanto avviene nei contratti pubblici, a causa della disparità di posizione delle parti coinvolte: disparità che si traduce nell'attribuzione all'amministrazione di poteri funzionali alla cura dell'interesse pubblico, che i privati non hanno e che limitano la sfera giuridica altrui⁸³.

Corollario di questa impostazione è la negazione della causa contrattuale quale strumento giuridico per garantire la funzionalizzazione del contratto alla soddisfazione dell'interesse pubblico, perché l'accordo sarebbe indifferente a quelli che sono gli interessi dei contraenti.

Presupposto del ragionamento è il concetto di causa come funzione economico sociale ossia come tipica ragione economica e giuridica del contratto, sulla cui base conseguentemente, sarebbe impossibile formulare un giudizio di corrispondenza tra l'assetto degli interessi raggiunto e la volontà interna o la motivazione dei singoli contraenti. Tale giudizio sarebbe estraneo al contratto attenendo piuttosto alla sfera dei motivi, che, come noto, sono giuridicamente irrilevanti in ambito contrattuale. Quindi un eventuale contrasto tra accordo e assetto degli interessi non si tradurrebbe in illiceità della fattispecie né darebbe luogo ad altro rimedio giuridico.

Di conseguenza, il contratto, in quanto strumento di per sé impermeabile agli interessi perseguiti dalle parti, diversi da quelli coincidenti con la relativa funzione economica sociale, e quindi indifferente anche all'interesse pubblico di cui sia veicolo l'ente, non sarebbe idoneo a rendere il carattere teleologicamente vincolato dell'azione amministrativa.

Per altro, per i sostenitori di questa tesi, si arriverebbe alla medesima conclusione pur accogliendo la teoria della rilevanza causale dell'interesse pubblico. Anche ammettendo che l'interesse pubblico possa entrare nella causa del contratto, quale interesse di

teresse primario con detti interessi, di delineare la concreta e specifica configurazione dello scopo da porre a base dell'azione». *Contra* F. Ledda, *Nuove note sugli accordi «di diritto pubblico» e su altri temi contigui*, in *Giur.it.*, 1998, 378 e sgg. che, pur accettando l'idea della comparazione degli interessi, sostiene che alla configurazione in termini di potere discrezionale vada sostituita quella in termini di autonomia negoziale perché è inutile pretendere che l'interesse pubblico sia in grado di affermarsi nei confronti dell'altro contraente, in ogni caso e malgrado qualsiasi prestazione.

⁸² P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1999, p. 44 e sgg.

⁸³ Quando l'ente pubblico esercita i suddetti poteri, la posizione soggettiva dei privati è ricostruita in termini di interesse legittimo per cui, nonostante la tendenza generale a riconoscere in capo all'amministrazione obblighi e al privato diritti, non tutto il relativo rapporto contrattuale potrebbe essere costruito in base a questo binomio. Il che aumenterebbe le difficoltà di considerare paritaria la posizione delle parti, come previsto nel modello contrattuale. Queste si accompagnano ai dubbi sulla possibilità di definire la posizione dell'amministrazione come parte del contratto. La prevalenza dell'interesse pubblico sugli altri interessi coinvolti sembra, infatti, contrastare con la struttura del contratto di diritto comune nella quale i singoli contraenti portano un interesse di "parte" che in quanto tale non può imporsi sull'altro.

una delle parti che sia stato oggetto della ponderazione e dell'assenso altrui, nella prospettiva di raggiungere un punto di incontro tra le originarie contrapposte posizioni, tuttavia, la causa non sarebbe l'elemento attraverso il quale valutare la compatibilità di tale assetto con l'interesse pubblico. Questa valutazione atterrebbe, infatti, al giudizio di meritevolezza degli accordi.

Pertanto, convinti dell'estraneità al contesto negoziale della questione della conformità dell'azione ad uno scopo prefissato, stante lo stretto legame tra autonomia contrattuale e libertà, i fautori di questa ricostruzione mettono in dubbio la possibilità di connotare l'attività consensuale della pubblica amministrazione in termini di esercizio dell'autonomia privata: l'attività degli enti, anche quando vengono usati strumenti privatistici, non è mai totalmente libera ma, piuttosto, discrezionale, essendo volta all'individuazione dell'interesse pubblico concreto e del modo migliore di soddisfarlo⁸⁴. Ricostruendo invece l'azione amministrativa in termini di esercizio del potere discrezionale⁸⁵ si riuscirebbe a rendere il carattere funzionale dell'attività consensuale dell'amministrazione e a giustificare la previsione a favore dell'amministrazione di prerogative funzionali alla realizzazione dello scopo perseguito.

In base a queste osservazioni viene proposto uno schema logico nuovo in cui collocare interesse pubblico e interesse privato, che vuol essere coerente con i principi dell'attività amministrativa ma anche con la scelta di un modello di azione basato sul consenso, quindi diverso da quello provvedimentale.

Partendo dal presupposto che sia l'amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale, per le ragioni suddette, a dover determinare l'assetto degli interessi dell'atto finale, si assegna all'interesse della controparte un peso nella determinazione dell'assetto degli interessi diverso da quello che ha nell'attività autoritativa - per non vanificare il ricorso al modello contrattuale - ma anche da quello che ha nei contratti tra privati. Infatti, al consenso viene riconosciuto un ruolo costitutivo degli effetti del contratto, tale per cui possa dirsi che in qualche misura essi sono riconducibili all'interesse privato.

In questo modo il suo intervento non si risolve in mera partecipazione alla fattispecie, come accade nel procedimento amministrativo, ma incide sull'assetto contrattuale, facendo sì che gli effetti del negozio siano diversi da quelli che si sarebbero prodotti con l'adozione di un provvedimento autoritativo, adottato senza il consenso della controparte. Quindi, affinché le istanze private possano concorrere alla determinazione del regime giuridico dell'azione amministrativa, si propone un diverso schema nel quale l'interesse pubblico rimane parametro imprescindibile per la funzionalizzazione dell'atto, ma l'interesse della controparte si pone in posizione di comprimarietà. Ciò, per altro, permetterebbe di distinguere la posizione del contraente da quella degli altri soggetti toccati dalla vicenda.

In conclusione, la natura consensuale dell'atto richiederebbe soltanto un mutamento nella regola di ponderazione degli interessi in campo.

⁸⁴ Parzialmente diversa l'opinione di A. Massera, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 1557 che pur riconoscendo l'incidenza del principio di legalità-indirizzo sull'agire dell'amministrazione secondo moduli consensuali, sostiene che «l'autodeterminazione caratterizza la sfera di libertà di cui godono le amministrazioni, come ogni altro soggetto, nella ricerca dell'accordo con il possibile contraente; l'interesse pubblico rappresenta il motivo e nel contempo il limite esterno, non disponibile da parte delle amministrazioni stesse, per quella ricerca, compiuta utilizzando peraltro tutte le forme di potere riconosciute alla loro capacità».

⁸⁵ Il potere discrezionale è, infatti, definito come il potere attribuito proprio per realizzare lo scopo inerente all'azione.

Questa ricostruzione presenta una certa analogia con lo schema proprio delle decisioni in forma provvedimentale, tenuto di conto dello sviluppo della concezione del procedimento da strumento di garanzia in via assolutamente primaria dell'interesse pubblico a sede elettiva della compensazione degli interessi sociali⁸⁶. Il rapporto tra interesse pubblico e interesse privato anche nell'attività consensuale della pubblica amministrazione integrerebbe, infatti, un procedimento ideale in cui ciascuna delle parti fornisce il proprio apporto, avendo di mira, non solo il proprio interesse, ma la ricerca di soluzioni in grado di realizzare congiuntamente l'interesse pubblico e l'interesse privato. La differenza rispetto al procedimento amministrativo starebbe, però, nella regola che consente il loro coordinamento, la quale dipende dalla natura consensuale della fattispecie.⁸⁷

Ciò comporta lo spostamento dell'ottica dall'atto al procedimento⁸⁸: questa è, infatti, la fase in cui avviene il confronto tra interessi. Per altro, la centralità assunta dal procedimento è testimoniata anche dal conio di una nuova formula, quella di "procedimenti amministrativi consensuali", con la quale sono indicate tutte le ipotesi in cui la cura dell'interesse pubblico avviene attraverso l'acquisizione del consenso dei privati a prescindere dalla natura provvedimentale o negoziale dell'atto finale.

Questa costruzione della fase procedimentale rappresenta il tentativo di superare le difficoltà incontrate nel rendere compatibile, con lo schema negoziale, fattispecie caratterizzate dalla disomogeneità delle manifestazioni di volontà coinvolte. Con il suddetto procedimento di ponderazione, infatti, si riuscirebbe a far confluire in un'unica posizione interessi eterogenei e attribuire al consenso della parte privata un ruolo centrale nella determinazione degli effetti. A fronte della svalutazione dell'idoneità del concetto di contratto a descrivere questa particolare iterazione di volontà e di interessi, il procedimento è visto come lo strumento elettivo per l'apprezzamento, in modo congiunto e "bidirezionale" dell'interesse pubblico specifico e di quello privato.

Corollario di questa impostazione, è la svalutazione della differente natura dell'atto finale del procedimento: questo, in tutti i casi in cui è il risultato di tale *iter*, ha comunque natura di codecisione, intesa come decisione amministrativa assunta all'esito del giudizio di combinazione dei diversi interessi, per cui in ultima analisi gli effetti che ne discendono sono riconducibili ad una pluralità di volontà.

Riflettendo sulle implicazioni di questa soluzione, emerge in primo luogo il rifiuto della lettura della fattispecie in senso privatistico. La scelta di non utilizzare termini come accordo o contratto per indicare l'atto nel quale prende corpo il risultato della

⁸⁶ R. Ferrara, *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa ad un diritto amministrativo di garanzia*, in *Dir. amm.*, 1997, 2, 252; F.P. Pugliese, *Il procedimento tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1471 e sgg.

⁸⁷ Per E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, p. 79 in questo modo viene a combinarsi il momento della composizione degli interessi e quello della necessaria prevalenza dell'interesse pubblico.

⁸⁸ Per procedimento amministrativo s'intende una serie concatenata di atti, provenienti dai soggetti pubblici ma anche dai soggetti privati, e di operazioni ovvero attività materiali, previsti da norme primarie o secondarie e talvolta determinati facoltativamente dalla pubblica amministrazione, preordinati alla produzione di un provvedimento finale, come tali suscettibili di produrre effetti innovativi nell'ordinamento. La bibliografia sul procedimento amministrativo è sterminata. Tra gli studi più recenti: A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, 2003, p. 1035; G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino 2004, R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2005, 103 e sgg.; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzaroli, *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, p. 530

comparazione degli interessi nell'attività contrattuale deriva, infatti, dall'idea che i contratti conclusi dalla pubblica amministrazione non abbiano affatto natura contrattuale perché non c'è parità, nel senso che una sola delle parti può disporre dell'interesse pubblico, pur dovendo operare rispetto ad esso un giudizio di ponderazione particolare.

La conseguente decisione di non dare una veste giuridica determinata all'atto finale del procedimento amministrativo consensuale e i dubbi sulla natura contrattuale di tale attività, si espongono a due tipi di obiezioni.

In primo luogo si paventa il rischio di vanificare la tensione verso il modello contrattuale, riscontrabile nell'evoluzione del nostro sistema giuridico. Sostenere, infatti, che l'equilibrio tra l'interesse pubblico e quello privato come sopra delineato può essere raccolto in un contratto - o meglio in un atto bilaterale - oppure in un provvedimento, significa svilire la diversa natura dello strumento contrattuale: ad esso, difatti, non corrisponderebbe, una tipica e connotativa interrelazione tra interesse pubblico e interesse privato, quando una delle parti fosse la pubblica amministrazione. Il contratto risulterebbe soltanto una delle forme giuridiche, al pari dei provvedimenti, che contengono una regolamentazione concordata endoprocedimentale, in cui calare l'esito del procedimento di transazione degli interessi coinvolti.

Seguendo questa prospettiva, pertanto, all'adozione del contratto quale modulo dell'azione amministrativa, invero incentivata dal recente diritto amministrativo, non corrisponderebbe l'applicazione di una figura con le caratteristiche che presenta nei rapporti privati.

Le perplessità si accrescono, poi, se i risultati dello schema ricostruttivo proposto vengono confrontati con le prescrizioni recentemente introdotte nella legge sul procedimento. Il riferimento in particolare è al comma 1 bis dell'art. 1 della legge 241 del 1990⁸⁹ come introdotto dalla legge 15 del 2005, il quale costituisce la norma base dell'attività della pubblica amministrazione assoggettata al diritto privato. La norma che è oggetto di un foltissimo dibattito, è stata indicata, già durante il suo lungo iter legislativo, come la più importante testimonianza della profonda privatizzazione dell'azione amministrativa. Essa pertanto pone una regola generale (la pubblica amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato) ma subordinatamente a due condizioni: 1) che si tratti di adottare atti di natura non autoritativa; 2) che la legge non disponga diversamente.

Ora, dato che secondo il modello prospettato, l'atto finale del "procedimento consensuale" sarebbe un atto intrinsecamente autoritativo - seppur bilaterale - in quanto frutto dell'esercizio del potere discrezionale, applicando la norma di cui al comma 1 bis si dovrebbe concludere che i contratti stipulati dalla amministrazione non sarebbero soggetti alla disciplina di diritto privato. Il che significherebbe rendere in gran parte inutile la suddetta previsione⁹⁰.

⁸⁹ Il citato comma 1 bis statuisce che «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente». Essa pertanto pone una regola generale (la pubblica amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato) ma subordinatamente a due condizioni: che si tratti di adottare atti di natura non autoritativa; che la legge non disponga diversamente.

⁹⁰ Dell'ambito di applicazione della norma sono state proposte diverse interpretazioni. In una prima accezione per atti autoritativi si sono intesi gli atti espressione di un potere amministrativo, con riferimento all'essenza e alla sostanza (potestà amministrativa per la cura di un interesse pubblico, che trascende il soggetto agente, ma ne costituisce la missione) piuttosto che alla tipologia dell'atto. Conseguentemente resterebbero fuori di questa nozione i contratti di diritto comune e di diritto speciale, sia gli atti incidenti su

Con il comma 1 bis, il modello privatistico sembrerebbe, nell'idea che si è fatto il legislatore del diritto privato, alludere a tutto ciò che non è imposto ma negoziato, nonché presupporre parità di posizioni soggettive e non disparità di piani di intervento. La norma sembra quindi richiedere che al ricorso ai modelli convenzionali nell'agire dell'amministrazione – già promosso da precedenti interventi legislativi e dalla riflessione dottrinale – faccia seguito l'introduzione anche del relativo statuto giuridico. Ciò contro quanti sostengono che l'uso di uno strumento tipico del diritto privato, quale il contratto, non richiederebbe l'assimilazione della posizione dell'amministrazione a quella del soggetto privato e rinvio alla disciplina di diritto civile⁹¹.

In questa direzione, inoltre, depone l'adozione del Codice dei Contratti Pubblici, cui abbiamo sopra fatto riferimento. In tale contesto normativo, sono definiti in termini di contratti pubblici i contratti di appalto o di concessione aventi ad oggetto l'acquisizione dei servizi o di forniture ovvero l'esecuzione di opere o lavori posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, e, più in generale, dai soggetti aggiudicatori. La scelta a favore di questa espressione, piuttosto della più comune "appalti pubblici", pare manifestare la volontà di valorizzare il profilo della relazione negoziale come presupposto della disciplina anziché quello procedurale. L'espressione utilizzata è senz'altro maggiormente evocativa del modello contrattuale di diritto comune.

D'altra parte, le stesse scelte legislative in tema di *project financing* testimoniano di un processo di valorizzazione dello schema contrattuale. Nel testo unico, infatti, l'operazione risulta incardinata sulla concessione di costruzione e gestione definita come contratto, abbandonata la risalente qualificazione unilateralpubblicistica. Questa è disciplinata come contratto formale a prestazioni corrispettive, il cui sinallagma risulta costruito dall'obbligo per la società di progettare, di eseguire i lavori nonché di gestire l'opera, contro il corrispettivo consistente nel diritto di sfruttarla economicamente, per un certo arco temporale.

Dubbi e perplessità sono poi sollevate proprio dagli esiti a cui giunge questa ricostruzione. La prospettiva ci appare priva di conseguenze significative in merito all'individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie, poiché si sostiene che all'atto finale rimarrebbe applicabile la disciplina specificamente prevista⁹². Ne discende, per-

rapporti assoggettati dalla legge al diritto privato, sia agli atti dell'evidenza pubblica. In base ad una seconda accezione gli atti autoritativi devono essere intesi come atti provvedimenti unilateralmente produttivi di effetti nella sfera giuridica altrui; per cui sarebbero sottoposti al diritto privato i contratti di diritto privato, gli atti ad evidenza pubblica ma anche gli accordi amministrativi. Infine, gli atti amministrativi non soggetti alla disciplina di diritto privato secondo una terza interpretazione sarebbero soltanto i provvedimenti restrittivi. Cfr. sul dibattito il saggio di G. Greco, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: principi*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, p. 71-73

⁹¹ Sul senso dell'art. 1 comma 1bis può essere interessante la lettura della relazione al Senato di Franco Basanini sul d.l. n. 1281, divenuto poi l. 15/2005, ove si afferma che la disposizione «esprime un principio tendenziale dell'attuale ordinamento, in favore del superamento del vecchio dogma che attribuiva alla pubblica amministrazione, in generale, il dovere di agire mediante atti di imperio ed attraverso atti unilaterali... La scelta operata non è soltanto una scelta tecnica ma è anche una scelta culturale e istituzionale perché tende a sostituire un rapporto paritario tra cittadini e le amministrazioni, in luogo del vecchio rapporto gerarchico»

⁹² In questo senso F. Cancelli, cit. p. 360 sostiene in merito alle norme applicabili alle diverse fattispecie di azione amministrativa consensuale che «negli appalti pubblici, per quanto attiene alla fase procedimentale, si applicherà la norma pubblicistica, per il contratto la disciplina si rinviene nella normativa contabile (oggi in gran parte riproposta nel codice dei contratti pubblici) cui si aggiungono le norme contenute nei capitoli d'onere, quindi la disciplina civilistica. [...] Per le convenzioni di lottizzazione – ma più in generale per

ciò, l'impressione che questa sia la dimostrazione del fallimento del tentativo, perseguito con la teoria in esame, di costruire un'unitaria fattispecie di azione amministrativa consensuale a partire dall'individuazione del ruolo assunto dall'interesse pubblico e da quello privato in quegli schemi operativi.

Il limite, perciò, di questo modello ci sembra che sia quello di non aver ben spiegato se esistono e quali possono essere le conseguenze sulla disciplina del rapporto della particolare relazione che si è individuato tra interesse pubblico e interesse privato. Sfuggono i risvolti pratici dell'individuazione di un'unitaria relazione per tutte le ipotesi di azione consensuale dell'amministrazione se, in conclusione, si afferma che ai contratti ad evidenza pubblica, agli accordi di cui all'art. 11 della L. n. 241/1990 e così via, continuano ad applicarsi le relative norme, senza quindi che emergano nuovi e comuni momenti di valutazione delle vicende contrattuali sulla base di quella relazione.

Per quanto attiene all'ambito che più ci interessa, quello dei contratti pubblici, nel quale va ricondotto il *project financing*, ciò significa assenza di ricadute dalla ricostruzione della relazione tra gli interessi, come prospettata, sul rapporto e in particolare, su tutti gli aspetti contrattuali che sono variamente collegati all'equilibrio raggiunto tra le posizioni delle parti nel contratto.

Quello che ci pare di poter rilevare criticamente è un deciso allontanamento dagli schemi dell'autonomia privata, quale conseguenza della scelta verso la procedimentalizzazione dell'incontro tra le volontà dei contraenti. Ciò appare evidente ove si consideri che, coerentemente con questa impostazione, dovrebbe concludersi per l'applicazione alla fase della negoziazione tra le parti, nella quale si pone il confronto tra interesse pubblico e interesse privato, delle norme della legge n. 241 sulla regolamentazione del procedimento amministrativo: norme che, nonostante le recenti modifiche, evidentemente rispondono ad esigenze diverse da quelle che emergono nella fase delle trattative e della conclusione del contratto tra privati. Infatti, se il procedimento è senz'altro il luogo del confronto dialettico degli interessi pubblici e privati destinati ad essere coinvolti dal provvedimento, la funzione perseguita è estranea al contesto dei rapporti interprivati, essendo quella di assicurare l'imparzialità e il buon andamento dell'attività amministrativa. In secondo luogo, esso svolge una funzione di garanzia: l'obbligo degli accertamenti istruttori, di motivazione, di contraddittorio sono previsti per rendere possibile il controllo da parte di tutti gli interessati, anche attraverso il sindacato del giudice amministrativo. In questo contesto la partecipazione dei privati, con i loro interessi, è prevista per costringere l'amministrazione ad una scansione dialettica quale presupposto per addivenire ad una decisione corretta. Quindi, lo scopo perseguito, più che la regolamentazione degli interessi delle parti, è quello di permettere un equilibrato e garantistico esercizio della discrezionalità amministrativa.

La naturale conseguenza sarebbe l'assoggettamento dell'assetto degli interessi determinato dalla pubblica amministrazione in modo conforme alla cura dell'interesse affidato dall'ordinamento al sindacato di legittimità (di merito e di validità): un giudizio che non investe soltanto l'atto finale ma anche tutti quelli che ad esso hanno condotto, perché oggi si riconosce che il giudizio amministrativo, anche quello generale di legittimità,

le convenzioni di urbanizzazione – la giurisprudenza ha affermato che le norme del codice si applicano, in quanto compatibili per i profili non espressamente disciplinati dal legislatore o per i quali non siano stati elaborati principi specifici. Per gli accordi infine, è la norma stessa ad operare un rinvio ai principi del codice in materia di contratti e obbligazioni, salvo che la legge disponga altrimenti e con l'espresso limite della compatibilità».

timità, non è circoscritto ad un singolo provvedimento, ma può investire l'attività complessiva dell'amministrazione in relazione ad un certo assetto di interessi⁹³.

Questo per quanto riguarda la valutazione dell'assetto degli interessi raggiunto, al momento della conclusione dell'accordo. Ulteriori perplessità sorgono in relazione alla soluzione prospettata per quanto attiene al profilo della stabilità dell'assetto degli interessi concordato, nel tempo. Nel momento in cui si sostiene che all'atto finale è applicabile la disciplina prevista per ciascun modello d'azione amministrativa, ci pare che dal delineato rapporto tra interesse pubblico e interesse privato non si ricavi un *quid pluris* in termini di disciplina dell'adeguamento del contratto a seguito di eventi sopravvenuti ed in particolare a seguito del mutamento delle esigenze di interesse pubblico.

5. Osservazioni e prospettiva di studio

Le diverse costruzioni dogmatiche elaborate in relazione all'attività negoziale della pubblica amministrazione non forniscono soluzioni pienamente convincenti sulla questione dei riflessi dell'immanenza dell'interesse pubblico sulla fattispecie contrattuale e sull'esecuzione del rapporto. Non emerge, perciò, uno schema in grado di descrivere l'interrelazione tra gli interessi nei contratti pubblici, da tener presente quando si intenda procedere all'individuazione del loro assetto nel *project financing*.

Ma al di là della difficoltà ad ottenere un persuasivo modello ricostruttivo dei contratti conclusi dall'amministrazione, alla luce del quale poter valutare l'eventuale particolarità dell'assetto degli interessi nella finanza di progetto, le obiezioni sopra avanzate ci inducono a riflettere sulla possibilità di formulare un modello unitario, capace di dare rilevanza giuridica a tutti i momenti di emersione dell'interesse pubblico nella fattispecie contrattuale e nell'esecuzione del rapporto. In particolare, ciò che appare più di ogni altro aspetto dubbio, è che si possa affidare ad un unico strumento giuridico il riconoscimento e la tutela dell'immanenza dell'interesse pubblico nel contratto.

Il modello pubblicistico, privilegiando la fase procedimentale finisce per svilire la natura contrattuale dell'attività negoziale dell'amministrazione e non pare avere una significativa rilevanza applicativa, specialmente per quanto attiene alla fase successiva alla conclusione del contratto.

D'altra parte, la tesi privatistica non sembra aver approfondito, quanto forse sarebbe stato necessario, se effettivamente l'interesse pubblico possa entrare nella causa del contratto nello stesso modo e sullo stesso piano degli interessi privati. Il rischio, su cui riflettere, è se un'automatica e totale trasposizione non comporti l'alterazione dall'interno della consueta concezione della causa del contratto.

Le obiezioni, che ci si è permessi di manifestare non intendono negare che l'attività di diritto privato possa essere teleologicamente indirizzata al perseguimento di un fine generale, perché non vi sarebbero gli strumenti per dare rilevanza all'interesse pubblico sul contratto. Piuttosto si contesta che l'incidenza di tale interesse investa solo un elemento del contratto (es. causa) o una sola fase dell'operazione (es. procedimento di formazione della volontà negoziale).

Perciò, tenendo presente i risultati ed i limiti mostrati da entrambe le teorie "monistiche", si vorrebbe modestamente proporre una diversa prospettiva che parte dall'ana-

⁹³ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 2000, p. 370

lisi della disciplina e dei rimedi ivi previsti per le vicende patologiche del contratto, originarie o sopravvenute, per far emergere che la pluralità dei rimedi è espressione del variabile bilanciamento che possono raggiungere gli interessi pubblici e privati, in relazione ad una determinata vicenda contrattuale. La scelta di una forma di tutela piuttosto che di un'altra è, perciò, sintomatica di una particolare composizione di interessi. Questo, per altro, significa che alla diversità delle forme di protezione dell'interesse pubblico corrisponde una sua diversa rilevanza nelle varie operazioni.

Di conseguenza, diversi sono gli strumenti giuridici di cui deve essere acclarata la capacità di fornire protezione all'interesse pubblico nel contesto del diritto privato: si va dalle forme esterne ed indirette di coazione, come la responsabilità dirigenziale e quella amministrativa, all'invalidità dell'atto; dall'adeguamento del rapporto per vicende sopravvenute che incidano sull'equilibrio degli interessi, fino a forme di responsabilità contrattuale per legittimo affidamento sull'azione dell'amministrazione.

Su queste premesse metodologiche, ci si accinge all'analisi delle norme dettate dal legislatore per la finanza di progetto. L'obiettivo è quello di rilevare il bilanciamento degli interessi che è a loro fondamento. La prospettiva offre l'occasione per rilevare che nel *project financing* non solo l'interesse pubblico riceve una tutela differente da quella riconosciuta nei provvedimenti e negli altri contratti pubblici ma che in realtà, in quest'operazione, lo stesso interesse privato è garantito diversamente da quanto avviene negli appalti pubblici.

Capitolo terzo

Il rapporto concessorio tra pubblico e privato. Dall'atto ai rimedi

1. **Il rilievo del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato nella disciplina del *project financing*.** 1.1 I riflessi sulla formazione dell'operazione di *project financing* del peculiare confronto tra interesse pubblico e interesse privato. 1.2 I riflessi sull'esecuzione del rapporto contrattuale. 2. **Il contratto di concessione.** 3. **Lo scioglimento del contratto di concessione per inadempimento della pubblica amministrazione o per revoca della concessione.** 3.1 (segue) Il vincolo di destinazione sulle somme effetto della revoca o dell'inadempimento. 3.2 (segue) Vincolo di destinazione ex art. 158 comma 2 e finanziamenti destinati a confronto. 3.3 (segue) Problematica applicazione della disciplina generale del recesso. 4. **La risoluzione per colpa del concessionario e il c.d. "step in".** 4.1 (segue) Le tipiche garanzie dell'operazione di *project financing* e il diritto di subentro. 5. **La revisione del contratto di concessione in conseguenza del "factum principis".** 5.1 (segue) Il piano degli interessi sottostanti alla norma. 6. **L'esercizio dello jus variandi da parte della pubblica amministrazione.** 7. **Il rapporto tra interesse pubblico e interessi privati alla luce degli speciali rimedi introdotti dal legislatore.** 8. **Dal coordinamento degli interessi pubblici e privati al principio di sussidiarietà orizzontale. Il *project financing* come strumento giuridico di applicazione dell'art. 118 ultimo comma della Costituzione.** 9. **Il principio di sussidiarietà come criterio di interpretazione e di valutazione della compatibilità degli istituti di diritto civile richiamati dall'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici di lavori, forniture e servizi.** 9.1 La risoluzione per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta. 9.2 (segue) Il rischio dell'impossibilità sopravvenuta. 9.3 (segue) La disciplina legale dell'eccessiva onerosità. 10. **La gestione delle sopravvenienze e la tutela dell'equilibrio contrattuale.** 10.1 (segue) Obbligo legale di rinegoziare. 11. **La problematica individuazione di forme di responsabilità della pubblica amministrazione. L'obbligo di cooperazione.** 12. **Sussidiarietà e buona fede come fonti di integrazione del contenuto contrattuale.** 13. **Osservazioni conclusive.**

1. Il rilievo del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato nella disciplina del *project financing*

1.1 I riflessi sulla formazione dell'operazione di *project financing* del peculiare confronto tra interesse pubblico e interesse privato

La scelta del legislatore, netta nel senso dell'inserimento del fenomeno del *project financing* esclusivamente nell'ambito dei lavori pubblici, come sopra accennato, comporta l'introduzione nella figura di elementi disomogenei che modificano le originarie caratteristiche, multiformi ed altamente atipiche. Si tratta evidentemente di aspetti legati all'oggetto pubblicistico del progetto e al vincolo teleologico cui è assoggettata l'azione amministrativa. Ne deriva la compresenza nella fattispecie di interessi pubblici e interessi privati.

Se questa compresenza di per sé può non essere idonea a connotare il *project financing* rispetto agli altri contratti pubblici, quello che invece può farlo è il particolare rapporto che in essa assumono tali interessi.

Nella prospettiva di dimostrare la peculiarità di questo rapporto, bisogna partire dalla considerazione delle "strette giuridiche"¹ di diritto pubblico, inserite nella di-

¹ E. Picozza, *Le concessioni, il general contractor e la finanza di progetto*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005, p. 81

sciplina perché la figura possa trovare applicazione ai lavori pubblici. Il riferimento è alla previsione di un procedimento di gara e alla scelta di incardinare l'operazione sulla concessione, ossia su un atto la cui natura provvedimento è stata sostenuta fino ad anni recentissimi.

Il primo aspetto che si è aggiunto al modello originario di *project financing*, in ragione della partecipazione di un soggetto portatore di istanze pubbliche è la previsione e l'articolazione del procedimento di gara, nelle varie versioni e sub-fasi in cui è stato previsto.

In questo senso, ribadito che l'attività contrattuale dei soggetti pubblici è indirizzata alla realizzazione di un fine pubblico, va sottolineato che proprio la procedura ad evidenza pubblica rappresenta l'istituto principale attraverso cui si realizza l'adattamento dello strumento negoziale alla presenza del suddetto vincolo teleologico. Durante questo *iter*, infatti, l'amministrazione valuta l'idoneità del contratto al conseguimento del fine pubblico ed opera una scelta imparziale del *partner*.

Nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica, l'interesse pubblico rappresenta la ragione e nel contempo il limite della ricerca dell'accordo e del possibile contraente. Le ragioni dell'interesse pubblico, perciò, in questa fase appaiono prevalenti su quelle dei privati, anche se il procedimento amministrativo - pure quello finalizzato all'acquisizione di beni da parte dell'amministrazione - viene inteso come sede di incontro e confronto, il cui momento conclusivo è rappresentato dal provvedimento amministrativo unilaterale che tiene conto di quanto i privati coinvolti nella procedura hanno prospettato.

Questi principi valgono anche per la procedura di aggiudicazione della concessione con promotore, la cui fase propedeutica alla stipulazione è senz'altro imperniata sull'esigenza di tutela dell'interesse pubblico, volta come è alla formulazione del contenuto contrattuale più soddisfacente del fine pubblico e alla scelta del contraente secondo i principi di imparzialità, concorrenza e trasparenza.

Tuttavia, anche in questa fase, che ha ragion d'essere perché siamo nell'ambito della contrattazione pubblica e che è quella più propriamente pubblicistica, si possono rilevare nella procedura alcuni elementi di specialità, che appaiono come momenti di emersione del connubio tra interesse pubblico e interesse privato tipico della figura di *project financing*. In particolare, queste differenze denunciano la maggiore rilevanza che assumono le esigenze private, rispetto a quanto si verifica negli altri contratti pubblici.

Il primo aspetto di rilievo attiene alla deliberazione a contrarre, quale provvedimento amministrativo di inizio della procedura di gara. Si tratta di un atto interno all'ente agente, nel senso che non vincola l'amministrazione verso l'esterno, ma svolge una funzione preparatoria ed autorizzatoria della negoziazione, in quanto contiene la manifestazione di volontà dell'ente che costituisce il presupposto del contratto. In questo atto si prevede il contenuto della futura convenzione indicandosi l'oggetto e le sue clausole essenziali, lo scopo da perseguire e le modalità attraverso cui realizzarlo. La deliberazione a contrarre, quindi, si pone da un lato come necessario riferimento per la successiva attività dell'organo amministrativo competente, dall'altro come prodotto di una prima attività preparatoria del contratto. La delibera crea un vincolo rispetto al prosieguo della procedura dato che nell'ipotesi di conclusione di un contratto in tutto o in parte diverso da quello deliberato dall'ente, si configura un vizio di illegittimità dell'atto per eccesso di potere che comporta annullabilità del contratto rilevabile su istanza dell'ente pubblico². Per queste ragioni, si deve riconoscere che il con-

² Cass., sez. I, 3 gennaio 2001, n. 59 in *Foro it.*, 2001, I, c. 2899

tenuto contrattuale nelle sue caratteristiche generali è determinato in via unilaterale dall'amministrazione.

Il soggetto privato in questa fase non riveste alcun ruolo, perciò risultano fortemente attenuati gli elementi identificativi dell'autonomia contrattuale, la quale, invero, richiede che la fissazione dell'assetto degli interessi avvenga all'esito di un confronto tra le parti in gioco.

Nella finanza di progetto si segue un *iter* diverso. La disciplina specifica della figura non contiene, infatti, alcun riferimento specifico a tale provvedimento, mentre la necessità della sua adozione appare difficilmente deducibile dalla disciplina generale, a fronte delle previsioni sulla formulazione della proposta di concessione da parte del promotore. Queste norme, infatti, prevedendo che la proposta debba contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, deferiscono gran parte dell'attività di definizione dell'oggetto contrattuale, assolta generalmente dalla determinazione a contrarre, all'atto di iniziativa privata.

Per altro, anche ove si ammettesse la sua adozione, l'atto non avrebbe le caratteristiche né la funzione che gli è propria. Esso, infatti, sostanzialmente si limiterebbe a recepire il contenuto della proposta. È questa, pertanto, insieme alla connessa bozza di convenzione a condizionare la determinazione dell'oggetto del contratto posto a base di gara dall'amministrazione. Il contenuto dell'accordo, quindi, non può dirsi definito unilateralmente dall'amministrazione.

Il rilievo non sembra neppure inficiato dal fatto che la scelta del progetto sia comunque compiuta dall'amministrazione in sede di valutazione della rispondenza delle proposte di progetto all'interesse pubblico perseguito né dalla possibilità che queste possano essere modificate dall'amministrazione prima di procedere alla gara vera e propria, visti i limiti in cui è stata riconosciuta questa facoltà³.

Un'ulteriore differenza della procedura per la finanza di progetto, che induce a ritenere che in questa operazione vi siano maggiori elementi della contrattazione tra privati di quanto non si rinvenga negli altri contratti pubblici, perché particolare è il rapporto al suo interno tra interessi pubblici e interessi privati, attiene alla negoziazione delle clausole contrattuali.

In merito va osservato che nel procedimento per i contratti pubblici, posto che la delibera a contrarre indica almeno il contenuto minimo dell'accordo, la negoziazione delle clausole di dettaglio resta alle parti, con evidente limitazione dell'autonomia negoziale del contraente privato. La disciplina del *project financing* invece consente un intenso dialogo sulla convenzione da adottare prima della scelta del contraente, per cui le parti, potendo trattare, mantengono una maggiore autonomia nella determinazione dell'assetto contrattuale. Il dialogo si svolge durante le fasi dell'articolato procedimento di gara. Tale articolazione, pertanto, appare funzionale all'obiettivo di avvicinare pro-

³ Nello specifico, sotto l'originario regime, le modifiche possono interessare aspetti migliorativi del progetto tali cioè da non modificarne l'impostazione strutturale, mentre se riguardano aspetti progettuali ai quali sono collegati i flussi di reddito che consentono il recupero del capitale investito e la gestione dell'iniziativa, rendono la proposta non valutabile di pubblico interesse. Con la riforma del 2008, nel primo modello di procedura si è previsto un generico potere dell'amministrazione di modificare il progetto del promotore. Tuttavia, in mancanza dell'indicazione dei limiti e dei presupposti per il suo esercizio, il problema della determinazione dell'ampiezza e degli elementi della proposta contrattuale che non possono essere variati dall'amministrazione, deve continuare ad essere affrontato alla luce delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza e nel rispetto del principio di *par conditio*.

gressivamente le reciproche posizioni e di arrivare al bilanciamento degli interessi pubblici e privati conviventi nell'operazione.

Rispecchiava significativamente questa prospettiva la disciplina originaria del procedimento di gara.

Basti qui ricordare che la prima fase della procedura si apriva per iniziativa del privato che proponeva il progetto relativo ad un'opera programmata dall'amministrazione e si concludeva con l'individuazione della o delle proposte ritenute di pubblico interesse. Il provvedimento che operava questa selezione aveva un'efficacia vincolante perché qualificava la proposta stessa come attinente ad un progetto di pubblico interesse, consentendole di essere posta a base della successiva gara. La prima procedura si concludeva con un atto, il bando di gara, che, contemporaneamente, ne esternalizzava i risultati e rappresentava il presupposto della fase successiva.

Il secondo procedimento consisteva in una vera e propria procedura negoziata retta dalle disposizioni del codice sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici espressamente richiamate e dalle direttive comunitarie nn. 17-18/2004, anche se con la previsione di momenti di ulteriore complicazione.

Ebbene, già da questa sintesi emerge il dato dell'articolazione dell'intero meccanismo di gara e della negoziazione diretta e reciproca tra ente e soggetti privati.

In particolare, il confronto tra le parti per l'individuazione del contenuto contrattuale era insito nella previsione delle modalità con cui l'amministrazione e gli altri concorrenti potevano contribuire a modificare il progetto durante l'*iter* di gara⁴.

La proposta poteva subire un intervento, già all'inizio del procedimento, quando si doveva valutare la sua rispondenza all'interesse pubblico. In quella fase, ove la proposta avanzata fosse giudicata, a seguito delle variazioni unilateralmente apportate, di interesse generale, sul proponente sorgeva l'obbligo di negoziare con l'amministrazione una concessione parzialmente diversa da quella prospettata e suscettibile di ulteriore differenziazione in corso di gara⁵. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, tale obbligo sussisteva se le modifiche apportate non incidavano sugli elementi che determinavano l'equilibrio economico e finanziario. Invece, nei casi in cui il cambiamento riguardava aspetti essenziali del progetto originario, la proposta poteva essere posta a base della gara solo con il consenso del proponente e previo adeguamento del piano. Se la modifica, però, non era concordata e non risultava compatibile con le previsioni economiche e finanziarie, il promotore era liberato da ogni impegno in merito alla conclusione di quel contratto di concessione⁶.

⁴ Infatti, secondo il testo di legge originario, un primo intervento sulla proposta può essere compiuto dall'amministrazione nella fase di valutazione della sua rispondenza all'interesse pubblico perseguito, la quale può chiedere modificazioni ed integrazioni. Un secondo intervento modificativo si può avere nella fase della gara perché le società concorrenti possono presentare delle soluzioni che partendo dalla proposta alla base della gara, prevedono dei progetti tecnici ed economici differenti; in un'ultima fase l'amministrazione, sulla base del confronto tra la soluzione del proponente e quelle presentate dalle società prescelte in un primo stadio della gara, potrà chiedere al promotore integrazioni e modifiche.

⁵ Nel precedente art. 155 l'impegno assunto dal promotore risulta anche più stringente, per la mancata presentazione di altre offerte. In tale ipotesi, la proposta del proponente posta a base di gara deve considerarsi per lui vincolante, anche se la stessa in itinere sia stata modificata dall'amministrazione.

⁶ Si v. artt 154-155 cod. contr. pubb. Nello specifico, la valutazione della proposta può sfociare in tre diversi esiti: a) proposta non fattibile; b) proposta fattibile; c) proposta fattibile con modifiche. Nel caso sub c), il potere di modifica della P.A. può tradursi nella pratica in correttivi e indicazioni che non incidano sugli aspetti essenziali della proposta, mentre ogni altra modifica più penetrante deve essere concordata con il promotore e sottoposta a una verifica di compatibilità con l'equilibrio economico-finanziario risultante dal

Il maggior apporto del privato nella determinazione dell'assetto contrattuale si manifestava, però, in modo più evidente nella fase della licitazione e della negoziazione, con l'instaurazione di un prolungato confronto sulla convenzione da adottare prima della scelta del contraente. La trattativa tra amministrazione e privati era guidata dalla ricerca del contenuto contrattuale più aderente all'interesse pubblico, a partire, però, da un progetto e da una bozza di convenzione, che in quanto predisposti da un imprenditore, proponevano una soluzione economicamente vantaggiosa per il futuro concessionario. L'obiettivo della trattativa era perciò quello di congegnare un assetto contrattuale che tenesse insieme interesse pubblico all'incremento delle infrastrutture nel paese e fine di lucro⁷.

Questo aspetto fondamentale, almeno ad una prima lettura, non appare sconfessato dall'ultimo intervento legislativo che ha rivoluzionato il procedimento con il promotore, in vista della semplificazione dell'articolazione di gara.

L'obiettivo di una conciliazione tra due diverse posizioni attraverso il confronto e il parziale accoglimento delle istanze altrui emerge chiaramente dalla modalità prioritaria di affidamento delle opere in *project financing*, introdotta dal D.lgs. n. 152/2008. Se è vero, infatti, che nella procedura prevista dall'attuale art. 153, co.mmi 1-14, prevedendosi l'individuazione del concessionario mediante un'unica gara, si è ridotto il momento del confronto concorrenziale, tuttavia rimane almeno un altro elemento a testimoniare l'accoglimento della logica della negoziazione. Con la riforma si è, infatti, valorizzato il confronto tra le parti sulle modifiche da apportare alla proposta secondo la valutazione dell'amministrazione sulla rispondenza della stessa all'interesse generale. L'amministrazione ha la facoltà di chiedere al promotore di apportare degli adeguamenti alla sua offerta e al connesso piano economico finanziario. Questi, solo nel caso di accettazione delle modifiche, può ottenere la concessione, senza una successiva gara. Sorge quindi sul promotore l'onere di apportare le modifiche progettuali necessarie per l'approvazione del progetto. La norma quindi, lascia un certo margine di valutazione al promotore che è libero di scegliere se rinunciare al progetto o accettare un contratto parzialmente diverso. Senz'altro non vi è più alcun obbligo a continuare la negoziazione di una proposta modificata; obbligo che era stato invece prospettato da alcuni autori sotto il precedente regime bifasico⁸. Ove il promotore non accetti, l'amministrazione ha

piano. Infatti, è il piano economico-finanziario asseverato che costituisce il nucleo centrale e il presupposto dell'equilibrio economico-finanziario della realizzazione dell'opera e della connessa gestione, che è l'essenza dell'istituto. Così Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916, e T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449. Pertanto, le modifiche possono interessare aspetti migliorativi del progetto tali, cioè, da non modificarne l'impostazione strutturale, mentre se riguardano aspetti progettuali ai quali sono collegati i flussi di reddito che consentono il recupero del capitale investito e la gestione dell'iniziativa, rendono la proposta non valutabile di pubblico interesse. In questo senso, si v. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729.

⁷ Questa convivenza di interessi e di scopi è riconosciuta in giurisprudenza dalla sentenza del Cons. Stato, sez. V, 10/11/2005, n. 6287, secondo cui: «Il procedimento previsto negli artt. 37 bis e 37 ter della Legge Quadro non costituisce un momento autonomo e distinto dalle "procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture" [...]. L'istituto è, del resto, circondato, con ogni evidenza, dalla legislazione nazionale, in conformità del resto alle direttive comunitarie, di particolari cautele, risolvendosi in uno strumento indubbiamente utile per l'Amministrazione, perché, da un lato, consente di perseguire il fine pubblico senza doverne sopportare l'onere finanziario, dall'altro, costituisce, per l'operatore economico che assume la veste di promotore, un'indubbia fonte di lucro, essendo essenziale, alla praticabilità dell'istituto, che l'attività economica finanziata sia di per sé idonea ad assicurare utili in grado di consentire la copertura dei costi e, nel contempo, la gestione proficua dell'attività stessa, secondo regole proprie dell'imprenditoria privata».

⁸ La norma pone il promotore nella posizione di dover accettare se non vuole perdere il contratto. Tuttavia

la facoltà di richiedere ai concorrenti successivi in graduatoria se intendono accettare le modifiche al progetto del promotore e divenire così aggiudicatari.

Nonostante la semplificazione apportata con la riforma, resta intatta la convinzione che l'affidamento della concessione di costruzione e gestione avvenga all'esito di una complessa vicenda amministrativa e negoziale, in cui i diversi momenti della procedura amministrativa nei quali si cerca la convergenza tra gli interessi, rappresentano gli elementi costitutivi di un procedimento contrattuale. La sequenza logica e cronologica di atti ed attività non va, infatti, valutata atomisticamente ma piuttosto nell'ottica della conclusione del contratto di concessione. Ciò consente di vedere in ognuno di questi atti, non solo un frammento della gara per l'affidamento della concessione, ma, in una dimensione più ampia, un elemento del procedimento di formazione del contratto⁹. Di conseguenza i rapporti negoziali tra il promotore e l'amministrazione, e le relative posizioni soggettive, devono essere ricostruite secondo le regole civilistiche in tema di obbligazioni, limitandosi alla fase strettamente pubblicistica alle relazioni interne all'ente pubblico.

Coerentemente, la natura contrattuale della relazione tra promotore e amministrazione agente, ci consente di riconoscere nell'avviso che pubblicizza gli interventi realizzabili con la finanza di progetto e nello stesso bando un invito a formulare un atto privato per l'inizio delle trattative. Con questo atto, che non integra una proposta contrattuale¹⁰, l'amministrazione esteriorizza la decisione di trattare con i privati per la conclusione di un contratto di costruzione e gestione ma non si obbliga alla stipula. Lo stesso

[...] è invece idoneo a indirizzare ed in qualche modo a vincolare nei contenuti l'iniziativa del promotore che potrà, a sua volta, formulare una vera e propria proposta per la conclusione del contratto di concessione e gestione di un'opera pubblica con risorse totalmente o parzialmente a suo carico (T.V. Russo, *Il project financing*, cit., p. 168).

Più precisamente, il privato interessato formulerà un atto che, per quanto attiene al contenuto, integra una proposta contrattuale, mentre, dal punto di vista funzionale, è l'atto di inizio di un procedimento contrattuale, nel quale lo stesso può subire rilevanti modifiche.

Ebbene, tutto ciò ci permette di rilevare nell'articolazione dell'*iter* per l'affidamento della concessione un modo di procedere alla determinazione dell'accordo, diverso da quanto previsto per gli altri contratti pubblici, perché negoziato e progressivo. Contemporaneamente, però, c'è consentito rilevare la ripresa in questo *modus operandi* di un modello di negoziazione conosciuto, nell'ambito della contrattazione tra privati. Da tempo, infatti, una certa dottrina¹¹ ha chiarito che nel contratto, accanto alla dimen-

questa soluzione non appare del tutto irragionevole, se si considera che tale variazione della proposta, in alcuni casi, impedisce che il privato abbia dall'operazione rendite ingiustificate, in altri, quando comporta nuovi costi per il promotore, comunque non costringe a rinunciare al contratto, potendosi procedere alla modifica del piano economico finanziario e alla determinazione di un nuovo equilibrio.

⁹ T.V. Russo, *Il project financing*, *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2007, p. 165

¹⁰ Il bando né tanto meno l'avviso che lo pubblicizza, possono considerarsi una proposta contrattuale non avendone i contenuti necessari per la conclusione dell'accordo. Per completezza si richiama la giurisprudenza che ha negato la natura di offerta al pubblico del bando. Cass., Sez. Un., 10 gennaio 1986, n. 63

¹¹ Il superamento della dottrina della fattispecie con quella del procedimento è auspicata da Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 24 e sgg., su cui P. Perlingieri, *La concessione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. Dir. civ.*, 2006, p. 425 e sgg.;

sione sincronica della fattispecie, esiste quella diacronica del procedimento ed ha individuato delle modalità di conclusione del contratto in cui questo aspetto è particolarmente rilevante.

Per altro è interessante rilevare ai fini della nostra ricerca che questa “procedimentalizzazione” del contratto viene associata ad operazioni negoziali complesse e caratterizzate da certa asimmetria informativa. Infatti, la prolungata negoziazione viene giustificata con l'esigenza di assumere ulteriori conoscenze e di avvicinare progressivamente le diverse istanze, anche attraverso la loro parziale modifica.

In questa logica deve essere letta la nuova disciplina del potere di modifica dell'offerta da parte dell'ente pubblico, sopra richiamata. La norma, infatti, descrive un confronto tra amministrazione e proponente per la determinazione del contenuto della proposta più aderente all'interesse pubblico, che implica uno scambio ‘circolare’ di informazioni e richieste. Tuttavia, la norma va segnalata anche quale esempio della difficoltà di stabilire e rispettare in ogni fase ed in ogni regola del *project financing* il fragile equilibrio tra l'interesse pubblico e quello privato che caratterizza la figura. Infatti, se la regola sulla modifica della proposta avesse avuto un contenuto diverso legittimamente la modifica del progetto, del piano economico finanziario¹² e di tutti gli elementi della convenzione (diversa distribuzione dei rischi, diversa determinazione del contributo pubblico), senz'altro si sarebbe introdotto, attraverso l'ampliamento dell'attività negoziale dell'amministrazione, una migliore tutela dell'interesse generale, nonché degli stessi principi di economicità e buon andamento. Tuttavia, questa interpretazione, comportando l'illimitata possibilità per l'amministrazione di apporre modifiche, sarebbe entrata in conflitto con il principio della *par conditio* e di affidamento dei privati che hanno stigmatizzato i loro interessi nella proposta originaria. Ne sarebbe scaturito un disincentivo a partecipare a queste operazioni.

Per quanto attiene alle altre procedure introdotte con il D.Lgs. n. 152/2008, il co. 15 dell'art. 153 disciplina una gara bifasica in cui alla selezione competitiva del promotore

M. Nuzzo, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passatelli*, Napoli, 1972, p. 556 e sgg.,

¹² Sul compito dell'amministrazione di controllare il piano economico finanziario v. sentenza del Tar Campania Napoli n. 9571/2004 dove si dichiara che «Alla stazione appaltante non è precluso l'accertamento della coerenza e della sostenibilità economica dell'offerta [...] contenuto *in re ipsa* nell'esame del PEF [...] non è dunque ammissibile la sottrazione del PEF – che questi equilibri spiega e giustifica - a una seria valutazione di sostenibilità della stazione appaltante [...] Valutazione di sostenibilità che [...] non può identificarsi o risolversi nell'asseverazione bancaria che [...] non sostituisce la valutazione amministrativa, ma ne costituisce un presupposto di partenza». Nello stesso senso Tar Campania Napoli n. 10685/2005, nel quale si rimarca che «tale documento assume rilevanza cruciale per tutti i soggetti coinvolti nell'operazione, poiché serve per valutare l'equilibrio economico e finanziario ed il livello di rischio dell'iniziativa; nonché la capacità del progetto di autofinanziarsi e di garantire una buona esecuzione delle opere ed una corretta gestione del servizio. Il PEF, inoltre rappresenta anche un punto di riferimento essenziale per l'applicazione delle clausole contrattuali regolanti la revisione ordinaria e straordinaria delle condizioni della concessione». «Tutto ciò porta ad escludere che l'amministrazione concedente in particolare, possa disinteressarsi di un'adeguata verifica della coerenza e sostenibilità della pianificazione da cui è scaturita l'offerta dell'aggiudicatario: anzi l'amministrazione ha il potere - dovere di effettuare un approfondito esame del PEF».

Sull'esigenza di imporre una corretta distribuzione dei rischi tra PA e privato concessionario si sofferma la sentenza Tar Lombardia-Brescia, n. 398/2007, precisa, infatti, che «L'allocazione del rischio deve quindi essere rispettosa degli indirizzi comunitari che definiscono la categoria della concessione e le forme di partenariato pubblico privato [...]. La ripartizione dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi [...]. La scelta del Comune di non sottoscrivere l'originario schema di convenzione è quindi giustificata dalla necessità di rimediare a una distribuzione dei rischi non conforme alle caratteristiche della concessione di lavori mediante finanza di progetto».

re segue, mediante il miglioramento concorrenziale della sua offerta, l'individuazione dell'aggiudicatario. In questa ipotesi invece dell'immediata aggiudicazione a favore del promotore abbiamo nuovamente il riconoscimento a favore del promotore del diritto di prelazione.

Se quest'alternativa procedurale si connota per la dilatazione delle vicende amministrative e negoziali prodomiche all'affidamento della concessione e pone, forse più delle altre, la necessità di considerare i singoli atti sul più complesso piano del procedimento contrattuale, funzionale alla ricerca dell'equilibrio tra gli interessi coinvolti, il terzo procedimento appare, invece, quello che meglio esprime quell'esigenza di integrazione e di cooperazione tra amministrazione e privato, che rappresenta il tratto distintivo delle operazioni di partenariato. Questa soluzione di gara presuppone l'inerzia della pubblica amministrazione, la quale, dopo avere inserito nell'elenco annuale l'opera pubblica da realizzare, rimane inerte senza far seguire la pubblicazione del bando. Per supplire a questa inazione dell'autorità e, di fatto, interferendo con una prerogativa pubblica, il promotore può presentare una proposta di contratto. Ma questa fruttuosa combinazione di azione pubblica ed autonomia privata emerge soprattutto nel caso in cui, una volta giudicata la proposta di pubblico interesse, l'amministrazione procede all'aggiudicazione mediante dialogo competitivo con l'intenzione di apportare al progetto preliminare alcune modifiche.¹³

Come sopra accennato, il dialogo competitivo è connotato dalla possibilità per le autorità pubbliche di discutere con le imprese candidate, al fine di individuare il contenuto del contratto, quando esse non abbiano già elaborato una propria soluzione, soddisfacente di tutti gli interessi coinvolti. Ciò si verifica frequentemente quando si tratta di realizzare operazioni tecnicamente, economicamente e giuridicamente complesse¹⁴ che richiedono una dinamica "circolare" di apprendimento delle informazioni necessarie.

L'esistenza di questo nesso tra complessità, incertezza, carenza di informazioni dell'ente e confronto collaborativo tra amministrazione e privati è evidente ed esplicito nella procedura del dialogo competitivo, introdotto dalle nuove direttive europee di semplificazione del settore dei lavori pubblici e recepito nel Codice degli Appalti, al

¹³ Secondo la procedura disciplinata nei commi da 16, 17 e 18, i privati, decorso il termine di sei mesi senza che l'amministrazione abbia proceduto alla pubblicazione del bando, entro i successivi quattro mesi, possono presentare una proposta, contenente il progetto preliminare. L'esame delle proposte pervenute si deve concludere entro sei mesi dalla pubblicazione dell'avviso contenente i criteri di valutazione delle proposte stesse, con l'individuazione di quelle ritenute di pubblico interesse. L'amministrazione, relativamente alle singole proposte valutate di pubblico interesse, può indire, se il progetto preliminare necessita di modifiche, un dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta; invece, nel caso in cui il progetto preliminare non necessiti di modifiche, può invece alternativamente indire una concessione ai sensi dell'articolo 143, invitando alla gara il promotore, ovvero una procedura selettiva ai sensi del comma 15, con il diritto di prelazione per il promotore.

¹⁴ Sulla carenza di informazioni e di competenza dell'amministrazione in relazione a questi contratti complessi v. M. Ricchi, *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo. (Una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP)*, Documento discusso alla III Conferenza SIDE (Società Italiana di Diritto ed Economia) tenutasi a Milano, Bocconi il 9-10/11/2007 il quale definisce il mercato del partenariato pubblico privato «arretrato perché tutte le numerose PA (Amministrazioni Centrali, Regioni, Comuni, ASL, Comunità montane, SpA pubbliche, etc.) agiscono nella regolazione in modo indipendente e con scarsa competenza, nonostante sia un mercato che muove notevoli volumi finanziari e interessi praticamente tutta la popolazione europea». Se ne deduce «la preoccupazione attuale che la PA, priva della cultura del negoziatore, abbia ceduto sulla sua linea, acquistando i servizi oltre i valori di convenienza» e che contro il rischio di «siglare relazioni per se soggioganti e/o vessatorie [...] la PA deve identificare ed appropriarsi delle doti di negoziatore per agire nel mercato» (corsivo nostro).

fine dichiarato di predisporre uno strumento di aggiudicazione adeguato alle figure particolarmente complesse di partenariato. Sul punto la direttiva 2004/18/CE afferma, con estrema consapevolezza delle caratteristiche degli affari realizzati con le forme giuridiche in esame, che le procedure della finanza di progetto e del dialogo competitivo devono essere utilizzate nei casi in cui l'organismo aggiudicatore non è obiettivamente in grado di definire i mezzi tecnici che corrispondono al proprio bisogno, nonché nei casi in cui lo stesso non è in grado di stabilire le operazioni giuridiche e finanziarie rese necessarie da un progetto¹⁵, perché permettono all'apporto dei privati di contribuire a trovare le soluzioni più idonee alla concreta iniziativa¹⁶. Per cui il dialogo competitivo appare la soluzione tecnica più adeguata nei contratti in cui si voglia far convergere interesse pubblico e interesse economico.

In conclusione, anche la recente riforma mette in risalto come la finanza di progetto sia connotata dalla collaborazione, «dal dialogo con il privato, guidato dall'interesse pubblico e dall'eliminazione progressiva delle asimmetrie informative»¹⁷.

Le scelte procedurali appaiono pertanto consapevoli che solo la leale negoziazione, sincronica con l'acquisizione di nuove informazioni e con il verificarsi degli eventi, rappresenta la strada per giungere ad un bilanciamento degli interessi che sono coinvolti già nella fase genetica dell'operazione e sono tesi al raggiungimento del risultato finale. Lo stesso interesse pubblico, come obiettivo da centrare, si ridetermina continuamente alla luce dell'interesse del *partner* privato, che deve essere interiorizzato dalla stessa amministrazione, e di quelli pubblici diffusi.

In questo contesto, il ricorso ai modelli di azione del settore privato appare quanto mai opportuno, essendo il contratto per antonomasia il luogo del confronto e della combinazione degli interessi. Questi strumenti, perciò, se conciliati con i principi e le garanzie dell'*agere* pubblico, dovrebbero permettere di raggiungere la snellezza procedurale necessaria a promuovere il finanziamento privato dell'operazione senza ridurre la tutela dell'interesse pubblico¹⁸. Né deriva, però, una disciplina ibrida dove elementi

¹⁵ Cfr. Libro Verde sui partenariati par. 13 e par. 25. In sede di recepimento nel nuovo Codice è stato previsto dall'art. 3, comma 41 e dall'art. 58 e 59): 1) una definizione di "appalti particolarmente complessi"; 2) l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di fornire specifica motivazione in merito alla sussistenza dei presupposti per ricorrere al dialogo competitivo; 3) di consentire il dialogo competitivo in relazione agli "obiettivi" delle amministrazioni aggiudicatrici: in effetti l'art. 29 utilizza due sinonimi "necessità" e "esigenze", mentre l'art. 1, par. 11, lettera c) utilizza l'espressione "necessità o obiettivi"; conformante ai principi ormai invalsi nella legislazione nazionale, la possibilità di indicare solo gli obiettivi amplifica notevolmente l'apporto collaborativo dei privati all'attività della P.A.; 4) di escludere la responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nell'ipotesi in cui nessuna delle soluzioni risponda alle necessità e obiettivi in precedenza indicati; 5) la possibilità, tenuto conto dell'incidenza dell'apporto dei privati durante il dialogo, di precisare i criteri di valutazione delle offerte in relazione alle particolarità delle soluzioni prospettate; 6) una disciplina di raccordo con la finanza di progetto, volta a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere al dialogo competitivo quando nessuna delle proposte corrisponde all'interesse pubblico ai sensi dell'articolo 154, con la previsione che i soggetti che hanno presentato le proposte sono ammessi a partecipare al dialogo.

¹⁶ Sul punto v. F. Gaspari, *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, cit.; A. Carzaniga, *I possibili riflessi del "dialogo competitivo" nelle operazioni di Partenariato Pubblico Privato*, Relazione dattiloscritta del 27.09.05, Roma, su <http://www.ernalizzazione.it/> M. Clarich, *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, Seminario Comitato 4P, Roma 27 settembre 2005.

¹⁷ M. Ricchi, *Il promotore nel codice dei contratti a seguito del terzo correttivo. D.Lgs 152/08*, in www.servizi-parlamentari.eu, p. 2 del dattiloscritto.

¹⁸ V. Tar Emilia Romagna, sez. Bologna, 23 aprile 2008 n. 1552, che richiama la riflessione della dottrina e della giurisprudenza sulle caratteristiche della disciplina di gara per il *project financing* mettendo in evidenza che questa «rappresenta una sorta di conciliazione tra due opposte istanze».

di negoziazione diretta e reciproca con i privati – riconosciuta dallo stesso diritto comunitario quale modalità di instaurazione del rapporto di partenariato¹⁹ - convivono con i principi di legalità dell'azione amministrativa e le regole dell'evidenza pubblica dettate per i contratti di lavori pubblici (gara ristretta, gara negoziata).

1.2 I riflessi sull'esecuzione del rapporto contrattuale

Le considerazioni sopra svolte consentono di rilevare nella disciplina della procedura di gara del *project financing*, la ricerca di soluzioni attraverso cui costruire un assetto contrattuale che tenga insieme interesse pubblico all'incremento delle infrastrutture presenti nel paese e fine di lucro. Rispetto a quest'obiettivo si pone come funzionale la particolare scansione della procedura di *project financing*, in cui si verifica un maggior confronto, come abbiamo visto, tra le parti e quindi anche una diversa rilevanza sulla fattispecie dell'interesse privato di cui sia portatore il soggetto che contratta con l'amministrazione, rispetto a quanto avviene nei contratti ad evidenza pubblica. Tutto ciò appare come il segno di quel particolare rapporto di collaborazione tra soggetto pubblico e soggetto privato che viene ad integrare l'essenza della finanza di progetto.

Questo fondamentale aspetto, però si rivela in modo più evidente nella disciplina delle vicende patologiche del rapporto di finanza di progetto, nella quale le forzature dirette o indirette introdotte in via legislativa per la fase di formazione della volontà contrattuale devono cedere il passo alla natura paritaria e collaborativa di tale rapporto. Ne sono dimostrazione le norme di cui all'art. 158 e 159 in tema di risoluzione e revoca della concessione, che si approfondiscono di seguito: queste mostrano la peculiarità di questo dialogo tra interesse pubblico e interesse privato nella figura, prevedendo meccanismi giuridici diversi da quelli contemplati per i normali contratti di scambio ma anche per gli accordi pubblicistici di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo e per i contratti di appalto pubblico.

Vedremo nel dettaglio come dalla lettura di queste norme emerga l'obiettivo principale perseguito dalla disciplina dell'esecuzione e delle vicende patologiche dell'operazione, ossia la garanzia della continuità del rapporto in quanto solo il risultato finale programmato assicura la soddisfazione degli interessi dei partecipanti pubblici e privati. Alla luce di quest'obiettivo la fase dell'esecuzione dell'operazione e della previsione di strumenti per assicurare la conservazione della convenzione a fronte di eventi sopravvenuti assume un ruolo centrale.

Va detto che la legge speciale non disciplina la fase fisiologica del rapporto e solo parzialmente quella patologica, lasciando ampi margini di applicazione alla disciplina generale dei contratti. Infatti, allorché i contratti pubblici sono stati approvati, la fase successiva di gestione dello stesso è essenzialmente assoggettata alle regole generali del diritto privato, come si conviene per la regolazione di un rapporto contrassegnato dalla presenza di obbligazioni collegate e assunte sulla base di un principio di autonomia.

In questo senso, precedentemente erano invocati, sulla base dell'art 118 del regolamento di attuazione della legge sulla contabilità dello Stato, gli obblighi delle autorità amministrative di assicurare la buona esecuzione delle forniture e dei lavori o di vigilare per l'esatto adempimento del contratto, quale trasposizione sul piano dei contratti pubblici della clausola generale di buona fede nell'esecuzione dei contratti di cui all'art.

¹⁹ Questa impostazione a livello comunitario sulle modalità di selezione dei *partners* privati, emerge dalla lettura del Libro Verde sui partenariati, si veda in particolare il par. 24, 26, 27.

1375. Oggi, invece, il fondamento normativo dell'applicabilità delle regole generali di diritto privato ai contratti pubblici è rappresentato in termini generali, come abbiamo sopra ricordato, dall'art. 2 del recente codice.

Dopo le regole di fonte legale possono essere invocate quelle di fonte convenzionale, nei limiti in cui le norme prescrittive inderogabili lasciano spazio all'autonomia privata. Queste ulteriori ed eterogenee regole, però, potranno trovare applicazione solo se compatibili con la *ratio* della disciplina, la quale, come si confida di dimostrare, consiste nella conservazione del contratto, nella misura in cui questo esprime l'equilibrio raggiunto tra gli interessi pubblici e privati coinvolti nell'operazione.

Entro il margine lasciato all'autonomia privata e compatibilmente con il suddetto scopo, quindi potranno trovare applicazione i meccanismi convenzionali di gestione delle sopravvenienze verificatesi durante l'attuazione dell'operazione.

Questa ricostruzione della disciplina della fase esecutiva del rapporto è confortata anche dalla prassi applicativa formatasi per i progetti tra privati, i quali ci consegnano modelli contrattuali che prevedono l'utilizzo di questi strumenti. In particolare, tali previsioni s'inseriscono nell'articolata struttura contrattuale confezionata dalle banche d'affari e dai legali per realizzare un sistema di contratti idoneo a resistere alle vicende patologiche che potrebbero colpire il progetto impedendone la prosecuzione²⁰.

Anche nei *project financing* per la realizzazione di infrastrutture, perciò, la soluzione da prospettare per salvaguardare la natura della figura appare quella del ricorso a strumenti giuridici, di fonte legale o convenzionale, con cui riequilibrare l'assetto economico e giuridico del progetto e così tutelare l'interesse dell'amministrazione ad ottenere l'opera e del privato a gestirla proficuamente. Nel corso della ricerca vedremo quali siano in concreto questi strumenti giuridici e quali questioni ponga la loro applicazione al *project financing*.

2. Il contratto di concessione

Premesse queste osservazioni generali in merito ai riflessi sulla formazione e sull'esecuzione dell'operazione di *project financing* del peculiare confronto tra interesse pubblico e interessi privati, si procede ora all'esame delle singole disposizioni con l'intento di far emergere il bilanciamento degli interessi, di cui esse sono espressione.

Percorso il complesso iter finalizzato all'affidamento dell'incarico per la realizzazione dell'opera, la disciplina in oggetto si concentra sul contratto di concessione di costruzione e gestione²¹ che rappresenta il centro della struttura contrattuale su cui si regge l'iniziativa.

L'art. 153 comma 1 (art. 37 bis legge Quadro) prevede che per la costruzione di opere pubbliche con la tecnica del *project financing* deve utilizzarsi il contratto di con-

²⁰ Cfr. P. Fava, *Il project financing nel quadro del PPP dalla prassi contrattuale internazionale alla disciplina positiva nazionale (Legge Merloni e Legge obiettivo): l'analisi degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in G. Cassano (a cura di), *Lattività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, vol. II, p. 684-685

²¹ Sulla concessione come delineatasi nella Legge Quadro: A. Romano Tassone, *Sistemi di realizzazione dei lavori pubblici*, in AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, diretto da Angeletti, Torino, 2000, p. 412; R. De Nicolis, *La concessione di lavori pubblici*, in F. Caringella-G. De Marzo (a cura), *La Nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003, p. 711; E. Robaldo, *Sistemi di realizzazione dei lavori pubblici*, in Robaldo E.- Sciumè A.- Zoppolato M., *Legge quadro sui lavori pubblici (Meloni quater)*, Milano, 2003, p. 460 e sgg.; M. Giovanelli-U. Lastraioli, *Concessione di lavori pubblici e promotore finanziario*, in *Urb. e App.*, 2006, p. 890 e sgg.

cessione di costruzione gestione²². Come sopra accennato, ciò comporta evidentemente una limitazione dell'autonomia negoziale delle parti in merito alla scelta dello schema contrattuale che può meglio rispondere ai loro interessi. Autonomia, in realtà, già circoscritta dall'indicazione tassativa dei contratti con cui è possibile realizzare lavori pubblici²³.

Come abbiamo già accennato, la concessione è strumento senz'altro funzionale alla costruzione di operazioni di collaborazione tra il pubblico e il privato²⁴. In effetti, possiamo dire che la concessione rappresenta l'istituto antesignano della categoria del partenariato pubblico – privato. I tratti distintivi di questa categoria, infatti, appaiono integrati dalle caratteristiche generali della concessione: natura contrattuale dell'atto, durata e stabilità del rapporto, modalità di finanziamento, allocazione del rischio di gestione dell'infrastruttura sul concessionario, partecipazione del soggetto alle varie fasi del progetto.

Per quanto riguarda il primo aspetto (natura contrattuale dell'atto), va ricordato che, attraverso un lungo dibattito, si è affermata la definizione della concessione di costruzione e gestione in termini di accordo contrattuale. Per lungo tempo, infatti, l'istituto è stato ritenuto di natura provvedimentale, per definizione traslativo di funzioni e di potere. Si deve in gran parte al diritto comunitario ed in particolare alla direttiva n. 18/2004 il progressivo avvicinamento tra concessione e contratto, compiutamente realizzato con l'art. 3 del Codice dei Contratti.²⁵

Tale processo, invero, va inserito nella tendenza all'espansione del diritto privato nell'area del diritto amministrativo e in particolare al sempre più frequente ricorso allo schema contrattuale nell'ambito dell'attività amministrativa. Un Autore che si è interessato al tema²⁶ ha riconosciuto che

²² La maggior parte della dottrina sul tema ritiene che con l. 415/98 si sono previste due modalità di realizzazione di opere con l'apporto di capitale privato che si distinguono per l'intervento o meno del promotore privato nella fase propositiva. Entrambe, però, ruotano intorno alla concessione di costruzione e gestione come disciplinata dall'allora art. 19. Dunque la disciplina dei due schemi di concessione differisce fino al momento dell'instaurazione del rapporto concessorio, mentre tende a coincidere successivamente, posto il rinvio all'art. 19 contenuto nell'art. 37 bis. Sul punto ex multis C. De Masi e A. Massi, *Finanziamento privato delle opere pubbliche e progettazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, n. 2, p. 136 e sgg.

²³ L'art. 19, al comma 1 precisava che «i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo quanto previsto dall'art. 26, comma 4». Oggi la limitazione dei tipi di contratto utilizzabili è espressa in termini simili nell'art. 3, co. 3 il quale definisce i «contratti pubblici» «i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori». Si richiama qui quanto già sottolineato in merito al fatto che la scelta del legislatore in questa norma per l'espressione «contratti pubblici» piuttosto di quella tradizione di «appalti pubblici» appare il segnale della volontà di valorizzare il profilo della relazione negoziale piuttosto che quello procedurale e quindi della ridotta distanza tra contratti tra privati e contratti con la pubblica amministrazione.

²⁴ Si arrivava a questa conclusione in via interpretativa, anche in mancanza dell'esplicito riconoscimento della concessione come contratto di partenariato. Ciò, invero è avvenuto con il terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti Pubblici (art. 3, comma 15-ter) che, elencando gli istituti attraverso cui realizzare questa forma di interazione tra autorità e privati indica anche la concessione di servizi e di lavori.

²⁵ In forza di tale disposizione, le concessioni di lavori pubblici, così come le concessioni di servizi, sono qualificate come contratti che presentano le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori e di servizi ad eccezione del corrispettivo, consistente nelle concessioni, nel diritto di gestire l'opera o il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

²⁶ A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003, p. 163. Per un approfondimento del vasto tema dell'applicazione del diritto privato all'attività amministrativa v. ex multis A. Benedetti, *I contratti del-*

[...]la generale tendenza delle pubbliche amministrazioni ad agire sempre più *iure privatorum*, nella convinzione che a ciò consegua un recupero dell'efficienza dell'amministrazione della cosa pubblica, impiegando, salvo il limite dell'interesse pubblico, schemi ed istituti del diritto privato, unitamente al graduale processo di laicizzazione di istituti tradizionalmente confinati nel diritto amministrativo, apre, dunque, al civilista una nuova stagione, affascinante e al contempo impegnativa, prospettandogli un'altra intrigante sfida: indagare e sistemare istituti ed interessi fino a poco tempo fa radicati in altri settori dell'ordinamento (A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, 2003, p. 163.).

Il riconoscimento della natura contrattuale fa sì che la concessione divenga uno strumento più agile, liberato dai vincoli previsti per i provvedimenti e quindi adatto alle complesse operazioni di partenariato pubblico privato.

Il rapporto concessorio è destinato a protrarsi nel tempo. Grazie agli ultimi interventi normativi è stato superato il precedente limite di durata del contratto fissato in trenta anni²⁷. Tale allungamento è funzionale ad assicurare l'equilibrio economico finanziario dell'operazione; maggiore sarà la durata, maggiori saranno le possibilità del privato di ottenere il finanziamento dagli investitori.

La concessione di costruzione e gestione è disciplinata come contratto formale a prestazioni corrispettive, il cui sinallagma risulta costruito dall'obbligo per la società di progettare, di eseguire i lavori, nonché di gestire l'opera, contro il corrispettivo consistente nel diritto di sfruttarla economicamente, per un certo arco temporale²⁸.

Dunque, il concessionario non ottiene dall'amministrazione un prezzo per la realizzazione del lavoro avendo il diritto a percepire i proventi derivanti dalla gestione dell'opera costruita. In ciò si concretizza il tratto distintivo della concessione dall'appalto, vale a dire dall'altro contratto previsto dalla legge per la costruzione di un'opera pubblica. Come sopra accennato, da questa differenziazione nasce anche un diverso sistema di allocazione dei rischi dell'operazione: infatti, in via di principio, nel contratto di concessione, il concessionario assume il diritto ma anche le incertezze della gestione, nel senso che esso si fa carico del rischio che i flussi di cassa derivanti dal progetto siano inferiori alle previsioni e perciò insufficienti a ripagare il credito investito; nell'appalto, invece, avendo soltanto l'obbligo della costruzione, per la quale è erogato un prezzo, l'appaltatore non si assume il rischio economico connesso alla gestione del progetto.

la pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune, Torino, 1999; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 156 e sgg.; R. Tommasi (a cura di), *Il nuovo diritto privato della pubblica amministrazione*, Torino, 2004; P. Chirulli, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005, p. 497 e sgg.

²⁷ All'originario comma 2-bis dell'art. 19 della Legge Quadro, le parole: «La durata della concessione non può essere superiore a trent'anni» sono state sostituite dalla L. 166/02 con le seguenti «L'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata anche superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui al comma 2 sull'importo totale dei lavori e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato». La norma oggi è stata integralmente recepita dall'art. 143, commi 6 e 8 del Codice dei Contratti Pubblici.

²⁸ Cfr. C. Iaione, *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in <<http://www.Giustamm.it/>>, 2006 che definisce la concessione di lavori pubblico come il contratto in cui «l'oggetto dello scambio è da parte dell'amministrazione, il conferimento del diritto di realizzare e/o godere (per un determinato periodo di un bene pubblico) verso l'obbligo in capo al concessionario di corrispondere un canone di concessione e/o di svolgere quella determinata attività secondo parametri predeterminati». Nello stesso senso F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo. Percorsi*, Milano, 2006, p. 1237 - 1239

Che lo sfruttamento funzionale ed economico del progetto, con quello che comporta sul piano del rischio economico, rappresenti un aspetto fondamentale del contratto di concessione di costruzione e gestione è dimostrato da quanto affermato dall'art. 143, comma 9 (già comma 2 ter dell'art. 19) ove si prevede la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di «... affidare in concessione opere destinate all'utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico - finanziaria della gestione dell'opera».

Tale ricostruzione del contratto di concessione non può dirsi confutata dalla previsione dell'art. 143, comma 4, ove si riconosce che l'equilibrio economico-finanziario dell'intervento da realizzare o della sua gestione possa essere perseguito mediante il pagamento di un prezzo da parte dell'ente concedente. Infatti, dato che tale prezzo serve a perseguire l'equilibrio economico-finanziario e non a garantire la redditività del progetto²⁹, il rischio legato ai ritorni economici del capitale investito continua a gravare sul concessionario.

In sintesi, con la concessione s'instaura un'articolata relazione trilaterale, tra amministrazione, concessionario ed utenti, nella quale la prestazione resa dal concessionario è diretta a realizzare l'interesse pubblico all'erogazione di un certo servizio o alla costruzione dell'opera insieme all'interesse privato alla produttività dell'investimento effettuato. Dunque, la scelta dello schema concessorio appare funzionale alla formazione di una fattispecie volta a contemperare la soddisfazione dell'interesse generale e con quello imprenditoriale. Tuttavia, il legislatore avrebbe potuto tenere in maggiore considerazione che quest'obiettivo – da cui dipende, in effetti, il successo del progetto – è legato principalmente alla gestione e al sistema di ripartizione dei rischi. A questo scopo sarebbe stato opportuno lasciare maggiori spazi all'autonomia negoziale, perché in relazione ad ogni singolo caso si potesse determinare la soluzione giuridica più idonea a realizzare il difficile equilibrio tra istanze diverse³⁰.

²⁹ Rispetto al testo originario del 1994 poi modificato dalla L. n. 415/1998, che ammetteva il corrispettivo, al fine di garantire la remuneratività, il comma in esame ora stabilisce che attraverso tale corrispettivo siano poste le condizioni perché il privato possa perseguire l'obiettivo della remuneratività dell'opera: con la conseguenza che, una volta corrisposto da parte della P.A il prezzo congruo a garantire tale condizione, le perdite che dovessero comunque realizzarsi, dovrebbero essere sopportate dall'impresa. La norma precisa che tale prezzo deve essere «stabilito in sede di gara» nel senso che deve corrispondere al prezzo offerto dall'aggiudicatario in sede di gara, salva la possibilità di successivo adeguamento a favore dell'amministrazione a seguito di trattativa post-gara con il soggetto vincitore. Per un attento commento delle diverse modalità di determinazione del corrispettivo per il concessionario v. M. Baldi, *La concessione di opere pubbliche*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, p. 167 – 169.

³⁰ Va ricordata la posizione di coloro che individuano la principale ragione di difficoltà di applicazione del *project financing* nella limitazione degli schemi contrattuali utilizzabili per la realizzazione degli interventi con tale tecnica. La scelta in questo senso del legislatore comunitario e di quello nazionale determinerebbe un'eccessiva limitazione dell'autonomia delle parti dell'operazione impedendo loro di determinare il termine finale del rapporto, l'entità dell'erogazione del contributo pubblico, clausole di revisione secondo il modello che meglio garantirebbe l'equilibrio economico del progetto. In questo senso, cfr. R. Motroni, *Il project financing per la realizzazione dell'opera pubblica*, in *Iter legis*, 2004, 1, p. 166, il quale afferma: «il legislatore stesso non aveva nessuna possibilità di scelta circa il tipo contrattuale da adottare nella realizzazione di opere pubbliche: il ricorso ad un tipo contrattuale diverso o l'ampliamento dell'autonomia negoziale delle parti negli accordi volti alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità provocherebbe, infatti, una procedura di infrazione per violazione del diritto comunitario. Una più elastica disciplina del contenuto del contratto di concessione di costruzione e gestione, affidata a clausole generali piuttosto che a rigide prescrizioni normative, nel rispetto della vigente normativa comunitaria, consentirebbe un più diffuso ed efficiente impiego della tecnica finanziaria in questione».

3. Lo scioglimento del contratto di concessione per inadempimento della pubblica amministrazione o per revoca della concessione

Andando ad esaminare gli eventi e i rimedi sinallagmatici che possono incidere sul rapporto contrattuale di concessione, gli artt. 158-159 Codice Appalti (già artt. 37 septies e 37 octies della Legge Merloni), disciplinano, concentrandosi sulle conseguenze economiche, le ipotesi di risoluzione del contratto di concessione per inadempimento del concedente o del concessionario, nonché la revoca della concessione ad opera delle amministrazioni aggiudicatrici per motivi di pubblico interesse.

Passando alle singole norme, l'art 158 (art. 37 septies) prevede un'ipotesi di risoluzione *ex lege* per l'ipotesi di inadempimento del soggetto concedente o di revoca della concessione da parte dell'amministrazione per motivi di pubblico interesse. In questo caso il contratto è risolto e il concessionario ha diritto: a) al valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, ovvero, nel caso in cui l'opera non sia stata ancora sottoposta al collaudo, i costi effettivamente sostenuti; b) alle penali e agli altri costi sostenuti o da sostenere a causa della risoluzione; c) ad un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire o della parte del servizio ancora da gestire, valutata in base al piano economico finanziario.

Il quadro normativo è arricchito da due importanti previsioni, contenute nei successivi commi dell'articolo in esame. Il comma 2° dell'art. 158 stabilisce che, in caso di risoluzione del rapporto per inadempimento dell'amministrazione concedente, ovvero di revoca della concessione per motivi di pubblico interesse, il rimborso spettante al concessionario dovrà essere prioritariamente volto al soddisfacimento dei finanziatori-creditori, mentre lo stesso concessionario e, quindi, anche i soci finanziatori dovranno attendere la liquidazione della società per il recupero dell'investimento, con evidente svantaggio rispetto ai primi. L'ultimo comma, in fine, prevede la subordinazione dell'efficacia della revoca della concessione al pagamento di tutte le somme indicate nel primo comma da parte dell'amministrazione concedente³¹.

Tale previsione suscita l'attenzione del civilista sia sotto il profilo della natura del potere di revoca sia sotto il profilo delle conseguenze che determina il suddetto vincolo di destinazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto, gli interpreti³² riflettono sulla compatibilità tra il diritto di revoca³³, attribuito al soggetto pubblico dal legislatore, e la riconosciu-

³¹ M. Baldi, *Il project financing*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, vol. II, Milano, 2007, 292, delimita l'ambito di applicazione della norma al caso della revoca, perché nell'ipotesi di risoluzione per inadempimento l'iniziativa è presa dal concessionario che non ha più interesse a protrarre il rapporto a causa dell'inadempimento, inoltre è finalizzata ad eliminare la posizione di svantaggio in cui si troverebbe il concessionario che, in virtù del principio dell'esecutorietà della revoca per pubblico interesse, dovrebbe interrompere immediatamente la gestione del servizio ma attendere i tempi dell'amministrazione per la corresponsione del risarcimento. L'A. inoltre precisa che il vantaggio per il concessionario sussisterebbe solo nel caso in cui sia già iniziata la produzione e quindi la percezione degli utili e non invece, quando la revoca per pubblico interesse si sia verificata in un momento precedente.

³² A. Tullio, *La finanza di progetto*, cit., p. 201

³³ Con il termine revoca si fa riferimento ad un fenomeno in realtà complesso che può essere schematizzato come l'eliminazione da parte dell'amministrazione dell'efficacia di un atto precedentemente adottato, in attuazione del potere di autotutela. La disciplina dell'istituto oggi è contenuta nell'art. 21quinquies, introdotto nella legge sul procedimento amministrativo riformata dalla L. n. 15/2005, con una norma che è sì ricognitiva della precedente riflessione dottrinale sul tema, ma anche originale sotto alcuni profili, come quelli relativi alle regole per esercitare il giudizio sull'atto e all'indennizzo. La disposizione, infatti, indica

ta natura contrattuale della concessione di costruzione e gestione. Quel che desta perplessità è, da un lato, la definizione della concessione come contratto a prestazioni corrispettive, e dall'altro, l'attribuzione alla pubblica amministrazione della possibilità di revoca per motivi di pubblico interesse con un atto d'imperio, connaturato ad una qualificazione della concessione in termini di provvedimento amministrativo.

Più consona alla ricostruzione dell'atto in termini contrattuali appare la definizione del potere attribuito all'amministrazione, al di là del *nomen* usato, in termini di recesso legale dalla convenzione³⁴. In questo modo si riconoscerebbe all'amministrazione il potere di intervenire sul contratto per la tutela degli interessi pubblici sottostanti, senza però snaturare la natura contrattuale della concessione di costruzione e gestione³⁵.

Le caratteristiche dello strumento di cui all'art. 158 richiamano l'ipotesi di recesso previsto per i contratti pubblici all'art. 134 del nuovo codice, che recepisce il contenuto ed estende anche alle concessioni la regola di cui all'art. 345, l. 20.3.1865, n. 2248, all. f e l'art. 122 del regolamento di attuazione della Legge quadro sui lavori pubblici D.lgs. n. 554/1999. La norma riconosce alla stazione appaltante il diritto di recedere dal contratto ove ritenga che sia venuto meno l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera. Tale diritto può essere esercitato in qualsiasi momento dalla stessa autorità cui compete la stipulazione del contratto, senza necessità di dover motivare la sua decisione. Deve essere preceduto da un preavviso in favore dell'appaltatore di almeno venti giorni, decorsi i quali l'amministrazione prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo. Il recesso ha natura di atto unilaterale recettizio e perciò si perfeziona nel mo-

tre presupposti della revoca: «sopravvenuti motivi di interesse pubblico», «mutamento della situazione di fatto» o «nuova valutazione dell'interesse pubblico originario»; da cui si ricava che l'atto in questo caso è soggetto ad una valutazione in relazione al contesto esterno e non in base ad eventuali vizi interni, che va a verificare l'idoneità del provvedimento - e dell'assetto degli interessi in esso espresso - al soddisfacimento dell'interesse pubblico nell'arco temporale successivo alla sua emanazione. Perciò in seguito ai recenti interventi legislativi nella nozione di revoca è ricompreso sia il potere della pubblica amministrazione di ritirare i provvedimenti ad efficacia durevole sulla base di sopravvenuti motivi di interesse pubblico o di mutamenti della situazione di fatto, sia quello di rivedere il proprio operato in virtù di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario. In questo senso S. Vasta, *I procedimenti di revisione*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 331 e sgg.; F. Caringella, *Manuale*, cit., p. 1145 e sgg. La bibliografia sulla revoca è vastissima. Ai fini del presente lavoro ci si limita a ricordare le riflessioni più recenti: G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo, in tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa Atti del XLVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2003, p. 169; E. Mauro, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso degli accordi procedurali*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, p. 568; V. Cerulli Irelli, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in <http://www.astrid-online.it/> *Rassegna*, 2005, n. 4, p. 24

³⁴ E. Picozza, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Cons. Stato*, 2002, fasc. 4, (parte prima), p. 2067 che afferma: «Tale disposizione permette di ritenere, sempre in coerenza con la natura contrattuale della concessione di costruzione e gestione che la c.d. revoca non è in realtà più atto amministrativo, e meno che mai autoritativo, ma semplicemente un recesso unilaterale del concedente anche se obbligatoriamente sostenuto da ragioni di interesse pubblico, specifico, concreto ed attuale».

³⁵ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1227 chiarisce che «laddove le parti abbiano stipulato un contratto di diritto privato, operano i principi di cui all'art. 1372 c.c., mentre laddove sia stato concluso un accordo di diritto pubblico, valgono i principi della revoca per pubblico interesse». Nello stesso senso V. Cerulli Irelli, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione* Milano, 2002, p. 84. Un problema ulteriore che si può porre è quello della concorrenza tra recesso contrattuale e revoca per ragioni di pubblico interesse. Secondo la tesi privatistica da considerare prevalente, per far salva la tipicità dei casi di recesso non sarebbe possibile arrivare all'esito dello scioglimento del contratto attraverso la revoca della procedura ad evidenza pubblica, e quindi, andrebbe esclusa l'alternativa tra i due istituti.

mento in cui è comunicato all'appaltatore, determinando lo scioglimento del contratto. Per queste sue caratteristiche, il diritto attribuito dall'art. 134 rappresenta un caso di *jus poenitendi*, il quale, in linea generale, viene riconosciuto dall'ordinamento ad una delle parti, nell'ottica di una speciale protezione, consentendole di cambiare idea rispetto al contratto già concluso e di liberarsi dal vincolo contrattuale³⁶. Invero, la disposizione in oggetto è assimilabile ad altre ipotesi di recesso, previste per evitare l'esecuzione del contratto, quando sia venuta meno qualsiasi utilità per il committente, quali il contratto di appalto (art. 1671 c.c.), il contratto di lavoro autonomo (art. 2227 c.c.), di mandato (art. 1723, 1725-1727 c.c.), di commissione e di spedizione. In questi casi il recesso consente di recedere dal vincolo contrattuale, quando siano venute meno le ragioni inducenti al contratto e cioè le *utilitas* che il soggetto affidante si riprometteva dall'esecuzione dell'opera oggetto del contratto³⁷.

Dunque, nel rapporto di appalto, sia pubblico che privato, il recesso ad *nutum* del committente rappresenta l'esercizio di un diritto potestativo lasciato alla libera determinazione del recedente e sottratto al controllo dei terzi e dell'appaltatore³⁸. L'art. 134 non conferisce alcun potere supplementare alla stazione appaltante pubblica rispetto al committente privato. Se una differenza si vuol trovare essa sta nei motivi che inducono all'esercizio del diritto: mentre la decisione dell'amministrazione di recedere è ispirata da ragioni di interesse pubblico, i motivi che possono determinare il committente privato all'esercizio della medesima facoltà possono essere i più disparati e consistere anche in un semplice mutamento di proposito. Pertanto, l'appalto di opere pubbliche, dovrebbe avere maggiore stabilità³⁹.

A fronte di questo potere, però, sorge l'obbligo del recedente di risarcire o indennizzare la controparte. Tale indennizzo, come abbiamo visto è contemplato nell'art. 158 del codice a favore della società di progetto così come nei contratti di appalto pubblico e privato, seppur con alcune differenze in ordine alla sua estensione.

In particolare, l'art. 134 prevede che il recesso della stazione appaltante faccia sorgere il diritto dell'appaltatore al corrispettivo per i lavori eseguiti, al rimborso delle spese e al mancato guadagno calcolato nella misura fissa e forfetaria del decimo dell'im-

³⁶ In tema di recesso negli appalti pubblici la bibliografia è molto estesa. V. L.V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico.*, Milano, 1988, p. 133; E. Sticchi Damiani, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, 1999, p. 102; E. Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2002, p. 34; G. Musolino, *Il recesso ad nutum nel contratto di appalto*, in *Riv. giur.edil.*, 2002, p. 387; D. Valentino, *Il recesso nell'appalto di servizi della P.A.*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, fasc. 5, p. 539 ed in partic. 548; V. Barella, *Il recesso nell'attività della pubblica amministrazione*, in P. Stanzione – A. Saturno (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006; Pelino Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2007, p. 1271

³⁷ Assai cospicua è la bibliografia sul recesso nei contratti. Tra i tanti si rinvia a: G. Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; G. De Nova, *Recesso (voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sez. civile*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 314 e sgg.; M. Costanza, *Revoca (voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sez. civile*, vol. XVII, Torino, 1999, p. 443; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto, vol. 1, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Cod. civ. Comm.* diretto da Schlesinger, Milano, 1998, p. 308 e sgg.

³⁸ In questo senso si esprime la giurisprudenza in tema. Cfr. Cass., 26 giugno 2003, n. 10160; Cass., sez. un., 7 febbraio 2002, n. 1760; Cass. civ., sez. I, 7 agosto 1993, n. 8565, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 3245 e sgg.; T.A.R. Lazio, sez. I, 12 maggio 1987, n. 1020, *Foro Amministrativo*, 1987, p. 787 e ss. Nel contratto di appalto privato, il committente ha diritto di recedere *ad nutum* in qualunque momento posteriore alla conclusione del contratto, senza necessità di motivare l'esercizio del diritto di recesso, nel contratto di concessione di costruzione e gestione l'amministrazione concedente può per converso esercitare analogo diritto solo per comprovato motivi di pubblico interesse.

³⁹ Sull'identità della ratio del recesso del committente pubblico e privato, v. G. Musolino, cit., p. 398-399

porto⁴⁰. L'amministrazione deve, inoltre, pagare all'appaltatore il valore dei materiali utili esistenti in cantiere, che siano stati ricevuti dal direttore dei lavori prima della comunicazione dello scioglimento del contratto.

Ebbene, la previsione di queste stesse poste di danno anche nella fattispecie descritta dall'art. 158, quale indennizzo alla società di progetto per la revoca della concessione, induce ad assimilare le due ipotesi e depone per la ricostruzione del potere di revoca in termini di recesso legale.⁴¹

La soluzione pare corroborata dallo stesso accostamento nell'art. 158 dell'ipotesi della revoca e della risoluzione per quanto attiene al trattamento economico. Va, infatti, ricordato che secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi soprattutto in merito all'appalto privato, proprio l'istituto del recesso sarebbe equiparabile alla risoluzione per inadempimento del committente sotto il profilo delle conseguenze economiche: infatti, chi esercita lo *jus poenitendi* si trova in una posizione simile a quella di colui che non adempie al contratto, esponendosi alla conseguente responsabilità e al medesimo risarcimento.⁴²

A ciò si aggiunga che nella norma in esame, così come nelle ipotesi di recesso del committente nel contratto d'appalto, si ha lo scioglimento *ex nunc* del rapporto contrattuale, seppur condizionato al pagamento delle somme dovute al concessionario, e non l'eliminazione degli effetti di un atto già compiuto ad opera dello stesso agente. È evidente la differenza con la revoca⁴³. Questo provvedimento di auto-

⁴⁰ Essa comprende sia il danno emergente che il lucro cessante liquidati forfettariamente mediante l'applicazione del 10% all'importo residuale del contratto. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite da pagarsi all'appaltatore, ai sensi dell'ex art. 345, è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base del contratto e l'ammontare netto dei lavori eseguiti, ex art. 41 d.p.r. 16.7.1962, n. 1063. La diversità del contenuto dell'obbligo risarcitorio tra recesso del privato e recesso della PA viene spiegata da D. Valentino, *Il recesso nell'appalto di servizi della P.A.*, cit., p. 549, in base alla circostanza che «il secondo dovrebbe di norma, essere ispirato non al capriccio ma a considerazioni attinenti il pubblico interesse e, quindi, la sorte del contratto non sarebbe legata a determinazioni puramente arbitrarie, ma mira a realizzare, attraverso lo scioglimento, interessi tendenzialmente meritevoli di tutela»

⁴¹ A conferma della definizione in termini di recesso legale dell'art. 158, bisogna ricordare che nel momento dell'entrata in vigore della Merloni ter mancava una previsione espressa che riconoscesse in caso di revoca la corresponsione dell'indennizzo al soggetto interessato dall'atto, introdotta solo nel 2005. Per cui, la costruzione della fattispecie effettivamente come un'ipotesi di revoca seguita dalla previsione di un diritto all'indennizzo sarebbe risultata isolata nel sistema. L'uso del termine indennizzo nell'art. 158 septies, appare piuttosto equivoco in riferimento ad una somma corrisposta a titolo di risarcimento del mancato guadagno.

⁴² Cfr. G. Musolino, cit., p. 407 il quale afferma che «l'art. 1671 [...] abbraccia ogni danno che sarebbe risarcibile in caso di risoluzione per inadempimento. Può dirsi, perciò, che gli effetti del recesso *ex uno latere* di cui all'art. 1671 c.c. sono riconducibili a quelli del mancato adempimento». Da ultimo in giurisprudenza Cass., 8 gennaio 2003, n. 77, in *Urb. App.*, 2003, fasc. 7, p. 787 la quale spiega che «l'indennizzo cui è tenuto il committente in favore dell'appaltatore a norma dell'art. 1671, nel caso di recesso unilaterale del contratto di appalto, costituisce obbligazione risarcitoria, come si evince dal significato etimologico dell'espressione «tenga indenne» e dal principio per il quale pure i danni derivanti da attività lecite vanno risarciti al danneggiato incolpevole, sicché, vertendosi in tema di debito di valore e non di valuta, il giudice deve tener conto nella relativa quantificazione, anche d'ufficio, della svalutazione monetaria sopravvenuta sino alla data della liquidazione, e degli interessi moratori». In senso conforme Cass., 81/1911 e Cass., 91/4750 che precisa che all'obbligo indennitario di cui all'art. 1671 «sono applicabili gli stessi principi in tema in tema di risarcimento del danno da inadempimento».

⁴³ Sulla distinzione in termini generali tra il negozio di revoca e quello di recesso, L. Ferri, *Revoca (diritto privato)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 196; AA.VV. (a cura di G. Iudica), *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, Padova, 1997, p. 129; N. Centofanti, *La patologia del contratto di appalto di opere pubbliche nella giurisprudenza*, Padova, 2000, p. 227; G. Musolino, cit., p. 398 il quale afferma che «la differenza fra la revoca e il recesso (o disdetta) può essere tracciato in base al contenuto del ne-

tutela, infatti, consente alla pubblica amministrazione di rianalizzare i suoi atti e di porli nel nulla.

Questa interpretazione dell'art. 158, avvicinando la tutela del concessionario a quella dell'appaltatore⁴⁴, finisce per avvalorare la prospettiva, sopra ricordata, dell'attrazione della concessione di costruzione e gestione nell'area del diritto contrattuale nell'ottica di una progressiva laicizzazione degli istituti del diritto amministrativo.

Valorizzando la dimensione consensuale, si permette la ricostruzione di tutte le relazioni in termini di rapporti negoziali e quindi si garantisce di più il rispetto della natura originariamente privatistica dell'operazione.

Ciò posto non si possono sottovalutare le differenze riscontrabili nel trattamento giuridico delle diverse figure. *In primis*, la differente estensione delle conseguenze patrimoniali tra appalto privato, da un lato, e appalto pubblico e *project financing* dall'altro - ma vedremo che questo accostamento vale solo entro certi limiti - sollecita un'osservazione sulla posizione e sugli interessi dei contraenti. Nel primo caso il committente paga all'appaltatore il corrispettivo pieno (sulla base del prezzo di contratto o di quelli fissati ex art. 1657 c.c.) di quello che è stato costruito, le spese nonché l'ulteriore guadagno che gli sarebbe derivato dal completamento dell'opera. Perciò si può dire che l'appaltatore non subisce alcun danno dal recesso. Quindi a fronte dell'attribuzione al committente di uno strumento giuridico rispondente al suo interesse a liberarsi del rapporto, viene fatto salvo almeno l'interesse patrimoniale dell'appaltatore connesso alla stipula del contratto, mentre è sacrificato quello all'esecuzione della propria prestazione. Tale conclusione non può essere estesa agli altri due casi, vista la delimitazione legislativa, forfetaria e aprioristica, delle somme da erogare a titolo di risarcimento.

Tale disciplina delle conseguenze patrimoniali sollecita ulteriori spunti critici ove si consideri che la norma si riferisce anche all'ipotesi della risoluzione per inadempimento della pubblica amministrazione. L'equiparazione per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali dell'ipotesi della risoluzione per inadempimento e di "revoca" finisce per determinare la riduzione dei danni risarcibili in conseguenza dell'atto illecito, che normalmente comprendono il lucro cessante e l'intero danno emergente.

L'incongruenza sul punto emerge anche sotto altro aspetto, a partire dalla considerazione che la limitazione delle somme dovute al concessionario è prevista per l'ipotesi di revoca/recesso legittima della concessione ossia quando sussiste il presupposto dei motivi di interesse pubblico prescritto dall'art. 158. nel diverso caso di revoca illegittima, invece, la parte privata avrebbe diritto all'integrale risarcimento del danno. Si delinea, perciò, una disparità di trattamento tra l'ipotesi della risoluzione per inadempimento della pubblica amministrazione e quella della revoca illegittima, in quanto il concessionario che ha subito una revoca illegittima ha diritto ad ottenere il risarcimento del danno commisurato secondo i parametri ordinari e non limitato all'entità previste nell'art. 158.

Dinanzi a questa situazione si può ritenere che il legislatore sia caduto in contraddizione oppure si può tentare di trovare una spiegazione all'assetto normativo sopra delineato.

gozio. La revoca attua il pentimento dell'agente che toglie gli effetti ad un atto giuridico compiuto al fine di perseguire un proprio interesse e quindi nega la volontà costituente. La disdetta invece tende a determinare il contenuto del rapporto in un punto non precisato nel momento della costituzione e, dunque, integra la volontà costituente».

⁴⁴ È curioso che nelle interpretazioni dell'art. 1671 subito dopo la promulgazione del codice, sia emersa la tendenza, poi superata, ad assimilare il recesso del committente ad una revoca: Così G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, p. 246

Dal trattamento deteriore riservato al concessionario nell'ipotesi di inadempimento da parte dell'ente, potrebbe inferirsi, infatti, una graduazione nella valutazione della gravità delle ipotesi a confronto, fondata proprio su un diverso apprezzamento degli interessi in gioco. In altri termini, per tentare di salvare la coerenza del sistema, potrebbe sostenersi che il maggior risarcimento dovuto dall'amministrazione nel caso di revoca illegittima trova giustificazione nella ragione dell'attribuzione all'ente del potere di sciogliere unilateralmente il contratto in corso: ragione rappresentata dalla garanzia della rispondenza dell'opera all'interesse pubblico anche nella fase esecutiva del contratto. Per cui la mancata soddisfazione o il contrasto con l'interesse pubblico è considerata situazione deteriore rispetto a quella dell'inadempimento, che frustra in primo luogo gli interessi della controparte contrattuale.

Un ulteriore punto di distanza della previsione dell'art. 158 dal sistema codicistico di risarcimento del danno riguarda i criteri di commisurazione del danno indicati e il limite della prevedibilità del pregiudizio.

In base all'art. 1225, ulteriore requisito per la risarcibilità del danno è la prevedibilità: sul debitore può ricadere solamente il peso del pregiudizio prevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione e non quello imprevedibile di cui dovrà rispondere solo nel caso di inadempimento doloso. La funzione di questo criterio è quella di fissare una proporzione tra la sanzione risarcitoria e l'interesse che aveva il creditore alla prestazione inadempita e si risolve nella previsione di un futuro danno in base ad un giudizio di probabile, non solo possibile, verifica, rapportato all'apprezzamento di un uomo di normale diligenza e fondato su criteri di comune esperienza.

Nel caso della concessione di costruzione e gestione, il danno derivante dalla prematura estinzione del rapporto appare prevedibile sulla base dei dati contenuti nel piano economico finanziario, allegato alla proposta, che indica le condizioni che determinano l'equilibrio del progetto e che rappresentano parte integrante del contratto secondo il dettato dell'art. 143 comma 8 del Codice dei Contratti Pubblici. Tale documento, infatti, non raccoglie delle mere previsioni, la cui mancata realizzazione integrerebbe un danno possibile; il piano economico contiene, infatti, delle anticipazioni razionali dello sviluppo del progetto⁴⁵ sulla cui validità e congruità si fonda la decisione dei finanziatori di investire nel progetto. Perciò trattandosi di previsioni effettive, la loro mancata realizzazione rilevarebbe sul piano del danno risarcibile. Il legislatore non ha, però, valorizzato questi dati, optando per una quantificazione forfetaria, nell'ammontare del 10% del servizio ancora da gestire. Al di là, quindi, del richiamo formale al piano economico finanziario, il risultato ottenuto è una limitazione legislativa delle conseguenze dell'inadempimento e l'indipendenza del risarcimento dalle previsioni del piano d'impresa, da cui sarebbe potuta emergere una diversa indicazione dell'utile di gestione⁴⁶. In questa sottovalutazione del piano economico e degli effettivi risultati della gestione imprenditoriale, quali parametri del giudizio di prevedibilità, si rivela il contrasto, di cui dicevamo, con la regola dell'art. 1225 c.c., la quale è fondata su un giudizio di "prognosi postuma".

La dottrina che si è occupata di commentare queste norme già all'entrata in vigore della Merloni ter ha evidenziato altre incongruità della disposizione in oggetto.

⁴⁵ Tali modelli consentono di analizzare l'evoluzione dei flussi di cassa previsti per la fase di gestione dell'attività, riportano i conti economici, gli stati patrimoniali, i piani di utilizzo e di rimborso dei finanziamenti, gli indici di copertura del debito, l'indicazione delle principali variabili interne ed esterne.

⁴⁶ M. Protto, *Art. 37 septies (Risoluzione)* in, AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, Commentario diretto da A. Angeletti, Torino, 2000, p. 797 e sgg.

Così, è stata sottolineata la difficoltà di interpretare il concetto di “valore” delle opere realizzate da rimborsare, in via di principio non coincidente con il prezzo contrattuale del lavoro da realizzare – a cui faceva, invece, riferimento l’art. 345 della legge 1865, n. 2248 allegato F abrogata dal nuovo codice ma sostanzialmente recepita nell’art. 134 dello stesso – né con il costo di costruzione, tenuto conto che trattandosi di opere pubbliche il valore non è tanto quello del bene ma quello commisurato alla redditività dello stesso nella fase della gestione⁴⁷.

Ancora si è considerata iniqua la diversità di trattamento, sotto il profilo economico della risoluzione o della revoca da parte dell’amministrazione a secondo che questa sia avvenuta prima o dopo il collaudo⁴⁸.

Trattandosi di questioni già ampiamente indagate dagli studiosi della materia e di nessun rilievo ai fini della nostra ricerca, pare opportuno non soffermarsi oltre e dedicarsi allo studio dell’assetto degli interessi sottostante alla soluzione normativa.

3.1 (segue) Il vincolo di destinazione sulle somme conseguenti alla revoca o dell’inadempimento

In questa logica, appare opportuno concentrare l’attenzione sul comma 2 dell’art. 158, secondo cui, come sopra accennato, tutti gli importi di cui al comma 1 della stessa norma, corrisposti al concessionario in conseguenza dell’estinzione del rapporto sono destinati prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori. Tali somme, perciò, sono indisponibili da parte del concessionario fino al completo soddisfacimento di tali crediti⁴⁹.

Per valutare le conseguenze che determina il suddetto vincolo di destinazione va tenuto presente che oggetto dello stesso non è solo l’indennizzo dovuto a titolo di risarcimento per il mancato guadagno, nella dimensione quantitativa prevista dalla legge pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata alla stregua dei parametri contenuti nel piano economico-finanziario, ma anche il rimborso dei costi di esecuzione dell’opera e gli altri costi sostenuti o da sostenere nei confronti di terzi in conseguenza della risoluzione del rapporto concessorio. Questo significa destinare al prioritario soddisfacimento dei crediti dei finanziatori anche somme che non hanno alcuna diretta connessione con gli investimenti effettuati dai finanziatori.

Il meccanismo così costruito rischia di pregiudicare le aspettative di altri soggetti, in particolare dei lavoratori che hanno prestato la propria attività nella realizzazione dell’opera subordinando il pagamento delle loro retribuzioni al soddisfacimento integrale delle pretese creditorie dei finanziatori.

Sono perciò fondati i dubbi sulla legittimità costituzionale di questa norma che riserva un trattamento diverso ai lavoratori subordinati a seconda che prestino la pro-

⁴⁷ Crf. M. Baldi, *Il project financing nella legge n. 415 del 1998*, in M. Baldi-De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, 2001, p. 390; Id, *Il project financing*, in R. De Nictolis (a cura di), cit., 284 e sgg.

⁴⁸ Cfr. M. Zoppolato, *Il project financing*, in D. Tassan Mazzocco - C. Angeletti - S. Bombelli - L. Guffanti - M. Manzi - G. Perulli - E. Ribaldo - A. Sciumè - M. Zoppolato, *Legge Quadro sui lavori pubblici (Merloni Quater)*, Milano, 2002, p. 1026

⁴⁹ A. Tullio, *La finanza di progetto*, cit., p. 212; E. Picozza, *La finanza di progetto nel sistema dell’attività contrattuale privata e pubblica*, op. cit., p. 2066-2067 e sgg.; M. Baldi, *La società di progetto e l’esecuzione della concessione*, cit., p. 588 il quale fa notare che tale criterio di destinazione non incentiva la partecipazione dei finanziatori al capitale di rischio.

pria attività in un'impresa di costruzioni che realizza l'opera con strumenti tradizionali oppure nell'ambito di un'operazione di *project financing*. Per altro verso, la norma dà la preferenza ad interessi di natura economica, senza rilevanza costituzionale rispetto a quelli dei lavoratori subordinati, con tutela costituzionale. Con la conseguenza che, i lavoratori dipendenti del concessionario si trovano in una posizione peggiore rispetto agli altri lavoratori i cui crediti sono assistiti da privilegio e classificati nell'elenco al primo posto, subito dopo i crediti per le spese di giustizia⁵⁰.

La destinazione delle somme dovute dall'amministrazione concedente alla società di progetto, determina un vincolo di indisponibilità delle somme stesse da parte del concessionario con conseguente impignorabilità e sottrazione di tale denaro ai principi della concorsualità⁵¹.

Ma chi sono i soggetti a favore dei quali la norma riconosce il vincolo di destinazione delle somme dovute al concessionario? La norma dal contenuto impreciso pone notevoli dubbi ermeneutici, dovendo l'interprete delimitare la nozione di "finanziatore". Tale generica espressione potrebbe riferirsi a tutti coloro che in modi diversi partecipano all'iniziativa imprenditoriale, fornendo agli *sponsors* i capitali necessari. A tal guisa, si dovrebbero includere nella categoria anche a coloro che partecipano all'operazione conferendo capitale di rischio, come azionisti o quotisti della *project company*. Al di là della formulazione poco chiara, è abbastanza plausibile che il legislatore con questa previsione abbia voluto riprodurre la prassi sviluppatasi negli ordinamenti di *common law*, della postergazione dei diritti di credito della società di progetto e dei suoi soci: ovvero normalmente *project company* e i suoi azionisti assumono l'impegno di postergare la loro percezione di utili fino al totale rimborso del finanziamento erogato. La norma deve quindi essere interpretata, così come confermato dalla lettera della previsione legislativa, nel senso che "i crediti dei finanziatori del concessionario" sono i crediti dei finanziatori creditori della società, cioè dei finanziatori che non entrano a far parte della compagine sociale, in quanto, identificandosi il concessionario con la *project company*, il rapporto di credito intercorre tra il finanziatore e la società di progetto stessa.

La norma così interpretata determina, però, una disparità di trattamento tra i finanziatori-creditori, che ottengono la possibilità di un'immediata soddisfazione dei propri crediti ed i finanziatori-soci le cui ragioni di credito risultano pretermesse. Questa soluzione non incentiva certamente la partecipazione degli istituti di credito al capitale della società, per cui sarà difficile che il finanziamento del progetto avvenga solo tramite sottoscrizione del capitale sociale senza contestuale costituzione di un o più rapporti obbligatori.

Anche sotto questo aspetto, per tentare di superare i suddetti rilevi critici si deve guardare all'operazione nel suo complesso, al di là dei singoli frammenti di regolamentazione dell'operazione alla ricerca degli interessi perseguiti.

⁵⁰ La norma deve essere posta in relazione con la previsione del capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, approvato con D.M. 19 aprile 2000, n. 145, che dispone all'art. 13 in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute dal personale dipendente, decorsi i 15 giorni assegnati dal responsabile del procedimento, detrazione diretta sulle somme dovute dall'appaltatore. A ciò va aggiunto che in altra occasione la Corte Costituzionale (Corte Cost. 19 giugno 1998, n. 226, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3465) ha attribuito rilevanza prevalente alla tutela dei lavoratori nelle ipotesi nell'appalto di opere pubbliche, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori nella parte in cui non estende alle concessioni di pubblici servizi l'obbligo di applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti la clausola di equo trattamento.

⁵¹ R. Iannotta, *Art. 37 septies - Risoluzione*, in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni ter*, a cura di L. Gianpaolino – M.A. Sandulli – G. Staccanelli, cit., p. 631; M. Protto, *art. 37 septies*, cit., p. 800

Ad una più approfondita analisi vediamo che la previsione, non solo attribuisce ad una parte la possibilità di liberarsi del vincolo non più gradito, ma unisce a quest'obiettivo quello di veicolare un certo flusso di denaro verso determinati soggetti, i finanziatori. Questi, infatti, rischiano di subire un grave pregiudizio nell'ipotesi di estinzione della concessione e di conseguente interruzione della gestione dell'opera o del servizio, poiché questa è la principale, se non l'esclusiva, garanzia del rimborso del finanziamento. Quindi il legislatore, riproducendo nella disposizione la prassi contrattuale sviluppatesi in merito, con l'introduzione del vincolo d'indisponibilità delle somme dovute al concessionario da parte dell'amministrazione concedente ha previsto un correttivo della posizione di debolezza dei finanziatori nell'operazione di *project financing*.

In questo modo si finisce per costituire a favore di quest'ultimi sostanzialmente una "garanzia" dei crediti che questi vantano nei confronti della società di progetto, non potendo le somme erogate dall'amministrazione essere sottratte per soddisfare altri crediti. Per altro, il rafforzamento della posizione dei finanziatori è tanto più importante in quanto garante di tali diritti, in ultima istanza, risulta essere l'amministrazione pubblica. Si può dire, perciò, che il rischio di interruzione del progetto per inadempimento dell'amministrazione o per revoca della concessione grava limitatamente sugli investitori, essendo frazionato tra vari soggetti, in primo luogo, l'ente concedente e la società di progetto con evidenti ripercussioni sui rapporti contrattuali che questa ha concluso con terzi per la realizzazione dell'opera.

Tuttavia, si pone il problema di individuare la giustificazione di questa prioritaria attribuzione patrimoniale a favore dei finanziatori. Tale fondamento non appare, infatti, rintracciabile nella fattispecie del contratto di concessione, rispetto al quale i finanziatori si trovano in una posizione di estraneità. D'altra parte, lo stesso contratto non attribuisce direttamente diritti ai finanziatori del progetto.

L'ipotesi di terzi che beneficiano di somme aventi la loro fonte in un contratto cui sono estranei, però, non è del tutto avulsa dal nostro ordinamento. Il rinvio è alla previsione di un'azione diretta del locatore contro il sublocatore per ottenere il pagamento del prezzo o l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal secondo contratto⁵² (art. 1595) o del mandante contro il submandatario (art. 1717). Queste rappresentano l'unico riconoscimento nel nostro diritto civile della figura giuridica del subcontratto⁵³ per il resto frutto, piuttosto, di una ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale che l'ha definito come "il contratto mediante il quale una parte (detta subcontraente) utilizza la posizione giuridica che gli deriva da un contratto in corso (detto contratto principale o contratto base) per concludere un contratto con un terzo, avente in tutto o in parte lo stesso oggetto.

Con il subcontratto si creano due ordini di rapporti distinti e separati, tra parti del contratto principale e parti del subcontratto, ma non c'è rapporto diretto tra contraente del primo contratto e terzo subcontraente. Ciò nonostante, il legislatore ha stabilito espressamente che il locatore - ma la regola pare analogicamente estensibile alle altre ipotesi di subcontratto - senza pregiudizio dei suoi diritti verso il conduttore, possa agire nei confronti del subconduttore, per esigere il prezzo della sublocazione, di cui questi

⁵² Sulle caratteristiche dell'azione del mandante nei confronti del sostituto del mandatario la giurisprudenza è costante Cass., 16 dicembre 2005, n. 27716; Cass., 16 gennaio 1988 n. 301 e 5 luglio 1980, n. 4302

⁵³ Sul tema del subcontratto si veda Chinè-Miliano, *Il subcontratto tra teoria generale ed ipotesi tipiche*, in *Giust. civ.* 1993, II, 573; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 1996, p. 973 e sgg.; V. Ricciuto, *Il subcontratto*, in *Tratt. contr. Rescigno*, II, 1999, p. 1217; V. Roppo, *Subcontratto*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993; Id., *Il contratto*, Milano, 2001, p. 600 e sgg.

sia ancora debitore al momento della domanda giudiziale. Né tale azione si limita agli aspetti meramente patrimoniali afferenti al canone: l'azione è data al locatore anche per costringere il subconduttore a adempiere tutte le altre obbligazioni derivanti dal contratto di sublocazione⁵⁴.

Il fondamento di quest'azione diretta sta nella sostituzione del subconduttore al conduttore originario nel godimento del bene di proprietà del locatore, in virtù del rapporto di derivazione tra i due rapporti. Ma se questo profilo di interdipendenza della sublocazione rispetto alla locazione giustifica l'attribuzione della suddetta azione diretta, lo stesso non può dirsi per il vincolo di destinazione impresso sull'indennizzo del concessionario a favore dei finanziatori del *project financing*. Nel nostro caso, infatti, il contratto di concessione e quello di finanziamento non hanno la stessa sostanza economica, né negli accordi è dedotta la medesima prestazione.

Se dunque il fondamento del vincolo di destinazione su dette somme non può essere individuato nel rapporto di derivazione tra i contratti, ciò nonostante dal confronto con l'azione diretta, prevista nel subcontratto, emerge la via da percorrere per individuare il senso di tale previsione. La prospettiva indicata è quella della valorizzazione del legame esistente tra il contratto di finanziamento e quello di concessione: legame che, come abbiamo visto all'inizio della ricerca, è di dipendenza posto che la validità e l'efficacia della concessione, incidendo sulla gestione del progetto, condizionano l'adempimento del contratto di finanziamento.

In questa prospettiva, pertanto, la norma, in quanto destina a favore di soggetti terzi rispetto al rapporto concessorio somme che hanno la loro fonte nel rapporto tra amministrazione e società di progetto, appare il segno rivelatore del nesso relazionale sussistente tra il contratto di finanziamento e quello di concessione di costruzione e gestione.

Tale nesso relazionale è posto per il raggiungimento di un determinato interesse che è quello della restituzione del finanziamento con i proventi della gestione dell'opera in concessione, quale preconditione della partecipazione del capitale privato al progetto e della costruzione dell'infrastruttura senza o con minimo esborso di denaro pubblico, e parte integrante di quella che abbiamo evidenziato come la funzione complessiva dell'operazione di *project financing*, già nel modello privatistico: realizzare un progetto *self liquidating*. A tutela di quest'interesse, si attribuisce ai finanziatori un rimedio per ottenere le somme derivanti dalle vicende del contratto di concessione.

In conclusione, la spiegazione della creazione di un sistema di protezione dei flussi di cassa, pare potersi ricavare solo dalla considerazione dell'operazione nel suo complesso, dalla quale dedurre l'unitario assetto di interessi che caratterizza il progetto. In particolare l'interesse che appare tutelato in via diretta è quello dei finanziatori alla soddisfazione dei propri crediti. Ma nel momento in cui questo si risolve in un incentivo al coinvolgimento dei capitali privati nell'operazione, si persegue anche l'interesse pubblico alla costruzione dell'opera e alla gestione del servizio con questo strumento giuridico. Anzi, in una certa misura la tutela dell'interesse privato è strumentale a quella dell'interesse pubblico, cosicché si può dire che l'amministrazione ha "interesse" a che siano soddisfatte le ragioni dei soggetti privati.

⁵⁴ Il locatore rimane estraneo al rapporto di sublocazione, così come il subconduttore a quello di locazione; tuttavia "la correlazione esistente tra i due rapporti giustifica l'opponibilità al locatore del diritto del subconduttore e, per converso, dà fondamento all'efficacia nei confronti del subconduttore delle vicende della locazione" (Luminoso F., *I contratti tipici ed atipici*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di Iudica G. e Zatti P., Milano, 1995, p. 529).

Questa osservazione deve essere tenuta presente, perché vedremo che la ricostruzione della relazione tra interesse privato e interesse pubblico, che pare emergere dal dettato normativo dell'art. 158, ritorna in altri punti della disciplina del *project financing* e quindi ci sarà utile per trarre alcune conclusioni sul rapporto tra pubblico e privato nella figura in esame.

In sintesi, la disciplina dettata in merito dal legislatore prende in considerazione, ammettendole, delle ipotesi, come quella della revoca per pubblico interesse, nelle quali le scelte o i comportamenti dell'amministrazione possono rappresentare un ostacolo alla realizzazione del *project financing*, minacciando la possibilità di rimborsare il finanziamento.

Per tale ragione, i relativi rimedi, in quanto tesi a determinare lo scioglimento della concessione con le ovvie ripercussioni sull'intera operazione, sono accompagnati da una serie di regole tendenti a limitarne le conseguenze sui *partners* privati, in generale, e sui finanziatori, in particolare, e comunque sono considerati come strumenti di ultima istanza.

Perciò, la disciplina nel complesso viene a rappresentare il punto di incontro tra le ragioni di pubblico interesse, di cui è portatrice l'amministrazione - tenuto conto che tutta l'attività amministrativa è funzionalizzata alla soddisfazione di fini generali - e le ragioni dell'affidamento dei privati sulla conservazione dell'assetto contrattuale in cui si è calato il progetto.

3.2 (segue) Vincolo di destinazione ex art. 158 comma 2 e finanziamenti destinati a confronto

Le caratteristiche del vincolo di destinazione delle somme dovute dal concessionario per effetto della risoluzione o della revoca della concessione rendono opportuno ed interessante un confronto tra tale previsione e la figura dei finanziamenti destinati ad uno specifico affare. Quest'ultima è stata introdotta nell'ordinamento dal Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, sulla "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative".

Tale normativa ha istituzionalizzato la possibilità per le società di capitali di costituire patrimoni separati dedicati esclusivamente ad un affare, con possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione all'operazione.⁵⁵ Dette disposizioni, rompendo il dogma dell'unità del patrimonio di cui all'art. 2740 c.c., prevedono la possibilità che un unico soggetto abbia la disponibilità di più patrimoni distinti, soggetti a responsabilità diverse. Pertanto, la figura dei patrimoni separati, nell'intenzione del legislatore, rappresenta un correttivo alla pratica invalsa di istituire più organismi societari allo scopo di creare separati regimi di responsabilità.

Il finanziamento destinato ad uno specifico affare è una delle due differenti figure di autonomia patrimoniale in seno alle s.p.a.⁵⁶ introdotte dalla riforma e si riferisce all'ipotesi che nel contratto relativo al finanziamento di un affare si stabilisca che il finanziamento sia rimborsato, totalmente o parzialmente con i proventi dell'affare stesso.

⁵⁵ Sul tema dei patrimoni destinati v. E. Bechetti, *Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati*, in *Riv. del notar.*, 2002, p. 49 e sgg.; P. Ferro-Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 121 e sgg.; B. Inzitari, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contr. impr.*, 2002, p.164; D. Messinetti, *Il patrimonio separato e la c.d. «cartolarizzazione dei crediti»* in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 101 e sgg.; P. Spada, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio. Spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 6, p. 837; A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 4, p. 545

⁵⁶ Regolata dall'art. 2447 decies.

In questa ipotesi il vincolo di destinazione non grava su una certa massa patrimoniale ma su flussi finanziari costituenti i proventi dell'affare e cioè su beni futuri che entreranno nel patrimonio sociale, mantenendoli distinti dal restante patrimonio.

La prima differenza tra le due figure, che possiamo evidenziare, attiene alla fonte del vincolo.

Nel nostro caso è il legislatore, per le ragioni di protezione suddette, ad aver introdotto un vincolo di destinazione su un certo flusso di denaro e quindi ad aver stabilito l'indisponibilità dello stesso per la società di progetto. Nell'art. 2447 decies, invece, la fonte di tale modello di destinazione è individuata nel contratto: la società e il finanziatore in via di autonomia privata si accordano per la stipulazione di un contratto di finanziamento per la realizzazione di un affare i cui proventi sono diretti in via esclusiva al rimborso del finanziamento stesso.

Tuttavia, al di là di questo, le due figure sembrano accomunate dalla particolare posizione giuridica dei flussi di denaro in oggetto: una posizione "intermedia" tra l'irrelevanza della destinazione del denaro e la soggezione ad un vincolo che produce una totale separazione dal resto del patrimonio, in quanto siamo di fronte a beni semplicemente legati da un nesso di funzionalità con il contratto di finanziamento e non separati dal patrimonio sociale.

Nel nostro caso, ciò emerge dal tenore della norma in cui la destinazione dei denari e l'indisponibilità sugli stessi da parte della società, con la conseguente impossibilità degli altri creditori sociali di aggredire tali beni per soddisfarsi, perdura fino al rimborso del finanziamento. Se ne deduce l'incomunicabilità temporanea tra le somme ottenute a titolo indennitario e il restante patrimonio della società. Una volta soddisfatti i finanziatori, però, gli altri creditori sociali potranno rifarsi sul residuo.

Nello stesso senso sembra deporre l'art. 2447decies, comma 5 che limita le prerogative dei creditori sociali sui proventi dell'affare all'esercizio delle sole azioni conservative per la tutela dei loro diritti, fino al momento in cui non sia avvenuto il «rimborso del finanziamento», o sia maturata la «scadenza del termine» contrattualmente previsto. Per cui anche in questo caso, avveratesi le suddette due condizioni, i creditori sociali possono iniziare a soddisfarsi su quel flusso di denaro.

Qualche perplessità suscita invece la possibilità di definire come proventi dell'affare le somme versate per effetto della revoca o della risoluzione. Tuttavia, l'equiparazione del vincolo di cui all'art. 158 del Codice dei Contratti Pubblici con la fattispecie del finanziamento destinato appare ancora possibile ove si accolga un concetto ampio di «proventi» dell'affare realizzato con l'investimento ottenuto, nel quale far rientrare anche somme che hanno un legame meno immediato con il contratto di finanziamento.

In tema è interessante, però, mettere in evidenza che nel *project financing* il ricorso ad un vincolo di destinazione sopra un flusso di denaro non rappresenta una soluzione alternativa alla costituzione di una persona giuridica per realizzare distinti regimi giuridici di garanzia patrimoniale. In quest'operazione, la costituzione di una società ad *hoc* e la creazione di patrimoni separati vengono considerate soluzioni tecniche non alternative ma cumulabili per costituire delle sfere patrimoniali distinte.

Infatti, da un lato, il legislatore, per garantire l'indipendenza economica e giuridica del progetto e la sua capacità di autofinanziarsi, ha scelto il modello istituzionale prevedendo la costituzione della società di progetto quale soggetto distinto dai promotori dell'iniziativa, perciò i creditori della società possono soddisfarsi soltanto sul patrimonio dell'ente senza soffrire la concorrenza dei creditori dei soci.

Parallelamente, in base all'art. 158, all'interno delle risorse economiche che transitano verso questo soggetto si distingue e si isola un certo flusso di denaro per destinarlo

alla soddisfazione in via prioritaria del credito dei finanziatori. Così si cerca di garantire l'assoluto isolamento giuridico ed economico dell'operazione di finanziamento anche rispetto agli altri soggetti coinvolti nell'operazione.

Entrambe le figure giuridiche hanno in comune, però, il legame con la funzione dell'operazione nel suo complesso⁵⁷, che riemerge come abbiamo visto più volte nell'analisi della disciplina. Ciò si comprende ove si tenga presente che, in generale, personalità giuridica e articolazione dei patrimoni sono tecniche giuridiche che hanno a che fare con il concetto di funzione: entrambi rappresentano lo strumento per perseguire una certa funzione che è quella della cura di interessi precostituiti. Ciò significa, in altri termini, che la costituzione di una soggettività giuridica o di un vincolo di destinazione sopra certi beni è dettato dal perseguimento di un certo interesse preesistente all'atto.

Anche nella nostra disciplina, sia la scelta del modello istituzionale sia la previsione del vincolo di destinazione sulle somme che sono effetto della risoluzione o della revoca della concessione, devono essere considerate il risvolto della funzione dell'intera operazione, ossia la realizzazione di un'opera pubblica che con i ricavi della propria gestione rimborsa il finanziamento erogato: funzione, che riflette l'interesse del soggetto pubblico e di quello privato alla proficua gestione, quale condizione per il successo dell'operazione. Ancora una volta, quindi, emerge l'incidenza sulla scelta degli strumenti giuridici della particolare combinazione di interessi pubblici e privati nella fattispecie.

3.3 (segue) Problematica applicazione della disciplina generale del recesso

La ricostruzione, appena prospettata, delle caratteristiche del potere di recesso nell'operazione di finanza di progetto rende opportuno un chiarimento. L'interpretazione del potere conferito all'amministrazione dall'art. 158, fondata sul confronto con la disciplina generale del recesso per i contratti pubblici, solleva un'ultima questione relativa alla possibilità di applicare l'art. 134 del codice al *project financing*, in virtù del rinvio di cui all'art. 152: in altre parole, si tratta di vedere se residui un margine di applicazione di questa norma - che si differenzia dall'art. 158, se non per l'entità delle conseguenze economiche, per la loro "destinazione" - oppure se questa debba essere esclusa per la presenza di una norma *ad hoc* derogatoria della disciplina generale oppure per incompatibilità con la sua incomprimibile essenza.

Per completezza va detto che la disposizione rappresenta la concretizzazione nel settore dei lavori pubblici della regola generale espressa dall'art. 21 sexies della L. 241/1990 sul procedimento amministrativo come modificata dalla L. 15/2005⁵⁸, che

⁵⁷ Sulla comune funzione perseguibile con la creazione del finanziamento destinato ad un affare e con la costituzione della società di progetto v. P. Manes, *Sui «patrimoni destinati ad uno specifico affare» nella riforma del diritto societario*, in *Contr. impr.*, fasc. 1, p. 181 e sgg., in partic. p. 194, il quale però rileva che lo strumento del patrimonio separato è una soluzione meno efficace rispetto a detta funzione perché non garantisce in modo assoluto «l'isolamento giuridico ed economico, dunque la segregazione patrimoniale perfetta, dell'operazione di finanziamento e dei proventi da essa realizzati rispetto a tutti i soggetti coinvolti nell'operazione: i finanziatori che immettono capitale di rischio, gli *sponsors* che immettono capitale di rischio, i diversi appaltatori di costruzione, gestione e manutenzione, i portatori dei titoli, qualora il finanziamento avvenga con l'emissione di obbligazioni e la stessa banca capofila di tale operazione in qualità di mandataria, essendo i finanziamenti solitamente in *poll*». Nella stessa direzione v. P. Ferro-Luzzi, *La disciplina dei patrimoni separati*, cit., p. 135; A. Zoppini, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, cit, p. 573

⁵⁸ Il Capo IV-bis, comprendente gli artt. da 21-bis a 21-nonies, è stato aggiunto dall'art. 14, L. 11 febbraio 2005, n. 15.

riconosce per tutti i contratti conclusi dalla pubblica amministrazione la possibilità di sciogliere il vincolo nell'ipotesi in cui tale potere sia attribuito da precise previsioni normative o da esplicite clausole contrattuali⁵⁹: condizione assoluta per i contratti di lavori, appunto, dall'art. 134

In merito alla possibilità di applicare la disposizione all'operazione di *project financing*, anche a voler considerare superato l'ostacolo del mancato riferimento nella norma al contratto di concessione di costruzione e gestione dal formale richiamo dell'art. 152, ci sembra che la risposta sul punto debba essere negativa. Se l'interpretazione della fattispecie dell'art. 158, come atto di scioglimento del rapporto e non di "revisione" dell'atto è corretta, infatti, non residua margine di applicazione alla disciplina generale del recesso al *project financing* per la presenza di una previsione speciale. Non può, infatti, revocarsi in dubbio che l'art. 158 detti una regola singolare prevedendo accanto al potere di scioglimento del contratto, strumentale all'interesse di una parte all'interruzione del rapporto, il vincolo di destinazione di un certo flusso di denaro verso un soggetto terzo, per soddisfarne gli interessi economici. Perciò, data la disciplina speciale del recesso, in ossequio al principio "*specialis derogat generalis*", nel *project financing* non dovrebbe trovare applicazione la norma generale

4. La risoluzione per colpa del concessionario e il c.d. "step in"

Anche nel caso di risoluzione per colpa del concessionario il legislatore ha previsto una disciplina speciale ed assorbente quella di diritto comune, con lo scopo di conciliare l'interesse pubblico alla realizzazione dell'infrastruttura con gli interessi privati coinvolti. Tuttavia va osservato che tale specialità attiene principalmente alle conseguenze economiche dell'inadempimento, e non alla struttura della fattispecie. Di conseguenza, i presupposti della risoluzione del contratto devono considerarsi gli stessi previsti dal codice civile. Perciò, per inadempimento legittimante il subentro di cui all'art. 159 cod. app. si deve intendere la mancata o inesatta esecuzione degli obblighi dedotti in contratto, di non lieve entità, imputabile al debitore.

Tuttavia, a seguito del D.Lgs. 152/08, integrano l'inadempimento della concessione, non solo tutte quelle ipotesi riconducibili alla definizione generale suddetta, ma anche la mancata presentazione della garanzia gestionale. L'art. 153, co. 3 ha introdotto, infatti, l'obbligo dei promotori di presentare durante la gara una garanzia gestionale nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e ha precisato che tale cauzione è «costituita a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera».

⁵⁹ Secondo tale norma «il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto». Sulla ricostruzione del recesso nei contratti pubblici v. S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. Cerulli Irelli, (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., p. 115 e sgg.; Id., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, p. 179; V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli convenzionali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 251 e sgg. A. De Roberto, *La Legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, 2005, p. 64. Per un confronto tra recesso ex art. 21 *sexies*, recesso negli accordi pubblici ex art. 11 l. 241/90 e revoca ex art. 21 *quinquies* v. F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1227, il quale compara la disciplina del recesso dei contratti pubblici di cui all'art. 21 *sexies* - che ammette l'istituto solo nei casi previsti dalla legge o dal contratto, in ossequio al principio privatistico *pacta sunt servanda* - con quella dell'art. 11 per gli accordi, molto più simile alla revoca del provvedimento di cui all'art. 21 *quinquies*, nel momento in cui prevede un potere generale, espressivo di una potestà di autotutela.

La disposizione è rilevante perché, per un verso, esprime una nuova attenzione del legislatore alla fase gestoria della finanza di progetto, pressoché ignorata dalla precedente regolamentazione, per altro, contiene la scelta a favore di una certa tecnica redazionale del contratto di concessione: il contratto deve essere congegnato tramite l'elencazione degli obblighi assunti dal concessionario, l'approntamento di penali per il mancato o inesatto adempimento ed infine, la copertura delle penali con la garanzia gestionale a prima richiesta. Tuttavia è evidente che tale scelta non può rappresentare un ostacolo all'applicazione delle regole e dei principi generali della disciplina del contratto, in tutte le ipotesi in cui non siano state contemplate specifiche previsioni convenzionali.

Il regime giuridico dettato per l'inadempimento del concessionario si segnala, però, soprattutto per aver introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento, un vero e proprio diritto di subentro, volto ad evitare *il default* del progetto⁶⁰.

Il subentro costituisce una facoltà dei soggetti finanziatori che non hanno alcun obbligo al riguardo. Tale facoltà può manifestarsi non solo nel corso della gestione ma anche nella fase di realizzazione, atteso che la norma si riferisce a tutti i casi di risoluzione per inadempimento.

La legge prevede che questi possano designare, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione, dopo l'accettazione dell'ente pubblico, purché: la società abbia caratteristiche tecniche e finanziarie equivalenti a quelle del concessionario al momento dell'incarico⁶¹; sia superata la situazione di inadempimento entro 90 giorni successivi alla scadenza del termine previsto per l'indicazione dell'impresa subentrante ovvero entro il maggior tempo concordato tra il soggetto pubblico e il finanziatore.

La norma impone che l'inadempimento del concessionario cessi entro i 90 giorni successivi alla scadenza del termine concesso ai finanziatori per indicare l'impresa subentrante. L'espressione usata pare impropria, in quanto a seguito del subentro, l'inadempimento del concessionario non cessa affatto, ma subentra un terzo a porvi rimedio. Al di là della lettera della norma, risulta comunque evidente che il subentrante deve immediatamente far fronte all'inadempimento del precedente concessionario e solo dopo egli diviene, a tutti gli effetti, concessionario. Né a diversa conclusione può portare la riforma dell'articolo da parte del D.lgs 152/08. Con l'introduzione del co. 1bis dell'art. 159 si è soltanto precisato che la designazione del subentrante deve avvenire entro il termine individuato nel contratto o, in sua mancanza, nel termine assegnato dall'amministrazione aggiudicatrice nella comunicazione scritta con cui palesa la sua

⁶⁰ Sulle caratteristiche della società di progetto e del diritto di subentro nella disciplina della Merloni vedi G. Mangialardi, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 241; V. Landi, *La società di progetto nella Legge 415/98*, in *Resp. comun. impr.*, 2001, p. 61 e sgg.; C. Pezzi, *I profili civilistici del project financing*, in *Riv. trim. app.*, 2001, fasc. 2, p. 39; R. Virgilio, *Art. 37 quinquies. Società di progetto*, Relazione presentata al convegno "Finanza di progetto" del 31 marzo 2003 destinata al volume G. Morbidelli (a cura di), *La Finanza di progetto*, Torino, 2004, p. 25 e sgg. del dattiloscritto.

⁶¹ Per quanto riguarda la prima condizione, la necessità di una sostanziale equivalenza delle caratteristiche tecnico-economiche tra la concessionaria e la società subentrante appare persino ovvia, dato che anche in base a tali caratteristiche la società divenuta concessionaria è stata ammessa alla procedura di affidamento. Semmai si potrebbe obiettare che più che un'equivalenza con la concessionaria, sarebbe stato preferibile richiedere alla società subentrante di presentare requisiti analoghi a quelli originariamente previsti per essere ammessi alla procedura comparativa; ma il fatto che la regola abbia scelto per l'equivalenza lascia dedurre che il legislatore abbia voluto garantire non solo il rispetto della forma, bensì pure la piena continuità del rapporto.

intenzione di risolvere il contratto per inadempimento della controparte. Con la riforma si è altresì esteso la previsione del diritto di subentro quale rimedio per l'inadempimento contrattuale a qualsiasi contratto di partenariato pubblico privato.

La dottrina⁶² anche in questo caso, come per la fattispecie di cui all'art. 158 si è posta il problema di individuare chi siano i soggetti titolari del diritto di impedire la risoluzione dell'accordo contrattuale, mediante la designazione di un terzo che "subentra" nell'iniziativa. La norma riconosce tale beneficio agli "enti finanziatori del progetto" senza fornire altri elementi per una più precisa individuazione, ma non si parla di creditori come nell'altra norma. Da lì i dubbi sull'attribuzione del c.d. *step in right* ai soli soci finanziatori oppure anche ai finanziatori creditori.

La soluzione che limita lo *step in* ai finanziatori - creditori, pare confortata dall'osservazione che i soci - finanziatori, al di là dello schermo della personalità giuridica, assumono, di fatto, con la stipula del contratto, la veste di concessionari, con il connesso rischio d'impresa. Infatti «essi concorrono, come tutti gli altri soggetti che costituiscono il concessionario, alla condotta che può determinare la risoluzione del rapporto concessorio»⁶³ per cause imputabili al concessionario.

Quali che siano i soggetti titolari di questo diritto, comunque, presupposto per la comunicazione da parte dell'amministrazione della volontà di risolvere il contratto è la conoscenza da parte della stessa degli enti finanziatori. Perciò solo i finanziatori la cui partecipazione all'iniziativa, nella veste di soci finanziatori o di creditori finanziatori sia stata portata a conoscenza dell'amministrazione potranno esercitare tale facoltà⁶⁴.

Dalla descrizione di questa fattispecie emerge che, al di là della medesima terminologia usata dal legislatore, il subentro in oggetto è una figura giuridica diversa da quella disciplinata dall'art. 156 del codice, ove si prevede che la *project company* istituita dopo la gara di aggiudicazione ma prima della stipula della convenzione subentri all'aggiudicatario nel rapporto di concessione con l'amministrazione concedente, sostituendolo in tutte le obbligazioni, senza necessità di un consenso preventivo o successivo dello stesso ente pubblico.

Invece, nell'ipotesi di cui all'art. 159 s'introduce una vicenda circolatoria del contratto concessorio tra l'originario concessionario divenuto inadempiente

⁶² A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., p. 216 e sgg.; P. Fava, *Il project financing nel quadro del PPP dalla prassi contrattuale internazionale alla disciplina positiva nazionale (Legge Merloni e Legge obiettivo): l'analisi degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in G. Cassano (a cura di), *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 717, M. Baldi, *Il project financing*, in R. De Nictolis, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, cit., p. 293

⁶³ M. Baldi, ult. cit., p. 294. In senso conforme A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., p. 222 e M. Zoppolato, *Il project financing*, in D. Tassan Mazzocco - C. Angeletti - S. Bombelli - L. Guffanti - M. Manzi - G. Perulli - E. Ribaldo - A. Sciumè - M. Zoppolato, *Legge Quadro sui lavori pubblici (Merloni Quarter)*, cit., p. 1034-1035

⁶⁴ Rimane, poi, oscuro come operi la norma nell'ipotesi di una pluralità di enti finanziatori che invochino, a loro beneficio, il subentro. Chi può reclamare tale diritto in mancanza di un criterio che sia capace di individuare e fondare una legittima rappresentanza della categoria dei finanziatori? Nelle applicazioni internazionali della tecnica di *project financing*, tale problema è risolto attraverso la previsione negli schemi contrattuali dell'attribuzione del diritto alla designazione del soggetto subentrante ad un *arranger*: con questo termine si indica un ente dotato di particolare capacità tecnica e di notevole forza finanziaria, che assume il compito di coordinare un gruppo di istituti finanziari che sono impegnati a fornire i finanziamenti necessari alla società di progetto. Dinanzi alla prospettiva della risoluzione della concessione, negli schemi contrattuali si prevede che la designazione spetti all'*arranger*, sentito il parere dei suddetti istituti di credito, a cui spesso viene riconosciuto un diritto di veto sul soggetto così individuato. Sul punto v. A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., p. 220 e sgg.

e una nuova società di progetto designata dai finanziatori, alla quale è ceduto il suddetto contratto, previa necessaria accettazione da parte dell'amministrazione concedente.

La previsione non può, però, essere ricostruita in termini di cessione volontaria del contratto, così come disciplinata per la prima volta dal codice del 1942, posto che l'effetto del trasferimento della posizione contrattuale da un contraente ad un altro soggetto, che gli subentra nel rapporto con la controparte, non avviene sulla base dell'accordo tra cedente e cessionario, né con il consenso del contraente ceduto. Piuttosto si verte in un caso di successione legale nel rapporto contrattuale, in cui l'effetto della cessione avviene *ope legis*, quando si siano realizzati i presupposti stabiliti dalla norma, indipendentemente e anche contro l'intento del cedente-concessionario originario.

Di conseguenza, trattandosi di successione legale non sarà applicabile al c.d. "*step in*" la disciplina della cessione del contratto dettata dal codice, in ossequio alla tesi consolidata, secondo cui le singole fattispecie di cessione legale o successione *ex lege*, godendo di una disciplina ad hoc, non sono soggette alle regole degli artt. 1406 - 1410 c.c. se non in via analogica⁶⁵.

Tale ricostruzione non può considerarsi smentita dalla richiesta accettazione della pubblica amministrazione ex art. 159 del subentro nella nuova società di progetto, la quale parrebbe integrare il requisito del consenso del contraente ceduto previsto dall'art. 1406 c.c.⁶⁶

In realtà, anche a voler ricondurre la fattispecie a quelle ipotesi in cui il contributo necessario del ceduto è meno "pesante" ed egli non assume il ruolo di parte del contratto di concessione⁶⁷, tuttavia non potrebbe qualificarsi la fattispecie in termini di cessione convenzionale del contratto, perché mancherebbe alla pubblica amministrazione la libertà di scelta nell'accettare o meno gli effetti della modifica soggettiva del rapporto; infatti, ove si verificassero le condizioni previste dalle lett. a) e b) del primo comma dell'art. 159⁶⁸, l'accettazione dell'ente concedente assumerebbe carattere obbligatorio,

⁶⁵ E. Briganti, *Cessione del contratto (voce)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. VI, 1988, p. 2 e sgg.; G. De Nova, *La cessione del contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, *Obbligazioni e contratti* II, vol. 10, Torino, 1998, p. 650-651; V. Carbone, *La cessione del contratto*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. XIII, tomo 6, Torino, 2000, p. 268; G. Alpa-A. Fusaro, *Cessione del contratto*, in *Dig. disc. Priv. sez. civ.*, vol. II, Torino, 2000, pagg. 338 -347

⁶⁶ La cessione richiede anche la presenza del consenso del soggetto ceduto in quanto subentra nel rapporto un terzo dal quale si attende di ricevere una prestazione che prima era dovuta dal contraente originario. Perciò la persona del terzo cessionario non può essere indifferente al contraente ceduto, in questo caso all'amministrazione. C. Pezzi, *I profili civilistici del project financing*, cit., p. 65 ritiene che il subentro configuri «un'ipotesi di successione a titolo particolare delle posizioni attive o passive derivanti dal rapporto di concessione; indicativa è sul punto la necessità dell'accettazione da parte dell'amministrazione così come prevede in termini generali l'art. 1406, c.c., per ogni ipotesi di successione nel contratto».

⁶⁷ La dottrina riconosce che il consenso del ceduto può avere diversi valori secondo i casi e l'intensità degli effetti sul rapporto. Si ritiene, infatti, che tale consenso può presentarsi come manifestazione di volontà che integra l'accordo sulla cessione - configurandosi in tal caso un contratto trilatero - ma anche come semplice autorizzazione (se data prima) o approvazione (se data dopo), quando la cessione tocchi la posizione del ceduto soltanto nella dimensione soggettiva, mutando la controparte contrattuale ma non il contenuto delle prestazioni dovute.

⁶⁸ Tali presupposti come abbiamo già visto sono la designazione di una nuova società con le caratteristiche tecniche e finanziarie equivalenti a quelle che aveva il concessionario originale, la cessazione dell'inadempimento del precedente concessionario nel termine previsto dalla legge o concesso dall'amministrazione interessata.

non potendo l'amministrazione a propria discrezione negare il subentro della nuova società indicata dai finanziatori⁶⁹.

La conseguenza più rilevante della configurazione del subentro in termini di successione legale nel rapporto concessorio, che opera *ex nunc*, riguarda la sorte dei rapporti assunti dal concessionario: con l'avvicendamento delle società non si estingueranno gli obblighi da questo assunti nei confronti dei finanziatori o dell'amministrazione.

4.1 (segue) Le tipiche garanzie dell'operazione di *project financing* e il diritto di subentro

L'art. 159 del Codice dei Contratti Pubblici, prevedendo a favore dei finanziatori il diritto di subentro nel progetto in tutti i casi in cui si verificano i presupposti della risoluzione del contratto di concessione per motivi imputabili al concessionario, impedendone lo scioglimento mediante la designazione di una nuova società, ha riprodotto a livello legislativo uno degli schemi giuridici affermatosi nella prassi per realizzare la caratteristica del *project financing*, più volte ripetuta, della garanzia principale del rimborso del credito con i flussi di cassa associati al progetto. In tale ottica, i finanziatori per valutare la capacità del progetto di rimborsare l'investimento devono individuare tutti gli elementi che possono influenzare la produzione dei flussi di cassa attesi, riducendoli o ritardandoli.

Ciò non toglie che con questa operazione, diversamente da quanto avviene nelle forme di investimento tradizionali, i finanziatori si fanno carico di una parte del rischio relativo alla mancata produzione dei ricavi preventivati, ossia un rischio tipicamente imprenditoriale. Al fine però di minimizzare l'assunzione di tale rischio, l'operazione di *project financing* viene articolata, come abbiamo visto, in una serie di relazioni giuridiche - che delincono lo scenario economico finanziario di tutto il progetto - con soggetti terzi, i quali si assumono una serie di oneri per evitare o gestire le conseguenze dell'eventuale insuccesso dell'iniziativa. Tale risultato è perseguito, attraverso dei meccanismi contrattuali che impongono loro specifici obblighi, volti a garantire lo sviluppo del progetto e i ricavi della società-veicolo⁷⁰. Queste diverse previsioni, invocate dalle parti quando a seguito di eventi sopravvenuti si crea una discrepanza tra il contratto come atto di volontà delle parti e l'assetto degli interessi maturato nella fase esecutiva, determinano una distribuzione del rischio contrattuale certa e tendenzialmente stabile tra i diversi soggetti coinvolti nell'iniziativa.

Oltre, quindi, all'affidamento sugli utili di cassa attesi al termine del progetto, l'altro elemento che connota tali operazioni è dato dalle "garanzie" rilasciate dalla società di progetto, dai promotori nonché da altri terzi, al fine di ridurre la volatilità economica-finanziaria dell'iniziativa.

⁶⁹ Cfr. M. Protto, *Art. 37 octies (subentro)*, in AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, Commentario diretto da Angeletti, cit., pag. 802; A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit., p. 228-229

⁷⁰ Per un approfondimento sulle diverse ipotesi di rischio e degli specifici strumenti di allocazione e copertura A. Bianconi, *Il finanziamento delle grandi opere*, in *I Contratti*, 1995, fasc. 3, p. 337 e ss.; G. Imperatori, *La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 2003, p. 327; A. Germani, *L'evoluzione del P.F.: ora i nodi sono la ripartizione dei rischi e le garanzie volute dalle banche*, in *Edilizia e territorio*. Sole24ore, 2006, fasc. 10, pag. 12, il quale afferma: «l'elemento del rischio per il privato è inserito in maniera organica nel concetto di concessione di costruzione e gestione, di cui il *project financing* è un caso di specie. Tale aspetto impone che sia l'ente pubblico concedente che il privato concessionario si assumano una quota di rischio dell'operazione, secondo la "regola aurea" che si riscontra internazionale, vale a dire allocare un rischio specifico alla parte che è in grado di sostenerlo a costi minori. Viene pertanto definita, nel *risk allocation*, la ripartizione dei rischi dell'operazione tra le due parti».

Premettendo che qui il termine “garanzie” è utilizzato in senso atecnico per indicare tutti gli strumenti giuridici volti a difendere le sorti del progetto, preservando la sua capacità di ripagare e remunerare il capitale investito, ad un’analisi più approfondita emerge che queste si distinguono in garanzie “contrattuali” e in garanzie reali⁷¹. Le prime consistono in impegni contrattuali volti a responsabilizzare tutti i partecipanti all’operazione perché rispettino gli impegni presi e si assumano il rischio di loro eventuali variazioni quantitative. A queste solitamente si accompagna la concessione di tradizionali garanzie reali sui beni strumentali o sulle azioni della società di progetto.

Tuttavia, la funzione a cui sono asserviti tali diritti è del tutto peculiare.

Diversamente da quanto avviene nei crediti ordinari, nei quali la garanzia assume una rilevanza solo per il suo valore patrimoniale, in un’ottica di mero realizzo per il caso di insolvenza del debitore, nella nostra figura il ricorso alle garanzie reali, ove siano accese su beni strumentali, serve per evitare che terzi possano aggredire gli stessi impedendo alla società di continuare il progetto; mentre nell’ipotesi che sia costituita sulle azioni della società serve ai finanziatori ad “impadronirsi” del progetto a rischio di *default*. In altri termini, nella prassi degli affari emerge che, in entrambe le ipotesi viste, le garanzie rilasciate dalla *project company* svolgono una funzione peculiare: «esse assumono un ruolo eminentemente difensivo del progetto, costituendo lo strumento attraverso cui i finanziatori si assicurano il controllo del progetto e la possibilità di farne continuare la gestione, in caso di inadempimento della *project company*»⁷². Quindi esse rispondono, non tanto all’interesse dei finanziatori all’escussione dei beni dati in pegno, il cui valore è normalmente irrisorio rispetto all’entità del finanziamento erogato alla società di progetto, quanto all’interesse alla gestione dell’unità economica quale fonte dei flussi di cassa per restituire il prestito.

Alla luce di queste caratteristiche appare evidente che, nel modello privatistico del *project financing* consegnatoci dalla prassi, anche il meccanismo dello *step in*, come le altre “garanzie contrattuali”, è preordinato a difendere le ragioni dei finanziatori perché impedisce lo scioglimento del contratto e permette la continuazione della gestione del progetto da parte di un altro soggetto.

Ebbene, se questo è il fondamentale ruolo delle garanzie e, tra queste, dello “*step in right*”, all’art. 159 deve essere riconosciuto un ruolo davvero rilevante. Ciò a maggior ragione ove si consideri che, vigendo nel nostro ordinamento il principio generale dell’inceditibilità ed immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici⁷³, in sua mancan-

⁷¹ Rilevano la presenza nelle operazioni di *project financing* di diverse tipologia di garanzie, come i c.d. contratti autonomi di garanzia e le garanzie indirette e negative. C. Salvato, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in U. Draetta (a cura di), *Il project financing*, Milano, 1997, p. 55; G. Imperatori, *op. cit.*, pp. 43-44; M. Lobbuono, *Project financing e garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 102 ss.; Id., *Le garanzie nel project financing*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 127 e ss.; C. Montella, *Rischi e garanzie nelle operazioni di “project financing”*, in *Diritto e pratica delle società*, 2005, fasc. 8-9, pp. 24 – 25; In particolare, Lobbuono individua nella prassi contrattuale il ricorso all’impegno della società di progetto a non costituire, senza il consenso del finanziatore, garanzie reali in favore di terzi, ovvero nel caso di inadempimento di tale obbligo, a riconoscere al primo ulteriori garanzie specifiche aventi pari grado di prelazione: tutti questi strumenti in sostanza appaiono accomunati dal fatto che rappresentano obbligazioni finalizzate a mantenere il più possibile salda la garanzia patrimoniale generica, attraverso l’assunzione di obblighi contrattuali di comportamento.

⁷² A. Tullio, *cit.*, p. 217

⁷³ V. a tal proposito l’art. 118 codice degli appalti che dispone che i soggetti affidatari dei contratti sono tenuti a seguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture nei contratti; dispone altresì che il contrat-

za non si sarebbe potuta introdurre, in via interpretativa o convenzionale, una forma di successione nel contratto di concessione, funzionale alla conservazione del contratto, seppur modificato sul piano soggettivo. Ciò avrebbe significato minore stabilità del contratto di concessione, minore possibilità di controllo dell'iniziativa per i finanziatori, minore "garanzia" di restituzione del finanziamento e quindi minori possibilità di rendere concretamente attuabile nell'ambito dei lavori pubblici la figura del *project financing*.

Tuttavia, sebbene questa disposizione risponda alla stessa esigenza di tutela del credito dei finanziatori che si rinviene nei progetti tra privati, essa risulta, nel contesto legislativo nel quale è inserita, posto a protezione anche e soprattutto dell'interesse dell'ente pubblico a che sia continuata la costruzione e la gestione dell'opera oggetto della concessione⁷⁴. La continuazione del progetto, se permette ai finanziatori di ottenere soddisfazione dei propri crediti, contemporaneamente risponde all'interesse della pubblica amministrazione ad ottenere l'infrastruttura senza o con minimo esborso di denaro pubblico.

Anche dalla lettura di questa norma emerge, quindi, quel rapporto tra interesse pubblico e interesse privato che abbiamo visto rappresentare il fondamento della disciplina della revoca e della risoluzione per inadempimento della pubblica amministrazione. E ancora una volta risulta che lo strumento giuridico introdotto dal legislatore tutela l'interesse dei privati, in particolare dei finanziatori, nella misura in cui questo è condizione del perseguimento dell'interesse pubblico.

In questa logica, l'attribuzione ai finanziatori del poter di indurre la modifica soggettiva della concessione deve essere considerata la reazione dell'ordinamento, con il riconoscimento di un appropriato rimedio, al verificarsi di una circostanza (inadempimento del concessionario) che in vario modo impedisce al contratto, o meglio al sistema dei contratti in esame, di realizzare l'unitaria operazione economica sottostante, perché a causa di tale evento, gli effetti che la convenzione potrebbe produrre non corrispondono, per qualità o per quantità, alle aspettative e alle proiezioni originarie. Perciò l'attribuzione di questo rimedio è segno rilevatore dell'assetto di interessi e contemporaneamente strumento di difesa o di ripristino dello stesso.

5. La revisione del contratto di concessione in conseguenza del "factum principis".

Restando nell'ottica degli eventi che possono incidere sul rapporto contrattuale nel corso della sua durata e dei relativi rimedi sinallagmatici, si tratta di vedere quali siano gli strumenti prospettabili per la gestione delle sopravvenienze.

Va premesso che a tal fine vengono in rilievo anche le disposizioni che non sono espressamente previste per il *project financing*⁷⁵, ma per la concessione di costruzione e gestione⁷⁶, in quanto la finanza di progetto, come riconosce l'art. 153, è incardinata su

to non può essere ceduto, salvo quanto previsti dall'art. 116, in tema di cessione di azienda, trasformazione, fusione e scissione dei soggetti esecutori.

⁷⁴ In senso parzialmente diverso M. Baldi, *Il project financing*, cit., p. 295 per il quale «la norma trova la sua ragione giustificatrice non tanto nell'esigenza di tutela del credito in sé, ma in quella di pubblico interesse di assicurare comunque l'esecuzione dell'opera o la gestione del servizio, con un diverso soggetto che dia maggiore affidabilità anche sotto il profilo finanziario».

⁷⁵ Parte seconda, titolo terzo, Capo terzo.

⁷⁶ Parte seconda, titolo terzo, Capo secondo

un vero e proprio contratto di concessione, salvo distinguersi per alcuni aspetti peculiari, primo fra tutti, la promozione dell'opera da parte del soggetto privato. A queste devono poi aggiungersi gli strumenti giuridici previsti per l'esecuzione di tutti i contratti della pubblica amministrazione. Infine, nelle ipotesi che non trovano una soluzione giuridica nel dettato del Codice degli Appalti Pubblici, deve valutarsi la possibilità di applicare i rimedi previsti dal diritto civile.

Ciò posto, il discorso deve prendere le mosse dall'osservazione che la concessione nel *project financing* assume la durata resa necessaria per il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti del concessionario. Infatti, la durata della concessione, normalmente fissata nel limite massimo di trent'anni, può essere estesa per consentire il perseguimento dell'equilibrio economico e finanziario degli investimenti effettuati⁷⁷. Da qui, lo stretto legame tra concessione e piano economico finanziario, il quale indica le condizioni per il raggiungimento e la conservazione dell'assetto che consente il successo del progetto⁷⁸. Risulta perciò evidente che la conoscenza del piano economico è fondamentale, oltre che nella valutazione dell'investitore sulla valenza del progetto, in quella della stessa amministrazione sulla fissazione del termine di durata e sulla corresponsione di un prezzo al concessionario, per ripristinare un giusto rapporto tra costi e ricavi del progetto⁷⁹.

Ebbene, il legislatore mostra di essere consapevole della centralità del piano economico finanziario e dell'aspetto della conservazione dell'equilibrio lì descritto, stabilendo che le condizioni di base e gli elementi posti a fondamento dello sviluppo del progetto, e quindi del piano economico, fanno parte del contenuto del contratto di concessione⁸⁰. Di conseguenza questi non possono essere considerati delle situazioni di fatto o di diritto esterne al contratto ma come circostanze inerenti al contenuto contrattuale. Perciò, la loro modificazione determina una variazione del rapporto concessorio in corso di esecuzione. Ora, considerato che tale contratto è pensato per durare nel tempo, i rimedi che risultano più idonei a realizzare tale obiettivo, quando si sia verificata

⁷⁷ La durata della concessione originariamente fissata nel limite massimo di trent'anni, a seguito delle modifiche di cui alla L. 166 del 2002, può assumere un'estensione maggiore ai fini del perseguimento dell'equilibrio economico finanziario, tenuto conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo e dei rischi connessi alle condizioni di mercato.

⁷⁸ Il piano economico finanziario è stato definito efficacemente dalla Autorità per la Vigilanza sui Lavori pubblici, con l'atto di regolazione 18 luglio 2000, n. 34 quale «insieme degli studi e delle analisi che consentono una valutazione preventiva della fattibilità finanziaria del progetto e il disegno di una ipotesi di modalità di reperimento dei fondi necessari per il sostegno dell'iniziativa stessa». È finalizzato, perciò, ad una ragionevole individuazione dei profili di rischio dell'operazione nonché delle modalità temporali di attuazione nella prospettiva della sua efficiente proponibilità al mercato dei finanziatori. Con tale strumento «viene valutata la sussistenza dell'equilibrio dell'investimento sotto il duplice profilo economico e finanziario, cioè sia con riguardo ai ricavi che si attendono mediante l'applicazione delle tariffe e che devono poter ripagare i costi di realizzazione dell'infrastruttura e di gestione del servizio, sia in relazione alle risorse finanziarie che devono far fronte agli esposti monetari».

⁷⁹ In questo senso anche M. Baldi, *Il project financing*, cit., pp. 175-176, il quale spiega che «il rapporto tra i due elementi è evidente proprio in relazione al raggiungimento del punto di equilibrio tra costi e ricavi al momento del conseguimento dell'utile, che se spostato in avanti nel tempo, può giustificare una durata oltre il termine trentennale e consentire all'amministrazione di ridurre il contributo necessario per il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario, sulla base degli altri due elementi indicati dalla legge», il rendimento della concessione e il fattore di rischio dipendente dalle caratteristiche del mercato di riferimento.

⁸⁰ La norma (art. 143 co. 8 già art. 19 comma 2bis) letteralmente dispone che «i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante».

tale evenienza appaiono quelli adeguativi dell'originario assetto degli interessi alle nuove condizioni.

Dello stesso avviso sembra essere il legislatore, che ha introdotto espressamente un meccanismo di ripristino del suddetto equilibrio, quando questo sia stato turbato per il verificarsi di fatti che hanno inciso su quelle condizioni e su quei presupposti, mettendone in dubbio l'astratta idoneità a remunerare il capitale investito.

In questo senso, la norma s'inserisce nel percorso di crescente interesse della scienza giuridica per il tema delle sopravvenienze e degli obblighi, legali e convenzionali, di rinegoziazione del contratto. Invero, il tema della revisione è noto al diritto civile⁸¹ e comprende tutti gli strumenti giuridici utili a gestire le sopravvenienze nei contratti di durata o ad esecuzione differita ovvero realizzare l'adeguamento del contratto a fronte dell'incidenza di situazioni impreviste o imprevedibili sull'assetto degli interessi programmato dalle parti al momento della stipula del contratto. Recentemente, però, l'istituto è divenuto oggetto di maggiore approfondimento, anche in conseguenza delle regole affermatesi nell'ordinamento di *commn law* e nei progetti di armonizzazione del diritto civile europeo⁸².

Nel dettaglio, la disposizione in oggetto stabilisce che le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice ai presupposti e alle condizioni di base, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscono nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, allorché determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare anche tramite la proroga del termine di scadenza della concessione.

⁸¹ Sul tema specifico della revisione v. R. Tommasini, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, p. 125; P. Gallo, *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1999, pp. 431-443; A. De Mauro, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000, F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, (Relazione svolta al Convegno su "Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive", Crotone, 24-26 maggio 2001), in *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 1, pt. 1, pag. 63-95

⁸² Il riferimento è alle previsioni in tema di *hardship* contenute nei Principi Unidroit (*Principles of international Commercial Contracts*) e nei Principi di diritto europeo dei contratti, elaborati dalla commissione Lando. Nei primi all'art. 6.2.2. si dà la definizione di *hardship*. Ricorre «l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e: gli eventi si verificano o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata». La disciplina è completata con la regolamentazione degli effetti dell'*hardship* «in caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. La richiesta di rinegoziazione non dà di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. Il giudice se accerta il ricorrere di un'ipotesi di *hardship*, può, ove il caso, a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure b) modificare il contratto al fine di ripristinare l'originario equilibrio».

Seguono grosso modo questa linea i Principi Lando, i quali precisano che le parti hanno l'obbligo di avviare trattative allo scopo di modificare il contratto ovvero di porvi termine (art. 6:111, n. 2) e, per il caso di mancato accordo, prevedono l'intervento del giudice che eventualmente modifichi il contratto «in modo che le perdite e i profitti derivanti dal mutamento delle circostanze vengano distribuiti equamente tra le parti» (art. 6:111, n. 3). Va in fine segnalato che i Principi Lando prevedono un comma di chiusura, in cui si consente al giudice di condannare al risarcimento dei danni cagionati dal rifiuto di una parte di avviare le trattative o dalla loro rottura in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza.

Pertanto, la norma ha individuato nell'esercizio del c.d. *jus variandi*⁸³ da parte dell'amministrazione concedente e nel c.d. *factum principis*, i presupposti della revisione del contratto.

La norma è piuttosto generica in merito all'entità della variazione delle condizioni della concessione, idonea a generare il diritto alla revisione. Nel silenzio della norma, alla luce del superiore interesse pubblico alla conservazione del progetto, dovrebbe sostenersi, che il diritto alla revisione ed eventualmente al recesso non possa essere attribuito al concessionario in conseguenza di una variazione lieve degli equilibri originali. Questa soluzione troverebbe conferma in quanto espressamente stabilito in tema di modificazioni sopravvenute di alcuni contratti di durata⁸⁴. A tal fine, devono essere assunti, quali parametri di riferimento, i valori economici di partenza e la sostenibilità economica finanziaria risultante dal piano economico – finanziario, per cui non sarebbe sufficiente fare generico riferimento alle difficoltà incontrate dall'impresa⁸⁵.

Principalmente, la revisione consisterà nella modifica degli aspetti economici originariamente posti a fondamento dell'affidamento della concessione oppure si risolverà nella proroga del termine di scadenza della concessione in modo che con l'allungamento dei termini di gestione si riesca a stabilire un nuovo equilibrio contrattuale. In caso di rottura dell'equilibrio, perciò, le parti dovranno cercare di apportare al contratto queste modifiche, prima di ricorrere a qualsiasi altro rimedio. La disposizione, infatti, non sembra configurare la revisione della concessione come una mera facoltà. Tanto è vero che in caso di mancata revisione è riconosciuto al concessionario il diritto di recesso dal contratto.

In caso di rifiuto dell'amministrazione di procedere alla revisione oppure nell'ipotesi in cui a seguito della procedura di revisione, non si raggiunga un accordo tra le parti sulle nuove condizioni dell'affidamento, infatti, l'art. 143 comma 8 penultimo periodo (già art. 19 comma 2bis), attribuisce al concessionario il diritto di recedere dal rapporto. Da ciò si deduce che, verificatosi uno squilibrio del piano economico, per effetto delle due cause previste dalla legge, la revisione del contratto deve essere concordemente esercitata dalle parti, le quali, però, sono sì tenute a rinegoziare le condizioni contrattuali ma non a raggiungere un nuovo accordo. Infatti, in difetto di accordo il contratto si scioglierà, a seguito dell'esercizio del diritto di recesso da parte del concessionario, non lasciando la norma spazio per un eventuale intervento coattivo di adeguamento del contratto da parte dell'ente pubblico⁸⁶. La posizione dell'amministrazione, in questo caso non è, infatti, di potere auto-

⁸³ Per una definizione dell'istituto dello *jus variandi* nel diritto civile v. S. Savini, *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. econ. assic.*, 1999, p. 215; L. Nivarra, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, II, p. 463, C. Iurilli, *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello "ius variandi" nei contratti del consumatore*, in *Giur. it.*, 2001, fasc. 3, p. 652-659

⁸⁴ Si pensi alla normativa dettata per il contratto di affitto, secondo cui (art. 1623 c.c.) la modificazione del rapporto contrattuale dovuta a disposizioni di legge o di un provvedimento d'autorità deve essere "notevole" perché possa essere chiesta la variazione del fitto; o ancora alla disciplina del contratto d'appalto, secondo cui la revisione del prezzo può essere richiesta qualora la variazione superi un decimo del prezzo complessivo convenuto (1664 c.c.).

⁸⁵ Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. I, 10 agosto 2005, n. 10685, su <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>, la quale sembra escludere che l'amministrazione concedente "possa disinteressarsi di una adeguata verifica della coerenza e della sostenibilità della pianificazione da cui è scaturita l'offerta dell'aggiudicatario".

⁸⁶ La riconosciuta natura contrattuale della concessione induce a ritenere che non si possa configurare, in caso di fallimento delle trattative tra le parti, il potere della pubblica amministrazione di imporre unilateralmente le nuove condizioni di equilibrio. In senso contrario si vede L. Bellagamba, *Aspetti della concessione e del project financing*, in <<http://www.Giustizia-amministrativa.it/>>, n. 02-2001, il quale ritiene che la determinazione delle nuove condizioni di equilibrio abbia natura provvedimentoale.

ritativo ma di obbligo ossia di obbligo *de recontraendo ex lege*, finalizzato ad addivenire ad una modifica dell'accordo per ricostruire l'originario equilibrio sinallagmatico⁸⁷.

Come accennato, secondo tale regola la revisione può scattare soltanto quando lo squilibrio del piano economico finanziario a base del contratto di concessione è l'effetto di due cause specifiche: la variazione dei presupposti e delle condizioni apportate d'autorità dall'amministrazione in quanto titolare di uno *ius variandi*; le modifiche del sistema tariffario o dell'esercizio dell'attività oggetto del contratto di concessione determinate da norme di legge o regolamentati sopravvenute.

Le stesse cause sono le uniche che, avendo determinato variazioni favorevoli al concessionario, legittimano ai sensi dell'art 143, comma 8 ultimo periodo, la revisione del piano economico finanziario a vantaggio dell'amministrazione concedente. Le due fattispecie però non sono esattamente speculari, perchè la legge non dice nulla sulle conseguenze connesse al rifiuto del concessionario di addivenire alla modifica del piano economico, mentre nell'ipotesi di squilibrio a favore dell'ente pubblico abbiamo visto essere espressamente previsto il diritto di recesso del concessionario. Di conseguenza sembrerebbe doversi dedurre che l'amministrazione concedente è vincolata a mantenere invariato il rapporto concessorio, ovvero a procedere ad una revoca della concessione per pubblico interesse ai sensi dell'art. 158.

Infine, va osservato che, la norma considera i casi nei quali scatta l'obbligo legale di rinegoziare come ipotesi tipiche. Il che pone la questione del rilievo di eventi sopravvenuti diversi. In altri termini, si tratta di vedere se ogni ulteriore fatto sopravvenuto, in grado di incidere sull'originario assetto finanziario, possa assumere rilevanza alla stregua delle norme generali sull'esecuzione dei contratti pubblici richiamate dall'art. 152 e, in via residuale, delle regole del diritto dei contratti tra privati⁸⁸.

5.1 (segue) Il piano degli interessi sottostanti alla norma

Come abbiamo già sottolineato, nelle operazioni di *project financing* è necessario analizzare tutte le eventuali variabili e sopravvenienze che, comportando un'alterazione del piano di riparto dei rischi come confezionato al momento della conclusione dei contratti collegati di cui consta l'operazione, attuino uno sbilanciamento dell'operazione con conseguente impossibilità di ripianare il debito contratto e di remunerare il capitale investito. Nell'ambito di queste variabili figura anche l'azione dell'amministrazione che mette in dubbio il successo del progetto. L'effettiva promozione della tecnica del *project financing* dipende molto dal livello di certezza, oltre che delle previsioni contrattuali, anche del quadro normativo nell'ambito del quale gli operatori economici organizzano operazioni di questo tipo.

Di questo rischio sembra essere consapevole il legislatore che espressamente, come abbiamo appena visto, prende in considerazione sia l'ipotesi che l'azione amministra-

⁸⁷ M. Baldi, *Il project financing*, cit., p. 177

⁸⁸ R. Virgilio, *Finanza di progetto nel sistema di realizzazione dei lavori pubblici*, in G. Morbidelli (a cura di), *La finanza di progetto*, cit., pp. 36 - 37, il quale chiarisce che «la fattispecie è subordinata alla sopravvenienza di variazioni effettivamente imputabili alla mano pubblica e non già, ad esempio, ad errori, dovuti al concessionario, nelle stime della possibile utenza. Di converso, la PA non potrà impedire il recesso del concessionario con un'offerta di riequilibrio puramente simbolica o comunque sproporzionata rispetto alle variazioni verificatesi». Tra gli altri A. Tullio, *La concessione di costruzione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di project finance*, in *Finanza di progetto: problemi e prospettive*, pubblicazione della rivista *Economia e diritto del terziario*, 2005, 1, pp. 191-193; Id., *La finanza di progetto*, cit., p. 179.

tiva incida direttamente sui presupposti e le condizioni di base del progetto rientranti nel contenuto del contratto di concessione; sia l'ipotesi della modifica dell'assetto normativo che incida sul piano economico finanziario.

Tale rischio evidentemente non può essere superato attraverso l'eliminazione di quelle che sono le prerogative del legislatore o dell'amministrazione. Non è, infatti, pensabile una rinuncia da parte del legislatore o dell'amministrazione all'esercizio del loro potere legislativo o regolamentare in un certo settore, quando il soggetto pubblico sia divenuto parte dell'operazione di *project financing*.

Per quanto riguarda l'esercizio dello *jus variandi* da parte dell'amministrazione, il discorso è un po' più articolato. La norma riconosce in primo luogo che l'ente pubblico durante l'esecuzione di un rapporto contrattuale di durata, quale la concessione, può modificare il suo giudizio sulla rispondenza dell'opera in costruzione all'interesse pubblico, alla cui soddisfazione è teleologicamente vincolata l'azione amministrativa. Ciò può dipendere da una nuova valutazione dell'interesse originario oppure dal sopravvenire di un nuovo interesse pubblico che cambia il contesto nel quale s'inserisce l'azione amministrativa.

Ciò si traduce nel diritto di modificare unilateralmente il contratto, quale espressione delle caratteristiche dell'attività amministrativa, che richiede per natura, la possibilità di adattare le decisioni amministrative al mutare degli interessi pubblici coinvolti. Il suddetto potere perciò non è conferito quale privilegio dell'amministrazione che contratta, ma quale particolare strumento di tutela dell'interesse pubblico cui risponde l'attività, dinanzi al mutamento dei presupposti che hanno condotto a contrarre. Per cui lo *jus variandi* è riconosciuto a tutela dell'interesse pubblico, che nella fattispecie integra l'interesse prevalente⁸⁹.

Tuttavia, la previsione deve essere letta ed interpretata in collegamento all'obbligo per entrambe le parti di rinegoziare il contenuto dell'accordo e quindi con la possibilità di stabilire un nuovo rapporto tra le loro prestazioni. Pertanto, la revisione del contratto presuppone l'aggravio della posizione contrattuale del concessionario a causa dell'esercizio dello *jus variandi* da parte dell'amministrazione, ed è funzionale all'esigenza di ripristinare l'equilibrio contrattuale, evitando così ad una delle parti il pregiudizio che le sarebbe derivato dalla modifica del contratto.

Così, alla tutela in via prioritaria dell'interesse pubblico per la cui cura è stato conferito lo *jus variandi* si accompagna la tutela dell'interesse del concessionario a non subire un eccessivo pregiudizio per la modifica del piano dell'operazione in corso di esecuzione in conseguenza dell'azione amministrativa. In effetti, questa mancanza inciderebbe sulla redditività dell'opera e sulla capacità della società di progetto di adempiere ai propri debiti, mettendo alla fine a rischio il successo dell'operazione. Attraverso semplici adattamenti potrebbe invece garantirsi la piena realizzazione degli interessi dei soggetti del rapporto o dei titolari di situazioni giuridiche correlate e ricostruire quella corrispettività tra le prestazioni, su cui è fondata la programmazione del *project financing*. La soluzione tra l'altro segue la normale previsione nei rapporti interprivati di cautele e correttivi a fronte del riconoscimento ad una parte del

⁸⁹ Nel senso della ricostruzione dello *jus variandi* dei contratti pubblici come momento di emersione dell'interesse pubblico, L.V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, p. 123 e sgg.; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, p. 190. Ampie trattazioni sul tema in generale si trovano nella manualistica relativa ai contratti pubblici: E. Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 274; A. Massera, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, 2003, p. 1615; Pelino Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 1220

diritto unilaterale di variare il contenuto contrattuale. Infatti, la dottrina civilistica ha sempre guardato allo *jus variandi* con un certo sospetto in quanto si pone in frizione con il principio del consenso e della stabilità del vincolo contrattuale. Questo, infatti, espone la parte che lo subisce al rischio del mutamento del rapporto negoziale, al cui contenuto essa sarebbe vincolata senza aver concorso a determinarlo con il suo consenso.

Si può dire perciò che l'istituto rappresenta uno strumento per garantire una razionale distribuzione fra le parti del rischio delle sopravvenienze, in modo da evitare che una di esse resti eccessivamente sfavorita e l'altra ne tragga un vantaggio superiore a quello originariamente previsto.

La norma in ultima istanza, preferendo ai rimedi ablativi quelli manutentivi che tendono a mantenere in vita il contratto modificando le condizioni originarie, appare rispondere all'interesse di tutte le parti contraenti alla conservazione del contratto piuttosto che al suo scioglimento, quale condizione del completamento del progetto. Senz'altro risponde all'interesse dell'amministrazione alla realizzazione dell'opera e all'erogazione del servizio. Per il privato l'interesse alla conservazione del contratto, piuttosto che allo scioglimento dal vincolo, dipende da valutazioni essenzialmente economiche, che variano da caso a caso secondo i riflessi delle modifiche apportate ai presupposti e alle condizioni di base della concessione.

L'obbligo legale di revisione del contratto previsto dal suddetto articolo, se valutato considerando il contesto normativo all'interno del quale è inserito, mette in evidenza quella commistione di interessi pubblici e privati che abbiamo visto connotare il contratto di concessione di costruzione e gestione e, quindi, permette di comprendere la *ratio* di una certa distribuzione dei rischi connessi all'operazione.

A ciò va aggiunto che come nel caso della disciplina della risoluzione per inadempimento e del recesso, anche quella della revisione della concessione per *factum principis* si pone come espressione della funzione del *project financing* nel suo complesso, cioè quella di realizzare un'opera pubblica in grado di rimborsare il finanziamento erogato con i flussi di cassa derivanti dalla sua gestione, attraverso un sistema di ripartizione dei rischi tra i vari soggetti.

6. L'esercizio dello *jus variandi* da parte della pubblica amministrazione

La previsione del rimedio della revisione del contratto di concessione a seguito dell'esercizio da parte dell'amministrazione del potere di modificare unilateralmente le condizioni poste a base del piano economico finanziario per essere completamente spiegata, necessita di essere confrontata e inquadrata nell'ambito della disciplina dello *jus variandi* prevista in generale per i contratti della pubblica amministrazione. Disciplina che, si ricordi, è applicabile anche alla figura del *project financing* in virtù del rinvio di cui all'art. 152 del codice, salvo la ricostruzione del rapporto tra quella e l'art. 143 in termini di genere a specie, per cui troverebbe esclusivamente applicazione nel caso di esercizio dello *jus variandi* la disciplina prevista specificatamente per il contratto di concessione.

All'amministrazione appaltante è riconosciuto il potere di modificare, in corso di esecuzione, l'opera, sia dal punto di vista quantitativo che da quello qualitativo. A fronte di questo potere, la posizione dell'appaltatore è di mera soggezione non potendosi rifiutare di eseguire le modificazioni, purché le stesse siano contenute in precisi limiti e rispondano a determinate formalità.

Quando si parla di varianti si intendono le modificazioni del progetto esecutivo, ritenute necessarie in corso di realizzazione per una migliore funzionalità dell'opera. Le stesse si distinguono per attenersi al piano progettuale dell'opera⁹⁰.

Nella Legge Quadro e ora nel Codice dei Contratti (art. 132), le varianti sono consentite in casi tassativi e sono sottoposte a drastici vincoli di azione. Le variazioni possono essere, infatti, introdotte in seguito a: a) sopravvenienze normative; b) cause imprevedute o imprevedibili accertate o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare senza aumento di costo, significativi miglioramenti della qualità dell'opera; c) eventi inerenti alla specificità dei beni oggetto di intervento; d) sorpresa geologica e d) errori di progettazione.

Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione varianti in aumento o in diminuzione finalizzate al miglioramento dell'opera e della sua funzionalità, sempre che non determinino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento non può superare il 5% e deve trovare copertura nella somma stanziata (art. 132, comma 3, seconda parte).

Ad una lettura un po' più approfondita delle diverse cause delle varianti indicate dalla legge appare che, in realtà, i casi in cui le stesse sono ammesse non sono così ristretti e precisi. Va segnalato, *in primis*, l'accoglimento di un'eccezione particolarmente ampia di clausola di forza maggiore che non consente la realizzazione dell'opera per come era stata progettata, tale da ricomprendere non solo gli avvenimenti esterni, inevitabili ed irresistibili, ma anche quelli di qualsiasi genere, purché non prevedibili⁹¹. L'estensione dei casi in cui è ammessa la variante è ulteriormente ampliata con la lettera b) della norma, che si pone in logica continuità con la precedente. Quella, infatti, stabilisce la possibilità di modificare il progetto dopo l'inizio dei lavori, quando si scopra che l'intervento danneggerebbe la natura e la specialità del bene in oggetto, anche quando l'evento non sia imprevedibile. Ciò, appunto, si spiega con la volontà di tutelare in modo prioritario la natura e la specialità di alcuni beni (beni di interesse naturale, artistico, archeologico, ecc.) coinvolti nel progetto.

Parimenti, anche il rinvio della lettera d) all'art. 1664 comma 2 del codice civile può essere interpretato in senso estensivo, considerando che comunemente la norma viene interpretata non come contenente un elenco di ipotesi tassative ma come riferita a tutte le cause naturali che siano suscettibili di interferire con la realizzazione dell'opera, in modo da rendere la prestazione dell'appaltatore eccessivamente più onerosa⁹². Si connota, in-

⁹⁰ In questo senso Pelino Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 1220 e sgg. Della stessa opinione risultano essere: E. Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 277 e sgg.; R. Francaviglia, *L'esecuzione*, in G. Cassano (a cura di), *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 247 e sgg. Per una precisazione circa l'oggetto delle varianti e la loro inerenza al piano progettuale dell'opera v. Cass., 19 maggio 1972, n. 1531, nella quale si precisa che per potersi parlare di varianti vere e proprie, è necessario che ci si mantenga nei limiti dell'oggetto del contratto, con la conseguenza che i lavori aggiunti all'opera originaria, che non ne costituiscono un naturale completamento o sviluppo, ma formano un'opera a sé stante o comportano radicali modifiche, non possono considerarsi lavori suppletivi ma extracontrattuali.

⁹¹ Sottolinea la maggiore ampiezza della previsione nel nuovo codice, rispetto alla precedente norma S. Pelino, *Manuale dei contratti pubblici*, cit., p. 1222; in giurisprudenza Cass., 11 aprile 2002, n. 5135 sulle cause non previste ed imprevedibili e la diligenza richiesta all'ente appaltante nella valutazione originaria del progetto.

⁹² Per chiarire, la norma deve essere interpretata nel senso che rientrano nel suo ambito di applicazione tutte le cause naturali di difficoltà di esecuzione del contratto anche non espressamente menzionate nella nor-

vece, in senso inverso la previsione dell'errore di progettazione, perché con gli ultimi interventi legislativi questo risulta opportunamente delimitato al caso di inadeguata valutazione dello stato di fatto, di mancata o erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, di mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici, di violazione di norme di diligenza professionale nell'elaborazione dei progetti⁹³.

Nonostante l'intervento legislativo, la disposizione risulta incompleta nel suo nuovo tenore e perciò occorre integrarla con l'art. 342 della legge 2248 del 1865, rimasta in vigore che, quale regola generale, pone l'obbligo dell'impresa di assoggettarsi all'esecuzione delle varianti fino alla concorrenza del quinto del prezzo d'appalto alle stesse condizioni del contratto, senza che alcun ulteriore corrispettivo sia dovuto all'appaltatore⁹⁴. Se, invece, la richiesta variazione quantitativa supera la misura di un quinto dell'importo dei lavori, si riconosce all'appaltatore il diritto di liberarsi dal vincolo contrattuale perché può chiedere la risoluzione del contratto, con necessità dell'amministrazione di provvedere al pagamento di quanto effettuato e dell'eventuale risarcimento del danno⁹⁵. L'obbligo di risoluzione del contratto, in caso di varianti esorbitanti il quinto percentuale, è contemplato esclusivamente per l'ipotesi di modifica determinata da errore progettuale.

Nel caso, poi, che l'appaltatore accetti di eseguire variazioni quantitative superiori ad un quinto, la modifica va intesa come nuovo accordo contrattuale fra le parti ed essa sarà valida con l'accettazione esplicita o implicita dell'appaltatore⁹⁶.

ma, mentre sono escluse quelle riconducibili ad altri tipi, quali per esempio i fatti umani. In questo senso Cass., 28 marzo 2001, n. 4463, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 605 e in *I Contratti*, 2001, p. 1134, la quale afferma che «l'appaltatore ha diritto ad equo compenso a ristoro delle difficoltà incontrate nell'esecuzione dell'opera, a riguardo alle sole ipotesi di difficoltà sopravvenute derivanti da cause geologiche, idriche e simili (vale a dire a cause naturali) e non si estende ad altre e diverse cause oggettive di difficoltà sopravvenuta quali i fatti umani sebbene rivelatisi idonee a produrre effetti identici o analoghi alle cause naturali». Secondo Cass., 27 aprile 1993, n. 495 in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, p. 764 l'aggettivo «simili» contenuto nella norma per indicare gli altri casi di applicazione della norma deve essere interpretato come riferito soltanto alle altre cause che presentino le stesse qualità e caratteristiche di quelle precedenti («geologiche, idriche») e non anche le sopravvenienze di tipo diverso dalle cause naturali.

⁹³ A norma del comma 2 dell'art. 132 la responsabilità per i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa di errori od omissioni di progettazione deve essere attribuita ai titolari degli incarichi di progettazione, mentre dei ritardi e dei relativi maggiori oneri gravanti sull'amministrazione a causa di errori di progettazione risponde l'appaltatore, quando il progetto esecutivo è incluso nell'appalto.

⁹⁴ L'art. 10 comma 2 del Cap. Gen. OO.PP. chiarisce che «Per le sole ipotesi previste dall'art. 25, comma 1, della legge, la stazione appaltante durante l'esecuzione dell'appalto può ordinare una variazione dei lavori fino alla concorrenza di un quinto dell'importo dell'appalto, e l'appaltatore è tenuto ad eseguire i lavori, come modificati, agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario, salva l'eventuale applicazione dell'art. 134, comma 6, e 136 del regolamento, e non ha diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo ai nuovi lavori». Tuttavia, la giurisprudenza prevalente ha ritenuto che l'appaltatore possa chiedere particolari compensi o indennità ove le variazioni introdotte non possano ritenersi comprese nella struttura originaria del contratto, ma facciano gravare sull'appaltatore un più grave onere rispetto a quello che in base a criteri di ragionevolezza fosse stato assunto dallo stesso al momento della stipula del negozio.

⁹⁵ Secondo il comma 5 dell'art. 132 del codice, la risoluzione per varianti oltre il quinto dà diritto al pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utilizzati e del 10% dei lavori non eseguiti fino ai quattro quinti dell'importo del contratto.

⁹⁶ L'art. 10 comma 3 del Cap. Gen. OO.PP. stabilisce la procedura da seguire in questa ipotesi. «Se la variante, nei casi previsti dal comma 2, supera tale limite il responsabile del procedimento ne dà comunicazione all'appaltatore che, nel termine di dieci giorni dal suo ricevimento, deve dichiarare per iscritto se intende accettare la prosecuzione dei lavori e a quali condizioni; nei quarantacinque giorni successivi al ricevimento della dichiarazione la stazione appaltante deve comunicare all'appaltatore le proprie determinazioni. qualora l'appaltatore non dia alcuna risposta alla comunicazione del responsabile del procedimento si intende manifestata la volontà di accettare la variante agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario.

Nel suo complesso la disciplina pubblicistica non si differenzia molto da quella privatistica che distingue tra varianti concordate (art. 1659 c.c.), variazioni necessarie (1660 c.c.), e variazioni ordinarie (1661). In particolare, la posizione dell'amministrazione, a ben vedere, è molto simile a quella del committente privato descritta dall'art. 1661 in termini di diritto potestativo, in quanto all'appaltatore sono riservati gli stessi diritti di matrice privatistica (corrispettivo al prezzo di contratto, diritto alla risoluzione)⁹⁷. Perciò le prerogative riconosciute al committente non dipendono dalla sua natura pubblicistica, ma si fondano sull'interesse del committente, presente in entrambe le ipotesi, ad ottenere l'esatta prestazione prevista; a cui si aggiunge nell'appalto pubblico la ragione dell'inerenza della progettazione all'interesse pubblico di cui è portatrice la pubblica amministrazione.

Le due ipotesi si distinguono in verità per la misura dello *jus variandi* che, mentre nel contratto di appalto di diritto privato è fissata in un sesto del prezzo complessivo, nell'art. 132 si ferma ad un quinto; a questo va aggiunto il diverso limite che incontra il potere del committente di disporre modifiche unilaterali, quando queste comunque siano inferiori alle suddette percentuali⁹⁸. Certo è che, pur lieve, la differenza è sintomatica di una preminente tutela dell'interesse pubblico rispetto a quello privato.

Tuttavia a contemperamento di questa maggiore estensione delle prerogative dell'ente, va rilevato che il diritto dell'appaltatore privato a norma dell'art. 1661 del codice civile è utilizzabile molto più liberamente, perché si fonda sulla mera volontà del committente e non sono previste ipotesi tassative.

Esaminato il contenuto delle due norme che direttamente o più implicitamente intervengono sul tema dello *jus variandi* dell'amministrazione, si può adesso tentare di ricostruire i loro reciproci rapporti e quindi il margine di applicazione di entrambi alla fattispecie del *project financing*.

La norma di cui all'art. 143 ha contenuto, se si vuole, più generico, nel momento in cui si riferisce alle alterazioni di tutti i presupposti su cui si basa l'equilibrio del progetto, mentre le modifiche di cui all'art. 132 ineriscono al piano progettuale dell'operazione.

Tuttavia, come abbiamo già accennato, l'art. 143 presuppone una circostanza specifica, ossia che i fatti o gli atti giuridici incidano sul contenuto del contratto apportando modifiche alle condizioni e ai presupposti del piano economico e finanziario. Rimangono escluse, pertanto, tutte quelle varianti che non incidono sull'equilibrio economico e finanziario dell'operazione.

Ciò premesso, dato che normalmente le varianti sono in grado di alterare il rapporto tra costi e ricavi come originariamente stabilito⁹⁹, s'intuisce che la disciplina genera-

Se la stazione appaltante non comunica le proprie determinazioni nel termine fissato, si intendono accettate le condizioni avanzate dall'appaltatore». La ricostruzione non pone problemi nel diritto privato; in diritto pubblico sorgono alcune perplessità perché sostanzialmente si finisce per aggiudicare un diverso contratto di opera pubblica, senza lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica.

⁹⁷ Cfr. E. Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit. p. 288

⁹⁸ Il potere del committente privato entro il suddetto limite cessa quando le modifiche richieste sono notevoli. Nella normativa speciale invece lo *jus variandi* dell'amministrazione si può estendere fino al limite delle modifiche che mutino essenzialmente le opere ovvero che incidano sull'essenza del lavoro. L'art. 10 comma 6 si apre richiamando il divieto di modifiche essenziali («Ferma l'impossibilità di introdurre modifiche essenziali alla natura dei lavori oggetto dell'appalto»). Perciò tale potere comprende la possibilità di imporre anche variazioni notevoli purché inerenti all'interesse pubblico al cui soddisfacimento l'opera è destinata.

⁹⁹ A titolo di esempio si consideri il caso in cui, per ragioni di interesse pubblico sia modificato il progetto di un parcheggio realizzato in *project financing*, eliminando uno dei piani dello stesso. Ciò evidentemente inciderebbe sui ricavi dell'opera commisurati al numero di utenti che pagano il ticket per la sosta e quindi alla capienza del parcheggio.

le di cui all'art. 132 avrà un'applicazione residuale a fronte della regola speciale prevista in tema di concessione.

Siffatta composizione delle norme, in effetti, appare la più compatibile e la più funzionale alle caratteristiche del *project financing*, le quali rendono ragione della previsione di rimedi speciali, per i casi in cui le modifiche incidano sull'equilibrio economico e finanziario della concessione di costruzione e gestione. Se, infatti, da un lato l'applicazione della regola generale, prevedendo a favore dell'appaltatore la corresponsione del prezzo per la prestazione ulteriore, richiesta dalla modifica del progetto, riuscirebbe a garantire il rapporto di scambio insito nel contratto, dall'altro, però non potrebbe evitare le ripercussioni negative sulla redditività dell'intero progetto per la realizzazione di un'opera parzialmente diversa. Altrettanto pregiudizievole per la tenuta del progetto risulta l'attribuzione al concessionario del diritto alla risoluzione del contratto, quando la variante superi il quinto del valore.

In conclusione, la regola affermata per tutti i contratti di lavori pubblici appare non pienamente conforme all'esigenza di certezza e di stabilità delle operazioni di *project financing*, in cui i flussi di cassa preventivati sulla base delle caratteristiche del progetto, sono la fonte principale del rimborso del finanziamento.

Invece la disciplina speciale, che prevede l'obbligo della revisione del contratto e solo in via residuale il recesso, è compatibile con la peculiare struttura del *project financing* ed in particolare con l'esigenza di mantenere e di ripristinare, ove venga alterato, l'equilibrio economico e finanziario del progetto, faticosamente costruito attraverso un'intensa attività di contrattazione.

Ancora una volta per questa figura particolare è prevista una regola in deroga alla disciplina generale, la cui specialità trova giustificazione nella tutela dell'interesse del contraente privato a conservare il contratto ed a percepire il flusso di denaro preventivato per il rimborso del finanziamento. Da tale circostanza dipende il successo del progetto e quindi, in ultima istanza, anche la soddisfazione dell'interesse generale alla conclusione dell'opera pubblica.

7. Il rapporto tra interesse pubblico e interessi privati alla luce degli speciali rimedi introdotti dal legislatore

L'analisi della struttura e della disciplina dell'operazione di *project financing* crediamo abbia lasciato emergere diversi momenti nei quali si è rivelata la peculiare relazione tra interesse pubblico e interesse privato nella fattispecie. Si è partiti dalla ricerca nella fase di negoziazione dei segnali di emersione della presenza dell'interesse pubblico e dell'interesse privato e dell'incidenza del loro rapporto sulla disciplina di quella fase.

N'è emerso, in primo luogo, un'articolazione della procedura quale portato della volontà legislativa di contemperare le modalità di instaurazione dei rapporti di partenariato pubblico privato, caratterizzate secondo il diritto comunitario da elementi di negoziazione diretta e reciproca con i privati, con i principi dell'evidenza pubblica (appalto concorso, gara ristretta, gara negoziata) che trovano applicazione in genere nei contratti di appalto di lavori pubblici.

In secondo luogo, si sono rilevati alcuni elementi di diversità nella modalità di determinazione del contenuto contrattuale, rispetto a quanto accade negli altri contratti pubblici, scoprendo, poi, che tali differenze sono legate al ruolo che rivestono interesse privato e interesse pubblico nel progetto, e in particolare alla maggiore rilevanza che assume il primo, nella fase maggiormente dedicata alla tutela dell'interesse pubblico.

Abbiamo visto, infatti, che la disciplina del *project financing* consente un intenso dialogo tra amministrazione e privati sulla convenzione da adottare prima della scelta del contraente, per cui le parti, potendo trattare, mantengono una maggiore autonomia nella determinazione dell'assetto negoziale. Pertanto, il contenuto contrattuale non è disposto unilateralmente dall'amministrazione, ma è il frutto delle trattative tra ente e promotori per creare un assetto in grado rispondente alle attese di tutti i partecipanti. Ne discende la maggiore incidenza su tale assetto dell'interesse del privato, cui è attribuito un più ampio potere di negoziazione.

Da questi elementi si è dedotto che la particolare scansione della procedura di *project financing* è preordinata al confronto, per stabilire un assetto contrattuale che tenga insieme interesse pubblico all'incremento delle infrastrutture nel paese e fine di lucro, e che rifletta, sul piano strettamente tecnico, il rapporto di collaborazione tra pubblico e privato, integrante l'essenza della finanza di progetto.

Ma quest'aspetto di fondo si è rivelato in tutta la sua pregnanza soprattutto nel regime giuridico della fase esecutiva del rapporto di finanza di progetto, ossia nella fase in cui, secondo l'insegnamento tradizionale, il rapporto tra i contraenti può essere ricostruito in termini di parità e collaborazione, e più profonda è l'equiparazione tra contratti pubblici e contratti privati.

Particolare dimostrazione di questo dialogo tra interesse pubblico e interesse privato nella figura hanno fornito le norme di cui all'art. 158 e 159 in tema di risoluzione e revoca della concessione, le quali prevedono meccanismi giuridici diversi da quelli contemplati per i contratti di scambio tra soggetti imprenditoriali ma anche da quelli per gli accordi pubblicistici di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo e per i contratti di appalto pubblico.

L'unitario e peculiare assetto degli interessi pubblici e privati sottostanti al progetto si manifesta nella previsione dell'art. 158 del vincolo di destinazione a favore dei finanziatori sulle somme percepite dal concessionario per lo scioglimento della concessione. Con questa soluzione, infatti, alla tutela in via diretta degli interessi dei privati che hanno fatto affidamento sui ricavi di gestione si unisce quella dell'interesse pubblico all'incremento delle infrastrutture e alla gestione del servizio per la collettività, perché il vincolo di destinazione su un certo flusso di denaro, limitando l'incertezza economica, finisce per incentivare il coinvolgimento dei capitali privati nell'operazione.

Altrettanto significativa per la dimostrazione che si vuol dare è l'introduzione con l'art. 159, per l'ipotesi di inadempimento del concessionario, di una forma di successione nella concessione funzionale alla conservazione del contratto, seppur modificato sul piano soggettivo. L'attribuzione ai finanziatori del c.d. diritto di "*step in*" ha il merito di garantire maggiore stabilità alla convenzione, un certo controllo sul progetto da parte dei finanziatori e maggiori possibilità di restituzione del finanziamento, per cui finisce per rendere più concretamente attuabile, nel settore dei lavori pubblici, la figura del *project financing*. Perciò, abbiamo constatato che anche il conferimento del diritto di subentro risponde in via immediata all'esigenza di tutela del credito e in via mediata all'interesse dell'ente pubblico a che venga continuata la gestione dell'opera oggetto di concessione. Questa rappresenta, infatti, la condizione per il soddisfacimento dell'interesse generale ad ottenere l'infrastruttura o l'erogazione del servizio.

Tutti questi aspetti della disciplina del *project financing*, se considerati complessivamente, consentono di individuare uno speciale rapporto tra interesse pubblico e interesse privato: quest'ultimo, infatti, riceve una considerazione singolare nella regolamentazione dei rimedi esperibili, in ragione della sua incidenza sulla possibilità di realizzare l'interesse pubblico inerente al contratto.

Questo connubio tra interesse pubblico e interesse privato, che si va delineando quale connotato del contratto di concessione per la strutturazione di un *project financing*, trova ulteriore conferma nella previsione della revisione della convenzione, quando in seguito all'esercizio dello *jus variandi* o della potestà normativa e regolamentare dell'amministrazione è alterato l'equilibrio economico del contratto. La disciplina, come abbiamo rilevato nel capitolo precedente, tutela, *in primis*, l'interesse pubblico sottostante all'esercizio del potere, riconoscendo alla stazione appaltante la possibilità di intervenire unilateralmente sul rapporto e di modificarne il contenuto per garantire l'aderenza del contratto al fine generale (principio della continua aderenza dell'attività amministrativa al fine generale). Tuttavia, a questa tutela si accompagna quella delle ragioni del concessionario a non subire un eccessivo pregiudizio per la modifica del piano dell'operazione in corso, in conseguenza dell'azione amministrativa successiva alla costituzione del vincolo contrattuale. La previsione, infatti, dell'obbligo legale di rinegoziare permettendo di ripristinare un nuovo equilibrio negoziale tra le prestazioni, attraverso limitati adattamenti del regolamento contrattuale, pone nuovamente le condizioni per la realizzazione degli interessi del concessionario e dei privati, titolari di diritti collegati come i finanziatori.

Che l'istituto rappresenti uno strumento per raggiungere una razionale distribuzione tra i contraenti del rischio delle sopravvenienze in modo da evitare che una sola resti eccessivamente sfavorita, secondo un criterio rispondente al "rapporto di forza" tra interesse generale e interesse individuale, è risultato confermato dal confronto con la disciplina generale dello *jus variandi*. Questa non prevede l'istituto della revisione, ma, come abbiamo visto, soltanto il diritto alla risoluzione dell'appalto pubblico, quando la modifica del contratto superi una certa soglia, al di sotto della quale invece il contraente sarebbe vincolato ad eseguire la modifica richiesta dall'amministrazione contro il pagamento del prezzo.

Risulta, perciò, confermata l'idea di una corrispondenza tra la diversità dei rimedi giuridici e la diversità degli assetti di interessi sottostanti ai vari contratti. Infatti, mentre la disciplina generale dello *jus variandi*, pur facendo salvo il rapporto di corrispettività tra le prestazioni, manifesta un momento di prevalenza dell'interesse pubblico durante l'esecuzione dell'appalto, la disciplina dell'art. 143 è espressione dell'esistenza di una necessaria connessione tra interesse pubblico e interesse privato nella fattispecie: è questa connessione a giustificare la ricerca di forme di tutela del primo che non si risolvano in un eccessivo pregiudizio dell'altro.

In ragione della dipendenza dell'obiettivo pubblico dalla soddisfazione dell'interesse imprenditoriale, per altro, sull'amministrazione sorge un interesse al mantenimento dell'equilibrio contrattuale, che si affianca ad un diverso interesse generale sottostante all'esercizio del potere di autotutela.

In conclusione, dalla sintesi delle osservazioni svolte a margine delle norme in esame, emerge la rilevante specialità delle soluzioni giuridiche adottate rispetto a quanto previsto per i contratti tra privati e i contratti pubblici. Quello che però appare più significativo è che tale specialità si manifesta come il portato del particolare connubio tra interesse pubblico e interesse privato, che permea la figura.

Queste norme speciali nella maggior parte dei casi prevedono regole che privilegiano la conservazione del rapporto, seppur modificato. Il riferimento è in primo luogo al diritto di subentro e all'ipotesi di revisione della convenzione a seguito del *factum principis* o dell'esercizio dello *jus variandi*, i quali rappresentano dei rimedi volti a garantire la prosecuzione del rapporto e la realizzazione degli interessi espressi nel contratto, nonostante il sopravvenire di diverse esigenze e circostanze.

La ragione di tale scelta, come abbiamo cercato di dimostrare, sta nel fatto che la conservazione della convenzione, seppur modificata sul piano soggettivo o oggettivo, consente di continuare il progetto, da cui dipende la produzione delle risorse finanziarie, sulle quali hanno fatto affidamento il concessionario e gli investitori per il tempo necessario al rimborso e alla remunerazione del capitale impiegato. Non sarebbero parimenti idonei a questo scopo i rimedi ablativi, posto che con l'estinzione del rapporto si è constatata e si è accettata la definitiva impossibilità del contratto di realizzare gli interessi dei contraenti. Per cui anche la rilevata preferenza per i rimedi manutentivi dipende dall'esigenza di tutela dell'interesse imprenditoriale del concessionario, condizionante quello pubblico ad ottenere il bene o l'attività di rilevanza generale.

Alla luce di queste osservazioni e per il prosieguo della riflessione appare opportuno approfondire il ruolo che l'interesse pubblico e l'interesse privato svolgono nell'operazione e vedere se esso non giustifichi la formulazione di un nuovo paradigma contrattuale.

A questo scopo devono tenersi in debita considerazione le conclusioni di quella dottrina che ha indagato il rapporto tra gli interessi in alcuni casi di attività consensuale della pubblica amministrazione, ricostruendolo secondo lo schema logico della *strumentalità* o meglio della *collaborazione*¹⁰⁰. Con questo modello si esprimerebbe una certa composizione degli interessi in gioco, caratterizzata dalla convergenza, per cui la soddisfazione degli uni condizionerebbe direttamente quella degli altri. Si sarebbe in presenza di questa ipotesi ogni qual volta l'amministrazione sia spinta alla cura di interessi pubblici mediante sollecitazione e rappresentazione di interessi privati; cioè «detto in altri termini quando *l'amministrazione abbia interesse a che l'interesse privato venga soddisfatto*, purché ciò avvenga secondo uno schema di condotta che non pregiudichi la realizzazione di altri interessi pubblici o privati»¹⁰¹.

In effetti, la definizione sembra attagliarsi alle caratteristiche della fase di negoziazione e di esecuzione del *project financing*, come regolato dal Codice dei Contratti Pubblici, se si ricorda quanto abbiamo detto in merito alla redazione e proposizione del progetto per iniziativa del privato, al carattere della continua negoziazione tra amministrazione e concorrenti durante le varie fasi della procedura di gara. Soprattutto trova riscontro in questa costruzione quel dato che si andava delineando nell'esegesi della disciplina delle vicende patologiche dell'operazione, ossia il profilarsi di un interesse della pubblica amministrazione a che sia conservato il contratto. Tale risultato evidentemente dipende anche dalla salvaguardia delle ragioni private.

¹⁰⁰ P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, p. 98 e sgg. e p. 186-187 in cui si sostiene la possibilità di individuare «l'esistenza di situazioni nelle quali *l'interesse pubblico* può venire soddisfatto (...) soltanto dalla volontaria collaborazione delle parti. (...) Si tratterebbe di acclarare l'esistenza di un *condizionamento diretto* dell'interesse pubblico a opera di un determinato interesse privato, così da far assurgere il soddisfacimento di quest'ultimo a condizione indispensabile per la tutela del primo». (corsivo nel testo); v. anche G. Falcon, *Le convenzioni pubbliche*, Milano, 1984, p. 255

¹⁰¹ F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1497-1499; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 192, p. 76 e 79

Dunque, quella coesistenza tra interessi, che sempre si ritrova nelle fattispecie contrattuali concluse dalla pubblica amministrazione¹⁰², nel *project financing* assumerebbe la forma della strumentalità.

Il riconoscimento di questa impostazione nella fase della negoziazione implica che ciascuna delle parti partecipi alla gara avendo di mira, non solo il proprio interesse, ma anche quello di controparte, mentre nella fase di attuazione del rapporto comporta la ricerca di soluzioni idonee a realizzare congiuntamente interesse pubblico e interesse individuale¹⁰³.

Questo intreccio di interessi sul piano sostanziale, ha fatto parlare i sostenitori della ricostruzione citata di “schema di collaborazione” tra pubblico e privato, nel quale si riassumono le caratteristiche di quelle ipotesi in cui è talmente forte l’interdipendenza tra i diversi interessi che questi possono essere soddisfatti soltanto se le parti realmente cooperano¹⁰⁴.

L’aspetto interessante ai nostri fini è che già questi studi indicano come prototipo di tali ipotesi proprio i rapporti concessori, i quali sono considerati come esempi di relazioni tra privati e pubblica amministrazione, in cui la “collaborazione” dei primi è necessaria per il raggiungimento degli obiettivi dell’altra¹⁰⁵. Si sostiene, infatti, che il concessionario, svolgendo un’attività ritenuta di pubblico interesse, assume una posizione connotata da profili d’immediata strumentalità rispetto al raggiungimento delle finali-

¹⁰² F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit., p. 252 e sgg., in tema di composizione degli interessi nell’azione consensuale dell’amministrazione ritiene che nei contratti della pubblica amministrazione si persegua la composizione degli interessi, ma che il regolamento contrattuale non sia esattamente il frutto paritetico delle volontà. In questo senso depongono le difficoltà incontrate dalla dottrina nel ricostruire la posizione dell’amministrazione in termini di autonomia contrattuale. A queste devono aggiungersi le considerazioni sui limiti dell’apporto della volontà privata alla determinazione del contenuto contrattuale, tenuto conto del procedimento di formazione dei contratti ad evidenza pubblica.

¹⁰³ Appaiono interessanti le affermazioni, anche se rese in riferimento ad altra figura consensuale, di E. Sticchi Damiani, *Gli accordi amministrativi*, in C. Amirante (a cura di) *La contrattualizzazione dell’azione amministrativa*, Torino, 1993 p. 38 e sgg., «le parti fuoriescono dalla limitatezza della loro prospettiva di interessi per offrire all’autorità decidente alternative (...) idonee a realizzare insieme all’interesse individuale, l’interesse sotteso al potere». F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali* cit., p. 261-262 e sgg., commentando queste posizioni dell’autore, sottolinea che esso ha messo in evidenza il carattere di strumentalità dell’interesse legittimo la cui tutela è accordata dall’ordinamento non solo in quanto situazione giuridica privata, ma altresì in relazione alla sua oggettività, intesa come idoneità a porsi come strumento di identificazione e perseguimento dell’interesse pubblico.

¹⁰⁴ Cfr. F. Cangelli, cit., p. 263 sulla teoria della “collaborazione” come schema nel quale può estrinsecarsi il rapporto tra interesse pubblico e interesse privato nelle fattispecie consensuali concluse dalla pubblica amministrazione.

¹⁰⁵ Sulla relazione di strumentalità fra la prestazione del concessionario e la soddisfazione dell’interesse pubblico si rinvia alla ricostruzione storica di P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, cit., pp. 247-251, il quale sottolinea che nel caso di servizio pubblico, «oggetto di una relazione di tipo concessorio, nell’ambito del quale il privato concessionario sia tenuto all’effettuazione delle corrispondenti prestazioni (...) la posizione di quest’ultimo soggetto risulta, infatti, connotata da profili di immediata strumentalità rispetto al raggiungimento delle finalità pubbliche proprie della p.a. concedente». In particolare l’A. richiama la teoria di O. Ranalletti che in tempi ormai remoti, ha dedicato la sua riflessione al rapporto tra interesse pubblico e interessi privati nella fattispecie concessoria. Cfr., O. Ranalletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, p. 7 e sgg.; Id., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1895, 3, p. 255 e 1986, 77, p. 315 e sgg. Si deve a Ranalletti la individuazione di due categorie di concessione sulla base proprio delle differenze che assume tale rapporto e la riconduzione della concessione di lavori a quella in cui si rileva una spiccata funzionalizzazione dell’interesse privato, data la strumentalità dell’attività da lui svolta rispetto alla realizzazione dell’interesse pubblico.

tà dell'amministrazione concedente¹⁰⁶. Con la conseguenza, in termini di assetto contrattuale, che la prestazione del concessionario risponde all'interesse privato ma anche a quello pubblico, connesso e dipendente, in merito all'erogazione del servizio o alla fruizione dell'opera. Ove il raccordo tra interesse pubblico e interesse privato si manifesti in termini di strumentalità del secondo al soddisfacimento del primo, tale vincolo condiziona e informa le situazioni soggettive del privato affinché esse possano essere conformi allo scopo perseguito¹⁰⁷.

Questa riflessione, formulata in passato precipuamente per le concessioni di servizi, rimane valida anche per la concessione di costruzione e gestione di cui all'art. 152 del Codice: anche in questa fattispecie, il concessionario attua un interesse proprio, tipico di ogni rapporto contrattuale, insieme ad un interesse pubblico in ordine alla realizzazione dell'opera e alla gestione del servizio, nei termini delineati all'esito del complesso procedimento che inizia con la programmazione e sfocia nell'aggiudicazione.

La relazione tra interessi - che sopra abbiamo descritto e che ora possiamo definire di strumentalità - sarebbe, quindi, a fondamento della configurazione di un interesse dell'amministrazione alla conservazione del contratto, ossia alla conservazione delle ragioni del concessionario durante l'attuazione del rapporto. Diversamente, sarebbe pregiudicato anche l'interesse pubblico perseguito con lo strumento negoziale¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Tale riflessione accomuna all'ipotesi della concessione di servizi, la figura della convenzione di lottizzazione, in quanto in entrambe l'interesse privato si colloca in una posizione di riferimento nei confronti dell'interesse pubblico. Va rilevato, per un interessante parallelismo con la finanza di progetto, che nel caso delle convenzioni di lottizzazione si afferma che gli obiettivi posti in sede di programmazione e di pianificazione generale possono trovare concreta attuazione solo nella misura in cui i privati intervengano per procedere ad una certa attività. Tra i pochissimi contributi privatistici sul tema, si veda M. Bessone, *Natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in AA.VV., *Convenzioni urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati*, (a cura di M. Costantino), Milano, 1995, p. 237 il quale riconosce la strumentalità dell'interesse privato sostenendo che «l'istituto lottizzativo [...] è un istituto finalizzato principalmente alla soddisfazione dell'interesse pubblico di pervenire in un tempo ragionevolmente breve all'esecuzione delle previsioni urbanistiche adottate nel piano regolatore generale. L'intervento del privato è [...] agevolato in funzione del tutto strumentale, in relazione esclusivamente al fine predetto». Per correttezza va detto però che Bessone pur riconoscendo la strumentalità dell'apporto privato, tende a negare che vi possano essere ipotesi in cui l'intervento del privato sia però necessario, potendo sempre l'amministrazione raggiungere gli stessi risultati con provvedimenti amministrativi. Oggi tale posizione è superata sulla base della rilevata impossibilità per l'amministrazione di governare tutti i processi reali mediante l'uso di strumenti unilaterali.

¹⁰⁷ Nella ricostruzione di Ranalletti, questa funzionalizzazione delle posizioni soggettive significa, ad esempio, il riconoscimento al privato della possibilità di recedere dal rapporto, cioè, di interrompere l'esecuzione della prestazione considerata anche di interesse pubblico; facoltà invece esclusa nei rapporti tra pubblico e privato in cui non è rinvenuto il nesso di strumentalità.

¹⁰⁸ L'individuazione di questo interesse è segno di quel processo, ormai consolidato, di superamento della tradizionale relazione tra Stato e cittadini e della costruzione del rapporto tra i relativi interessi in modo gerarchico e predeterminato. La conseguenza di questo processo è che l'immagine tradizionale di un'«amministrazione dell'interesse pubblico», cede il passo a quella di un'«amministrazione per interessi» la cui «armoniosa composizione costituisce l'obiettivo ottimale di un agire obiettivamente improntato al soddisfacimento degli interessi della collettività». In questo senso si esprime P.L. Portaluri, cit., p. 3. Il superamento dell'idea della 'precostituzione' gerarchica del rango degli interessi, comporta che lo scopo dell'amministrazione non può più essere considerato quello volto a massimizzare la tutela di un interesse previsto dalla norma, che si afferma come prevalente per sua natura sulle altre situazioni soggettive interferenti. L'amministrazione cioè non è più solamente chiamata a valutare entro che limite il proprio interesse può prevalere sugli altri interessi ma anche a compiere una ponderazione tra interessi, che nel procedimento significa selezione tra gli interessi coinvolti e nell'attività consensuale comporta un'operazione di conformazione e composizione che può sfociare nella prevalenza di un interesse, prescindendo però dalla natura del soggetto che ne è titolare.

Si sarebbe così individuato un interesse pubblico incidente sull'esecuzione del contratto, che smentisce l'orientamento pubblicistico tradizionale, secondo cui l'interesse generale in questa fase assumerebbe il ruolo di mero motivo dell'azione amministrativa, irrilevante perciò per le sorti del contratto.

Nel nostro caso, l'incidenza di questo interesse alla conservazione e alla continuità della prestazione privata, si deduce dalla scelta dei rimedi previsti per le vicende patologiche della finanza di progetto. Abbiamo visto, infatti, che il legislatore ha adottato soluzioni tecniche volte a conservare o ripristinare quell'equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato, da cui dipende la sorte della concessione: invero, se per favorire l'interesse privato alla stabilità del rapporto non fossero stati riconosciuti all'amministrazione concedente dei poteri incidenti sul rapporto si sarebbe pregiudicata la realizzazione dell'interesse pubblico, viceversa se non fossero stati posti dei limiti a quei poteri o non fossero stati previsti strumenti di riequilibrio del rapporto, il conseguente aggravamento del rischio sull'imprenditore avrebbero indotto lo stesso ad astenersi da un'attività non adeguatamente garantita.

8. Dal coordinamento degli interessi pubblici e privati al principio di sussidiarietà orizzontale. Il *project financing* come strumento giuridico di applicazione dell'art. 118 ultimo comma della Costituzione

Sulla base della riflessione sin qui svolta, la finanza di progetto ci appare, a partire dalla disciplina dei rimedi giuridici previsti, un rapporto contrattuale nel quale interesse pubblico e interesse privato risultano intimamente connessi, perché la realizzazione dell'opera da parte della società di progetto rappresenta un'attività che risponde all'interesse dell'amministrazione a quell'infrastruttura o a quel servizio di rilevanza sociale. In questo caso, l'amministrazione acquisisce un'opera e un servizio di rilevanza pubblica da un soggetto privato.

Ciò significa affidare ai soggetti amministrati la realizzazione dell'interesse generale, con relativo coinvolgimento delle loro capacità tecniche e finanziarie e il ricorso sempre più spesso agli strumenti del diritto privato. Perciò, l'attività privata risulta "funzionalizzata" alla cura dell'interesse generale, per la quale l'amministrazione agisce.

Tuttavia, la presenza di questo vincolo teleologico deve fare i conti con la logica propria dei contratti commerciali, ossia la logica del profitto che movimenta l'attività degli operatori economici, per cui essi agiscono nella prospettiva della razionale riduzione dei costi e della massimizzazione dei ricavi. Ne discende la questione, già discussa in passato, della possibilità di conciliare interessi ed autonomia dei privati con l'esigenza di salvaguardare le garanzie richieste dallo svolgimento di un compito pubblico o di pubblico interesse.

Ebbene, oggi il tema ha trovato riconoscimento normativo, a livello ordinario e costituzionale. L'art. 1 comma 1 ter della Legge n. 241/1990, riformata sul punto dalla L. n. 15/2005, infatti, prevedendo che i principi generali dell'azione amministrativa siano applicati ai privati preposti ad attività amministrative, fa riferimento proprio al crescente esercizio di funzioni pubbliche da parte dei privati e propone una soluzione ispirata alla ricerca di un adeguato equilibrio tra privatizzazione e funzionalizzazione dell'attività all'interesse pubblico¹⁰⁹. Inoltre, la vasta gamma dei modelli in cui si concretizzano

¹⁰⁹ Cfr. G. Napolitano, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in V. Cerulli Irelli, (a cura di), *La disci-*

le “autonome iniziative dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale” trova fondamento legislativo e motivo propulsivo nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, ult. co. della Costituzione¹¹⁰.

L’importanza dell’art. 118, ult. co., sta nel riconoscimento costituzionale del ricorso all’autonomia privata come modalità di perseguimento di interessi generali non solo legittima ma anche da favorire¹¹¹. A questo riconoscimento corrisponde, secondo l’orientamento maggioritario¹¹², la soggezione dei soggetti pubblici ad un vero e proprio obbligo giuridico di promuovere e rispettare l’attività dei privati d’interesse generale¹¹³. Sulla base quindi, di quest’interpretazione, le amministrazioni pubbliche devono rimuovere gli ostacoli (nel senso di cui all’art. 2 Cost.) all’attività privata rispondente all’interesse pubblico e hanno il dovere di intervenire in via sussidiaria, quando quell’iniziativa non sia più in grado di soddisfare quel fine¹¹⁴.

plina generale dell’azione amministrativa, cit., p. 89 e sgg., il quale afferma che l’art. 1, co. 1 ter della Legge n. 241/1990 «mira ad offrire una soluzione generale ai problemi derivanti dal crescente esercizio di funzioni amministrative e di attività di interesse generale da parte di soggetti privati, per ragioni diverse: alleggerire l’amministrazione di compiti materiali o non strategici, ottenere risparmi di spesa, aprire al settore privato nuovi mercati, coinvolgerli nella realizzazione di misure di interesse collettivo, anche alla luce della direttiva costituzionale contenuta nell’art. 118, comma 4, Cost.». Dopo aver riconosciuto che la norma investe l’esercizio privato di funzioni e servizi, ora rivolti alla stessa amministrazione, ora alla collettività, ora a singoli utenti, anche attraverso rapporti di tipo contrattuale, riconosce che però non è facile una volta operata la privatizzazione o l’externalizzazione, individuare quale debba essere il regime dell’attività; ovvero, se da tale disciplina debbano trarsi soltanto alcune garanzie sostanziali, per il resto applicandosi il diritto comune».

¹¹⁰ Art. 118 u.c. Cost: «Stato, Regioni, Città Metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base dei principi di sussidiarietà». Come è noto, il principio di sussidiarietà è stato introdotto ufficialmente nel testo della Costituzione italiana, mediante la Legge costituzionale n. 3 del 2001 (Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 2001, n. 248. – “Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione”), nel primo e nel quarto comma dell’art. 118 e nell’art. 120 comma secondo.

¹¹¹ Questa pare essere l’opinione dello stesso Consiglio di Stato che nel parere n. 1345/2002 afferma che l’introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale «muta la stessa nozione di autonomia privata, nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione di bisogni individuali (art. 41 Cost), ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per «attività strumentali» mediante le quali si persegue la realizzazione delle «utilità generali», così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi.

¹¹² La produzione sulla sussidiarietà è molto ricca. *Ex multis* v. U. Ruffolo, *Principi di sussidiarietà e autonomia privata*, in *Resp., comunic., impr.*, 1999, p. 371-387; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 6; G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell’art. 118, u.c. della Costituzione*, su in <<http://www.astridonline.it/>>; V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà*, in *Enc. giur. Trec.*, Milano, 2003; F. Pizzetti, *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della “democrazia della rappresentanza”*, Relazione al convegno “Cittadini per una nuova amministrazione”, Roma, 7-8 febbraio 2003, in <<http://www.astridonline.it/>>; P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; ma già Id., *La sussidiarietà orizzontale. Le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95; C. Marzuoli, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, pag. 71.

¹¹³ Cons. Stato, sez. per gli atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440, il quale spiega che le «autorità territoriali sono tenute a favorire e rispettare l’attività privata» e ancora «favorire e rispettare queste forme di attività se riconosciute di interesse generale, costituisce per l’ente pubblico un dovere». D’altra parte, interpretare la parola «favoriscono» nel senso del riconoscimento di una mera facoltà, avrebbe significato rendere sostanzialmente inutile la norma costituzionale, perché si è sempre sostenuta la possibilità nel nostro ordinamento che gli enti pubblici potessero in diversi modi sostenere l’attività dei privati di utilità pubblica.

¹¹⁴ Per una ricostruzione in termini di dovere di intervento v. N. Polito, *Art. 118 u.c. della Costituzione. Un approfondimento sul favoriscono*, in <<http://www.lapsus.org/public/documenti/>>, p. 1 e sgg. in partic. p. 14; A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., p. 75 e sgg.; G.

Dalla lettura della norma, l'attività privata appare uno strumento diverso dall'intervento diretto dell'amministrazione per perseguire un interesse generale, la cui cura, però, rientra sempre nella funzione dell'ente pubblico. Il principio di sussidiarietà orizzontale, infatti, non riguarda la distribuzione di poteri, ma si riferisce alla condivisione tra pubblico e privato dei compiti volti a soddisfare le esigenze della collettività¹¹⁵. In questo modello, pertanto, risulta valorizzata l'importanza del risultato perseguito, rappresentato dalla soddisfazione dell'interesse pubblico, mentre le soluzioni giuridiche e i soggetti coinvolti sono considerati delle alternative tecniche strumentali a quell'obiettivo¹¹⁶.

L'immagine che ne emerge è quella del pubblico e del privato che concorrono alla realizzazione dell'interesse pubblico. Per cui il principio di sussidiarietà deve essere ricostruito non solo come un principio *procedurale* – che indica una serie di presupposti ed un *iter* logico-giuridico per arrivare all'individuazione delle competenze di ogni soggetto pubblico o privato – ma eminentemente relazionale¹¹⁷, che propone l'instaurazione tra soggetto pubblico e soggetti privati di un rapporto fondato sulla collaborazione, il reciproco rispetto e la trasparenza¹¹⁸.

U. Rescigno, *Il principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubb.*, 2002, p. 29 e sgg., il quale precisa che «i soggetti pubblici non debbono favorire sempre ed in ogni caso ma se e solo se, usando i criteri contenuti nel principio si dimostra che i poteri pubblici non possono svolgere quelle attività meglio di quanto siano in grado di fare i cittadini». Sulla definizione dell'intervento pubblico a '*subsidio*' dei privati che non siano più in grado di soddisfare l'interesse generale v. V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà*, cit, p. 4

¹¹⁵ La citata concezione del principio di sussidiarietà orizzontale è confermata dal tenore delle norme che rappresentano gli antecedenti logici dell'art. 118 ult. co. Cost. Il riferimento è all'art. 4, comma terzo, della legge 59/1997 (prima legge Bassanini), secondo il quale il conferimento di funzioni agli enti territoriali deve osservare tra gli altri, «*il principio di sussidiarietà, [...] attribuendo le responsabilità politiche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati*». Va richiamato inoltre il testo unico degli enti locali (D. Lgs 267/2000, art. 3. quinto comma) secondo il quale «*i Comuni e le Province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonomia iniziativa dei cittadini e delle loro funzioni sociali*». Infine si ricollega più direttamente all'art. 118 Cost., l'art. 7 della legge n. 131 del 2003 (c.d. legge "La Loggia") che ribadisce l'impegno di tutte le autorità centrali e locali, nel *favorire l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*.

¹¹⁶ Estremamente significativa la definizione del principio di sussidiarietà contenuto nella pronuncia del Cons. Stato, 1 luglio 2002, n. 1354 in *Foro Amm.* CDS, 2002, 2607: «*Il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 comma 4 Cost., costituisce il criterio propulsivo in coerenza al quale deve da ora svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo. Ciò trova riscontro in una visione secondo cui lo Stato e ogni altra Autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal "sociale" e s'impegnano direttamente per la realizzazione di quelle che sono avvertite come utilità collettive, come esigenze proprie della comunità di cui fanno parte. Sotto il profilo economico, ciò si traduce nel senso che appare meno necessario impiegare risorse pubbliche là dove operano, o sono in grado di operare, i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall'apporto dei singoli*». Per il riconoscimento nel principio di sussidiarietà orizzontale di un valore propulsivo dell'intervento dei privati, non solo nel procedimento amministrativo ma nell'attività di gestione della funzione amministrativa v. T.A.R. Liguria, sez. I, 18 aprile 2004, n. 267

¹¹⁷ S. Troilo, *I rapporti tra P.A. e cittadini a cinque anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione: una ricognizione sistematica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Amm. it.*, 2007, fasc. 3, p. 333

¹¹⁸ L'idea di un'alleanza tra amministrazione e privati per la realizzazione dell'interesse pubblico e dei limiti in cui questo possa essere realizzato con questa modalità è contenuta anche in G. Arena, *Un nuovo modo di amministrare*, Relazione tenuta alla Convenzione Nazionale della Sussidiarietà, Roma, 12 marzo 2004, in <<http://www.astridonline.it/>>, p. 3; Id., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Milano, 2005, p. 177; N. Polito, *Art. 118 u.c. della Costituzione. Un approfondimento sul favoriscono*, in <<http://www.lapsus.org/public/documenti/>>

Trattasi di relazione diversa da quella instaurata da un atto provvedimento: lì, infatti, è l'amministrazione che provvede nell'interesse pubblico e incide unilateralmente sulle sfere giuridiche dei privati, seppur nel rispetto del principio di legalità e dei limiti previsti per l'esercizio della discrezionalità amministrativa degli enti. Certamente, l'affermarsi dei meccanismi di partecipazione al procedimento ha determinato un'evoluzione anche di questa impostazione ed un'attenuazione della separatezza tra autorità e cittadini. Tuttavia, la logica introdotta è quella del contraddittorio e non della condivisione delle volontà, della negoziazione. L'interesse pubblico non è pari ordinato a quelli privati, i quali trovano tutela nei limiti in cui sono compatibili con il primo, seppur questo sia individuato ponderando le varie esigenze coinvolte.

Per altro verso, differente appare il rapporto tra gli interessi nell'attività consensuale, a cui si ricorre sempre più frequentemente per il progressivo ritiro dello Stato dall'economia. Il contratto, infatti, è concepito come il luogo della composizione degli interessi individuali, a partire dalle istanze contrapposte delle parti.

A fronte di questi due modelli di relazione tra interesse pubblico e interessi privati, il principio di sussidiarietà pare proporre un paradigma di rapporto tra amministrazione e privati, fondato sulla collaborazione e su uno schema di stretta connessione tra gli interessi. Per altro, perché siano integrate queste caratteristiche è indifferente che il privato presti il proprio apporto per perseguire un bisogno collettivo in modo altruistico oppure che l'attività da lui resa soddisfi pure un'istanza economica: la norma, infatti, parla di attività aventi una rilevanza generale, senza distinguere tra quelle con o senza fini di lucro.

Questo stretto connubio tra interesse pubblico e interesse privato differenzia le figure espressione del principio di sussidiarietà dai contratti conclusi dalla pubblica amministrazione, come l'appalto, nei quali c'è senz'altro la presenza dei due interessi che, però, restano separati. In questo sta, dunque, il passaggio dal paradigma del bipolare a quello del sussidiario, ovvero ad uno fondato sulla collaborazione e la cooperazione in vista di un obiettivo comune¹¹⁹.

Alla luce di questa ricostruzione, è assai interessante rilevare la sostanziale coincidenza tra il modello di relazione pubblico - privato e di assetto di interessi espresso dal principio di sussidiarietà orizzontale, da una parte, e quello emerso dall'analisi della finanza di progetto, dall'altra. Con la conseguenza che la concessione di costruzione e gestione può essere definita come una delle forme giuridiche in cui si può estrinsecare il principio di sussidiarietà¹²⁰ proprio in quanto contratto fondato su un assetto di interessi caratterizzato da strette connessioni e dalla strumentalità dell'interesse privato rispetto a quello pubblico.

Il risultato non sembra confutabile sulla base della circostanza che nell'ipotesi della finanza di progetto mancherebbe la genesi privata del rapporto e la posizione di autonomia del privato, entrambe previste come caratteristiche della sussidiarietà orizzontale, in ossequio al dettato della norma.

Il primo presupposto risulta integrato, infatti, anche nel nostro caso, perché il privato può intervenire nella fase della programmazione e della progettazione dell'intervento, avanzando la propria proposta di opera pubblica, per cui egli partecipa alle scel-

¹¹⁹ G. Arena, ult. cit., p. 5

¹²⁰ Questo risultato ha una sua rilevanza, a fronte dell'invito rivolto da una certa dottrina pubblicistica, dedicata al tema, a ricercare le forme giuridiche in cui si può estrinsecare il rapporto tra autorità sussidiata e privati e sulle ricadute del principio sul regime di quelle figure, in considerazione della concezione dell'attività sussidiaria in termini di attuazione di una funzione, di cui sia titolare l'amministrazione. Cfr. A. Albanese, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., p. 78 e sgg.

te della pubblica amministrazione in tema di politica delle infrastrutture. Anche nelle ipotesi in cui l'operazione riguardi un'opera già inserita dall'amministrazione nei propri documenti programmatici è comunque il proponente ad articolarla in progetti più dettagliati, a definirne gli strumenti e gli obiettivi concreti, chiedendo poi sulla base di un progetto esecutivo la partecipazione indefettibile dell'ente. Sul secondo punto, va detto che la posizione della società di progetto appare qualificabile in termini di autonomia, come richiesto dalla norma costituzionale, essendo ormai superata la concezione del concessionario come organo indiretto della pubblica amministrazione e della concessione di costruzione e gestione come provvedimento. Si aggiunga il fatto, che sul soggetto privato una volta ottenuta la concessione gravano tutte le responsabilità relative alla prestazione dei servizi nei confronti della collettività.

Per completare il quadro con alcune considerazioni sul tipo di attività rientrante nell'ambito di applicazione del principio, va detto che, se da un lato devono essere escluse quelle di interesse totalmente privato, vi rientrano, oltre le prestazioni e i servizi di interesse pubblico, anche la realizzazione di un'opera, se intesa quale complesso di lavori comprendenti una prestazione tecnica o economica di rilevanza generale. Per cui, anche l'oggetto di un'operazione di finanza di progetto, indicato nella stessa normativa in un'opera pubblica o di pubblica utilità, appare integrare il requisito richiesto dall'art. 118 Cost.

Su questi elementi, ricostruire la finanza di progetto come un'ipotesi concreta di sussidiarietà significa riconoscere in questa, non solo una tecnica per distribuire certe competenze tra pubblico e privato (profilo procedurale del principio di sussidiarietà), ma anche uno strumento giuridico con cui esprimere un modello di relazione sostanziale tra amministrazione e impresa, basato su un particolare equilibrio tra interessi potenzialmente confliggenti (profilo relazionale del principio di sussidiarietà).

La conseguenza più rilevante di questa conclusione attiene al riconoscimento nel suddetto principio costituzionale del fondamento della specialità delle soluzioni giuridiche accolte per la finanza di progetto e, che abbiamo visto, essere legate proprio all'interdipendenza tra interesse imprenditoriale e interesse pubblico.

Si ricordi qui quanto sopra affermato in merito all'articolazione del procedimento di aggiudicazione della concessione e alla funzionalità della lunga negoziazione tra le parti all'individuazione del contenuto contrattuale in grado di soddisfare contemporaneamente interesse pubblico e scopo di lucro. In quell'occasione si è anche evidenziato che la scelta legislativa a favore di momenti di negoziazione diretta tra ente e impresa per determinare il regolamento della fattispecie, a fronte della complessità tecnica - giuridica dell'operazione e di una certa asimmetria informativa, presuppone il dialogo e la reciproca correttezza tra le parti.

Tutto ciò significa che nel procedimento di aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione, possono essere rinvenuti tutta una serie di elementi riconducibili alla logica della sussidiarietà orizzontale, quale quello della divisione dei ruoli nella prospettiva comune, della condivisione delle informazioni e delle reciproche competenze, della cooperazione.

Altrettanto numerosi sono gli aspetti della disciplina della fase esecutiva del rapporto che risultano condizionati dal particolare rapporto di convergenza tra interesse pubblico e interesse privato, e che adesso possono essere intesi in termini di ricadute giuridiche del principio di sussidiarietà orizzontale.

Innanzitutto, il riconoscimento che l'amministrazione ha il dovere di rispettare e favorire l'attività privata sussidiaria, permette di rinvenire il fondamento e di chiarire la sussistenza nel *project financing* dell'interesse amministrativo alla regolare esecuzione

e conservazione dell'attività privata di utilità sociale. Tale interesse a sua volta giustifica la preferenza accordata agli strumenti manutentivi.

Tuttavia, poiché l'art. 118 limita il dovere di "favorire" l'attività privata alle ipotesi in cui questa è in grado di soddisfare nel miglior modo l'interesse pubblico in questione¹²¹, il principio costituzionale legittima anche il ricorso, quale estrema *ratio*, ai rimedi ablativi del contratto.

Risponde in modo evidente al contenuto precettivo dell'art. 118 la disciplina del subentro (art. 159) e quella della revisione in seguito all'esercizio dello *jus variandi* e della potestà regolamentare (art. 143). In generale, comunque, appaiono rispettose del principio di sussidiarietà, le scelte normative che privilegiano la stabilità del contratto, perché la prestazione dedotta nell'accordo risponde ad un bisogno collettivo. A queste devono aggiungersi gli strumenti che implicano una soluzione negoziata tra le parti, in quanto il riconoscimento di poteri unilaterali, incidenti sulle sorti del contratto presuppongono un rapporto di antagonismo e di prevalenza tra gli interessi. Per un esempio di regolamentazione che tenta di offrire tutela a tutti gli interessi coinvolti, si pensi alla disciplina del vincolo di destinazione delle somme erogate alla project company, a seguito della risoluzione o del recesso/revoca della concessione.

Alla luce delle osservazioni svolte, riteniamo che sia emerso quanto la legge speciale sulla finanza di progetto sia ispirata al principio di sussidiarietà orizzontale. A tale risultato per altro si è arrivati dimostrando che le soluzioni giuridiche proposte risultano funzionali ad un certo rapporto tra amministrazione e privati, che è lo stesso proposto dalla norma costituzionale. Individuato, perciò, nella sussidiarietà orizzontale il fondamento costituzionale della nostra operazione contrattuale, essa assurge a criterio ermeneutico della sua disciplina.

Tuttavia, al fine di regolare tutti gli aspetti dell'operazione in modo conforme al principio che la informa e la giustifica, e cioè alla logica della collaborazione tra pubblico e privato, alla norma deve essere riconosciuto un ben più ampio valore ricostruttivo. La portata del principio costituzionale, infatti, non deve essere circoscritta sul piano interpretativo della legge speciale, ma deve essere ammessa anche in relazione al giudizio di compatibilità delle regole dettate in altri settori dell'ordinamento nonché sul piano della regolamentazione diretta dei rapporti: così insegna la teoria dell'applicazione diretta dei principi costituzionali ai rapporti interprivati¹²².

Nel quadro di un ordinamento giuridico unitario nel quale le norme costituzionali rappresentano i principi del sistema, che devono quindi essere rispettate da tutte le espressioni giuridiche, queste non svolgono una funzione solo limitativa e conformativa della legge ordinaria, ma sono anche parametro di valutazione e di regolamenta-

¹²¹ V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà*, cit, p. 4

¹²² P. Perlingeri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in Id., *Scuole tendenze e metodi*, p. 132 e sgg.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, p. 538 e sgg. L'A. è il più noto esponente della riflessione sulla interpretazione del diritto civile alla luce della legge costituzionale. I presupposti di questa teorica possono essere sintetizzati in tre punti: a) il riconoscimento della natura normativa delle Costituzioni, in quanto le regole e i principi costituzionali hanno valenza precettiva e non meramente programmatica, per cui tale normativa rappresenta il criterio di valutazione non solo delle leggi ma anche delle attività e dei comportamenti posti in essere dai cittadini; b) la complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico ed il pluralismo delle fonti del diritto, fondato sui valori costituzionali che svolgono la funzione di *reductio ad unitatem* del sistema attraverso il controllo di legittimità delle leggi e l'applicazione ai rapporti interprivati; c) l'elaborazione di una teoria dell'interpretazione, non formalistica, che sa proporre un'interpretazione delle disposizioni normative nel rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori, in una accezione sistematica e assiologica.

zione delle relazioni interpretate¹²³. Ne emerge una concezione delle disposizioni costituzionali come regolatrici di rapporti, idonee quindi anche ad integrarne la disciplina.

In questa logica, tali principi sono invocati quali criteri ermeneutici per l'interpretazione delle singole norme, ma anche delle clausole contrattuali inserite dalle parti nell'accordo. Quando, invece, non si pone un problema d'interpretazione e di applicazione di una regola espressa, tali principi vengono considerati come fonte di obblighi e diritti direttamente incidenti sui rapporti interpretati, per renderli congruenti con i valori sottostanti.

Pertanto, nel nostro caso, ricondotta la figura al principio di sussidiarietà orizzontale, questa viene a costituire non solo il canone interpretativo della disciplina speciale introdotta dalla Merloni ter, ma anche il parametro con cui valutare dell'applicazione di istituti previsti dal diritto civile per colmare le lacune della regolamentazione *ad hoc*¹²⁴. Ciò sul presupposto che le norme costituzionali informano tutto l'ordinamento inteso come un sistema unitario di leggi, valori e principi¹²⁵, di cui si deve tener conto, quando si interpreta e si applica una singola disposizione¹²⁶. In altri termini, l'interpretazione e la decisione sulla compatibilità degli istituti del codice civile richiamati dall'art. 2 del Codice degli Appalti deve avvenire in modo coerente sia con quel dovere dell'amministrazione di "favorire" l'attività privata di interesse generale, sia con quel modello di re-

¹²³ Sul punto di recente si è espresso V. Scalis, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 288 sostenendo che la c.d. legalità costituzionale vada interpretata «non solo quale strumento di controllo della legittimità del contenuto delle leggi ma anche e soprattutto quale sistema primario di valori e principi a sua volta direttamente e immediatamente fondativi di regole e soluzioni pratiche operative, senz'altro applicabili nei rapporti interpretati». Indicazioni in merito al necessario rispetto dei principi costituzionali e alla possibilità di regolare la fattispecie concreta richiamandoli, si hanno anche nella giurisprudenza della Cassazione civile: Cass., 15 luglio 2005, n. 15019 in *Danno e Resp.*, 2005, 10, p. 1028; 29 novembre 2004, n. 22416 in *I Contratti*, 2005, 6, p. 597; 6 maggio 2003, n. 6861 *Contratti*, 2003, 11, p. 1030 e in *Notariato*, 2003, p. 343; 14 dicembre 1994, n. 10686 in *Mass. Giur. It.*, 1994

¹²⁴ Sul riconoscimento dell'applicazione diretta del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale si sono pronunciati i giudici amministrativi, seppur con maggiore attenzione agli aspetti procedurali: T.A.R. Puglia Lecce, 5 aprile 2004, n. 1847 in *Ambiente e sicur.*, 2005, 14, p. 103, nota di Jannetti e Melizzi. Il giudice amministrativo ha chiarito che «il principio di sussidiarietà orizzontale - recentemente introdotto, anche a livello costituzionale (nuovo testo dell'articolo 118, comma 4), nel nostro ordinamento dalla legge 19 gennaio 2001, n. 3 (di revisione del Titolo V della parte II della Costituzione) - se (indubbiamente) necessita di leggi ordinarie di attuazione per realizzare la piena valorizzazione dell'apporto diretto dei singoli cittadini e delle formazioni sociali nella gestione della funzione amministrativa (in modo che l'intervento pubblico istituzionale assuma, effettivamente, carattere sussidiario rispetto all'iniziativa dei cittadini e delle loro libere associazioni), impone, però, immediatamente di privilegiare, tra le esistenti opzioni interpretative, quelle più avanzate in tema di legittimazione ad agire che garantiscono agli stessi soggetti la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l'esercizio di detta funzione da parte degli enti pubblici istituzionali a ciò preposti».

¹²⁵ P. Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. Femia (a cura di) *L'interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 e in *L'ordinamento giuridico e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 423, sostiene che se la Costituzione indiscutibilmente si colloca al vertice del sistema «abbraccia tutto l'ordinamento e non qualche parte di esso», i problemi di interpretazione costituzionale non sono quelli «specifici del diritto costituzionale» ma problemi relativi ad ogni parte dell'ordinamento. Non pare, infatti, possibile che nell'interpretazione in funzione applicativa che i testi normativi possano essere interpretati separatamente dalla normativa costituzionale e viceversa.

¹²⁶ Cfr. P. Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, cit., p. 428 afferma che «la disposizione interpretata a fini applicativi [...] concorre insieme a regole principi di rango diverso - comprese regole e principi di rango costituzionale - a configurare la normativa da applicare, l'ordinamento del caso concreto. Le regole e i principi hanno tutti la funzione di regolamentare e di concorrere a determinare significati e contenuti che essi assumono nell'unità del sistema».

lazione tra pubblico e privato di tipo collaborativo, entrambi proposti dal principio di sussidiarietà orizzontale.

L'ultimo passaggio della riflessione, poi, sarà quello più problematico ed atterrà alla possibilità di dedurre dalla regola della sussidiarietà obblighi di condotta dell'amministrazione e del concessionario, integrativi del contenuto del rapporto concessorio, per renderlo completamente funzionale alla realizzazione del principio. Si completerà così, in relazione alla finanza di progetto, quel procedimento di riconduzione della singola figura all'unità del sistema giuridico, nel quale i principi costituzionali rappresentano il collante tra i settori dell'ordinamento¹²⁷.

9. Il principio di sussidiarietà come criterio di interpretazione e di valutazione della compatibilità degli istituti di diritto civile richiamati dall'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici di lavori, forniture e servizi

Intendendo procedere all'integrazione della disciplina della finanza di progetto per tutti quegli aspetti del rapporto che non sono oggetto della legge speciale, perché possa decidersi sull'applicabilità degli istituti del diritto civile richiamati dall'art. 2 del Codice degli Appalti, appare prima opportuno individuare i riflessi giuridici della logica della collaborazione proposta dal principio di sussidiarietà sull'esecuzione della concessione. Ciò in altri termini significa domandarsi come deve essere gestito e quali rimedi possono applicarsi ad un contratto che è espressione della sussidiarietà orizzontale - quale quello di finanza di progetto - affinché l'intero suo regime giuridico sia costruito in modo conforme al principio su cui si fonda.

A tal fine, punto di partenza della questione è ancora il rapporto tra soggetto pubblico e privato nelle figure che, come la finanza di progetto, sono un esempio di relazione di sussidiarietà orizzontale. Ricordiamo, infatti, che alla stregua di questo principio, i privati, agenti nell'interesse generale, rappresentano degli ausiliari dell'amministrazione nello svolgimento di compiti di rilevanza generale, la cui cura rimane l'obiettivo dell'ente. Ne consegue la valorizzazione dell'importanza del risultato perseguito in quanto da esso dipende il soddisfacimento di un bisogno collettivo. D'altra parte, anche per il concessionario la continuazione e la conclusione del progetto rappresentano gli obiettivi cui sono connesse le sue aspettative di guadagno. Pertanto, solo il risultato finale permette la realizzazione degli interessi di entrambi i contraenti. Con la conseguenza che comportamenti opportunistici a discapito di controparte, nella misura in cui finiscono per pregiudicare il successo del progetto, devono lasciare il posto ad atteggiamenti collaborativi che consentano di rispettare e ripristinare le condizioni indispensabili affinché tutte le parti ottengano le utilità attese dal progetto.

Perciò, proprio il rapporto di convergenza tra gli interessi - tipico delle ipotesi di sussidiarietà orizzontale - facendo venir meno quella contrapposizione dialettica tra amministrazione e concessionario, che normalmente sussiste nei rapporti contrattuali, fa sorgere un'esigenza comune di stabilità dell'assetto negoziale pattiziamente definito.

¹²⁷ Nella giurisprudenza costituzionale, sull'unità dell'ordinamento v. Corte Cost. 19 ottobre 2001 n. 338, la quale afferma che: «in relazione al principio di unità dell'ordinamento giuridico, alle norme e ai principi costituzionali si deve ricorrere per giustificare la proposizione della questione di legittimità costituzionale solo dopo che le stesse norme e gli stessi principi siano stati considerati al fine di interpretare in loro conformità la disposizione che il giudice deve applicare e dopo che tale interpretazione conforme sia risultata impossibile».

Il contributo di ogni soggetto, ogni aspetto dell'operazione, è un tassello dell'unitaria operazione, che deve essere mantenuto perché collegato a tutti gli altri e funzionale al risultato perseguito.

Ne discende che, nell'individuazione degli istituti applicabili in virtù del rinvio generale dell'art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici, dovrebbero essere favoriti quelli funzionali alla conservazione del contratto e alla costruzione di un preciso sistema di allocazione dei rischi, confermando così l'impostazione seguita dal legislatore della Merloni ter in tema di tutele.

Per altro, tale conclusione è confortata da quanto messo in evidenza dalla dottrina che, riguardo ai contratti di durata, ha individuato quali sono le conseguenze sul piano dell'esecuzione della sussistenza del preminente interesse delle parti alla realizzazione del risultato preventivato¹²⁸.

Questi autori hanno rilevato che i contratti a lungo termine rappresentano un paradigma negoziale diverso dai contratti di scambio, perché legano per molto tempo reciprocamente le vicende economiche e giuridiche dei contraenti, i cui interessi convergono verso l'obiettivo dell'organizzazione e della continuazione dell'impresa comune. Anche in questo caso, s'instaura tra le parti una relazione volta al perseguimento dello scopo finale, da cui dipende la soddisfazione di entrambe, e di conseguenza viene in rilievo il valore giuridico primario della solidarietà tra i contraenti. Questi, perciò, si trovano legati da un vincolo di cooperazione affine a quello esistente nei contratti associativi. Ebbene, è interessante notare che questo orientamento, da tale diversa relazione tra le parti, da tale equilibrio tra gli interessi fa discendere la scelta a favore di una peculiare modalità di esecuzione del rapporto e di gestione delle conseguenze di eventi sopravvenuti. Per quest'evenienza, infatti, al fine di garantire l'interesse delle parti alla conservazione dell'operazione, la soluzione più adatta appare quella volta a ristabilire le condizioni che consentono il perseguimento del risultato comune.

Ebbene, i rimedi che presentano queste caratteristiche avrebbero potuto essere applicati anche al *project financing*, valorizzando la sua ricostruzione in termini di contratto di durata. Tuttavia, all'esito di questo percorso, la loro applicazione trova una più forte giustificazione ed un chiaro aggancio normativo nel principio di sussidiarietà orizzontale, che valorizza la logica di cooperazione e l'esigenza di stabilità del rapporto.

9.1 La risoluzione per impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità sopravvenuta

Come abbiamo già ricordato, la disposizione di cui all'art. 2 a chiusura del sistema normativo dei contratti pubblici, individua nel diritto privato la fonte delle regole con cui integrare le disposizioni del Codice degli Appalti Pubblici. La norma, sul piano generale, si segnala per aver recepito, chiarendo, l'impostazione giuridica maggioritaria, favorevole all'applicazione delle regole generali di diritto privato ai contratti della pubblica amministrazione. Tuttavia, il ruolo che essa assume in relazione al *project financing*, è altrettanto significativo, consentendo di ricostruire interamente gli aspetti contrattuali dell'operazione.

¹²⁸ Per un quadro di sintesi sulle caratteristiche dei contratti di durata v. M. Timoteo, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 620-621; F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., p. 69 e sgg.; E. C. Zaccaria, *Ladattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 478 e sgg.

In considerazione di tale inquadramento, la pubblica amministrazione e il privato durante l'esecuzione del rapporto contrattuale possono avvalersi delle norme codicistiche in materia di inadempimento, impossibilità e eccessiva onerosità sopravvenuta. Tuttavia, il potere delle parti di invocare tali rimedi è subordinata a due ordini di valutazioni: la prima attiene alla circostanza che l'applicazione del diritto civile è limitata dal legislatore a quanto non espressamente regolato nel codice in esame. La seconda riguarda, invece, la compatibilità dello strumento giuridico con la *ratio* del *project financing*.

Pertanto, a completamento dell'analisi dei rimedi di cui ci si può avvalere nella fase patologica della nostra operazione, occorre in primo luogo individuare lo spazio di applicazione che residua alla disciplina degli artt. 1453, 1463 e 1467 c.c. a fronte delle regole speciali dettate. Successivamente si tratterà di valutare la compatibilità delle stesse regole con la natura della figura, alla luce della peculiare convivenza in essa di interesse pubblico e interesse privato.

Per quanto attiene alla risoluzione per inadempimento, ci siamo già soffermati sulla previsione di una disciplina speciale ed assorbente quella generale. Resta da dire che il legislatore, mentre ha dettato una regola particolare per il regime patrimoniale (artt. 158 e 159), nulla ha precisato sul fronte della struttura della fattispecie, per cui i requisiti e i presupposti per la risoluzione del contratto di concessione devono ricavarsi dalla disciplina generale del rimedio, contenuta nel codice.

Prima di affondare il tema della risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità della prestazione, occorre premettere che impossibilità e sopravvenienza sono concetti accomunati dalla circostanza che, in entrambi, una delle parti patisce un pregiudizio economico legato alla negoziazione, ma non imputabile giuridicamente all'altra per cui i rimedi non hanno funzione sanzionatoria.

Entrambi le figure presuppongono l'aspetto dell'esposizione dei contratti di durata al rischio che la valutazione delle circostanze e le previsioni sull'esito dell'affare - sulla cui base sono state formulate proposta ed accettazione - non trovino conferma al momento della sua esecuzione. Gli eventi, infatti, evolvono incessantemente ed, incidendo sui presupposti dell'operazione, possono pregiudicarne il successo. L'art. 1463 c.c. si occupa dell'ipotesi in cui a seguito di tali eventi la prestazione dedotta nel contratto diviene impossibile, l'art. 1467 c.c. dell'ipotesi in cui questa diviene molto più onerosa per l'obbligato. La costruzione del concetto di impossibilità sopravvenuta e di eccessiva onerosità in termini di continuità e non di frattura permette di rilevare quello che è il tema di fondo, comune ad entrambe, ossia quello dell'allocazione del rischio contrattuale.

Tale tema, inteso in termini di conseguenza economica di un evento incerto¹²⁹ sul contratto, così centrale nella riflessione sul *project financing*¹³⁰, ha interessato il dibattito

¹²⁹ Qui il riferimento all'incertezza deve però essere inteso in senso oggettivo ovvero in termini di sopravvenienza di accadimenti oggettivi futuri, o dalla presenza di circostanze ignote alle parti e preesistenti all'affare, o manifestatesi successivamente o prese in considerazione dai contraenti solo successivamente. Restano esclusi da questa aria i timori e le previsioni del tutto personali, le incertezze avvertite da una parte e non esternate all'altra cioè tutti gli aspetti che presentano un connotato soggettivo e che piuttosto afferiscono all'area dei motivi.

¹³⁰ I primi studi sul *project financing* si sono molto interessati al tema della gestione dei rischi cui è esposta l'operazione, individuando le varie tipologie, sul punto *ex multis* si rinvia a G. Imperatori, *La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura, una politica*, cit., p. 327; C. Salvato, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in U. Draetta (a cura di), *il project financing*, cit., p. 55; G. Giroto e A. Tappi, *Project financing e finanziamento di grandi strutture*, in U. Draetta (a cura di), cit., p. 151; A. Bianconi, *Il finanziamento privato delle grandi opere*, cit., pp. 339-340

della scienza giuridica italiana con risultati piuttosto interessanti. Se la questione del rischio contrattuale vanta origini abbastanza risalenti, visto che la stessa dottrina romana lo aveva fatto oggetto di studi, è negli anni recenti che la riflessione si è fatta più intensa – estendendosi allo studio dei meccanismi di gestione e di riequilibrio del rapporto contrattuale - a fronte dell'accresciuta complessità dell'attività imprenditoriale, del rilevante aumento dei fattori di rischio e dell'evoluzione delle tecniche di negoziazione.

Tali eventi sono numerosi e in larga misura questo rischio non può essere evitato. Il problema che allora sorge è quello di determinare chi tra le parti deve sopportare il rischio del futuro che diviene realtà, chi in sostanza debba farsi carico del rapporto di contraddizione che si viene a creare tra pattuizione negoziale e l'evolversi degli eventi¹³¹.

Nel caso del contratto di *project financing*, la questione posta dal verificarsi di tali circostanze è quella di decidere se il contraente danneggiato da fatti che perturbano la regolare esecuzione dell'operazione, debba ugualmente adempiere i suoi impegni contrattuali o possa considerarsi sciolto dal vincolo oppure possa chiederne la modifica al fine di ripristinare l'economia del contratto.

La risposta al quesito, che determina l'individuazione del soggetto su cui deve gravare il rischio delle circostanze che alterano il significato economico dell'affare¹³², nella nostra figura è resa però più complessa dall'esistenza del difficile connubio tra autonomia privata e "logica funzionale dell'attività amministrativa". La soluzione non può cioè prescindere dal considerare che essendo anche l'azione consensuale della pubblica amministrazione funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico, lo scioglimento del contratto per il verificarsi di eventi incidenti sull'equilibrio contrattuale finisce con il pregiudicare anche il perseguimento di detto interesse.

9.2 (segue) Il rischio dell'impossibilità sopravvenuta

Nella prospettiva sopra descritta, l'art. 1463 offre una regola di allocazione del rischio contrattuale stabilendo il venir meno del diritto alla prestazione di controparte, quando il sopravvenire di un evento toglie al debitore la possibilità giuridica o materiale di eseguire la prestazione¹³³. Nei contratti a prestazioni corrispettive, dunque, all'effetto liberatorio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile al debitore, già verificatasi a norma dell'art. 1256 c.c., si aggiunge l'effetto risolutivo del rapporto che risponde alla necessità di predisporre uno strumento di reazione all'alterazione dell'equilibrio iniziale del programma negoziale per il sopravvenire di circostanze impeditive¹³⁴.

¹³¹ M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 150; G. Alpa, *Rischio (dir. vig.)*, *Enc. Dir.*, Milano, 1989, vol. LX, p. 1144; F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999, p. 19 e sgg.; A. Giampieri, *Il rischio contrattuale*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, p. 759 e sgg. in particolare p. 763; G. Giandomenico, *Il rischio*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, XIV, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, Torino, 2005, p. 35 e sgg.

¹³² G. Alpa, *Rischio*, cit., p. 1149

¹³³ Tra i contributi dottrinali carattere generale V. Roppo, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 1239 e sgg.; R. Sacco, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Dig., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 53; V. Roppo, *Il contratto*, cit., pp. 1005-1014; U. Carnevali, *La risoluzione del contratto*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, 2003, p. 792 e sgg.

¹³⁴ Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 1995, n. 1037 per una sintesi degli effetti della risoluzione: «L'impossibilità sopravvenuta della prestazione, che derivi da causa non imputabile al debitore ai sensi dell'art. 1218 c.c., opera, paralizzandola, più propriamente in relazione ad una domanda di adempimento, determinando, essa, di diritto, nei contratti con prestazioni corrispettive, se definitiva, con la estinzione della relativa ob-

In mancanza di una regolamentazione specifica dell'istituto, sia in relazione al *project financing* sia in merito ai contratti pubblici, potrà essere invocata la disciplina del codice civile¹³⁵. Né consegue che al contratto di appalto di opere pubbliche e a quello di concessione di costruzione, troverà applicazione oltre all'art. 1463 c.c. anche l'art. 1672, che del primo rappresenta una specificazione. La disposizione in tema di contratto d'appalto, infatti, recita che «se il contratto si scioglie perché l'esecuzione dell'opera è divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile ad alcuna delle parti, il committente deve pagare la parte dell'opera già compiuta, nei limiti per cui è utile, in proporzione al prezzo pattuito per l'opera intera»¹³⁶.

Pertanto, in ossequio all'interpretazione della norma data dalla giurisprudenza, il contratto potrebbe essere sciolto solo in caso di impossibilità assoluta: in considerazione della struttura del contratto, nel quale è previsto una pluralità di obbligazioni per l'appaltatore (alcune delle quali attinenti a modalità di costruzione ed a lavori di natura meramente strumentali rispetto all'opera finita), solo l'impossibilità di realizzare l'opera e non soltanto alcune parti del progetto può determinare lo scioglimento del vincolo contrattuale¹³⁷. Per altro, ai fini dell'accertamento di tale assoluta, rileva la possibilità di apportare varianti idonee a consentire l'esecuzione dell'opera, senza alterare l'essenza stessa del contratto, fissata al momento della stipula.

Tuttavia, nonostante un'interpretazione rigorosa dei requisiti della fattispecie anche il regime legale della impossibilità sopravvenuta appare assai poco congeniale ad

bligazione, la risoluzione del contratto, ai sensi degli art. 1463 e 1256, comma 1, c.c., con la conseguente applicazione delle norme generali sulla risoluzione ed in particolare di quella sulla retroattività, senza che si possa parlare di inadempimento colpevole, e, se temporanea, soltanto la sospensione del contratto stesso, naturalmente non oltre i limiti dell'interesse del creditore al conseguimento della prestazione, ai sensi dell'art. 1256, comma 2, c.c., senza responsabilità del debitore per il ritardo nell'inadempimento».

¹³⁵ Deve essere richiamata una recente pronuncia della Suprema Corte, Cass. civ., Sez. Un., 12 aprile 2005, n. 7441 che ha escluso che la domanda di risoluzione possa integrare l'esercizio di un potere di autotutela da parte dell'amministrazione e ha ricostruito la posizione del privato in termini di diritto soggettivo: il soggetto pubblico «nel dichiarare, ai sensi dell'articolo 1463 del codice civile, la risoluzione della concessione per l'esecuzione dei lavori di cui in premessa, non ha esercitato una potestà amministrativa, incidente su di una situazione di interesse legittimo del destinatario dell'atto, ma si è avvalso di una facoltà (di non adempiere all'obbligazione assunta) a lui riconosciuta dall'ordinamento come parte di un rapporto giuridico disciplinato dal diritto privato». La ragione di questa ricostruzione è nel fatto che «l'impossibilità sopravvenuta, invocata dall'assessore regionale ai lavori pubblici a sostegno della dichiarazione con la quale l'amministrazione afferma di ritenersi libera dall'obbligo contrattuale, non esprime la volontà di modificare unilateralmente, a seguito dell'apprezzamento dell'interesse pubblico attribuito all'ente, la situazione giuridica soggettiva della concessionaria, ma considera l'estinzione della obbligazione alla stregua di un effetto prodotto direttamente dalla legge (art. 1256 codice civile)».

¹³⁶ In merito all'applicazione dell'art. 1672 agli appalti pubblici Trib. Roma, 9 ottobre 1981, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1981, II, p. 634 ha stabilito che l'obbligazione di pagamento che sorge in capo all'amministrazione committente nei riguardi dell'appaltatore per effetto della sopravvenuta impossibilità di esecuzione dell'opera concerne soltanto, in virtù dell'art. 1672 c.c. (applicabile pure in tema di pubblici appalti), la parte dell'opera compiuta prima della verificata impossibilità e non anche il compimento di attività preparatorie insuscetibili di utilizzazione; peraltro, l'utilizzabilità della parte già eseguita va stimata dal giudice non in base alle determinazioni assunte *ex post* dall'amministrazione alla stregua di proprie valutazioni ma in un quadro di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.).

¹³⁷ Cass. civ., 5 marzo 1979, n. 1364, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1979, II, p. 67, nella quale si spiega che, in considerazione della particolare struttura dei contratti d'appalto, nei quali sono previsti una pluralità di obbligazioni dell'appaltatore, alcune delle quali attinenti a modalità di costruzione ed a lavori di natura meramente strumentale rispetto all'opera finita, il legislatore ha dettato particolari norme (art. 1660 e 1672 c.c.), dalle quali discende che solo l'impossibilità assoluta di realizzazione dell'opera può produrre l'impossibilità di realizzazione di alcune parti del progetto.

un pieno apprezzamento della logica della stabilità sottesa ad ogni *project financing* per la soddisfazione dell'interesse pubblico e di quello privato, poiché è evidente che lo scioglimento del contratto di concessione pregiudica irrimediabilmente la prosecuzione del progetto.

¹³⁸In questa prospettiva, anche al fine di ridurre la genericità dei presupposti del rimedio della risoluzione di cui all'art. 1463 c.c., le parti potrebbero prevedere nella convenzione, così come generalmente avviene nelle operazioni di *project financing* internazionali, una clausola di «forza maggiore»¹³⁹.

Infine, si vuole richiamare l'attenzione sulle diverse conseguenze che possono discendere dall'esclusione dalla clausola di *forca majeure* di un evento che vi sarebbe potuto rientrare secondo il più generico concetto di impossibilità dell'art. 1463 c.c. La qualificazione della mancata prestazione conseguente al suddetto evento in termini di inadempimento imputabile al debitore, comporta, infatti, se questo è il concessionario, l'applicazione della disciplina del subentro di cui all'art. 159, se questo è il concedente, l'applicazione dell'art. 158. In entrambi i casi, quindi, entrerebbero in gioco strumenti volti alla conservazione del contratto e alla tutela degli interessi pubblici e privati connessi al successo del progetto. In altri termini, utilizzando la clausola di forza maggiore sarebbe possibile costruire un regime dell'impossibilità sopravvenuta delle prestazioni, che consentendo di ridurre o ampliare i casi in cui il contratto può essere conservato, risulta più conforme al bilanciamento degli interessi sottostante al contratto.

9.3 (segue) la disciplina legale dell'eccessiva onerosità

Proseguendo in questa direzione, anche l'art. 1467 c.c. offre una regola di allocazione del rischio dell'onerosità sopravvenuta¹⁴⁰. La norma, sconosciuta nel codice del 1865, è

¹³⁸ La differente considerazione dell'inadempimento e dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile e delle rispettive conseguenze sul piano giuridico, spiega il diverso modo di operare dell'autonomia privata nei diversi contesti normativi, giacché «la disciplina delle conseguenze dell'inadempimento» appare «maggiormente connotata da imperatività», mentre non si rinvengono limiti significativi «nella previsione di una disciplina convenzionale delle sopravvenienze impeditive» dell'attuazione del rapporto: v. F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 5; sulla stessa linea le riflessioni di R. Sacco, *Risoluzione per impossibilità*, cit., p. 55, il quale rileva che gli effetti risolutori previsti dagli artt. 1463-1464 c.c. «non hanno nulla di cogente» e esclude, viceversa che l'autonomia privata possa negare la risoluzione per inadempimento sulla base della considerazione che «l'esclusione della risoluzione inserisce nel sinallagma un elemento di alea e non è decante che taluno stipuli che la controparte correrà l'alea dell'inadempimento dello stipulante». Diversamente, M. Zaccheo, *Patti sul rischio e sopravvenienza*, ed. provv., Roma, 1994, p. 69 ha sostenuto la indisponibilità della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, alla luce del dato letterale e dell'unilateralità del contratto, originariamente bilaterale, potenzialmente indotta dal patto di esclusione della risoluzione.

¹³⁹ A testimonianza della possibilità di inserire nei bandi di gara e nei contratti pubblici clausole di «forza maggiore»: T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 15 gennaio 2004, n. 30, in *Rass. Dir. Farm.*, 2005, 103, sulla clausola che considera forza maggiore il mancato approvvigionamento di fondi; C. Conti Campania, sez. giurisdiz., 20 ottobre 1999, n. 68, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2000, p. 315; Coll. Arbitrale, 5 luglio 1984.

¹⁴⁰ Questo tema è stato oggetto di un'abbondante produzione letteraria. *Ex multis*: M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; V. Roppo, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of contract*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1239; F. Macario, *Eccessiva onerosità, riconduzione ad equità e poteri del giudice*, (Nota a Cass. sez. II civ. 18 luglio 1989, n. 3347), in *...*, 1990, fasc. 2 (febbraio), pt. I, pag. 565-575; P. Gallo, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, Id., «Eccessiva onerosità sopravvenuta», in *Dig. sez. civ.*, VII, 1991; C.G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti, art. 1467-1469, Commentario Schlesinger*, Milano, 1995, p. 109 e sgg.; G. Accardo, *L'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei più recenti orientamenti*

stata introdotta dal legislatore del 1942 onde stabilire una regola generale per il fenomeno delle sopravvenienze non impeditive della prestazione. La disciplina di parte generale è poi completata da norme di settore, codicistiche (ad esempio, l'art. 1664 per l'appalto, gli artt. 1897 - 1898 per l'assicurazione) ed extracodicistiche (ad esempio le norme in tema di revisione prezzi nelle pubbliche forniture).

Tali disposizioni rispondono all'esigenza di individuare un criterio, sulla cui base valutare se le circostanze sopravvenute abbiano determinato uno sconvolgimento dei presupposti del contratto tale da non potersi più chiedere l'adempimento degli obblighi assunti, quanto meno nelle modalità originariamente previste. Ed è evidente che questa valutazione implica il confronto con alcuni dogmi del diritto contrattuale, come il principio *pacta sunt servanda*, posti a presidio della certezza delle contrattazioni.

Ne consegue un aperto conflitto, che al rigore dei dogmi e alla necessità di garantire la certezza dei rapporti oppone incessantemente il bisogno di circoscrivere entro limiti ragionevoli il rischio dell'iniziativa contrattuale (Bessone, cit., 1973, p. 6-7)¹⁴¹.

La necessità di un giudizio sulla compatibilità tra circostanze ed adempimento emerge in modo evidente quando si verifica un evento che non poteva essere previsto. In questi casi, l'introduzione di una norma generale come l'art. 1467 c.c., considerata quale punto di incontro del principio *pacta sunt servanda* con la regola *rebus sic stantibus*, costituisce certamente indicazione molto preziosa per dottrina e giurisprudenza per dirimere il conflitto. Naturalmente delicate questioni rimangono aperte, anche se una norma stabilisce, in via di principio, che l'evento imprevedibile giustifica la risoluzione del contratto o l'equa modifica, quando si sia verificata l'eccessiva onerosità di una delle prestazioni. E ciò è tanto più vero se si sostiene la natura derogabile di tale disciplina e si tengono a mente i dibattiti sull'interpretazione dei concetti richiamati nella norma stessa.

In relazione al *project financing*, per altro, le questioni poste dall'art. 1467 c.c. non sono solo quelle legate al riconoscimento dei termini della disciplina legale dell'allocatione del rischio, ma sono ben più radicali, attenendo alla stessa applicabilità della norma alla fattispecie.

La possibilità delle parti del contratto di concessione di costruzione e gestione di avvalersi della risoluzione per eccessiva onerosità è stata posta in dubbio sulla base della peculiare ripartizione del rischio economico che questo tipo di operazione presenta. In particolare, il carattere aleatorio della concessione è stato sostenuto a partire dalla diversa natura del suo rapporto di scambio con quello del contratto di appalto. Questo ultimo, infatti, pur essendo soggetto a particolari tipi di rischio, anche espressamente regolamentati, rimane un contratto non aleatorio. Ciò si deduce ove si consideri che il committente non assume alcun rischio, essendo la prestazione dell'appaltatore di risultato. L'appaltatore, per parte sua, è soggetto esclusivamente alle variazioni dei costi e del valore della prestazione, le quali, però, costituiscono oggetto di specifica disciplina normativa o contrat-

giurisprudenziali, in *Nuova giur. civ.*, II, 1 1996; F. Di Marzio, *Eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti di mutuo indicizzati all'ECU*, (Nota a Trib. Pescara 24 gennaio 1997), in *..*, 1997, fasc. 4 (aprile), pt. 1, pag. 1098-1107; P. Giampieri, "Rischio contrattuale", in *Dig. sez. civ.*, XVIII, p. 1998; E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Torino, p. 1559; F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit.; M. Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, 2002; R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto. I rimedi per le sopravvenienze*, in *Il contratto*, Torino, 2004, p. 693 e sgg.; F. Macario, *La risoluzione per eccessiva onerosità. Principi e regole generali*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V, *I Rimedi*, 2, Milano, 2006, p. 615 e sgg.

¹⁴¹ M. Bessone, cit., p. 6-7; E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 1571 e sgg.

tuale. L'alea delle variazioni di costi e valori che rimane entro i limiti della normalità, se non diversamente disciplinata da apposite previsioni contrattuali, rappresenta l'alea normale del contratto e, dunque, rimane a carico di ciascuno dei contraenti.

In modo simile anche il concessionario si assume il rischio della variazione dei costi e della propria prestazione, solo che a questo si accompagna il rischio dell'insuccesso economico dell'impresa e dell'eventuale mancato ritorno o remunerazione del capitale investito per la costruzione dell'opera o per la gestione del servizio¹⁴². Quindi, nel caso della concessione, il concessionario si accolla il «rischio economico» dell'impresa, in quanto la remunerazione dell'esecutore dell'opera o del prestatore di servizi proviene non già dall'autorità pubblica interessata, bensì dagli importi (eventualmente) versati dai terzi per l'utilizzo del bene o servizio di cui si tratta.

Questo risultato non deve però automaticamente farci ritenere aleatorio il contratto di concessione. Né a questa conclusione deve portarci il fatto che in ambito comunitario per descrivere tale caratteristica si parli di alea perché il concetto cui si fa riferimento, in verità, non sembra coincidere pienamente con il relativo concetto civilistico¹⁴³.

Nel nostro sistema il rischio che rende un contratto aleatorio è il rischio giuridico inerente alla prestazione. Non è il rischio puramente economico, relativo al costo o al valore o all'utilità della prestazione attesa, che è presente entro un certo grado in ogni contratto. Come dimostra lo stesso contratto d'appalto, nei contratti commutativi vi è incertezza sul costo o sul valore della prestazione ma non sulla prestazione in quanto tale che è certa e definita: realizzare l'opera oggetto dell'accordo. Invece dobbiamo parlare di rischio giuridico quando è la prestazione in sé a dipendere da eventi casuali. Nel *project financing*, il contratto di concessione non sembra qualificabile come contratto aleatorio dato che la prestazione dovuta dalla società di progetto appare definita nella

¹⁴² Sulla distinzione tra appalto e concessione e sul tema del rischio economico assunto dal concessionario è significativa la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02) in *Urb. app.*, 2000, fasc. 10, pp. 1071, con commento di F. Leggiadro; in *Foro it.*, 2000, fasc. 9, pt. 4, p. 389, con commento di A. Barone, U. Bassi; e in *Giorn. dir. amm.*, 2000, fasc. 12, pp. 1263, con commento di C. Guccione. Secondo la Commissione, si è in presenza di appalti pubblici di lavori ai sensi del diritto comunitario, quando il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'opera. [...] È vero che anche negli appalti pubblici accade che una parte dei rischi sia a carico del contraente. Tuttavia, l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, che si potrebbe definire «rischio economico», è propria del fenomeno delle concessioni. Questo tipo di rischio, infatti, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione, costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici. In conclusione, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante da tale gestione; la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire dei rischi in questione.

¹⁴³ Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634 riconosce che: «Le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato. Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione: è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi» (la pronuncia si riferisce alla fornitura di un servizio di scuolabus che viene definito in termini di appalto di servizio di trasporto pubblico di linea, quando, il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio viene reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio).

costruzione di una certa opera e nella sua gestione per un determinato lasso di tempo. Quello che invece può variare in conseguenza delle circostanze future è il valore economico che può ricavarsi da tale gestione.

Se, dunque, la concessione di costruzione e gestione è un contratto commutativo il concessionario potrà invocare una serie di strumenti giuridici di tutela – in primo luogo quelli tesi a riequilibrare il rapporto contrattuale di cui all'art. 1467 e 1664 c.c. – che rafforzano la certezza e l'equità dell'istituto contrattuale. Ciò, nel caso particolare contribuisce a rendere il contratto di concessione funzionale all'esigenza di coinvolgimento del capitale privato nella realizzazione di opere pubbliche.

Superata quest'obiezione, l'art. 1467 c.c. potrebbe operare nei casi in cui l'economia del contratto sia alterata da circostanze imprevedute al momento della sua conclusione, che determinino per il concessionario un'accresciuta difficoltà e una maggiore onerosità della prestazione.

Il cuore della norma è costituito dal concetto di eccessiva onerosità e dal nesso di causalità necessaria che deve riconnettere la prima a quelli che sono definiti dalla norma come avvenimenti straordinari ed imprevedibili.

L'espressione «eccessiva onerosità», tenendo presente l'*excursus* dottrinale e giurisprudenziale che ha interessato la sua interpretazione, oggi viene comunemente intesa in termini oggettivi. Il suo criterio identificativo è rappresentato da una notevole alterazione del rapporto tra le prestazioni dedotte in contratto al momento della sua esecuzione. Ciò significa che ai fini del rimedio rilevano tutte le ipotesi in cui il debitore subisce un sacrificio economico in termini di corrispettività, a prescindere dalla circostanza che la sopravvenienza incida direttamente sulla prestazione del contraente che invoca il rimedio, ovvero indirettamente interessando la controprestazione¹⁴⁴. Perciò, in presenza degli altri presupposti, le parti del rapporto concessionario potranno avvalersi dell'istituto sia nell'ipotesi in cui cambi il valore della propria prestazione sia nel caso in cui l'aggravio dell'onere economico dipenda dallo svilimento della controprestazione attesa¹⁴⁵. Tuttavia, nelle ipotesi di onerosità indiretta è richiesta l'ulteriore condizione che anche la controprestazione svilita, oltre che quella di chi agisce per la risoluzione, non sia completamente eseguita.

La variazione del rapporto economico tra le prestazioni, tuttavia, per rilevare ai fini della risoluzione, deve superare quella che era la prevedibile oscillazione dei loro

¹⁴⁴ Cfr. R. Sacco - De Nova, *Il contratto*, cit., p. 714, V. Roppo, *Il contratto*, cit. p. 1021, il quale evidenzia che in entrambi i casi la prestazione attiva o passiva di una delle parti non è più idonea a fungere da contropartita alla prestazione dell'altra. La giustificazione sotto il profilo economico e giuridico del rimedio concesso nelle due ipotesi è la stessa. La giurisprudenza sul punto è consolidata da ultimo Cass., sez. II, 8 agosto 2003, n. 11947 la quale ha riconosciuto che «la questione dell'applicabilità ad un determinato contratto dell'intera disciplina dell'art. 1467 c.c. sull'onerosità sopravvenuta deve essere risolta dal giudice con specifico riferimento al caso concreto» avendo riguardo a «quando questa sia divenuta eccessivamente onerosa o quando la prestazione dallo stesso contraente attesa si sia eccessivamente svilita in modo da alterare l'equilibrio economico raggiunto dalle parti al momento della conclusione del contratto».

¹⁴⁵ F. Macario, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 631, ricorda che «dottrina e giurisprudenza ritengono ormai da tempo, di dover accedere ad una diversa interpretazione della formula, più corretta dal punto di vista teleologico e sistematico dell'art. 1467, nel senso che, perché si abbia eccessiva onerosità è necessario (e sufficiente) che si determini una notevole alterazione del rapporto tra le prestazioni (...) indipendentemente dalla circostanza che l'incidenza della sopravvenienza sia "diretta", colpendo il valore della prestazione dovuta dal contraente che invoca il rimedio ovvero "indiretta", facendo diminuire sensibilmente l'utilità della controprestazione, producendosi in entrambi i casi la suddetta alterazione del rapporto di "equivalenza" o, più correttamente, di corrispettività fissato in origine dai contraenti».

valori. Il concetto è espresso dal requisito dell' "alea contrattuale". Questa contrassegna tutti i contratti commutativi, indicando la sfera di rischio che le parti, anche di un contratto "certo", si sono assunte implicitamente con la negoziazione, sul presupposto che ogni tipo contrattuale espone i contraenti al pericolo di eventi sopravvenuti¹⁴⁶. Perciò, alla luce delle caratteristiche della concessione, l'alea gravante sulla società di progetto comprende sia il rischio relativo alla costruzione dell'opera sia quello relativo alla gestione: nel rapporto concessorio la prestazione non ha, infatti, natura esclusivamente tecnica esecutiva perchè comprende anche l'organizzazione di molti fattori produttivi e finanziari. In questo senso il rischio assunto dal concessionario è più esteso di quello dell'appaltatore, limitato all'ipotesi che l'esecuzione risulti più difficile o più costosa del previsto, rendendo il prezzo non più remunerativo.

Tale lettura sarebbe però riduttiva se non fosse integrata con la considerazione del negozio concretamente stipulato, solo rispetto al quale può esprimersi un giudizio di prevedibilità dell'evento perturbatore; per questo alla considerazione del tipo deve aggiungersi quella di ogni altro elemento caratterizzante nel caso concreto tale piano di ripartizione. Nell'esercizio della loro autonomia privata le parti possono prevedere alcuni eventi futuri e stabilire chi deve assumersi le conseguenze del loro eventuale verificarsi. Sulla base di queste statuizioni si configura la c.d. "alea convenzionale" del contratto, cioè la soglia convenzionalmente fissata entro cui non vi è spazio per la risoluzione del contratto. Perciò il trasferimento di un rischio normalmente avviene determinando il contenuto del contratto¹⁴⁷. Per stabilire, perciò, chi debba essere sopportare un certo rischio, nella concessione di *project financing* dovrà guardarsi al contenuto della convenzione e del piano economico finanziario.

La natura e l'estensione dell'alea gravante sul concessionario non potrà, perciò, essere delineata una volta per tutte, dato che la ripartizione dei rischi delle sopravvenienze non può ricavarsi solo in base all'alea normale del contratto di concessione. Dovrà, invece, farsi riferimento all'alea convenzionale costruita sulla base dei presupposti e

¹⁴⁶ Nonostante il dibattito vivace anche su questo punto, è piuttosto condivisa la tesi che l'alea normale dipende dal tipo contrattuale, perché ogni tipo incorpora un proprio piano di ripartizione dei rischi. I contraenti pertanto hanno l'onere di prevedere l'esistenza di questo margine di rischio inerente a qualsiasi convenzione, nel senso che le intese possono diventare più o meno onerose, perché ciò rientra nella normalità del mondo degli affari. Cfr. F. Nicolò, *Alea, Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1031; F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 200 e sgg.; E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 1574 - 1575; R. Sacco - De Nova, *I rimedi per le sopravvenienze. Il contratto*, cit., p. 715; V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 1024; G. Capaldo, *Contratto aleatorio e alea*, Roma, 2004, p. 230 e sgg. per la rilevanza del concetto di alea nell'istituto della risoluzione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

¹⁴⁷ Cfr. G. Capaldo, *Contratto aleatorio e alea*, cit., p. 38 e sgg. per un'accurata ricostruzione del problema del rapporto tra contratto aleatorio e estensione convenzionale dell'alea - che ricorrerebbe quando «i contraenti estendono l'alea normale, propria di un tipo negoziale, ma senza trasformarlo in aleatorio». L'importanza che ha assunto la tecnica convenzionale di ripartizione del rischio, è dovuta soprattutto alla rivalutazione dell'aspetto economico del contratto, incoraggiata dall'analisi economica del diritto. Nelle esperienze di *common law*, il contratto viene visto come lo strumento con cui stabilire la divisione dei profitti e delle perdite connesse alle varie evenienze incidenti sul contratto. In quest'ottica, la distribuzione convenzionale rappresenta il modo con cui si disciplinano le conseguenze del verificarsi di circostanze negative, individuando quale dei contraenti ne debba sopportare il peso, sulla base delle valutazioni economiche che hanno ispirato le scelte negoziali delle parti. Gli strumenti contrattuali a cui generalmente si fa ricorso a questo scopo, sono l'assunzione da parte di uno dei contraenti di obblighi oppure apposizione di condizioni. In particolare, quando l'esito di un'iniziativa dipende dal comportamento o da fatti sotto il controllo di uno dei contraenti, il modo per coprire il rischio dell'insuccesso può consistere nel definire come un obbligo il contegno necessario ad evitare l'evento perturbatore. Diversamente quando il rischio legato ad un fatto prevedibile ma sottratto ad ogni controllo può essere eluso con l'apposizione di una condizione al contratto.

delle condizioni che, nel singolo caso, determinano l'equilibrio economico del finanziamento e della connessa gestione, in quanto richiamati nelle premesse del contratto. Ricordiamo, infatti, che in base all'art. 143 i presupposti e le condizioni di base, atti ad assicurare l'equilibrio economico e finanziario, devono risultare dal piano di copertura dell'investimento sul quale si forma il consenso delle parti. Questo, infatti, costituisce parte integrante del contratto. Ovviamente tanto più il piano sarà dettagliato in ordine ai presupposti e alle condizioni di base su cui si è formato l'accordo tra amministrazione e soggetto privato, tanto più sarà facile delimitare il margine di rischio assunto dal concessionario.

Si intreccia con il giudizio sul superamento dell'alea contrattuale, l'ulteriore requisito della risoluzione per eccessiva onerosità, rappresentato dall'«straordinarietà» e «imprevedibilità» degli avvenimenti sopravvenuti. Appare ormai pacifica l'idea che l'imprevedibilità del fatto debba essere valutata secondo una logica di normalità per cui è prevedibile ciò che un uomo medio avrebbe potuto prevedere al tempo del contratto. Ma a questo criterio la giurisprudenza tende ad aggiungere altri relativi all'individuo e alle condizioni socio-economiche in cui s'inserisce la negoziazione, per cui, alla fine, solo l'interprete del caso concreto può stabilire quale evento deve ritenersi imprevedibile, sulla base della ponderazione di una pluralità di elementi¹⁴⁸. A *fortiori*, il rimedio non avrà applicazione quando l'evento sopravvenuto sia stato contemplato e regolato dalle parti con una clausola contrattuale.

Dai requisiti dell'istituto, quindi, si deduce che il rimedio potrà trovare applicazione al contratto di concessione, quando si siano verificate circostanze tali da superare i rischi prevedibili che erano stati tenuti presenti dalle parti al momento della stipulazione della convenzione sulla base del piano economico finanziario.

Sul punto, va sottolineato che il legislatore, modificando l'art. 143, ha fatto riferimento alla previsione espressa da parte dei contraenti di un certo rischio come fattore di variazione del mercato di riferimento del progetto nel corso della sua esecuzione, al fine della fissazione della durata della concessione, ma più in generale per la redazione del piano economico finanziario dell'operazione. Se ne deduce che il verificarsi delle modifiche delle condizioni di mercato prese in considerazione non possono giustificare la risoluzione del contratto per mancanza del requisito dell'imprevedibilità.

Ciò posto, nel nostro caso, il giudizio di imprevedibilità, da un lato, sarà particolarmente rigoroso, in considerazione della diligenza qualificata richiesta al concessionario per la complessità delle attività svolte, dall'altro, dovrà tener conto della molteplicità dei fattori tecnici e finanziari coinvolti nel contratto.

Tuttavia non tutti gli eventi imprevedibili, determinanti l'alterazione del rapporto tra i valori delle prestazioni, in misura eccedente l'oscillazione prevedibile degli stessi rilevano ai fini dell'applicazione della disciplina dell'art. 1467 c.c. all'operazione di *project financing*.

¹⁴⁸ Queste due caratteristiche hanno dato luogo a diversi problemi interpretativi. La sopravvenienza rileva in quanto dovuta ad un evento straordinario ed imprevedibile, concernenti il grado (astratto o concreto) della prevedibilità, il grado di specificità e il grado di certezza che dovrebbe assumere la previsione dell'evento. Cfr. R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 710 – 711; in giurisprudenza Cass., 23 febbraio 2001, n. 2661; Arb. Roma, 9 marzo 2006 definiscono il carattere della straordinarietà di natura obiettiva, dovendosi qualificare un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità ecc., suscettibili di misurazione e quindi tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni almeno di ordine statistico, mentre il carattere della imprevedibilità avrebbe una radice soggettiva, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza.

Alla luce della ricostruzione sistematica della disciplina della figura in esame, devono escludersi dall'ambito di applicazione dell'art. 1467 c.c. le ipotesi in cui l'equilibrio del contratto sia sovvertito dalle variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti e alle condizioni di base dello stesso¹⁴⁹, nonché dall'intervento di norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività oggetto della concessione: in questi casi, infatti, come abbiamo visto, l'art. 143 comma 8 prevede una disciplina specifica per la concessione di costruzione e gestione, che attribuisce alle parti il diritto alla revisione della convenzione.

Per altro, restano fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 1467 c.c. anche gli eventi sopravvenuti imputabili all'azione dell'amministrazione stipulante che riguardano elementi esterni al contratto, ovvero che non incidono sui presupposti e sulle condizioni del piano economico finanziario richiamati nelle premesse del contratto. Tale rischio evidentemente non può essere superato attraverso l'eliminazione di quelle che sono le prerogative dell'amministrazione. Non è, infatti, pensabile una rinuncia integrale da parte dell'amministrazione all'esercizio delle sue funzioni, quale conseguenza della sua partecipazione all'operazione di *project financing*. Perciò, per gestire le conseguenze delle sopravvenienze imputabili all'azione dell'amministrazione si debbono pensare altri strumenti giuridici, in grado di contemperare la salvaguardia dell'interesse del privato a non vedersi gravato di un onere economico superiore a quello preventivato con la negoziazione, e la necessità dell'amministrazione di esercitare le funzioni attribuite per la cura dell'interesse pubblico. Vedremo oltre che, in questa logica si possono configurare delle ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione.

Diversamente, rimarrebbero assoggettati alla disciplina dell'art. 1467 c.c. gli interventi delle amministrazioni diverse da quella concedente - posto che l'art. 143 si riferisce alle variazioni "apportate dall'amministrazione aggiudicatrice" - che non si traducono in una disciplina normativa o regolamentare suscettibile di incidere sotto il profilo tariffario o gestionale sull'attività del concessionario. Si tratta di una circostanza non remota se si considera la pluralità delle attività interessate comunemente dai *project financing* e l'intreccio delle competenze tra le amministrazioni.

In tutte le restanti ipotesi nelle quali, a seguito di eventi verificatisi durante il corso del rapporto, si verifichi il superamento del rischio d'impresa assunto dal concessionario, la disposizione codicistica potrebbe essere invocata dal concessionario come da qualsiasi altro imprenditore. Così nel caso di restrizione nelle linee di credito, di andamento anomalo dei tassi di interesse, di eventi di forza maggiore incidenti sul programma dei lavori, di alterazioni dei costi, di innovazioni tecnologiche che rendono superati i servizi erogati

¹⁴⁹ La norma investe il più generale tema della rilevanza degli avvenimenti imputabili alla parte che invoca il rimedio ai fini della risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione. La dottrina e la giurisprudenza, sul punto, sono giunte alla conclusione che «un comportamento imputabile al debitore sarebbe in grado di escludere l'applicabilità della risoluzione non solo nel caso in cui il debitore per negligenza non abbia previsto un avvenimento prevedibile, ovvero nel caso che l'eccessiva onerosità colpisca la parte perché inadempiente, ma anche quando il debitore medesimo abbia concorso ad aggravare la propria posizione contribuendo al prodursi dell'eccessiva onerosità». Così E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 1580. In senso conforme, F. Macario, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 627. In giurisprudenza da ultimo Cass., 23 febbraio 2001, n. 2661, in *Foro it.*, 2001, I, 3254, nota Mastrorilli e in *Giur. it.*, 2001, 1824, nota Corriero, p. 1987-2001: «Va rigettata la domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, quando l'onerosità della prestazione sia conseguenza di avvenimenti che, per essere stati causati dalla condotta del contraente, non sono straordinari né imprevedibili». La precisazione avrà un suo rilievo, quando cercheremo di individuare il trattamento giuridico delle ipotesi in cui le difficoltà del progetto sono, in qualche modo, legate ad uno dei contraenti.

dal concessionario, potrebbe farsi ricorso ai rimedi dell'art. 1476 c.c., poiché si tratterebbe di fatti incidenti sulla fase di costruzione o sull'andamento delle entrate della gestione.

Questi in particolare consistono nella possibilità della parte sfavorita di chiedere in via d'azione la risoluzione del contratto, la quale potrà essere evitata dalla controparte offrendo di ricondurre il contratto ad equità. La formulazione di un'offerta di riconduzione ad equità, ai sensi dell'art. 1467 comma 3, costituisce unicamente una facoltà concessa alla parte convenuta in giudizio per scongiurare lo scioglimento del contratto. In questo modo la norma salvaguarda l'interesse alla conservazione del contratto, ma solo ove questo corrisponda all'interesse della parte che, in realtà, è quella favorita dall'evento sopravvenuto.

10. La gestione delle sopravvenienze e la tutela dell'equilibrio contrattuale

Nel paragrafo precedente abbiamo sottolineato le caratteristiche del regime delle sopravvenienze di cui all'art. 1467 e abbiamo ricordato che la previsione dei rimedi li accolti risponde all'esigenza di addivenire ad un sistema generale di equa e razionale gestione del rischio che sia venuto ad alterare l'originale programma negoziale. Ora, superate le obiezioni generali di applicabilità della norma al *project financing* resta da vedere se la risoluzione rappresenti lo strumento giuridico più congeniale per la gestione delle sopravvenienze nel caso specifico, considerate le caratteristiche della fattispecie.

Sulla base della ricostruzione del *project financing* come forma giuridica del principio di sussidiarietà, cercheremo di affrontare la questione della gestione delle sopravvenienze, in modo coerente alla particolare relazione tra interesse pubblico e interesse privato e alla connessa logica di cooperazione nella gestione del rapporto.

Pertanto, nel tentativo di costruire la disciplina della figura in modo sistematico e conforme a queste caratteristiche, verranno presi in rassegna gli strumenti giuridici offerti dall'ordinamento, al fine di individuare quale di questi meglio rispecchi quell'esigenza di conservazione del contratto, che deriva dal rapporto di convergenza degli interessi. Parallelamente, vedremo che rispetto ai caratteri della finanza di progetto non appaiono funzionali né le soluzioni giuridiche che privilegiano la tutela dell'interesse privato, determinando un incremento dell'incertezza nella contrattazione della pubblica amministrazione, né quelle che vincolano il privato al rapporto, ancorché si siano verificati eventi estranei ai rischi assunti con l'accordo.

Punto di partenza del ragionamento è la circostanza che nel *project financing* il concessionario si trova a realizzare un progetto inserito dall'autorità nella programmazione triennale di cui all'art. 128 o negli altri strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione, quindi già giudicato conforme all'interesse pubblico in base all'art. 153 co. 11 (prima del terzo decreto correttivo artt. 153 e 154). Per cui, come sappiamo, l'attività del concessionario, non risponde soltanto ad un interesse proprio, come in ogni rapporto contrattuale, ma anche all'interesse pubblico connesso alla realizzazione dell'opera e alla gestione del servizio, nei termini delineati nel complesso procedimento che inizia con la programmazione e sfocia nell'aggiudicazione del contratto.

Per questo nesso, nell'ipotesi in cui si verifichi un evento che rende non più conveniente l'affare per il concessionario, se non si tutelano le sue ragioni si finisce per pregiudicare l'interesse pubblico al successo del progetto. Sicché, anche nel caso di alterazione dell'equilibrio economico e giuridico faticosamente raggiunto in sede di progettazione dell'operazione, riemerge l'interesse generale alla prestazione di un'attività o di un'opera di utilità sociale attraverso l'intervento del privato e ci indica le soluzioni

giuridiche più conformi alle caratteristiche della figura. Infatti, l'esigenza di garantire per tutta la durata del rapporto l'equilibrio raggiunto tra interesse dell'amministrazione e scopo di lucro dell'imprenditore, porta a preferire i meccanismi di conservazione e ripristino del suddetto assetto contrattuale. Gli strumenti volti allo scioglimento del contratto, invece, nella misura in cui non rispondono a tale esigenza, appaiono meno funzionali e, quindi, devono essere considerati come soluzioni di ultima istanza.

D'altra parte, tale aspetto conferma un dato che abbiamo già indicato come una delle opzioni di fondo del sistema contrattuale del *project financing* nelle sue applicazioni internazionali, ovvero la sussistenza tra i partecipanti all'iniziativa di una "comunità di interessi e di destino" e, quindi, di un legame difficilmente risolvibile. L'inadeguatezza del rimedio risolutorio emerge ove si consideri che la negoziazione per la conclusione di nuovi contratti, pubblici o privati, invero, sarebbe molto lunga e dispendiosa. Se, poi, la causa di risoluzione dipendesse da motivi politici o amministrativi, anche il nuovo contraente dovrebbe tenerne conto. Se invece l'evento incidesse solo su una delle obbligazioni, la risoluzione dell'intero contratto potrebbe risultare eccessiva e finire per danneggiare tutti i soggetti.

Diversamente, gli strumenti giuridici volti all'adeguamento del contratto appaiono rispondere all'esigenza di una o di entrambe le parti a rivedere i termini dell'accordo, nella prospettiva della sua conservazione, perché la gestione del rapporto consente la soddisfazione degli interessi sottesi. Tali strumenti, infatti, consentono di distribuire tra i contraenti il rischio delle sopravvenienze e di ripristinare un nuovo equilibrio contrattuale. In questo modo, evitando che una sola delle parti resti significativamente sfavorita e la controparte tragga un vantaggio eccessivo e ingiusto, si tenta di salvare il contratto.

La riflessione giuridica¹⁵⁰ che si è occupata del problema delle sopravvenienze, avviene nel nostro ordinamento, sulla base di una serie di riscontri normativi, un principio generale di adeguamento del contratto, mai espresso in termini generali ed espliciti, secondo il quale, nella realtà dei contratti di lunga durata, la modificazione del rapporto in corso di esecuzione costituisce la soluzione preferenziale offerta dall'ordinamento ai conflitti sorti fra i contraenti¹⁵¹. Ciò deriverebbe dalla garanzia, in sede di attuazione,

¹⁵⁰ Sulla costruzione di questo principio, v. P. Gallo, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 3 e sgg., Id. "Revisione del contratto" in *Dig. disc. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 431 e sgg.; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli 1996, p. 9; A. De Mauro, *Principi di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; R. Tommasini, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione delle sopravvenienze*, in R. Tommasini (a cura di), *Sopraavvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, 2003, p. 16 e sgg.; C. D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze*, in R. Tommasini (a cura di), cit., p. 509; F. Gambino, *Revisione del contratto e autonomia privata*, *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 347 in partic. p. 366

¹⁵¹ Cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 16, il quale afferma che «nel nostro ordinamento, appaiono talvolta le manifestazioni di un principio, mai espresso in termini generali, secondo il quale, in una realtà contrattuale del tipo in esame, l'adeguamento, l'adattamento o la revisione (in una parola la modificazione) del rapporto in corso di esecuzione costituisce la soluzione preferenziale offerta dall'ordinamento ai conflitti insorti fra i contraenti». La., (ult.cit., p.72 e sgg.) considera indici rilevatori della presenza nel nostro sistema civile del principio di adeguamento dei contratti di durata gli artt: 1664 comma 1 e 2 in tema di appalto, 1622 1623 e 1635 in tema di affitto; 1561 in tema di somministrazione; 1710 in tema di mandato. Non può tacersi tuttavia che le suddette previsioni si riferiscono a specifici tipi contrattuali e per lo più in relazione a circoscritte ipotesi di sopravvenienze, per cui non possono essere applicate al di là dei casi e dei presupposti per cui sono dettate. R. Tommasini, *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 5 e sgg. rileva come tali articoli siano manifestazione che «l'esigenza di garantire alle parti la corrispettività tra le prestazioni viene realizzata in linea di principio e fondamentalmente attraverso la revisione del prezzo o la riduzione ad equi-

della funzionalità della causa dei contratti di durata, nei quali l'interesse delle parti è diretto all'adempimento continuativo per il periodo concordato; per cui la sua soddisfazione dipende dalla regolare attività dei soggetti in esecuzione degli obblighi assunti. Questo vale a maggior ragione per quei contratti di lungo termine, come il *project financing*, in cui la continuità dell'esecuzione è preordinata al raggiungimento di un determinato risultato finale. In questi si può distinguere l'interesse al risultato dello scambio dall'interesse al rispetto dell'accordo iniziale: all'esigenza di tutela del primo risponderebbero le tecniche di adeguamento del contratto.

Questo tema ha interessato direttamente proprio la materia delle opere pubbliche, ove la preoccupazione di garantire l'esecuzione della prestazione dovuta ha giustificato l'ammissione in più ampia misura della tecnica revisionale. È stato affermato che

[...] un sensibile turbamento dell'equilibrio contrattuale e le connesse difficoltà dell'appaltatore, cui pur fa carico il rischio economico dell'appalto, finirebbero per ripercuotersi immediatamente e negativamente sull'attività e sulle finalità della pubblica amministrazione: in ordine alla completa esecuzione del contratto; in relazione alla partecipazione delle imprese a gare per nuovi appalti; e fundamentalmente, in rapporto alle finalità stesse dell'ente pubblico il cui interesse prevalente rimane quello di pervenire alla realizzazione dell'opera appaltata per destinarla al soddisfacimento di interessi pubblici (F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 115)¹⁵².

In tema di appalto, indice normativo dell'interesse alla prosecuzione del rapporto è l'art. 1664 c.c., il quale, al primo comma, prevede che l'appaltatore o il committente, nell'ipotesi specifica di aumento o diminuzione dei costi dei materiali o della manodopera possono chiedere la revisione del prezzo convenuto, sempre che l'entità dell'oscillazione superi la misura del decimo del prezzo pattuito. Il secondo comma dell'art. 1664, come abbiamo avuto modo di vedere, considera invece i casi in cui nell'esecuzione dell'opera, subentrino difficoltà non previste e non prevedibili d'ordine geologico, idrico e simili, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, determinando il diritto di questi ad ottenere un «equo compenso». La norma si riferisce a circoscritte ipotesi di sopravvenienze, ma già abbiamo ricordato come essa sia comunemente interpretata in termini ampi, per cui tale diritto sorgerebbe in presenza di tutti gli accadimenti naturali¹⁵³.

tà, che appaiono chiaramente ispirati alla stessa logica di conservazione della efficienza degli atti giuridici».

¹⁵² F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 115, parla della disciplina dell'appalto pubblico e privato in termini di «esempio didattico del riconoscimento dell'interesse dei contraenti all'esecuzione prolungata in vista del risultato contrattuale divisato»; nello stesso senso R. Tommasini, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, voce in *Enc. del Dir.*, Milano, 1989, XL, p. 113; Id., *Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione delle sopravvenienze*, cit., p. 5 «L'inversione di prospettiva nel contratto di appalto [rispetto alla previsione del rimedio della risoluzione] dimostra una precisa scelta legislativa, rivolta alla conservazione del rapporto ed alla realizzazione degli obblighi assunti dall'appaltatore, il quale può solo pretendere la revisione del prezzo secondo le modalità di legge. Le ragioni che hanno indotto il legislatore ad operare questa scelta sono intuibili ma è certo che significativa conferma si ricava dall'art. 1664, comma 2 c.c. nel quale è riaffermato il solo diritto all'equo compenso per l'appaltatore dinanzi a difficoltà di esecuzione che pure abbiano reso notevolmente più onerosa la prestazione».

¹⁵³ Cass., 28 marzo 2001, n. 4463, cit.; da ultimo Trib. Salerno, 4 settembre 2003, in *Corti salernitane*, 2006, 25, n. Carcavallo ha precisato che «gli istituti disciplinati dall'art. 1664 c.c., [...] rivestono carattere eccezionale rispetto alla disciplina generale della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta di

Si tratta a questo punto di valutare la compatibilità di queste norme con il contratto di concessione.

A favore di una soluzione positiva depone il processo di sostanziale assimilazione tra l'appalto e la concessione, iniziato a livello comunitario¹⁵⁴ e culminato nella definizione di concessione contenuta nel codice di cui al D.lgs. n. 163/06¹⁵⁵: le concessioni non si differenziano più dall'appalto per la natura giuridica, ma per le modalità di remunerazione perché al concessionario è attribuito il diritto di gestire l'opera e di percepire i relativi proventi.

Tuttavia per decidere della concreta applicabilità delle norme occorrono alcune precisazioni.

Per quanto riguarda il primo comma dell'art. 1664, in tema di corrispettivo della concessione, ove questo sia erogato alla società di progetto per il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario e sia, come presumibile, richiamato nelle premesse del contratto sarà soggetto al meccanismo di revisione di cui all'art. 143, in deroga al divieto di revisione dei prezzi dei contratti pubblici stabilito dall'art. 133 comma 2.

Diversamente, nel caso di difficoltà di esecuzione derivante da cause naturali, il concessionario potrà invocare il diritto ad un equo compenso per ripristinare l'equilibrio contrattuale, quando ne ricorrano i suddetti presupposti. Tuttavia i margini di operatività di questa norma devono fare i conti con la legittimazione nelle medesime circostanze della stazione appaltante ad esercitare lo *jus variandi*¹⁵⁶.

L'impressione che si ricava dalla lettura del complesso di queste disposizioni, è la frammentarietà dei riferimenti normativi e l'esistenza di uno spazio residuale di applicazione dell'art. 1467 c.c. Perciò, alla luce degli indici normativi richiamati non può dirsi del tutto scongiurato il rischio dello scioglimento del contratto di concessione.

Pertanto, il tentativo di costruire una tutela più forte dell'interesse alla conservazione del contratto deve essere affidata anche ad altri strumenti giuridici. Ciò sul presupposto che il tema della gestione delle sopravvenienze e dell'adeguamento contrattuale coinvolge istituti diversi, alcuni dei quali hanno la loro fonte in una disposizione di legge, altri in una clausola contrattuale, altri ancora in una pronuncia giudiziale modificativa del contratto.

cui all'art. 1467 c.c. e sono insuscettibili di applicazione analogica ad eventi sopravvenuti diversi da quelli considerati dalla norma; è, peraltro, ammissibile l'interpretazione estensiva della norma, che, nel 2° comma, prevede il diritto dell'appaltatore ad un equo compenso per le difficoltà di esecuzione sopravvenute, derivanti da cause geologiche, idriche e simili, che rendono più onerosa la sua prestazione, nel senso che devono ritenersi comprese nella previsione normativa tutte le difficoltà di esecuzione dipendenti da cause naturali e cioè tutte quelle che presentino le stesse qualità e caratteristiche intrinseche delle precedenti, esplicitamente menzionate, ma non quelle provocate da sopravvenienze oggettive di tipo diverso che provochino effetti diversi o analoghi, come il fatto del terzo e il *factum principis*, le quali possono rientrare nella disciplina generale dell'art. 1467 c.c.».

¹⁵⁴ Art. 1 direttiva CE 18/2004.

¹⁵⁵ Art. 3 del codice dei contratti di lavori, forniture e servizi.

¹⁵⁶ Valorizza l'applicazione dell'art. 1664 comma 2 al *project financing* M. Baldi, *Il project financing nella legge n. 415 del 1998*, in M. Baldi-G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, cit., p. 620 e sgg., il quale afferma che «dal combinato disposto dell'art. 1664, comma 2, c.c., con il "sistema" di cui agli articoli 1467 e 1468 c.c., si trae quindi ulteriore conforto alla prospettata soluzione a configurare un diritto del concessionario al riequilibrio finanziario del rapporto». La. giunge a riconoscere alla norma la funzione di consentire il riequilibrio anche attraverso una variazione del piano originario dell'opera, atteso che la «fattispecie dell'art. 1664 comma 2 è una delle ipotesi in cui sono ammesse le varianti in corso d'opera». Tuttavia la ricostruzione non è condivisibile nel punto in cui intende questa soluzione come generale sulla base di un'interpretazione estensiva della norma, in realtà smentita dall'orientamento giurisprudenziale consolidato sopra richiamato.

La revisione contrattuale può trovare la propria fonte in un atto di autonomia. In sede di programmazione dell'assetto degli interessi, le parti prevedono criteri e modalità di adeguamento delle prestazioni pattuite; l'esercizio del relativo diritto è collegato al decorso di un certo periodo di tempo o ad altre circostanze esterne che potranno in avvenire realizzarsi. Tali previsioni si fondano sul principio condiviso che le parti hanno il potere di ripartire i rischi relativi all'eccessiva onerosità, finché la loro autonomia non incontra un limite legale. Tale non è considerata la disciplina codicistica delle sopravvenienze, con la quale il legislatore propone la soluzione che ritiene corrispondente ad un'inespressa volontà delle parti in merito alla ripartizione dei rischi inerenti al negozio. Con la conseguenza che la previsione di una diversa allocazione convenzionale dei rischi, è destinata a sovrapporsi a quella legale.

Nell'ambito delle clausole di adeguamento inseribili nel contenuto contrattuale, si distinguono le clausole di rinegoziazione¹⁵⁷ per la caratteristica che esse non si limitano a prevedere un meccanismo automatico di ripristino del rapporto corrispettivo tra le prestazioni, ma consentono la revisione del contratto attraverso la riapertura delle trattative tra i contraenti. Per questo, la clausola di rinegoziazione si distingue sotto il profilo degli effetti giuridici dai casi di modificazione automatica: l'adeguamento non consegue ad un'operazione di calcolo sulla base di un certo parametro tecnico o economico¹⁵⁸.

I punti dell'accordo su cui le parti intendono riaprire le trattative, per il suo adeguamento alle mutate circostanze, possono essere i più vari, così come i presupposti fattuali che legittimo l'apertura del confronto, essendo tale clausola frutto dell'autonomia negoziale.

Le clausole di rinegoziazione consentono la correzione degli effetti sviluppati da eventi sopravvenuti, anche quando non dotati delle caratteristiche della «straordinarietà» e «imprevedibilità» e quindi non eccedenti l'alea normale del contratto. In questi casi, tali clausole, permettendo successive modifiche, anche a fronte di alterazioni non impeditive dell'attuazione del rapporto, consentono all'accordo di restare aderente alla realtà che cambia. Di conseguenza, con questa tecnica, non solo si possono risolvere i casi di incisiva sperequazione sull'equilibrio contrattuale, ma si può anche pianificare l'esecuzione del contratto nel tempo.

Ciò presuppone una reciproca cooperazione tra i contraenti nella gestione del rapporto, quale elemento indispensabile per il conseguimento degli interessi dedotti in contratto. Questa, d'altra parte, come sappiamo, trova fondamento nel riconoscimento che nelle operazioni economiche complesse e di durata – nelle quali è centrale la fase della gestione – le posizioni soggettive sono connotate da obblighi di collaborazione

¹⁵⁷ Si occupano precipuamente delle clausole di rinegoziazione M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 11 e più diffusamente p. 58 sgg., il quale individua la funzione della clausola di rinegoziazione «nella ricerca di soluzioni con le quali fronteggiare e contenere il problema costituito da fatti dai quali derivi il "perturbamento" dell'equilibrio economico-giuridico fissato dalle parti nel contratto». Sul tema si vedano anche M. Costanza, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano 1992, pp. 313-315 e A. Frignani, *Le clausole di hardship*, ibidem, p. 323 e sgg.

¹⁵⁸ M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 13 piega che a fronte della funzione generale, la clausola di rinegoziazione «presenta contenuto molto articolato, comunque giammai consolidato e costante, e le varianti di questa tipologia contrattuale sono relative non soltanto alla scelta ed individuazione dei fatti o presupposti ritenuti necessari per dar luogo alla rinegoziazione, ma anche alla scelta delle regole con le quali disciplinare il procedimento di adattamento delle condizioni negoziali».

piuttosto che di scambio delle prestazioni¹⁵⁹. Il tema, pertanto, s'inserisce nel dibattito sulla nozione di contratto quale luogo del perseguimento condiviso dei diversi interessi piuttosto che dell'antagonismo tra le opposte pretese delle parti¹⁶⁰.

A questo punto del percorso è interessante rilevare che proprio questo aspetto della collaborazione, sul quale si fonda la tecnica di adeguamento negoziale, connota la posizione delle parti dell'operazione di *project financing*, quale conseguenza della qualificazione della figura in termini di fattispecie attuativa del principio di sussidiarietà orizzontale. Abbiamo più volte ricordato, infatti, che la particolare relazione tra gli interessi sottostanti alla concessione non consente di ravvisare tra i soggetti quella contrapposizione o antiteticità, tipica dei contratti ad esecuzione istantanea.

Perciò proprio questa configurazione della concessione quale schema operativo del suddetto principio costituzionale, non solo rende compatibile l'inserzione nella relativa convenzione delle clausole di rinegoziazione, ma, in qualche modo, la consiglia. Le parti, per tutelare l'equilibrio economico e finanziario citato nell'art. 143 comma 8, potrebbero definire e circoscrivere più compiutamente le condizioni e gli eventi che consentono la rinegoziazione in itinere del contratto di concessione, per una più corretta allocazione dei rischi. Si potrebbe per questa via, attraverso un certo numero di clausole contrattuali, individuare una serie di eventi al verificarsi dei quali, in base ai principi generali in materia di contratti, le parti sarebbero obbligate alla revisione delle clausole contrattuali.

D'altra parte, tale soluzione non sembra incontrare un ostacolo nella natura di uno dei contraenti: la dottrina, infatti, riconosce anche alla pubblica amministrazione il potere di inserire clausole di questo tipo. Essa, infatti, essendo dotata di capacità giuridica generale di diritto privato¹⁶¹ può includere nella convenzione delle clausole di revisione, purché siano rispettati i limiti derivati dalla tutela della concorrenza.

I dubbi sulla figura sono di ben altra natura ed attengono al contenuto ed agli strumenti di tutela nell'ipotesi di inadempimento.

¹⁵⁹ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 147 che in relazione ai contratti di durata riconosce che «l'obbligo dei contraenti di cooperare (...) assurge a principio cardine della disciplina del rapporto, al punto da provocare un sensibile riflesso sul dato strutturale, cioè sulla fattispecie, che si caratterizza anche grazie all'accettazione del carattere cooperativo del rapporto. È anche con la vigenza di tale principio che si riesce a spiegare il funzionamento di meccanismi giuridici di recupero della parte salvabile del contratto». Per maggiori elementi su questa ricostruzione dei contratti di durata si rinvia a quanto ricordato *supra* al par. 9, cap. III.

¹⁶⁰ In dottrina si può rintracciare un intenso conflitto tra letture che considerano il contratto come una tregua provvisoria tra le parti ed altre antitetiche, che ne propongono una visione consociativa, dalla quale andrebbe esclusa la conflittualità e per le quali la buona fede costituirebbe il principio che legittima la necessaria cooperazione tra i contraenti. Tra i sostenitori del contratto come luogo di permanenza del conflitto delle contrapposte pretese delle parti e non della composizione delle reciproche aspettative di recente si è levata la voce di G. Monasteri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 409 e in particolare p. 412.

¹⁶¹ G. Greco, *I contratti ad evidenza pubblica*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 158; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, p. 616; G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, p. 344; R. Caranta, *I contratti pubblici*, in F.G. Scoca - F.A. Roversi - L. Monaco - G. Morbidelli, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2004, p. 4; A. Massera, *I contratti*, cit., p. 1555. Com'è noto, inoltre, la «capacità di diritto privato» della pubblica amministrazione ha subito una notevole «estensione», almeno sul piano «programmatico» ad opera dell'art. 1 co 1 bis, I, L. febbraio 2005, n. 15 (Modifiche ed integrazioni alla L. 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa), secondo cui «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

La dottrina che ha studiato il tema, ammessa in generale la configurazione della rinegoziazione di fonte convenzionale, si è interessata all'analisi del diverso contenuto delle clausole di rinegoziazione. Dalla prassi contrattuale risulta, infatti, che esso può essere analitico o generico, a seconda che le parti stabiliscano indicazioni analitiche o più elastiche degli eventi sopravvenuti e delle loro conseguenze. È possibile perciò distinguere, in ordine agli eventi che fanno scattare la revisione del contratto e ai parametri di adeguamento, le clausole generiche da quelle specifiche. Nelle seconde, comunque, tali criteri devono lasciare un certo spazio all'autonomia negoziale delle parti: diversamente se fosse richiesta una mera operazione matematica, saremmo di fronte alla diversa ipotesi delle clausole di adeguamento automatico.

Da questa diversità di contenuto si fanno discendere differenti conseguenze in termini di efficacia della statuizione e di rimedi per l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare.

Secondo un importante orientamento¹⁶², la clausola di rinegoziazione farebbe sorgere un obbligo di concludere il patto modificativo dell'originario accordo. All'obiezione di coloro che non riconoscono nell'obbligo di trattare un obbligo a concludere¹⁶³, si ribatte chiarendo che nel caso della rinegoziazione, le parti avviano una trattativa diversa da quella volta alla conclusione del contratto, per la maggiore pregnanza dell'obbligo di buona fede nella fase esecutiva dell'accordo. Nelle trattative per la formazione del contratto, infatti, le parti in base al disposto dell'art. 1337 c.c. sono libere di stipulare o meno il contratto, mentre durante l'esecuzione, le parti sarebbero tenute a giungere ad un accordo sulle modifiche da apportare al rapporto contrattuale, in adempimento di un obbligo già assunto dai contraenti (ovvero loro imposto dalla legge, come vedremo)¹⁶⁴.

In caso di inadempimento di tale originaria obbligazione, il giudice pronuncerà una «sentenza costitutiva della regola contrattuale che sostituisca quella non più vincolante»¹⁶⁵, riconoscendo nell'obbligo di rinegoziare efficacia reale, coercibile giudizialmente ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Questa impostazione non è unanimemente condivisa¹⁶⁶, perché introdurrebbe un'inaccettabile compressione dell'autonomia privata attribuendo al giudice il potere di

¹⁶² F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 424, il quale si domanda se con riguardo «all'impegno di rinegoziare le condizioni del contratto, in presenza di un rapporto in corso di esecuzione, le parti possano avere accesso ad una tutela più intensa, tale da soddisfare l'interesse del contraente adempiente al pieno rispetto del programma contrattuale». Più recentemente Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., p. 63 e sgg.

¹⁶³ Tra i sostenitori di questa obiezione si segnala A. Gentile, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 715 e sgg.

¹⁶⁴ Cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 425. L'a., all'obiezione che le trattative non obbligano mai a concludere il contratto, secondo un principio cardine dell'ordinamento, risponde spiegando la diversità di contesto tra le trattative di cui all'art. 1337 e quelle volte a rinegoziare il contratto. «Nel caso della modificazione del contratto (...) non si tratta di una trattativa finalizzata a far maturare il consenso delle parti in base alla convenienza economica dell'affare, bensì di una trattativa unicamente volta al raggiungimento dell'accordo circa le modificazioni da apportare al regolamento d'interessi originario. L'autonomia dei contraenti nella decisione relativa all'*an* può dirsi perciò già esaurita nel momento della conclusione del contratto originario e più in particolare nella stipulazione della clausola di rinegoziazione [...]. La clausola perciò si pone come fonte dell'obbligo di contrarre per modificare una o più condizioni del contratto originario in vista della realizzazione effettiva dell'interesse alla prosecuzione del rapporto».

¹⁶⁵ Così F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 426

¹⁶⁶ Cfr. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2004, p. 348

sostituire le parti nella gestione dei propri interessi. In particolare, quando la clausola prevede l'obbligo delle parti di rinegoziare, ma nulla sull'accordo rinegoziativo si contesta la possibilità di enucleare l'obbligo di portare a termine le trattative. Inoltre si obietta che, anche a voler riconoscere tale obbligo, il giudice chiamato a riformulare il contratto, non avrebbe alcuna regola preconstituita sulla cui base decidere. In questo caso, perciò, l'applicazione dell'art. 2932 c.c. sarebbe ostacolata da due differenze rispetto alla fattispecie presupposta dalla stessa norma: sussisterebbe la libertà di concludere il nuovo accordo e mancherebbe la predeterminazione del contenuto dello stesso¹⁶⁷. Quindi, il giudice sarebbe chiamato ad integrare, più o meno arbitrariamente, il contenuto negoziale. Le stesse difficoltà, il giudice incontrerebbe nel diverso caso in cui la clausola contenesse anche regole per la formulazione del nuovo equilibrio contrattuale, ma queste richiederebbero comunque una concretizzazione in sede di trattative (come quelle di equità, lealtà, proporzionalità).

Per superare queste obiezioni, l'orientamento maggioritario riconosce nella buona fede il criterio con cui integrare i parametri risultanti dal testo originario e gli elementi desumibili dalle trattative interrotte o infruttuose e così ricavare le modalità attuative dell'obbligo di trattare. Con la buona fede, valorizzando gli elementi identificativi del contratto, potrebbe ricostruirsi la regola di condotta cui le parti nel corso delle trattative si sarebbero dovute attenere. La buona fede, perciò, consentirebbe di limitare e censurare i contraenti che avessero tenuto una condotta diversa nello svolgimento delle trattative, facendole fallire. Per questa strada, per altro, si riuscirebbe ad individuare il contenuto del patto di revisione che le parti avrebbero concluso se si fossero comportate correttamente. Di conseguenza, nel caso in cui il giudice fosse in grado di stabilire le obbligazioni che sarebbero sorte a seguito di corrette trattative, potrebbe essere emessa una sentenza ex art. 2932 c.c.¹⁶⁸.

Minori problemi interpretativi pongono le clausole il cui contenuto sia specifico. In questi casi la precisazione dei criteri da applicare per la determinazione del nuovo equilibrio contrattuale permetterebbe al giudice di dedurre il contenuto del patto revisionale che avrebbero concluso le parti e quindi di pronunciare condanna in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare¹⁶⁹. Il giudice si limiterebbe a compiere un'attività attuativa della volontà contrattuale.

Nonostante questo sforzo ricostruttivo, la questione dell'esatta individuazione dei termini del patto revisionale rimane per i sostenitori della coercibilità dell'obbligo di rinegoziare la questione più controversa. In proposito, anche ad ammettere che la conclusione dell'accordo modificativo costituisce adempimento di un obbligo già assunto, per cui per l'identificazione del suo contenuto sarebbe sufficiente tener conto del preesistente rapporto contrattuale da modificare, dell'interesse delle parti alla prosecuzio-

¹⁶⁷ Cfr. A. Gentile, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 715

¹⁶⁸ Cfr. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 425: «la sentenza ex art. 2932 potrà essere richiesta (...) in presenza degli elementi che concretamente consentano al giudice di stabilire il contenuto delle obbligazioni che sarebbero scaturite dal corretto svolgimento della trattativa. Nel pronunciare la sentenza costitutiva della regola contrattuale che va a sostituire quella non più vincolante, il giudice può avvalersi di tutti gli elementi utili alla valutazione dell'interesse dei contraenti (...) senza che sia in alcun modo precluso il ricorso ai criteri di equità integrativa e della buona fede nell'interpretazione del contratto».

¹⁶⁹ Il dubbio però è che in questo caso, dato il contenuto dettagliato della clausola si sia di fronte ad un meccanismo automatico di adeguamento e quindi ad un mera attività applicativa della statuizione, piuttosto che all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare.

ne del rapporto, e degli elementi emergenti dalle trattative¹⁷⁰, qualche passaggio logico rimane discutibile.

Tali argomenti, infatti, non sembrano risolvere completamente il problema dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare e della determinazione della modifica, cui è connesso il delicato problema del rapporto tra autonomia privata e intervento eteronomo del giudice.

Certamente, nei casi in cui egli non dispone degli elementi necessari per accertare il contenuto che avrebbe avuto il patto revisionale, un provvedimento che tenga luogo del mancato adeguamento finirebbe con il risolversi in un'eterointegrazione, secondo equità, dell'originario regolamento contrattuale, allo scopo di renderlo adeguato alla nuova situazione. Ma il nostro ordinamento non sembra accordare un generale potere di intervento del giudice secondo equità¹⁷¹. Perciò, ove le clausole di rinegoziazione non indichino almeno dei criteri generali di adeguamento né possano ricavarsi dalle trattative altre circostanze relative alle modifiche che sarebbero state introdotte, il principio della buona fede non risulterebbe da solo in grado di stabilire quale sarebbe stato l'accordo raggiunto dai contraenti per continuare l'esecuzione del contratto. Di conseguenza, in queste ipotesi, la tutela dell'obbligo della rinegoziazione dovrebbe esaurirsi sul piano del risarcimento del danno e della risoluzione del contratto, ove ne siano integrati gli estremi.

In effetti, le forme di tutela della risoluzione e del risarcimento, quale minaccia di un male peggiore, possono costituire un deterrente per il contraente che, con un comportamento scorretto, intenda sottrarsi alla rinegoziazione dell'accordo ed una garanzia, invece, per la controparte che ha subito la frustrazione dell'operazione senza che a lei sia imputabile l'insuccesso o l'assenza delle trattative¹⁷².

Per quanto riguarda la tutela risarcitoria, ancora una volta si possono registrare delle differenze in base al tenore della clausola e all'interpretazione che ne danno gli studiosi. Se la clausola prevede l'obbligo di revisione, senza dire nulla sui parametri, si ritiene che possa ricavarsi solo un obbligo di trattare ma non di concludere, per cui potrà sussistere una responsabilità della parte renitente per aver inadempito all'obbligazione prevista nella clausola ma non per aver rifiutato il nuovo accordo. Di conseguenza, il risarcimento del danno dovrebbe essere commisurato all'interesse negativo.

Nel caso in cui le parti, invece abbiano più dettagliatamente determinato il contenuto della clausola e dei parametri che devono essere osservati dalle parti nel corso del procedimento di revisione, il giudice potrebbe costruire il contenuto del contratto sulla base degli elementi essenziali dell'accordo modificativo che le parti avrebbe dovuto

¹⁷⁰ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 429

¹⁷¹ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 433 e ss. sostiene che nei casi in cui il giudice non potesse trarre elementi dalle trattative per la determinazione del patto modificativo, questi potrebbe comunque decidere secondo equità. Il nostro ordinamento consente senz'altro la liquidazione del risarcimento del danno in via equitativa ex art. 1226 c.c., ma ammette l'intervento equitativo sul contenuto contrattuale solo nelle ipotesi previste dalla legge e nei casi in cui l'accordo preveda una lacuna. Il principio resta tuttora valido, anche se vanno registrate sempre più numerose previsioni normative che attribuiscono questo tipo d'integrazione eteronoma: es. art. 7 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (Attuazione della direttiva comunitaria relativa alla lotta contro i ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali).

¹⁷² F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, p. 647, il quale, escludendo la legittimità di un intervento in via equitativa del giudice, aggiunge che la domanda di risoluzione del contraente fedele per inadempimento potrebbe costituire una minaccia tale da «indurre il contraente recalcitrante ad addivenire ad una rinegoziazione».

concludere e quindi il danno andrebbe stabilito con riguardo all'interesse positivo¹⁷³. In quest'ipotesi, infatti, ci sarebbero le condizioni per collocare il contraente adempiente nella stessa situazione economica e giuridica che avrebbe avuto se il contratto fosse stato correttamente eseguito¹⁷⁴.

Da questa ricognizione, appare evidente che corrisponde all'interesse delle parti del contratto di concessione redigere, nel momento della stipulazione, clausole di rinegoziazione precise in merito alle condizioni che fanno sorgere il diritto delle stesse alla modifica del contratto, per poter godere delle diverse forme di tutela elaborate dalla dottrina per l'inadempimento del suddetto obbligo. Ciò nell'ottica dell'interesse prevalente alla conservazione del contratto, cui è legata la soddisfazione dell'interesse pubblico all'opera e dell'interesse privato alla remunerazione del capitale investito.

Qualche considerazione è opportuna in merito all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre nei confronti della pubblica amministrazione. Contro il ricorso del concessionario a questa forma di tutela per l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare da parte dell'ente, non può più essere invocata quella giurisprudenza che negava l'applicabilità in generale dell'art. 2932 c.c. all'amministrazione, sul presupposto che il giudice ordinario, in conformità della regola sulla separazione dei poteri, non poteva condannare l'amministrazione ad un *facere*, rientrando nella sfera di discrezionalità della stessa la scelta del comportamento da seguire. Sull'argomento si è avuta, infatti, una svolta giurisprudenziale¹⁷⁵ favorevole al riconoscimento della facoltà di «esperire nei confronti dell'amministrazione pubblica ogni tipo di azione esecutiva in forma specifica» degli obblighi, con la sola eccezione dell'ineseguibilità di quelli aventi ad oggetto prestazioni infungibili, motivata sul fatto che l'autorità giudiziaria ordinaria non può intervenire sull'atto amministrativo in senso stretto¹⁷⁶. Il limite sancito dall'art. 4 della Legge 2248/1865 alla potestà giurisdizionale ordinaria, riguarderebbe solo gli atti nei quali l'ente amministrativo si manifesta nella sua qualità di persona pubblica e nell'esercizio di una pubblica potestà, non interessando, invece, gli atti di diritto privato che lo stesso ente compie in condizioni di uguaglianza con i soggetti con i quali viene in contatto.

A ciò si aggiunga che per negare l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare non potrebbe neppure essere sollevata l'obiezione che comunemente veniva invocata nell'ipotesi in cui l'amministrazione, successivamente all'aggiudicazione, rimaneva inerte anziché provvedere alla stipula del contratto. Si sosteneva, infatti, che a fronte di questo comportamento dell'amministrazione la tutela del potenziale contraente potesse essere soltanto risarcitoria e non in forma specifica, essendo la sua posizione di interesse legittimo (alla stipula del contratto) e non di diritto soggettivo¹⁷⁷. Nel caso di inadempimento

¹⁷³ V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2002, p. 221

¹⁷⁴ V. M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 135

¹⁷⁵ Cass., sez. un., 7 ottobre 1983, n. 5838, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 240; più recentemente Cass., sez. un., 18 novembre 1992, n. 12309, in *Cons. Stato*, II, p. 498, Cass., sez. un., 11 febbraio 2003, n. 2063 in *Giorn. dir. amm.*, 2003, fasc. 5, p. 516 che ha fissato il principio per cui: «è riconosciuto al promissorio la facoltà di adire il giudice ordinario – a norma dell'art. 2932 – al fine di ottenere una sentenza che tenga luogo di un contratto non concluso con la p.a. Infatti la p.a. dopo aver stipulato un contratto preliminare, non può ingiustamente rifiutarsi di stipulare il contratto definitivo».

¹⁷⁶ A. Massera, *I contratti*, cit., pp. 1629- 1630.

¹⁷⁷ Recentemente, in tema di assegnazione di residenze pubbliche, la Cassazione a Sezioni Unite (Cass. Sez. un., 17 maggio 2007, n. 11334) ha ribadito che l'azione ex art. 2932 c.c. può essere esercitata solo quando, a seguito della manifestazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione, sia sorto il diritto di controparte: «Quanto alla possibilità di far ricorso alla pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c. in caso di sopravvenuto dissenso o di inerzia dell'Amministrazione, la Corte la ritiene ammissibile soltanto ove l'Am-

dell'amministrazione dell'obbligo di rinegoziare, infatti, la posizione giuridica del concessionario dovrebbe essere ricostruita in termini di diritto soggettivo, essendosi già perfezionato il vincolo contrattuale ed essendo già sorto l'obbligo con la previsione della clausola.

Prima di accogliere la tesi favorevole all'estensione del rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare al contratto di concessione, bisogna però fare i conti con un'indicazione legislativa di segno opposto. L'art. 143 comma 8, come più volte ricordato, introduce un meccanismo di revisione del contratto, in presenza di due cause specifiche, stabilendo però che in caso di fallimento del tentativo di ripristinare l'equilibrio, il concessionario possa liberarsi dal vincolo, ma nulla dice in merito ad un'eventuale esecuzione in forma specifica dell'obbligo inadempito. Quindi, nonostante la norma parli di «necessaria revisione» e sia stata interpretata nel senso di porre a carico della stazione appaltante e del concessionario un *obbligo de recontraendo*, il legislatore ha previsto come rimedio per il mancato accordo sul patto modificativo il diritto di recesso del concessionario. Tale scelta normativa, evidentemente, potrebbe interpretarsi nel senso che si sia voluto conferire come unico rimedio per l'onerosità della prosecuzione del rapporto il recesso e non il diritto di agire per ottenere una sentenza contro l'ente che producesse gli effetti del contratto modificato. La soluzione, invero, non sarebbe del tutto immotivata, se si considerano i dubbi sollevati dalla dottrina sulla stessa applicabilità dell'art. 2932 c.c. all'obbligo di rinegoziare e i tempi necessari per ottenere questa pronuncia. Ai dubbi in generale sull'ammissibilità, o almeno sui limiti dell'esecuzione forzata dell'obbligo di (ri)contrarre, si aggiungono dunque quelli specifici legati alla specialità della figura.

Tuttavia, nel decidere la questione, non si può prescindere, da un lato, dal circoscrivere il valore della suddetta indicazione legislativa al meccanismo di revisione legale di cui all'art. 143, co. 8, dall'altro, dal considerare che la pronuncia della sentenza costitutiva permetterebbe di evitare la paralisi dell'operazione. Resta salvo il fatto che il giudice potrà pronunciare una sentenza che tenga luogo del contratto modificativo non concluso solo quando, sulla base della convezione e del piano economico finanziario, egli possa ricostruire il contenuto che il patto avrebbe dovuto avere.

10.1 (segue) Obbligo legale di rinegoziare

La riflessione sull'adeguamento contrattuale non potrebbe ritenersi completa senza considerare l'attuale dibattito dottrinale sulla configurabilità di un obbligo legale di rinegoziare fondato sulla buona fede contrattuale¹⁷⁸, intesa in senso oggettivo quale regola di condotta secondo correttezza¹⁷⁹.

ministrazione abbia già espresso nelle forme idonee la volontà di addivenire al trasferimento della proprietà dell'immobile, a mezzo di un contratto preliminare, per quanto con fissazione di un prezzo provvisorio».

¹⁷⁸ Tra i più autorevoli protagonisti del dibattito sull'obbligo legale di rinegoziare v. F. Grande Stevens, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, 1998, p. 193; V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, cit, p. 1041-1047; M. Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, in partic. pp. 433-434; G. Sicchiero, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. civ.*, II, agg., Torino, 2003, p. 1208; Id., *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 796-809; F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, cit., pp. 63-95; Id., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 312-331; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano 2004; R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, II, p. 722-725; G.F. Gambino, voce *Rinegoziazione (dir.civ.)* in *Enc. Giur. Treccani*, XV, agg., Roma, 2007.

¹⁷⁹ G. Alpa, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723

Considerato che durante l'esecuzione tale dovere significa che ciascun contraente deve agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte, fino al limite in cui ciò non si risolve in un suo apprezzabile sacrificio, e che nei contratti di durata è interesse preminente la conservazione del rapporto, si deduce che in tale tipo di contratti l'obbligo di buona fede comprende il dovere dei contraenti di salvaguardare l'interesse della controparte alla prosecuzione del rapporto, pure quando circostanze sopravvenute abbiano alterato l'originale equilibrio tra le prestazioni. L'obbligo di rinegoziazione si pone quindi come un obbligo accessorio ed automatico della conclusione dei contratti di durata, avente il suo fondamento nel principio della buona fede *in executivis*.

Nell'ambito della riflessione dottrinale favorevole al riconoscimento di tale obbligo sulla base del principio di buona fede, si possono distinguere due linee argomentative: per la prima, l'obbligo legale di rinegoziare assume rilievo in conseguenza dell'offerta di riduzione ad equità di cui all'art. 1467 comma 3 c.c., innestandosi sul giudizio promosso per la risoluzione del contratto¹⁸⁰, per la seconda, tale obbligo sorge fuori dalla vicenda descritta dalla suddetta norma, e si risolve in una modalità attuativa del rapporto obbligatorio¹⁸¹.

In particolare, nella prima tesi, partendo dall'interpretazione della lettera dell'art. 1467 comma 3, s'individua nella parte non onerata il diritto soggettivo ad evitare la risoluzione promossa dalla parte che si asserisce onerata a causa del fatto sopravvenuto. Tale diritto, però, perderebbe di effettività se non venisse individuato un corrispondente obbligo a carico della controparte. Questa, quindi, sarebbe tenuta a non rifiutare lo svolgersi della trattativa aperta dall'offerta di cui al comma 3 «perché ciò sarebbe contrario alla buona fede nell'esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c.»¹⁸².

Nella seconda ipotesi, l'obbligo di rinegoziare è specificazione del generale, reciproco obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede ed assume carattere funzionale, nel senso che il suo adempimento è strumentale alla realizzazione del risultato contrattuale¹⁸³.

Questa seconda prospettiva è prevalente in dottrina. Essa si fonda su una maggiore valorizzazione del principio della buona fede e nell'individuazione di una particolare regola – l'obbligo di rinegoziare – quale sua specificazione in considerazione della natura del contratto di durata. In altri termini, la buona fede è fonte di un diritto - dovere di rinegoziare, che si traduce in un obbligo dei contraenti di cooperare nei contratti di durata, proprio in virtù della natura di tali rapporti¹⁸⁴. È la decisione dei

¹⁸⁰ Si tratterebbe di una proposta di contratto modificativo; v. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 295 – 298 e G. Sicchiero, *voce Rinegoziazione*, cit., p. 800, il quale sostiene che «proprio il principio di buona fede contrattuale risulterebbe idoneo a fondare un obbligo di rinegoziazione, perché di fronte ad una posizione cui il diritto appresti una tutela, il difetto di collaborazione non appare giustificato».

¹⁸¹ Cfr. V. Roppo, *Il contratto*, cit., pp. 1046-1047

¹⁸² F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 294-296. Nel comma 3 dell'art. 1467 sarebbe individuabile un diritto soggettivo ad evitare la risoluzione che perderebbe di effettività se non venisse individuato un corrispondente obbligo a carico della controparte. Una volta iniziata la trattativa per addivenire alla modifica del contratto sorgerebbe sulle parti un dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza. In particolare, l'onere avrebbe l'obbligo di trattare in buona fede le condizioni della modificazione del contratto.

¹⁸³ V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 1046

¹⁸⁴ F. Macario, *op. ult. cit.*, p. 323: è «la natura dell'affare che consente l'oggettivazione della buona fede *in executivis* e, di conseguenza, la determinabilità degli obblighi contrattuali in cui si specifica il precetto della buona fede [...], perciò deve riconoscersi che, nei contratti di lungo periodo, l'obbligo di rinegoziare, quale mezzo per evitare la risoluzione del contratto nel rispetto del principio della buona fede, sembra acquisire una valenza specifica di notevole rilevanza».

contraenti di stringere un vincolo contrattuale pensato per durare nel tempo a richiedere, quale comportamento conforme a correttezza, che le parti si rendano disponibili a modificare il contratto, affinché possa essere tenuto ragionevolmente aderente alla realtà del mercato che si evolve nel tempo.

Stante questo rapporto tra buona fede e obbligo di rinegoziare, appare evidente che l'elaborazione di questa figura non può che essere condizionata dall'estesissimo dibattito sulla buona fede e sulle sue diverse funzioni. È vero, infatti, che la definizione e l'individuazione dei limiti della capacità operativa della buona fede finiscono per incidere sul dibattito sul riconoscimento e sull'ampiezza dell'obbligo di rinegoziazione, sul suo rapporto con la disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, con quella convenzionale del rischio contrattuale, e più in generale sulla riflessione relativa alle prerogative dell'autonomia privata.

Alla luce di questo rilievo, incominciamo dicendo che accanto ad una risulante ed ormai minoritaria definizione della buona fede come regola di valutazione della condotta dei contraenti¹⁸⁵, la dottrina maggioritaria¹⁸⁶ e la giurisprudenza¹⁸⁷ ritengono che tale clausola assolva una funzione integrativa del contenuto del contratto, con conseguente creazione di nuovi diritti ed obblighi per le parti. La buona fede quindi, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1375 e 1374 c.c., oltre ad atteggiarsi quale strumento di valutazione della condotta dei contraenti, introdurrebbe doveri e regole di condotta che le parti hanno ommesso di prevedere nel regolamento contrattuale, ma che è necessario adempiere per consentire la piena attuazione dell'accordo¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Ha seguito questa impostazione soprattutto la scuola pisana, v. U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1974, p. 27-29, il quale precisa che il dovere di buona fede ex art. 1375 assumerebbe rilevanza «soltanto nella fase di attuazione del rapporto obbligatorio, influendo sulle modalità concrete di essa, e più specificatamente imponendo al giudice di valutare il comportamento delle parti non soltanto sulla base del mero criterio formale offerto dalla *regola iuris*, riferibile alla fattispecie, ma anche sotto l'angolo visuale della sua congruità rispetto a certe esigenze che le circostanze del caso possono rivelare». Sulla stessa linea, L. Bigliuzzi Geri, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civile, II, Torino, 1988, p. 172 e ss., F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 753. In giurisprudenza Cass., 18 febbraio 1986, n. 960 in *Mass. Foro it.*; Cass. civ., sez. lavoro, 10 maggio 2002, n. 6763 in *Arch. Civ.*, 2003, p. 318 che riconosce: «le clausole generali di correttezza e buona fede - che operano nell'ambito sia dei singoli rapporti obbligatori (art. 1175 c.c.), sia del complessivo assetto di interessi sotteso all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) - non introducono nei rapporti giuridici diritti ed obblighi, diversi da quelli legislativamente o contrattualmente previsti, ma sono destinate ad operare all'interno dei rapporti medesimi, in funzione integrativa di altre fonti, con la conseguenza che rilevano - secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedi, per tutte, le sentenze n. 4570/96 delle sezioni unite, anche in motivazione, e n. 3775/94, 9867/98, 15517/2000 delle sezioni semplici) - soltanto come modalità di comportamento della parti, ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritto o di obbligo».

¹⁸⁶ Vedi per tutti, S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 117 e sgg.; A. D'Angelo, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 706; F. Criscuolo, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 67; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999, p. 166 e sgg.; Id., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 83

¹⁸⁷ Tra le pronunce più recenti in tema di buona fede integrativa Cass., sez. II, 18 ottobre 2004, n. 20399 con nota di N. Ferraro, «*La buona fede, criterio di integrazione del contenuto contrattuale*» in *Immobili&dir.*, 2005, fasc. 9, p. 99 e Cass. civ., Sez. I, 28 settembre 2005, n. 18947 che riconosce la rilevanza della buona fede «nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge». Per tutte, Cass., sez. III, 30 luglio 2004 n. 14605; Cass., sez. III, 15 marzo 2004, n. 5240

¹⁸⁸ Per l'individuazione del significato della buona fede nei Principi Lando, nelle direttive europee e nelle relative leggi di attuazione, nonché in alcune pronunce della Corte di Giustizia v. G. Vettori, *Diritto dei*

Seguendo questa logica, l'obbligo di rinegoziare pur in assenza di riferimenti espressi, s'imporrebbe sulle parti quale obbligo vicendevole di cooperare per la ri-determinazione delle condizioni contrattuali. Ebbene, tale impostazione se convince sul piano dell'individuazione del fondamento giuridico della regola che consente la censura della condotta dei contraenti che non collaborano per il riequilibrio del contratto, lascia aperto il problema della possibilità di procedere all'adeguamento esclusivamente sulla base della buona fede¹⁸⁹.

Cercando, pertanto, di seguire una linea ricostruttiva che tenga conto, da un lato, dell'individuazione nella buona fede del fondamento dell'obbligo delle parti di cooperare per l'adeguamento del contratto e del processo di espansione della capacità operativa della buona fede, ma dall'altro, delle critiche ricordate, si ritiene di dover partire da un dato ampiamente condiviso, ossia dal riconoscimento che la buona fede c.d. oggettiva, pur trovando applicazione nei rapporti obbligatori sulla base delle regole giuridiche previste dal codice civile, ha un riferimento giuridico più ampio, che le consente di influire sul funzionamento del negozio a prescindere dai singoli richiami contenuti nel codice¹⁹⁰. La correttezza richiesta nell'adempimento delle obbligazioni trova, infatti, fondamento nel precetto di cui all'art. 2 Cost., che impone un inderogabile dovere di solidarietà sociale.

contratti e costituzione europea. Regole e principi ordinanti, Milano, 2005, p. 158 e sgg., il quale coordinando queste diverse fonti rileva che la buona fede assume un significato costante, facente riferimento «ad un criterio integrativo del contenuto e ad un dovere che sorge indipendentemente dalla volontà delle parti, preesiste alla formazione del contratto e impone obblighi specifici di comportamento rilevanti sotto vari profili. La clausola consente di rimediare alla incompletezza del contratto e di esprimere un giudizio di riprovazione dei contegni da confrontare con le regole di responsabilità».

¹⁸⁹ Secondo questa diversa impostazione, la buona fede dovrebbe essere intesa come fonte di obblighi e diritti rilevanti ai fini della valutazione della condotta e, quindi, dell'accertamento dell'inadempimento, ma non potrebbe essere parametro per procedere all'adeguamento del contratto. Tale ruolo dovrebbe essere riservato all'equità. Interessante la ricostruzione dei confini tra buona fede ed equità fatta da M. Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 83 e sgg. secondo cui la buona fede permettendo di censurare un abuso sarebbe il presupposto logico e giuridico per riequilibrare il contratto secondo equità. L'A. parte dalla considerazione che ai fini dell'integrazione del contratto (art. 1374), il giudizio equitativo funge da strumento per attribuire ad una prestazione un prezzo di mercato, sicché malgrado l'apparenza, il giudice non creerebbe una regola da applicare al caso concreto, esistendo già una regola anche se economica e non giuridica: l'A. però constata che nel tempo e grazie al massiccio ricorso alla clausola della buona fede, questa ha finito per occupare uno spazio che avrebbe dovuto essere dell'equità.

¹⁹⁰ La tendenza a stabilire e valorizzare la relazione tra buona fede-correttezza e principio costituzionale di solidarietà sociale, che qualche volta si manifesta con accenti che hanno il sapore di formule di stile, ha radici lontane, nel clima culturale maturato tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, in cui si manifestava una crescente attenzione della civilistica italiana per la normativa costituzionale, e che vedeva consolidarsi il riconoscimento dell'immediata efficacia precettiva delle norme costituzionali nei rapporti tra privati e, nel contempo, affermarsi gli indirizzi volti all'intervento pubblico nell'economia anche mediante strumenti di programmazione economica: è d'obbligo al riguardo il richiamo alle opere di S. Rodotà, *Le fonti*, cit., in partic. pp. 172-184; A. Somma, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico operativi di una vicenda contrattuale*, Milano 2000, p. 414 è favorevole alla valorizzazione di un principio a fondamento costituzionale in quanto ancorato all'art. 2 e all'art. 3 della Cost., «attraverso cui concretizzare le clausole della buona fede e della correttezza e costruire così una norma contrattuale adeguata alle finalità di ordine sociale perseguite dall'ordinamento [...] attraverso cui integrare il contratto o renderlo del tutto o parzialmente inefficace» (corsivo dell'A.). Sul tema v. la riflessione A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988 p. 284 e sgg.; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 165-310; in senso critico soprattutto in merito agli effetti giuridici della lettura costituzionale della buona fede, M. Grondona, *Solidarietà e contratto. Una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. pro. civ.*, 2004, p. 727 e sgg.

La buona fede così “costituzionalizzata”, si rafforza in virtù del collegamento con il principio di rango superiore ed assurge al ruolo di limite di ogni situazione giuridica, attiva o passiva, per dare attuazione al valore di solidarietà. A questo si aggiunge, però, il ruolo di fonte di obblighi non previsti che consentono al rapporto di divenire conforme allo stesso valore¹⁹¹. Così, è nel dovere di solidarietà sociale previsto dall’art. 2 Cost. che viene additata la giustificazione della tesi secondo cui il contraente, che ha tratto beneficio da un’imprevista circostanza, deve rinegoziare i termini dell’accordo originario, rinunciando a parte dei vantaggi conseguiti.

Su questi presupposti, anche nel caso in cui nell’accordo nulla sia stato previsto, l’obbligo di rinegoziare graverebbe sui contraenti. Infatti, il rispetto della solidarietà contrattuale imporrebbe di non far pesare soltanto su un soggetto i rischi connessi a sopravvenienze non considerate dalle parti al momento della stipulazione, con conseguente necessità di eliminare l’alterazione dell’equilibrio economico-giuridico che si sia determinato durante l’esecuzione¹⁹². Per altro, in base alla stessa definizione si potrebbe anche sostenere il prevalere dell’obbligo della rinegoziazione ex art. 1375 c.c. sul sistema convenzionale di ripartizione dei rischi, se contrastante con il principio della solidarietà.

Per altro verso, l’interpretazione della clausola generale come fondata su valori inderogabili, di rango costituzionale, destinati perciò a prevalere su eventuali contrarie determinazioni consensuali o norme dispositive, comporterebbe rilevanti conseguenze sul rapporto tra obbligo di rinegoziare e disciplina generale delle sopravvenienze di cui agli artt. 1467 e 1468 c.c. Dalla definizione di tale obbligo quale specificazione del principio inderogabile di buona fede, infatti, dovrebbe dedursi la prevalenza della regola volta al riequilibrio contrattuale sul sistema di rimedi previsti dall’art. 1467 c.c.

Per questi suoi esiti, tale impostazione ha attirato le critiche di quanti ritengono che tale estensione della buona fede e con essa dell’obbligo di rinegoziare, determinerebbe uno stravolgimento della disciplina legale delle sopravvenienze e un’insostenibile com-

¹⁹¹ Tra le sentenze più famose in tema di buona fede e solidarietà sociale va ricordata la sentenza relativa al caso “Fiuggi”, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro Amm.*, 1995, p. 414 che definisce la buona fede nel senso di «dovere di correttezza che si pone nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l’ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 della Cost.), che applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l’interpretazione (art. 1366 c.c.) e l’esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l’interesse dell’altro». *Ex multis* Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078 in *Contratti*, 1999, 6, p. 569; Cass., 9 marzo 1991, n. 2503 *Foro It.*, 1991, I, 2077, nota di Bellantuono e in *Corriere Giur.*, 1991, p. 789, nota di A. Di Majo; più recentemente Cass. civ., 27 settembre 2001, n. 12093 in *Corr. giur* 2002, fasc. 3 p. 328 e ss. con nota di A. Di Majo, *La buona fede oltre il contratto*, «In tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia, infatti, come impegno di solidarietà che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che a prescindere da specifici obblighi contrattuali o dal dovere extracontrattuale del *neminem ledere*, siano idonei a preservare gli interessi dell’altra parte, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico».

¹⁹² Nel senso che l’assenza di una disciplina convenzionale del rischio da sopravvenienza non può essere letta come tacita allocazione del rischio stesso v. F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 327: «Il silenzio delle parti non significherebbe allocazione tacita del rischio stesso, ma più semplicemente, ragionevole rinuncia ad allocarlo, senza che ciò implichi ragioni di biasimo o effetti giuridici pregiudizievoli per il contraente che astrattamente avrebbe potuto assumerlo e con la conseguenza che il ruolo dell’imprevedibilità viene ad essere ricoperta dall’idea, ben diversa di “mancata previsione”»: condizione che in questa ricostruzione sembra apparire come il presupposto dell’intervento integrativo dell’obbligo legale di rinegoziare.

pressione dell'autonomia privata. Si consentirebbe, infatti, un intervento eteronomo sulla distribuzione contrattuale del rischio, voluta dalle parti, la quale, rappresenta una delle «ragioni strutturali della decisione dei contraenti» di stipulare¹⁹³. L'obiezione, invero, presuppone l'accentuata considerazione del contratto come strumento per ripartire e prevenire il rischio sulla base dello scambio economico che l'accordo realizza, per cui la misura della controprestazione è determinata anche in funzione del rischio che il soggetto si è originariamente assunto. Il pericolo di cui si avverte l'incombenza nella ricostruzione contestata, è quello dell'introduzione di forme di controllo sul merito del contratto, attraverso l'ammissione di modalità di distribuzione del rischio, diverse e prevalenti su quella dettata dalle parti. Il tema dei limiti di operatività della clausola di buona fede e della rinegoziazione, finisce quindi, per investire i principi fondamentali del diritto contrattuale, quali quelli della certezza del vincolo negoziale e dell'autonomia contrattuale.

Tuttavia, il temperamento delle esigenze sottostanti a questi principi non appare impossibile. A tal fine, occorre riconoscere che la buona fede può imporre soltanto diritti ed obblighi conformi alle caratteristiche dell'operazione economica¹⁹⁴. In questo senso, la valutazione di ciò che corrisponde all'obbligo di comportarsi secondo correttezza, deve avvenire non solo sulla base di valori esterni, di rilevanza costituzionale, ma anche di alcuni elementi strutturali del contratto e delle circostanze dell'affare.

Nell'attività determinativa del contenuto della predetta clausola, occorre [...] valutare accanto ai valori esterni anche i valori interni al contratto stesso, che sono quelli desumibili direttamente dalle determinazioni contrattuali delle parti, dal piano di ripartizione del rischio, dall'equilibrio giuridico - economico del complesso assetto negoziale (V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, 2002, p. 187)¹⁹⁵.

¹⁹³ G. Sicchiero, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, fasc. 4-5, p. 937-939 che riferendosi alla possibilità di individuare l'obbligo legale di rinegoziare afferma che «quella regola conferirebbe evidentemente al giudice il potere di riallocare il rischio al di là delle scelte strategiche delle parti, privilegiandone a ben vedere una a discapito dell'altra che magari alle nuove condizioni alla stessa imposte, non avrebbe mai concluso l'accordo».

¹⁹⁴ La giurisprudenza recente afferma che la buona fede opera sul piano delle scelte discrezionali dei contraenti, «assicurando che l'esecuzione avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di normalità sociale, e, quindi di ragionevolezza» (Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Contr. impr.*, 2005, p. 501 ss.). In dottrina, il richiamo alle caratteristiche dell'operazione è presente anche in G. Vettori, *Carta europea e diritto dei privati*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 679 secondo cui «il richiamo alla buona fede e alla correttezza ha una funzione di riequilibrio e di autointegrazione dell'assetto dei privati secondo una razionalità che non si è potuta realizzare e che può essere assicurata proprio da una clausola generale in grado di tener conto dell'assetto complessivo e di tutte le circostanze dell'affare». L'ampliamento dei poteri del giudice ne appare una diretta conseguenza, ma il rischio di un'eversiva ingerenza può essere scongiurato «sia con orientamenti precisi del legislatore e della dottrina sia con un controllo della giurisprudenza di legittimità». Tale ricostruzione s'inserisce nella riflessione più generale dell'a. sull'opportunità di una rilettura del rapporto tra legge, giudice e contratto, in seguito alla caduta della fiducia nella legge e all'acquisita consapevolezza di una maggiore attenzione ai diritti individuali, anche alla luce del fenomeno del nuovo «costituzionalismo».

¹⁹⁵ Cfr. V. Lopilato, *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2002, p. 187, ma anche A. D'Angelo, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 711 e sgg., il quale afferma che la coerenza della buona fede «non necessariamente comporta un intervento sul contratto consistente nella ricostruzione delle regole concrete da applicarsi al rapporto indipendentemente dai valori intrinseci allo stesso e nella inserzione nel contratto di regole assunte come inderogabili, con prevalenza sui suddetti valori».

In altri termini, il contenuto degli obblighi derivanti dalla buona fede e imposti alle parti durante l'esecuzione del rapporto contrattuale, come l'obbligo di rinegoziare, devono essere costruiti facendo riferimento sia ai valori meta-giuridici propri del principio di buona fede – come la correttezza – sia ai suddetti valori intrinseci del contratto. Conseguentemente, se l'assetto complessivo del contratto contribuisce a determinare il contenuto delle regole concrete desumibili dalla buona fede da applicarsi al rapporto, non sembra sussistere il problema del conflitto e della prevalenza di quelle regole sui valori propri del contratto, giacché i secondi concorrono alla ricostruzione delle prime. Riconoscere tale concorso non significa, però, affermare la derogabilità delle regole deducibili dalla buona fede sulla base delle determinazioni pattizie dei contraenti, ma soltanto chiarire che quelle non sono formulate in modo insensibile e contrastante con gli elementi connotativi del contratto. Quanto all'esigenza di garanzia dei valori costituzionali, di cui è ritenuta espressione il principio della buona fede, rispetto alle caratteristiche del contratto, che con quelli eventualmente confliggevano, essa non può che essere affidata alla natura inderogabile di quei principi. Pertanto, il contenuto della regola deducibile dalla buona fede risulterebbe "corretto" dal necessario riferimento all'equilibrio economico e al sistema di ripartizione dei rischi insito nel contratto.

In tema di rinegoziazione, il riferimento all'assetto contrattuale e alla specificità dell'affare ha il merito di collegare l'attività rinegoziativa e la successiva valutazione dei suoi esiti a questi dati di provenienza interna al contratto, evitando così che il giudizio secondo buona fede avvenga in termini autonomi e svincolati dall'assetto di interessi disegnato dalle parti¹⁹⁶. Perciò, tale giudizio avrà quale fondamentale punto di riferimento le originarie pattuizioni, in quanto esse consentono di conoscere quello che era l'equilibrio ritenuto dalle parti conforme ai propri interessi.

Affrontato l'aspetto del conflittuale rapporto tra rinegoziazione e autonomia contrattuale, resta, però, il problema dell'ammissibilità dell'intervento del giudice in adeguamento del contratto il cui equilibrio sia stato alterato da fatti sopravvenuti.

Trattando delle forme di tutela dell'obbligo convenzionale di rinegoziare, abbiamo ricordato le critiche alla prospettiva di un generale intervento del giudice, fondato sull'equità o sulla buona fede, volto a dare completa attuazione a tale obbligo. Tale intervento, infatti, determinerebbe un'invasione, nell'ambito riservato all'autonomia negoziale delle parti¹⁹⁷. In quella circostanza, però, si è anche riconosciuto che in presenza di alcune condizioni, il giudice potrebbe procedere all'integrazione del contratto. L'intervento modificativo sarebbe ammissibile, infatti, nei casi in cui il giudice avesse gli

¹⁹⁶ V.M. Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 187 e ss. chiarisce che «per garantire l'operatività non è necessario utilizzare, sempre ed in ogni caso, dati extratestuali quanto valorizzare ed avere quale punto di riferimento costante ed imprescindibile il contesto contrattuale in cui essa viene ad inserirsi, dal quale emergono i valori per la soluzione dei conflitti di interessi relativi a vicende non espressamente regolate dalle parti. Ruolo decisivo assumono le scelte contrattuali di ordine economico-giuridico, operate dai contraenti in sede di elaborazione del regolamento contrattuale, che riguardano, il tipo contrattuale, le concrete finalità a cui è destinata l'operazione, lo stesso equilibrio tra le prestazioni previsto dalle parti».

¹⁹⁷ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 426 ribattendo a quanti ritengono che l'obbligo della rinegoziazione determinerebbe la conclusione di un nuovo contratto, per cui nel caso di sentenza ex art. 2932 c.c. il giudice finirebbe per ingerirsi nella determinazione del rapporto contrattuale con un evidente lesione dell'autonomia privata dei contraenti, afferma che la conclusione dell'accordo modificativo costituisce adempimento di un obbligo già assunto dai contraenti ovvero loro imposto dalla legge e quindi non vi sarebbe interferenza con l'autonomia negoziale delle parti.

elementi per stabilire quali modifiche avrebbero dovuto apportare le parti al contratto originario per renderlo aderente alla mutata realtà.

Ebbene, in merito all'obbligo legale di rinegoziare, i presupposti per l'intervento del giudice sembrano essere gli stessi, soltanto che in questo caso, diversamente da quello in cui è prevista una clausola di rinegoziazione, tali elementi non potranno essere ricavati dalla previsione pattizia, ma dall'assetto contrattuale, dal sistema di ripartizione dei rischi ad esso insito e dalle infruttuose trattative. Queste, vengono ad assolvere un compito importante, perché consentono di avere gli elementi per ricostruire la volontà dei contraenti, o meglio, per scegliere, tra le soluzioni sostitutive derivate dalla buona fede, quella che mantiene il concordato riparto dei rischi, ripristina l'utilità marginale della parte onerata dalla sopravvenienza, conserva inalterata l'utilità marginale della parte altrimenti avvantaggiata. Perciò, tanto più queste sono avanzate tanto maggiori sono le circostanze che il giudice può conoscere e utilizzare per stabilire l'assetto contrattuale che sia l'evoluzione di quello originario in considerazione della mutata realtà. In mancanza di queste condizioni però, come già detto, appare preclusa l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare.

Presupponendo sullo sfondo questa complessa riflessione giuridica – che nell'economia del lavoro non ha potuto avere lo spazio necessario per l'approfondimento delle problematiche poste – tenteremo adesso di mettere in evidenza le questioni specifiche che solleva l'applicazione dell'obbligazione di rinegoziare all'operazione di *project financing*.

Il tema, infatti, è complicato dalla presenza di un soggetto pubblico e dall'incidenza dell'interesse generale che permea la figura. Tuttavia, oggi, la revisione dell'idea della natura speciale dei contratti della pubblica amministrazione e la maturità della riflessione sugli stessi è tale, che questi aspetti ulteriori non possono essere di per sé sufficienti ad escludere, aprioristicamente, l'applicabilità dello strumento della rinegoziazione.

In realtà, non sembrano ravvisarsi ostacoli di ordine concettuale per ritenere che quanto sin qui detto valga anche per i contratti della pubblica amministrazione, per i quali, nella fase di esecuzione, trovano applicazione, salve specifiche deroghe, le norme contemplate nel codice civile. La pubblica amministrazione e il contraente privato sono, pertanto, obbligati a dare attuazione all'assetto degli interessi programmato nel rispetto dell'obbligo di buona fede posto dall'art. 1375 c.c.¹⁹⁸

Tuttavia, del tema si è interessata anche la giurisprudenza che almeno ad una prima lettura pare essersi pronunciata in senso negativo¹⁹⁹. La maggior parte delle decisioni

¹⁹⁸ Tra i più noti studiosi della buona fede in ambito amministrativo va ricordato F. Merusi, *Buona fede ed affidamento nel diritto pubblico*, 2001, p. 7-10, il quale ritiene che la buona fede, in quanto principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti e di "ogni ordine di produzione codificata dal diritto, costituzionale, legislativa, regolamentare e anche comunitaria", è un principio di validità generale nei diversi settori dell'ordinamento e così nei rapporti tra cittadino e poteri pubblici, e, in particolare, tra privato – parte di un negozio, di un accordo, e pubblica amministrazione. V. anche E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. dell'economia*, 2001, p. 317 e sgg.; C. Leone, *La tutela del contraente di buona fede nei contratti della pubblica amministrazione*. (Nota a Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992), *Foro amm.* CDS, 2004, p. 947 e sgg.; M. Macchia, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva*, (Nota a Cons. Stato, 26 settembre 2003) in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 404 e sgg.; S. Mantovani, *Esecuzione dei contratti di pubbliche forniture e buona fede*. (Nota a Cass., 16 novembre 2004), in *Giur. it.*, 2005, p. 1693 e sgg.

¹⁹⁹ V. Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2003, n. 4176, in *Foro Amm.*, CDS, 2003, p. 2244; Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Ragiusan*; 2003, p. 227-228, p. 161 e in *Giust. Civ.*, I, 1141, e anche in *Giust. Amm.*, 2002, p. 1347 nella quale si afferma che «è sulla base di tali considerazioni che va negata la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio o di una fornitura o della realizzazio-

negano che, durante la procedura e dopo l'aggiudicazione della concessione, l'amministrazione possa accordarsi con il privato per cambiare alcune delle condizioni predefinite al momento dell'indizione della gara. Si ritiene, infatti, che la modifica delle condizioni contrattuali richiederebbe un nuovo esercizio della capacità agire di diritto privato dell'ente, che invece si è esplicata ed esaurita nella predisposizione delle condizioni contrattuali e degli atti di gara. A sostegno dell'assunto si osserva che un'eventuale negoziazione sarebbe in contrasto con la procedura originariamente individuata (gara ad evidenza pubblica), sulla cui base sono state formulate le offerte ponendosi in contrasto con i limiti posti dall'ordinamento europeo alla possibilità di ricorrere alla trattativa privata²⁰⁰. In quest'ultimo caso, la peculiarità dello strumento, caratterizzato dall'assenza di una gara tra più soggetti, rende pienamente legittima la revisione delle condizioni pattuite secondo la stessa logica dei rapporti privatistici, senza che possa, così, opporsi la surrettizia conversione di una procedura di evidenza pubblica di tipo meccanico in una procedura "negoziata"²⁰¹.

Tuttavia, si ritiene che dopo l'introduzione dell'art. 1 co. 1 bis della Legge 241/1990 l'argomento della mancanza nell'amministrazione della capacità di diritto privato, necessaria per rinegoziare, abbia perso gran parte della sua forza, fondandosi su tale previsione il riconoscimento della capacità generale d'agire di diritto privato dell'ente procedente.

Inoltre, ad una più attenta osservazione, emerge che la nozione di rinegoziazione a cui si fa riferimento in queste pronunce non è quella di cui abbiamo parlato fino ad ora, in quanto si tratta di accordi modificativi tra amministrazione e privato, prima della insorgenza del vincolo negoziale. Questa diversa ipotesi riguarda, quindi, una modifica precedente all'apertura della fase esecutiva del contratto, per cui questo avrebbe esecuzione sin dal principio a condizioni economiche diverse da quelle che hanno orientato il procedimento di aggiudicazione del contratto²⁰². Di conseguenza la questione deve

ne di un opera, sia prima che dopo l'aggiudicazione, perché in ogni caso non vi è capacità di agire di diritto privato dell'ente in tal senso ed, inoltre vi è palese violazione delle regole di concorrenza e di parità di condizioni tra partecipanti alle gare pubbliche. [...] Ed invero se fosse ammissibile la rinegoziazione delle condizioni alle quali è intervenuta l'aggiudicazione dopo la stipula del contratto non vi sarebbe ostacolo ad una serie indeterminata di richieste di modifica delle condizioni stesse da parte degli aggiudicatari che sarebbero indotti a mantenere le offerte al minimo al momento della presentazione dell'offerta, per poi recuperare condizioni più favorevoli nel corso dell'esecuzione» (il caso prevede la riduzione del prezzo da corrispondere da parte dell'ente per una fornitura dopo che si era avuta l'aggiudicazione provvisoria ma non era ancora iniziata l'esecuzione del contratto).

²⁰⁰ La Commissione speciale del Consiglio di Stato – richiesta di pronunciarsi in ordine alla legittimità della prassi seguita dalle amministrazioni aggiudicatrici di richiedere la disponibilità di concedere una riduzione sul prezzo concordato – ha osservato, con parere del 12 ottobre 2001, che la rinegoziazione dell'offerta può indurre l'impresa aggiudicataria a recuperare lo "sconto" concesso fornendo un servizio o un prodotto di qualità inferiore a quella concordata, in contrasto anche con la *ratio* della disciplina legislativa in materia di controllo del fenomeno delle offerte basse in misura anomala. Si è, inoltre, rilevato che la modificazione dell'offerta dopo l'aggiudicazione determinerebbe un'indebita trasformazione di una procedura aperta (ovvero ristretta) in una negoziata, in violazione dei limiti posti dal legislatore europeo all'applicazione di tale ultimo modulo procedurale.

²⁰¹ *Ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004; Tar Puglia, sez. I, 18 agosto 2003, n. 3054 in *Trib. amm. Reg.*, 2003, I, p. 1799

²⁰² La diversità delle ipotesi emerge tralattivamente dalla stessa sentenza Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4176, cit., la quale afferma, aderendo alla posizione negativa, che «ogni determinazione idonea ad incidere sulle condizioni del contratto, modulando assetti di interessi difformi da quelli consacrati negli atti di gara», in quanto «prescinde da qualsiasi difetto di funzionamento del sinallagma, si rivela estranea alla fase esecutiva del rapporto (in quanto ad essa logicamente antecedente) e piuttosto pertinente a quella dell'ag-

essere valutata alla luce della normativa di regolamentazione del procedimento di formazione del contratto e non in base alla teoria della revisione contrattuale.

Si può parlare, invece, di “obbligo di rinegoziare” quando si sia verificato un evento sopravvenuto nella fase di esecuzione del rapporto per cui il contratto non è più aderente alla realtà.

Tale nozione essendo espressione della clausola di buona fede, costituisce un principio di carattere generale che opera anche quando parte del contratto sia una pubblica amministrazione²⁰³.

Per queste ragioni anche nei contratti pubblici e in specie nella finanza di progetto si può individuare un'area di operatività dell'obbligo di rinegoziare, quale obbligo di cooperare fondato sulla clausola generale della buona fede, che consente di ricondurre il regolamento contrattuale alla situazione di fatto, evolutasi nel tempo. Ove il comportamento delle parti sia improntato a ragionevolezza, l'esecuzione di un rapporto sganciato dalle condizioni reali, diverse da quelle programmate, sarà così sostituita da un'esecuzione adeguata alle circostanze sopravvenute, secondo gli interessi delle parti calati nel contratto. Il rifiuto della parte di modificare il contratto o di formulare offerte, in quanto irragionevoli, integreranno delle condotte opportunistiche ed ostruzionistiche, contrarie, perciò a buona fede.

Tuttavia, trattandosi di contratti della pubblica amministrazione, sono necessarie alcune precisazioni.

La limitata dottrina amministrativistica che si è interessata al tema ha fatto propria la ricordata posizione della giurisprudenza in merito al limite dell'obbligo di rinegoziare *ex lege*, rappresentato dal ripristino dell'equilibrio economico e giuridico come espresso alla stipulazione dell'accordo²⁰⁴. Ciò, in primo luogo, perché questa impostazione, configurando l'adeguamento come “un'attualizzazione” dell'accordo, a fronte della modifica delle condizioni, garantisce il rispetto dell'autonomia contrattuale delle parti. A questo argomento, però, nel settore delle contrattazioni pubbliche se ne aggiunge un altro legato alla tutela della *par conditio*: se, infatti, si determinasse attraverso la revisione un'alterazione sostanziale dell'assetto di interessi programmato, l'accordo modificativo potrebbe, di fatto «mascherare» un nuovo contratto, con conseguente violazione dei principi concorrenziali.

L'accordo di revisione deve perseguire lo scopo di ricostruire l'equilibrio economico compromesso da quella specifica sopravvenienza²⁰⁵. Solo entro questo limite si rie-

giudicazione». Sulla distinzione tra fase dell'affidamento e fase esecutiva v. la nota a questa sentenza di M. Alesio, *Il Consiglio distingue “l'esecuzione” dall’“adempimento” del contratto*, in *D&G*, 2003, p. 78

²⁰³ Per un'apertura Cons Stato, sez. V, 16 settembre 2004, n. 6025, in *Foro amm.* CDS, 2004, p. 2598; Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2003, n. 1544; Tar Campania, Salerno, 31 marzo 2005, n. 352, in *Ragiusan*, 2005, fasc. 251-252, II, p. 125; Tar Lazio, 28 gennaio 2003, n. 506, in *Dir. giust.*, 2003, f. 13, p. 81. In dottrina per l'ammissibilità della rinegoziazione v. B. Marchetti, *Atti di aggiudicazione e poteri di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Gior. Dir. amm.*, 2003, p. 505; G. Piazzalunga, *È legittima la trattativa instaurata dall'amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volta alla rinegoziazione dell'offerta presentata*, in *Foro amm.* TAR, 2002, p. 161

²⁰⁴ Il contenuto del contratto originario costituisce il dato di raffronto a cui fare riferimento non solo per valutare l'incidenza dei valori sopravvenuti, ma anche per determinare il limite delle modifiche da introdurre. V. R. Tommasini, *Revisione del rapporto*, cit., p. 128: «Il dato di partenza rimane sempre e comunque il quadro di interessi come prospettati e regolati al momento della stipulazione e l'ordinamento non può intervenire a modificare arbitrariamente quel quadro».

²⁰⁵ V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.* Tar Lazio, 2006, p. 1926

sce a garantire «al privato una prosecuzione del rapporto conforme all'originario assetto di interessi e ad assicurare

[...]alla pubblica amministrazione la possibilità di continuare ad acquisire quelle utilità senza la necessità di dover sciogliere il vincolo contrattuale, con conseguente interruzione delle prestazioni (v.Lopilato, cit., p. 1926)²⁰⁶.

Rappresenta, perciò, un compito delicato per l'interprete individuare le ipotesi in cui è possibile procedere alla rinegoziazione senza violare i principi della *par conditio*, dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione²⁰⁷.

Il limite rappresentato dal ripristino dell'originario equilibrio, nei casi in cui la rinegoziazione del contratto rappresenta un effetto della clausola di buona fede, può essere rispettato accogliendo quella ricostruzione del dovere di correttezza, secondo cui le regole di condotta, incombenti sulle parti devono essere dedotte

[...]alla luce non soltanto dei valori esterni ma anche dei valori interni all'assetto negoziale, con conseguente necessità di osservare la ripartizione dei rischi predefinita al momento della conclusione di quello specifico contratto(v. Lopilato, cit., p. 1927)²⁰⁸.

L'applicazione di questa tesi alla gestione delle sopravvenienze - che rappresenta senz'altro il settore più interessante della sua applicazione - difatti comporta che le parti, dovendo procedere all'adeguamento del contratto secondo le regole di condotta elaborate sulla base dei principi dell'ordinamento e dei valori espressi dal contratto, non possono prescindere dall'equilibrio economico e giuridico stabilito al momento della conclusione dell'accordo. Perciò, per valutare se il comportamento delle parti in sede di trattative e l'esito o l'interruzione dell'attività rinegoziativa sia stato contrario a correttezza, deve essere preso in considerazione il suddetto assetto contrattuale. In questa prospettiva, la questione si risolverà sul piano della ragionevolezza e coerenza della rinegoziazione con il programma negoziale.

Nel caso del *project financing*, non va dimenticato un elemento distintivo della fattispecie ovvero l'esposizione dell'operazione a numerosi fattori di rischio, sia per la molteplicità dei partecipanti, sia per la lunga durata del progetto, di cui si tiene conto al momento della redazione dei vari accordi. Come sappiamo, per questa ragione il piano di ripartizione dei rischi nel *project financing* è oggetto di un'attenta e complicata formulazione e negoziazione tra i soggetti coinvolti, dipendendo anche da questo la sorte del progetto. Non vi è dubbio che questo aspetto rende l'operazione come connotata da una "aleatorietà normale" certamente più intensa e particolare, la quale deve con-

²⁰⁶ V. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit., p. 1926

²⁰⁷ La giurisprudenza sembra richiedere un ulteriore requisito per l'ammissibilità della rinegoziazione, in mancanza di un'espressa previsione contrattuale: i giudici amministrativi nelle decisioni sopra riportate richiedono quale presupposto di validità dell'accordo di rinegoziazione la previa indicazione della possibilità di revisione nel bando di gara o nella lettera di invito. Se è evidente che una siffatta previsione risponde all'esigenza di conferire alla stessa azione amministrativa maggiore trasparenza, ai primi commentatori è apparso però eccessivo considerarla una condizione di validità del successivo negozio di revisione. In questo senso V. Lopilato, *op. ult. cit.*, p. 1930 e sgg.

²⁰⁸ V. Lopilato, cit., p. 1927. L'Autore si sofferma inoltre sulla sorte della clausola negoziale, relativa alla gestione di un certo rischio, che sia in contrasto con le regole della correttezza nonché sull'individuazione degli strumenti che ha a sua disposizione la parte per eliminare gli effetti della pattuizione inserita nel contratto.

dizionare tutta la riflessione sull'adeguamento e la rinegoziazione delle pattuizioni del *project financing*. In questo caso, perciò, il richiamo ai valori endogeni significa che, nel tentativo di modificare il contratto per attuarlo completamente, le clausole sulla ripartizione dei rischi devono rappresentare un punto di riferimento. Esse permettono, infatti, di ricostruire quello che era l'equilibrio in grado di soddisfare, originariamente, gli interessi dei contraenti, in conformità del quale deve avvenire l'intervento giudiziale in funzione di adeguamento. In questo modo si riduce la possibilità che la rinegoziazione sia invocata dal concessionario per sfilarsi dalle conseguenze dei rischi che si è assunto con l'operazione, in virtù dei quali è soggetto ad uno speciale regime giuridico e anche ad un trattamento economico di favore, per cercare, in particolare, di trasferire sulla pubblica amministrazione il c.d. "rischio della domanda". Il limite generale comunque, è quello della proposizione di richieste di rinegoziazione speculative, che di fatto integrano un abuso dei propri diritti.

Ciò premesso, non si può negare la rilevanza del fenomeno della rinegoziazione, il quale si pone come una terza via tra lo scioglimento della convenzione, cui conseguirebbe il fallimento del progetto, e la sopportazione di un adempimento oneroso, non più rispondente al contesto. Il riconoscimento della rinegoziazione, anche nelle ipotesi in cui le parti nulla hanno previsto, permette di non far gravare solo su una di esse i rischi connessi alla sopravvenienza di eventi idonei ad incidere sull'equilibrio economico-giuridico, con conseguente necessità di provvedere ad una rimodulazione del suo contenuto per un'equa ripartizione dei rischi, compatibile però con l'assetto originario degli interessi.

L'istituto, inteso in questo senso, appare funzionale alla ricostruzione del rapporto tra amministrazione e privati nel *project financing*. Se a fronte dei numerosi fattori di rischio connessi naturalmente a progetti di tale complessità, non si riconoscesse una certa flessibilità al rapporto, in modo da consentire l'adeguamento del contratto anche quando l'alterazione dell'equilibrio non sia straordinaria, nella prospettiva delle relazioni durature e dinamiche tra diversi centri di interessi, si finirebbe per rendere più difficile il coinvolgimento del capitale privato e per pregiudicare il completamento del progetto. Ammettendosi la rinegoziazione, la posizione del privato risulterebbe, invece, meglio tutelata perchè non sarebbe costretto a subire la cessazione del vincolo negoziale e la perdita degli eventuali investimenti programmati o non sarebbe tenuto ad erogare quella determinata prestazione divenuta ormai «squilibrata». Dall'altra parte, gli obblighi di revisione così intesi sarebbero perfettamente conformi alle esigenze di tutela dell'interesse pubblico che costantemente indirizzano l'attività dell'amministrazione: l'adozione di un rimedio conservativo del rapporto contrattuale, in presenza dei riferiti presupposti, garantirebbe la continuità delle prestazioni pubbliche ed un notevole risparmio dei costi che altrimenti l'amministrazione dovrebbe sostenere.

A fronte dell'interesse al risultato dell'erogazione del servizio o della fruizione dell'opera, la rinegoziazione appare lo strumento giuridico per gestire le sopravvenienze in modo che le conseguenze economiche non gravino totalmente sul concessionario e quindi possa essere salvato il vincolo contrattuale. Ciò in considerazione del fatto che l'interesse economico del concessionario condiziona la soddisfazione dell'interesse pubblico per cui è stata intrapresa l'operazione. Appare così provato che l'applicazione di questo strumento giuridico è conforme al rapporto di strumentalità dell'interesse privato rispetto a quello pubblico, e a quel modello di relazione collaborativa proposta in linea generale dal principio di sussidiarietà orizzontale e attuata dalla finanza di progetto. A conferma, va ricordato che l'obbligo di rinegoziazione è stato elaborato proprio nell'ambito delle riflessioni sui contratti di durata e relazionali, quali prototipi di rap-

porti caratterizzati dalla logica della gestione concordata tra le parti dell'esecuzione del contratto, che richiedono la ricerca di strumenti normativi adeguati all'interesse prioritario alla conservazione del rapporto: caratteristiche che, come abbiamo già cercato di spiegare, ricorrono nella finanza di progetto in quanto *long-term contract*, ma risultano addirittura rafforzate dalla costruzione della figura come forma giuridica del principio di sussidiarietà orizzontale.

Un ultimo punto, in tema di ammissibilità e compatibilità della rinegoziazione nell'ambito dell'operazione di *project financing* merita di essere approfondito. La questione è se l'ipotesi di "scollamento" del contratto dalla realtà non debba essere gestita sul piano amministrativo piuttosto che su quello contrattuale. In altri termini, bisogna vedere se possa configurarsi in capo al soggetto pubblico un potere unilaterale di intervento sul contratto volto ad evitare la paralisi del progetto e se tale potere possa rappresentare una valida alternativa alla rinegoziazione.

La questione crediamo che debba essere affrontata richiamando alcune regole generali dei contratti della pubblica amministrazione. La prima di queste regole stabilisce che la fase successiva alla conclusione del contratto è assoggettata alle regole generali del diritto privato. Tuttavia, nello stesso contesto, altre norme attribuiscono all'amministrazione poteri di intervento unilaterale sul contratto, il cui esercizio è espressione della capacità di autotutela delle stesse, in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico.

Vengono ricondotti a questo ambito: 1) il potere dell'amministrazione di sostituirsi alla controparte nell'esecuzione del contratto; 2) il potere di disporre l'anticipata esecuzione del contratto; 3) il potere di rescissione (meglio risoluzione) quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o grave negligenza e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate; 4) il recesso; 5) il potere di sospendere i lavori; 6) lo *jus variandi*.

Il riconoscimento di questi poteri, che comportano specifiche modifiche al regime contrattuale, rappresenta senz'altro il segno dell'incidenza dell'interesse pubblico nell'esecuzione del contratto, con la conseguente prevalenza delle ragioni della funzione di cui sono investiti gli enti su quelle dell'autonomia contrattuale. Tuttavia, l'affermata rilevanza delle suddette ragioni non deve portare, automaticamente, a configurare un potere generale ed indiscriminato della pubblica amministrazione di scioglimento o modifica unilaterale del contratto. Tali poteri devono, infatti, considerarsi speciali e tipizzati: la stessa disciplina dei contratti pubblici ammette il loro esercizio nel contesto dell'attività consensuale solo in presenza di certi presupposti e secondo forme e modalità specifiche²⁰⁹. Per queste ragioni, i suddetti poteri rappresentano degli strumenti particolari per garantire l'interesse pubblico a fronte del mutamento dei presupposti sui quali si è formato l'accordo contrattuale, e non invece dei privilegi dell'autorità contraente, esercitabili arbitrariamente.

In questo senso, si ritiene che la legge sui lavori pubblici, in modo particolarmente significativo, fissi tutte le situazioni di possibile rilevanza della sopravvenuta non congruità del contratto già concluso e limiti le forme in cui può estrinsecarsi il potere a tutela della funzione pubblica.

Iniziamo col dire però che tra queste prerogative della pubblica amministrazione, effettivamente solo l'esercizio dello *jus variandi* comporta la modifica del contenuto negoziale, gli altri (tranne la sospensione dei lavori) determinano lo scioglimento del contratto, per cui perseguono una finalità diversa da quella della rinegoziazione.

²⁰⁹ A. Benedetti, *Contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Roma, 1999, pp. 177-178

Perciò, essi dovrebbero essere considerati quali strumenti di ultima istanza a fronte dell'interesse preminente alla conservazione del contratto, costruito a partire dalle caratteristiche della fattispecie e riscontrato nella specialità dei rimedi previsti dalla Merloni ter. Come sappiamo, infatti, la stabilità del rapporto assume in questo caso un valore preminente e addirittura rafforzato rispetto agli altri contratti di durata, perchè funzionale, non solo all'interesse privato alla costruzione e gestione del progetto, in quanto unica fonte di rimborso e remunerazione del capitale investito, ma anche all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e alla fruizione del servizio.

Per quanto riguarda, invece, lo *jus variandi*, questo potrebbe essere strumento idoneo a stabilire un nuovo equilibrio contrattuale modificando il contenuto del contratto, ma almeno due argomenti non lo rendono una valida alternativa alla rinegoziazione. *In primis*, le ipotesi previste nell'art. 132 (ex art. 25 della Legge n. 109/1994) sono comunemente interpretate come eccezioni alla regola generale dell'invariabilità dell'opera in materia di appalti pubblici e quindi intese come casi tassativi non suscettibili di applicazione analogica, per la necessità di evitare un'eccessiva discrezionalità dell'amministrazione con conseguente aumento dei costi di realizzazione dell'opera²¹⁰. Ma l'argomento più forte è quello legato al rapporto tra l'art. 132 e l'art. 143: come abbiamo spiegato nei precedenti paragrafi, tale rapporto deve essere ricostruito nel senso che le varianti adottate dall'amministrazione, a seguito del verificarsi di una delle ipotesi previste nell'art. 132, nel momento in cui incidono sui presupposti della convenzione alterandone l'equilibrio, fanno sorgere il diritto alla revisione del contratto. Pertanto, i casi nei quali sorge lo *jus variandi* possono rilevare anche al fine dell'applicazione delle tutele previste dall'art. 143 in relazione alla concessione di costruzione e gestione. Alla fine, perciò, l'esercizio del potere amministrativo comporterebbe il coinvolgimento della volontà del privato nell'*iter* di adeguamento delle pattuizioni negoziali, in modo congruente alle reciproche ragioni.

Dunque, viste le difficoltà di individuare un potere generale dell'amministrazione di intervento sul contratto in esecuzione, al di fuori delle ipotesi e delle condizioni prefissate dalla legge, nonché i limiti e le conseguenze giuridiche previste per lo *jus variandi*, la rinegoziazione appare la soluzione più idonea per conservare il contratto, quando non si siano previsti altri meccanismi di adeguamento della convenzione. È evidente che all'amministrazione resta la possibilità di superare le difficoltà di esecuzione del rapporto per eventi sopravvenuti recedendo dal contratto, quando ritenga che lo stesso non sia più funzionale all'interesse pubblico, pur dovendosene però assumere le conseguenze economiche.

A favore di questa impostazione, va detto che la rinegoziazione, quale strumento giuridico con cui gestire i rischi e gli effetti delle sopravvenienze nel *project financing* sul piano negoziale, rappresenta un rimedio interno al sistema contrattuale e quindi più coerente con la ricostruzione della concessione in termini negoziali.

A ciò va aggiunto, che l'applicazione del rimedio trova il suo fondamento nella preminenza del profilo volontaristico e partecipativo che connota e distingue la conces-

²¹⁰ In dottrina vedi da ultimo C. Giurdanella, *Commento al Codice dei Contratti pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, 2 ed. aggiornata al D. Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6, Napoli, 2007, p. 174; in giurisprudenza *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Giust. Civ.*, 2003, I, p. 1141, nella quale si afferma che: «la facoltà di modificare l'oggetto contrattuale nel corso dell'esecuzione del contratto da parte dell'amministrazione è oggi ristretta fortemente dall'art. 25 l. n. 109 del 1994, e successive modifiche, e non è ammesso, al di fuori della casistica individuata in tale disposizione che opera solo per i lavori pubblici e non per i contratti di servizi o di fornitura, consentire modifiche non contemplate dalle disposizioni, in deroga al principio stesso».

sione nella finanza di progetto. Ciò è emerso occupandoci della fase di negoziazione della convenzione, dove abbiamo riscontrato il maggiore spazio riconosciuto all'autonomia negoziale del proponente nella determinazione del contenuto dell'accordo, che si lega alla valorizzazione dell'autoregolamentazione rispetto a quanto stabilito per gli altri contratti della pubblica amministrazione. Abbiamo altresì visto che questo aspetto è il risvolto dell'intento di costruire un assetto contrattuale che dia conto del rapporto di strumentalità dell'interesse privato rispetto a quello pubblico. Per altro verso, questo significa che la procedura negoziata e diretta con i partecipanti rappresenta un tratto peculiare delle figure di partenariato basate su una relazione collaborativa tra il capitale privato e l'amministrazione.

Il maggior rilievo della volontà privata, quale conseguenza di tale rapporto di cooperazione tra interesse pubblico e privato, come è a fondamento delle peculiarità della fase di negoziazione della convenzione, così appare giustificare la scelta di gestire le modifiche del contratto, necessarie per la sua stessa attuazione, sul piano contrattuale piuttosto che su quello provvedimentale. Con la rinegoziazione, infatti, è rimessa ad entrambe le parti la composizione delle posizioni contrapposte e la valutazione sulla rispondenza ai propri interessi della conservazione del rapporto.

Nel caso in cui la gestione delle sopravvenienze avvenisse sul piano amministrativo, il relativo potere sarebbe esercitato nel rispetto dei principi che regolano l'azione pubblica, per cui risulterebbero comunque fornite valide garanzie contro l'arbitrarietà dell'intervento pubblico sul contratto: il riferimento è all'obbligo di motivazione, alla presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, alla valutazione dell'affidamento delle parti private destinatarie del provvedimento, al rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale.

Tuttavia, la determinazione dell'ente, seppur adottata all'esito della ponderazione dei diversi interessi coinvolti, sarebbe compiuta dalla sola pubblica amministrazione sul parametro imprescindibile dell'interesse pubblico. Perciò, per un verso, gli interessi secondari (privati ma anche pubblici) troverebbero riscontro nella determinazione amministrativa solo se non contrastanti con il primario interesse pubblico; per un altro, non vi sarebbe il contributo della volontà del privato alla causazione degli effetti derivanti.

La soluzione di gestire il mutamento delle circostanze intervenuto nella fase di esecuzione sul piano contrattuale appare la più indicata a fronte della ricostruzione nella finanza di progetto del rapporto tra pubblico e privato in termini di collaborazione; carattere che accomuna le figure comunemente ricondotte alla classe del partenariato pubblico – privato. Il contratto è infatti il luogo del coordinamento tra gli interessi, del confronto tra le istanze contrapposte delle parti, il cui risultato può dirsi il frutto dell'autoregolamentazione di entrambi i contraenti. Meno congruo con le ragioni della collaborazione appare, invece, il modello del potere che presuppone la posizione di soggezione della controparte ed esprime, pur a seguito della ponderazione comparativa tra interessi, la prevalenza dell'interesse pubblico²¹¹.

²¹¹ In questo senso F. Cangelini, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit., p. 254, nell'ambito di una riflessione più generale sull'attività consensuale della pubblica amministrazione sostiene che: «L'azione amministrativa in ogni caso, riflette il risultato di una ponderazione comparativa tra interessi e ciò sia nel caso che si realizzi mediante provvedimenti, sia nel caso che si svolga in forma concordata, ma sotto il profilo funzionale contratto e provvedimento esprimono valori antitetici, poiché mentre il primo mira ad una composizione di interessi, il secondo puntualizza la prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi privati che con esso confliggono».

Ciò è confermato dal fatto che, le volte in cui nella disciplina della finanza di progetto si prevede l'esercizio di un potere da parte dell'ente (recesso e *jus variandi*), si stabiliscono dei correttivi volti a bilanciare il sistema delle tutele in modo che nel complesso risulti parimenti protetto l'interesse pubblico e quello privato.

11. La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione dell'obbligo di cooperazione.

Per completare il quadro, può essere interessante prendere in considerazione anche l'ulteriore ipotesi in cui l'evento sopravvenuto incidente sull'esecuzione del contratto di finanza di progetto sia in qualche modo attinente alla condotta di uno dei contraenti. In base alla ricostruzione comunemente accolta, questa circostanza, impedisce l'applicazione della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità e in generale delle sopravvenienze, se si accetta la distinzione elaborata dalla dottrina in tema di gestione dei rischi contrattuali, per cui si può parlare di rischio²¹², quando si sia escluso che l'inesecuzione o la difficoltà di esecuzione del contratto, è imputabile ad una delle parti.

In particolare, pone qualche difficoltà di inquadramento e di disciplina l'ipotesi in cui l'evento che si verifica durante l'esecuzione del contratto sia imputabile all'attività della pubblica amministrazione la quale adotta atti o comportamenti che rendono più onerosa o più difficile la prestazione della società di progetto oggetto della convenzione, ossia la costruzione e la gestione dell'opera o del servizio.

In realtà, già i primi studiosi del fenomeno, hanno rilevato che l'incertezza dei flussi reddituali positivi, endemica nel *project financing*, è in gran parte legata ai comportamenti della pubblica amministrazione.

L'entità della domanda che interessa il progetto, se è esaminata e calcolata con complessi e seri studi di mercato, generalmente non va incontro a grandi fluttuazioni, per cui l'incertezza legata al bacino di utenza del servizio o dell'opera non presenta gradi molto elevati, anche perché le opere si riferiscono il più delle volte a servizi di prima necessità, quali il trasporto, lo smaltimento dei rifiuti, l'erogazione dell'acqua ecc.

Le normali oscillazioni del mercato del progetto, perciò, rischiano di essere alterate soprattutto per il verificarsi di comportamenti o atti della pubblica amministrazione in grado di incidere in modo eccezionale sulla redditività del progetto, invalidando le previsioni degli studi economici e finanziari. Il successo del progetto e l'incertezza dei flussi connessi sono in gran parte legati alla pubblica amministrazione perché questa, oltre che promuovere la realizzazione del progetto, interviene su molti altri aspetti: concede i necessari permessi, coinvolge gli altri soggetti coinvolti nella costruzione dell'opera (conferenza di servizi), modifica le tariffe, definisce e riforma la normativa generale o di settore. Per altro, tutte queste attività presupp-

²¹² E. Betti, *Periculum: problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Jus*, 1954, p. 335 rilevava che «solo dopo aver escluso che l'inadempimento sia tale che l'una delle parti possa chiederne conto all'altra, allora, ma allora soltanto, è proponibile la questione del rischio. Con la quale si chiede, a carico di chi (e in che modo) debba mettersi il rischio che l'assetto di interessi disegnato dalle parti non possa attuarsi per circostanze di cui l'una non risponda verso l'altra». La necessità di distinguere, «nella valutazione delle conseguenze dell'inesecuzione della prestazione [...] la causa da cui il fatto proviene» e, quindi «il tema della sopportazione del rischio da quello della responsabilità per inadempimento» è alla base di ogni studio sul «rischio contrattuale», così tra i numerosi contributi in argomento F. Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, cit., p. 1 e sgg.

pongono un certo margine di discrezionalità nella decisione che deve essere assunta dall'amministrazione agente.

Il livello di certezza, però, può essere innalzato, facendo ricorso a degli strumenti che – anche in via indiretta – “indirizzano” le scelte della pubblica amministrazione, verso soluzioni che rispettano la relazione stretta con il soggetto privato, oppure facendo ricorso a quelli che correggono le conseguenze economiche delle stesse decisioni sul progetto: conclusioni di accordi di programma, con la previsione di significative penalità in caso di violazione; prestazioni di garanzie; previsione di forme di responsabilità: tutti questi mezzi, in effetti, costringono l'amministrazione a calarsi in una logica privatistica - con quello che ne può conseguire sul piano dell'esercizio dei suoi poteri - e a misurarsi con gli strumenti di quel contesto. D'altronde, non potrebbe essere diversamente nei casi in cui la stessa amministrazione sceglie di esercitare le sue funzioni utilizzando gli strumenti del diritto privato e di coinvolgere nelle attività che le competono soggetti privati imprenditoriali, che ragionano in una logica di rischio - rendimento.

Se, per esempio, per realizzare un tratto della rete ferroviaria è necessario espropriare alcuni terreni, come si può indurre l'amministrazione ad esercitare questo suo potere in modo compatibile con i tempi stabiliti e noti ad entrambe le parti, per il regolare sviluppo del progetto? E soprattutto se questo non avviene, quali sono le forme di tutela e di ristoro per il privato-concessionario che, in conseguenza del comportamento dell'amministrazione concedente, non riesce ad eseguire esattamente la prestazione?

Tale comportamento dell'amministrazione, nella misura in cui finisce per aggravare l'adempimento dell'obbligo del concessionario di costruire l'opera, assume rilievo in termini di violazione dell'obbligo di cooperazione del creditore all'adempimento della prestazione del debitore.

La scienza giuridica con questo concetto è solita indicare un dovere nascente dal rapporto obbligatorio, consistente nell'obbligo del creditore di tenere la condotta necessaria a rimuovere o prevenire gli impedimenti della prestazione del debitore. Questo ha il suo fondamento nel dovere di correttezza e buona fede, cui sono tenute entrambe le parti del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.). La norma, in primo luogo, permette di attribuire rilevanza all'interno del rapporto agli interessi del debitore, in quanto altrimenti non avrebbe senso l'esigenza di porre anche a carico del creditore il dovere di comportarsi correttamente, considerando che doveri e obblighi rappresentano un *posterius* rispetto all'esistenza di un interesse meritevole di tutela²¹³. Per altro verso, la disposizione, riservando alla buona fede oggettiva la funzione di governo dell'esecuzione del rapporto, permette di individuare nella cooperazione lo strumento per la soluzione dei possibili conflitti tra i contrapposti interessi.

L'art. 1175 c.c., sancendo che il debitore e il creditore devono comportarsi secondo la regola di correttezza riconosciuta negli ordinamenti moderni, impone un minimo di collaborazione tra i contraenti, al fine di contenere l'aspetto egoistico proprio dei rapporti obbligatori.

Da questa nozione emerge il sostanziale collegamento tra l'art. 1175 c.c. e l'art. 1375 c.c. in virtù del loro comune riferimento ad un obbligo di comportamento secondo lealtà e correttezza, espressivo del limite che incontrano le situazioni soggettive riconosciute ai privati nel principio di solidarietà, anche fuori del contesto contrattuale. Per cui, si sostiene che la buona fede e la correttezza operano tanto sul piano del comporta-

²¹³ Cfr. U. Natoli, *Lattuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 7 e sgg. e G. Recinto, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, p. 273

mento del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, quanto sul piano dell'esecuzione del contratto, concretizzandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte²¹⁴. Così ciascun contraente, ponendo in essere il contratto, si propone di perseguire un determinato fine e tale proponimento vincola ciascuna parte a porre in essere un'attività collaborativa e partecipativa, che finisce per limitare e orientare ogni posizione soggettiva, passiva o attiva riconosciuta, sia per imporre specifici obblighi al fine di conservare gli interessi dell'altro soggetto²¹⁵.

Come sopra accennato, pacificamente si sostiene che anche la pubblica amministrazione contraente è tenuta al rispetto del dovere di buona fede e correttezza, esteso ai rapporti amministrativi in virtù del suo carattere generale. La dottrina amministrativistica più attenta accoglie proprio questa ricostruzione: il dovere di agire in buona fede ha valore di principio generale e, in quanto tale, riguarda tutti i rapporti tra i consociati, a prescindere da un sottostante rapporto obbligatorio. Ne consegue la sua inevitabile applicazione anche ai rapporti tra pubblica amministrazione e privati²¹⁶.

Perciò l'amministrazione contraente, nell'attuazione del contratto in base alle regole di diritto comune riguardanti l'adempimento, è tenuta ad eseguire con la dovuta diligenza i propri obblighi (art. 1175-1176 c.c.), altrimenti deve risarcire i danni conseguenti a questa sua condotta (art. 1218 c.c.).

Nella finanza di progetto gli obblighi da esercitare secondo correttezza, in primo luogo, devono essere individuati in base al contenuto della concessione di costruzione e gestione, la quale prevede il conferimento da parte dell'ente del diritto di realizzare e/o di godere (per un determinato periodo) di un bene pubblico ovvero gestire (per un de-

²¹⁴ Sull'assunto che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 c.c.), specificandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte, vedi *ex multis* Cass. civ., sez. lavoro, 8 febbraio 1999, n. 1078 in *Contratti*, 1999, 6, p. 569; Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, *cit.*

²¹⁵ Cfr. M.B. Chito in P. Rescigno (a cura di), *Codice civile*, Milano, 1997, p. 1245 e sgg., A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, p. 556 e sgg. secondo cui l'art. 1175 c.c. «sancisce solennemente che sempre il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione alle esigenze del mercato e dei principi di solidarietà umana e sociale» al fine di garantire un «minimo di collaborazione a cui deve informarsi ogni ordinamento moderno». In giurisprudenza vedi Cass., 1 marzo 2000, n. 2252, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 507, secondo cui il creditore, ai sensi dell'art. 1175 è obbligato a non rendere disagevole o più gravosa la prestazione del debitore; in tema d'appalto, Cass., 9 febbraio 2000, n. 1449, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 286

²¹⁶ Tra gli studiosi più importanti sul tema, v. F. Merusi, *Buona fede ed affidamento nel diritto pubblico*, *cit.*, p. 265; Id., *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, Relazione per il convegno di Varenna, 19-21 settembre 2002, destinata al volume *Tempo spazio, certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003, p. 36. In tema si distingue l'interessante contributo di F. Addis, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbligazioni e contratti*, 2005, fasc. 2, p. 106 e sgg. in partic. pag. 111, il quale, nell'ambito della riflessione sulla compatibilità del principio di affidamento all'attività consensuale degli enti pubblici, mette in evidenza il particolare *modus operandi* della buona fede nei rapporti con la pubblica amministrazione. L'a. dopo aver individuato nella natura di principio generale della buona fede la ragione giustificativa della sua estensione al di là dei rapporti tra privati, afferma che «a differenza di quello che accade nell'ambito privatistico, dove l'operatività generalizzata del principio impone di far prevalere sempre e comunque la parte che si sia comportata correttamente e di sanzionare la condotta scorretta, il principio di correttezza determina nel diritto amministrativo soltanto l'obbligo di procedere ad una ponderazione di interessi che dia la prevalenza a quello della parte corretta in quanto non sia possibile accertare un interesse pubblico prevalente».

terminato periodo) un'attività economica di interesse generale ad essa riservata, verso l'obbligo di svolgere quella determinata attività secondo parametri predeterminati e di corrispondere, ove previsto, un canone di concessione.

Sappiamo, però, che l'obbligo di correttezza impone al creditore di attivarsi anche in ciò che non è espressamente stabilito nell'accordo. Esso, infatti, richiede al creditore di cooperare anche oltre la sua sfera di competenza, compiendo non solo gli atti previsti nel contratto o in specifiche disposizioni di legge, ma anche i comportamenti, non individuati dalle parti o dal legislatore²¹⁷, che, in relazione alle singole situazioni di fatto, siano necessari per evitare l'aggravamento della posizione del debitore e così scongiurare l'inadempimento dell'obbligazione²¹⁸.

Al fine di valutare l'attività dell'amministrazione concessionaria che abbia influito sull'esecuzione del contratto e abbia pregiudicato la realizzazione dell'interesse della controparte alla prestazione, devono essere tenute in considerazione alcune interessanti tipologie di condotte definite contrarie a buona fede dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In base all'enucleazione dei criteri della buona fede, nel nostro caso, potrebbe essere considerata scorretta l'omissione di quei comportamenti dell'amministrazione, che pur non previsti espressamente dalla convenzione come oggetto di obbligazioni, siano funzionali al soddisfacimento dell'interesse dedotto in contratto da un contraente²¹⁹. Stesso trattamento giuridico dovrebbe altresì essere riservato a quei comportamenti positivi che in vario modo possono frustrare le utilità che l'altra parte si riprometteva di trarre dall'esecuzione del contratto, sulla base del programma negoziale²²⁰.

Perciò alla luce di queste pronunce, considerando che la buona fede investe tutte le fasi del contratto di concessione, l'amministrazione dovrebbe evitare atti o azioni, come quello preso ad esempio, in grado di ritardare o rendere più onerosa la prestazione di controparte e adoperarsi per rimuovere gli ostacoli al completamento del progetto o alla gestione dell'opera come pattuita, quando quest'attività non determini alcun sacrificio per l'ente²²¹. Infatti, la cooperazione fondata sull'obbligo di correttezza e buona fede incontra un limite fondamentale nell'interesse alla prestazione: il creditore deve sì attivarsi per rimuovere e prevenire gli impedimenti e le difficoltà della presta-

²¹⁷ In questo senso Con. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 32. in <<http://www.Giustizia-amministrativa.it/>>, secondo cui l'obbligo di correttezza e buona fede non è solamente rispettato con il compimento di atti stabiliti da specifiche norme di legge, ma si realizza anche con comportamenti non individuati che si prospettano come necessari ai sensi dell'art. 1175 c.c. in relazione alla fattispecie concreta «per rendere meno gravosa la posizione del debitore ai fini dell'adempimento dell'obbligazione».

²¹⁸ V. Cass., 5 novembre 1999, n. 12310. L'obbligo del creditore di non rendere più disagiata o gravosa la prestazione del debitore più di quanto egli possa attendersi non significa però, secondo certe pronunce giurisprudenziali, che il creditore debba agevolare l'esecuzione della prestazione del debitore o comunque renderla meno onerosa rispetto a quanto pattuito nel contratto. v. Cass. civ., Sez. II, 1 marzo 2000, n. 2252, in *Guida al Diritto*, 2004, n. 44, 32

²¹⁹ Si pensi all'espletamento di pratiche amministrative strumentali all'adempimento Cass., 10 aprile 1986, n. 2500

²²⁰ Sul caso del committente di appalto pubblico che ritardi indebitamente il collaudo, procrastinando così l'esercizio delle pretese dell'appaltatore in sede arbitrale, Cass., 28 aprile 1995, n. 4726; Cass., 8 luglio 1995, n. 7550; Cass., sez. un., 28 ottobre 1995, n. 11312

²²¹ V. Coll. Arbitrale, 10 luglio 1989, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1991, 35 secondo cui il dovere di cooperazione del committente in un appalto pubblico si sostanzia non solo in una generica prestazione del proprio concorso in tutti gli atti in cui ciò sia specificatamente richiesto, ma altresì nell'intervenire per ovviare a tutti gli eventuali ostacoli che si possono porre rispetto all'attività dell'appaltatore stesso; in particolare tale obbligo non riguarda solo la fase iniziale dei lavori, ma perdura durante l'esecuzione dell'opera e si esaurisce solo con il compimento di essa.

zione ma sempre nella misura in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio delle proprie ragioni²²². Perciò, la previsione del limite dell'obbligo di cooperare del creditore nella tutela delle sue ragioni, richiedendo nel caso particolare l'individuazione dei motivi dell'azione dell'amministrazione (che nel nostro esempio non ha espropriato i terreni per la ferrovia) appare come lo strumento per recuperare, sul piano strettamente contrattuale, la valutazione dell'interesse pubblico che ha informato l'attività dell'ente, influente sull'esecuzione del contratto di concessione. L'amministrazione, quindi, non potrebbe spingersi per salvaguardare l'interesse del concessionario a adempiere le sue obbligazioni fino al punto di ledere l'interesse pubblico, nella misura in cui questo rappresenta, sul piano amministrativo, il vincolo teleologico dell'azione dell'ente e, sul piano negoziale, l'interesse del creditore che non può essere sacrificato²²³: un interesse che in questo caso gode di un crisma di meritevolezza e di forme di tutela particolari, per cui, il rifiuto della prestazione, giustificato su quella ragione, può non essere illegittimo.

Per completare il quadro, molto rilevanti ai fini del nostro discorso risultano alcune pronunce relative alla tutela accordata alla parte assoggettata all'esercizio di diritti potestativi o in genere di prerogative di controparte. In questi casi, in cui ad uno dei contraenti è riconosciuto l'esercizio di poteri o di prerogative non sindacabili nel merito, la tutela della controparte si risolve nella previsione di regole circa le modalità e i tempi di attuazione, il cui mancato rispetto, causativo di pregiudizi per l'altro contraente, rappresenta una condotta contraria a buona fede²²⁴. Di queste ipotesi di condotte scorrette s'interessa un certo orientamento giurisprudenziale ed arbitrare, che approfondisce il dovere di collaborare della pubblica amministrazione in tema di contratto di appalto di opere pubbliche. In relazione a questo contratto viene ribadito che il dovere di cooperazione va inteso come un mezzo rispetto al fine di rendere possibile l'adempimento dell'appaltatore, ossia l'esecuzione dell'opera, con la conseguenza che il dovere di buona fede impone all'amministrazione di osservare tutti i comportamenti, che senza comportare per essa un apprezzabile sacrificio, siano idonei a preservare gli interessi dell'appaltatore²²⁵.

In particolare, questo indirizzo indaga se l'esercizio dei poteri riconosciuti all'amministrazione nella fase esecutiva del rapporto (sospensioni, varianti, ecc.) possa rilevare sul piano della violazione dell'esercizio dell'obbligo di cooperare con il debitore per il puntuale adempimento dell'obbligazione. Il punto è se queste prerogative, riconosciute all'amministrazione per ragioni sostanzialmente di tutela dell'interesse pubblico durante l'esecuzione del rapporto, possano essere considerate, sotto altro aspetto, come atti o com-

²²² Il limite di «un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio» riconosciuto nella sentenza «Fiuggi» Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro Amm.*, 1995, p. 414, è ormai consolidato nella giurisprudenza v. *ex multis* Cass., 11 gennaio 2006, n. 264 in *Giust. Civ.*, 2006, I, spec. pag. 523, Cass., 30 luglio 2004, n. 14605, Cass., 23 maggio 2002, n. 7543, in *Foro it.*, 2003, I, c. 557

²²³ L'estensione del limite dipende se si aderisce ad un'interpretazione restrittiva del sacrificio dell'interesse del creditore apprezzabile al fine di impedire la prestazione richiesta *ex bona fide* oppure ad una più ampia, per la quale dovrebbero essere considerati anche interessi diversi cui la prestazione può essere collegata nel contesto dell'intera negoziazione. Nel primo caso rileverebbe solo il pregiudizio riconnesso alla prestazione dovuta ex art. 1175 secondo il rapporto di causalità. Nel secondo, gli interessi potenzialmente lesi non potrebbero essere individuati sulla base della singola prestazione ma nel contesto più ampio secondo una valutazione di buona fede.

²²⁴ Cfr. A. D'Angelo, *La buona fede. Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Besone, volume XIII, tomo IV, Torino, 2004, p. 108 e sgg.; A.G. Parisi, *Responsabilità precontrattuale e pubblica amministrazione*, in P. Stanzone - A. Saturno (a cura di), *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 2006, p. 1051.

²²⁵ Il principio è consolidato in tema di appalto di opere pubbliche v. Cass. civ., sez. I, 23 maggio 2002, n. 7543 in *Mass. Giur. It.*, 2002 e in *Arch. Civ.*, 2003, p. 327

portamenti scorretti, in grado di rendere più gravosa la posizione del debitore²²⁶. Seguendo questa logica, l'amministrazione, esercitando nella fase esecutiva del rapporto i poteri che le sono attribuiti e che incidono sulla prestazione del contraente privato, si esporrebbe al rischio di vedersi contestata la violazione del dovere di correttezza e di buona fede.

Su queste premesse, cercando di bilanciare gli interessi in gioco, crediamo che la violazione del dovere di collaborazione da parte della stazione appaltante possa dirsi integrata solo in presenza di due presupposti, uno negativo e l'altro positivo. Il primo è rappresentato dalla mancanza di una ragione di interesse pubblico a fondamento dell'azione amministrativa. L'altro, dalla sussistenza di un comportamento inerte o negligente della pubblica amministrazione che abbia poi reso necessario l'adozione degli atti o l'esercizio dei poteri, risultati impeditivi o pregiudizievoli per la prestazione di controparte. In altri termini, per valutare la legittimità del comportamento, bisogna apprezzare gli interessi in gioco e valutare complessivamente la condotta delle parti del rapporto, tenendo di conto anche dei loro precedenti comportamenti.

In caso di violazione dell'obbligo di cooperazione, la sanzione è in primo luogo il risarcimento del danno ex art. 1218 c.c., ma nell'ipotesi di inadempimento connotato da particolare gravità, secondo la giurisprudenza si può anche chiedere la risoluzione del contratto. Ciò sul presupposto che la buona fede costituisce un vero e proprio dovere giuridico, «che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede»²²⁷. Tuttavia, la violazione della clausola generale di buona fede e correttezza assume rilevanza ai fini della risoluzione del rapporto solo se, incidendo sulla condotta sostanziale dovuta dalle parti per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni, pregiudica gli effetti economici e giuridici del contratto²²⁸.

Il riconoscimento della buona fede quale obbligazione autonoma²²⁹ il cui inadempimento da luogo alle conseguenze comunemente previste per la violazione delle obbli-

²²⁶ V. Cass. civ., sez. I, 16 maggio 2002, n. 7181, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2003, 72; Cass. civ., sez. I, 26 agosto 1997, n. 8014, in *Mass. Giur. It.*, 1997; per quanto riguarda la giurisprudenza arbitrale v. Lodo 30 luglio 2004 n. 54 in *Arch. Giur. oo. pp.*, 2005, p. 81 e 6 dicembre 2004 n. 69, *ivi*, p. 117: il primo riconosce che in virtù dell'obbligo di cooperazione e collaborazione gravante sulla stazione appaltante è onere del committente raggiungere accordi con gli enti titolari dei sottoservizi in ordine alle modalità di risoluzione delle interferenze; la seconda invece ha ribadito l'estensione dell'obbligo di collaborare non solo nella fase della formazione del contratto ma anche in quella dell'esecuzione, con la conseguente valutazione alla luce di detto principio della sospensione dei lavori oltre il termine previsto nel capitolato generale.

²²⁷ Cass., 18 febbraio 1986 n. 960, *Mass. Giur. it.*

²²⁸ In questo senso Cass. civ., 1 agosto 2002, n. 11437, in *Contratti*, 2003, 4, p. 342, nota di Piscitelli. Recentemente, Tribunale Brindisi, 22 gennaio 2007

²²⁹ V. da ultimo Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855: «la clausola di buona fede nell'esecuzione del contratto opera come criterio di reciprocità, imponendo a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contrattuali, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge, ne consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato». Sono, invece, ormai risalenti le pronunce giurisprudenziali che riconoscevano la violazione dell'obbligo della buona fede solo ove il dovere di correttezza fosse considerato in forma primaria ed autonoma da una norma. V. Cass., 20 luglio 1977, n. 3250 la quale afferma che un comportamento contrario al principio di buona fede «non può essere considerato illegittimo e quindi fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica». Sulla stessa linea Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610

gazioni contrattuali, sul piano probatorio comporta l'attribuzione al privato dell'onere di provare la sussistenza dell'obbligo di collaborare, scaturente dal contratto. Sarà sufficiente, invece, la mera allegazione del supposto inadempimento. Per andar esente da responsabilità sarà, quindi, la pubblica amministrazione creditrice a dover dimostrare l'insussistenza della stessa obbligazione o il suo adempimento²³⁰.

All'esito di questa ricostruzione un'ulteriore considerazione si pone. Se guardata dal punto di vista del creditore, la regola della collaborazione impedisce di pregiudicare la posizione del proprio debitore, affinché egli possa adempiere la prestazione pattuita nei termini rispondenti all'interesse del creditore. Diversamente operando, il creditore finisce per pregiudicare l'attuazione del proprio diritto di credito senza poter addossare il relativo danno alla controparte.

Se questa è la portata del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, allora un ulteriore argomento depone a favore della valorizzazione della sua applicazione al *project financing*. La ragione di ciò sta, ancora una volta, nel nesso di reciproco condizionamento tra l'interesse della società di progetto/concessionaria e l'interesse della pubblica amministrazione per la realizzazione del risultato dell'operazione contrattuale. Accogliendo questa ricostruzione, tenuto conto che le difficoltà nell'adempimento della prestazione del concessionario si ripercuotono sugli interessi dell'amministrazione alla realizzazione dell'opera e alla sua gestione per la collettività, il comportamento della stazione appaltante che impedisce o non collabora all'attuazione del programma negoziale potrà essere censurato sia perché in contrasto con la buona fede sia perché pregiudizievole dell'interesse pubblico sottostante all'iniziativa.

In conclusione, quello che ne emerge è una sorta di convergenza tra le ragioni della tutela dell'interesse pubblico inerente al progetto e il principio di buona fede contrattuale, nell'imporre all'amministrazione di far salve le ragioni del privato. Per la pubblica amministrazione questo significa anche il dovere di non speculare facendo ricadere sulla controparte le conseguenze di un esercizio elusivo e rigoroso dei suoi diritti, fondato su un'interpretazione pedissequa e formale delle clausole dell'accordo. Perciò nel *project financing*, il perseguimento dell'interesse generale si pone quale ulteriore fattore di superamento della logica di esaltazione degli interessi egoistici delle parti nelle vicende contrattuali, che si deve in gran parte all'espansione della capacità operativa della buona fede, intesa come dovere di collaborazione e di solidarietà tra i contraenti, sia privati che pubblici.

²³⁰ Cass. civ., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 la quale ha affermato la regola secondo cui «in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.». Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le Sez. Un. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento).

12. Sussidiarietà e buona fede come fonti di integrazione del contenuto contrattuale

Le ultime due questioni affrontate meritano un'ulteriore considerazione.

La prima ipotesi a cui si fa riferimento è quella del riconoscimento, in presenza di certi presupposti ed entro certi margini, della rinegoziazione quale espressione dell'obbligo delle parti di negoziare nuovamente il contenuto contrattuale per salvaguardare l'interesse a continuare il rapporto.

La seconda ipotesi attiene al problematico riconoscimento della responsabilità della parte che abbia determinato la paralisi del rapporto e la lesione delle ragioni di controparte con un comportamento contrario al dovere di cooperare, incombente sul creditore ai sensi dell'art. 1175 c.c.

Quel che è di indubbio rilievo è l'emersione in entrambi i casi dell'obbligo dei contraenti di collaborare. Tale obbligo implica il dovere delle parti di cooperare, al fine della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritto o di obbligo, e si pone come regola attuativa del dovere di comportarsi secondo buona fede. Questo, infatti, si oggettivizza in relazione della natura dell'affare e delle circostanze, determinando il sorgere di diversi obblighi contrattuali.

In entrambi i casi, l'applicazione di questi istituti è stata ammessa a partire dal particolare assetto d'interessi che caratterizza la finanza di progetto. Per questa ragione, le soluzioni che si sono proposte sono quelle risultate più conformi alla convergenza tra interesse privato e interesse pubblico e al modello di relazione amministrazione - impresa di tipo collaborativo, insito nella nostra figura e riferibile al principio di sussidiarietà. Da qui, lo spunto per una riflessione sulla possibilità di delineare un rapporto tra l'obbligo di cooperare e il principio di sussidiarietà orizzontale.

In effetti, il dovere di cooperare è emerso nel corso della riflessione quale strumento funzionale alla logica di collaborazione che caratterizza la finanza di progetto, non solo come figura paradigmatica di contratto di durata volto alla programmazione *ex ante* dell'affare, ma soprattutto quale forma giuridica in cui si estrinseca il principio di sussidiarietà.

Questa idea, come abbiamo cercato di spiegare, nasce dal ritenere che nell'art. 118 Cost., ult. co., trova fondamento giuridico un modello di rapporto tra pubblico e privato di tipo collaborativo, nel quale entrambe le parti affidano la soddisfazione dei loro interessi alla realizzazione del risultato progettato. Da qui, l'interesse dell'amministrazione alla conservazione della prestazione di controparte, soddisfattiva dell'interesse pubblico, il cui fondamento risiede in quell'obbligo di "favorire" l'attività privata di rilevanza generale di cui all'art. 118 Cost.

La conseguenza di questo approccio è un'idea di gestione concordata del contratto, che si risolve nella valorizzazione di alcuni strumenti giuridici, primi tra tutti, gli obblighi di chiarezza e trasparenza, di rinegoziazione, di cooperazione.

Ora, occorre rilevare che tali strumenti, funzionali all'assetto degli interessi e al modello di relazione tra pubblica amministrazione e privati, proposti dal principio di sussidiarietà, sono altresì espressione della clausola generale di buona fede. Perciò, l'applicazione del principio costituzionale al rapporto sembrerebbe non aggiungere nulla, in termini di regole di condotta e di tutela, a quanto deducibile dal dovere di buona fede oggettiva.

Tuttavia, si ha l'impressione che la portata del verbo "favorire", nella misura in cui sembra implicare un "dovere di fare" per garantire la realizzazione dell'interesse pubblico, possa non esaurirsi completamente negli obblighi specifici che si fanno derivare dalla clausola di buona fede, nella sua specificazione come obbligo di cooperare.

Quest'ultimo, infatti, sembra avere un significato più 'ristretto', se inteso come dovere di evitare quei comportamenti che favoriscono l'altrui inadempimento, per cui sono contrari a buona fede le condotte di un contraente che interferiscono con l'esecuzione della prestazione dell'altra parte²³¹.

Questa considerazione, invero, trae conforto da quella giurisprudenza che, in tema, ha elaborato una sorta di catalogo delle condotte considerate non collaborative ed ostruzionistiche. Alcune decisioni paiono ispirate alla finalità di scongiurare comportamenti che favoriscono l'altrui inadempimento onde trarne vantaggio oppure non coerenti con l'atteggiamento precedente²³². Altre stabiliscono la contrarietà a buona fede di condotte omissive che vengono sostanzialmente assimilate all'inadempimento, pur non essendo contemplate dalla convenzione²³³, oppure di condotte positivamente lesive di interessi che ineriscono alla finalità perseguita dal programma stabilito dai contraenti²³⁴ e che lo "svuotano" del suo contenuto. Nel corso della riflessione, in effetti, abbiamo preso in considerazione l'eventualità che tali tipi di condotta siano poste in essere dai contraenti della convenzione di concessione e in particolare dall'amministrazione, ed abbiamo cercato di trarre alcune conseguenze dalla loro rilevanza ai sensi dell'art. 1175.

Tuttavia, in questa giurisprudenza non si oltrepassa mai la linea di confine tra il dovere di corretta cooperazione e il dovere di intervento per agevolare la controprestazione, così come non si sconfinava mai nella surroga di adempimenti dovuti dalla controparte.

Perciò, se si ammette che l'art. 118, nell'imprecisione della sua formulazione, possa richiedere alle parti, in attuazione di un'interpretazione estensiva del dovere di favorire l'attività privata, una condotta, non solo non ostativa all'adempimento altrui, ma addirittura positiva volta a facilitare il concessionario, ebbene tale condotta non potrà essere facilmente ricondotta al contenuto precettivo della clausola di buona fede. Per altro, l'individuazione delle ipotesi in cui questo possa verificarsi e dei comportamenti dovuti dall'amministrazione in attuazione del principio di sussidiarietà, può avvenire solo in relazione al singolo caso, valutando la specificità dell'azione in questione, la natura dell'affare e gli interessi in gioco.

Al di là di queste ipotesi, tuttavia, non appare revocabile in dubbio che la maggior parte delle regole di condotta imposte dal principio costituzionale coincidono con quanto prescritto dal dovere di buona fede, considerato il contenuto ampio ed indeterminato della clausola generale. Il risultato che se ne trae, alla fine, è il delinearsi di un legame diretto tra sussidiarietà e dovere di correttezza in quanto entrambi rinviano alla

²³¹ Per una definizione dell'obbligo di cooperazione e l'indicazione di una serie di condotte considerate, anche dalla giurisprudenza, non cooperative od ostative v. A. D'Angelo, *La buona fede. Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 122

²³² Per il nostro tema è interessante richiamare una sentenza di merito in tema di appalto, Trib. Verona, 30 maggio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 372, dalla quale è possibile ricavare la regola che non sono conformi a buona fede il comportamento dell'appaltatore contrastante con quelli pregressi e il rifiuto di una attività accessoria rispetto a quella dedotta in contratto quando manchi un apprezzabile interesse al rifiuto della cooperazione; Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Foro. it.*, 1985, I, c. 2050; Cass., 18 giugno 1997, n. 5455

²³³ Cass., 5 gennaio 1986, n. 89; Cass., 10 aprile 1986, n. 2500, cit., nella quale si è affermato che integra la violazione della regola di buona fede il comportamento del contraente di una permuta di cosa futura che non aveva tempestivamente compiuto le pratiche amministrative volte all'ottenimento della licenza edilizia necessaria alla realizzazione dell'edificio di cui doveva, in virtù del contratto, fare acquistare a controparte la proprietà.

²³⁴ Cass., 18 dicembre 1985, n. 6475

collaborazione tra le parti. Per cui il dovere delle parti di cooperare, deducibile dalla buona fede, risulta corroborato dalla forza che su di esso sembra riflettere il rango superiore del principio costituzionale.

In altri termini, sulla base di questi elementi, in considerazione del contenuto normativo del suddetto principio, si va delineando una correlazione sinergica tra il valore enunciato dall'art. 118 Cost. e la buona fede, come dovere di cooperare, per cui nelle operazioni negoziali fondate sulla sussidiarietà questa può essere invocata quale fonte di una serie di obblighi specifici, non contemplati dalla legge né dall'accordo.

Con questa conclusione, invero, non si ritiene di sconfessare la consolidata definizione della clausola generale come espressione del principio di solidarietà²³⁵; piuttosto si profila, nel contesto dei contratti che rappresentano le forme giuridiche dell'art. 118 u.c. Cost., la possibilità di ricondurre la buona fede ad entrambi i principi. Mentre il primo sembra in grado di assicurare le istanze della controparte, soprattutto di natura personalistica all'interno del contratto, il principio di sussidiarietà sembra entrare in gioco per garantire quella leale collaborazione nei rapporti pubblico-privato che hanno una valenza sul piano dell'utilità sociale. A ciò si aggiunga che il significato dei principi costituzionali non può mai ricavarsi da una loro lettura isolata, ma richiede un'interpretazione sistematica, in considerazione della natura unitaria dell'ordinamento, sicché il loro contenuto risulta condizionato da quello degli altri principi di pari grado.

In considerazione del fatto che la buona fede è una clausola generale del nostro sistema giuridico, dal contenuto indeterminato²³⁶, ma suscettibile di arricchimento e specificazione in relazione alle diverse vicende contrattuali, il suo significato deve essere ricostruito alla luce dei valori fondanti l'ordinamento giuridico. I quali, in primo luogo si trovano nella Costituzione, quale legge fondamentale dell'ordinamento. Nel nostro discorso, questo significa che la clausola di buona fede imporrà ai contraenti regole di condotta che riflettono il contenuto dei suddetti principi, i quali, per parte loro, troveranno applicazione attraverso la stessa clausola al rapporto contrattuale.

Tuttavia, come abbiamo visto in tema di rinegoziazione, la produzione di una regola di condotta per il caso concreto non potrà farsi discendere esclusivamente dal principio costituzionale. Il contenuto della regola dovrà, infatti, essere individuato in considerazione dei valori interni al contratto, degli interessi meritevoli di tutela, calati dalle parti nell'accordo.

In questo senso, anche nella finanza di progetto, secondo un *iter* che abbiamo cercato di seguire nel corso della ricerca, il procedimento ermeneutico deve partire dall'attenta valutazione degli interessi emergenti dal caso concreto e del profilo teleologico

²³⁵ Per la dottrina e la giurisprudenza sulla "costituzionalizzazione" della buona fede, si rinvia a quanto riportato in nota 144, p. 115. L'interpretazione risulta confermata da recenti sentenze che richiamano espressamente l'art. 2 della Cost.: Cass. civ., 28 settembre 2005, n. 18947 in *CED Cassazione*, 2005 e in *Contratti*, 2006, 3, 251, nota di Barbera; Cass. civ., 4 marzo 2003, n. 3185; Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726; Cass. civ., 5 novembre 1999, n. 12310 in *Guida al Diritto*, 2005, 12, p. 36; Cass. civ., 22 maggio 1997, n. 4598; Cass. civ., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 2129, nota di Sicchiero: «La violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, che si fonda anche sul dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. e che deve essere assolto secondo il principio di buona fede, comporta responsabilità contrattuale qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ritenersi ugualmente doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto».

²³⁶ L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10 e sgg.; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 727 sgg.; P. Perlingieri – P. Femia, *Manuale di diritto privato*, 2 ed., Napoli, 2005, p. 16

dell'operazione. Su questa base, la clausola di buona fede, permettendo il riferimento e il confronto con i principi costituzionali di sussidiarietà e solidarietà nel contratto, consente la formulazione di una regola di comportamento che in fondo è la soluzione in termini di soccombenza/prevalenza di un conflitto di interessi rispettoso dei principi costituzionali. In tal modo si garantisce, da un lato, la possibilità di individuare una regola di condotta aderente al caso concreto, dall'altro si evita il rischio di non avere criteri cui ancorare l'applicazione della clausola generale che non sia la valutazione soggettiva dell'interprete. Perciò «la scelta di tale metodo interpretativo non implica affatto un'opera eversiva ma al contrario assicura in ogni atto di interpretazione, attraverso il ricorso al "filtro" della buona fede, il richiamo della legalità, legittimità dell'ordinamento giuridico, inteso come un insieme unitario e gerarchicamente ordinato di principi e regole»²³⁷.

All'esito della riflessione, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede in connessione con il principio di sussidiarietà, proprio in quanto clausola generale dal contenuto volutamente indeterminato, suscettibile di specificarsi in diversi obblighi di condotta, secondo le circostanze e la natura dell'operazione, consente di completare la disciplina del rapporto interprivato in modo conforme alla regola costituzionale.

La ricostruzione di questo rapporto tra buona fede e sussidiarietà, per altro, non vuole svilire l'apporto della norma costituzionale nella determinazione del regime giuridico della finanza di progetto. La presenza della clausola generale, che tra i suoi significati esprime anche il dovere di cooperare, non esclude affatto l'efficacia diretta sui rapporti giuridici della norma costituzionale. Come abbiamo già accennato, infatti, tali principi possono essere invocati quali fonti di regole di comportamento, idonee ad incidere sul contenuto del contratto²³⁸.

Su questo presupposto, nelle ipotesi residuali in cui le regole di condotta imposte dal principio di sussidiarietà non potessero essere tradotte sul piano contrattuale dalla clausola di buona fede, queste potrebbero trovare diretta applicazione al rapporto concessorio, pur mancando a livello ordinario un qualsiasi riferimento normativo. Perciò, in questi casi la funzione del principio costituzionale, non solo conformativa delle regole legali ma anche creativa delle regole giuridiche, si esplicherebbe in modo più evidente ed incisivo rispetto alle ipotesi in cui lo stesso opera attraverso la clausola generale²³⁹.

²³⁷ Cfr. G. Recinto, *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, cit. p. 291, il quale fa riferimento ad «un procedimento ermeneutico che partendo dall'analisi della realtà e dal significato ampio della clausola generale di buona fede consente, attraverso il riferimento ai principi informatori dell'ordinamento, di fornire una regola di condotta rispettosa dei fini rilevanti nel mutato contesto del rapporto obbligatorio».

²³⁸ Cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, nella ristampa del volume del 2001, p. 199 chiarisce che «Sia nell'applicazione c.d. indiretta dovuta alla presenza nella legislazione ordinaria di una normativa specifica, di clausole generali, o di principi espressi, sia nell'applicazione c.d. diretta, definita in tal modo per l'assenza dell'intermediazione di un qualsiasi enunciato normativo ordinario, la norma costituzionale finisce con l'essere utilizzata comunque. Si tratta non tanto di applicazioni dirette o indirette, aventi diversi presupposti non sempre individuabili agevolmente, quanto di efficacia, con o senza sufficiente normativa ordinaria, della norma costituzionale nei confronti dei rapporti personali e socio-economici».

²³⁹ Questa conclusione implica l'accettazione della concezione dell'ordinamento come un sistema informato da principi regolatori, per le diverse materie, nella unitarietà del sistema ordinamentale, espressa anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 26 settembre 1998, n. 347, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2410 ss. con nota di M.R. Morelli, *Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale*, nella quale la Corte ha affermato che, nella situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione idonea ai valori costituzionali.

13. Osservazioni conclusive

Crediamo che, a questo punto, si possano trarre alcune riflessioni conclusive, richiamando i punti nodali delle argomentazioni sin qui svolte.

Punto di partenza della ricerca è l'intuizione che il *project financing*, nella versione introdotta nel nostro ordinamento dalla Legge Merloni ter, sia una figura connotata da molti margini di specialità.

Il primo e più immediato profilo di diversità della nostra figura emerge dal suo confronto con lo schema originario del *project financing*, come sviluppatosi in ambiente di *common law* per progetti imprenditoriali di ingenti dimensioni, e poi diffusosi in vari paesi attraverso il fenomeno della circolazione dei modelli giuridici. L'introduzione del *project financing* nel settore dei lavori pubblici, come dimostrato dal dato normativo ha comportato un processo di adattamento dell'operazione, perché pur mantenendosi privata l'iniziativa, l'oggetto è divenuto un bene pubblico, volto a soddisfare un interesse pubblico, disciplinato dal diritto pubblico e da un diritto privato 'speciale'.

Il cambiamento più rilevante attiene senz'altro al quadro teleologico, perché il fine non è più solo quello delle operazioni commerciali, del profitto, aggiungendosi a questo lo scopo di soddisfare l'interesse pubblico connesso all'erogazione di un servizio, alla fruizione di un'opera realizzata con il progetto. Il ricorso ad una figura innovativa e peculiare come il *project financing* non determina, infatti, l'elusione del vincolo teleologico cui si riconosce essere sottoposta anche l'attività amministrativa consensuale, in ragione del quale il progetto può realizzarsi se rappresenta la miglior soluzione per la soddisfazione di un certo interesse generale.

La ricerca, per altro, non si è limitata a rilevare la presenza di un'interazione tra interesse pubblico e interesse privato nell'operazione. Tale risultato, invero, non sarebbe apparso particolarmente significativo, considerato che tutta l'attività amministrativa comporta questo confronto tra pubblico e privato. Diverso è, però, nei vari modelli di azione amministrativa il rapporto che s'instaura tra gli interessi: nel caso in cui l'azione si concretizza in un provvedimento, l'incontro si risolve con la prevalenza dell'interesse dell'amministrazione sull'interesse confliggente del privato, nel caso dell'adozione del modello contrattuale si realizza una composizione delle contrapposte istanze.

A fronte di questi modelli, il nostro tentativo è stato quello di individuare quale potesse essere la relazione tra gli interessi nella finanza di progetto, cercando di assegnare ad ognuno di essi un ruolo che fosse coerente con le caratteristiche della figura.

L'obiettivo è stato perseguito con un metodo diverso da quello seguito da alcune precedenti elaborazioni dottrinali sul tema dell'immanenza dell'interesse pubblico nel contratto, perché meno astratto ed ancorato alle previsioni normative. L'attenzione si è concentrata, in particolare sui rimedi previsti per le vicende patologiche dell'operazione, sul presupposto che esista una corrispondenza tra la diversità dei rimedi giuridici e la diversità degli assetti di interessi.

Questo passaggio, ha fatto emergere un ulteriore profilo di specialità del *project financing*. L'esegesi della disciplina originariamente dettata dalla Merloni ter e poi trasferita nel Codice dei Contratti Pubblici di lavori, forniture e servizi, crediamo che abbia dimostrato la scelta del legislatore per forme di tutela, connotate da elementi di peculiarità rispetto a quelle adottate per il contratto di appalto pubblico, per gli accordi sostitutivi o integrativi dell'art. 11 della Legge 241/1990, nonché per i contratti del codice civile. Ma quel che è stato altrettanto interessante rilevare, è il legame tra la specialità delle soluzioni giuridiche ed un particolare connubio tra interesse pubblico e interesse privato, che dipende dalla rilevanza pubblicistica dell'attività privata.

In tutti i rimedi, infatti, l'interesse del concessionario alla redditività del progetto riceve una tutela particolare spiegabile solo con l'obiettivo di voler ridurre il rischio dell'interruzione della sua prestazione. Cercando di evitare la paralisi del progetto s'intende, infatti, perseguire la soddisfazione dell'interesse pubblico all'ultimazione dell'opera e all'erogazione del servizio di utilità generale.

Tale tipo di relazione è stato possibile definire secondo lo schema della *strumentalità o della collaborazione*, coniato da una risalente dottrina amministrativistica, proprio per descrivere il ruolo dell'interesse pubblico e dell'interesse privato nella convenzione concessoria, che però non ne ha tratto le conseguenze sul piano del regime giuridico.

Per trarre le conseguenze sul piano giuridico di questa ricostruzione, è risultato fondamentale compiere un passo ulteriore, che ha permesso di evidenziare nel suddetto assetto di interessi e nel c.d. modello della collaborazione, il portato sul piano contrattuale del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale.

A tale risultato si è pervenuti attraverso la dimostrazione che dall'art. 118 u.c. Cost. è possibile ricavare sia una regola procedurale per l'individuazione – sulla base di una serie di presupposti ed un iter logico-giuridico – delle competenze di ogni soggetto pubblico o privato, sia una regola sostanziale che, per un verso, rappresenta l'esplicito riconoscimento a livello di legge fondamentale dell'autonomia privata quando questa è strumentale all'interesse pubblico, e, per altro, prescrive un'alleanza integrata tra pubblico e privato per la soddisfazione dell'interesse generale.

Tale tipo di relazione abbiamo visto estrinsecarsi nell'affidamento all'autorità del compito di selezionare gli interessi generali da perseguire e di controllare la loro realizzazione, mentre al privato è attribuito l'esecuzione dell'attività rispondente all'utilità pubblica con gli strumenti dell'autonomia negoziale. Questi ultimi, però, appaiono soggetti ad una parziale "riqualificazione" in quanto orientati ad un fine sociale che pone qualche vincolo e limite al loro espletarsi.

Questa ricostruzione, a partire dall'interpretazione del verbo "favoriscono" di cui all'art. 118 Cost u.c., implica, nelle diverse fattispecie, l'impegno dell'amministrazione nel favorire l'attività privata in quanto "funzionalizzata", fino al limite in cui, però questa rappresenti il modo migliore per realizzare l'interesse pubblico. Quando questa condizione viene meno, lo stesso principio costituzionale impone l'intervento diretto dell'amministrazione e lo scioglimento dell'eventuale rapporto con il privato sussidiario.

Per questa ragione, nei rapporti riconducibili al principio di sussidiarietà, le parti appaiono mosse dalla comune esigenza che l'attività di rilevanza pubblica venga svolta. Con la conseguenza che, stante l'interesse dell'amministrazione ma anche del privato a conseguire tale medesimo risultato, la relazione tra i rispettivi interessi appare di convergenza e non di contrapposizione. Il rapporto istaurato, pertanto, risulta improntato ad una logica di cooperazione.

Si ritiene, quindi, di aver così trovato il punto di congiunzione tra il principio di sussidiarietà orizzontale e lo schema della collaborazione o strumentalità, invocato per descrivere l'assetto degli interessi emergente dalla finanza di progetto.

Da qui la possibilità di definire la finanza di progetto, come una forma giuridica del suddetto principio, non solo perché comporta l'attribuzione al privato della costruzione e gestione di un'opera di rilievo generale senza il pagamento di un prezzo (profilo procedurale) ma soprattutto perché integra quel modello di relazione autorità-cittadini, fondato sulla leale collaborazione in conseguenza della connessione tra gli interessi (profilo sostanziale).

Sulla base di queste considerazioni, perciò, la sussidiarietà appare il principio fondante tale operazione negoziale e la fonte di una serie di regole del rapporto. Quest'ul-

timo aspetto, invero, passa per il riconoscimento dell'applicazione della norma costituzionale ai rapporti interprivati, in via diretta oppure indiretta (cioè per il mezzo di regole espresse), quale conseguenza della ricostruzione dell'ordinamento giuridico come un sistema unitario composto di regole, valori, atti, che "tiene" nella misura in cui tutti sono soggetti al giudizio sul rispetto dei valori costituzionali.

In questa prospettiva, si è ritenuto di dover procedere al completamento della disciplina espressamente prevista per il *project financing*, in virtù del rinvio operato dall'art. 2 comma 3 del D. Lgs. 163/06, alle disposizioni del codice civile. Ciò ha significato interpretare gli istituti generali alla luce del principio di sussidiarietà nella misura in cui questo è risultato il valore a fondamento della rilevanza giuridica all'operazione. Attraverso un procedimento ermeneutico di tipo sistematico e assiologico sulle norme del codice civile richiamate, alla luce degli interessi e dei valori espressi dalla disciplina speciale, si è tentato di costruire l'intero sistema giuridico della finanza di progetto in modo conforme al fine dell'operazione, piuttosto che secondo un criterio formalistico (es. riconoscimento di un *favor* per gli strumenti manutentivi piuttosto che per quelli ablativi del contratto).

Infine, abbiamo preso in considerazione due ipotesi, quella dell'obbligo di rinegoziazione e quella dell'obbligo di cooperare ex art. 1175 c.c.. In entrambe viene in rilievo un obbligo delle parti di collaborare; concetto che nel diritto civile viene sintetizzato nel dovere di comportarsi secondo buona fede.

Tuttavia in entrambe le ipotesi, la giustificazione dell'applicabilità delle stesse alla finanza di progetto si è tratta dalla funzionalità della regola di rinegoziare o di cooperare del creditore/pubblica amministrazione con l'assetto degli interessi e la relazione di collaborazione qualificante la figura. Questi aspetti del *project financing*, per altro, nel corso della riflessione sono stati ricostruiti come il portato sul piano contrattuale del principio di sussidiarietà orizzontale. Da qui la domanda sull'esistenza di un collegamento diretto fra tale principio costituzionale e il dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede, inteso come dovere di cooperare.

In effetti, sulla base degli elementi emersi, è apparsa plausibile la costruzione di un legame sinergico tra la buona fede e il suddetto principio. Per ciò, nelle operazioni in cui il privato svolge un'attività di interesse generale ex art. 118 u.c. Cost., la buona fede intesa come dovere di cooperare, risulta rinforzata nel suo contenuto e diviene, in virtù della sua natura indeterminata ma determinabile, fonte di obblighi e diritti il cui contenuto è conforme al suddetto principio costituzionale, anche in mancanza di un'espressa previsione normativa o pattizia. Il risultato è quello della "funzionalizzazione" del contratto rispetto al principio, attraverso la formulazione di regole di condotta, frutto della connessione tra clausola di buona fede e sussidiarietà.

All'esito della ricerca, possiamo dire che questa ha seguito un andamento prima "ascendente" poi "discendente". Infatti, il discorso ha preso avvio dall'analisi della disciplina speciale, da cui è emerso il particolare ruolo rivestito nella figura dall'interesse pubblico e dall'interesse privato. A ciò a fatto seguito il procedimento di riconduzione di questo assetto di interessi, confortato dall'individuazione del profilo teleologico dell'operazione, al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. È stato così possibile individuare in tale norma, e quindi al più alto livello dell'ordinamento, il principio fondante ed attributivo di rilevanza giuridica della finanza di progetto.

Sulla base di questo risultato, accogliendo la tesi che le norme costituzionali non sono solo uno strumento di controllo della legittimità delle leggi ma anche un sistema di principi senz'altro applicabile ai rapporti interprivati, si è intrapresa la fase che potremmo dire "discendente", volta ad evidenziare proprio le conseguenze di detta appli-

cazione alla convenzione di finanza di progetto. Questo ha significato l'utilizzazione del principio come criterio ermeneutico delle regole legali e di quelle convenzionali, nonché l'impostazione della questione della deducibilità in via diretta dal principio di sussidiarietà di obblighi e diritti incidenti sul contenuto contrattuale.

In conclusione, la ricostruzione della finanza di progetto come una forma giuridica del principio di sussidiarietà orizzontale, che emerge dalla ricerca, permette anche di tenere distinta la figura dall'altro contratto fondamentale nell'attività della pubblica amministrazione ovvero il contratto d'appalto, poiché quest'ultimo non presenta affatto le caratteristiche delle operazioni di partenariato, mancando quella relazione di collaborazione tra autorità e impresa. La logica di collaborazione, invece, permea tutti i profili della finanza di progetto, differenziandola dagli altri contratti della pubblica amministrazione con chiare ripercussioni sotto il profilo del regime giuridico²⁴⁰.

Se, come abbiamo già osservato, il risultato dell'introduzione nel tessuto del codice della Merloni ter è quello di rendere la finanza di progetto parte integrante del diritto dei contratti pubblici, estendendo ad essa la disciplina comune, tuttavia questa sistemazione non può comportare la sua assimilazione agli altri contratti della pubblica amministrazione, disconoscendo nella logica della collaborazione il tratto identificativo della figura. Ciò si verificherebbe se l'applicazione della normativa sui contratti pubblici e sul contratto in generale richiamata, avvenisse in modo automatico e generalizzato.

Alla fine, quella che si delinea è l'immagine della finanza di progetto quale micro-sistema, anche normativo, senz'altro inserito nel contesto dei contratti pubblici ma distinto da quest'ultimi e quindi "resistente" ad alcune loro regole, in quanto fondato sul principio costituzionale della collaborazione tra pubblico e privato.

Proprio valorizzando la dimensione della sussidiarietà si è tentato di ricostruire una regolamentazione sistematica del rapporto tra pubblico e privato che fosse espressione del punto di incontro tra fini potenzialmente in contrasto, avendo sempre presente quelli che potevano essere i due opposti rischi. Da un lato, l'individuazione di un regime giuridico che comportasse la completa equiparazione all'azione amministrativa dell'attività del privato e che finisse per eliminare in questa la dimensione dell'autonoma iniziativa privata. Dall'altro, il rischio di scegliere soluzioni giuridiche particolarmente favorevoli per le ragioni del privato, dettate dall'obiettivo della difesa della convenienza economica dell'attività imprenditoriale, condizionante la realizzazione dell'interesse pubblico. Infatti, se è indubbio che l'amministrazione con queste operazioni «scende nel mercato»²⁴¹ dovendone accettare alcune regole, tuttavia questo non significa che ne debba diventare prigioniera. Questo può essere evitato soprattutto tenendo presente che l'amministrazione deve sempre curare gli interessi pubblici e che questi pur nascendo dalla ponderazione delle istanze provenienti dalla società, non possono identificarsi con gli interessi delle imprese più forti²⁴².

²⁴⁰ F. Merusi, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in G. Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Quaderni Cesifin, Torino, 2004, p. 14 e 15 sostiene sul punto che «nella finanza di progetto c'è del nuovo non riconducibile, o comunque non ricompreso nella tradizionale realtà concessoria e quel nuovo è tale da condizionare con la sua essenza e la sua particolarità anche le soluzioni "provvedimentali" del legislatore».

²⁴¹ F. Merusi, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in G. Morbidelli (a cura di), cit. p. 18

²⁴² C. Marzuoli, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 92, il quale afferma «il mantenimento della separazione fra pubblico e privato è dunque indispensabile condizione di garanzia (costituzionale) per en-

La ricostruzione della figura come una delle forme giuridiche in cui si esprime il principio della sussidiarietà orizzontale, e come tale ben identificata anche sul fronte della disciplina nel più ampio contesto dei contratti pubblici, crediamo dia anche ragione del ricorso all'espressione "variazione pubblicistica del *project financing*", se non renda addirittura opportuno utilizzare la diversa formula della "finanza di progetto" per definire la figura accolta nel nostro ordinamento. Se la figura viene ricostruita nei termini descritti, tale formula assume un significato pregnante, che non si limita a dar conto della presenza nella fattispecie di un soggetto pubblico e della natura pubblica dell'oggetto della stessa, ma va ad indicare un'operazione contrattuale caratterizzata da un particolare rapporto di collaborazione tra interesse pubblico e interesse privato.

trambi i protagonisti: evita, allo stesso tempo, il rischio dell'inquinamento privatistico delle istituzioni politiche e amministrative [...] e quello dell'ingerenza pubblica sulle libertà private [...]. Il punto di congiunzione fra obiettivi dell'azione pubblica e autonomia dei privati sussidiari è perciò da ricercare al di fuori di ogni ipotesi di commistione, nel rispetto della condizione per cui l'intervento del privato è ammissibile solamente se non pregiudica per qualità, quantità ed altro, i risultati che le istituzioni politiche ed amministrative ritengono che si debba conseguire».

Bibliografia

- AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni ter*, a cura di Gianpaolino L. – Sandulli M.A. – Staccanella M., Milano, 1999.
- AA.VV., *Inadempimento, Adattamento, Arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992.
- AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, Commentario diretto da Angeletti G., Torino, 2000.
- AA.VV., (cura di De Nova G.), *Recesso e risoluzione dei contratti*, Milano, 1994.
- AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa.*, Atti del 47° Convegno di Scienza dell'amministrazione, (Varenna, 20-22 Settembre 2001), Milano, 2002.
- AA.VV., *Trattato del contratto*, diretto da Roppo V., Milano, 2006.
- Addis F., *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbligazioni e contratti*, 2005, fasc. 2, p. 106.
- Albanese A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 51.
- Alberti A.M., *La struttura del project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1997, p. 1791.
- Alpa G., *Rischio (diritto vigente)*, *Enciclopedia del diritto.*, Milano, 1989, vol. LX, p. 1144.
- Amatucci F., *Il project finance come strumento di partnership tra enti pubblici ed imprese private, in Azienda pubblica: teoria e problematiche di management*, 2000, fasc. 2-3, p. 169.
- Ambrosoli M., *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002.
- Appio C. L., Donativi V., *Project financing*, in AA.VV., *L'integrazione tra imprese nell'attività internazionale*, Torino, 1995, p. 213.
- Arena V.G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, p. 2005, p. 177 e su <http://www.astrid-online.it/>.
- Baldi M., *Il project financing*, in De Nictolis R. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, vol. II, Milano, 2007, 203.
- Baldi M., *Il project financing nella legge n. 415 del 1998*, in Baldi M., De Marzo G., *Il project financing nei lavori pubblici*, 2001, p. 390.
- Baldi M., *La concessione di opere pubbliche*, in De Nictolis R. (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, p. 147.
- Baldi M., De Marzo G., *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001.
- Baldi M., De Marzo G., *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004.
- Barone A., Bassi U., *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi (Nota a Commissione Ce 29 aprile 2000) IV*, in *Il Foro italiano*, 2000, fasc. 9, pt. 4, p. 389.
- Bechetti E., *Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati*, in *Rivista del notariato*, 2002, p. 49.
- Bellagamba L., *Aspetti della concessione e del project financing*, in <http://www.Giust.it> *Giustizia Amministrativa*, 2001, n. 2.
- Benedetti A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999.
- Bernini A. M., *Metodi extragiudiziali di composizione dei conflitti nelle operazioni di project financing*, in Draetta U. (a cura di), *Il project financing – Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, p. 287.

- Bessone M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969.
- Bessone M., *Natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in AA.VV., *Convenzioni urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati*, (a cura di Costantino M.), Milano, 1995.
- Bianca C. M., *Diritto Civile, III, Il contratto*, 1984.
- Bianconi A., *Il finanziamento privato delle grandi opere*, in *I contratti*, 1995, fasc. 3, p. 335.
- Bigliazzi Geri L., Breccia U., Busnelli G., Natoli U., *Diritto civile 3 – obbligazioni e contratti*, Torino, 2000.
- Bravo F., *L'unicità del regolamento nel collegamento negoziale: la sovrapposizione contrattuale. Commento a Cass., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11240*, in *I contratti*, 2004, fasc. 2, p. 127.
- Briganti E., voce *Cessione del contratto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. VI, 1988, p. 2.
- Cangelli F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.
- Caranta R., *I contratti pubblici*, in Scoca F. G.-Roversi F. A.-Monaco L.-Morbidei G., *Sistema del diritto amministrativo italiano*. Torino, 2004, p. 4.
- Carbone V., *La cessione del contratto*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone M., vol. XIII, tomo 6, Torino, 2000, p. 268.
- Caringella F., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Commentario, Milano, 1999.
- Caringella F.-De Marzo G. (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003.
- Caringella, *Manuale di diritto amministrativo. Percorsi*, Milano, 2006.
- Carrière P., *Il project financing: profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999.
- Cascio S.O., Argiroffi C., voce *Contratti misti contratti collegati*, in *Enciclopedia giuridica*, X, Roma, 1988, p. 1.
- Casetta E., *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Diritto dell'economia*, 2001, p. 317.
- Centofanti N., *La patologia del contratto di appalto di opere pubbliche nella giurisprudenza*, Padova, 2000.
- Cerulli Irelli V., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002.
- Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002.
- Cerulli Irelli V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli convenzionali*, in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 251.
- Cesaro V. M., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 13.
- Chinè G., Miliano G., *Il subcontratto tra teoria generale ed ipotesi tipiche*, in *Giustizia civile*, 1993, II, fasc. 12, p. 573.
- Chirulli P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005.
- Cirillo G. P., *Negozi collegati ed eccezione di inadempimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1982, p. 377.
- Civitaresse Matteucci S., *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in Cerulli Irelli V., (a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 115.
- Civitaresse Matteucci S., *Contributo allo studio del principio contrattuale, nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.
- Clarich M., *Il dialogo competitivo come forma di collaborazione tra pubblico e privato*, Seminario Comitato 4P, Roma, 27 settembre 2005.
- Colombo C., *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999.
- Corrado R., *Recesso, revoca e disdetta*, in *Diritto dell'economia*, 1956, p. 481.
- Corso G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003.
- Costantino L., *Profili privatistici del project financing e gruppi contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 2004, p. 395.
- Costanza M., voce *Revoca*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 443.
- Costanza M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 313.

- D'Angelo A., *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 706.
- D'Angelo A., *Contratto ed operazione economica*, in Alpa G., Bessone M. (a cura di), *I contratti in generale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da Bigavi W., Torino, 1999, vol. 1, p. 256.
- D'Angelo A., *La buona fede. Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, volume XIII, tomo IV, Torino, 2004.
- D'Arrigo C. M., *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in Tommasini R. (a cura di), *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2002, p. 491.
- De Mari C., *Collegamento negoziale materiale e legittimazione all'azione di nullità*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, I, 1, p. 1076.
- De Marzo G., *Finanza di progetto e «Merloni-ter»*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, fasc.2, p. 126.
- De Masi C. e Massi A., *Finanziamento privato delle opere pubbliche e progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, n. 2, p. 136.
- De Mauro A., *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000.
- De Nictolis R., *Il nuovo codice degli appalti pubblici. Le principali novità recate dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, 2007.
- De Nova G., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali. Verso una riforma?*, in *Atti del convegno di Treviso 23-25 marzo 2006*, in *Rivista di diritto civile*, fasc. 5, 2006, p. 345.
- De Nova G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.
- De Nova G., *La cessione del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno P., *Obbligazioni e contratti II*, vol. 10, Torino, 1998.
- De Nova G., voce *Recesso*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XVI, Torino, 1997, p. 314.
- De Nova G., «*The Law which governs this Agreement in the Law of the Republic of Italy*»: il contratto alieno, in *Rivista di diritto privato*, 2007, I, p. 7.
- De Roberto A., *La Legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, 2005.
- De Rose C. (a cura di), *Il project financing: nozione, possibili applicazioni pubblicistiche, loro compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Consiglio di Stato*, 1997, II, p. 307.
- De Rose C., *Le novità della Merloni-ter e loro compatibilità: prime riflessioni di ordine sistematico*, in *Consiglio di Stato*, 1998, II, p. 1701.
- De Siervo F., *Qualificazione, progettazione, sicurezza, project financing dopo la legge Merloni-ter*, Rimini, 2000.
- Di Majo A., *Delle obbligazioni in generale*, in Galgano F. (a cura di), *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 257.
- Di Majo A., *La buona fede oltre il contratto*, in *Corriere giuridico*, 2002, fasc. 3, p. 328.
- Di Nanni C., *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1977, p. 279.
- Draetta U., «*Il project financing*» nella prassi del commercio internazionale, in *Diritto del commercio internazionale*, 1994, fasc. 3-4, p. 495.
- Draetta U., Vaccà C. (a cura di), *Il project financing – Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997.
- Duret P., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004.
- Duret P., *La sussidiarietà orizzontale. Le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 95.
- Falcon G., *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.
- Falzea A., *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Milano, 1985.
- Fauceglia G., *Il project financing e le garanzie di buona esecuzione della Merloni-ter*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2001, fasc. 1, pt. 1, p. 108.
- Fava P., *Il project financing nel quadro del PPP dalla prassi contrattuale internazionale alla disciplina positiva nazionale (Legge Merloni e Legge obiettivo): l'analisi degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in G. Cassano (a cura di), *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, vol. II, p. 682.

- Ferrando G., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 127.
- Ferrando G., *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1997, II, p. 235.
- Ferrari G. F., Fracchia F., *Project financing e opere pubbliche*, Milano 2004.
- Ferri L., *Revoca (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, 1989, p. 197.
- Ferro Luzzi P., *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Rivista delle società*, 2002, p. 121.
- Fiorentino L., *Verso un Codice Unico degli appalti*, in *Astrid - rassegna*, n. 23, 2006 su http://194.185.200.102/Outsourcin/Note-e-con/Fiorentino_Verso-un-Codice-unico-deg.pdf.
- Fracchia F., Carozza L., "Il difficile equilibrio tra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE", 2004, in <http://www.giustamm.it/>.
- Franzoni M., *Degli effetti del contratto, vol. I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Codice civile commerciale*, diretto da Schlesinger, Milano, 1998.
- Gabrielli E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, p. 93.
- Gabrielli E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale, Trattato dei contratti*, Torino, 1999, p. 33.
- Gabrielli E., *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno P., Torino, 1999, p. 1559.
- Gabrielli E., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.
- Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, II ed., Padova, 1993.
- Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, IV ed., Padova, 2004.
- Galgano F., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 189.
- Galgano F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu A. e Messineo F., Milano, 1988.
- Galgano F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.
- Gallo P., voce *Revisione del contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XVII, Torino, 1999, p. 440.
- Gambino F., *Problemi del rinegoziare*, Milano 2004.
- Gaspari F., *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e la sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, su <http://www.giustizia-amministrativa.it/>, n. 3, 2007
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, 1996.
- Gentili A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contatto e impresa*, 2003 p. 667.
- Germani A., *L'evoluzione del P.F.: ora i nodi sono la ripartizione dei rischi e le garanzie volute dalle banche*, in *Edilizia e territorio. Sole24ore*, 2006, fasc. 10, pag. 10.
- Gervasoni A., *Il project financing come strumento di sviluppo territoriale*, in *Impresa&Stato*, n. 63/64, p. 32.
- Gianpaolino L., *Introduzione ad un corso sul project financing delle opere pubbliche: privato e pubblico nella disciplina dell'istituto*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, fasc. 4, p. 539.
- Giampieri A., *Il rischio contrattuale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi W., Torino, p. 759.
- Giorgianni M., *Negozi giuridici collegati* in *Rivista italiana Scienze Giuridiche*, 1937, p. 334.
- Giovanelli M., Lastraioli U., *Concessione di lavori pubblici e promotore finanziario*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, p. 890.
- Giurdanella C., *Commento al Codice dei Contratti pubblici. Come cambiano gli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi dopo il D. Lgs 12 aprile 2006, n. 163*, II ed. aggiornata al D. Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6, Napoli, 2007.
- Grande Stevens F., *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in Lipari N. (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, 1998, p. 193.
- Greco G., *I contratti ad «evidenza pubblica»*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano 2000, p. 158.

- Greco M., *Il nuovo codice dei contratti pubblici. commento al D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163 aggiornato al D.Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6*, Rimini, 2007.
- Gronzona M., *Solidarietà e contratto. Una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Rivista Trimestrale di diritto processuale civile*, 2004, p. 727.
- Guccione C., *Commento a G.U.C.E. C-121 del 29 aprile 2000* in *Giornale di diritto Amministrativo*, 2000, fasc. 12, p. 1253.
- Guerinoni E., *Il contratto incompleto*, in *Piccola e media impresa*, 2006, fasc. 9, p. 12.
- Iaione C., *La nozione codicistica di contratto pubblico*, in [http://www. Giustamm.it](http://www.Giustamm.it)>, 2006.
- Iannotta R., *Art. 37 septies Risoluzione*, in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni ter*, a cura di Gianpaolino L. – Sandulli M.A. – Staccanella M., Milano, 1999, p. 631.
- Insinga F., *Project financing. Aspetti tecnico-economici e giuridici*, Milano, 1998.
- Iudica G. (a cura di), *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, Padova, 1997.
- Inzitari B., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 164.
- Iurilli C., *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello "ius variandi" nei contratti del consumatore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, fasc. 3, pag. 652.
- La Rosa E., *Clausole di gestione delle sopravvenienze e giudizio di vessatorietà*, in Tommasini R. (a cura di), *Sopraevenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.
- Landi V., *La società di progetto nella Legge 415/98*, in *Responsabilità, comunicazione e impresa*, 2001, p. 61.
- Leggiadro F., *Commento a 2000/C 121/02*, in *Urbanistica e Appalti*, 2000 fasc. 10, p. 1071.
- Lener G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.
- Lo Cicero M., *Impresa, incertezza, investimenti. Dal corporate al project financing*, Torino, 2003.
- Lobuono M., "Project financing", *garanzie indirette e tutela del finanziatore*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 102.
- Lobuono M., *Le garanzie nel project financing*, in *Rivista diritto civile*, 2005, II, p. 127.
- Longoni M. (a cura di), *Il Codice degli appalti*, supplemento di *Italia Oggi*, n. 10, 2006.
- Lopilato V., *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amministrativo: Tar Lazio*, 2006, p. 1911.
- Lopilato V., *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2002.
- Luminoso, *I contratti tipici ed atipici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995.
- Macario F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- Macario F., *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata. Il caso della subfornitura*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005, p. 111.
- Macario F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, (Relazione svolta al Convegno su "Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive", Crotone, 24-26 maggio 2001), in *Rivista di diritto civile*, 2002, fasc. 1, pt. 1, pag. 63.
- Misto F., *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000.
- Manes P., *Sui «patrimoni destinati ad uno specifico affare» nella riforma del diritto societario*, in *Contratto e impresa*, 2003, fasc. 1, p. 181.
- Mangani R., *Per il p.f. la Merloni è ormai una gabbia troppo stretta*, in *Edilizia e Territorio*, n. 30, p. 26.
- Mangialardi G., *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 237.
- Marrella F., *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Nota di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in *Sociologia del diritto*, fasc. 2-3, 2005, p. 249.
- Marzuoli C., *Sussidiarietà e libertà*, in *Rivista di diritto privato*, 2005, pag. 71.

- Massi A., De Masi C., *Le innovazioni introdotte dalla Merloni-ter alla legge quadro in materia di lavori pubblici. Finanziamento privato delle opere pubbliche e progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, fasc. 2, p. 136.
- Mascolini A., *Il "project finance" nella legge quadro sui lavori pubblici*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1999, p. 179.
- Massera A., *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese S., 2003, p. 1547.
- Mengoni L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1986, p. 5.
- Mergati M., Ghidini G., *Le novità sugli appalti, il "project financing" e le società di progetto*, in *I contratti*, 1999, fasc. 3, p. 270.
- Merusi F., *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in Morbidelli G. (a cura di), *Finanza di progetto*, Quaderni Cesifin, Torino, 2004, p. 18.
- Messineo F., voce *Contratto collegato*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 52.
- Messinetti D., *Il patrimonio separato e la c.d. «cartolarizzazione dei crediti»* in *Rivista di diritto civile*, 2002, II, p. 101.
- Miscali M., *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in Draetta U. - Vaccà C. (a cura di), *Il project financing - Caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997, p. 81.
- Monateri G.P., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, I, p. 409.
- Monateri G.P., *Lex mercatoria e competizione tra ordinamenti*, in *Sociologia del diritto*, 2005, fasc. 2-3, p. 229
- Montella C., *Rischi e garanzie nelle operazioni di "project financing"*, in *Diritto e pratica delle società*, fasc. 8-9, 2005, p. 21
- Morbidelli G. (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004.
- Morello U., *L'efficacia della lex mercatoria nel sistema italiano tendenze e prospettive*, in *Sociologia del diritto*, 2005, fasc. 2-3, p. 287
- Motroni R., *Il project financing per la realizzazione dell'opera pubblica*, in *Iter legis*, 2004, fasc. 1, p. 139.
- Musolino G., *La disciplina dell'appalto tra principi Unidroit e lex mercatoria*, in *Rivista trimestrale appalti*, 2006, p. 317.
- Muratori F., *Riflessioni su taluni aspetti giuridici significativi del project finance*, in *Responsabilità, comunicazione, impresa*, 1996, p. 509.
- Napolitano G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 156.
- Natoli U., *Lattuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu A. - Messineo F.*, Milano, 1974
- Nevitt P. K., *Project financing*, ed. it., Bari-Roma, 1988.
- Nevitt P. K., Fabozzi F., *Project financing*, in *Quaderni della rivista milanese di economia*, Milano, 1995.
- Nivarra L., *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Rivista di diritto civile*, 2000, II, p. 463.
- Norsa A. (a cura di), *Finanza di progetto. Comportamento delle parti e centralità del contratto*, Roma, 2001.
- Nuzzi G. B., *Il "project financing" in Italia: esperienze e prospettive*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 1998, fasc.3, p. 681.
- Nuzzo M., voce *Negoziato giuridico, IV) Negoziato illecito*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1990, XX, Roma, p. 7.
- Oppo G., *I contratti di durata*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1943, p. 143.
- Padovani F. - Gabrielli G., voce *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1988, XXXIX, 27.
- Paglietti C., *Profili civilistici del project financing*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, p. 283.
- Palermo G., *Divergenza e incompatibilità tra il tipo negoziale ed l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di Santoro F. Passatelli*, Napoli, 1972, vol. III, p. 644.

- Pallottino M., *La concessione nelle nuove direttive sugli appalti*, Convegno IGI, 13 luglio 2004.
- Pardolesi R., *Concorrenza e cooperazione tra imprese verso il mercato unico*, Roma, 1990.
- Pasquini G., *Pubblico privato per le infrastrutture di pubblica utilità. Temi e prospettive*, in <<http://www.utf.it/docs/publicazioni/Pasquini/PPP.pdf/>>, (sito ufficiale dell'Unità tecnica della finanza di progetto); studio destinato a far parte di Cabiddu M. (a cura di), *Modernizzazione del paese. Politiche opere, servizi pubblici*, Milano, 2005.
- Pelino Santoro, *Manuale dei contratti pubblici*, VII ed. aggiornata con il Codice dei contratti pubblici, Rimini, 2007.
- Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991.
- Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2006, vol. XVI.
- Perlingieri P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2001, p. 225.
- Perlingieri P., Femia P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005.
- Perna R., *L'uso pubblico delle risorse private: un nuovo rapporto tra pubblico e privato nella realizzazione delle opere pubbliche*, in *Politica del diritto*, 1996, n. 2, p. 267.
- Pezzi C., *I profili civilistici del project financing*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2001, fasc. 2, p. 39.
- Picozza E., *Le concessioni, il general contractor e la finanza di progetto*, in Chiti M.P. (a cura di), *Il partenariato pubblico privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005.
- Picozza E., *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Consiglio di Stato*, 2002, fasc. 4, p. 2047, (parte prima); in *Consiglio di Stato*, 2003, p. fasc. 1, p. 103, (parte seconda).
- Pizzetti F., *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della "democrazia della rappresentanza"*, Relazione al convegno "Cittadini per una nuova amministrazione", Roma, 7-8 febbraio 2003, in www.forumcostituzionale.it.
- Poggi A., *I "soggetti" della sussidiarietà orizzontale*, in Cimbalo G.- Alonso Perez JI. (a cura di), *Federalismo giornalismo e principio di sussidiarietà orizzontale*, Torino, 2005, p. 150.
- Polito N., *Art. 118 u.c. della Costituzione. Un approfondimento sul favoriscono*, in <<http://www.lapsus.org/public/documenti>>.
- Ponti A., *Il "project financing". Non solo strumento di realizzazione delle opere pubbliche ma anche strumento di gestione*, in *Nuova rassegna legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2001, p. 1056.
- Portaluri P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998.
- Protto M., *Art. 37 septies (Risoluzione)* in, AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, Commentario diretto da Angeletti A., Torino, 2000, p. 797.
- Pugliese F.P., *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Rivista Trimestrale diritto pubblico*, 1971, p. 1497.
- Rabitti G. L., *Project finance e collegamento contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 224.
- Ranelletti V.O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1894, IV, p. 7.
- Ranelletti V.O., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana di scienze giuridiche*, 1895, 3, p. 255 e 1896, 77, p. 315.
- Ravera E., *Il recesso*, Milano, 2004.
- Razzano G., *Sui principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale collaborazione*, in Carnevale P. - Modugno F., *Nuovi rapporti Stato regioni dopo la Legge Costituzionale n. 3 del 2001*, Milano, 2003, p. 53.
- Recinto G., *Buona fede ed interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria*, in *Rassegna di diritto civile*, 2002, p. 271.
- Rescigno P., *In pari causa turpitudinis*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, I, p. 1.
- Rescigno G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 5.
- Ricchi M., *Negoaution, discrezionalità e dialogo competitivo. (Una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP)*, III Conferenza SIDE (Società Italiana di Diritto ed Economia), Milano, Bocconi, 9-10 novembre 2007.

- Ricciuto V., *Il subcontratto*, in *Trattato contrattuale* Rescigno, II, 1999, p. 1217.
- Ricciuto V., *Subcontratto*, in *Enciclopedia giuridica*, XXX, Roma, 1993.
- Robles M., *Project financing «pubblico» e formazione del consenso negoziale*, in *Rivista diritto privato*, 2005, fasc. 4, p. 785.
- Rodotà S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1987, p. 709.
- Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- Roppo V., *Il contratto*, Milano, 2001.
- Roppo V., voce *Il contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IV, Torino 1989, p. 87.
- Roppo V., *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»*, in *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, 1973, p. 1239.
- Ruffolo U., *Principi di sussidiarietà e autonomia privata*, in *Responsabilità, comunicazione, impresa*, 1999, fasc. 3, p. 371.
- Sacco R., De Nova G., *Il contratto*, Torino, 1999.
- Sacco R., De Nova G., *Il contratto*, Torino, 2004, vol. I e II.
- Salvato C., *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in Vaccà C. - Draetta U. (a cura di), *Il project financing. Caratteristiche e modelli contrattuali*, 1997, p. 7.
- Sambri S., *Il dialogo competitivo: ambito di applicazione e portata innovativa nel sistema normativo degli appalti pubblici*, Convegno IGI, 13 luglio 2004
- Sangermano F., *La dicotomia contratti misti contratti collegati. Tra elasticità del tipo e atipicità del contratto*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1996, II, p. 551.
- Savini S., *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Diritto economia assicurazioni*, 1999, p. 207.
- Scalisi V., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, I, p. 288.
- Schizzerotto G., *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983.
- Scoca F.G., Police A., *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Rivista Trimestrale appalti*, 1997, p. 9.
- Scognamiglio R., *Collegamento negoziale*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1970, p. 375.
- Scotti Camuzzi S., *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni-ter*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito.*, 2002, n. 1, p. 1.
- Senofonte P., *In tema di negozi collegati*, in *Diritto Giurisprudenza*, 1960, p. 272.
- Sicchiero G., *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 774.
- Sicchiero G., *Buona fede e rischio contrattuale*, *Contratto e impresa*, 2006, fasc. 4-5, p. 919.
- Somma A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico operativi di una vicenda contrattuale*, Milano 2000.
- Spada P., *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio. Spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, fasc. 6, p. 837.
- Sticchi Damiani E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.
- Sticchi Damiani E., *Gli accordi amministrativi*, in Amirante C. (a cura di) *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, 1993.
- Tamarowski C., *Project financing e opere pubbliche in Italia*, Milano, 2001.
- Tassan Marzocco D.-Angeletti C.-Bombelli S.-Guffanti-Manzi G.-Perulli G.-Robaldo E.-Sciumè A.-Zoppolato M., *Legge quadro sui lavori pubblici (Meloni quater)*, Milano, 2003.
- Ternau W. (a cura di), *Project financing. Aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali, contrattuali*, Milano, 1996.
- Terranova C., *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Codice civile. Commentario*, artt. 1467-1469, diretto da Schlesinger, Milano, 1995, p. 109.
- Tommasi R. (a cura di), *Il nuovo diritto privato della pubblica amministrazione*, Torino, 2004.
- Tommasini R., *Revisione del rapporto (diritto privato)*, voce *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, XL, p. 113.
- Tommasini R. (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.

- Troilo S., *I rapporti tra P.A. e cittadini a cinque anni dalla riforma del titolo V della Costituzione: una ricognizione sistematica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *L'Amministrazione italiana*, 2007, n. 3, p. 325.
- Tullio A., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2003.
- Vaccà C., *Gli accordi di cooperazione tra imprese e appalto internazionale: le attuali tendenze*, a cura di Pardolesi R., *Concorrenza e cooperazione tra imprese verso il mercato Unico*, Roma, 1990, p. 302.
- Valentino D., *Il recesso nell'appalto di servizi della P.A.*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, fasc. 5, p. 538.
- Veronelli A., *I finanziamenti di progetto. Aspetti societari e contrattuali*, Milano, 1996.
- Veronelli A., *Il project financing*, in *Digesto, sezione commerciale*, 1999, p. 594.
- Vettori G., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983.
- Vettori G., *Accordi «amministrativi» e contratto*, in Barbagallo G., Follieri E., Vettori G. (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, p. 14
- Vettori G., *Carta europea e diritto dei privati*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 669
- Visco F., *Il project financing e le convenzioni arbitrali*, in *Diritto commerciale internazionale*, 1994, p. 146.
- Weber M., *Economia e società*, III, Sociologia del diritto, Milano, 1995.
- Zoppini A., *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, fasc. 4, p. 545.
- Zoppoloto M., *Il project financing*, in Tassan Mazzocco D. - Angeletti C. - Bombelli S. - Guffanti - Manzi M. - Perulli G. - Ribaldo E. - Sciumè A. - Zoppoloto M. (a cura di), *Legge Quadro sui lavori pubblici (Merloni Quater)*, Milano, 2002.

Indice analitico

Adeguamento:

- principio di:III,10
- strumenti di: III,10;III,10.1
- Amministrazione
- cd.consensuale:II,1.5;II,3;II,4
- Appalto (contratto):
 - “chiavi in mano”:2.3
 - differenze con la concessione di costruzione e gestione:III,2;III,9.3
 - disciplina dell'eccessiva onerosità:III,10
 - disciplina dell'impossibilità:III,9.2
 - disciplina della risoluzione per inadempimento:III,3
 - disciplina del recesso: III,3.4
 - distribuzione dei rischi nell':III,9.3; III,13
 - jus variandi nell':III,6
- Attività negoziale della p.a.: II,3; II,4
- e norme di diritto privato: II,1.4
- Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, servizi forniture: II,1.1n.;III,5n.

Buona fede:

- III,10;III,10.1;III,11;
- III,12,
- buona fede ed equità: III,10.1
- buona fede e autonomia negoziale:III,10.1
- buona fede e principio di solidarietà:III,10.1,III,12

Causa(nozione): II,3;II,4

- e giudizio di meritevolezza:II,4
- v. Funzione
- Circolazione dei modelli giuridici: I,1;II,1,2,
- Codice dei Contratti Pubblici (Codice appalti, servizi e forniture):
 - iter legislativo: I,1;I.1.1;I,1.5;III,1.1
 - inquadramento sistematico del: I,1.1;I,1.4

Coesione:

- logica di coesione, I, 3.3; 3.5

Collaborazione:

- e strumentalità dell'attività del concessionario. III,7
- e sussidiarietà:III,8;
- III,12
- obbligo di collaborare e buona fede: III,10.1;III,11;III,12
- obbligo di collaborare e obbligo legale di ri-negoziare: III,10.1
- obbligo di collaborare nei contratti di durata:I,3.1; III,9
- responsabilità civile per violazione obbligo di collaborare:III,11

Collegamento negoziale: I,3.5

- bilaterale o unilaterale: I, 3.5
- effetti: I,3.5
- necessario o volontario: I,3.5
- *simul stabunt simul cadent*: I,3,5
- v. anche operazione economica
- Concessione di costruzione e gestione (contratto di):III,3
- concessione e partenariato pubblico privato. II, 1.5
- vincolo sinallagmatico del: III,2
- risoluzione per inadempimento del concedente: III,3.1
- risoluzione per motivi attribuibili al concessionario:III, 4
- la revisione del: III,5
- revoca: III, 3.1
- Concorrenza (tutela della): II, 1.4; III,10.1;
- Conservazione del rapporto:
 - principio di: III, 10;III,10.1
 - interesse alla conservazione del rapporto:III, 1.2;III,3.1;III,5.1;III,7;III,8;III,9
- Contratto
 - complesso I,3.1

- di durata I,3.1

Dialogo competitivo:

II,1.1;III,1.1

- e partenarito pubblico-privato:III,1.1

Finanziamento

- contratto di:I, 1,2

- dell'operazione: I, 2.1

- fuori bilancio (*off-balance sheet*): I, 2.3

- investimenti specifici: I,3.1

Funzione:

- dell'operazione di project financing:

I,3.4;I,3.5; III,3.1;III,3.2, III,3.3

Forza maggiore: I, 3.3

- clausola di: I,3.3; 3.5

Garanzie:I,2;I,2.1;II,1.5;III,4.1

- funzione difensiva delle garanzie:III,4.1

- garanzie reali e consensuali: III, 4,1

- contratto *take and pay* I,3.3;I,3.5

Interesse pubblico:I,1, II,1.1;I,1.3

- incidenza dell'interesse pubblico sul

contratto:II,3;II,4;II,5

- contemperamento con gli interessi dei privati: III,7;III,8

Jus variandi:

III,5;III,5.1;III,6;III,10.1

Lex mercatoria, II,1.2

Operazione:

- economica:I,3.2;I,3.3

- giuridica:I, 3.5

- unità economica e giuridica I, 2

- e adeguamento III,9

- e collegamento contrattuale: I,3.5

- e funzione del project financing:I,3.4

Partenariato pubblico-privato:I,1.1;II,1.5

- assetto degli interessi nel:III,7;III,8

- e finanza di progetto:

II,1.5;III,2

- e principio di sussidiarietà:II,1.5;III,8

- contratto di:II,1.5

- Libro Verde:II,1.5

Patrimonio separato:I,2.2; III,3.2

- patrimoni e finanziamenti destinati:III,3.2

Piano economico finanziario: I,2.1

- e equilibrio contrattuale:III,5

- e prezzo della concessione:II,1.3

- e proposta del promotore:II,1.1,III,1.1

- e prezzo della concessione:II,1.3

- e security package:I,2.1;II,1.5

- risarcimento del danno per inadempimento
concedente:

III,3;III,3.1

- modifica del:III,5;III,5.1

- valutazione dell'

amministrazione aggiudicatrice:III,1.1

Procedimento amministrativo:I,1.3

- e interesse pubblico II,3;II,4;III,8

Procedimento di gara:II,1.1.

- iniziativa privata:II,1.1

- bando di gara:

II,1.1;III,1.1

- aggiudicazione:

II,1.1;III,1.1

- negoziazione tra amministrazione e promotore nel:III,1.1.;III,7

Programmazione:

- documenti di:

II,1.1;II,1.3;III,10

- ruolo di - e di controllo dell'amministrazione: I,1.1;II,1.4;II,1.5

Promotore I, 2.3

- capacità economica e finanziaria: I, 2,2

- proposta del:

I,1.1;II,1.1;II,1.3,III,1.1.

- modifica proposta del:III,1.1.

- prelazione del: II,1;III,1.1

Proposta di intervento per la realizzazione del
project financing: v. Promotore

Revoca della concessione: III,3;III,3.1

Recesso: v. appalto

Rinegoziazione

- clausola di III,10;III,11

- clausola di - nei contratti pubblici III, 10,

III,10.1

- obbligo legale di:III,10.1

- e obbligo di collaborare:III,10.1.

- e sistema di ripartizione dei rischi contrattuali: III,10.1

- - applicazione ai contratti pubblici:III, 10.1

- intervento giudiziale. III,10;III,10.1

- e jus variandi dell'amministrazione: III,10.1

Rischi dell'operazione:

I,2.1;I,2.2

- definizione:III,9.1

- allocazione e distribuzione:I,2.1;I,2.2;I,3.3;I,3.4;I,3.5;II,1.5

- distribuzione dei rischi nel partenariato
pubblico privato:II,1.5

- dell'impossibilità sopravvenuta:III,9.2
 - rischio dell'eccessiva onerosità:III,9.3
 - *secuty packege*: I,2.1;II,1.5
- v. anche Sopravvenienze

Società di progetto:

- società veicolo finanziario:I,2.3
- e *ring fence*:I,2.2.
- società veicolo finanziario e patrimoni destinati:III,3.2
- subentro nel rapporto concessorio.
III,4;III,4.1

Solidarietà (principio di):

III,10.1; III, 11;III,12

Sopravvenienze:I,3.1;III,9.3III,10;III,10.1

- impeditive della prestazione: III, 9.2
- non impeditive della prestazione:III,9.2
- e revisione della concessione III,5;III,5.1
- obbligo di rinegoziare III,10.1
- v.Rischi dell'operazione e
Rinegoziazione
- Subentro(diritto di) o "step in": III,4;III,4.1
- Sussidiarietà orizzontale (principio di):III,8
- e partenariato pubblico privato:I,1.1;II,1.5
- e disciplina dell'esecuzione del rapporto concessorio:
III,8;III,9;III,12;III,13
- e collaborazione tra amministrazione e
privati:III,8;III,9;
III,10;III,10.1;III,12

PREMIO FIRENZE UNIVERSITY PRESS
TESI DI DOTTORATO

- Coppi E., *Purines as Transmitter Molecules. Electrophysiological Studies on Purinergic Signalling in Different Cell Systems*, 2007
- Natali I., *The Ur-Portrait. Stephen Hero ed il processo di creazione artistica in A Portrait of the Artist as a Young Man*, 2007
- Petretto L., *Imprenditore ed Università nello start-up di impresa. Ruoli e relazioni critiche*, 2007
- Mannini M., *Molecular Magnetic Materials on Solid Surfaces*, 2007
- Bracardi M., *La Materia e lo Spirito. Mario Ridolfi nel paesaggio umbro*, 2007
- Bemporad F., *Folding and aggregation studies in the acylphosphatase-like family*, 2008
- Buono A., *Esercito, istituzioni, territorio. Alloggiamenti militari e «case herme» nello Stato di Milano (secoli XVI e XVII)*, 2008
- Castenasi S., *La finanza di progetto tra interesse pubblico e interessi privati*, 2008
- Gabbiani C., *Proteins as possible targets for antitumor metal complexes: biophysical studies of their interactions*, 2008
- Colica G., *Use of microorganisms in the removal of pollutants from the wastewater*, 2008

Finito di stampare presso
Grafiche Cappelli Srl – Osmannoro (FI)