

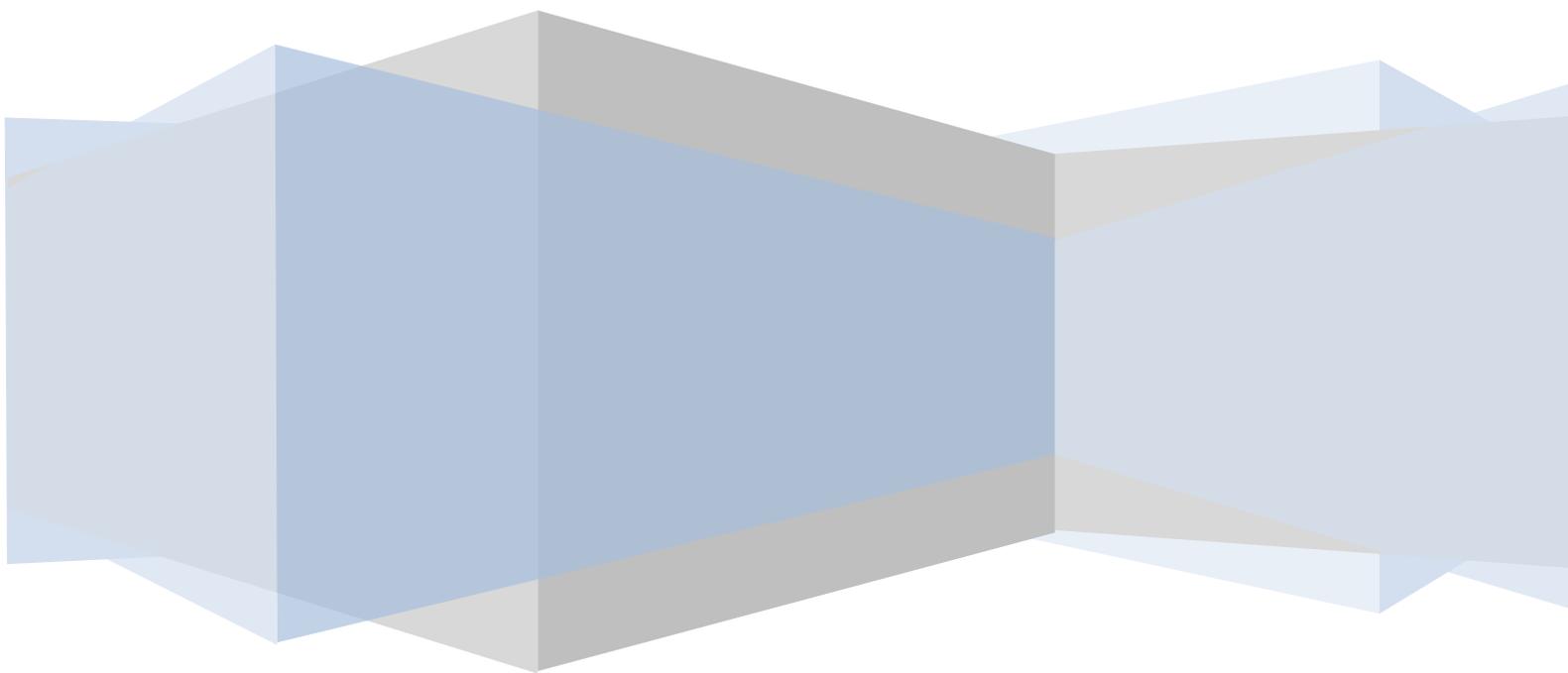
Il project financing tra lex mercatoria e contratto: alla scoperta della causa

RELATORE

CH.MO PROF. F. CAPRIGLIONE

CANDIDATA

CLARISSA FONDA



A Marco,

Perché?

Chiese il bambino sorridendo.

Non sapendo rispondere mi sono spinta alla ricerca della CAUSA, del motivo che guida tutte le scelte, accorgendomi che niente accade per caso, ma ognuno di noi è spinto ad inseguire il suo destino nel realizzare la propria missione..

.. nel punto che unisce l'inizio e la fine, nell'anello che racchiude lo stesso infinito la scienza appronta le sue soluzioni, nell'interpretazione, nel dare un senso alle cose, il giurista trova le sue risposte, pur sapendo che come bolle di sapone, alcune salgono e altre no.

INDICE

Introduzione	1
Capitolo I - Il project financing	7
1.1. Definizione	8
1.2. Origine.....	10
Capitolo II - Lex mercatoria e mercato.....	12
2.1. Lex mercatoria e mercato.....	13
2.2. La Carta Costituzionale italiana: l'articolo 41	26
2.3. L'internazionalizzazione.....	36
Capitolo III – Il contratto e la causa.....	43
3.1. Il contratto	44
3.2. La causa	50
3.2.1. Una visione comparatistica.....	50
3.2.2. Profili definatori.....	53
3.2.3. La causa nella finanza di progetto	56
3.3. Il collegamento negoziale	60
3.3.1. Il nesso teleologico nella finanza di progetto	71
3.4. La destinazione	73
3.4.1. La clausola di destinazione nella finanza di progetto.	78
Capitolo IV- Ambito di applicazione della nuova normativa tra pubblico e privato	82
4.1. Il Project financing tra pubblico e privato.....	83
4.2. Evoluzione normativa	86
4.3. Il Codice dei Contratti Pubblici.....	88

4.4. Il project financing nel nuovo codice dei contratti.....	92
4.5. Il Codice dei Contratti al vaglio della Corte Costituzionale.....	100
4.6. Partenariato Pubblico Privato (vantaggi e svantaggi).....	102
4.7. Ambito di applicazione: codice civile o normativa speciale?	105
4.8. L'applicazione della normativa dal punto di vista del diritto internazionale privato	108
Capitolo V - I singoli contratti: il parco commerciale di Giugliano in Campania	111
5.1. La struttura contrattuale.....	112
a) La convenzione tra P.A. e società aggiudicataria.....	112
b) Il contratto di concessione e gestione	124
c) Il contratto di finanziamento	125
d) L'atto costitutivo della società di progetto (SPV)	127
5.2. Il parco commerciale di Giugliano in Campania	133
5.2.1. Descrizione del progetto	133
5.2.2. Criticità e punti di forza	134
Considerazioni conclusive	137
Allegati	141
Bibliografia	165
Appendice giurisprudenziale.....	176

Introduzione

Dopo il primo capitolo introduttivo volto a definire l'istituto della finanza di progetto, la sua genesi e la sua storia, la trattazione tenta di ricostruirne l'evoluzione attraverso un raffronto tra dimensione economica e dimensione giuridica, tra lex mercatoria e contratto.

La lex mercatoria è infatti costituita da quell'insieme di usi che, nella prassi commerciale degli affari, dà vita a nuove figure rilevanti in campo economico che non trovano un immediato riscontro nelle categorie giuridiche classiche.

Il contratto è l'espressione della legge nazionale, strumento dogmatico per eccellenza del diritto e della sua capacità di dare rilevanza alla prassi economica.

La finanza di progetto si impone come un mosaico complesso per alcuni forgiata dalla prassi economica, per altri come creazione squisitamente giuridica elaborata sulla base di una ragnatela di contratti collegati tra loro.

Obiettivo di tale analisi è quello di dar luce ad alcuni profili che caratterizzano tale mosaico nel tentativo di coglierne gli aspetti di particolare interesse dal punto di vista giuridico, sia evidenziandone criticità che sottolineandone le differenze rispetto ad altre figure affini.

L'approccio sistematico è volutamente lontano dal tentativo di cogliere tutti i profili tecnici di tale tipo di operazione, già ampiamente trattati dalla dottrina giuridica in tale ambito. Opta invece per coglierne soltanto alcuni alla luce dei principi generali dell'ordinamento e della nuova normativa speciale, tentando sempre di affrontare l'analisi attraverso la lente da un lato della lex mercatoria e dall'altra del contratto, dell'economia e del diritto, al fine di poter fornire al lettore una nuova lettura dell'istituto tracciando un cammino interpretativo laddove il sentiero sembrava fruttuoso per nuove considerazioni.

Chi scrive infatti sostiene la coesistenza della dimensione economica e di quella giuridica nel definire le nuove operazioni di finanza complessa

Il secondo capitolo è dedicato alla lex mercatoria e al mercato.

Affrontando in primo luogo il problema definitorio analizza il concetto di lex mercatoria, di mercato, di beni, di scambio, di offerta, di domanda, di evoluzione economica, di finanza, di liberoscambio.

Passa poi a rintracciare il fondamento normativo dell'assetto del mercato attraverso l'analisi dell'articolo 41 della Costituzione tra dirigismo e politica liberale fino ad analizzare il ruolo bifronte dello Stato nel suo atteggiarsi ora come regolatore ora come operatore, passando per il welfare state si spinge poi a considerare il tema delle opere pubbliche e dei servizi pubblici esaminandone i possibili modelli di gestione.

Analizza poi il mutamento dei concetti così delineati a seguito del processo di internazionalizzazione rimarcando come anche in considerazione dell'influenza del diritto comunitario si sia andati in cerca di formule finanziarie innovative come quella del project financing.

Esamina le ragioni del fallimento della gestione pubblica evidenziando i vantaggi che derivano nella finanza di progetto dal coinvolgimento del capitale privato in particolar modo nella realizzazione di opere infrastrutturali.

Evidenzia poi l'altra grande dicotomia di cui l'analisi si serve: quella tra pubblico e privato rimarcando da un lato come la finanza di progetto si presenti come nuova forma collaborativa e ponendosi il problema di sottoporre a verifica se la previsione normativa nazionale, di matrice pubblicistica, del project financing, non individui, sul versante privatistico, una nuova fattispecie negoziale 'configurativa' che imponga di riconsiderare, nel suo tradizionale atteggiarsi, la stessa categoria giuridica dell' 'evidenza pubblica'.

Giunge alla conclusione che l'istituto delineato dalla normativa pubblicistica sfugga in realtà alle ristrettezze dei bilanci pubblici nella prospettiva che lega lo sviluppo infrastrutturale alle esigue risorse finanziarie statali e sia malgrado tutto concepito, tra moduli consensuali e modelli autoritativi, ove l'intreccio tra legislazione nazionale di derivazione comunitaria e lex mercatoria rimane largamente inesplorato, un nuovo modello organizzatorio. Tale modello comporterebbe in capo al privato, nel perseguimento di

finalità tipicamente pubblicistiche, il compito di reperire sul mercato delle risorse finanziarie a ciò destinate, condizionandone per ciò stesso i meccanismi negoziali di approvvigionamento e, di conseguenza, l'intera trama di relazioni contrattuali.

Il terzo capitolo è dedicato al contratto e alla causa.

In particolare si evidenzia una visione del contratto nelle dinamiche del mercato dove esso viene costruito precipuamente in relazione e per differenza rispetto all'operazione economica. Il contratto viene pensato secondo questa prospettiva come affare o 'bargain', variabile della concorrenza in quanto ne è condizionato e condizionante. L'elaborazione dello strumento contrattuale diventa essa stesso oggetto di scambio.

La finanza di progetto è istituto che dà una rinnovata euforia per la figura contrattuale, dando nuovo slancio all'autonomia privata che nel ripensamento della dicotomia "tipicità/atipicità" forgia il regolamento dell'intera operazione.

L'indagine prosegue poi sulla causa come elemento essenziale del contratto ponendosi problemi e criticità dell'adozione da parte di un ordinamento del principio causalistico, anche in un'ottica comparata.

Ricostruisce poi le nozioni di causa elaborate tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza, partendo dalla definizione bettiana di 'causa' come 'funzione economico-sociale' del contratto per approdare alla teoria ferriana della causa come 'funzione economico-individuale' del contratto.

La trattazione passa poi, nel terzo capitolo, ad esaminare la causa nell'ambito della finanza di progetto dove assume particolare rilievo per un duplice ordine di considerazioni.

Da un lato, essa rileva per la categoria del collegamento negoziale che viene trattato analiticamente; dall'altra essa si impone, in tale tipo di operazioni, in diretto rapporto con la destinazione che a sua volta rileva tanto nella costituzione della società progetto, tanto nella costruzione dei singoli contratti.

Segue quindi un'analisi riferita al collegamento negoziale e al nesso teleologico nella finanza di progetto che porta alla conclusione che ogni operazione va valutata nella sua individualità, dando un ruolo chiave al momento ermeneutico, per valutare se vi sia o meno un legame che le parti vogliono instaurare tra i singoli contratti anche attraverso degli strumenti tecnici come la condizione e le clausole di destinazione. Si rifiuta l'ipotesi ricostruttiva del supernegozio di collegamento preferendo dare rilievo ai singoli contratti, anche in ragione del diverso regime dell'invalidità degli stessi che consegue all'una ipotesi ricostruttiva rispetto all'altra in quanto più rispondente anche al meccanismo di allocazione dei rischi consustanziale all'operazione stessa.

Viene poi presa in considerazione la destinazione, quale proiezione della trasmigrazione da una logica soggettivistica ad una logica reale che pone al centro il bene e l'attività oggetto dell'operazione. Si rimarca il fiorire della destinazione anche in altri istituti sottolineandone la progressiva espansione anche a seguito delle recenti riforme legislative.

Si pone particolare attenzione all'analisi delle clausole di destinazione come modulo contrattuale invalso nella prassi per tali operazioni di finanziamento e se ne descrive la differente applicazione nelle operazioni di finanza di progetto e nel mutuo di scopo.

Il quarto capitolo affronta infine la differente normativa riprendendo la dicotomia tra pubblico e privato rimarcando come la disciplina codicistica sia carente in materia, rimandando ai principi generali dettati in tema di obbligazioni, con conseguenti problemi applicativi, mentre la disciplina pubblicistica sia estremamente dettagliata anche alla luce del nuovo Codice dei Contratti Pubblici.

Dopo aver ricostruito le linee evolutive della normativa, si indaga il campo di applicazione dell'una e dell'altra soffermandosi sui criteri per la loro adozione e sulle conseguenze che ne possono derivare dal punto di vista degli effetti.

Nel quinto capitolo infine si delineano i principali contratti dell'operazione soffermandosi in particolare sulle convenzioni, sul contratto di concessione e gestione dell'opera, sul contratto di

finanziamento, sull'atto costitutivo di SPV, anche attraverso l'analisi del progetto già realizzato del Parco commerciale di Giugliano in Campania, alla ricerca di nuovi moduli contrattuali da adottare nella prassi al fine di rendere più agevole il ricorso a tale istituto.

Capitolo Primo

Il project financing

1.1. Definizione

1.2. Origine

‘Ed io, quanto a me, non avendo mai lette le croniche e le nobiltà particolari delle figure, non so quali di esse siano più o men nobili, più o men perfette; ma credo che tutte sieno antiche e nobili a un modo, o, per dir meglio, che quanto a loro non sieno né nobili e perfette, né ignobili ed imperfette, se non in quanto per murare credo che le quadre sien più perfette che le sferiche, ma per ruzzolare o condurre i carri stimo più perfette le tonde che le triangolari’¹.

G.Galilei

1.1. Definizione

Il project financing è una tecnica finanziaria che è stata diversamente definita in funzione del tipo di analisi con cui è stata studiata.

Dal punto di vista economico la letteratura conosce la nota definizione di NEVITT in base alla quale il project financing è *‘a financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to look initially to the cash flow and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to the assets of the economic unit as collateral for the loan’* ossia *‘l’operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stato iniziale, le sue entrate ed i suoi cash flow futuri quale sorgente di fondi attraverso i quali verrà rimborsato il debito e il patrimonio dell’unità stessa come garanzia collaterale del prestito’².*

Dal punto di vista giuridico l’istituto è stato senza dubbio oggetto di un numero più esiguo di studi, tuttavia esso è stato posto alla crescente attenzione della giurisprudenza amministrativa che in una recente pronuncia l’ha definita come

¹ GALILEI G. *‘Saggiatore’*, passo 38. In tal passo Galilei ironizza su un vecchio modo di pensare in base al quale le forme geometriche regolari devono considerarsi più nobili e perfette delle forme naturali empiriche accidentate. La riflessione, nel pensiero dell’Autore, trae spunto dalle irregolarità della Luna. Il richiamo ad introduzione del capitolo è stato voluto per sottolineare la particolarità dell’istituto del *project financing*, inizialmente figura estranea, difficilmente riconducibile nelle classiche figure giuridiche.

² NEVITT P.K. *‘Project financing’* trad.it. della quarta edizione a cura di DE SURY P., Bari, 1987 pag.13.

‘tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e, dall’altra si sostanzia in un’operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell’attività stessa, in altri termini, l’attività economica promossa deve avere la capacità di autofinanziarsi³’.

In dottrina⁴ è stato evidenziato come con la locuzione *project finance* ci si riferisca alla tecnica di finanziamento nel suo insieme mentre con la locuzione *project financing* si mettano a fuoco gli aspetti procedurali del finanziamento e della realizzazione del progetto. Peraltro nella prassi si fa comunemente uso di questa seconda espressione.

Da alcuni è stato poi rilevato come il *project financing* non consista in una mera tecnica di finanziamento o in un istituto giuridico rappresentando una nuova impostazione culturale⁵.

Infatti, la crescente attenzione prestata da parte del mondo economico e del legislatore per la realizzazione di un’adeguata rete di infrastrutture nel Paese e la relativa inadeguatezza dei canoni tradizionali di finanziamento pubblico a soddisfare tale richiesta, hanno offerto nel nostro Paese ampio margine di sviluppo alla finanza di progetto⁶ anche a fronte della drastica diminuzione della capacità di spesa da parte dell’Amministrazione Pubblica .

³ Cons. Stato sez.V, 20 ottobre 2004 n. 6487.

⁴TULLIO A. *‘La finanza di progetto: profili civilistici’*, Milano, 2003, VERONELLI A. *I finanziamenti di progetto. Aspetti societari e contrattuali’*, Milano, 1996, pp. 5-6.

⁵TULLIO A. Op. cit.

⁶ Sull’utilizzo del *project financing* come strumento per la realizzazione di infrastrutture nel Paese si veda, tra gli altri RICCHI M. *‘Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità’* in *‘Il diritto dell’economia’* 2006, fascicolo 3 pp. 567-582; BRUNO F.- RUSCIANO R. *‘Finanza innovativa e project financing’* in *‘La finanza locale’*, 2006, fascicolo 7-8 pp. 39-66; RESSE D. *‘Il project financing delle opere pubbliche. Dalla valutazione alle modalità di finanziamento del progetto: brevi spunti e riflessioni’* in *‘Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza’*

1.2. Origine

Luogo comune è ritenere che l'origine del *project financing* sia prettamente anglosassone.

In realtà i suoi natali devono farsi risalire al XII secolo, grazie all'iniziativa dei banchieri fiorentini Frescobaldi di concedere un finanziamento garantito dal cash flow della vendita dell'argento estratto nelle miniere del Devon.

La finanza di progetto conosce un notevole sviluppo⁷ nel primo ventennio del Novecento negli Stati Uniti per soddisfare esigenze commerciali nel settore petrolchimico. Antesignani di tale sviluppo possono considerarsi i *production payment financing*⁸, tecniche, in base alle quali, per lo sfruttamento dei giacimenti petroliferi del Texas, le banche erogavano un prestito garantito da determinate riserve di petrolio. Tali accordi prevedevano l'esclusione della rivalsa del mutuatario qualora l'entità del giacimento, la fattibilità dell'estrazione e le dinamiche del prezzo del prodotto così estratto, fossero risultati insoddisfacenti.

2006, fascicolo 12 pp. 1642-1644; REALE V. 'Il "project financing "quale strumento per la realizzazione di opere pubbliche attraverso l'apporto di capitali privati" in 'Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza ' 2006, fascicolo 2 pp. 198-234.

⁷ Per una sintetica disamina dell'evoluzione del *project financing* e dei suoi caratteri salienti si veda PUCA M.V. 'Tecniche contrattuali – Cos'è il project financing: concetti e storia' in 'Notariato' 2006, fascicolo 5, p. 544.

⁸ LOSCO V. 'Il Project financing negli Stati Uniti' in 'Diritto pubblico comparato ed europeo', 2005, fascicolo 4, pp. 1839-1849. Nello stesso numero della rivista per una lettura comparata dell'istituto si segnalano CASELLA F. 'Il project financing nel Regno Unito' pp. 1801-1816 e MATTASOGLIO F. 'Il Project financing in Francia' pp. 1850-1868; PECCHIOLI N. 'Il Project financing in Svizzera' pp. 1870-1878, SCARCIGLIA R. 'Il Project financing in Spagna', pp. 1879-1892; JENS M-SFORZI D. 'Il project financing in Germania', pp. 1893-1898.

Nella prima metà degli anni Settanta viene ampiamente utilizzata in Gran Bretagna, nel settore industriale come tecnica impiegata per finanziare l'estrazione del petrolio dagli ingenti giacimenti rinvenuti nel Mare del Nord⁹.

Il *project financing*¹⁰ viene quindi a svilupparsi nei sistemi di *common law* all'interno dei quali trova affermazione collocandosi nell'ambito del cosiddetto credito industriale o credito a medio-lungo termine.

In particolare, esso si afferma in Inghilterra come metodo di contenimento del debito pubblico e di miglioramento dell'efficienza nell'erogazione dei servizi pubblici nell'ambito della politica economica Thatcheriana.

Approda poi nel nostro ordinamento dove però risente del sospetto tipicamente italiano verso istituti e strutture fatti propri dai sistemi di *common law*.

Prima di addentrarsi in una analisi tecnica e specifica della finanza di progetto, come la maggioranza della letteratura sull'argomento ha fatto, si vuole in questa sede tentare di tracciarne una ricostruzione alla luce dei principi generali dell'ordinamento, tra *lex mercatoria* e contratto, provando a delineare l'iter evolutivo che approda alla formulazione di operazioni di finanza complesse.

La complessità di un'operazione è infatti data dalla composizione di elementi semplici. Nel caso del *project financing*, l'analisi partirà dal concetto di mercato, di bene, di scambio programmato, di contratto, di interesse pubblico, solo per citarne alcuni.

⁹ AMATUCCI F. *Il project finance nelle aziende pubbliche. Strumenti di finanziamento per enti locali e aziende sanitarie. Le novità della legge 166/2002*, Milano, 2002.

¹⁰ Per una ricostruzione dell'istituto si veda anche IMPERATORI G. *La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura una politica*, Milano, 2003.

Capitolo Secondo

Lex mercatoria e mercato

2.1. Lex mercatoria e mercato

2.2. La Carta Costituzionale italiana: l'articolo 41

2.3. L'internazionalizzazione

*‘Arrivano a torme i compratori perché sanno che dove c’è grande concorso è sempre più facile trovare ciò di cui si ha bisogno e trovarlo alle migliori condizioni di prezzo ; e giungono numerosi i venditori perché sanno che, dove c’è grande moltitudine di gente desiderosa di comprare, è sempre più agevole vendere la merce e venderla bene.
I compratori desiderano di acquistare a buon mercato ed i venditori di vendere a caro prezzo.
Spinti da motivi opposti essi si affettano verso lo stesso luogo, verso la fiera, il mercato¹¹’.*

L. Einaudi

2.1. Lex mercatoria e mercato

Lex mercatoria e contratto sono i poli entro cui si tenterà l’analisi ricostruttiva della finanza di progetto.

Pertanto se la lex mercatoria è l’insieme degli usi diffusi nella pratica commerciale¹² degli scambi che avvengono sul mercato, è necessario chiedersi:

“Che cos’è il mercato? ¹³”.

La domanda è solo a prima vista banale ma chi si accingesse a cercarne una definizione resterebbe senz’altro insoddisfatto.

La nozione di mercato è infatti normalmente data come presupposta: ciò si riscontra tanto nel linguaggio comune dei mass-media, quanto in quello degli studiosi e dei tecnici che, nel definire il nostro sistema come ‘economia di mercato’,

¹¹ EINAUDI L. *‘Lezioni di politica sociale’*, Torino, 1975, pp. 11-12.

¹² Sulla diffusione del project financing nel commercio internazionale si rimanda a DRAETTA U. *‘Il project financing nella prassi del commercio internazionale’* in *‘Diritto del commercio internazionale’*, 1994, fascicolo 3-4 pp. 495-507.

¹³ Il tema è ampiamente trattato da IRTI N. *‘L’ordine giuridico del mercato’*, Roma-Bari, 1998 che ha suscitato grande interesse in dottrina tanto da essere seguito da un altro volume AA.VV. *‘Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato’*, Roma-Bari, 1999, da cui si è tratto ispirazione per questo capitolo della presente trattazione.

utilizzano questa accezione come caratterizzante, lasciandola però priva di elaborazione.

Eppure il concetto di mercato, ancorché vago, ha svolto un ruolo determinante nel processo di unificazione economica e politica degli stati dell'Europa occidentale: l'attuale Unione Europea, infatti, nasce con il Trattato di Roma nel 1957, come M.E.C. (Mercato Comune Europeo), assumendo soltanto in seguito la denominazione più ampia di C.E.E (Comunità Economica Europea)¹⁴.

Bastano questi pochi esempi per far risaltare la polisemia del termine 'mercato', rispetto al quale neanche il codice civile fornisce indicazioni esaustive: l'articolo 1474, secondo comma, in mancanza di determinazione espressa del prezzo di vendita, prevede che si faccia riferimento a listini mercuriali per i beni aventi un prezzo di borsa o di mercato, lasciando all'interprete il compito di chiarire che cosa si debba intendere con quest'ultimo termine.

Lo stesso accadeva nell'articolo 2425, primo comma, numero 2 nella redazione precedente alla novella del 1991: in riferimento alle materie prime e merci, da inserire nel conto economico, la norma stabiliva il criterio di quantificazione facendo ricorso a vari indici tra cui l'andamento del mercato; anche qui era compito dell'interprete riempire la definizione legislativa di un significato concreto.

A fronte di una così accentuata polisemia, la parola 'mercato' presenta un'origine omogenea, come dimostra la comparazione tra le principali lingue europee. Il francese *marché*, il tedesco *die market*, lo spagnolo *mercado* affondano infatti le loro radici nel vocabolo latino '*merx*'(merce): mercato, di conseguenza, era il locus materialis, fisicamente individuabile, in cui venivano esposte le merci.

¹⁴ Per una retrospettiva sull'evoluzione del mercato comunitario e dei principi ispiratori del Trattato si veda DANIELE L. '*Diritto dell'Unione Europea: dal Piano Schuman al progetto di Costituzione per l'Europa*', Milano, 2004.

Nell'accezione odierna¹⁵, invece, non è necessariamente così, poiché il mercato tende sempre più a diventare un *locus artificialis* svincolato da una precisa dimensione materiale.

Occorre quindi porre attenzione alle modalità con cui l'uomo si rivolge al mercato, ponendo particolare riguardo alla commistione tra il profilo economico e quello giuridico.

Punto di partenza è il fatto che l'uomo vive in *societas* e che nella collettività organizzata vige necessariamente il principio della divisione del lavoro¹⁶: nessun individuo può da solo, soddisfare tutti i bisogni e provvedere a tutte le esigenze della comunità; naturale conseguenza di questa situazione è la separazione dei compiti tra i vari consociati, ognuno dei quali si specializza nel campo che gli è più congeniale.

Se la divisione del lavoro fa sì che ciascuno produca beni o servizi particolari, il problema che immediatamente si pone riguarda le modalità di redistribuzione del prodotto tra tutti i membri della collettività. Si tratta di un problema centrale poiché la divisione del lavoro comporta risultati concreti solo quando consente di mettere a disposizione e a vantaggio di tutti, il lavoro che ciascuno ha condotto per conto proprio.

Ciascuno diventa, in senso lato, *produttore di beni*.

Il concetto di bene, tradizionalmente tra i più controversi, è qui utilizzato nell'accezione del tutto generica di *beneficium*, cioè di vantaggio conseguente al sacrificio di colui che ha affrontato il lavoro. Tale bene può essere diretto, innanzi tutto, alla soddisfazione esclusiva di chi lo ha prodotto, cioè all'autoconsumo, come nel caso di chi legga un libro, compiendo così uno sforzo volto al proprio esclusivo soddisfacimento.

¹⁵ Sul mercato come *locus artificialis* si veda anche SEPE M. 'I mercati', Bari, 2003.

¹⁶ Sul rapporto tra persona e mercato si veda PERLINGIERI P. 'Il diritto dei contratti fra persona e mercato' Napoli, 2003, pp.277 e ss.

Peraltro gli sforzi umani si indirizzano prevalentemente verso la produzione di beni che possano essere consumati da una pluralità di soggetti e che perciò possano connotarsi come beni anche per chi non abbia affrontato il sacrificio produttivo: il *beneficium* cioè è fruito anche da chi non abbia subito il *sacrificium*.

Nell'ambito di tale categoria di beni, bisogna poi operare una *summa divisio* tra beni commerciabili e beni incommerciabili, vale a dire insuscettibili di onerosa messa a disposizione di altri.

Emblematico, in proposito, è l'esempio del servizio religioso offerto da un sacerdote che, benché fruibile da una pluralità di soggetti, è senz'altro, almeno per tradizione, incommerciabile. Tutte le società, da quella primitiva a quella più evoluta, conoscono questa distinzione.

E se in un contesto come quello dell'antica famiglia contadina, i beni commerciabili erano quasi totalmente utilizzati dalla stretta cerchia di soggetti che li aveva prodotti, ciò non può più valere oggi, poiché la società moderna, che fonda la sua economia sullo *scambio*, richiede necessariamente la produzione di beni eccedentari, idonei a soddisfare bisogni di terzi.

Nella consapevolezza che la frazione eccedentaria può essere offerta a terzi, si può rintracciare il nucleo embrionale dell'idea di mercato che porta con sé una serie di domande: dove, come, a quali terzi, in cambio di cosa procedere all'offerta?

La risposta più elementare è quella di un'offerta gratuita dell'eccedenza, ma questo schema risulta *prima facie* impraticabile, per un duplice ordine di ragioni: da un lato perché il sacrificio del produttore resterebbe privo di corrispettivo, dall'altro perché ci si imbatte nella presenza di altri soggetti che offrono beni diversi. E poiché il principio della specializzazione del lavoro postula la contemporanea presenza di settori eccedentari e di settori deficitari, è del tutto naturale che i consociati si orientino verso lo scambio reciproco di eccedenze tali da colmare le rispettive scarsità.

Si realizza così un sistema di proposte reciproche di scambio, i cui elementi fondamentali sono da un lato l'offerta, che proviene dagli operatori che hanno beni in eccesso, dall'altro la domanda che proviene dagli operatori che hanno carenza di beni.

E se originariamente lo scambio assumeva la forma primitiva del baratto (cosa-contro-cosa), nelle economie più evolute, che conoscono la moneta come misuratore universale di beni commerciabili, lo scambio si realizza nella forma beni-contro-denaro. E' necessario, a questo punto, introdurre due concetti fondamentali tra loro strettamente correlati;

- *il paradosso dello scambio,*

- *la mano invisibile.*

Il primo ci consente di affermare che, dopo lo scambio, entrambe le parti risultano in una situazione migliore di quella antecedente; sono cioè più soddisfatte e si trovano su un più alto livello di utilità, come avviene nel caso in cui un bene invenduto sia acquistato da un soggetto che ne è privo piuttosto che da un soggetto che già ne dispone.

Lo scambio perciò, realizza una migliore allocazione delle risorse determinando una prospettiva di ottimale utilizzo per tutti i cespiti coinvolti; è pertanto giustificata l'affermazione secondo cui lo scambio è produzione di ricchezza, perché, allocando meglio le risorse, realizza un più ampio soddisfacimento dei bisogni umani.

Lo scambio è un fenomeno volontario, una scelta vantaggiosa per definizione, visto che altrimenti non avrebbe luogo; comunque il paradosso dello scambio indica un principio soltanto tendenziale, poiché non ogni scambio, se analizzato ex post, realizza un vantaggio reciproco, come è evidente nel caso di chi acquista un bene viziato di cui è già in possesso.

Allo scambio, infatti, così come alla scelta, è immanente il rischio dell'insoddisfazione, poiché ogni scelta è il frutto di spinte e contropinte che strutturalmente la caratterizzano. Bisogna quindi tener presente che, se da un lato il paradosso dello scambio è una regola di assoluta validità che quotidianamente constatiamo e su cui si fonda l'ampiezza della circolazione delle idee, cioè l'ampiezza del mercato, dall'altro, esso non può assicurare l'immutabile apprezzamento delle modalità alle quali lo scambio è svolto.

Il secondo concetto fondamentale è *'la mano invisibile'*.

Teorizzato da Adam Smith nella sua *'Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni'*¹⁷ esso può essere veramente compreso con le parole del suo autore:

'Il sovrano è completamente dispensato da un compito nel tentativo di attuare il quale sarà sempre esposto ad innumerevoli delusioni, e per la cui giusta attuazione, nessuna saggezza o conoscenza umana potrà mai essere sufficiente; il compito di sovrintendere all'attività produttiva dei privati e di indirizzarla verso gli impieghi più confacenti all'interesse della società'.

Secondo Smith, è meglio per l'interesse collettivo che il sovrano si astenga dallo stabilire le dinamiche produttive e distributive dei beni, lasciando tale compito ai privati: infatti, il privato che persegue il proprio egoistico interesse, contribuisce inconsapevolmente, quasi guidato da una mano invisibile, ad un'allocazione delle risorse più conveniente per la collettività. Ad esempio, che una S.p.A. produca dei beni e li venda, realizzando un guadagno, è utile per la collettività, visto che ciò crea possibilità occupazionali, è utile per gli azionisti che potranno ricevere dei dividendi, è utile per i singoli che potranno usufruire dei beni prodotti; ma la S.p.A. non persegue altro obiettivo che non sia il proprio guadagno e ogni acquirente non mira che a soddisfare un proprio bisogno, ciononostante tutti insieme realizzano, come risultato finale, un'ottimale allocazione delle risorse.

¹⁷ SMITH A. *'Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni'*, Milano, 1976.

L'idea che il mercato sia un bene e operi a vantaggio della collettività è stata più volte messa in discussione ed ha generato innumerevoli dibattiti; il secolo scorso infatti, è stato caratterizzato dal colossale tentativo di instaurare un'economia collettivistica in grado di scavalcare il mercato, lasciando al sovrano il compito di stabilire cosa, come, in che misura e per chi produrre.

Appurato che la mano invisibile è la conseguenza del paradosso dello scambio è su quest'ultimo concetto che sorgono alcune domande:

- 1) Come avviene lo scambio tra chi offre, perché eccedentario e chi domanda perché deficitario?
- 2) Questi due flussi, in una collettività non giuridicizzata, perché primitiva o perché le istituzioni giuridiche siano momentaneamente sospese, si incontrerebbero?
- 3) Lo scambio, in definitiva, è un fenomeno esclusivamente economico o è anche, necessariamente un fenomeno giuridico?

E' necessario osservare che esistono due tipologie di scambio: la prima che è di attuazione immediata, cioè si conclude istantaneamente in un unico contesto di luogo e di tempo, tipica della microeconomia e può definirsi, avvalendosi di una efficace espressione ideata dalla dottrina tedesca 'mano-contro-mano'.

Questa tipologia di scambio, benché quantitativamente prevalente, si rivela qualitativamente povera.

Ogni scambio importante, infatti, presuppone un *programma temporalmente articolato*, per il quale è necessario attendere la corretta esecuzione del programma. La finanza di progetto si inquadra in tale ambito seppur, come meglio si tratterà in seguito, con alcune peculiarità.

Lo scambio 'mano-contro-mano', basato sull'esecuzione immediata, non presuppone la fiducia reciproca tra gli scambisti, a differenza di quanto accade nello scambio temporalmente articolato, per il quale è necessario attendere la corretta esecuzione del programma. Ovviamente, se esistono norme giuridiche volte a

sanzionare le inadempienze, la posizione dello scambista, nelle situazioni più complesse, viene ad essere notevolmente rafforzata.

E' naturale conseguenza perciò, porsi la seguente domanda: nel caso in cui l'ordinamento giuridico non assicuri una tutela adeguata, che natura vengono ad assumere gli scambi? Può parlarsi di 'scambio' anche al di fuori di una dimensione giuridica?

Per il linguaggio comune la risposta è affermativa, infatti esso utilizza estensivamente il concetto di mercato, fino a ricomprendervi il fenomeno del mercato nero e del mercato della droga.

Gli scambi non regolati rappresentano una percentuale minimale rispetto a quelli regolati: in questi ultimi per evitare le contestazioni reciproche, non ci si affida alla buona volontà delle parti ma si individua un terzo al quale si conferiscono funzioni arbitrali.

In concreto, sono ininfluenti le modalità di svolgimento dell'arbitrato, poiché esso, *ne cives ad arma ruant*, è un fenomeno che si afferma progressivamente in tutte le società da quella più primitiva, passando attraverso la giurisdizione del *pontifex maximus* e del *praetor urbanus*, fino alla più sofisticata elaborazione moderna, in cui la giurisdizione civile non è altro che una forma di arbitrato obbligatorio.

La giustiziabilità è presupposto fondamentale per l'evoluzione della dinamica degli scambi: si tratta di fenomeni permeati di giuridicità.

Tale riflessione assume, poi, spessore ben maggiore alla luce di una triplice serie di considerazioni che scaturiscono dall'analisi della realtà: primariamente, se si considera l'importanza della moneta nell'attuale economia, si comprende come essa, per svolgere pienamente il proprio ruolo, abbia bisogno di molteplici qualificazioni giuridiche; in secondo luogo il trasferimento della proprietà, fine principale della gran parte degli scambi è anch'esso una creazione giuridica; infine la società, per potersi sviluppare richiede un sistema fiscale improntato a criteri giuridici. E' chiaro

quindi che lo scambio trova concreta possibilità di esplicarsi soltanto sotto l'egida del diritto e ciò porta ad escludere l'esistenza di un mondo economico pregiuridico. Questo però non significa che il profilo giuridico preceda quello economico: si tratta di due fenomeni in parallelo, di inscindibile sviluppo; per convincersene basta pensare che anche il mercato degli stupefacenti vede i suoi prezzi condizionati dalla disciplina giuridica proibizionista, dal fatto cioè che un aumento dei rischi implica necessariamente un aumento dei costi.

Questo aspetto assume particolare rilievo con riferimento alla finanza di progetto. La dottrina prevalente che si è occupata dell'istituto tende infatti a sottolineare come essa sia stata generata dalla prassi delle operazioni economiche e come in tal caso, il diritto si sia limitato solo successivamente a recepirlo come tecnica di finanziamento, inquadrandola nelle categorie dogmatiche. Tale affermazione sarà oggetto di approfondita analisi nel prosieguo della trattazione, in questa sede preme sottolineare soltanto come non possa parlarsi di una dimensione economica preesistente a quella giuridica quanto di un'evolversi in parallelo¹⁸ e ciò ha come conseguenza che non pare condivisibile la tesi di coloro che configurano 'l'operazione economica' come una nuova categoria giuridica a sé stante. Il diritto, infatti, registra costantemente i mutamenti della realtà riflettendo e dando possibilità di esistenza agli sviluppi che l'evoluzione della scienza comporta nel permanere delle categorie dogmatiche specifiche del mondo giuridico.

Il problema da affrontare è quello della conciliazione tra la spontaneità degli scambi e la loro necessaria giuridicità¹⁹.

Il tema della compatibilità tra la necessaria giuridicità del fenomeno scambistico e la sua strutturale spontaneità è stato oggetto di numerose dispute tra gli studiosi.

¹⁸ Per un approfondimento di tale concetto si veda l'intervento di DRAGHI M. in *'Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato'*, Bari-Roma, 1999, p. 81 e ss.

¹⁹ Sul tema della giustiziabilità e spontaneità degli scambi si rimanda a SCHLESINGER P. in *'Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato'*, Bari-Roma, 1999, p.29.

Alcuni infatti temevano che dall'affermata giuridicità del mercato discendesse la postulazione di un potere dirigistico, capace di coartare la spontaneità degli scambi e realizzare un mercato non più frutto delle libere scelte dei singoli. Questa posizione, però, non è oggi seriamente sostenibile; le plurisecolari teorizzazioni sull'onnipotenza statale si scontrano con la presa di coscienza, da parte dello Stato, dell'obnubilamento della propria sovranità: il mercato sfugge a limitazioni territoriali e il fenomeno della globalizzazione mette continuamente a nudo le insufficienze delle legislazioni nazionali.

Venuto meno il dogma dell'assolutismo, lo Stato nazionale diventa, da un punto di vista macroscopico, cellula di organismi più complessi, come le federazioni che, a loro volta, confluiscono in enti internazionali dotati di competenze sempre più vaste; a livello microscopico si assiste ad un'allocatione di poteri condotta in un'ottica di bilanciamento che ne rende possibile la limitazione e il controllo reciproco.

Stabilito che il liberoscambismo è perfettamente compatibile con la giuridicità è possibile qualificare come 'mercato' il complesso di scambi volontari, onerosi e giuridicamente regolati?

Secondo il linguaggio comune la risposta è senz'altro affermativa, ma in realtà si tratta di una definizione povera che non consente significativi approfondimenti.

Per arricchire l'analisi sin qui svolta, invece, è necessario constatare che gli scambi si distinguono in due categorie: da un lato gli scambi saltuari occasionalmente posti in essere dai singoli, dall'altro gli scambi professionalmente organizzati dalle imprese. Basta pensare alla differenza tra la vendita di un appartamento compiuta da Tizio che ne è proprietario, piuttosto che da un agente immobiliare: mentre nel primo caso si tratta di una situazione contingente ed occasionale, nel secondo si è di fronte ad un'attività professionale di cui la vendita è elemento fondante.

L'impresa si connota, così, come un polo attrattivo di flussi sistematici di scambi che si canalizzano, in virtù della specializzazione del lavoro, nelle due componenti della domanda e dell'offerta.

Nasce poi il problema delle modalità di incontro tra domanda e offerta: perché lo scambio abbia almeno la possibilità di realizzarsi, occorre necessariamente che esse siano direzionate; a tal fine occorre da un lato la creazione di strumenti che favoriscano il loro avvicinamento, dall'altro l'informazione sull'esistenza di tali strumenti.

Il mercato è rappresentato quindi dall'insieme di mezzi che l'uomo adopera per favorire, in determinati contesti di tempo e di luogo, l'incontro tra la domanda e l'offerta di beni e servizi.

Si pone il problema di stabilire se tale nozione sia da riferire ai soli scambi posti in essere da imprenditori privati, escludendo quelli pubblici o se si debba adottare un'ottica retrospettiva che guardi ai soli scambi già realizzati o non piuttosto una visuale rivolta alla funzione propulsiva del mercato e all'insieme di scambi che esso potrebbe favorire.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è opportuno osservare in via del tutto preliminare, che i pubblici poteri, conformemente alla massima liberista 'più mercato meno Stato' si limitano ad utilizzare il mercato e non possono esserne considerati produttori.

Relativamente al secondo aspetto, bisogna considerare che, a differenza della Costituzione italiana, il Trattato istitutivo della Comunità Europea offre, all'articolo 3 lettera c e all'articolo 7, secondo comma, una definizione di mercato, prevedendo che esso sia caratterizzato dalla eliminazione, fra gli stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Ciò significa che il mercato è la piattaforma, necessariamente preesistente, su cui gli scambi fondano la loro dinamica e che all'analisi retrospettiva, che esamina

gli scambi ex post, deve subentrare un'ottica di miglioramento e di intensificazione ex ante, che operi prima che questi abbiano luogo.

Da questo modello, emergono i due effetti fondamentali della nozione di mercato; da un lato la creazione di strumenti che favoriscano l'incontro tra la domanda e l'offerta, dall'altro l'informazione relativa alle caratteristiche dell'offerta; quest'ultimo profilo, in particolare risulta decisivo, poiché l'esame dell'offerta consente di valutare il sacrificio che si è disposti a sopportare per soddisfare i propri bisogni. Il mercato, pertanto, è l'organizzazione che consente di collocare l'offerta e di conoscerne il contenuto.

La definizione di mercato, come organizzazione che favorisce la diffusione delle informazioni in grado di convogliare domanda e offerta verso un punto d'incontro permane immutata nel tempo.

La rivoluzione industriale peraltro costituisce una cesura nel modo di intendere tale nozione: la produzione di massa di beni e servizi stravolge un assetto ormai consolidato, inducendo dei mutamenti quantitativi talmente rilevanti da dare una connotazione diversa, anche qualitativamente al mercato: da un lato si assiste alla progressiva professionalizzazione degli operatori, dall'altro alla proliferazione delle tipologie di mercato.

Se l'antico prototipo della bottega, pur evolvendosi, rimane sostanzialmente invariato, in quanto improntato alla distribuzione capillare, la dinamicità della società moderna provoca lo sviluppo di nuovi modelli di mercato; si assiste così alla nascita dell'industria dei trasporti che, con l'inaugurazione delle ferrovie, il potenziamento delle reti stradali e i primi trasporti aerei, riduce le distanze e facilita gli scambi.

Si fa allora più impellente l'urgenza della comunicazione, nodo centrale della nozione di mercato, attorno alla quale si sviluppa una vera e propria industria che, dalla telefonia alle poste, dalla radiotelevisione alla telematica, abbatte i residui ostacoli alla globalizzazione degli orizzonti economici e dà la possibilità di essere presenti, in ogni momento, su tutti i mercati del mondo. Questo fenomeno,

singolarmente, realizza prospettive vantaggiose tanto per le grandi imprese, produttrici di beni di massa, quanto per i piccoli esercizi che commerciano beni e servizi caratteristici: se alle prime la globalizzazione offre mercati in grado di assorbire produzioni sempre maggiori, ai secondi essa dà la possibilità di raggiungere ovunque la clientela specializzata.

Soddisfatta, con lo sviluppo di questi mercati, l'esigenza economica di produzione di beni e servizi reali, assume maggiore importanza la problematica finanziaria, con particolare riguardo agli investimenti monetari. Si afferma così l'industria del denaro, vale a dire l'insieme di servizi bancari, finanziari e assicurativi volti alla realizzazione di profitti mediante l'impiego selettivo delle disponibilità economiche.

Accanto ai settori industriali tradizionali che soddisfano i bisogni primari della collettività si affacciano, così, nuove industrie, e di conseguenza nuovi mercati che mirano a rispondere ad esigenze non strettamente necessarie. Di fronte a questa accentuata differenziazione dei mercati, si pone il problema della loro regolamentazione giuridica.

L'articolo 41, primo comma, della Carta Costituzionale sancisce il principio della libertà dell'iniziativa economica privata, svincolandola così da ogni ingerenza o imprimatur della pubblica autorità.

La politica liberale del *laissez faire* viene però tacciata di ipocrisia dalle classi subalterne che, sulla scia di sempre più aspri conflitti sociali, giungono alla conclusione che la società progredisce solo con una vera libertà di tutti, ottenibile con la collettivizzazione dei mezzi di produzione e con la realizzazione da parte dello Stato, delle sole iniziative utili per tutti. Evitando l'intrapresa di progetti destinati al fallimento e praticando la sistematica, equa redistribuzione di quanto prodotto, lo Stato socialista punta ad eliminare il naturale darwinismo della società liberale e a realizzare il progetto, teorizzato da Rousseau ne 'Il contratto sociale' secondo cui è

necessario *'trouver une forme d'association par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant'*²⁰.

Queste idee, che pure hanno influenzato largamente il nostro secolo, sono però risultate, di fronte al corso concreto della storia, delle mere utopie, il cui fascino illusorio è crollato, insieme al muro di Berlino, il 9 novembre 1989.

2.2. La Carta Costituzionale italiana: l'articolo 41

Molti autori²¹ ritengono di poter rintracciare nell'articolo 41, primo comma della Carta costituzionale, il fondamento normativo dell'attuale assetto del mercato: una lettura di tal genere non risulta esatta e richiede di essere analizzata storicamente e sistematicamente²².

Bisogna considerare il panorama sociale e politico, in cui nell'immediato secondo dopoguerra, l'Assemblea Costituente si trovò ad operare: gli effetti della grande depressione del 1929 avevano mostrato drammaticamente la vulnerabilità del sistema concorrenziale proprio dell'economia capitalistica e di fronte ai dodici milioni di disoccupati registrati nel 1932, anche gli U.S.A., paladini dell'economia liberista, videro nell'attuazione del programma dirigistico di F.D. Roosevelt l'unico modo per evitare il crollo definitivo del sistema.

Nel suo discorso di insediamento, il presidente americano riassunse con queste parole i termini del problema:

²⁰ ROUSSEAU J.J. *'Du contrat social'*, Paris, 1992, p. 39.

²¹ MERUSI F. *'Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti'* in Bassi F., Merusi F. (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993.

²² Per un inquadramento sull'articolo 41 della Costituzione AMATO G. *'Il mercato nella Costituzione'*, Roma, 1991; BARILE P. *'Le libertà nella Costituzione – lezioni'*, Padova, 1966, pp. 221 e ss.

‘ Le foglie morte delle nostre imprese ingombrano il terreno: i nostri agricoltori non trovano il mercato per i loro prodotti; le economie di milioni di famiglie sono scomparse; un esercito di cittadini senza lavoro si trova di fronte al duro problema del vivere. Bisogna essere degli ottimisti molto sciocchi per negare le tragiche realtà del momento; la nazione esige azioni e azioni immediate. Nostro primo compito sarà rimettere questo popolo al lavoro’.

E sulla stessa lunghezza d’onda J.M. Keynes²³, nella *Teoria generale dell’occupazione*:

‘Lo Stato dovrà esercitare un’influenza direttiva circa la propensione a consumare, in parte mediante il suo schema di imposizione fiscale, in parte fissando il saggio di interesse e in parte, forse, in altri modi’.

Al termine della guerra, la situazione in Europa era, se possibile, anche peggiore e solo gli ingenti aiuti americani, previsti dal piano Marshall, consentirono la ricostruzione del continente.

Non bisogna poi dimenticare che, nell’Assemblea Costituente, le forze liberali erano largamente minoritarie, sovrastate dalle forze social-comuniste e dalla Democrazia Cristiana: se P.C.I. e P.S.I. avevano come modello i großplansovietici, anche la D.C. si poneva come finalità il perseguimento del bene comune e ne propugnava la realizzazione mediante una direzione dall’alto dell’economia. Alla luce di queste premesse risulta chiaramente come il ruolo dell’articolo 41, primo comma, della Costituzione, sia solo quello di formulare una scelta di campo che colloca l’Italia tra i paesi del blocco occidentale, caratterizzati da un’economia di mercato.

Il reale assetto economico italiano, invece, trova espressione nel secondo e nel terzo comma dell’articolo 41 Cost: la previsione secondo cui l’iniziativa economica privata ‘non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno

²³ KEYNES J.M. *‘Teoria generale dell’occupazione’*

alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana' e quella secondo cui 'la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali' evidenziano come la condizione adottata sia spiccatamente dirigistica.

La conclusione perciò è che i mercati, in Italia, non sono liberi, come dimostra il fatto che la legge stabilisce orari e prevede licenze per l'apertura di esercizi commerciali e subordina a concessioni amministrative l'erogazione dei principali servizi pubblici dai trasporti all'emittenza radiotelevisiva, dalla telefonia all'attività bancario-assicurativa.

Il pronunciato dirigismo cui è improntato l'articolo 41 Cost., si è sviluppato fino a far detenere all'Italia, tra tutti i paesi occidentali, il primato dell'intervento pubblico nell'economia.

Quest'ultimo non è da ascrivere alla presenza nel governo di un forte partito comunista (il P.C.I.) ma all'adozione di una linea politica improntata al consociativismo, superata, solo nel pieno degli anni '80, dalla consapevolezza del necessario ridimensionamento del ruolo dei pubblici poteri nell'economia.

In conformità alla politica liberale della Comunità Europea e alla progressiva opera di deregulation, attuata negli USA dalla presidenza Reagan e in Gran Bretagna dal governo della Thatcher, anche il nostro paese ha intrapreso la strada della valorizzazione dell'iniziativa privata.

Peraltro ciò non ha comportato il venir meno dell'importante ruolo regolatore dello Stato in campo economico; liberalizzare infatti non significa necessariamente porsi in antitesi rispetto ad ogni controllo disciplinare dell'autorità.

A dimostrazione di tale assunto basta pensare che anche l'Unione Europea che favorisce le politiche di mercato, ha adottato una direttiva comunitaria, recepita nel d.lgs. 25/1/1992 n. 74, con cui si vieta la pubblicità ingannevole, ribadendo così

come il mercato sia uno strumento di progresso e di benessere della società che non può prescindere da una normativa regolatrice.

La garanzia di un'informazione trasparente è un presupposto irrinunciabile per il funzionamento corretto ed efficiente del mercato e di ciò, come dimostrano sia la normativa codicistica che quella speciale, è pienamente consapevole anche il legislatore²⁴: l'articolo 2621 c.c. ad esempio, appresta una sanzione penale per le false comunicazioni in materia di società e consorzi e l'articolo 21 del decreto legislativo 24/2/1998 n. 58 stabilisce che i soggetti abilitati alla prestazione di servizi di investimento 'devono acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati'.

Tale norma rappresenta il risultato più maturo dell'impostazione organizzativa del mercato fatta propria dalla CONSOB: la Commissione Nazionale per la Società e la Borsa, che, ai sensi dell'art. 74 del d.lgs. n. 58/98 'vigila sui mercati regolamentati al fine di assicurare la trasparenza, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori'.

Già l'articolo 28 del libro III del Regolamento Intermediari, sanciva la cosiddetta *know your customer rule*.

In base a tale regola è fatto obbligo agli intermediari autorizzati di *'chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, la sua propensione al rischio' e si prevede che 'gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento'*.

²⁴ Sull'importanza della trasparenza dell'informazione e della necessità di rafforzare la funzione di vigilanza ha insistito anche DRAGHI M. *'Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia'*, relazione alla 114° assemblea della Banca d'Italia, Roma, 31 maggio 2008.

Da quanto detto sopra, risulta chiaro come una corretta informazione sia elemento fondamentale per la sanità del mercato e come la tutela della trasparenza debba costituire l'obiettivo di qualsiasi futuro intervento legislativo in materia di mercato.

Nell'ambito dell'analisi relativa all'intervento regolatore dello Stato in materia economica, è necessario considerare con particolare attenzione i delicati equilibri sui quali quest'ultimo si trova ad incidere: utilizzando il proprio potere normativo, infatti, lo Stato non compie direttamente un'attività ma si limita a dettare regole volte a disciplinare l'operato altrui. Ovviamente, nell'esercizio dell'attività normativa, i poteri pubblici non dispongono di prerogative arbitrarie o illimitate, in conformità con la struttura, gerarchicamente ordinata, delle fonti di diritto. Pertanto, ogni provvedimento normativo in materia di esercizio della libera iniziativa economica privata deve mantenersi coerente con il principio sancito nell'art. 41, primo comma, della Carta Costituzionale. Quest'ultimo, benché controbilanciato dai commi secondo e terzo, dello stesso articolo, mantiene intatta la sua funzione di orientamento dell'attività legislativa.

Le molteplici interpretazioni elaborate dalla dottrina, relativamente al disposto dell'articolo 41 primo comma Cost. sono sostanzialmente riconducibili nell'alveo di tre grandi operazioni ermeneutiche: secondo una prima proposta di lettura, l'articolo 41, primo comma Cost., proteggerebbe un diritto di libero accesso al mercato da parte di chiunque intenda avviare un'attività imprenditoriale. Questa impostazione, però, non sembra corretta, in quanto restringe del tutto arbitrariamente il campo dei soggetti destinatari della norma, individuandoli in coloro i quali siano già, o vogliono diventare, operatori economici.

Senz'altro più rispettosa dell'originario disegno costituzionale risulta la seconda tesi che, estendendo a tutti i consociati la tutela approntata dall'articolo 41, primo comma, Cost., individua nella libera iniziativa economica un diritto di libertà da collegare direttamente alla libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'articolo 21 della Costituzione. Secondo questa dottrina, infatti, la locuzione 'con

ogni altro mezzo di diffusione' contenuta nell'articolo 21 Cost., servirebbe da cerniera tra le due norme, in quanto diversi mezzi di diffusione del pensiero, come l'editoria e l'emittenza radiotelevisiva, sono organizzazioni imprenditoriali: perciò la libertà di manifestazione del pensiero non potrebbe concretamente prescindere dalla libertà di iniziativa economica, poiché senza un effettivo pluralismo non può sussistere una reale libertà di scelta.

Stando a questa seconda interpretazione, quindi l'articolo 41 primo comma Cost, proteggerebbe solo mediatamente gli attuali o futuri imprenditori, avendo come primo obiettivo la tutela della libertà di scelta dei consociati: saranno le scelte e gli orientamenti del pubblico ad indirizzare decisioni produttive delle imprese mentre il mercato, in quanto strumento di canalizzazione delle informazioni, esprimerà nei risultati la capacità degli operatori di anticipare, prevedere ed eccitare le tendenze manifestate dai consumatori.

Anche questa seconda interpretazione, pur avendo il merito di cogliere alcuni importanti aspetti della questione, non risulta soddisfacente poiché non tiene in alcuna considerazione il fatto che l'articolo 41 Costituzione non si trova nel titolo dedicato ai rapporti civili ma in quello intitolato ai rapporti economici. Tenendo presente questa considerazione, l'affermazione secondo cui l'iniziativa economica privata sarebbe tutelata solo mediatamente, in quanto l'oggetto della norma andrebbe individuato nella libertà di scelta dei singoli, appare il frutto di una lettura che, oltre ad essere condotta in chiave antiletterale, risulta viziata da un insanabile strabismo prospettico: al contrario, un'interpretazione rispettosa della norma non può non concludere che l'articolo 41 della Carta Costituzionale non è un mero sussidiario dell'articolo 21 della Carta Costituzionale e che è la libertà di scelta ad essere effetto indiretto della protezione accordata all'iniziativa economica privata.

In realtà l'articolo 41, primo comma, Costituzione, necessita, per poter essere inquadrato correttamente, necessita di una lettura che esamini anche il secondo comma della norma stessa; da quest'analisi risulta chiaramente che l'oggetto tutelato dalla norma è il bene comune e che il Costituente, senza le contrapposizioni tra

imprenditori e consumatori prospettate dalle due tesi già illustrate, ritiene il benessere dell'intera società favorito da un mercato aperto, svincolato dal dirigismo statale e improntato al sistema economico liberale.

Questa concezione, strutturalmente selettiva, si espone al rischio di fare i conti con i costi sociali delle iniziative fallite ma il Costituente dimostra di conoscere e accettare questa possibilità, ritenendo che un mercato libero, alla luce di un'analisi costi-benefici, sia più idoneo a garantire la prosperità della collettività. Individuato così il contenuto dell'articolo 41 Cost., si può concludere che il potere regolatore dello Stato incontra un limite nella libera iniziativa economica privata che il Costituente presume conforme all'utilità sociale: ciò dissipa i dubbi relativi al contenuto del secondo e terzo comma dell'articolo 41 Costituzione, in cui, tra le ragioni che possono giustificare dei limiti all'iniziativa privata, è posta, in piena conformità col disposto del primo comma, la tutela di un'utilità sociale maggiore di quella provocata dalla libertà economica.

La protezione costituzionale della libertà di iniziativa economica privata pone una serie di vincoli ai limiti che l'autorità pubblica può porvi; innanzi tutto l'articolo 41, terzo comma Cost., sancisce un'espressa riserva di legge in materia, in quanto solo i rappresentanti del popolo possono limitare un'attività ritenuta conforme all'utilità sociale.

A questa prima condizione formale, se ne aggiunge una seconda di tipo sostanziale, individuabile nella tutela, prevista nello stesso articolo 41 Cost., dei valori di sicurezza, libertà e dignità umana.

Oltre a quelle previste dalla Carta Costituzionale, bisogna considerare le condizioni poste dai trattati conclusi in ambito comunitario: l'articolo 3 del Trattato di Roma, stabilendo che nessuna norma nazionale sia legittima qualora contrasti con la libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali, ha avuto e continua ad avere conseguenze dirompenti.

L'esempio della legislazione valutaria, realizzata per proteggere le valute nazionali dei singoli stati e progressivamente spazzata via dalla normativa comunitaria, è emblematico per comprendere come la legittimità di restrizioni all'iniziativa economica privata debba passare anche attraverso il vaglio di compatibilità con la normativa europea e come i cittadini italiani siano in tutto parificati ai cittadini degli altri paesi dell'Unione Europea.

Acclarato che le regole restrittive dell'attività economica privata sono da ritenersi legittime quando siano rispettose dei vincoli stabili dalla Costituzione e dai trattati comunitari, resta da sciogliere il nodo relativo all'opportunità o meno di tali regole; durante gli anni '80 e '90 si assiste anche in Italia al superamento dell'iniziativa economica statale, accompagnata dall'avvento di politiche deregolative e dalla progressiva eliminazione delle numerose norme che ostacolavano, con limiti penetranti, la libertà organizzativa delle imprese. Il quadro attuale resta ancora, in buona parte, quello di un mercato in fase di metamorfosi, orientato verso la liberalizzazione accentuata, ma ancora non del tutto svincolato dal dirigismo assistenzialista e da quei 'lacci e laccioli' che hanno troppo spesso inibito le possibilità di sviluppo dell'economia italiana.

Lo Stato, oltre che regolatore, è anche operatore.

Rilevano, in proposito, le attività che, pur potendo essere svolte da operatori privati, sono oggetto di iniziativa pubblica.

All'interno di questo insieme di attività può poi tracciarsi la distinzione, peraltro grossolana e tutt'altro che pacifica, tra funzioni pubbliche di esclusiva pertinenza dello Stato e dirette alla collettività in generale, e servizi pubblici, per i quali il vantaggio dell'erogazione opera soltanto per i soggetti richiedenti.

Di particolare importanza, in materia di intervento pubblico nell'economia, è inoltre il profilo inerente ai lavori pubblici che, sin dalla svolta realizzata nel XIX secolo con la costruzione delle ferrovie, costituiscono uno dei più cospicui fenomeni di iniziativa economica pubblica.

Quest'ultima si attiva per assicurare alla collettività i 'beni pubblici' predisponendo le risorse e gli interventi necessari e facendosi carico di quelle attività che i privati, per mancanza di convenienza o per eccessiva onerosità degli investimenti, non hanno interesse ad intraprendere.

Si delinea così un vastissimo orizzonte economico, che spazia dalle aziende municipalizzate di trasporti urbani alla manutenzione stradale, dalle forniture di energia alla nettezza urbana, le cui numerose problematiche possono essere esemplarmente rinvenute nell'analisi del settore dei trasporti: qui si pongono, innanzi tutto, le questioni relative alla concreta realizzazione delle opere e alla proprietà delle infrastrutture. Mentre le prime opere pubbliche erano tali nel senso letterale del termine, in quanto realizzate direttamente dallo Stato, oggi è invalsa la pratica dell'appalto ad imprese private che, determinando ripercussioni notevoli anche nelle iniziative degli operatori privati, accentua il ruolo decisivo ricoperto dalle decisioni pubbliche in materia economica.

In materia di servizi pubblici, visto il persistente disinteresse economico degli imprenditori privati, si è venuto delineando, col passare del tempo un sistema di monopoli che sono stati ben presto qualificati come 'naturali', poiché non conquistati con la prevalenza della competizione sul mercato.

Con l'affermarsi, durante il XX secolo, del modello di stato che va sotto il nome di *welfare state*, il panorama si è ulteriormente arricchito con la previsione di alcuni servizi da erogare gratuitamente a tutti i consociati: questi 'servizi sociali', il cui costo è sopportato dalle amministrazioni pubbliche, che impegnano le risorse reperite con l'imposizione di tasse si concentrano principalmente nei settori della previdenza, della sanità e dell'istruzione pubblica e devono essere esaminati separando il profilo dell'operatività da quello della sopportazione dei costi.

Se in alcune attività, come ad esempio in campo scolastico, la pubblica amministrazione è tanto proprietaria degli edifici quanto operatrice economica attiva sul mercato, ciò non si verifica in tutti i casi: può infatti accadere che, pur accollandosi i costi delle infrastrutture, lo Stato si avvalga dell'attività gestoria di

soggetti privati, come nel modello correntemente applicato nel settore sanitario, in cui alla diretta gestione pubblica si affianca quella privata convenzionata.

Si possono riscontrare tre modelli di gestione dei servizi pubblici: il primo è quello della gestione diretta, tanto da parte dello Stato quanto da parte di aziende, come le 'municipalizzate', riconducibili ad enti pubblici locali.

Si tratta di un modello nel quale la gestione non è mai stata, né poteva essere, di tipo imprenditoriale, in quanto strutturalmente prescindente da qualsiasi finalità lucrativa ed esercitata, di conseguenza, a carico del bilancio pubblico.

Nei settori gestiti con queste modalità, vanno annoverati i trasporti urbani e le istituzioni culturali quali musei, teatri e biblioteche; le tariffe eventualmente richieste ai fruitori del servizio si connotano come 'prezzo politico', non preordinato alla realizzazione di un profitto.

Visti gli inconvenienti provocati dalla gestione diretta, ma soprattutto dal punto di vista dell'aggravio amministrativo ed organizzativo, le istituzioni pubbliche hanno ben presto iniziato ad utilizzare lo schema della gestione in concessione: in base a questo secondo modello, lo Stato impone al gestore tariffe politiche ma, allo stesso tempo, gli destina i fondi necessari per coprire il deficit dell'attività dovuto alla strutturale impossibilità, per gli introiti, di coprire gli ingenti costi necessari per assicurare l'erogazione del servizio.

A questo punto, poiché lo Stato recede dalla posizione di operatore per assumere quella di regolatore, l'eventuale profitto o perdita del concessionario dipenderanno unicamente dalla sua capacità di ottimizzazione delle risorse, in maniera del tutto analoga agli imprenditori privati.

Il terzo modello, infine, è quello della 'gestione diretta a carattere imprenditoriale', la quale postula una politica di realizzazione di ricavi eccedenti i costi, senza alcun gravame per il bilancio pubblico: questo sistema, completamente coerente con la logica economica del mercato, ha prodotto risultati tutt'altro che

univoci: adottato per la gestione dell'Enel, ha portato la società alla realizzazione di profitti tali da rendere la privatizzazione molto appetibile per i soggetti investitori, utilizzato per l'EFIM, per esempio, ha prodotto perdite talmente rilevanti da determinarne il fallimento.

I tre modelli sono accomunati comunque dalla riserva di carattere monopolistico operata dall'esercente pubblico.

2.3. L'internazionalizzazione

Le logiche dell'ordinamento interno devono però tener conto del rinnovato contesto che l'internazionalizzazione²⁵ dei mercati e conseguentemente dei contratti ha prodotto.

Nel rinnovato contesto, la competizione diviene anche una scommessa tra sistemi che si attua considerando l'insieme delle convenienze all'investimento in un determinato 'distretto industriale' ai sensi della l. 5 ottobre 1991 n. 317²⁶ piuttosto che in un altro.

Per effetto dell'internazionalizzazione²⁷ a competere non sono più solo le imprese ma anche i 'sistemi paese' e gli ordinamenti nazionali che ne sono espressione.

Tale competizione si realizza nella presenza di chiare e vantaggiose 'regole del gioco' e nelle caratteristiche di elementi di competitività generale come la pressione fiscale e il costo del lavoro oppure nella presenza delle c.d. 'esternalità', riconducibili

²⁵ GAJA G. *Introduzione al diritto comunitario*, Roma – Bari, 1996.

²⁶ BECATTINI G. *Dal "settore" al "distretto": alla ricerca dell'unità di indagine dell'economia industriale*, in Riv. Econ. E pol. Ind. N.1/1979, passim.

²⁷ FAVA C. F. *Project financing dal progetto alla realizzazione*, Il sole 24 ore, 2004.

all'efficienza della burocrazia ma, soprattutto all'esistenza di infrastrutture moderne e funzionali, in quanto elemento essenziale di sviluppo economico

A più riprese il legislatore, prima quello comunitario e poi quello nazionale, ha posto in risalto l'opportunità di un controllo sull'efficacia svolta dalla mano pubblica nella predisposizione e nell'offerta di beni e servizi alla collettività, e ciò su due piani distinti.

Da una parte si è sottolineata la necessità che l'opera venga selezionata in base a criteri di convenienza, in considerazione del principio secondo cui non è sufficiente che un'opera sia astrattamente e qualitativamente conveniente, ma deve essere anche economicamente preferibile entro un ambito di opportunità di alternative di investimento.

A livello comunitario, del resto, la centralità delle caratteristiche economico-finanziarie del progetto è evidenziata dal fatto che esse costituiscono elemento essenziale per ogni decisione di aiuto a favore degli Stati membri o di decisioni decentrate all'interno degli stessi²⁸.

La risposta europea all'affanno dei bilanci nazionali risiede nella politica di coesione e nel cofinanziamento.

L'azione congiunta degli strumenti di sovvenzione 'puri' come i Fondi strutturali²⁹, degli strumenti di prestito, quali gli interventi della BEI (Banca Europea per gli investimenti), degli interventi 'in garanzia' come nel caso del FEI (Fondo Europeo per gli investimenti), mira a colmare il divario tra le zone più ricche e più povere d'Europa.

²⁸ PONTOLILLO V. *'Aspetti economico-istituzionali del project financing problematiche ed esperienze in Italia'* in *'Scritti in memoria di Pietro De Vecchis'* vol. II, Roma, 1999, pp. 803 e ss.

²⁹ CARAPPELLA B. *'Il project financing: un percorso per la Pubblica Amministrazione'*, Milano, 2001, pp. 14-18.

Imprese di nuova creazione, progetti di interesse pubblico e interventi volti a colmare deficit infrastrutturali tramite la costituzione di società ad hoc, private o miste, sono tutte realtà cui l'Unione Europea guarda con favore, con l'intento di privilegiare qualsiasi iniziativa tecnicamente promettente.

La BEI, utilizzando l'ottica tipica di qualsiasi ente creditizio, eroga finanziamenti con un'attenzione prevalente per il carattere eminentemente imprenditoriale della gestione dei progetti supportati ed il merito dei destinatari.

Il nostro Paese è molto interessato ad interventi per la coesione con particolare riguardo per il Mezzogiorno d'Italia, dove permane un deficit infrastrutturale evidente e dove, allo stesso tempo, l'abbandono di politiche di intervento straordinario ha reso più critico il disagio³⁰.

Le esigenze di investimento in infrastrutture sono divenute eccessive rispetto alla reale possibilità dei governi di provvedervi in proprio.

Per questa ragione si sono ricercate nuove modalità di finanziamento, stimolando i capitali e le capacità imprenditoriali dei privati. E ciò non solo al fine di realizzare determinate opere, ma anche e soprattutto di conseguire maggiori livelli di efficienza nella realizzazione delle opere medesime e nella gestione dei servizi ad esse associati.

La ricerca di formule finanziarie innovative ha favorito il grande sviluppo della moderna tecnica di finanziamento delle infrastrutture e più in generale delle opere di pubblico interesse tramite il ricorso dei capitali di provenienza privata, conosciuta nella prassi negoziale come *project financing*.

Il supporto comunitario, in ossequio al principio di economicità che ogni progetto deve rispettare, agevola tale nuova forma di investimento specialmente laddove la pubblica amministrazione non ha dimostrato di operare con efficienza.

³⁰ SANTECECCA D. 'Il ruolo del sistema bancario' in AA.VV. 'Project financing e infrastrutture nel Mezzogiorno: problematiche di applicazione' in Rassegna economica n. 2/2001, p. 247.

La ragione per la quale, come sopra è stato descritto, il pubblico si è attribuito in passato un ruolo preminente nel produrre un'allocazione efficiente dei servizi offerti sta nel fatto che il mercato è di per sé suscettibile di fallimento³¹.

Il c.d. '*minimal state*', cioè l'allocazione rimessa al mercato, con un contributo minimo nel settore pubblico, sia nella veste di 'garante' che in quella di 'produttore, non offre alcuna certezza contro i comportamenti non cooperativi.

Nella veste di soggetto appaltante piuttosto che in quella di soggetto garante o supervisore, l'ente pubblico subisce tuttavia gli schemi di finanziamento tradizionali, i difetti del mercato originati da un'incompleta circolazione delle informazioni, e presta quindi fianco all'hazard dell'appaltatore.

L'unicità del prodotto o del servizio, così come quella del luogo geografico del mercato cui è destinato a cui si associa la natura sociale dello stesso e l'ampia diffusione dell'utenza, sono elementi che rafforzano la probabilità che il risultato finale sia economicamente inefficiente.

Il fallimento dell'azione svolta in passato dalla parte pubblica, deve infatti ravvisarsi in alcune ragioni bene individuate tra cui:

- a) la presenza di evidenti 'asimmetrie informative' nella gestione delle commesse;
- b) la presenza di esternalità non compensate, certamente riconducibili alla realizzazione dell'infrastruttura;
- c) la carenza in generale dell'attività di monitoraggio sui termini della committenza³².

La leva finanziaria è quindi nodo centrale che esercita ogni caratteristica attrattiva dell'operazione di finanza di progetto.

³¹ INMAN R.P. 'Markets, governments and the 'new' political economy', in AUERBACH A.J.-FELSTEIN M., a cura di Handbook of Public Economics, II, ch 12, Amsterdam, 1987, p. 649 ss.

³² POMPELLA M. 'Le nuove modalità per il finanziamento degli investimenti infrastrutturali: la finanza di progetto' in Banche e banchieri, n. 1/1999, p. 31.

Con il project financing la logica self-seeking adottata da ciascuno fa sì che ognuno degli attori si accoli una quota del rischio complessivo proporzionale al ruolo investito. Questa misurata allocazione del rischio costituisce infatti una spinta ad intraprendere progetti che altrimenti non sarebbero portati a compimento³³.

I recenti sviluppi legislativi tengono conto del crescente coinvolgimento del capitale privato nella realizzazione di opere infrastrutturali come correttivo alla progressiva riduzione delle risorse finanziarie statali disponibili³⁴ e alla scarsa capacità manageriale delle amministrazioni.

Nasce così una nuova forma collaborativa tra pubblico e privato che registra un'ambivalenza di prospettive di indagine apparentemente disomogenee, tanto quella economica che quella giuridica, tuttavia entrambe punto di partenza per sottoporre a verifica se la previsione normativa nazionale, di matrice pubblicistica, del *project financing*, non individui, sul versante privatistico una nuova fattispecie negoziale "configurativa" che imponga di riconsiderare nel suo tradizionale atteggiarsi la stessa categoria procedimentale dell' "evidenza pubblica".

Ciò che in questa sede si vuole sottolineare è come il *project financing*, nel suo naturale contesto applicativo mercantile, presupponga una piena autonomia negoziale delle parti coinvolte.

Qualora il committente sia incarnato da un ente pubblico tale prospettiva risulta condizionata, sotto vari aspetti, dalla particolare modalità necessaria per individuare non solo la controparte ma anche tutti i requisiti contenutistici, soggettivi e procedurali, posti dalla normativa in materia di attività consensuale della P.A.³⁵.

³³ ARROW K.J. 'Essays in the theory of risk-bearing', Amsterdam, 1971, spec. p. 137 ss.

³⁴ MERUSI F. 'Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto' in 'Riv. Trim. appalti', n. 2/1998 p. 223; PERNA R. 'L'uso pubblico delle risorse private: un nuovo rapporto tra pubblico e privato nella realizzazione delle opere pubbliche' in Pol. Dir. N. 2/1996, p. 268.

³⁵ CASETTA E. 'Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della p.a.' in Dir. Econ., 1992, p.275 ss.

Occorre chiedersi se il difficile innesto del *project financing* avvenuto nel nostro ordinamento resti ancorato, sul piano delle concretezze, alle contingenti ristrettezze dei bilanci pubblici nella prospettiva che lega lo sviluppo infrastrutturale alle esigue risorse finanziarie statali³⁶ oppure, come si tenterà di dimostrare sia stato concepito, malgrado tutto, sull'incerto confine tra moduli consensuali e modelli autoritativi³⁷, ove l'intreccio tra legislazione nazionale di derivazione comunitaria e *lex mercatoria*³⁸ rimane ancora largamente inesplorato, un nuovo modello organizzatorio.

Tale modello implicherebbe in capo al privato, nel perseguimento di finalità tipicamente pubblicistiche, sino a ricomprendere, a differenza degli strumenti tradizionali di matrice concessoria, (riconducibili alla categoria dell'“evidenza pubblica”) anche il compito di provvedere al diretto reperimento sul mercato delle risorse finanziarie, condizionandone per ciò stesso i meccanismi negoziali di approvvigionamento e, di conseguenza, l'intera trama di relazioni contrattuali che viene ad essere intessuta intorno all'iniziativa.

³⁶ Sulle diverse tipologie di finanziamento pubblico si rinvia a ROEHRSSSEN G. ‘*Considerazioni sui sistemi di finanziamento delle opere pubbliche*’ in *Rass. Lav. Pubbl.* 1963, p. 3;

PICOZZA E.- SANDULLI M.A.- SOLINAS M. ‘*I lavori pubblici*’ in *Tratt. Dir. Amm.* Diretto da Santaniello G. , X, Padova, 1990, p. 154.

³⁷ Sull'accordo come strumento di azione ed organizzazione dei pubblici poteri si veda GIANNINI M.S. ‘*Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*’, Bologna, 1986 , p. 125; BENVENUTI F. ‘*Per un diritto amministrativo paritario*’ in AA.VV ‘*Studi in memoria di E. Guicciardi*’, Padova, 1957, p. 807.;

PUGLIESE F.P. ‘*Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*’ in *Riv. Trim. dir. Pubblico* n. 4/1971, p. 1469;

³⁸ BONELL J., voce *LEX MERCATORIA* in *Digesto disc.priv. sex. Comm.*, IX, Torino, 1993 p. 11 ss.; BORTOLOTTI F. ‘*La “nuova”lex mercatoria. Costruzione dottrinarica o strumento operativo?*’; FRANZESE L. ‘*Contratto, negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*’ in *Riv. Dir. Civ.* 1997, I, p. 771 ss;

MARRELLA F. ‘*Lex mercatoria e principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*’ in *Contratto e impresa Eur.* N. 1/2000, p. 29 e ss.

Agli inizi degli anni ottanta, un autorevole costituzionalista³⁹, riflettendo sulla vicenda degli atti di ausilio all'iniziativa economica privata, scrivendo della "sutura" che si era verificata nella "costituzione materiale", affermava:

"Fuoriuscita dalla contrapposizione tra "autorità" e "libertà", la cultura giuridica italiana era giunta a metabolizzare il principio per cui "intervento pubblico ed iniziativa privata, per quanto destinati in più casi a confliggere, sono ormai accettati come due facce della stessa medaglia" aggiungendo che "oggi esiste o si sta quanto meno formando, una cultura professionale, grazie alla quale la collaborazione non è necessariamente collusione ed il conflitto non è necessariamente distruzione".

Seguendo lo sviluppo del *project financing* ci si trova di fronte ad un punto di osservazione privilegiato per valutare tale sinergia.

³⁹ AMATO G. 'Profili costituzionali dell'incentivazione dell'industria' in AA.VV., 'Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie dell'industria' in *Quaderni di giur. Comm.* 1982, p.11.

Capitolo Terzo

Il contratto e la causa

3.1. Il contratto

3.2. La causa

3.2.1. Una visione comparatistica

3.2.2. Profili definitivi

3.2.3. La causa nella finanza di progetto

3.3. Il collegamento negoziale

3.3.1. Il nesso teleologico nella finanza di progetto

3.4. La destinazione

3.4.1. La clausola di destinazione nella finanza di progetto

'Nullum esse contractum, nulla obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis (sive letteris) fiat'

Ulpiano⁴⁰ 1.1.3, D, II,14.

3.1. Il contratto

Il cannocchiale con cui si è tentato di osservare la finanza di progetto fino a questo punto è passato attraverso le lenti dei concetti di *lex mercatoria*, mercato, di bene, di offerta, di domanda, di scambio, di globalizzazione, di evidenza pubblica delineando un panorama complesso e apparentemente distante dalla descrizione tecnica dell'operazione⁴¹.

Si è detto che il mercato concorrenziale è il luogo degli 'atti competitivi', generati dall'incontro tra domanda e offerta.

'Concorrenza ha già in sé il *correre* insieme di una pluralità di soggetti. La fungibilità tra *concorrenza* e *competizione* mostra che i molteplici soggetti *chiedono* (*cum-petere*) qualcosa ad altri'⁴².

Si registra una fisiologica conflittualità intrinseca al modello competitivo.

⁴⁰ In realtà Ulpiano riporta una citazione di Sesto Pledio per sottolineare che ogni contratto contiene in sé una *conventio*. Tra *contractus* e *conventio* esiste perciò un rapporto indissolubile, nel senso che, in qualunque forma esso è concluso, non può configurarsi quale contratto produttivo di obbligazioni quello che non poggia sull'incontro di due o più manifestazioni di volontà.

⁴¹ SEVERINO E. *'Tècne-Nomos: l'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica'* in AA.VV. *'Nuove frontiere del diritto'*, Bari, 2001, p. 21 e ss;

IRTI N. *'Fenomenologia del diritto debole'* in AA.VV. *'Nuove frontiere del diritto'* p. 33 e ss;

MENGONI L. *'Diritto e tecnica'* in Riv. Trim. dir. Proc. Civ. 2001;

IRTI N. - SEVERINO E. *'Le domande del giurista e e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)'* in *Contratto e Impresa*, 2000, p. 665 e ss.

⁴² IRTI N. *'La concorrenza come statuto normativo'* in LIPARI-MUSU (a cura di), *'La concorrenza tra economia e diritto'* Roma-Bari, 2000 p. 59.

‘Preferire significa scegliere qualcuno o qualcosa piuttosto che altro. La preferenza contiene in sé risposta e rifiuto, soddisfazione di una richiesta e insoddisfazione di un’altra. Si genera così la lotta intorno alla scelta, il conflitto tra i soggetti che fanno appello alla decisione altrui’⁴³.

Il metodo competitivo è disegnato in funzione di questa scelta.

‘Così nella fenomenologia dell’umana actio, scorgiamo la negozialità. Principio e fine: il contratto. È la reductio ad unum degli atti competitivi e dei giudizi del consumatore sovrano. Riunisce in sé l’azione competitiva e il comportamento selezionante. Il contratto è il senso del mercato’⁴⁴.

Come archetipo dell’atto negoziale, è soltanto un progetto da realizzare⁴⁵ inquadrabile nell’ambito dei comportamenti programmatici. In tal senso prefigura all’ordinamento un programma di interessi e di modalità di azioni finalizzate alla realizzazione del programma stesso.

Il diritto si riserva il compito di vagliarne la meritevolezza e di riconnettervi l’effetto giuridico.

Rileva Falzea ⁴⁶*‘L’ordinamento giuridico, prima di riconoscerlo, sottopone sempre l’interesse manifestato ad una propria valutazione, sia di meritevolezza sia di compatibilità con altri interessi interferenti e concorrenti. È questo atteggiamento identico nell’atto reale e nell’atto negoziale. Variano soltanto, nell’uno e nell’altro caso, i criteri di adeguamento. Ma questa variazione non è dovuta ad un minor conto in cui è tenuta dal diritto la determinazione del soggetto nell’atto reale rispetto all’importanza che le viene riconosciuta nel negozio giuridico, bensì unicamente alla*

⁴³ IRTI N. *op. ult. Cit.* p. 60.

⁴⁴ FOTI G. *‘Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo’* in TOMMASINI R. (a cura di) *‘Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti’*, Torino, 2007, p. 21.

⁴⁵ FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997.

⁴⁶ FALZEA A., *Op. ult. Cit.*

diversità del momento in cui, nell'arco di esistenza dell'interesse si verifica l'intervento della legge. Nel negozio giuridico la legge interviene sul progetto di realizzazione dell'interesse. Il suo, dunque, è un intervento di prevenzione, che si avvale di strumenti giuridici preventivi: soprattutto in termini validità-invalidità, efficacia-inefficacia, opponibilità-inopponibilità. Nell'atto reale la legge interviene a realizzazione compiuta e deve perciò utilizzare strumenti di adeguamento successivo'..

Il contratto pertanto, si connota come una delle possibili modalità di realizzazione dell'interesse giuridico programmatico.

Il mercato e la sua lex sembrano mettere in evidenza una visione del contratto alla stregua di un manifesto di interessi osservabile precipuamente come operazione economica.

Il dato giuridico del congegno negoziale sembrerebbe arretrare rispetto al dato economico, riproponendo ancora la dicotomia tra orizzonte economico e giuridico.

Parte della dottrina ha sostenuto che il contratto non sia 'riducibile ad un'operazione economica'⁴⁷, né che il rapporto contrattuale possa essere valutato come il prodotto risultante da leggi economiche e, per altro verso, che il contratto costituisca un fenomeno giuridico distinto dalla sottostante operazione economica, 'in quanto esso è il titolo giuridico sul quale l'operazione è fondata'⁴⁸, è la sua 'formalizzazione giuridica'. Il contratto sarebbe, secondo questa impostazione, la 'sovrastuttura dell'operazione economica'⁴⁹.

Sul piano logico è stato rilevato che sarebbe possibile cogliere un'intima connessione tra il contenitore giuridico e il contenuto-operazione economica; gli

⁴⁷ BIANCA C. M., *Il contratto*, 3, *Diritto civile*, Milano, 2000, p. 27.

⁴⁸ ROPPO E., *Il contratto*, Bologna

⁴⁹ TOLONE S., *L'ordine della legge ed il mercato. La congruità dello scambio contrattuale*, Torino, 2003, p. 2.

elementi di entrambi i momenti finiscono col condizionarsi a vicenda nell'evolversi del rapporto, sicché l'operazione economica 'assume una propria determinata fisionomia proprio in ragione della regolamentazione che le parti le conferiscono'⁵⁰.

La disciplina giuridica non sarebbe 'forma' di una diversa 'sostanza', ma sarebbe essa stessa elemento della struttura economica. Aldilà delle dispute dottrinarie tra chi riconduce ad unitarietà i due aspetti⁵¹ e chi invece ne sottolinea l'alterità⁵², preme valutare se tale distinzione abbia solo valore nominalistico ovvero concettualmente ordinante rilevando in termini sistematici e applicativi⁵³.

La visione mercatoria sembra infatti avvalorare profili ricostruttivi peculiari sul piano dogmatico.

Il contratto viene pensato secondo questa prospettiva come affare o *bargain*, variabile della concorrenza in quanto ne è condizionato e condizionante, affare che muta il proprio valore a seconda del tipo di mercato in cui trova collocazione, dove per esempio nei mercati del consumo risente delle diverse qualificazioni soggettive delle parti coinvolte.

Il senso dell'operazione economica non attiene più soltanto al valore del bene coinvolto ma involge profili giuridici che afferiscono anche alla formazione del contratto.

Accanto e per differenza rispetto alla standardizzazione contrattuale emerge la '*qualità del contratto*' come '*essenza della morfologia regolamentare in senso globale*' comprensiva di tutti gli aspetti giuridico-economici della relazione contrattuale.

⁵⁰ TOLONE S., *Op. ult. Cit.*

⁵¹ TOLONE S., *Op. ult. Cit.*

⁵² D'ANGELO A., '*Contratto e operazione economica*', Torino, 1992.

⁵³ GABRIELLI E., '*Il contratto e l'operazione economica*' in '*Riv. Dir. Civ.*', 2003, p. 93.

Il contratto diventa un pacchetto congegnato e studiato di clausole particolarmente convenienti, che lo rendono non già veicolo del prodotto compravenduto ma il prodotto stesso. In una logica di marketing, il prezzo varia non solo in funzione del bene oggetto di scambio ma dell'elaborazione contrattuale che rende quel bene particolarmente conveniente.

Si spiega così l'importanza riconosciuta dall'ordinamento al regolamento contrattuale.

Lo spazio riconosciuto all'autonomia contrattuale impone oggi impone un ripensamento della categoria del negozio giuridico e in particolare del contratto alla luce di varie antinomie tra cui spicca quella tra tipicità e atipicità.

L'autonomia negoziale dipende concettualmente dall'autonomia privata che a sua volta è il riflesso della libertà economica.

Da un lato, quindi, esiste l'attività dei privati, dall'altro un'attività eteronoma dell'ordinamento preposta a dare alla prima un ordine senza comprimerla.

Accanto all'affermarsi della contrattazione standardizzata che di fatto annienta ogni autonomia, riemerge inesorabile il desiderio delle parti di avere un potere di determinazione del contenuto negoziale.

La finanza di progetto si pone agli occhi del giurista come tecnica di finanziamento che esalta lo strumento contrattuale attraverso cui provvede all'individuazione, valutazione e allocazione dei rischi connessi al progetto.

La finanza di progetto, è stato detto, dà vita ad 'una rinnovata euforia per la flessibilità della figura contrattuale'⁵⁴ con buona pace di quanti ne presagivano la prematura "morte"⁵⁵.

⁵⁴ TULLIO A. *'La finanza di progetto: profili civilistici'*, Milano, 2003, p. 233.

⁵⁵ GILMORE G., *'The death of contract'*, Columbus 1974 trad.it. di FUSARO A. *'La morte del contratto'*, Milano, 1998.

In particolare all'autorevole dottrina⁵⁶, che ha sottolineato l'inadeguatezza del negozio quale strumento di tutela e realizzazione dell'autonomia privata nelle dinamiche degli scambi che, proprio perché caratterizzati da massificazione e anonimato, troverebbero una miglior spiegazione nel 'regime legislativo del mercato', si contrappone la voce di chi⁵⁷ individua nel contratto lo strumento di autonomia privata flessibile e multifunzionale per eccellenza.

La ragnatela di contratti che dà vita ad un'operazione di finanza di progetto si impone per sua struttura come esercizio di una raffinata tecnica contrattuale che sola giustifica la riuscita dell'intero progetto.

⁵⁶ IRTI N. *'Il negozio giuridico come categoria storiografica'* in *'Lettere bettiane sul negozio giuridico'*, Milano, 1991 e sempre IRTI N. in *'L'ordine giuridico del mercato'*, Roma-Bari, 1998, p.71.

⁵⁷ COLOMBO C. *'Operazioni economiche e collegamento negoziale'* cit. pag. 51.

‘Il dottor Ingravallo sosteneva, fra l’altro, che le inopinate catastrofi non sono mai la conseguenza o l’effetto che dir si voglia di un unico motivo , di una causa al singolare: ma sono come un vortice, un punto di depressione ciclonica nella coscienza del mondo, verso cui hanno cospirato tutta una molteplicità di causali convergenti.

Ma il termine giuridico “le causali, la causale” gli sfuggiva preferentemente di bocca: quasi contro sua voglia. L’opinione che bisognasse “riformare in noi il senso della categoria di causa” quale avevamo dai filosofi, da Aristotele o da Emmanuele Kant, e sostituire alla causa le cause era in lui un’opinione centrale e persistente⁵⁸.

Carlo Emilio Gadda

3.2. La causa

3.2.1. Una visione comparatistica

Riallacciandosi però dal punto di vista strutturale agli elementi del contratto deve rilevarsi che la causa, nel *project financing*, assume particolare importanza.

Prima di addentrarsi nell’analisi specifica dell’elemento causale nella finanza di progetto devono però svolgersi alcune considerazioni preliminari sulla causa come elemento essenziale del contratto.

Occorre rilevare che vi sono ordinamenti che, avvertendo l’esigenza di tutelare la sicurezza dei traffici giuridici, hanno scelto, infatti, di non elevare la causa ad elemento necessario del contratto, riconoscendo il fondamento della rilevanza giuridica di quest’ultimo nel consenso manifestato in forma libera e consapevole. In questi sistemi basta il nudo consenso, ossia il mero patto, a giustificare l’effetto obbligatorio come quello reale. L’indagine giudiziale penetra cioè l’effettività della volontà non la ragione del consenso, rimessa alla non sindacabile sfera interna del singolo.

Le ragioni di questa opzione si annidano nella citata esigenza di certezza e stabilità dei traffici giuridici.

⁵⁸ GADDA C.E. *‘Quel pasticciaccio brutto de via Merulana’*, Roma, 1946.

Recepire il principio causalistico significa, infatti, introdurre un fattore di forte instabilità nelle contrattazioni, specie laddove si presti adesione alla teoria della causa quale ragion pratica o funzione economico-individuale del contratto.

L'indagine sulla causa concreta dell'operazione negoziale è spesso complessa e difficilmente può essere svolta da soggetti estranei alla contrattazione. Questi ultimi, rischierebbero di vedere travolte le proprie operazioni negoziali anche laddove l'assenza di una ragione che giustifichi il contratto stipulato dal *dante causa* non sia da essi percepibile.

La nullità del contratto è infatti sempre opponibile ai terzi (in buona o mala fede, a titolo oneroso o gratuito).

Nell'ordinamento tedesco⁵⁹, l'esigenza di speditezza dei traffici economici viene fronteggiata con la previsione di una scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* per i trasferimenti di diritti reali.

Il *titulus* è costituito da un contratto ad efficacia obbligatoria cui fa seguito il *modus* rappresentato da un atto traslativo non negoziale con funzione meramente esecutiva del primo.

Il *modus* dunque è un atto completamente astratto che produce l'effetto traslativo programmato dal *titulus* a prescindere dall'esistenza di eventuali vizi inficianti quest'ultimo.

Il paragrafo 812 BGB parla infatti di *Rechtsgrund*, o fondamento giuridico a sua volta distinto dallo *Zweck*, o scopo-intento di un atto di trasferimento che, per giustificare il mantenimento dell'effetto, deve essere cogente con la sua ragione oggettiva.

Nei paesi di Common law si registra una contrapposizione tra negozi solenni e negozi non formali.

⁵⁹ CARINGELLA F. 'Lezioni e sentenze di diritto civile 2008', Roma, 2008

I primi non sono sottoposti ad alcun controllo causale, i secondi sono valutati alla luce della nozione di *consideration*, ritenendo che l'esistenza di un corrispettivo costituisca in coerenza con la visione economica del *bargain* una ragione sufficiente per obbligarsi.

In tali ordinamenti opera un'alternatività tra formalismo e causa distante dalla nostra tradizione giuridica in cui anche i negozi per i quali è richiesta una specifica forma *ad substantiam* devono essere sorretti da una valida giustificazione causale.

Anche i principi UNIDROIT e LANDO richiedono il solo consenso libero rinunciando alla giustificazione causale alla luce del principio *no need for causa no need for consideration*.

Il nostro ordinamento, tributario di un debito costitutivo verso il codice napoleonico, non rinuncia invece alla essenzialità della causa.

Essa è infatti ricompresa dall'art. 1325 n. 2 del c.c. tra gli elementi essenziali del contratto e la sua mancanza comporta nullità strutturale dello stesso (articolo 1418, secondo comma c.c.).

Altre norme soccorrono il giurista nella sua analisi sulla essenzialità dell'elemento causale. Tra esse spiccano gli articoli 1322 secondo comma, 1343, 1344 e 1411 c.c.

In particolare l'articolo 1411 c.c., stabilendo che '*è valida la disposizione a favore di un terzo qualora lo stipulante vi abbia interesse*' chiarisce che nei trasferimenti patrimoniali il principio causalistico opera non solo *inter partes* ma anche nei confronti dei terzi.

Dunque anche la clausola con cui le parti manifestano la volontà di spostare nella sfera giuridica di un terzo gli effetti favorevoli del negozio, deve essere sorretta da una specifica ragione giustificativa.

Il principio causalistico non si limita ai soli contratti ma si estende anche alle altre esplicazioni dell'autonomia negoziale.

Il dettato dell'articolo 1333 c.c. recita infatti che *'La proposta diretta a concludere un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte a cui è destinata'*.

L'utilizzo del sostantivo 'contratto' nella disposizione e la collocazione di questa nel libro IV, titolo II del codice civile rivela l'intento del legislatore di sottoporre anche il negozio giuridico unilaterale alla normativa regolante il contratto in generale.

3.2.2. Profili definitivi

La nozione archetipa di causa sottesa al codice civile del 1942, risale ad Emilio Betti⁶⁰ che la qualificò come funzione economico-sociale del contratto.

Il legislatore, inserendo allora la causa tra gli elementi essenziali del contratto, voleva erigerla a strumento di controllo dell'autonomia negoziale, valutando la causa con riferimento all'operazione complessiva e non alla singola obbligazione di ciascun contraente.

Con il codice del 1942 si registra un significativo mutamento di prospettiva rispetto al Codice del 1865. Nel codice previgente, infatti, il contratto veniva concepito come la risultante delle promesse individuali provenienti da entrambe le parti, e l'unico modello di schema contrattuale veniva ravvisato nel contratto ad effetti obbligatori, mancando il consenso legittimamente prestato di ogni efficacia traslativa.

La causa trovava collocazione nell' articolo 1104 tra i requisiti dell'obbligazione.

⁶⁰ BETTI E. *'Teoria generale del negozio giuridico'*, Torino, 1943.

In tale contesto trovarono il proprio humus le teorie soggettive tendenti a far coincidere la causa con lo scopo o motivo ultimo che induce il singolo soggetto a stipulare il contratto, ponendosi l'accento sull'utilità perseguita da ciascun contraente piuttosto che sulla funzione svolta dal negozio.

Il legislatore del 1942 invece identifica la causa con la funzione oggettiva ed astratta del contratto relegando nell'area del giuridicamente irrilevante i motivi soggettivi delle parti, salvo che questi non siano posti dalle parti a motivo essenziale per la conclusione del contratto e rimangano nell'ambito della liceità.

Nasce così il principio di tipicità contrattuale che delinea nei tipi contrattuali i possibili limiti all'autonomia negoziale delle parti in coerenza con quanto stabilito dalla legge.

L'atipicità, di cui all'articolo 1322, secondo comma, viene concessa come eccezione purché si ponga come strumento per la realizzazione di interessi socialmente utili.

Secondo tale visione l'indagine sul profilo causale si risolverebbe nella qualificazione del tipo contrattuale.

L'impostazione della teoria della causa quale funzione astratta del contratto si espone ad una serie di obiezioni.

In primo luogo, essa risente dell'ideologia dirigista che pervadeva i rapporti tra Stato ed economia di cui si è ampiamente detto nel secondo capitolo. Con l'avvento della Costituzione la concezione della causa quale strumento per imporre all'autonomia negoziale il perseguimento di interessi sovraindividuali è divenuta manifestamente incompatibile con la libertà di iniziativa economica privata.

In secondo luogo, tale visione confonde il concetto di 'causa' con quello di 'tipo' contrattuale. In realtà deve precisarsi che il 'tipo' contrattuale indica la struttura di un'operazione economica e cioè l'astratto schema della stessa mentre la causa è la

composizione di interessi contrapposti che giustifica il ricorso al tipo e non già la sintesi degli effetti che l'assetto contrattuale produce.

In terzo luogo, in base a tale teoria non sarebbe configurabile un contratto tipico con causa illecita. Essendo infatti, la causa predeterminata in astratto dal legislatore in modo uguale per tutti i contratti appartenenti al tipo, non può essere anche *contra legem*.

In quarto luogo, non pare ammissibile una ricostruzione differenziata della nozione di causa per i contratti tipici e atipici.

Alla luce di tali considerazioni la Corte di Cassazione, aderendo alle tesi svolte da Ferri nel 1968, approda alla teoria della causa concreta come funzione economico-individuale del contratto⁶¹.

Il caso concreto sotteso alla pronuncia vede un soggetto che stipula con una società Beta due successivi contratti di consulenza in virtù dei quali è nominato membro del consiglio di amministrazione di alcune società facenti capo a Beta.

Nel momento in cui chiede il pagamento del corrispettivo per la consulenza offerta, si vede però opporre da Beta un rifiuto in quanto le prestazioni oggetto del contratto di consulenza risultavano coincidenti con quelle da svolgersi in qualità di amministratore delle società collegate. I vari gradi di giudizio danno ragione alla società e la Suprema Corte giunge ad affermare la nullità del contratto di consulenza per difetto di causa in concreto. In particolare il contratto di consulenza viene considerato privo di una ragione pratica che lo giustifichi, in quanto diretto ad assicurare prestazioni già dovute da Tizio in adempimento dei propri doveri di amministratore e a tale titolo integralmente remunerate.

Per la prima volta la Cassazione definisce la causa come *'sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare'*⁶².

⁶¹ Cass. 8 maggio 2006 n. 10490.

La causa non si ricollega più al concetto di ‘tipo’ ma allo specifico assetto di interessi delineato dalle parti nel contratto, conservando una dimensione oggettivo-funzionale.

La causa è pertanto ben distinta dai motivi: la prima consiste nella specifica e concreta ragione dell’operazione, i motivi sono invece gli interessi individuali che spingono il singolo contraente a concludere il contratto ma che non rientrano nel contenuto di quest’ultimo; sono quindi le ragioni soggettive perseguite dai contraenti non la funzione oggettiva perseguita dal contratto.

3.2.3. La causa nella finanza di progetto

Esaminata la causa dal punto di vista della teoria generale, si è detto che essa assume una valenza particolarmente importante nelle operazioni di finanza di progetto sotto un duplice ordine di considerazioni.

In primis, la dottrina ha ricondotto la pluralità di contratti del *project financing* alla categoria del collegamento negoziale⁶³ leggendo nella causa comune, il nesso teleologico di tale collegamento. Sempre sotto il profilo eziologico, la giurisprudenza ha ricostruito l’operazione come fattispecie negoziale unitaria⁶⁴, ed infine, nella considerazione dei singoli negozi quali frazioni dell’intento unitario, individuabile nella sua interezza solo a seguito di una valutazione globale dei negozi stessi, l’uno in relazione all’altro, seppur ognuno con una causa diversa, ha affermato che unico è l’affare e l’operazione economica divisata dalle parti.

⁶² Cass. 8 maggio 2006 n. 10490.

⁶³ COSTANTINO L., ‘*Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*’ in ‘*Contratto e impresa*’, 2003 p. 408.

⁶⁴ RABITTI G.L. ‘*Project finance e collegamento contrattuale*’ in ‘*Contratto e impresa*’, 1996, pp. 202-205; FRANZONI M. ‘*Degli effetti del contratto, vol. I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*’ in ‘*Codice civile commentato*’ diretto da Piero Schlesinger, Milano 1998, pp. 308 e ss.

In secondo luogo, la causa deve essere presa in considerazione con riferimento alla destinazione.

E' evidente che oggi la centralità della titolarità lascia spazio all'emergere della destinazione relegando ai margini le consolidate categorie dogmatiche, per dare nuovo slancio all'autonomia contrattuale.

Fioriscono nuovi istituti in cui la causa-funzione-destinazione assume un ruolo caratterizzante: basti pensare al fondo patrimoniale (art. 167 c.c.), ai patrimoni destinati ad uno specifico affare introdotti dalla riforma societaria (di cui all'art. 2447-ter c.c.), al nuovo 'atto di destinazione' introdotto all'articolo 2645-ter c.c., al trust, al mutuo di scopo, solo per citarne alcuni.

Tali istituti dimostrano come l'epoca moderna registri il deperimento del dominio assoluto indotto anche dalle sempre più frequenti forme di trasferimento volontario (si pensi ad esempio al trasferimento di garanzia o al trasferimento d'impresa).

Nell'impossibilità di individuare un unico proprietario l'attenzione si sposta sul bene e sulla sua circolazione.

Non è un caso che l'atto di destinazione di cui all'articolo 2645-ter sia stato introdotto tra le norme dedicate alla trascrizione cosicché la destinazione lasci traccia di sé nel regime di circolazione del bene stesso.

Si vuole, in questa sede, rilevare come l'attenzione si sposti dai soggetti all'oggetto che, a fronte dello sgretolamento del dominio assoluto, diventa il protagonista del contratto e di ogni vicenda economica.

Nella finanza di progetto la destinazione è la linea guida che conduce l'intera operazione economica volta alla realizzazione di un progetto unitario, progetto che, anche sul piano delle garanzie, diventa autoreferenziale.

Come ben è stato affermato⁶⁵:

‘Nella finanza di progetto, quindi, la logica del finanziamento trasmigra da una prospettiva meramente statica, che si esaurisce nella centralità della figura del soggetto finanziato, e dunque, della sua capacità patrimoniale e delle garanzie di recupero dell’investimento erogato, ad una percezione dinamica nella quale il finanziamento viene erogato non già in virtù e in proporzione a quanto il soggetto possiede o comunque alla possibilità di ottenere idonee e sufficienti garanzie reali (comunque presenti), bensì confidando sulla validità del progetto imprenditoriale proposto e sulla sua idoneità a produrre quei flussi di cassa, che, nell’arco di tempo predefinito, dovrebbero garantire la remunerazione, oltre che naturalmente il recupero del capitale erogato’.

A differenza delle tradizionali forme di garanzia che fanno perno sulla credibilità creditizia del soggetto finanziato e sono commisurate al valore dei beni concessi in garanzia che di regola devono avere un valore superiore o quanto meno pari al credito concesso, nella finanza di progetto la garanzia si struttura diversamente svolgendo una funzione eminentemente difensiva di protezione del progetto e dei suoi beni dai diritti dei terzi.

La diversa funzione della garanzia trova una delle sue massime espressioni nella previsione del cosiddetto diritto di *step-in*, ossia il diritto riconosciuto ai finanziatori di assumere in ogni momento il controllo del progetto e/o della sua gestione a fronte di una situazione di crisi del progetto stesso.

Da ciò deriva anche la centralità del *security package* cioè del pacchetto di garanzie, vero e proprio apparato di sicurezza del finanziamento destinato ad entrare in funzione in caso di anomalie o di crisi, al fine di governare i rischi connessi all’iniziativa imprenditoriale.

⁶⁵ TULLIO A. ‘*La finanza di progetto: profili civilistici*’. Milano, 2003 , p.22 e ss.

Prima di analizzare più approfonditamente il profilo della causa sotto il suo duplice aspetto del collegamento negoziale e della destinazione, si vuole rilevare come alla luce di tali considerazioni assuma una particolare valorizzazione il giudizio di meritevolezza, giudizio in base al quale autorevole dottrina⁶⁶ induce a superare la lettera dell'articolo 1322, comma 2, c.c. e ad estenderne la portata a tutti i negozi in cui *“l'interesse concretamente perseguito sia effettivamente corrispondente all'interesse tipizzato nello schema astratto”* al fine di valorizzare l'operazione concreta e la sua corrispondenza ai principi dell'ordinamento giuridico.

Indubbio appare il richiamo esercitato, in tale prospettiva da logiche di funzionalizzazione⁶⁷ in base alle quali *“il giudizio di meritevolezza sull'atto di autonomia è positivo soltanto qualora l'atto risponda ad una funzione che l'ordinamento considera utile e sociale”*⁶⁸).

Del resto, già Betti⁶⁹ aveva sottolineato l'esistenza in materia di limiti all'autonomia privata di un limite negativo riferito all'illiceità del negozio per contrarietà a norma imperativa, all'ordine pubblico e/o al buon costume e di un limite positivo invertevoli nel giudizio di meritevolezza degli interessi, teso a verificare la rispondenza del negozio all'utilità sociale, quasi a dire che i contratti stipulati da privati non trovano giuridica protezione se non sorretti da una causa rispondente all'utilità sociale.

In tale prospettiva l'autonomia privata, sia essa espressa in contratti tipici o atipici, sarebbe tutelata in quanto persegua funzioni socialmente utili, in una logica di continuità tra l'articolo 41 Cost. e l'art. 1322, comma 2 c.c.

⁶⁶ FERRI G.B, *‘Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico’*, Milano,1966, p. 358.

⁶⁷ GRISI G. *‘L'autonomia privata – diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia,’* Milano, 1999, pp. 34 e ss.

⁶⁸ PERLINGIERI P. *‘Profili istituzionali di diritto civile’*, seconda edizione, Napoli,1979, pp. 66 e ss.

⁶⁹ BETTI E. Op. cit.

*‘L’interesse sociale emergente nell’ordine costituzionale rimane estraneo alla funzione del tipo: opera sul piano dell’ordinamento e su quel piano può reagire sulla causa in concreto dell’atto determinandone l’illiceità in quanto l’interesse con questo perseguito sia con esso contrastante’.*⁷⁰

Seppur vi siano orientamenti tesi a rimarcare la funzionalizzazione dei rapporti privati in nome del principio di solidarietà economico sociale⁷¹ e per contro vi sia chi sostiene la sostanziale identità tra giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza⁷², fondandosi sul fatto che il contratto innominato debba avere causa lecita al fine di evitare l’arbitrio giudiziale, deve rimarcarsi la critica di chi ha visto nella meritevolezza del contratto *‘qualcosa di più che liceità ma molto meno che perseguimento dell’interesse generale rispetto al quale il contratto è per sé neutro...Di interesse generale deve essere la compressione, non la concreta esplicazione dell’autonomia contrattuale rimessa all’iniziativa e nei contenuti alla scelta dei privati’.*⁷³

3.3. Il collegamento negoziale

I primi studi sulla finanza di progetto hanno ricondotto tale operazione nell’ambito del collegamento negoziale.

Si ha collegamento negoziale quando le parti, nel perseguire un risultato economico unitario, stipulano due o più negozi in rapporto di reciproca dipendenza in modo che le vicende dell’uno si ripercuotano sull’altro condizionandone non solo l’esecuzione ma anche la validità.

⁷⁰ NUZZO M. *‘Utilità sociale e autonomia privata’*, Milano, 1975, p.98.

⁷¹ GUARNERI A. *‘Meritevolezza dell’interesse’* in Dig. Disc.priv (Sez. civ.), XI, 324-332,1994.

⁷² GORLA G. *‘Il contratto. I. Lineamenti generali.’*, Milano, 1955

⁷³ OPPO G. *‘Diritto privato e interessi pubblici’* in *‘Att acc. naz. Lincei’*, 1993.

La pluralità di atti è portatrice di una frazione dell'intento unitario che può compiutamente essere percepito esclusivamente attraverso la ponderazione di tutti i negozi che concorrono a perseguire il fine.

L'intensità di tale connessione viene efficacemente prospettata invocando il brocardo latino *simul stabunt simul cadent*; con tale espressione si evidenzia come il tenore del nesso giuridico tra i due elementi della fattispecie complessa sia tale da porre i medesimi in una relazione tale per cui la validità ovvero l'efficacia o l'esistenza dell'uno influenzi la validità, efficacia o esistenza dell'altro.

Il concetto di 'collegamento negoziale' è stato oggetto di numerosi studi. L'avvio di uno studio organico in materia si attribuisce a Michele Giorgianni⁷⁴ il quale ne ha definito i contorni individuandone gli elementi caratteristici nella compresenza di un elemento obiettivo, vale a dire lo stretto nesso economico e teleologico che avvince i contratti e di un elemento subiettivo consistente non già nella semplice coscienza, da parte dei partecipanti ai diversi negozi dell'esistenza di tale nesso, bensì di un particolare *animus*, vale a dire nell'intenzione di coordinare i diversi negozi verso uno scopo comune.

L'Autore descrive varie ipotesi di fenomeni di collegamento tra distinti negozi giuridici salvo poi riservare ad una di esse soltanto la qualifica di collegamento negoziale in senso stretto.

Egli ravvisa una prima ipotesi nel 'collegamento derivante dalla funzione stessa cui il negozio, obiettivamente considerato, adempie rispetto ad un altro'. Si tratta dei cosiddetti negozi accessori, posti necessariamente in successione cronologica e caratterizzati da un nesso di ausiliarietà del secondo negozio rispetto al primo. Ne costituisce un esempio il contratto di fideiussione.

Una seconda ipotesi si realizza nel 'collegamento dovuto alla circostanza che uno dei due negozi trova la sua causa in un rapporto scaturente dall'altro'. Si tratta di

⁷⁴ GIORGIANNI M. 'Negozi giuridici collegati' in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Milano, 1937, p. 275.

negozi fiduciari che non rivelano la propria causa che deve ricercarsi in un rapporto preesistente.

Infine la terza ipotesi che dà luogo al ‘collegamento in senso veramente tecnico’ o collegamento funzionale caratterizzato dalla presenza dell’*animus colligandi* e del nesso economico e teleologico tra i due o più negozi collegati.

L’Autore riconosce tale ultima ipotesi come la sola idonea a porre in essere un vero e proprio collegamento negoziale, relegando alla prima ipotesi un valore di mera ‘influenza’ del negozio principale su quello accessorio e alla seconda una forma di ‘reazione’ esercitata da un negozio sull’altro.

In realtà l’attenzione alla figura del collegamento negoziale è stata stimolata da un esempio formulato da ROSARIO NICOLÒ⁷⁵; il quale con riferimento ad una vendita immobiliare sottoposta a condizione sospensiva e deposito del relativo prezzo a mani del notaio rogante con incarico di versarlo all’una o all’altra parte del contratto di vendita, a seconda del verificarsi o meno dell’evento dedotto in condizione, rilevava l’esistenza di un collegamento del negozio di deposito con il negozio di vendita e fondava la sistemazione teorica di tale collegamento nel riconoscimento alla volontà umana di direzione di tali effetti giuridici.

Nei primi studi dedicati all’argomento, l’elemento soggettivo della volontà delle parti di creare un collegamento tra i vari contratti ha costituito l’elemento principale di riflessione per la configurabilità del collegamento negoziale.

La dottrina successiva che si è occupata del fenomeno si è differenziata nel maggior rilievo di volta in volta attribuito a :

⁷⁵ NICOLÒ R. ‘*Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*’ in ‘*Foro italiano*’, 1938, I, p. 260.

- a) l'elemento soggettivo dell'*animus colligandi*⁷⁶;
- b) l'elemento oggettivo del nesso economico e teleologico⁷⁷;
- c) il concorso dell'elemento soggettivo e oggettivo⁷⁸.

Corollario di tale ultime tesi è che il collegamento potrebbe in ogni modo essere escluso da una contraria volontà delle parti (*c.d. clausole di esclusione*⁷⁹).

Si è poi assistito a diverse classificazioni a seconda che il nesso tra negozi fosse necessario o volontario⁸⁰, genetico o funzionale⁸¹ unilaterale o bilaterale⁸² ovvero si risolvesse in un nesso di concorso o in un nesso di sequenza⁸³.

⁷⁶ GASPERONI N. 'Collegamento e connessione tra negozi' in *Rivista di diritto commerciale*, 1955, pp. 357-387;

RAPPAZZO A. 'I contratti collegati' Milano, 1998, p.32. In giurisprudenza si segnalano in tal senso Cass. 22 luglio 1971 n. 2404 in *Giust. Civ.*, 1971, I, p. 536, e Cass. 5 agosto 1982 n. 4401 in *Mass. Gius.civ.* 1982, p. 1601.

⁷⁷ SENOFONTE P. 'In tema di negozi collegati' in *Dir. Giur.* 1960, p. 273;

ZERELLA E. 'Collegamento contrattuale e recesso' in *Rass. Dir. Civ.* 1993, p. 435;

FERRANDO G. 'Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale' in *Nuova giur. Civ. comm.* 1997, II, pp. 232-249;

BIANCA C. M. 'Diritto civile'3, *Il contratto*, Milano, 2000, pp. 482-483, che considera non necessario l'*animus* delle parti perché 'sufficiente che la connessione risulti, sul piano funzionale, dall'unitarietà della causa che l'operazione è diretta a realizzare'.

⁷⁸ SATTA F. 'Corrispettività tra prestazioni, collegamento tra negozi, e proroga legale delle locazioni' in *Giur. It.*, 1950, I, 2, pp. 355-363

OPPO G. *Contratti parasociali*, Milano, Ora in OPPO G. *Scritti giuridici*, II, *Diritto delle società*, Padova, 1992, pp. 1-175.

⁷⁹ VENDITTI A. 'Appunti in tema di negozi giuridici collegati' in *Giust.civ.* 1954, I, p. 268.

⁸⁰ MESSINEO F. 'Contratto derivato-sub-contratto'(voce) in *Enc. Dir. Vol .X* pp. 80 e ss.; BIANCA C.M. 'Il contratto, 3, Milano, 2000; PISANI C. 'Il subcontratto' in 'Nuova giur. Civ. comm'. II, 1999, pp. 245 e ss; PASQUILI R. 'Il subcontratto' in 'Studium iuris, 2000, pp. 577 e ss.

⁸¹ DI SABATO F. 'Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)in *Riv. Dir. Civ.* 1959, I, p. 428; SCOGNAMIGLIO R. 'Collegamento negoziale' (voce) in *Enc. Dir.* Vol. VII, Milano, 1960.

La dottrina ha versato fiumi di inchiostro sul collegamento negoziale arrivando a svalutarne l'esistenza⁸⁴ ovvero ad ammettere la configurabilità di un super negozio di collegamento⁸⁵.

La giurisprudenza ha chiarito che, ai fini della configurabilità di tale fenomeno, è necessaria la presenza di due requisiti: l'uno oggettivo costituito dal legame teleologico esistente tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico unitario; l'altro soggettivo che si ravvisa nell'intento comune delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale (in questi termini Cassazione Sez. II. 16.6.2006 n. 5851).

Nel 2007 tale ricostruzione è stata sostanzialmente riaffermata dalle Sezioni Unite (Cass. SS.UU. 14.6.2007 n. 13894). In particolare, tale pronuncia, muovendo da una implicita adesione alla tesi della causa in concreto statuisce testualmente che *'il collegamento negoziale si realizza attraverso la creazione di un vincolo tra i contratti che, nel rispetto della causa e dell'individualità di ciascuno, li indirizza al perseguimento di una funzione unitaria che trascende quella dei singoli contratti e investe la fattispecie negoziale nel suo complesso'*.

⁸² SCOGNAMIGLIO, Op. cit.; GASPERONI Op. cit., LENER *'Profili del collegamento negoziale'* Milano, 1999, p. 23.

⁸³ BETTI E. *'Teoria generale del negozio giuridico'*, 1943, p. 305 e ss. secondo il quale si avrebbe un nesso di concorso allorché due o o più negozi omogenei o eterogenei cooperano in relazione di simultaneità ad un medesimo risultato economico sociale; laddove di nessi di sequenza occorre discorrere allorquando due o più negozi si pongano in ordine di successione cronologica in relazione ad un complesso risultato finale.

⁸⁴ SACCO R. *'La qualificazione'* in SACCO R.- DE NOVA G. *'Il contratto'*, II, in Trattato di diritto civile.

⁸⁵ SCOTTI GALLETTA A. *'Negozi collegati e negozio di collegamento'* nota ad App. Napoli, 31 ottobre 1996 ,n. 2296 in *'Dir. Giur.'* 1968 pp. 836-857.

La Cassazione accoglie pertanto la teoria della causa quale sintesi degli interessi reali cui il contratto è diretto.

Alla luce di tale teoria, l'interprete non dovrà più limitarsi a sottoporre a controllo causale i singoli negozi stipulati dalle parti, come accadeva in base alla teoria della causa come funzione economico-sociale, ma dovrà ricercare la ragion pratica che sorregge l'operazione economica complessiva.

In maniera quasi unanime la giurisprudenza ha precedentemente affermato che il 'contratto collegato' non costituisce un particolare tipo di contratto ma uno strumento di regolamento degli interessi economici delle parti, caratterizzato dal fatto che le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione etc.) possono ripercuotersi sull'altro senza che vi sia un condizionamento reciproco ben potendo accadere che solo uno dei contratti sia subordinato all'altro⁸⁶.

Sempre la giurisprudenza ha poi messo a fuoco alcuni elementi essenziali perché si realizzi l'ipotesi del collegamento negoziale, scremando quelli superflui.

In particolare, ha negato rilevanza alla contestualità delle stipulazioni costituendo la stessa un mero indice di valutazione e privilegiando l'aspetto sostanziale dell'unitario assetto di interessi economici perseguito dalle parti⁸⁷.

E' stata poi affermata l'irrilevanza dell'unità o pluralità di documenti contrattuali, la presenza di un unico documento non costituendo elemento decisivo per escludere l'esistenza di una pluralità di contratti autonomi, così come al

⁸⁶ In tal senso Cass. 28 giugno 2001 n. 8844, Cass. 27 gennaio 1997 n. 827, Cass. 6 settembre 1991 n. 9388, Cass. 4 maggio 1989 n. 2065.

⁸⁷ In tal senso Cass. 25 luglio 1984 n. 4350 in '*Giustizia civile*', 1985, p. 162 che con riferimento a due contratti contestuali di cui uno avente oggetto la vendita di un terreno e l'altro ad effetti meramente obbligatori concernente l'obbligo di conferimento da parte di entrambe i contraenti di fondi di loro esclusiva proprietà in una costituenda società, ha affermato che l'indagine del giudice deve essere costretta a individuare se oltre alle finalità dei singoli contratti esista una finalità complessiva dell'intera operazione economica che prescindendo dalla rilevanza della contestualità delle stipulazioni.

contrario, la presenza di diverse scritture non essendo indice di una molteplicità di contratti⁸⁸.

È stato poi sottolineato come possa aversi collegamento negoziale anche tra negozi stipulati tra parti diverse⁸⁹.

In realtà, aldilà dei profili ricostruttivi, la configurabilità del collegamento negoziale rileva quanto agli effetti dell'operazione complessiva e in particolare con riferimento alle patologie di uno o più contratti collegati.

Sul punto varie pronunce giurisprudenziali, in ossequio alle teorie di Giorgianni, hanno sostenuto la tesi dell'automatica propagazione della causa di illiceità⁹⁰, nullità⁹¹, annullabilità⁹², risoluzione e rescissione⁹³ del singolo negozio collegato, ancorché 'sano'.

Tuttavia, tali asserzioni non paiono sempre avere una giustificazione idonea a sostegno della 'trasmigrazione' dei vizi di invalidità sul contratto 'sano' ancor più se si tiene in considerazione che l'invalidità è regolata dalla legge che non lascia spazio all'iniziativa privata⁹⁴.

⁸⁸ In tal senso Cass. 13 febbraio 1992 n. 1751 in *Giur.it.* 1993, I, con nota di DE MARI C. 'Collegamento negoziale materiale e legittimazione all'azione di nullità'.

⁸⁹ Cass. 12 dicembre 1995 n. 12733 in *Giust.civ.* 1996, I, p. 2649; Cass. 25 novembre 1998 n. 11942 in *Il Fallimento*, 1999 p. 1102 con nota di FINARDI D. 'Esecuzione del contratto d'appalto e risarcimento del danno del committente. Si registrano però anche decisioni difformi Cass. 24 febbraio 1955 n. 559, Cass. 27 novembre 1997 n. 11932 in *Giust. Civ. Mass.* 1997, p. 2282.

⁹⁰ Cass. 25 febbraio 1958 n. 629 in *Foro it.* 1958, I, 550; Cass. 27 giugno 1968 n. 2174 in *Giust. Civ.* 1968, I p. 1599

⁹¹ Cass. 22 luglio 1971, n. 2404 in *Foro it.*, 1958, I, c. 550.

⁹² App. Napoli 31 ottobre 1966 in *Dir. Giur.*, 1968, p. 836.

⁹³ Cass. 21 maggio 195 n. 1842 in *Giust. Civ. Mass.* p. 721; Trib. Padova, 6 aprile 1949, in *Giur.it.* 1950 con nota di SATTA F. 'Corrispettività tra prestazioni, collegamento fra negozi e proroga legale delle locazioni.

⁹⁴ Sul punto SCHIZZEROTTO G. 'Il collegamento negoziale' Napoli, 1983. L' autore esclude l'automaticità della ripercussione delle vicende patologiche sul contratto sano per effetto di

Preme rilevare che la giurisprudenza si è servita del collegamento funzionale al fine di superare il principio di relatività degli effetti del contratto.

In particolare l'attenzione è stata posta sulla tematica dell'opponibilità delle eccezioni derivanti dal contratto collegato ad opera del soggetto che non sia parte del contratto al quale si rivolge l'eccezione bensì di un contratto collegato⁹⁵.

L'orientamento prevalente propende per l'ammissibilità dell'*exceptio inadimpleti contractus*⁹⁶ sia in considerazione dell'unità dell'interesse economico sotteso alle singole prestazioni sia in ragione della sussistenza di un collegamento funzionale fra i negozi che porterebbe ad ammettere l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento.

Il problema non sembra porsi significativamente per quei contratti collegati che registrano un'identità di parti; sembra invece più rilevante nei contratti collegati conclusi tra parti distinte.

Le pronunce più rilevanti hanno affrontato in particolar modo tale problematica con riferimento al mutuo di scopo, al credito al consumo e al contratto di leasing.

La Suprema Corte ha dovuto verificare l'opponibilità o meno al soggetto finanziatore delle eccezioni personali nascenti dal contratto di vendita di un autoveicolo stipulato dal mutuatario con il venditore del bene.

collegamento negoziale in quanto ciò comporterebbe la possibilità per il giudice di dichiarare l'invalidità, risoluzione o rescissione non solo del negozio invalido, risolubile o rescindibile ma anche del negozio collegato immune da ogni vizio. Verrebbe così ad ammettersi un caso di annullamento di ufficio in contrasto con la previsione legislativa dei motivi di invalidità, risoluzione o rescissione non può conseguire che dalla richiesta dell'interessato.

⁹⁵ BARBIERA L. 'Vizi della cosa concessa in leasing e diritti dell'utilizzatore' nota a Cass. 26 gennaio 2000 n. 854 in Giur. It. 2000, p. 1136.

⁹⁶ Cass. 14 gennaio 1998 n. 271 in *Foro it. Rep. 1998 voce Contratto in genere*; Cass. 11 marzo 1981 n. 1389 con nota CIRILLO G.P. 'Negozi collegati ed eccezione di inadempimento'; Cass. 5 giugno 1984 n. 3397 in *Giust. Civ.*, 1984, I, p. 3331.

La Corte ha affermato⁹⁷ che, una volta risolto il contratto di compravendita per il quale era stato stipulato il mutuo, il mutuante può richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario acquirente ma direttamente al venditore ancorché terzo rispetto al mutuo.

Tale affermazione trova giustificazione nell'*animus* delle parti di voler stabilire un collegamento tra il contratto di finanziamento e il contratto di compravendita.

Al di sopra della funzione propria di ciascun negozio si realizza 'una funzione della fattispecie negoziale considerata nel suo complesso, per cui le vicende o addirittura la disciplina di ciascuno di esse sono legate all'esistenza o alla sorte dell'altro, giungendo finanche ad ammettere l'instaurarsi di un rapporto giuridico autonomo che ha nel collegamento la sua fonte genetica'⁹⁸.

Il fondamento di siffatta obbligazione di restituzione in capo al venditore troverebbe conferma anche nel principio di buona fede contrattuale sotteso all'intera operazione economica.

Sul carattere unitario dell'operazione economica si veda anche il TUB all'art. 125 in materia di credito al consumo laddove prevede che 'nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito

⁹⁷ Cass. 20 gennaio 1994 n. 474 in Foro it. con nota di MACARIO F. '*Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*, la stessa sentenza con nota di FERRANDO G. '*Contratti collegati: il caso del credito al consumo*, in *Nuova giur. Civ. comm.* 1995, I, p. 305 e ss; NUZZO M. '*Collegamento negoziale e mutuo di scopo convenzionale: una fattispecie con causa unica?*'ivi, I p. 1069 e ss.

⁹⁸ Cass. 9 aprile 1983 n. 2520 in *Foro.it.* 1983, I: Cass. 23 aprile 2001 n. 5996 in *I Contratti*, 2001p. 1126 con nota di PERROTTI P. '*Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*'.

concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l'esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore'⁹⁹.

Anche in materia di leasing, la giurisprudenza si è espressa nel senso di ritenere ammissibile l'esperibilità di alcune azioni da parte dell'utilizzatore del bene direttamente nei confronti del fornitore inadempiente pur non in presenza di un diretto legame contrattuale tra loro¹⁰⁰.

La giurisprudenza è giunta a tali conclusioni equiparando il contratto di leasing ad un mandato in nome proprio in cui l'utilizzatore assume il ruolo di mandante a cui spettano i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato e il diritto di agire nei confronti del fornitore.

Alla luce di tali considerazioni, tali contratti vengono letti alla stregua di un'unica operazione unitaria.

Ciò comporta un ripensamento anche della nozione di 'terzo' riconoscendosi ad esempio nel credito al consumo la possibilità per il finanziatore, ancorché non sia parte del contratto di fornitura, di far valere i propri interessi.

Con riferimento al concetto di 'parte' nel nostro ordinamento pare pertanto doversi ammettere accanto al binomio parte-terzo una nuova categoria ibrida¹⁰¹, propria delle operazioni economiche, costruita sulla base del modello del collegamento negoziale, del soggetto che non è parte e non è terzo rispetto al singolo contratto ma che è parte dell'intera operazione economica, ferma restando l'individualità dei singoli negozi.

⁹⁹ CAPRIGLIONE F. in *'Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia'* a cura di Capriglione F., 2001, p. 958.

¹⁰⁰ Cass. 30 giugno 1998, n. 6412; Cass. 2 ottobre 1998, n. 9875; Cass. 2 novembre 1998 n. 10926 tutte pubblicate in *Giur. It.* 1998, I, 1, c. 3081 e ss. con nota di LENER G. *'Leasing, collegamento negoziale ed azione diretta all'utilizzatore'*.

¹⁰¹ TULLIO A. *'La finanza di progetto: profili civilistici'*, p. 300, 2003.

Ritorna quindi in primo piano il rapporto tra le relazioni commerciali degli affari e le tipologie contrattuali, tra mercato e contratto dove quest'ultimo si forgia come strumento flessibile a rispondere alle necessità economiche, adattandosi alle singole esigenze della pratica economica.

Con riferimento al principio di relatività degli effetti del contratto, sancito dall'articolo 1372 c.c., non pare condivisibile il ragionamento sovraesposto della giurisprudenza che si serve del 'collegamento negoziale' per superarne l'operatività.

Deve infatti rilevarsi che con il collegamento negoziale non prenderebbe vita un unico negozio unitario di collegamento riconducibile ad unico rapporto contrattuale, giacché continuerebbe a sussistere la singola causa di ciascuno dei contratti collegati 'solo che questa causa comprenderebbe anche l'esistenza e l'operatività dell'altro contratto, proprio perché ciascun contratto si giustifica anche attraverso l'altro'¹⁰².

Il momento ermeneutico appare pertanto il punto cruciale per la risoluzione della problematica del collegamento negoziale, essendo frutto di una scelta autonoma delle parti, è a questa cui deve ricondursi l'interprete per valutare se l'interpretazione di una singola tessera del mosaico negoziale debba leggersi nella complessità dell'intero disegno oppure autonomamente.

Viene così ad essere ribadita la primazia dei singoli rapporti giuridici generati dai singoli contratti, relegando ai margini dell'operazione ermeneutica la creazione di figure unitarie atipiche.

Già Oppo¹⁰³ ha affermato che 'l'interprete non può non rispettare l'identità e autonomia delle fattispecie negoziali *tipiche* e non gli è dato di confonderle in una fattispecie (unitaria) atipica, sia pure costante di una pluralità di elementi tipici'.

¹⁰² ROPPO E. 'Contratto' voce, in *Digesto discipline privatistiche sez.civ.* pp.120-121.

¹⁰³ OPPO G. 'La direttiva comunitaria sul credito al consumo' in Riv. Dir. Civ. 1987, II pp. 539 in 'Raccolta di scritti in memoria di A. Lener' a cura di Carpino B., Napoli, 1989, pp. 667 e ss.

È alla luce dell'interpretazione del nesso negoziale che si giustifica la non totale estraneità di un soggetto al singolo rapporto giuridico di cui non sia formalmente parte, sulla base appunto degli effetti che ciascun contratto genera sull'altro e non già di un'unica operazione economica nel suo complesso.

Deve pertanto aversi riguardo non tanto e non già al principio di relatività degli effetti contrattuali quanto piuttosto alla nozione di 'terzo'.

Essa infatti deve perdere il suo carattere formale in base al quale terzo è chiunque sia estraneo al rapporto contrattuale in discussione, per assumere quello sostanziale dell'interesse protetto dal diritto¹⁰⁴ quale emerge da un'interpretazione 'secondo buona fede' dei singoli rapporti contrattuali.

Nel caso del mutuante che eroga la somma di denaro al venditore per consentire l'acquisto di un bene da parte del mutuatario può dirsi che egli sia portatore di un interesse protetto dall'ordinamento, in ossequio al principio dell'affidamento e nel rispetto della buona fede contrattuale, alla restituzione della somma mutuata.

3.3.1. Il nesso teleologico nella finanza di progetto

Coloro che hanno studiato dal punto di vista giuridico la finanza di progetto l'hanno ricondotta al modello del collegamento negoziale volontario¹⁰⁵.

Alcuni sono giunti a sostenere la venuta ad esistenza di una fattispecie negoziale unitaria che darebbe vita ad un supernegozio di collegamento.¹⁰⁶

¹⁰⁴ FERRI G.B. 'Parte del negozio' voce in *Enc. Dir.*

¹⁰⁵ Per tutti si veda COSTANTINO L. 'Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti' in *'Contratto e impresa'* 2003, p. 408.

¹⁰⁶ RABITTI G.L. 'Project finance e collegamento contrattuale' in *'Contratto e impresa'*, 1996, p. 186.

A tale posizione si oppone, per alcuni, la natura giuridica della finanza di progetto.

Molti infatti sostengono che per potersi parlare di collegamento negoziale debba trattarsi di contratti di scambio; in realtà, come si è detto nel primo capitolo di questa trattazione, la finanza di progetto dà vita a contratti che realizzano uno scambio programmatico temporalmente articolato privilegiando il processo di negoziazione dei rischi e la loro allocazione. Stante questa peculiare struttura, sembrerebbe difficile poter parlare di collegamento negoziale.

Qualora non si condividesse tale asserzione, si dovrebbe comunque tener conto del fatto che spesso in tale tipo di operazione i contratti sono condizionati tra loro.

Da molti¹⁰⁷ l'ipotesi dei contratti condizionati viene esclusa dal collegamento negoziale risolvendosi la questione nell'interpretazione della clausola di collegamento.

Circa l'esistenza di un collegamento tra i vari contratti occorrerà quindi avere riguardo alla volontà delle parti, con la conseguenza che il momento ermeneutico gioca un ruolo essenziale per l'affermazione o meno della sussistenza di un nesso teleologico comune ai singoli contratti.

Sarà poi necessario valutare la validità delle singole clausole di collegamento alla luce della meritevolezza degli interessi perseguiti.

Senza ricorrere alla creazione di nuove figure come quella del collegamento negoziale o dell'operazione economica sembra più agevole e semplice affrontare la qualificazione della finanza di progetto alla luce dell'interpretazione dell'elemento condizionale e dell'intero meccanismo contrattuale.

¹⁰⁷ GIORGIANNI M. *'Negozii giuridici collegati'* in *'Riv. It. scienze giur'*. 1937, p. 333; DI SABATO F. *'Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)* in *Riv.dir. civ.* 1959, p. 428.

La singolarità di ogni operazione conosce infatti diverse varianti ognuna delle quali si esprime secondo differenti modalità e assetti negoziali resi possibili dall'autonomia negoziale delle parti nel regolare lo strumento contrattuale.

Nel valutare la finanza di progetto tra *lex mercatoria* e contratto, il riconoscimento dell'operazione economica come autonoma figura giuridica rischierebbe di comportare la creazione di un contratto 'atipico' di cui l'ordinamento non ravvisa la necessità stante la possibilità di spiegarne gli elementi strutturali alla luce delle tradizionali categorie giuridiche.

Inutile, sul piano delle concretezze, la creazione di categorie complesse quando gli strumenti tradizionali del diritto ne consentono una spiegazione semplice.

3.4. La destinazione

La proiezione del profilo causale si esprime anche nella destinazione unitaria che costituisce l'obiettivo dell'intera operazione di finanza di progetto.

Più in generale, nell'analisi condotta alla luce del confronto tra *lex mercatoria* e contratto, emerge che il diritto degli affari è diritto 'ad attività' più che diritto dei soggetti e di appartenenza delle cose, come nel campo delle obbligazioni.

Il variare continuo dei soggetti di riferimento ha sgretolato la titolarità unica a favore di una funzionalizzazione dell'attività.

La destinazione è lo strumento attraverso cui garantire continuità al subentrare di diversi soggetti, attraverso il mutare delle condizioni contrattuali, dello spazio e del tempo.

E' di tutta evidenza come anche l'impresa implichi una destinazione patrimoniale, sia che la si pensi come istituzione socio-economica, sia che la si descriva come fattispecie di uno statuto dell'iniziativa professionale (articolo 2082 c.c.).

La prima rilevanza giuridica della destinazione si profila nella prospettiva della circolazione dei beni. L'azienda ruota infatti intorno ai 'beni organizzati per l'esercizio dell'impresa', laddove la parola 'organizzati' indica la destinazione impressa agli stessi.

La destinazione a servizio di un'iniziativa imprenditoriale non genera, in sé considerata, nessun fenomeno di separazione tra patrimonio aziendale e patrimonio domestico nella prospettiva della garanzia generica (2740 c.c.). Se ne ha conferma eloquente nell'articolo 2217 c.c. che include nell'inventario dell'imprenditore commerciale 'le attività e le passività dell'imprenditore estranee' all'azienda.

Questa destinazione può, in sé, concorrere con altri antecedenti all'attivazione di regimi della garanzia generica divergenti rispetto al diritto comune: si pensi ad esempio, alla destinazione a servizio di un'impresa coniugale (art. 186 c.c. e art. 190 c.c.) ed alla destinazione dell'impresa del coniuge costituita dopo il matrimonio (art. 178 c.c.).

La destinazione a servizio di un'iniziativa collettiva ha sempre comportato una più o meno spinta separazione tra patrimonio aziendale e patrimoni domestici dei destinanti.

La intensità della separazione risponde, in linea generale, a condizioni funzionali come accade per le associazioni e i consorzi rispetto alle società o a condizioni organizzative come ben risulta dalla differenza tra società di persone e società di capitali.

La recente disciplina introdotta dal d.lgs. n. 5/2006 nel disegnare l''impresa sociale' riconosce a tale figura la capacità di dar vita ad una separazione perfetta concretantesi nella piena insensibilità del patrimonio aziendale alle azioni esecutive dei creditori domestici e nella piena localizzazione sul patrimonio aziendale delle azioni esecutive dei creditori aziendali.

Con la riforma del diritto societario del 2003 la possibilità che la destinazione sia impressa sul patrimonio sociale è stata accentuata. Da un lato l'articolo 2361 c.c. ha fatto venir meno la responsabilità illimitata dell'unico socio di S.p.A, dall'altro, è stata riconosciuta la possibilità per un imprenditore di avere più srl unipersonali.

L'atto dispositivo può assumere tanto la forma dell'attribuzione che quella della destinazione; quest'ultima essendo caratterizzata da una maggior forza vincolante dello scopo.

Così il conferimento, che è la destinazione di beni a servizio di un'iniziativa, sia essa individuale o collettiva, è trattato come una attribuzione (per esempio ai fini della trascrizione immobiliare).

L'articolazione del patrimonio di una o più figure soggettive che ne destinano parte all'esercizio di un'iniziativa economica professionale assolve molteplici funzioni (diversificazione del rischio; monitoraggio da parte dei finanziatori delle probabilità di recupero del finanziamento; specializzazione delle competenze gestorie) e si avvale fondamentalmente di due tecniche:

quella dell'attribuzione del compendio patrimoniale ad una figura soggettiva dedicata (tecnica della personalità giuridica);

quella della destinazione senza attribuzione (tecnica della destinazione in senso forte).

Le due tecniche sono largamente equivalenti nella prospettiva della garanzia patrimoniale generica; per rendersene conto è sufficiente prendere atto dell'esistenza di casi di autonomia perfetta senza entificazione e casi di entificazione senza autonomia patrimoniale perfetta.

Questo concorso tra tecniche diverse si profila, con particolare riferimento all'impresa tra

- a) gruppi di società;
- b) patrimoni ‘destinati a specifici affari (articolo 2447 bis lettera a codice civile) e proventi dell’affare destinati alla remunerazione dei finanziatori (articolo 2247 bis lettera b codice civile);
- c) trust;
- d) destinazioni trascritte a norma dell’articolo 2645-ter.

In un’ottica imprenditoriale la tecnica che sembra presentare un più rilevante saldo attivo tra costi e benefici è ancora quella del gruppo.

Ciò tanto in termini di certezza (si pensi ad esempio alla prevedibilità dell’ordinamento giudiziario sulle liti correlate come alla condizione del trust interno), tanto in termini di duttilità (si pensi alla limitazione al 10% del patrimonio netto dei patrimoni destinati; alla probabile limitazione delle destinazioni trascritte alle attività patrimoniali immobiliari; alla discussa valenza da attribuirsi all’interesse meritevole di tutela alla presenza del quale è subordinata la separazione della destinazione trascritta di immobili).

Anche con riferimento al regime di allocazione dei rischi la logica del gruppo societario sembra offrire risposte più convincenti (si pensi alla localizzazione imperfetta dei crediti correlati a patrimoni destinati a specifici affari, a norma dell’articolo 2447 quinquies.3 c.c. ed all’assenza di previsione testuale di immunità del patrimonio residuo dalle azioni esecutive dei creditori che hanno un titolo correlato all’immobile soggetto a destinazione trascritta); per contro la responsabilità della capogruppo (articolo 2497 c.c.) è responsabilità risarcitoria e per colpa, sicché è difficile avvalersene da parte di creditori che vantino titoli aquiliani.

Nel fiorire di nuovi istituti si assiste alla moltiplicazione di figure imperniate attorno alla destinazione.

In particolare a tal proposito si ricordano gli istituti del trust, del fondo patrimoniale (art. 167 c.c.), dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447-bis c.c.), del patto di famiglia (art. 708-bis e ss.), degli atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.), del mutuo di scopo, delle clausole di destinazione.

Una caratteristica peculiare delle operazioni di finanza di progetto risiede infatti nell'apposizione al contratto di concessione del credito di specifiche clausole di destinazione¹⁰⁸.

Tale clausola nasce con riferimento al mutuo di scopo e, sul piano delle concretezze, si risolve nella previsione che il mutuatario dia un determinato impiego ai beni mutuati.

La previsione ha origine legale, per quanto concerne il mutuo di scopo 'pubblicistico'; se ne ravvisa però anche una matrice volontaria affidata alla autonomia delle parti nel regolamentare il conseguimento dell'obbligazione di scopo.

Dal punto di vista giuridico, la clausola dà vita ad un'obbligazione avente ad oggetto un *facere* posta a carico del soggetto beneficiario del prestito¹⁰⁹. Quest'ultimo è infatti tenuto oltre che agli obblighi tipici di restituzione del *tantundem* e alla corresponsione degli interessi, anche ad utilizzare quanto ricevuto per le specifiche finalità per cui il finanziamento è stato erogato.

Con riferimento al mutuo di scopo, la dottrina si è interrogata sui possibili rimedi offerti al mutuante in caso di mancato adempimento da parte del mutuatario.

Una dottrina minoritaria,¹¹⁰ partendo dalla natura corrispettiva del pagamento degli interessi sulla somma mutuata e sostenendo la natura non corrispettiva ma restitutoria dell'obbligazione di ripagare tale somma, ha affermato la corrispettività dell'obbligazione di destinazione, con la conseguenza che il mancato adempimento della clausola comporterebbe per il mutuante l'esperibilità nei confronti del

¹⁰⁸ TETI R. 'Il mutuo, il mutuo di scopo' in 'Trattato di diritto privato vol.XII, tomo IV' Torino, pp. 641-738; COLLURA G. 'Il problema del mutuo di scopo legale' in 'Tipicità e atipicità dei contratti', Milano, 1983, pp.169-167; CONSOLO G. 'Aspetti pubblicistici e privatistici del mutuo di scopo', Padova, 1990.

¹⁰⁹ NIVARRA L. – ROMANO G.W, *Il Mutuo*, Milano, 2000.

¹¹⁰ ZIMATORE A. 'Il mutuo di scopo, problemi generali', Padova, p. 122 e voce 'Mutuo di scopo' in Dizionario di diritto privato a cura di IRTI, p. 628.

mutuatario della risoluzione per inadempimento, già prevista dall'articolo 1820 c.c. per il caso di mancato pagamento degli interessi.

La dottrina prevalente propende invece per considerare l'inadempimento dell'obbligazione di scopo al di fuori di un rapporto di corrispettività sulla base del fatto che la prestazione di scopo non importa una attribuzione nella sfera patrimoniale del mutuante, seppur incidente sul rapporto giuridico sottostante e ravvisando nel recesso un rimedio naturale più consono in ossequio al prevalente interesse economico che permea il contratto.

Trovrebbe applicazione pertanto non già l'articolo 1453 c.c. quanto piuttosto l'articolo 1819 c.c. previsto per il mancato pagamento di una rata nell'ambito del mutuo con restituzione rateale della somma mutuata.

3.4.1. La clausola di destinazione nella finanza di progetto.

Nella finanza di progetto deve rilevarsi in primo luogo che il finanziamento viene erogato ad una società di scopo, la SPV (Special Purpose Vehicle) appositamente costituita per la realizzazione del progetto; quindi è l'intera società-persona giuridica che, nella sua genesi, ha impressa la destinazione.

Tale clausola, nella finanza di progetto, è funzionale a reindirizzare i proventi del finanziamento per le attività necessarie alla realizzazione del progetto.

Deve però sottolinearsi la diversa natura della destinazione: mentre nel caso del mutuo di scopo essa si rivolge ad un singolo negozio, nella finanza di progetto la destinazione si rivolge a più attività note al soggetto finanziatore, tutte volte alla realizzazione del progetto.

Inoltre nelle operazioni di finanza di progetto la clausola non viene prevista per sopperire ad esigenze finanziarie connesse al pagamento di un singolo rapporto negoziale, ma si rivolge alla più ampia categoria dei 'costi di progetto' riferendosi al

complessivo fabbisogno finanziario, nei limiti concordati dalle parti, dell'intero progetto.

Deve infine rilevarsi che la clausola di destinazione viene prevista per i costi coperti da mezzi di terzi mentre per la parte apportata dagli sponsors, essa rimane a carico degli stessi in ossequio alla logica *self-liquidating* del progetto.

Anche in questo caso, torna in gioco la nozione di 'terzo', potendosi infatti verificare l'ipotesi del subentro, resta da verificare l'effettivo ruolo svolto da ciascun soggetto partecipante all'operazione.

A coloro che hanno ricondotto la finanza di progetto al mutuo di scopo deve in primo luogo obiettarsi che in tale operazione non pare possa applicarsi la decadenza dal beneficio del termine, ai sensi dell'articolo 1186 c.c. nel caso in cui l'utilizzo del finanziamento non sia conforme allo scopo espresso nel contratto¹¹¹ come accade nel mutuo di scopo, proprio in considerazione della pluralità di attività cui è rivolta la destinazione.

In secondo luogo, non sembra possibile ammettere la possibilità per il mutuante, in caso di risoluzione del contratto per il quale il mutuo era stato concluso, di richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario ma direttamente al beneficiario.

Sul punto, in tema di mutuo di scopo, è intervenuta anche la Suprema Corte stabilendo che: *'risolto il contratto sottostante in funzione del quale era stato concluso il mutuo, il mutuante è legittimato a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario, ma direttamente al beneficiario in via definitiva della somma originariamente data a mutuo'*¹¹².

¹¹¹ MESSINA P. *'Riflessioni sul project financing tra normativa interna e commercio internazionale'* in FONTANA F.-SANDRI S. -CAROLI M.G. (a cura di) *'Il project financing nelle strategie di sviluppo dell'impresa e del territorio'*, Roma, Luiss, 2001, p. 163.

¹¹² Cass. 20 gennaio 1994, n. 474.

La dottrina¹¹³ ha affermato che *‘volendosi applicare la decisione della Suprema Corte al rapporto che si instaura fra il contratto di finanziamento, concluso tra la società di progetto ed i finanziatori, e l’appalto per la realizzazione dello stabilimento, concluso tra la società di progetto e l’appaltatore, il quale rappresenta il beneficiario effettivo della somma presa a mutuo dalla società di progetto, il possibile risultato consisterebbe nell’aggiunta di un’ulteriore garanzia indiretta a favore dei finanziatori, e nell’assunzione di un’ulteriore rischio a carico dell’appaltatore’*.

Tali conseguenze non si conciliano con la logica sottesa all’operazione di finanza di progetto.

La società beneficiaria verrebbe infatti ad assumere su di sé il rischio di rivalsa rispondendo delle obbligazioni sorte in capo alla società progetto-mutuataria rispondendo in caso di inadempimento di quest’ultima.

Deve allora propendersi per una diversa lettura della clausola di destinazione nella finanza di progetto.

Certamente, la destinazione è consustanziale all’intero *project financing*, inteso tanto dal punto di vista strutturale quanto procedimentale.

Essa permea tanto la costituzione della società progetto, quanto l’intero procedimento ponendosi come nucleo essenziale del contratto di finanziamento e giocando un ruolo principale nell’ambito del congegno contrattuale.

In tale prospettiva, la clausola di destinazione costituisce, con altri meccanismi contrattuali quali in particolare la condizione, sia essa sospensiva o risolutiva, uno strumento per la realizzazione dell’interesse economico unitario sotteso all’intera operazione.

¹¹³ MESSINA P., *Op. cit.*

Ad avvalorare tale profilo ricostruttivo sembra concorrere anche la pratica delle operazioni di finanza di progetto: viene infatti riconosciuto ai finanziatori la possibilità di subentrare in luogo della società di progetto nei suoi rapporti contrattuali con gli altri soggetti (es. appaltatore) e non le è consentita una diretta aggressione del patrimonio di questi.

Capitolo Quarto

Ambito di applicazione della nuova normativa tra pubblico e privato

- 4.1. Il Project financing tra pubblico e privato
- 4.2. Evoluzione normativa
- 4.3. Il Codice dei Contratti Pubblici
- 4.4. Il project financing nel nuovo codice dei contratti
- 4.5. Il Codice dei Contratti Pubblici al vaglio della Corte Costituzionale
- 4.6. Partenariato Pubblico Privato (vantaggi e svantaggi)
- 4.7. Ambito di applicazione: codice civile o normativa speciale?
- 4.8. L'applicazione della normativa dal punto di vista del diritto internazionale privato

‘Il destino della nostra libertà viene deciso in una discussione tecnica sul diritto amministrativo’¹¹⁴

F.A. Hayek

‘Nessuna libertà, nonostante le garanzie costituzionali, sarà salda ed effettivamente garantita sino a che persiste un mondo giuridico pubblico separato formalmente da un mondo giuridico privato e il primo potrà tuttavia restringere a suo piacimento il diametro del secondo.

Giacché le libertà sono forti solo quando è forte e non riducibile la società in cui esse nascono¹¹⁵.

G. Berti

4.1. Il Project financing tra pubblico e privato

Il nostro ordinamento conosce una disciplina del project financing per quanto riguarda le opere pubbliche.

Rimane esclusa da qualsiasi considerazione normativa ogni ipotesi di finanza di progetto relativa ad opere di esclusivo interesse privato rinviando in tali casi al generale principio di autonomia contrattuale delle parti di cui all’articolo 1322 c.c..

Rimangono escluse anche tutte le forme di finanza di progetto che impieghino moduli organizzativi diversi da quelli considerati dalla Merloni-ter, convenzionalmente definiti attraverso il modulo del *Build, Operate and Transfer (BOT)*¹¹⁶.

¹¹⁴ HAYEK F.A. ‘The political Ideal of the Rule of Law, Cairo, 50° anniversario della National Bank of Egypt, 1955, p. 2.

¹¹⁵ BERTI G. ‘*Manuale di interpretazione costituzionale*’, Padova, 1994.

¹¹⁶ DRAETTA U. ‘*Il “project financing” nella prassi del commercio internazionale*’ in ‘*Il diritto del commercio internazionale*’, 1994, fascicoli 3-4 pp. 495-507. In particolare l’autore distingue tra lo schema B.O.O (Build, Own ad Operate) in cui l’appaltatore è anche finanziatore e pertanto una volta realizzata l’opera non vi è trasferimento di proprietà al soggetto appaltante e B.O.T (Build, Operate and Transfer) schema in cui l’appaltatore è soggetto distinto dal finanziatore e alla fine dell’opera vi è trasferimento di proprietà al soggetto appaltante.

Occorre peraltro precisare che non si parla di *project financing* pubblico per le ipotesi menzionate dalla legge Merloni-ter, come invece hanno sostenuto alcuni autori¹¹⁷.

La legge in questione infatti contempla esclusivamente l'ipotesi di un *project finance* privato applicato a progetti pubblici.

Il carattere pubblico o privato della finanza di progetto per molti dipende esclusivamente dalla natura pubblica o privata dei soggetti investitori che, tramite la costituzione della società progetto (Special Purpose Vehicle) si indebitano assumendo il rischio dell'operazione. Secondo tale impostazione, si tratterebbe di finanza di progetto privata tutte le volte in cui, investitori privati, realizzino opere di interesse privato o opere private di interesse pubblico o infine opere pubbliche o private di pubblica utilità, laddove al contrario si potrebbe parlare di finanza di progetto pubblica ogni volta che si assista alla realizzazione di un'opera pubblica in prevalente autofinanziamento da parte dell'ente pubblico.

In linea con tale opzione ermeneutica, *il project financing* si configurerebbe come una tecnica neutra idonea a trovare applicazione in diversi ambiti;

La natura del soggetto finanziatore è però solo uno dei possibili criteri di distinzione per stabilire se si tratti di *project financing* pubblico o privato.

Un ulteriore profilo rilevante a tal fine concerne la valutazione dell'interesse pubblico o privato che connota l'opera da realizzare. Ci si deve cioè chiedere se, un'opera che realizza un interesse pubblico comporti l'attrazione della normativa pubblicistica anche se ad attuarla è preposto un soggetto privato e viceversa cioè che cosa accade se la Pubblica Amministrazione nell'ambito del suo potere di contrattazione agisca *jure privatorum*?

¹¹⁷ CARRIERE P. *Project financing*, profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano, Padova, 1999.

Laddove la fattispecie ricada nell'ambito della disciplina speciale, cioè quella pubblicistica, deve ritenersi che questa sia prevalente rispetto a quella codicistica.

Non pochi però sono i margini di operatività in cui c'è spazio per una regolamentazione privata dell'operazione: la normativa codicistica infatti soccorre laddove la disciplina speciale presenta delle lacune, creando nuovi margini di espressione all'autonomia privata.

Le conseguenze che derivano dall'applicazione della disciplina codicistica o della normativa speciale prevista in materia di opere pubbliche incide notevolmente anche sul piano dell'invalidità, della responsabilità e delle garanzie dell'intera operazione di *project financing*.

Prima di esaminare tali differenze appare opportuno dare un inquadramento generale delle diverse normative.

La disciplina delle gare private resta affidata all'autonomia contrattuale e quindi alle generali norme codicistiche dettate in materia di obbligazioni.

Senza dubbio, il *project financing* privato è stato oggetto di studio limitato trovando nel nostro Paese maggior applicazione il *project financing* pubblico. Tuttavia, deve osservarsi che l'applicazione delle norme codicistiche in materia di obbligazioni non è così scontata e richiede di essere esaminata alla luce di alcune categorie giuridiche affrontate quali il collegamento negoziale, il regime delle nullità e dell'invalidità nonché necessita un inquadramento alla luce del rapporto tra norme inderogabili e spazio riservato all'autonomia privata e al potere conformativo dell'intera operazione da riconoscersi alle parti.

Meno difficoltà, in quanto più dettagliatamente prevista, presenta la normativa dettata per il *project financing* pubblico nel nostro ordinamento.

A tale riguardo si ricostruisce brevemente l'evoluzione storica di tale normativa.

4.2. Evoluzione normativa

La prima esperienza legislativa nel nostro ordinamento che si è occupata di finanza di progetto è stata la legge regionale n. 4 dell'8 gennaio 1996 della Regione Sicilia recante *'Norme transitorie per l'accelerazione delle procedure nel settore dei lavori pubblici. Disposizioni varie in materia di lavori pubblici'* con la quale sono stati normati alcuni aspetti poi confluiti e completati dal legislatore nazionale con la c.d. **Merloni-ter** (l. 11 novembre 1998 n. 415) che ha introdotto gli articoli dal 37-bis al 37- nonies della l. n. 109/1994¹¹⁸ costituendo la prima disciplina generale a carattere nazionale del project financing.

Il legislatore ha successivamente ampliato la portata dell'istituto istituendo in seno al CIPE l'Unità Tecnica della Finanza di Progetto con il compito di promuovere lo sviluppo di tale tecnica all'interno della Pubblica Amministrazione.

L'articolo 21 della **legge 24 novembre 2000 n. 340** ha consentito l'utilizzo del project financing anche in relazione a nuove infrastrutture viarie di interesse nazionale per le quali sono utilizzabili sistemi di pedaggio.

La c.d. **legge obiettivo (legge 21 dicembre 2001 n. 43)** ha delegato il Governo ad emanare decreti legislativi concernenti l'utilizzo del project financing per la realizzazione di infrastrutture strategiche.

Il successivo **d.lgs. 21 dicembre 2002 n. 190** ha previsto una procedura meno rigida rispetto a quella tradizionale per la realizzazione in project financing delle grandi opere.

Nel frattempo la legge quadro sui lavori pubblici aveva subito un ulteriore riassetto per effetto della legge n. 166/2002 (c.d. **Merloni quater**) che aveva

¹¹⁸ Dà atto della primogenia della legislazione regionale siciliana in materia di finanza di progetto PENSABENE LIONTI S., *Prospettive e profili problematici dell'inserimento del Project financing nel contesto dell'ordinamento amministrativo vigente, alla stregua dell'esperienza normativa della Regione Siciliana* in Riv. Trim. degli appalti, 1999, pp. 543-588.

- Eliminato il prezzo della concessione;
- Reso flessibili tempo e modalità di erogazione del contributo pubblico;
- Facoltizzato le P. A. a cedere beni immobili a titolo di prezzo;
- Reso possibile limitare la progettazione alla mera revisione;
- Consentito di far partecipare il concessionario alla conferenza di servizi senza diritto di voto;
- Eliminato l'obbligo di appaltare a terzi una percentuale dei lavori;
- Reso possibile che anche i soggetti privati presentassero, nella fase della programmazione, proposte di intervento;
- Introdotto obblighi di pubblicità dell'avviso indicativo;
- Introdotto due diverse scadenze per la presentazione delle proposte;
- Obbligato le P.A. a nominare il RUP e comunicarne il nominativo;
- Ampliato l'elenco dei soggetti possibili promotori;
- Ampliato l'elenco di soggetti asseveratori;
- Introdotto il termine di 4 mesi per la conclusione del procedimento;
- Previsto la prelazione in favore del promotore;
- Introdotto il termine di 3 mesi per l'indizione di una gara tra promotori;
- Specificato le ipotesi di rimborso delle spese sostenute dal candidato non risultato aggiudicatario;
- Specificato le ipotesi di cedibilità di quote della società di progetto.

La disciplina nazionale è stata poi oggetto di attenzione da parte della Commissione U.E. che aveva avviato una procedura di infrazione volta a censurare l'articolo 37-*bis* nella formulazione operata dalla Merloni *quater*, nella quale non era prevista un'adeguata pubblicità nei bandi di gara del diritto di prelazione spettante al promotore con conseguente lesione del principio di trasparenza e uguaglianza tra i partecipanti alla gara.

In conseguenza di ciò, il legislatore ha provveduto con la legge n. 62/2005 integrando le disposizioni concernenti il contenuto dell'avviso pubblico aderendo alla tesi della natura para-concorsuale della fase di pre-gara.

La **l. n. 15/2005** novellando la l. 241/1990 sul procedimento amministrativo ha disciplinato *ex novo* la conferenza di servizi, innovando anche con riferimento al *project financing*.

La **l. n. 80/2005** all'articolo 5 ha previsto la realizzazione di infrastrutture con modalità di *project financing* affinché possano essere destinate risorse costituenti investimenti immobiliari degli enti previdenziali pubblici.

4.3. Il Codice dei Contratti Pubblici

Il 1 luglio 2006 è entrato in vigore il d.lgs n. 163 del 12 aprile 2006, recante il Codice dei Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture¹¹⁹ voluto per realizzare il recepimento, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano delle direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18¹²⁰ (la direttiva 2004/18 ha disciplinato i settori ordinari mentre la direttiva 2004/17 ha previsto le norme relative ai settori cosiddetti speciali) in materia di appalti pubblici, oltre che per realizzare un intervento di razionalizzazione e di unificazione della normativa.

Si tratta di una codificazione di nuova generazione che in relazione allo strumento giuridico utilizzato, il decreto legislativo, presenta potenzialità di riforma innovativa sostanziale della normativa primaria esistente.

Pertanto tale intervento legislativo presenta un duplice carattere: da un lato compilativo, volto a trasfondere nell'ordinamento italiano i principi già dettati dal

¹¹⁹ GUARDANELLA C. 'Il codice dei contratti pubblici' commento al d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, Simone, Napoli, 2007; ARTUSO D.-D'AMBROSIO P. 'Appalti pubblici di Forniture e servizi', Simone, Napoli, 2007; AA.VV. 'Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture', Convegno in onore di Alberto De Roberto Presidente Emerito del Consiglio di Stato, Repubblica di San Marino, 2007; SANINO M. 'Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture d.lgs.. 12 aprile 2006 n. 163', Torino, 2006.

¹²⁰ La direttiva 2004/18 ha disciplinato i settori ordinari mentre la direttiva 2004/17 ha previsto le norme relative ai settori cosiddetti speciali.

legislatore comunitario; dall'altro innovativo in quanto ha novellato il sistema precedente.

Tale opera ha consentito, da un lato, di abrogare norme previgenti che si discostavano dagli indirizzi europei, dall'altro ha consentito di prevedere nuovi istituti di derivazione comunitaria come l'avvalimento, gli accordi quadro, il dialogo competitivo, le aste elettroniche.

Un primo emendamento al codice è stato apportato con il d.lgs n. 6 del 26 gennaio 2007 intervenuto in via prioritaria nella disciplina delle centrali di committenza, del dialogo competitivo, dell'avvalimento, degli accordi quadro, della procedura negoziata e degli appalti misti.

Il secondo intervento integrativo e modificativo è stato attuato mediante l'emanazione del d.lgs. n. 113 del 31 luglio 2007, intervento mosso dall'esigenza di garantire una 'profonda conformazione dell'ordinamento ad esigenze di matrice anche comunitaria'.

Il titolo I della Parte prima del Codice rubricato 'principi e disposizioni comuni' individua all'articolo 1 l'ambito di applicazione del codice che, come meglio specificato dal successivo articolo 3 riguarda tutti i contratti, perfezionati mediante appalto o facendo ricorso ad altri strumenti contrattuali, tesi ad acquisire lavori, servizi e forniture sia sopra che sotto la soglia comunitaria.

Oggetto di siffatti contratti è l'acquisizione di servizi elencati nell'Allegato II o di forniture 'aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto di prodotti' e infine l'esecuzione di lavori o opere' intese come 'attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione di opere' e queste ultime come 'il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o il genio civile di cui all'allegato I, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica'.

Nel processo di razionalizzazione dell'amministrazione si è tentato di passare da un'amministrazione delle procedure ad un'amministrazione dei risultati, conseguendo alcuni obiettivi essenziali come la semplificazione normativa, sul piano della trasparenza, sul piano dell'organizzazione e delle competenze, sul piano dell'introduzione dei moduli privatistici e dell'outsourcing.

Ciò si lega anche con la riforma del titolo V della Costituzione e del federalismo i processi decisionali nel settore degli appalti sono andati sempre più verso un sistema di multilevel governance richiedendo metodologie nuove per un governo della complessità¹²¹.

Con riferimento al codice dei contratti pubblici deve rilevarsi che il recepimento delle direttive comunitarie e l'osservanza delle pronunce della Corte di Giustizia ha imposto al legislatore delegato di coniare norme più tecniche che consentano una selezione ben definita e siano un aiuto concreto per l'efficienza della politica di intervento pubblica, riducendo l'ambito di discrezionalità della P.A.

Il codice risulta infatti improntato a due criteri fondamentali:

- La semplificazione da intendersi anche in senso sostanziale;
- la flessibilità degli strumenti giuridici che si attua con l'aumento delle possibili procedure di aggiudicazione come l'accordo quadro, (inizialmente previsto solo per i settori speciali e ora esteso anche ai settori tradizionali) e il dialogo competitivo (che consente uno scambio di informazioni tra l'amministrazione e i candidati ammessi alla procedura di appalto), il sistema dinamico di acquisizione, le aste elettroniche e le centrali di committenza.

In questa sede preme sottolineare come la legge comunitaria 2004 (l. n. 62/2005) abbia delegato il Governo a recepire le due direttive del 2004 con un 'unico testo normativo' sulla base di cinque criteri direttivi:

- 1) recepimento delle direttive in modo puntuale,

¹²¹ VIGNUDELLI A. *'La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del titolo V della Costituzione'* in *'Dir. Amm'* n. 3/2005.

- 2) coordinamento di tutte le disposizioni in materia di procedure di affidamento, progettazione lavori ed esecuzione del contratto,
- 3) semplificazione delle procedure nei contratti sotto soglia per favorire contenimento dei tempi e massima flessibilità,
- 4) estensione alla materia dei servizi e delle forniture delle attribuzioni all'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici,
- 5) adeguamento alla giurisprudenza comunitaria sulla scelta tra prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa.

Data la complessità degli obiettivi prefissati è stata necessaria la costituzione di una apposita commissione di studio (c.d. Commissione De Lise) che ha predisposto una bozza di testo adottata dal Consiglio dei Ministri il 13 gennaio 2006, successivamente sono stati acquisiti i pareri della Conferenza Unificata, del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni Parlamentari di Camera e Senato. Secondo l'originaria previsione, il Codice sarebbe dovuto entrare in vigore il 1 luglio 2006 ma l'entrata in vigore, per alcuni istituti, è stata differita al 1 febbraio 2007.

Il Codice è un unico testo di 257 articoli suddiviso in cinque parti:

- la Parte I (artt. 1-27) si occupa dei principi generali;
- la Parte II (artt. 28-205) è dedicata alla disciplina degli appalti rientranti nei settori ordinari. In questa parte si trova la disciplina generale del *project financing* (artt. 152-160);
- la Parte III (artt. 206-238) disciplina i contratti pubblici nei settori speciali;
- la Parte IV (artt. 239-246) concerne il contenzioso;
- la Parte V (artt. 247-257) prevede le disposizioni di coordinamento e finali.

La disciplina del *project financing*, sia quella contenuta nella Merloni che quella prevista dalla legge obiettivo, sono state recepite dal Codice, rispettivamente agli articoli 153/160 e all'articolo 175, ove sono stati trasposti i contenuti degli articoli 37bis-37nonies della l. n. 109/1994 e dell'art. 8 del d.lgs. n. 190/2002 con un coordinamento quasi esclusivamente formale.

Alcune modifiche in materia di *project financing* sono state apportate dal Codice nella parte in cui ha individuato (art. 152) la disciplina comune applicabile in materia .

4.4. Il project financing nel nuovo codice dei contratti

Per comprendere bene la nuova disciplina è necessario richiamare le caratteristiche salienti di un'operazione di finanza di progetto¹²² che devono sintetizzarsi:

- a) nella capacità del progetto di generare flussi di cassa;
- b) i flussi di cassa costituiscono la fonte primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio;
- c) al fine di isolare i suddetti flussi di cassa (*ring fence* o segregazione patrimoniale) viene costituita un'apposita società SPV (*Special Purpose Vehicle*) che ha il compito di sviluppare il progetto dell'iniziativa;
- d) la centralità della fase di gestione: soltanto una gestione efficace e qualitativamente elevata consente di generare flussi di cassa necessari a soddisfare banche ed azionisti;
- e) il meccanismo di allocazione dei rischi attraverso il processo di negoziazione tra i diversi soggetti coinvolti.

Una volta chiarito che sono necessari tali elementi perché possa trattarsi di *project financing*, possono essere esaminati gli articoli da 152 a 160 che vengono dedicati dal Codice dei contratti a tale istituto¹²³.

¹²² Per un inquadramento generale sul project financing si rimanda a GATTI S. *Manuale di project finance* Milano, 1999; IMPERATORI G. *Il Project financing - una tecnica, una cultura una politica* Il Sole 24 ore, 1996.

¹²³ AA.VV. *Il Project financing nel codice dei contratti: analisi giuridico-amministrativa, economico-finanziaria e tributaria* a cura dello studio legale Mariani, Menaldi & Associati, Torino, 2007.

L'articolo 152 è, come sempre più spesso accade nella nuova tecnica di normazione, norma che esordisce descrivendo l'ambito di applicazione dell'istituto. Presupponendo infatti la definizione di finanza di progetto, la disposizione opera, al fine di rendere chiara ed applicabile la normativa applicabile in materia, una ricognizione degli articoli del codice, che, pur non richiamando espressamente l'istituto, possono esservi applicati.

L'articolo 153 è dedicato al soggetto promotore.

Nel *project financing*, si è detto, muta radicalmente la prospettiva di analisi: non si ha più una valutazione dell'equilibrio economico e finanziario dell'esecutore ma del progetto oggetto della proposta¹²⁴.

In linea con quanto già affermato dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici¹²⁵: *'A differenza del tradizionale finanziamento dell'imprenditore, basato sull'equilibrio finanziario ed economico del soggetto, il project financing si basa, pertanto, sulle prospettive reddituali e sui flussi di cassa attesi da una specifica iniziativa.. Ne consegue che il project financing non è uno strumento adatto a tutte le iniziative che richiedono elevati investimenti, ma solo a quelle dotate di un rapporto di leva tale da rendere l'iniziativa affidabile, prescindendo dalle garanzie e dall'equilibrio economico dei suoi promotori. L'iniziativa viene, pertanto, valutata esclusivamente o prevalentemente sulla base dei profitti che può generare'*.

Il ruolo del promotore¹²⁶ pertanto deve essere ripensato alla luce dell'importanza che, in tale tipo di operazione, gioca la fase di programmazione: l'Amministrazione individua i bisogni della collettività e le opere da realizzare in un programma triennale articolato in elenchi annuali, nei quali viene specificato quali

¹²⁴ Sulla proposta in generale si veda LUCIDI C. *'Manuale di Project financing'*, Roma, 2005.

¹²⁵ Atto di regolazione n. 34/2000 in G.U. 1/8/2000 n.178.

¹²⁶ Sul ruolo del promotore prima del codice dei contratti si veda LEONARDI R. *'La figura del promotore nel project financing'* in *'Project financing e opere pubbliche problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme'* a cura di FERRARI G.F.- FRACCHIA F. , Milano, 2004.

iniziative sono ritenute realizzabili mediante la finanza di progetto ossia con l'intervento del capitale privato.

Il promotore presenta alle amministrazioni aggiudicatrici la sua/le sue proposte relative a progetti già inseriti nel piano di programmazione.

La norma dell'articolo 153 non si discosta dallo schema proposto dall'articolo 37-bis della legge 109/1994, emendando però la previsione normativa che imponeva alle singole Amministrazioni di rendere pubblico l'inserimento nel programma triennale di interventi da realizzare in Finanza di Progetto, entro 20 giorni dalla relativa redazione e precisando che il *dies a quo* deve ravvisarsi nel termine per la pubblicazione dell'avviso, facendo correttamente riferimento alla approvazione del programma triennale piuttosto che alla redazione¹²⁷.

L'articolo, nell'individuazione del promotore, rinvia ai soggetti di cui all'articolo 34 del Codice e cioè tra:

- a) imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative;
- b) consorzi tra società cooperative, consorzi tra imprese artigiane;
- c) consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36 del Codice che disciplina i consorzi stabili;
- d) raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dalle lettere a) b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato come mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti. In tal caso si applica l'articolo 37 del codice;

¹²⁷ Sul punto si veda BIAGINI A. 'La realizzazione delle opere pubbliche attraverso la finanza di progetto e la concessione di costruzione e gestione' in AA.VV, 'Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Convegno in onore di Alberto De Roberto, Maggioli, 2007, pp. 215 e ss.

- e) consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 c.c. costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a) b) e c) anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter;
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del d.lgs. 23.7.1991 n. 240.

Tra i promotori sono previste anche le società di ingegneria che non siano società tra professionisti.

I promotori possono associarsi ad enti finanziatori o gestori di servizi.

Il d.p.r. n. 554/1999 in vigore prima dell'adozione del nuovo Regolamento, si sofferma sul concetto di 'idoneità' del promotore, identificandolo in colui che negli ultimi tre anni abbia partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta. In ogni caso, secondo il dettato dell'art. 99 del predetto d.p.r., il promotore dovrebbe comunque possedere almeno i requisiti richiesti al concessionario.

La formulazione utilizzata dall'articolo 153 del Codice dei Contratti appare in linea con tale definizione e non risolve la generica locuzione 'in modo significativo' che lascia ampio margine discrezionale alla P.A.

Il momento a cui deve farsi riferimento per la valutazione dei requisiti del promotore deve individuarsi in quello in cui il promotore concorre per l'affidamento della concessione, prima dell'indizione della fase di licitazione privata.

L'articolo 153 descrive poi gli elementi che deve contenere la proposta ravvisandoli nei seguenti:

- a) lo studio di inquadramento territoriale e ambientale;
- b) lo studio di fattibilità;
- c) il progetto preliminare;
- d) la bozza di convenzione

- e) il piano economico finanziario;
- f) gli elementi di cui all'articolo 83 comma 1 e cioè il prezzo, il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, il rendimento, la durata della concessione, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare;
- g) le garanzie offerte dal promotore.

La norma dell'articolo 153 ha confermato che le Amministrazioni procedenti sono tenute a nominare, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento delle proposte, il Responsabile del procedimento e a verificare la completezza della documentazione chiedendone eventualmente l'integrazione.

Il successivo articolo 155 riproduce fedelmente l'articolo 37-ter, nella versione aggiornata dalla legge n. 166/2002, prescrivendo che l'Amministrazione debba esprimersi in ordine alle proposte presentate entro 4 mesi dalla ricezione, potendo comunque il Responsabile del procedimento concordare con il promotore un termine diverso.

L'originaria formulazione dell' art. 37-ter prevedeva invece il termine entro il quale le Amministrazioni avrebbero dovuto valutare la fattibilità delle proposte, fissandolo entro il 31 ottobre di ogni anno.

Successivamente il legislatore ha riconosciuto la possibilità di presentare proposte anche dopo il 30 giugno e fino al 31 dicembre ampliando il margine temporale.

La procedura selettiva dei competitors deve avvenire in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In tale quadro procedimentale c'è da chiedersi quale sia la natura del termine indicato dal legislatore per la scelta della proposta.

L’Autorità per la Vigilanza dei Lavori Pubblici, servizi e forniture¹²⁸, ha chiarito che i termini originariamente indicati dalla legge, ad eccezione di quello del 30 giugno fissato per la presentazione della proposta, hanno natura ordinatoria, mentre quello della scelta della proposta ha natura perentoria, salvo che la P.A. non concordi il differimento con il proponente.

L’articolo 154 del Codice dei contratti, rubricato ‘Valutazione della proposta’ specifica che la pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Viene riconosciuta al promotore anche la facoltà di adeguare la propria proposta a quella risultata più conveniente.

Sul punto un cenno particolare merita la problematica del diritto di prelazione a favore del proponente¹²⁹.

In principio, si era ritenuto che la circostanza che tutti i soggetti potenzialmente interessati ad assumere il ruolo di promotore fossero informati dell’esistenza del diritto di prelazione non comportasse, proprio in ragione della trasparenza dell’informativa perfezionata dalla l. 166/2002, un’eventuale lesione dei principi di concorrenza a livello comunitario mettendo tutti i concorrenti su un medesimo piano paritetico.

Successivamente la Commissione Europea, con parere motivato del 23 ottobre 2003 ha rilevato come il riconoscimento del diritto di prelazione a favore del promotore si ponesse in contrasto con i principi stabiliti dagli articoli 44 e 49 del Trattato in tema di libertà di concorrenza, parità di trattamento, libertà di stabilimento e trasparenza.

¹²⁸ determinazione n. 34/2000.

¹²⁹ Sul punto si veda più diffusamente RUSSO T. V., *La cultura del project financing per investire nelle opere pubbliche* in *Edilizia e territorio*, 1999, n. 50, p. 62.

La riserva riconosciuta a favore del promotore di adeguare la sua offerta, secondo la Commissione, costituirebbe un forte deterrente alla concorrenza ad opera degli altri competitors.

Per ovviare a ciò, è intervenuta la l. 62/2005 che, sulla base delle direttive comunitarie ha delineato meglio i parametri in base ai quali la P.A. deve addivenire alla scelta della proposta e all'individuazione del promotore.

La risposta del legislatore nazionale è stata pertanto quella di riportare in una dimensione concorrenziale la fase di scelta della proposta, limitando anche la discrezionalità della P.A.

Alcune riflessioni devono condursi sul fatto che la scelta venga parificata, dal punto di vista procedimentale, ad una vera e propria gara¹³⁰.

Tale scelta infatti, come meglio si dirà nel prosieguo della trattazione, risponde da un lato ad un'impellente esigenza di semplificazione, dall'altro è imposta da un ripensamento della normativa alla luce della dimensione internazionale che caratterizza molte delle operazioni di *project financing*.

Ciò comporta anche un ripensamento delle fasi della procedura.

Alla scansione temporale in più fasi viene a sostituirsi un carattere unitario della stessa che, sebbene articolato in più momenti, non consente di essere parcellizzato separatamente.

Ad un primo momento volto alla individuazione ad opera della P.A della proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse, segue una seconda fase mediante licitazione privata che giunge, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei competitors ed infine una terza e conclusiva fase prevede la procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti così individuati.

¹³⁰ UVA V. 'Il PF ora è più vicino alla gara' in 'Edilizia e territorio' n. 47 del 6-11 dicembre 2004.

Le singole fasi risultano pertanto preordinate al momento culminante che si realizza nell'aggiudicazione della concessione¹³¹.

L'articolo 155 è dedicato all' 'indizione della gara'.

La scelta del sistema adottato prevede una doppia gara:

- una prima procedura 'rigida' costituita dalla licitazione privata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sul progetto preliminare presentato dal promotore (articolo 155 comma 1 lettera a));
- una procedura negoziata, quindi 'più flessibile', tra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte per la scelta definitiva del concessionario (articolo 155 comma 1 lett. b)).

Nel caso in cui a seguito della procedura negoziata, il promotore non risulti aggiudicatario, entro un congruo termine fissato dalla P.A. nel bando di gara, il soggetto promotore ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario dell'importo di cui all'articolo 153 comma 1 del codice.

Nel caso in cui invece il promotore risulti aggiudicatario sarà lo stesso a versare le somme previste dall'articolo 153 , comma 1, ai due soggetti che abbiano partecipato alla procedura.

Gli articoli da 156 a 160 sono dedicati alla Società di progetto¹³².

Dopo l'aggiudicazione, il bando di gara per l'affidamento della concessione, prevede la possibilità per il concessionario di costituire una società progetto in forma

¹³¹ Così Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847; così TAR LAZIO sez. I, 3 maggio 2007 n. 3893.

¹³² LEPORE M.C. 'Promotore finanziario, società di progetto (artt. 152-160)' in 'Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture' a cura di SANINO M. , Torino, 2006.

di S.p.A o di s.r.l anche consortile (articolo 156)¹³³. Talora tale facoltà può essere prevista dal bando di gara stesso come un vero e proprio obbligo.

Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale.

L'articolo 157 prevede la possibilità di emissione di obbligazioni da parte della società di progetto anche in deroga ai limiti previsti dall'articolo 2412 c.c.; l'articolo 158 è dedicato alla risoluzione per inadempimento, l'articolo 159 al subentro ed infine l'articolo 160 al privilegio sui crediti¹³⁴.

4.5. Il Codice dei Contratti al vaglio della Corte Costituzionale

A seguito di numerosi conflitti di attribuzione sollevati da alcune Regioni, la Corte Costituzionale, con sentenza del 23 novembre 2007 n. 401, ha analizzato la conformità di alcuni aspetti del Codice¹³⁵.

In primo luogo, la Corte ha affermato che i lavori pubblici “*non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano, a seconda dell'oggetto al quale afferiscono*” e pertanto possono essere attribuiti ora alla competenza statale, ora a quella regionale.

Non è possibile inoltre tracciare una linea di demarcazione tra le diverse sfere di competenza in base alla natura del soggetto giuridico che indice la gara, occorrendo in materia una valutazione puntuale alla luce del riformato articolo 117 Cost.

¹³³ Sulla società progetto si veda in particolare SCANO D. ‘*Project financing società e impresa*’, Quaderni di giurisprudenza commerciale n. 288, Milano, 2006.

¹³⁴ Tali articoli vengono trattati più approfonditamente nel prosieguo della trattazione nel paragrafo 5.1. lettera d) laddove si tratta della società di progetto.

¹³⁵ CARINGELLA F. ‘*Lezioni e sentenze di diritto amministrativo 2008*’, Roma, pp. 543 e ss.

Nel prosieguo della trattazione, la Corte respinge le censure che riguardano l'articolo 4, comma 2, nella parte in cui dispone che la potestà legislativa statale determina i principi fondamentali nelle materie disciplinate dal Codice. Il ragionamento condotto dalla Corte muove dal fatto che è incontestabile che spetti alla legge dello Stato la fissazione dei principi fondamentali in materia di competenza concorrente.

La Consulta passa quindi ad esaminare la conformità a costituzione dell'articolo 4, comma 3, del Codice che dispone :

‘Le Regioni, nel rispetto dell’articolo 117, comma secondo della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente Codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti, alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all’esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell’esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso. Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture’.

La Corte respinge le censure rilevando come il disposto dell'articolo vada letto alla luce della normativa a tutela della concorrenza, che, in tale ambito, è attribuita dall'articolo 117 Cost. all'esclusiva competenza statale.

La concorrenza viene delineata, nel ragionamento condotto dalla Corte, in ordine da un lato, alla sua dimensione comunitaria al fine di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici in ossequio alla libera circolazione delle merci e alla libertà di stabilimento, dall'altro, in considerazione della procedura di evidenza pubblica che garantisce il rispetto dell'efficienza

dell'attività amministrativa. La selezione della migliore offerta assicura la trasparenza nell'aggiudicazione.

La Corte conclude che la procedura ad evidenza pubblica soggiace alla disciplina statale, mentre la disciplina del subappalto, sia pure caratterizzata da forti elementi pubblicistici, deve essere disciplinata dal codice civile.

Ritenendo infondate le altre questioni relative alla fase di esecuzione e di progettazione afferma che tali fasi rientrano nell'ordinamento civile, sotto la tutela della concorrenza, dovendo garantirsi una parità di trattamento e condizioni in ossequio al principio di non discriminazione.

Pertanto, la legislazione statale potrà operare in via esclusiva per quanto attiene alla fissazione dei criteri preordinati all'esercizio della attività, ma non si estende fino ad incidere sull'attività progettuale dei soggetti aggiudicatari.

4.6. Partenariato Pubblico Privato (vantaggi e svantaggi)

Andando aldilà della dicotomia pubblico-privato, deve darsi conto del fatto che la competitività di un Paese è direttamente connessa al buon funzionamento del mercato degli appalti pubblici, vista l'enorme quantità di risorse che tale settore è in grado di produrre e veicolare.

L'importanza del *project financing* travalica tali categorie ponendosi come risposta ad una fase economica caratterizzata dalla crescente domanda di qualità nell'attività della pubblica amministrazione e dalla contestuale necessità di attuare rigorose politiche di contenimento della spesa pubblica.

Da ciò deriva l'inevitabile esigenza di coinvolgere capitali privati nella realizzazione di opere attraverso l'utilizzo degli istituti di **partenariato pubblico**

privato (PPP), caratterizzati da forme di collaborazione tra pubbliche amministrazioni e imprese private¹³⁶.

‘L’aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori. In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono far fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di beneficiare maggiormente del ‘know how’ e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica. Lo sviluppo del PPP va d’altronde inquadrato nell’evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica che passa da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo di organizzazione, di regolatore e di controllore¹³⁷. (Libro Verde sul PPP della Commissione U.E., 2004).

Il *project financing* consente quindi di sfuggire alla dicotomia tra finanziamento di opere a totale carico della P.A o ricorso esclusivo al mercato privato attraverso forme di cofinanziamento pubblico-privato in grado di massimizzare alla luce del principio di buon andamento ed efficienza della P.A la programmazione pubblica.

Il mercato del PPP continua ad aumentare per numero di iniziative e di valore e sulla base dei dati del CRESME emergono alcuni dati significativi:

- i principali committenti risultano essere i Comuni;
- il 70% delle iniziative riguarda progetti inferiori ai 5 milioni di Euro;

nei settori di attività si conferma il primato dei parcheggi, seguito da riqualificazione urbana, impianti sportivi e cimiteri.

¹³⁶ AA.VV. *‘La partnership pubblico-privato’*, in *‘I libri di Edilizia e territorio’* a cura di SANTILLI G. Il sole 24 ore, 2006.

¹³⁷ Libro Verde sul PPP della Commissione U.E., 2004.

Il project financing consente pertanto di raggiungere dei risultati con i seguenti vantaggi:

- 1) individuazione e studio delle priorità di investimento con conseguente programmazione;
- 2) limitato utilizzo di risorse pubbliche: sia nel caso di ‘opere fredde’(l’intervento non genera reddito con ricavi da utenza, ma con un canone pagato dalla P.A.) che in quello di opere ‘tiepide’(richiede una componente di contribuzione pubblica) o ‘calde’(il progetto si remunera autonomamente);
- 3) ripartizione dei rischi e dei ricavi secondo le capacità dei partecipanti al progetto;
- 4) certezza sui tempi e costi dell’investimento;
- 5) maggior coinvolgimento di soggetti specializzati che a sua volta determina una maggior partecipazione dei soggetti finanziatori.

A fronte di tali vantaggi devono però essere analizzati anche gli svantaggi che conseguono a tale operazione:

- 1) complessità del progetto e dell’allocazione dei rischi, stanti la pluralità dei soggetti partecipanti;
- 2) lunghezza dei tempi per giungere allo *start up* dovute alle negoziazioni che precedono il collaudo dell’operazione;
- 3) maggiori costi dell’intera operazione.

Alla luce di tali dati devono svolgersi alcune osservazioni.

Per la buona riuscita del progetto è infatti indispensabile che esso sia gestito dalla P.A. con logiche non strettamente burocratiche, attente solo al principio di legalità formale dei singoli segmenti del procedimento senza alcuna attenzione al risultato (ossia al procedimento complessivo posto in essere).

La discrezionalità, intesa quale ponderazione e contemperamento dei diversi interessi conosce in tale ambito un ruolo dirimente, estrinsecandosi nel razionale e motivato apprezzamento dei risultati da conseguire (a livello di organi politici) e degli strumenti più adeguati allo scopo (a livello di organi gestionali).

La discrezionalità diventa sinonimo della capacità di effettuare scelte nel rispetto della collettività e nel rispetto della legge.

I criteri di scelta negli appalti¹³⁸, seppur stabiliti di fatto con procedure rigorosamente indicate dalla legge, risolvendosi spesso in un intrigo di regole formali più che sostanziali, accompagnato dalla polverizzazione dei centri di imputazioni e ad un troppo variegato sistema di controlli, non ha impedito negli anni passati fatti degenerativi e distorsioni del sistema occultate dietro il velo di ineccepibili procedure formali.

A fronte del fallimento di tali sistemi pubblici garantistici, il ricorso alla trattativa privata sembra garantire in modo più efficace la trasparenza e la pubblica moralità.

4.7. Ambito di applicazione: codice civile o normativa speciale?

Il confine tra pubblico e privato però talvolta diventa incerto.

Cosa accade infatti quando un privato realizza un'opera di interesse pubblico? E quando può parlarsi di interesse pubblico?

Agli occhi del civilista appare evidente che anche dal punto di vista sostanziale si senta il riflesso di quanto già accaduto in campo giurisdizionale.

Il processo di erosione della giurisdizione amministrativa a favore di quella civile è infatti dettato da un'eccessiva procedimentalizzazione dello start-up delle

¹³⁸ ARTUSO D.- D'AMBROSIO P. *'Appalti pubblici di forniture e servizi'*, Napoli, 2007.

iniziative di finanza di progetto e alle difficoltà che il processo amministrativo ancora sconta in fase esecutiva.

Il rapporto tra privati, laddove in esso venga ricompresa anche la P.A. che agisca *jure privatorum*, consente un più facile epilogo in caso di inadempimento e una maggior celerità di trattativa in coerenza con quanto richiede la prassi degli affari.

È sul confine tra pubblico e privato, nel gioco dei moduli negoziali e dello strumento contrattuale, che deve fondarsi la futura ‘sfida dell’evidenza pubblica’, e conseguentemente l’incentivo alla crescita del Paese e delle iniziative infrastrutturali.

L’elefantiaca burocratizzazione del sistema pubblico italiano ha infatti portato proprio l’Italia, rispetto agli altri paesi europei, come la Francia e la Spagna, a vedere progressivamente erodersi il ruolo della P.A. in varie intraprese economiche come ad esempio la costruzione degli alloggi popolari che nel nostro Paese, quale anomalia rispetto al sistema europeo, vede, in primo luogo i privati, come soggetti interessati all’intera operazione: dalla progettazione, alla costruzione, alla vendita.

E’indubbio però che la destinazione ‘popolare’ degli alloggi comporti un interesse che è pubblico in quanto di rilevanza sociale e che pertanto necessiti di una regolamentazione da parte dello Stato.

Quanto questa regolamentazione debba estrinsecarsi in una ‘procedimentalizzazione’ con conseguente applicazione della normativa speciale sarà compito del legislatore valutarlo, attraverso un’analisi profonda che, si auspica, porti all’elaborazione di una normativa più snella anche alla luce della valorizzazione delle

competenze regionali¹³⁹ e dei centri di autonomia locali¹⁴⁰ quali Regioni e Comuni¹⁴¹.

Il project financing infatti si presenta come strumento idoneo ad incentivare anche lo sviluppo economico del Mezzogiorno¹⁴² dove da sempre le iniziative imprenditoriali stentano a decollare.¹⁴³

Sinteticamente in questa trattazione si vuole sostenere come il ricorso alla normativa pubblica come *extrema ratio* a favore della disciplina codicistica o come una maggior attenzione del legislatore per il project financing privato agevolerebbe il ricorso a tale tecnica di finanziamento in molti settori rendendo possibile anche una ripresa economica del Paese.

¹³⁹ AA.VV. *‘Il project financing nella pubblica amministrazione’* a cura di Galullo R., Il Sole 24 ore, 2003.

¹⁴⁰ AA.VV. *‘Il project financing negli enti locali’* a cura di MULAZZANI M., Milano, 2004.

¹⁴¹ MONTEDORO G. *‘Il collegato infrastrutture e la legge obiettivo tra federalismo e diritto comunitario’* in *‘Urbanistica e appalti’* n.1/2003.

¹⁴² Anche il Governatore della Banca d’Italia DRAGHI nelle sue considerazioni conclusive durante la 114° assemblea della Banca d’Italia tenutasi a Roma il 31 maggio 2008, ha dedicato ampio spazio alla necessità di incrementare il federalismo anche a livello fiscale, sottolineando la diversità della situazione del Mezzogiorno rispetto al Nord del Paese ed imputando il ritardo del primo tanto all’inefficienza della P.A. quanto alla difficile propensione alla collaborazione. Il Governatore ha quindi sottolineato come, nonostante gli ingenti investimenti finanziari, a parità di risorse investite si sconti una diversa qualità di risultati. In sintesi, nel Sud si registra troppo capitale finanziario e troppo poco capitale sociale. Il tasso di occupazione nel Sud risulta più basso di 19 punti percentuali rispetto al Nord. Alla luce di queste considerazioni, si vuole sottolineare come il project financing potrebbe trovare ampia applicazione proprio laddove la situazione appare ferma, senza prospettive di crescita economica. La capacità di autofinanziarsi del progetto potrebbe infatti essere di incentivo alla produttività bloccata anche dalla eccessiva certezza dei finanziamenti statali.

¹⁴³ NUNZIATA P. *‘Gli interventi infrastrutturali per il Mezzogiorno e la legge Obiettivo’* in Riv. Giur. Del Mezzogiorno, XVI, n. 3/2002.

4.8. L'applicazione della normativa dal punto di vista del diritto internazionale privato

Tali considerazioni trovano ulteriore riscontro se si considera che nelle operazioni di project financing vengono sovente coinvolti soggetti appartenenti a diversi ordinamenti, con esperienza e cultura giuridica molto eterogenee. Per quanto riguarda le operazioni all'estero, pertanto, la partnership con soggetti appartenenti al Paese in cui viene realizzata l'opera, è una condizione necessaria per ridurre il rischio-Paese¹⁴⁴, rischio che assume più o meno peso a seconda del contesto socio-politico geografico in cui è realizzato il progetto.

In questo caso sorgono ulteriori problemi in rapporto alla legge applicabile, inducendo le parti a predeterminare, nella misura in cui questo sia possibile, quale debba essere l'ordinamento più indicato da applicare ad ogni singolo rapporto, garantendo in questo modo la produzione di effetti il più possibile aderenti alle finalità proprie dell'intera operazione di project financing.

Il principio, quasi universalmente accolto, dell'autonomia dei contraenti nella determinazione della legge applicabile al rapporto, recepito in Italia dall'articolo 57 della l. 218/1995, consente alle parti di ciascun contratto accedente ad un'operazione di project financing di scegliere l'ordinamento più idoneo a disciplinare i rapporti dando così vita a quello che tecnicamente viene definito come *'forum shopping'*.

La dottrina internazional-privatistica ha lungamente discusso sulla portata dell'autonomia attribuibile alle parti, oscillando tra due tesi opposte¹⁴⁵.

Secondo la prima, le parti di un contratto internazionale godrebbero della più ampia autonomia tanto da ricondurre il carattere di internazionalità del contratto come elemento idoneo a sottrarne la disciplina ad altri ordinamenti rimettendola alla

¹⁴⁴ GATTI S., RIGAMONTI A., SAITA F., SENATI M., *'La misurazione del Value at Risk nelle operazioni di project financing in Newfin- Università Bocconi n. 6/2005.*

¹⁴⁵ Per una disamina delle varie posizioni dottrinarie si veda MOSCONI F. *'Diritto internazionale privato'*, Torino, 2001.

sola volontà dei contraenti; la seconda sostiene, invece, che l'autonomia delle parti nella scelta della legge applicabile al rapporto, sarebbe limitata al solo ambito delle norme di natura dispositiva dettate da un altro ordinamento, autoritativamente prescelto sulla base di un nesso di collegamento della fattispecie stabilito ex lege.

Ad un'interpretazione oculata pare difficilmente ammissibile che, in tale ipotesi, l'autonomia privata possa esplicarsi in maniera assoluta.

Essa incontra infatti i limiti invalicabili dell'ordine pubblico dell'ordinamento prescelto, oppure si scontra con il fatto che le norme di conflitto della lex fori rimandino la fattispecie negoziale alle disposizioni di applicazione necessaria di un altro ordinamento che riveli uno stretto legame con la fattispecie in oggetto¹⁴⁶.

Nella prassi internazionale sono inoltre conosciute alcune particolari tecniche per agevolare la semplificazione della disciplina delle operazioni economiche come quella del *depeçage*¹⁴⁷, che scinde il rapporto contrattuale in tanti singoli aspetti, ognuno dei quali può essere disciplinato da un diverso corpus normativo a seconda del nesso di collegamento da ciascuno rinvenibile con la lex fori o del *issue-by-issue approach* convenzionale, mediante la scomposizione del rapporto in tanti singoli aspetti, ad ognuno dei quali sia attribuita una diversa legge regolatrice. In tal caso, si è soliti parlare anche di *métissage*. Tale tecnica può risultare particolarmente utile ove le norme di conflitto della lex fori non facciano riferimento alla legge del luogo di residenza di un istituto presente nella fattispecie e sconosciuto alla giurisdizione competente.

Si pensi ad esempio ad un accordo di finanziamento garantito da un bene o da un diritto gestito da un *trustee* intermediario tra banca e prestatore residente in una giurisdizione differente da quella dell'ordinamento reggente l'intero negozio di finanziamento.

¹⁴⁶ BORTOLOTTI F. 'Diritto dei contratti internazionali, Padova, 2000.

¹⁴⁷ SALSI G. 'La legge applicabile alle operazioni di project financing' in 'Il project financing' a cura di VACCÀ C., introduzione di DRAETTA U., Milano, 2002.

Da tali osservazioni risulta chiaramente come la prassi commerciale internazionale richieda una disciplina normativa più snella e agile che consenta a soggetti ‘multinazionali’ di poter effettuare investimenti e sostenere progetti che non restino imbrigliati nei ‘lacci e laccioli’ dell’elefantiaca normativa italiana.

Il caso degli alloggi popolari ben dimostra come il mercato si serva di altre vie per aggirare la normativa procedimentale fatta di tempi troppo lunghi e attese interminabili.

Anche l’influenza comunitaria spinge in tal senso.

Il contratto, e non è un caso che la nuova normativa sia intitolata appunto ‘Codice dei contratti’, appare il congegno negoziale capace di consentire, se ben articolato, una idonea programmazione dell’intera operazione.

Restano quindi da analizzare i singoli contratti dal punto di vista teorico ma anche attraverso la realizzazione del progetto già realizzato del Parco Commerciale in Giugliano in Campania, cui sarà dedicato il capitolo quinto.

Capitolo Quinto

I singoli contratti: il parco commerciale di Giugliano in Campania

5.1. La struttura contrattuale:

- a) la convenzione tra P.A e società aggiudicataria
- b) il contratto di concessione e gestione
- c) il contratto di finanziamento
- d) l'atto costitutivo della società di progetto (SPV)

5.2. Il parco commerciale di Giugliano in Campania

- 5.2.1. Descrizione del progetto
- 5.2.2. Criticità e punti di forza

*'Where Freedom slowly broadens down from precedent to precedent'*¹⁴⁸

Tennyson

5.1. La struttura contrattuale.

I contratti costituiscono la piattaforma su cui poggia la vicenda progettuale, consentendo il trasferimento dalla realtà economico-finanziaria a quella giuridica. Lo studio delle forme contrattuali¹⁴⁹ rappresenta pertanto una fase molto delicata nella quale si forgiavano moduli negoziali e consensuali che danno vita a convenzioni ed accordi.

Nella multiforme e variegata complessità che la prassi contrattuale internazionale conosce, esistono degli elementi di continuità tra le varie operazioni che paiono individuabili nei seguenti moduli contrattuali:

- a) la convenzione tra P.A e società aggiudicataria;
- b) il contratto di concessione e gestione;
- c) il contratto di finanziamento;
- d) l'atto costitutivo della società di progetto.

a) La convenzione tra P.A. e società aggiudicataria

La convenzione è lo schema contrattuale che solitamente si pone alla base del contratto di concessione e gestione.

Parte della dottrina fa rientrare tale schema tra negli accordi tra P.A. e privati.

¹⁴⁸ Trad.it *'Dove la libertà lentamente si amplia di precedente in precedente'*.

¹⁴⁹ Per una disamina completa delle varie tipologie contrattuali si veda *'I contratti della Pubblica Amministrazione'* in AA.VV. *'I contratti in generale'*, tomo I, a cura di Paolo Cendon, Torino, 2000, p.520 e ss.

Si sottolinea in questa sede come la diffusione del modello consensuale attesta l'esercizio del potere democratico della potestà amministrativa nei confronti del privato e si pone in linea con una nuova logica di collaborazione con gli enti pubblici autonomi

La disciplina degli accordi amministrativi tra P.A. e privati è prevista dall'articolo 11 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

La legge distingue gli accordi endoprocedimentali, cioè accordi che rappresentano il contenuto discrezionale del provvedimento che la P.A. adotterà successivamente dagli accordi sostitutivi del provvedimento che si formano una volta concluso il procedimento.

Secondo la tesi privatistica tali accordi avrebbero la natura di contratti di diritto comune ad oggetto pubblico, caratterizzati dalla presenza di posizioni giuridiche di diritto-obbligo; secondo la tesi pubblicistica sarebbero riconducibili alla figura del contratto di diritto pubblico. Altri ancora, li qualificano come provvedimenti concordati per l'esercizio del potere pubblico.

All'adozione dell'una o dell'altra tesi consegue un diverso regime di invalidità e dei rimedi esperibili in caso di inadempimento.

La convenzione, conseguendo all'aggiudicazione definitiva, rientrerebbe secondo alcuni negli accordi sostitutivi del provvedimento *ex art. 11 legge n. 241/90*.

Al contempo, essa è espressione anche dell'attività 'negoziale' di diritto privato della P.A. in conformità a quanto stabilito dal nuovo articolo 1, comma 1-*bis* della l. n. 241/190 come modificato dalla l. n. 15/2005.

La norma stabilisce 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'*.

Pertanto, può dirsi che alla P.A. viene riconosciuta la facoltà di agire secondo i modelli privatistici laddove non decida di ricorrere all'esercizio del potere autoritativo; essa non ha l'obbligo di agire secondo il diritto privato ma ne ha facoltà laddove lo ritenga opportuno¹⁵⁰.

La convenzione è quindi sintesi da un lato del potere discrezionale di scelta della P.A e dall'altro è espressione del suo potere negoziale 'privato'.

Rientrando tra i contratti in cui è parte la P.A., la convenzione richiede la forma scritta e pertanto deve essere stipulata al cospetto di un Notaio.

In via esemplificativa si ricorre ad uno schema di convenzione di *project financing* aggiornato¹⁵¹ alla più recente normativa.

Repertorio n...

Raccolta n...

CONVENZIONE

REPUBBLICA ITALIANA

L' anno... il mese.. il giorno..., in..

Innanzi a me notaio....., con sede in... iscritto presso il Collegio Notarile di...

Sono comparsi:

¹⁵⁰ In tal senso TAR Lazio, Sez. II *ter*, 3.3.2006 n. 1654, ha evidenziato che *'l'azione autoritativa non è stata rimpiazzata dal principio del favor 'per il contratto , ma, nel testo della legge, provvimento e contratto sono posti sullo stesso piano quali esiti del procedimento partecipato; tuttavia, l'atto amministrativo non è più il solo strumento della cura di interessi pubblici, essenziale è il fine pubblico, fungibili sono gli strumenti attraverso cui perseguirlo (il fine pubblico può essere perseguito anche attraverso la diretta negoziazione del contenuto del provvedimento finale')*.

¹⁵¹PUCA M.V. *'Schema di convenzione Project financing (1)'* in *'Notariato'* n. 6/2006 p. 685 e ss.

Il Comune di..., in persona del Sindaco pro-tempore Sig... domiciliato per la carica presso la sede comunale in via... (di seguito il “Comune”) autorizzato alla stipula del presente atto in virtù di..

e

La Società..., con sede legale in..., c.f. e partita IVA n..., in persona del legale rappresentate Sig. (di seguito il ‘Concessionario’) autorizzato alla stipula del presente atto in virtù di...

Dell’identità personale e dei poteri dei costituiti io Notaio sono certo i quali:

PREMESSO

che il Comune, giusta delibera n... del... ha approvato la realizzazione di... per complessivi mq... circa di superficie a destinazione, inserito nel programma triennale delle opere pubbliche del medesimo Comune per l’annualità, da affidare in concessione secondo il modello del ‘project financing’ disciplinato dagli articoli 37-bis e seguenti della l. 109/1994 come modificati dagli articoli 152 e ss. del d.lgs n. /2006 e successive modificazioni ed integrazioni (di seguito ‘la Legge’), senza oneri a carico del Comune;

che il Comune, giusta delibera n..... del... ha provveduto ad individuare come promotore la Società... (di seguito ‘il Promotore’) in quanto in possesso dei requisiti e delle qualifiche stabiliti dalla Legge, e ad approvare il progetto preliminare per la realizzazione della suddetta Opera Pubblica da quest’ultimo predisposto, con allegata la presente convenzione (di seguito la ‘Convenzione’);

che il Comune, giusta delibera n... del... ha indetto la gara di cui all’art. 155 comma 1 lettera a della Legge che si è svolta, mediante licitazione privata, ponendo a base di gara il progetto preliminare di cui sopra nonché i valori degli elementi

necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal Promotore;

che all'esito della procedura negoziata di cui all'articolo 155 comma 1 lettera b della Legge, svoltasi, a cura del Comune, tra il Promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla precedente linea, il Comune medesimo, giusta delibera n.... del.... Ha provveduto ad aggiudicare al Concessionario in epigrafe la concessione di costruzione e gestione per la realizzazione dell'opera la cui disciplina è contenuta nella presente Convenzione.

Tanto premesso, per formare parte integrante e sostanziale del presente atto, tra le parti in epigrafe si conviene e si stipula quanto segue:

Articolo 1 - Oggetto della Concessione

Il Comune, come sopra rappresentato, affida in concessione, ai sensi della Legge, al concessionario che accetta quanto segue:

la progettazione definitiva ed esecutiva, da effettuarsi in conformità alle leggi vigenti e sulla base del progetto preliminare predisposto dal Promotore ed allegato sub 'A', di.... (di seguito, anche, l' "Opera");

l'esecuzione dei lavori previsti dal progetto definitivo ed esecutivo;

la gestione funzionale ed economica dell'intero impianto, comprensiva di manutenzione ordinaria straordinaria e adeguamento della normativa degli impianti e delle strutture;

il finanziamento economico dell'intervento.

Articolo 2 - Durata della Concessione

La durata della concessione è stabilita in anni.... Al termine della concessione il Concessionario si impegna a consegnare al Comune l'Opera perfettamente

funzionante ed in buono stato di manutenzione, senza che sia dovuto alcun indennizzo o compenso a titolo di avviamento né a qualsiasi altro titolo anche per eventuali migliorie. La presa in consegna verrà effettuata con apposito verbale di contestazione redatto a cura del responsabile del procedimento indicato dal Comune.

Articolo 3 - Diritti del Concessionario

Al Concessionario è riconosciuto quale corrispettivo, il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente l'intera Opera, per tutta la durata della concessione, facendo propri i proventi della gestione stessa.

Al Concessionario sono inoltre riconosciuti i seguenti diritti e benefici:

(ad esempio)

diritti su spazi pubblicitari interi e su superfici esterne per la durata della concessione:

elevazione di contravvenzioni e/o rimozione forzata degli autoveicoli in divieto di sosta in un raggio di m. 1000 da quello del sito dell'opera;

divieto permanente di sosta nel sito dell'opera;

.....

Il Comune provvederà a sua cura e spese alla stipula di un contratto di assicurazione sui rischi a copertura del danno causato da impedimenti dovuti alla presenza di manufatti di valore storico artistico nel sottosuolo, i quali rendano possibile il buon esito della costruzione dell'opera pubblica. Il massimale è di Euro...

L'assicurazione terminerà al momento di emissione del verbale di fine lavori, che sarà redatto a cura del responsabile del procedimento.

Articolo 4 - Fonti finanziarie

Il Concessionario si impegna a finanziare la realizzazione dell'opera con l'apporto di mezzi propri o di capitali privati di terzi. Egli potrà associare all'operazione di finanza di progetto anche istituti finanziatori (banche o intermediari finanziari) prima dell'inizio dei lavori e comunque previo benestare del Comune.

Articolo 5 - Garanzia di esecuzione

Il Concessionario si impegna a prestare garanzia fideiussoria finalizzata a garantire la buona esecuzione dei lavori.

Articolo 6 - Programma dei lavori tempi di consegna e proroghe

Il Concessionario si impegna alla realizzazione dell'Opera secondo i seguenti tempi, più dettagliatamente indicati nel 'cronoprogramma' dei lavori allegato al progetto preliminare sub "A":

entro tre mesi dalla data di aggiudicazione: ultimazione della progettazione definitiva;

entro tre mesi dall'approvazione della progettazione definitiva: ultimazione della progettazione esecutiva;

entro quindici mesi dall'approvazione della progettazione esecutiva: ultimazione dei lavori;

entro quindici giorni dalla data di ultimazione del collaudo: inizio dell'attività di gestione.

Il Comune si impegna

entro 45 (quarantacinque) giorni dalla data di consegna della progettazione definitiva ad approvarla, qualora ne ricorrano le condizioni, previa convocazione della conferenza di servizi;

entro 30 (trenta) giorni dalla data di consegna della progettazione esecutiva: ad approvarla, qualora ne ricorrano le condizioni.

L'approvazione della progettazione da parte del Comune sarà data dal responsabile del procedimento indicato dal Comune con apposito ordine scritto.

Articolo 7 - Penalità

Il concessionario, in caso di mancato completamento dell'Opera per fatto proprio entro il termine stabilito al precedente articolo 6, cui consegua un ritardo nell'inizio della gestione, si impegna a versare al Comune a titolo di penale, la somma di Euro..... per ogni giorno di ritardo.

Nel caso in cui i ritardi non giustificati siano invece addebitabili a mancate approvazioni da parte del Comune, quest'ultimo sarà tenuto a riconoscere i maggiori oneri di cui al regolamento di attuazione approvato con D.P.R. 554/1999.

In caso di mancato completamento dell'opera per sospensioni dovute a causa di forza maggiore, il Concessionario non dovrà corrispondere alcuna penale ed avrà diritto alla proroga della durata della concessione di un termine pari alla durata della sospensione.

Articolo 8 - Progetto e direzione dei lavori

Il concessionario si impegna alla prestazione dei servizi di ingegneria riguardanti le progettazioni definitiva ed esecutiva dell'Opera e la direzione dei lavori avvalendosi di un professionista iscritto all'Albo degli Ingegneri o degli Architetti all'uopo incaricato e gradito al Comune, in ottemperanza alle norme di legge ed a regola d'arte. La progettazione sarà conforme, in particolare, a quanto

previsto dalla Legge e dal relativo regolamento di attuazione approvato con D.P.R n. 554/1999 e sue successive modifiche.

Sono comprese nell'attività progettuale anche le indagini specialistiche necessarie (geologica, geotecnica, idrologica, sismica ecc.) nonché l'elaborazione del progetto statico, impiantistico, antincendio, di emergenza, il piano di sicurezza del cantiere ed il piano di manutenzione.

Il Comune si riserva di incaricare propri tecnici interni e/o di fiducia per la progettazione architettonica ed urbanistica legata alla sistemazione ambientale del luogo ove sarà ubicata l'Opera ovvero.... Tale progettazione sarà integrata con quella riguardante l'Opera di cui alla presente Convenzione.

Articolo 9 - Modalità di esecuzione e caratteristiche dell'opera

Contemporaneamente alla predisposizione del progetto definitivo, il Concessionario elaborerà un "piano alternativo per il traffico" riguardanti la viabilità interessata dalla presenza del futuro cantiere, d'intesa con il responsabile del procedimento del Comune il quale si attiverà per l'effettuazione delle necessarie operazioni connesse con:

la deviazione del traffico, così da delimitare l'area da consegnare al Concessionario;

Sarà quindi cura del Concessionario eseguire tutte le opere provvisorie a termini di legge ed a sue spese.

Nel corso dei lavori, il Concessionario dovrà prestare particolare cura alla presenza di reperti di interesse storico archeologico e di cavi, tubazioni, condutture, altri manufatti.

In caso di riscontro di manufatti, reperti, tubazioni, ecc., dovrà informare immediatamente il responsabile del procedimento ed adottare tutte le necessarie misure per l'incolumità fisica dei lavoratori e delle persone.

Il Comune effettuerà i necessari interventi di propria competenza, provvedendo a segnalare immediatamente la presenza di manufatti, tubazioni ecc. agli Enti e/o alle società a qualsiasi titolo interessate; la deviazione delle utenze sarà effettuata a cura e spese del Concessionario.

La costruzione del manufatto interrato dovrà essere eseguita dal Concessionario a termini di legge al fine di consentire il successivo svolgimento delle attività connesse alle destinazioni d'uso stabilite dalla presente Convenzione.

Articolo 10 - Manutenzione e gestione dell'opera realizzata

Il servizio di gestione dell'opera dovrà essere attuato mediante....segnalazione barriere automatiche agli ingressi ed alle uscite, dispositivi antincendio e di emergenza, segnalazione delle vie di fuga anche luminose, cartellonistica, orologi tariffari, detectors per rilevamento veicoli, segnali luminosi di capienza del parcheggio visibili e quant'altro necessario per la completa funzionalità del servizio secondo i migliori standard del momento.

L'orario di apertura dovrà essere compreso tra le ore...e le ore...dei giorni feriali. L'orario di apertura dei giorni festivi sarà da definire in relazione alla possibile richiesta dell'utenza.

La tariffa durante il normale orario di apertura è stabilita in....euro/ora (o sua frazione), compresa IVA; essa sarà automaticamente aggiornata di anno in anno mediante applicazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo, a partire dall'anno..... con arrotondamento al decimale di Euro (0,1).

Eventuali tariffe agevolate potranno essere proposte al Concessionario all'utenza per abbonamenti giornalieri, settimanali, mensili e/o annuali.

Il Comune ha facoltà di richiedere la sospensione di contratti di locazione, anche degli spazi pubblicitari, in caso di attività che siano fonte di inquinamento anche acustico.

Sono comprese nell'attività di gestione i servizi di pulizia, di manutenzione ordinaria e straordinaria e di aggiornamento tecnologico degli impianti esistenti, sia tecnici ad uso delle diverse attività che legati all'opera, così da consegnare, al termine della concessione, l'opera perfettamente funzionante.

Articolo 11 - Ulteriori garanzie assicurative

Il Concessionario si obbliga a prestare, oltre alla garanzia di esecuzione di cui all'articolo 5 anche le seguenti garanzie:

- Polizza assicurativa RC per la durata dell'intera concessione con massimale di Euroda affiorare di anno in anno secondo l'indice ISTAT dei prezzi al consumo;

- Polizza indennitaria decennale di garanzia con un massimale di Euro....

- Polizza assicurativa contro i rischi di incendio, scoppio, terremoto ecc., a favore del Comune, per un massimale pari all'importo del costo di costruzione e degli impianti tecnologici a partire dall'anno.....con un massimale di Euro..... da aggiornare di anno in anno secondo l'indice ISTM dei prezzi al consumo.

Articolo 12 - Vigilanza sui lavori e collaudo

La vigilanza sui lavori sarà effettuata dal responsabile del procedimento del Comune che si avvarrà di un collaudatore in corso d'opera. La prestazione di vigilanza sarà resa in conformità a quanto stabilito dalla Legge e dal relativo regolamento di attuazione.

Il collaudatore suddetto (laureato in ingegneria o in architettura) sarà nominato a scelta del Comune e sarà a carico del Concessionario. Il collaudo sarà svolto in

corso d'opera e comunque dovrà essere completato entro sei mesi dalla data di ultimazione dei lavori di costruzione dell'edificio. Il collaudo statico verrà eseguito nei tempi e nei modi previsti dalle normative di legge e comunque prima del rilascio dell'agibilità e dell'attivazione del servizio di gestione.

Articolo 13 – Risoluzione e revoca concessione

In ipotesi di inadempimento dovuto a fatto del Comune o del Concessionario così come in ipotesi di revoca della concessione per motivi di pubblico interesse, si farà riferimento agli articoli.... della Legge, fatto sempre salvo il diritto al risarcimento del danno della parte non inadempiente, nonché, in ipotesi di revoca, l'indennizzo a favore del Concessionario.

Articolo 14 – Cessione della convenzione

La presente convenzione può essere ceduta a terzi soltanto previo consenso rilasciato per iscritto dal Comune.

Articolo 15 – Spese della convenzione

Le spese relative alla presente Convenzione e consequenziali, ivi comprese quelle di carattere fiscale, sono a totale carico del Concessionario.

Articolo 16 – Controversie

Qualsiasi controversia di natura tecnica o giuridica dovesse sorgere in ordine all'interpretazione, esecuzione e/o risoluzione, in corso e/o al termine della

concessione, sarà deferita alla competenza arbitrale ai sensi dell'articolo 150 del D.P.R. n. 554/1999.

b) Il contratto di concessione e gestione

Originariamente la differenza tra il contratto di appalto della P.A. e la concessione si ravvisava nel fatto che l'appalto veniva qualificato alla stregua di un contratto di diritto privato, mentre la concessione veniva intesa come un provvedimento amministrativo, traslativo di funzioni, potestà, compiti pubblici, nonché caratterizzato da una componente fiduciaria nell'individuazione del soggetto considerato meritevole.

La nozione comunitaria di 'concessione'¹⁵², ora recepita dal Codice dei Contratti, si mostra insensibile al dato formale del *nomen* dell'atto spostando l'attenzione sul sostanziale vantaggio competitivo che la P.A. può conferire ad un imprenditore privato, ponendo così in essere un comportamento lesivo della concorrenza.

Il diritto comunitario pertanto abbatte le differenze tra la nozione di 'appalto' e quella di 'concessione', come ben evidenzia la definizione di concessione di lavori pubblici e servizi di cui all'articolo 3, commi 11 e 12 del Codice dei contratti pubblici, laddove dette concessioni sono qualificate come "contratti" che presentano le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori e di servizi, ad eccezione del corrispettivo che nelle concessioni consiste nel diritto di gestire l'opera o il servizio accompagnato da un prezzo.

Le concessioni sono soggette alle regole di 'evidenza pubblica' laddove con tale espressione si fa riferimento ad un modulo procedimentale che si condensa in una serie di atti amministrativi volti a controllare la rispondenza all'interesse pubblico di ogni contratto, sia dal punto di vista dell'*an*, sia dal punto di vista del contenuto del contratto, sia dal punto di vista dei principi comunitari.

¹⁵² TULLIO A. 'La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di Project Finance in 'Economia e diritto del terziario' n. 1/2005 pp.175 e ss.

Il Codice dei contratti pubblici accoglie infatti un concetto di evidenza pubblica di derivazione comunitaria, mutuandolo dal Trattato e dalle direttive sugli appalti, che valorizza la tutela della concorrenza ai fini dell'attuazione dei principi di libertà di circolazione dei servizi e di libertà di stabilimento.

c) Il contratto di finanziamento

Il contratto di finanziamento concluso tra la società progetto e le banche finanziatrici costituisce il perno dell'intera architettura contrattuale.

È opportuno in questa sede evidenziare come la documentazione contrattuale relativa a questa fase dell'operazione sia mutuata dal diritto inglese¹⁵³ e come essa abbia comportato dei problemi di innesto nel nostro ordinamento.

Tale circostanza è stata dettata da un lato dall'esigenza delle banche di presentare, anche sul mercato internazionale, a dei potenziali sottoscrittori di quota parte del finanziamento una documentazione 'collaudata e diffusa, tale da consentire agli stessi una più facile possibilità di confronto; dall'altro dalla non sufficiente elaborazione, da parte degli operatori del diritto italiani, di strumenti appropriati alla ricezione nell'ordinamento nazionale del nuovo istituto.

L'elaborazione del contratto di finanziamento si basa principalmente su due documenti:

- il *due diligence report* che è composto da una descrizione del contesto legale del progetto e da una *risk analysis* che evidenzia i punti deboli del progetto;

¹⁵³ SCHIAVELLO E. - GEWIRTZ J. 'Aspetti legali: common law e civil law' in AA.VV. 'Operatività del contratto nella finanza di progetto. L'esperienza britannica e l'Italia' Atti del Convegno tenutosi a Torino il 23 giugno 2000.

- il *term sheet* che è un prospetto schematico dei principali termini di un documento contrattuale che viene concordato tra le parti in vista della stesura del documento stesso da parte dei consulenti legali; esso stabilisce i termini essenziali del *credit agreement*: i termini economici e le disposizioni contrattuali fondamentali, prevede le modalità del *security package* cioè del pacchetto di garanzie che assiste l'intero progetto.

Il contratto di finanziamento è generalmente composto da una serie di contratti che possono essere distinti nei:

- *finance documents* costituiti dal *credit agreement* e dai documenti a questo legati;
- *security documents* composti dai contratti di garanzia;
- *project agreements* che concernono i contratti operativi della società di progetto;

Il *credit agreement* è il fulcro dell'intero contratto di finanziamento.

Trasposto nell'ordinamento italiano, si tratta di un contratto di apertura di credito.

Infatti, mediante tale contratto i finanziatori si impegnano, senza vincolo di solidarietà passiva, a mettere a disposizione della società di progetto delle risorse finanziarie sino a un massimo predeterminato a sua richiesta.

Ogni finanziamento di progetto viene poi suddiviso in *facilities*. Una *facility*, dal punto di vista formale, è una distinta operazione di credito, avente scopo e trattamento contrattuale almeno parzialmente distinti dagli altri.

Nella standardizzazione contrattuale generalmente si distingue una *base facility*, una *facility* di supporto e una *stand-by facility* destinata a finanziare gli extra costi della costruzione che non sono stati previsti dal budget iniziale.

In molti *credit agreements*¹⁵⁴ è anche prevista la cessione dei crediti da parte di un finanziatore. Tale cessione può avvenire in due momenti tipici: all'inizio del finanziamento, in sede di sindacazione, e successivamente, quando uno dei finanziatori intende smobilizzare l'investimento costituito dalla partecipazione al finanziamento.

Ovviamente non è pensabile la cessione del finanziamento da parte della società di progetto.

Normalmente i *credit agreements* non prevedono che la parte ceduta debba prestare il suo consenso alla cessione del finanziamento da parte dei finanziatori.

La prassi economica, dettata dalla *lex mercatoria*, in tal caso va contro la norma del diritto italiano secondo cui la cessione del contratto, quando possibile, è effettuabile con il consenso della controparte; norma che però può essere derogata da una previsione del consenso anticipata concordata tra le parti.

Data la complessità del contratto di finanziamento per riportarne integralmente la formulazione si rimanda agli allegati 1 e 2 per una sintesi degli elementi che in esso devono essere contenuti.

d) L'atto costitutivo della società di progetto (SPV)

La società di progetto¹⁵⁵ risponde all'esigenza di realizzare il cosiddetto *ring fence*.

Con tale espressione si definisce l'effetto segregativo tra le situazioni giuridiche ed economiche relative agli *sponsors* e quelle relative al progetto.

¹⁵⁴ Una descrizione dettagliata dei singoli contratti si trova in GATTI S. '*Manuale di project finance* ', Milano, 1999.

¹⁵⁵ Per una disamina completa della società di progetto si rimanda a SCANO D., '*Op. cit.*'

Tale separazione costituisce un dato imprescindibile del *project financing* ma essa non necessariamente si realizza attraverso la costituzione di una società ad hoc.¹⁵⁶

La riforma societaria¹⁵⁷ ha introdotto infatti ulteriori opzioni come i ‘patrimoni destinati ad uno specifico affare’ previsti all’art. 2447-bis del codice civile, che astrattamente costituiscono possibili valide alternative al modello societario.

La pratica internazionale conosce anche l’istituto del *trust*, o altre figure giuridiche (in cui forte è il vincolo impresso dalla destinazione) che consentono un’ autonomia patrimoniale perfetta.

Pertanto, la pratica operativa (e il caso esaminato in questa trattazione ne costituisce conferma) evidenzia come la soluzione preferita sia quella di ricorrere al modulo societario. Lo stesso Codice dei Contratti pubblici si riferisce espressamente all’articolo 156 alla società di progetto.

Deve rilevarsi, in questa sede, che spesso nelle operazioni di *project financing* i principali soggetti sono rappresentati da gruppi societari

Il tipo societario¹⁵⁸ da scegliersi deve tener conto di alcune caratteristiche dell’operazione.

¹⁵⁶ DRAETTA U. ‘*Il project financing nella prassi del commercio internazionale*’ in Dir. Comm. Int. 1994, p. 495 e ss.

¹⁵⁷ La riforma delle società di capitali è stata attuata con d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6. I principi ispiratori della stessa sono desumibili dalla legge delega del diritto societario, legge 3 ottobre 2001 n. 366, pubblicata anche su *Riv. Soc.*, 2002 p. 27 e ss. cui si rinvia. Si veda anche VIETTI M. ‘*Le linee guida della riforma del diritto societario*’ in ‘*Le società*’, 2003, numero monografico.

¹⁵⁸ TOFFOLETTO A. ‘*Project financing e profili di diritto societario: alcune riflessioni alla luce della riforma delle società di capitali*’ in ‘*Project financing e opere pubbliche: problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*’ a cura di FERRARI F-FRACCHIA F., collana di diritto dell’economia diretta da Piergaetano Marchetti, Milano, 2004, pp. 71 e ss.

È di tutta evidenza come, sul piano delle concretezze, il ricorso alle società di persone non consenta la separazione patrimoniale della società dal patrimonio dei soci.

Secondo il disposto dell'articolo 2270, primo comma c.c.¹⁵⁹ si creerebbe in tal caso un conflitto tra i creditori particolari del socio-*sponsor* e i finanziatori dell'iniziativa, con pratica impossibilità di una stabile destinazione dei *cash flows* generati al progetto, al servizio del rimborso del prestito.

Il tipo societario idoneo deve quindi da un lato garantire in termini assoluti la limitazione della responsabilità del socio verso i terzi al solo conferimento e, dall'altro, evitare che i creditori particolari del socio possano condizionare in qualsiasi modo il programmato sviluppo dell'iniziativa.

Alla luce di tali considerazioni, il tipo sociale da preferirsi è quello della società di capitali, sia essa intesa come società per azioni o società a responsabilità limitata.

La società cooperativa, dato il preminente scopo mutualistico e i conseguenti vincoli organizzativi e finanziari non pare rispondere alle esigenze di flessibilità richieste dall'operazione di *project financing*.

Le società consortili, non paiono idonee a garantire la separazione patrimoniale tra società e soci. Inoltre, le contrastanti opinioni¹⁶⁰, sull'applicazione della disciplina del consorzio o del tipo societario prescelto alle

¹⁵⁹ Art. 2270 c.c. *Creditore particolare del socio*.- Il creditore particolare del socio, finché dura la società, può far valere i suoi diritti sugli utili spettanti al debitore e compiere atti conservativi sulla quota spettante a quest'ultimo nella liquidazione.

Se gli altri beni del debitore sono insufficienti a soddisfare i suoi crediti, il creditore particolare del socio può inoltre chiedere in ogni tempo la liquidazione della quota del suo debitore. La quota deve essere liquidata entro tre mesi dalla domanda, salvo che sia deliberato lo scioglimento della società.

¹⁶⁰ Su tale punto si segnala Cass. 27 novembre 2003 n. 18113 che ha affermato la prevalenza della disciplina del tipo societario rispetto al consorzio.

società consortili sconsigliano l'adozione di tale tipo societario a fronte dell'esigenza di certezza richiesta da operazioni economiche complesse.

Tuttavia, deve sottolinearsi che l'articolo 156, primo comma, del Codice dei Contratti (recependo quanto già disposto dall'articolo 37 *quinquies* della legge n. 109/1994), prevede la possibilità di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile.

I modelli più idonei rimangono però quello della S.p.A o della s.r.l.

La scelta tra i due si gioca sulla struttura finanziaria dell'operazione. Ogni qualvolta la struttura finanziaria dell'operazione contempli il ricorso al pubblico risparmio, l'adozione dello schema della s.r.l. deve considerarsi precluso.

Esso troverà invece applicazione in tutti i casi in cui la circolazione delle partecipazioni possa avvenire attraverso strumenti diversi dalle azioni, valorizzando il ruolo dei finanziatori, privilegiando la centralità del ruolo del socio e un controllo più penetrante sulla società.

In ambito societario ulteriori profili risultano di particolare interesse. Senza pretese di esaustività si accenna, in questa sede, ad alcuni tra i più significativi.

La riforma del diritto societario ha eliminato, con riguardo alla suddivisione del capitale, la rigida proporzionalità tra i conferimenti e l'entità della partecipazione dei soci¹⁶¹.

Tale innovazione consente nelle operazioni di *project financing* una migliore distribuzione delle partecipazioni.

¹⁶¹ L'articolo 2436 c.c. prevede che, per disposizione dell'atto costitutivo, l'assegnazione delle azioni possa avvenire in modo non proporzionale alla parte del capitale sottoscritta e l'articolo 2468, secondo comma, detta una disposizione analoga per la s.r.l.

Può infatti verificarsi ora la possibilità che un singolo socio effettui l'intero conferimento liberando il cento per cento del capitale sociale e che poi le relative partecipazioni vengano assegnate in modo non proporzionale tra i soci¹⁶².

Nella s.r.l, tale previsione viene ulteriormente ampliata dalla possibilità concessa ai soci di effettuare, ai sensi dell'articolo 2464, quarto comma, c.c., conferimenti d'opera.

Nell'ambito del *project financing* è possibile prevedere la partecipazione di imprenditori che dovranno occuparsi della realizzazione dell'opera.

Si rimarca in questa sede che nella S.p.A l'apporto mediante conferimento d'opera può essere consentito, ai sensi dell'articolo 2345 c.c., soltanto mediante prestazioni accessorie .

Ulteriori possibilità vengono introdotte dalla possibilità di modulare il diritto di voto incidendo sulle *governance* societaria in maniera strumentale agli obiettivi richiesti dalla specificità dell'operazione di *project financing*.

Un altro profilo rilevante concerne l'emissione di obbligazioni da parte della società progetto.

L'articolo 157 del Codice dei contratti pubblici prevede la generica possibilità per le società di progetto, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, anche in deroga ai limiti di cui all'articolo 2412 c.c., di emettere obbligazioni nominative o al portatore purché garantite mediante ipoteca.

La disposizione, sembra prevedere la possibilità di emissione di obbligazioni anche per la s.r.l. La dottrina prevalente e la giurisprudenza

¹⁶² PORTALE G. 'La riforma societaria : aspetti sostanziali. Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali' in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1663 e ss.

propendono però per una lettura restrittiva della norma da riferire alla sola S.p.A.¹⁶³

Tale opzione ermeneutica appare in linea con la struttura della s.r.l da intendersi come società chiusa, in cui agli strumenti finanziari non è riconosciuto un ruolo decisivo.

Tuttavia, dubbi restano sulla previsione legislativa della garanzia ipotecaria. Nella prassi la società di progetto difficilmente è dotata di un rilevante patrimonio costituito di beni quanto piuttosto di conferimenti in denaro o mediante strumenti finanziari.

A seguito della riforma inoltre, è consentita la previsione nello statuto di una regolamentazione dei rapporti tra soci durante la vita della società limitando l'utilizzo dei patti parasociali¹⁶⁴.

Ciò consente una maggiore trasparenza degli interessi coinvolti e una maggior flessibilità idonea a contenere un più facile raggiungimento dei risultati a cui l'operazione ambisce.

Infine si sottolinea come la possibilità di modulare le previsioni del diritto di recesso, in particolare con riferimento alla società a responsabilità limitata (articolo 2473, primo comma, c.c.) consenta di aggirare possibili abusi della maggioranza a danno della minoranza e di forgiare l'operazione secondo dinamiche più congeniali allo scopo dei singoli contratti.

¹⁶³ Per una trattazione sulle posizioni in dottrina e giurisprudenza si rimanda al commento dell'articolo 157 in GIURDANELLA C. *'Il codice dei contratti pubblici'*, Napoli, 2007, p. 548.

¹⁶⁴ RESCIO G.A. *'La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario'* in *Riv. Soc.*2002, p.840 e ss.

SICA S. *'I patti parasociali nella riforma del diritto societario'* in *Giur. Comm.*, 2003, I, 590 e ss.

5.2. Il parco commerciale di Giugliano in Campania

5.2.1. Descrizione del progetto

Il progetto esaminato riguarda un'operazione di *project financing* privato, nel tentativo di valorizzare l'impiego di tale strumento per la realizzazione di opere in cui la P.A. non abbia un ruolo come parte attiva.

L'obiettivo del progetto è consistito nel fornire le risorse finanziarie necessarie alla realizzazione di un centro e parco commerciale in Giugliano in Campania.

La superficie di vendita da realizzare è stata pari a 56.800 mq per un costo complessivo dell'opera stimato in 110 milioni di Euro.

L'operazione è stata suddivisa in due interventi di finanziamento con capofila Intesa Mediocredito.

Il primo intervento ha riguardato il finanziamento della costruzione ammontante in 90 milioni di cui sottoscritti da Intesa Mediocredito 70 milioni di euro.

Il secondo intervento ha riguardato il finanziamento della gestione, destinato a rimborsare il finanziamento della costruzione, ammontante in complessivi 8 milioni di cui 70 milioni sottoscritti da Intesa Mediocredito.

L'iniziativa dell'intera operazione è partita da "La Rinascente SpA" che ha chiesto a Intesa Medio Credito la possibilità di finanziare la costruzione del centro commerciale in Giuliano, su una superficie di 337.000 mq con l'edificazione di superfici di vendita pari a 56.800 mq.

La Rinascente ha stipulato un accordo con la Mi. No. Ter, società con sede in Cagliari, del Gruppo Cualbu per rilevare da quest'ultima il 40% di tre società

immobiliari ciascuna destinata a detenere parte della proprietà degli immobili del complesso commerciale.

La partecipazione è stata acquisita da La Rinascente, una volta che Mi.No.Ter ha acquisito in capo alle tre società le concessioni edilizie necessarie per la costruzione degli edifici commerciali previsti. L'acquisizione del 40% delle tre società è avvenuto al prezzo di complessivi 19, 2 milioni di Euro.

Le singole società hanno acquistato i terreni da Mi.No.Ter per complessivi 33 milioni di Euro.

Il complesso delle spese per la costruzione del centro commerciale, dall'appalto stipulato con la Cualbu s.r.l, è stato pari a 77 milioni di Euro.

Ad opere ultimate, La Rinascente ha acquistato la porzione destinata all'ipermercato del centro commerciale, e una superficie di vendita (pari a 10.000 mq) è stata data in affitto a Brico, società sempre del gruppo Rinascente.

Nel *business plan* della Rinascente è stato previsto, al primo esercizio di attività, un monte affitti pari a 11 milioni.

5.2.2.Criticità e punti di forza

Tra le criticità si segnala il rischio della scarsa capienza della garanzia ipotecaria nel caso in cui si fosse verificata un'interruzione dei lavori, nonché un bacino di utenza che avrebbe potuto risentire di una realtà socio economica caratterizzata da un reddito medio pro capite piuttosto basso .

Tra i punti di forza si segnala la solidità finanziaria dei soggetti coinvolti e in particolare della Rinascente per l'entità delle risorse coinvolte, il sistema delle garanzie ben articolato e conforme alla previsione normativa tanto da contemplare la garanzia ipotecaria e una dettagliata articolazione dei congegni contrattuali che ha

scandito i ruoli delle società del gruppo e la tempistica dell'intervento consentendo l'apertura del centro alla data fissata nel mese di gennaio 2006.

Si segnala, in considerazione delle osservazioni sopra esposte, come il progetto si sia servito del modello del gruppo societario, (rimandando per la relativa struttura all'allegato 4). Cualbu s.r.l risulta l'impresa appaltatrice e da Mi.no.Ter dipendono Cualbu, le finanziande e una decina di società "di scopo" di piccole dimensioni; inoltre una società alimentare in fase di riorganizzazione.

Tutte le società di progetto hanno assunto il tipo societario della s.r.l.

Si rimanda all'allegato 14 per la struttura dell'atto costitutivo di una società di progetto in forma di s.r.l unipersonale.

Dal punto di vista della tecnica contrattuale si evidenzia:

- l'assenza di una convenzione tra P.A. e società data la natura privata dell'operazione;
- la previsione di una dettagliata scansione del contratto di finanziamento in due fasi con particolare rilievo in sede di modulazione negoziale delle scansioni temporali mediante l'utilizzo dello strumento delle condizioni e, sul versante delle garanzie un'accurata previsione tanto della garanzia ipotecaria tanto delle garanzie finanziarie;
- la valorizzazione del modello del gruppo societario e l'adozione per la società di progetto del tipo societario della s.r.l, anche in forma unipersonale.

In sintesi, con l'illustrazione di tale progetto, si è voluto fornire un esempio valido di utilizzazione di moduli privati nonché dimostrare come l'impiego del *project financing* possa consentire la realizzazione di progetti anche nel Mezzogiorno, rilanciandone la struttura economica.

Considerazioni conclusive

Considerazioni conclusive

L'analisi condotta ha cercato di tracciare nuovi percorsi interpretativi per delineare il project financing, evidenziandone una proposta di lettura dell'istituto plasmata dal confronto tra lex mercatoria e contratto.

Si è tentato, nel secondo capitolo, di soffermarsi sulla lex mercatoria, ripercorrendo l'evoluzione che ha portato alla elaborazione di strumenti di finanza complessa, rintracciando il cammino storico del mondo economico anche alla luce delle scelte di fondo operate dal legislatore.

Si è evidenziata la necessità che tali scelte siano oggi ripensate tenendo conto dell'internazionalizzazione che, dilatando la nozione di mercato, ha creato spazio per nuove figure che richiedono di essere qualificate dal diritto.

L'analisi si è quindi soffermata sul rapporto tra economia e diritto come dimensioni coesenziali alle nuove operazioni economiche.

In tale prospettiva, nel capitolo terzo, si è evidenziato come il contratto costituisca lo strumento per eccellenza del diritto, coniato in una nuova visione imposta dal mercato, come *bargain*, affare divenendo esso stesso, come meccanismo negoziale strumentale e ben congegnato, prodotto di mercato.

Si è poi tentato di dare una ricostruzione della finanza di progetto attraverso l'elemento causale del contratto, esponendo in una visione comparatistica, quali siano le conseguenze derivanti dall'adozione del principio causalistico.

Si è sostenuto che la causa nella finanza di progetto assume rilievo sotto due aspetti principali: il primo concerne la configurabilità del collegamento negoziale e il secondo la proiezione dell'elemento causale nella destinazione.

Con riferimento al collegamento negoziale, si è scelto di adottare la soluzione che privilegi il momento ermeneutico, analizzando singolarmente da un lato la

volontà delle parti di stabilire un nesso tra i singoli contratti, dall'altro la struttura contrattuale stessa. Si è cioè privilegiato una lettura dell'operazione che tenga conto della singolarità dei contratti seppur nel rispetto dell'operazione complessiva.

È infatti parso più prudente non generalizzare sulla sussistenza di un collegamento negoziale, in considerazione del fatto che ogni operazione complessa presenta caratteristiche sue proprie, nell'intento di valorizzare anchel'autonomia contrattuale delle parti.

La prassi economica richiede infatti schemi flessibili e spesso frazionabili.

In ragione di ciò, si è ritenuto di rifiutare l'ipotesi ricostruttiva del supernegozio di collegamento.

Il secondo aspetto, più innovativo, riguarda l'interpretazione della destinazione come proiezione dell'elemento causale, in una logica di funzionalizzazione.

Si è rimarcato come tale logica caratterizzi il fiorire di nuovi e molteplici istituti giuridici come il vincolo di destinazione ex art. 2645-ter, i patrimoni destinati ad uno specifico affare ex art. 2447-bis, il fondo patrimoniale, il trust, le clausole di destinazione etc.

In particolare, si è analizzata la clausola di destinazione nella finanza di progetto evidenziandone differenze e contiguità con la clausola di destinazione nel mutuo di scopo, addivenendo alla conclusione che le due ipotesi non sono sovrapponibili.

Nel capitolo quarto si è condotta l'analisi dell'evoluzione normativa attraverso la dicotomia pubblico/privato, sottolineando come l'autonomia privata conosca il limite della discrezionalità pubblica e disegnando nuovi scenari di operatività della disciplina privata, affidata all'impianto codicistico in materia di obbligazioni, in particolare laddove manchi una disciplina speciale di carattere pubblicistico.

Alla luce del nuovo Codice dei Contratti e di un ripensamento di alcune categorie giuridiche come quella dell'evidenza pubblica, ci si è chiesti se sia configurabile, tra moduli consensuali e contratto, un modello organizzativo nuovo fondato sulla cooperazione tra pubblico e privato.

Si è tentato di dare una risposta affermativa auspicando un ripensamento dell'istituto e di alcune categorie giuridiche da parte del legislatore, anche sul versante, privato, in un'ottica che tenga conto da un lato delle esigenze imposte dalla realtà economica internazionale e dall'altra delle pressanti esigenze di federalismo del Paese. Si è poi evidenziato come l'istituto possa trovare applicazione con alcuni accorgimenti per il rilancio di aree, come il Mezzogiorno, dove più difficile appare sbloccare la rallentata crescita economica.

Ci si è poi soffermati sull'ambito di applicazione della normativa, tentando di individuare e risolvere profili problematici circa i criteri per l'applicazione, ora del codice civile, ora della disciplina speciale, ora delle tecniche forgiate dal diritto internazionale privato per agevolare le operazioni economiche.

In particolare si è posta l'attenzione, non senza motivi di critica, sull'inadeguatezza di una disciplina pubblicistica troppo pesante, imperniata sulla procedimentalizzazione (nonostante i tentativi di riforma attuati anche dal Codice dei Contratti Pubblici) che rallenta lo start up delle operazioni di finanza di progetto, stridendo con la celerità imposta dalle contrattazioni economiche, ravvisando in essa la causa della diffidenza che caratterizza l'utilizzo di tale istituto nel nostro ordinamento.

Il capitolo quinto si è spinto alla ricerca dei principali contratti analizzando quelli ritenuti più significativi, nel tentativo di suggerire alcune moduli da adottare nella prassi. In particolare si è tentato di fornire un modello di convenzione tra P.A. e società aggiudicataria evidenziando come essa costituisca lo schema base per il contratto di concessione e gestione.

Si è analizzato la struttura del contratto di finanziamento, vero nodo portante dell'operazione, dando una sintesi degli elementi che nella prassi sono in esso contenuti.

Infine, si sono svolte alcune considerazioni sull'atto costitutivo della società di progetto osservando come, a seguito della riforma societaria, sia consentita una maggiore flessibilità nei moduli statutari.

Si è rilevato che nelle operazioni di finanza di progetto, il modello privilegiato sia rappresentato dal gruppo societario, e come, generalmente, la s.r.l costituisca oggi il tipo più utilizzato di società di progetto riportando in allegato l'atto costitutivo della società progetto costituita per la creazione del parco commerciale di Giugliano.

Si è scelto poi di analizzare il progetto del parco e del centro commerciale di Giugliano (Campania), come voluto esempio di project financing privato; un riuscito 'precedente' per il fiorire dell'istituto nel nostro Paese, anche nel Mezzogiorno, nella convinzione che il capitale privato possa essere fonte di crescita anche per l'economia pubblica.

Allegati

SCHEDA INFORMATIVA

**Centro e Parco
Commerciale in Giugliano
in Campania**

Finanziamento sindacato di € 90.000.000,00

Intesa Mediocredito Spa - Progetto Centro e Parco Commerciale in Giugliano in Campania

Finanzianda:	COINTESTAZIONE: Immobiliare Commerciale XXI Srl, Innova Costruzioni Srl, Il Mulino Srl	
sede:	Cagliari	
soci:	La Rinascente SpA	40%
	Mi.No.Ter. SpA (Gruppo Cualbu)	60%
attività:	Immobiliari su beni propri	

Finalità dell'intervento: Fornire le risorse finanziarie necessarie alla realizzazione di un centro e parco commerciale in Giugliano in Campania (NA). La superficie di vendita da realizzare è pari a 56.800 mq per un costo complessivo dell'opera stimato in Euro 110 milioni (di cui Euro 33 milioni per l'acquisizione del terreno, inizialmente finanziati da Mi.No.Ter.). I soci si impegnano a mantenere Euro 20 milioni di mezzi propri (ca 18% dell'investimento).

Intervento proposto: L'operazione si suddivide in due interventi in pool con capofila Intesa Mediocredito:

1) FINANZIAMENTO COSTRUZIONE; di complessivi € 90 mln.
di cui sottoscritti a fermo da Intesa Mediocredito € 70 mln.;

2) FINANZIAMENTO GESTIONE (destinato a rimborsare il "finanziamento costruzione"); di complessivi € 85 mln.
di cui sottoscritti a fermo da Intesa Mediocredito € 70 mln.;

Le cui caratteristiche sono presentate in allegato.

DESCRIZIONE DELL'INIZIATIVA

La Rinascente ha chiesto a IMC di esaminare la possibilità di finanziare la costruzione di un centro e parco commerciale in Giugliano (NA) su una superficie di 337.000 mq con l'edificazione di superfici di vendita per 56.800 mq.

La Rinascente ha stipulato un accordo con la Mi.No.Ter., società con sede a Cagliari, del Gruppo Cualbu già attivo nella costruzione di centri commerciali (Carrefour e La Rinascente stessa) per rilevare da quest'ultima il 40% di tre società immobiliari ciascuna destinata a detenere parte della proprietà degli immobili del complesso commerciale.

Le informazioni raccolte sul Gruppo Cualbu lo identificano come valido operatore nel settore edile, tra i principali costruttori sardi con una consolidata capacità realizzativi e consistenti affidamenti presso il sistema bancario locale.

La partecipazione verrà acquisita da La Rinascente, una volta che Mi.No.Ter. sarà in grado di dimostrare l'acquisizione in capo alle tre società delle concessioni edilizie per la costruzione dei previsti edifici commerciali, in fase di rilascio. Il prezzo pattuito con Mi.No.Ter. per l'acquisizione del 40% delle tre società è di complessivi € 19,2 milioni.

Le singole società acquisiranno i terreni da Mi.No.Ter. per complessivi € 33 milioni.

Il complesso delle spese per la costruzione del centro commerciale previste dall'appalto stipulato con la Cualbu Srl (società del Gruppo Cualbu controllata da Mi.No.Ter.) è pari a € 77 milioni.

La spesa complessiva è di € 110 milioni (di cui € 33 mln. terreno) oltre a IVA a credito per € 18 milioni.

L'inizio dei lavori è previsto per 01 gennaio 2004 e la durata del contratto di costruzione è di 24 mesi.

Ad opere ultimate è già stato pattuito (contratto agli atti) che La Rinascente acquisti, per un corrispettivo di € 30,5 milioni, la porzione destinata all'ipermercato del centro commerciale.

E' in oltre previsto che una superficie di vendita pari a ca 10.000 mq venga presa in affitto dalla società Brico, sempre del gruppo La Rinascente.

La Rinascente ipotizza nei propri business plan un monte affitti (nel predetto contratto è previsto che il primo collocamento in affitto delle superfici di vendita sia affidato a La Rinascente), al primo esercizio di attività, di ca. € 11 milioni. In base alla prassi del settore che, secondo La Rinascente, capitalizza gli affitti attivi ad un tasso del 7%, viene stimato un valore del parco commerciale (Iper escluso) di oltre € 150 milioni.

Settembre 2003

Intesa Mediocredito Spa - Progetto Centro e Parco Commerciale in Giugliano in Campania

PUNTI DI FORZA

- Validità del costruttore Cualbu Srl e del Gruppo Cualbu, promotore insieme a Rinascente dell'iniziativa. Cualbu è una realtà nata negli anni '70 che progetta e realizza, per conto di committenti pubblici e privati, opere di ingegneria civile, commerciale ed industriale nonché di recupero urbano;
- presenza di un socio di elevato standing come La Rinascente che si impegna a favorire l'iniziativa dalla fase di realizzazione a quella di gestione partecipando concretamente al progetto con un impiego di risorse di una certa entità (ca. 19 mln di euro per l'acquisto delle partecipazioni nelle finanziande, ca 13 mln di euro come finanziamento soci e ca. 30 mln di euro relativi all'impegno di acquisto dell'iper a fine lavori);
- garanzie conformi a progetto: ipoteca e garanzie accessorie (erogazione a SAL e impegni dei soggetti coinvolti);
- dettagliato accordo tra le parti coinvolte che stabilisce i ruoli delle società e la tempistica dell'intervento.

PUNTI DI DEBOLEZZA

- In caso di interruzione dei lavori il valore della garanzia ipotecaria acquisita potrebbe risultare poco capiente.
Al riguardo è richiesto a La Rinascente un impegno formale a favorire il completamento dell'opera (ad es. impegno della Rinascente a farsi carico della ricerca di nuovo realizzatore in caso di difficoltà del Gruppo Cualbu);
- bacino di utenza che potrebbe risentire di una realtà socio economica caratterizzata da un reddito medio pro capite medio basso peraltro favorevolmente caratterizzato da una presenza ancora ridotta di centri commerciali.

ALLEGATI

1. Riepilogo condizioni "Finanziamento Costruzione"
2. Riepilogo condizioni "Finanziamento Gestione"
3. Scheda sintetica dell'operazione
4. Organigramma
5. Prospetto contabile riassuntivo del progetto
6. Rapporto Rata / MOL
7. Dati di sintesi "Cualbu Srl"
8. Dati di sintesi "Mi.No.Ter. Spa"
9. Dati di sintesi "La Rinascente Spa"
10. Dati di sintesi "La Rinascente - consolidato"
11. Dati di sintesi "Alimenta Srl"
12. Cartina con curve isocrone

Allegato 1

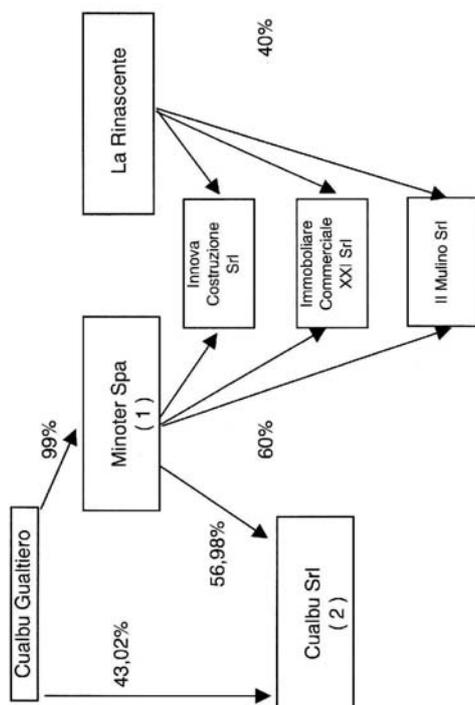
FINANZIAMENTO COSTRUZIONE

Beneficiari	a) Innova Costruzioni Srl b) Imm.re Comm.le XXI Srl c) Il Mulino Srl	<i>Cointestate e coobbligate in solido</i>
Importo complessivo	Pool di complessivi € 90 milioni; di cui sottoscritti da IMC € 70 milioni	
Erogazione	€ 13 milioni alla stipula; <u>previo</u> verifica apporto di mezzi propri (anche tramite finanziamento soci) per almeno 20 milioni di euro. € 77 milioni a stato avanzamento lavori	
Durata	24 mesi (pari al contratto d'appalto)	
Rimborso	Unica soluzione al termine dei lavori anche mediante accensione di "Finanziamento Gestione"	
Tasso	Euribor + 170 b.p.p.a.	
Altre Condizioni	Abbuono commissione di estinzione anticipata.	
Garanzie	Ipoteca su Terreno edificabile di proprietà delle società beneficiarie nonché dei costruendi immobili. Lettera rilasciata da La Rinascente in cui la stessa si impegna a favorire il completamento del centro commerciale (testo da convenire)	
Previo	<ul style="list-style-type: none"> - stima che confermi il valore dei terreni nonché l'esistenza di tutte le concessioni edilizie ed autorizzazioni amministrative - verifica che nella compagine sociale delle società di scopo vi sia una partecipazione almeno pari al 40% da parte di La Rinascente 	
Impegno	<ul style="list-style-type: none"> - di La Rinascente e di Mi.No.Ter. a mantenere nelle società veicolo mezzi propri (anche in forma di c/c soci) per un importo complessivo di almeno € 20 milioni per tutta la durata del finanziamento - di La Rinascente e di Mi.No.Ter. a mantenere inalterata la compagine sociale delle tre società beneficiarie per tutta la durata del finanziamento - dei soci e delle società beneficiarie a non prestare garanzie reali che coinvolgano a qualsiasi titolo le finanziande, per tutta la durata del finanziamento - a non contrarre ulteriori finanziamenti, salvo quelli relativi allo smobilizzo dell'IVA, senza il benestare scritto di IMC. 	

FINANZIAMENTO GESTIONE

Beneficiari	a) Innova Costruzioni Srl b) Imm.re Comm.le XXI Srl c) Il Mulino Srl	<i>Cointestate e coobbligate in solido</i>
Importo complessivo	Pool di complessivi € 85 milioni; di cui sottoscritti da IMC € 65 milioni	
Erogazione	Unica soluzione alla consegna del centro commerciale	
Durata	12 anni	
Rimborso	Quanto a € 65 milioni in rate semestrali di capitale costanti a partire dal 24° mese dall'apertura del centro commerciale. I restanti € 20 milioni verranno rimborsati in unica soluzione contestualmente all'ultima scadenza del finanziamento.	
Tasso	Euribor + 150 b.p.p.a.	
Garanzie	Ipoteca su Complesso commerciale del valore di almeno € 110 milioni. Cessione del 100% dei canoni dei contratti pluriennali d'affitto delle superfici di vendita del centro e parco commerciale. L'importo annuale dei canoni d'affitto ceduti non potrà mai essere inferiore a € 10.500.000,00 sin dal primo anno.	
Previo	<ul style="list-style-type: none"> - stima che confermi il valore del Centro e del Parco Commerciale (dopo la vendita a La Rinascente dell'ipermercato) in almeno € 110 milioni - completamento di tutte le strutture del centro e parco commerciale e superamento di tutti i collaudi richiesti dalla normativa vigente 	
Impegno	<ul style="list-style-type: none"> - di La Rinascente a provvedere alla commercializzazione di primo impianto di tutte le superfici di vendita del Centro e del Parco Commerciale - di La Rinascente e di Mi.No.Ter. a mantenere inalterata la compagine sociale delle tre società beneficiarie per tutta la durata del finanziamento - dei soci e delle società beneficiarie a non prestare garanzie reali che coinvolgano a qualsiasi titolo le finanziande, per tutta la durata del finanziamento - a non contrarre ulteriori finanziamenti, salvo quelli relativi allo smobilizzo dell'IVA, senza il benestare scritto di IMC. 	
Covenant	<ul style="list-style-type: none"> - impegno delle società a non distribuire dividendi per i primi 4 anni di gestione del centro e parco commerciale (2006-2009). 	

in m/m €	INNOVA COSTRUZIONI SRL	IMMOBILIARE COMMERCIALE XXI SRL	IL MULINO SRL	TOTALE
Tipologia e superficie di vendita	<i>Iper + Galleria commerciale sup. 24.500 mq</i>	<i>Brico e medie - grandi superfici sup. 19.800 mq</i>	<i>5 medie superfici sup. 12.500 mq</i>	<i>Superficie complessiva 56.800 mq</i>
Costruzione (dal 01/2004 al 12/2005)				
Valore terreno	15,5	11,5	6,3	33,3
Costo di costruzione	40,3	21,2	15,3	76,8
Totale investimento	55,8	32,7	21,6	110,1
<i>IVA a Credito</i>	<i>9,8</i>	<i>5,1</i>	<i>3,9</i>	<i>18,8</i>
<i>Saldo IVA</i>	<i>2,9</i>	<i>4,4</i>	<i>3,5</i>	<i>10,8</i>
Fin.to costruzione	46,0	27,0	17,0	90,0
<i>% Fin.to costr. / Invest.</i>	<i>82%</i>	<i>83%</i>	<i>79%</i>	<i>82%</i>
<i>Fin.to soci minimo</i>	<i>9,8</i>	<i>5,7</i>	<i>4,6</i>	<i>20,1</i>
All'apertura (01/2006)				
Incasso vendita Iper	30,5			30,5
Affitti annuali iniziali tot. (2006) (incremento medio annuo 3,4% con picchi del 12% ogni 6 anni, al rinnovo dei contratti)	5,1	3,5	3,0	11,6
<i>MOL all'inizio del rimb. (2008)</i>	<i>5,4</i>	<i>2,9</i>	<i>2,3</i>	<i>10,6</i>
Valore stimato (capitalizzazione affitti al 7%)	72,1	49,5	43,4	165,1
Fin.to gestione	37,0	26,0	22,0	85,0
<i>% Fin.to gest. / valore</i>	<i>51%</i>	<i>53%</i>	<i>51%</i>	<i>51%</i>
Rate capitale annuale (a partire dal 2008)	2,8	2,0	1,7	6,5
% Rimborso / Affitti (2006) (riduzione media annua 1,5% con picchi del 5% ogni 6 anni, al rinnovo dei contratti)	55%	58%	56%	56%
Balloon	8,7	6,1	5,2	20,0



- 1) Da Mi.No.Ter. dipendono Cualbu, le finanziarie e una decina di società di "scopo" di piccole dimensioni; inoltre una società alimentare (lavorazione degli scarti di produzione delle industrie casearie) in fase di riorganizzazione
- 2) Cualbu Srl è l'impresa appaltatrice dell'intero parco commerciale

Allegato 5

Nuova iniziativa in Giuliano (Napoli)
(Bilancio aggregato delle 3 finanziande)**Business plan fornito da Rinascente e rielaborato da IMC**

migliaia di euro

	dic-03	dic-05	dic-06		dic-03	dic-05	dic-06
Crediti e disponibilità IVA a Credito	101	16.386	9.906	Passività a breve	(1)	16.170	11.256
				Finanziamento IMC		90.000	85.000
				TFR e altri fondi			
TOTALE	101	16.386	10.329				
Terreno	33.260			Finanziamento soci	(2)	20.260	19.899
Immobili completati netti	(3)	109.784	87.993	Capitale sociale		101	101
				Risultato d'esercizio			1.965
TOTALE	33.361	126.170	98.322	TOTALE		33.361	126.170
							98.322
	dic-06	dic-07	dic-08				
Affitti attivi	11.557	11.765	11.976	incremento 1,8% annuo			
MOL	(4)	10.685	11.113	11.318			
Ammortamenti	1.564	2.878	2.878	1° esercizio: 1,5%; successivi 3%			
Gestione finanziaria	-5.170	-5.170	-5.086	stima IMC tasso prudenziale del 6%			
IRAP	478	350	359				
IRPEG	1.508	1.175	1.270	stima sulla base della % da business plan Rinascente			
Risultato di esercizio	1.965	1.540	1.725				
CASH FLOW	3.529	4.418	4.603	risultato di esercizio + ammortamenti			
Cessione immobile Inv. dell'anno precedente	30.471			Ipermercato			
	-10.244			realizzati nel corso del 2005 e contabilizzati dal modello di Rinascente nel 2006			
Circolante	-423	46	-7				
Saldo IVA	6.480	2.353	2.395				
Rimborso fin.to soci	-19.899						
Rimborso IMC (1° rata capitale)			-6.500				
Saldo disponibile a riduzione dell'indebitamento	9.914	6.817	491				
PFN INIZIALE	106.170	96.256	89.439				
PFN FINALE	96.256	89.439	88.948				

NOTE

1) Smobilizzo credito IVA da negoziarsi con il Gruppo Intesa

2) I nostri piani prevedono il **mantenimento del finanziamento soci** nella misura minima di 20 milioni fino a completamento delle opere con una erogazione iniziale di 13.000 (in parte destinata alla copertura del pagamento anticipato, contrattualmente previsto, del 10% dei costi di appalto) e successive erogazioni pari al 100% dei SAL.

3) Comprensive della capitalizzazione di interessi corrisposti nella fase di costruzione (come da business plan fornito da Rinascente)

4) I costi di prima commercializzazione sono recuperati dalla voce attiva "Contributi di ingresso" i quali vengono ipotizzati ogni 6 anni, alla scadenza dei contratti di affitto; le spese condominiali sostenute dal proprietario sono trasferite sugli affittuari.

FINANZIAMENTO GESTIONE - RAPPORTO RATA / MOL

ELABORAZIONE DI "IMC"

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
MOL	10.685	11.113	11.318	11.527	11.740	11.957	15.815	13.699	13.951	14.207	14.468	14.764	19.293	16.970	17.316	17.669
Investimenti				438	438	438	1.471	438	438	438	438	438	438	438	438	438
Interessi passivi IMC	5.170	5.170	5.086	4.675	4.280	3.885	3.499	3.093	2.698	2.302	1.913	1.512				
Quota capitale IMC			6.500	6.500	6.500	6.500	6.500	6.500	6.500	6.500	6.500	6.500				
Balloon												20.000				
CF Complessivo cumulato	5.515	11.458	11.190	11.104	11.626	12.760	17.105	20.773	25.088	30.055	35.672	21.986	40.841	57.373	74.251	91.482
Rapporto: Rata / MOL	48%	47%	102%	97%	92%	87%	63%	70%	66%	62%	58%	54%				

NB - IL PRESENTE MODELLO E' ESPRESSO AL LORDO DELL'IMPOSIZIONE FISCALE

Allegato 7

Cualbu Srl

migliaia di euro

	dic-01	dic-02		dic-01	dic-02
Crediti e disponibilità (3)	9.506	12.087	Passività a breve (1)	9.829	7.772
Rimanenze	7.353	15.311	Acconti	7.457	18.061
TOTALE	16.859	27.398	Passività a medio (2)	1.553	3.339
			TFR e altri fondi	1.176	980
Immobilizz. Finanziarie	176	1.193	Mezzi Propri (C.S. 1.560)	1.649	1.969
Immobilizz. Tecn. Nette	4.949	5.156	Risultato d'esercizio	320	1.626
TOTALE	21.984	33.747	TOTALE	21.984	33.747
<i>Fdj ricevute</i>	<i>13.625</i>	<i>82.667</i>			
<i>Fdj prestate</i>	<i>8.249</i>	<i>8.239</i>			
<i>Garanzie reali concesse</i>	<i>5.939</i>	<i>5.939</i>			
	consuntivo dic-00	consuntivo dic-01	consuntivo dic-02		
Ricavi	208	35.678	3.055		
Valore della produzione	8.420	19.040	12.219		
MOL	1.033	773	1.869		
Ammortamenti	155	230	243		
Gestione finanziaria	-127	-324	-115		
Gestione straordinaria	-39	-34	-11		
Imposte	370	441	1.250		
Risultato di esercizio	253	320	1.626		

NOTE 2001 (1) Banche 1.322; Fornitori 5.187; Debiti vs gruppo 238; Erario 2.041; IVA 738
 (2) Banche 1.538
 (3) Clienti 3.920; Crediti vs gruppo 4.908; Cassa e banche 1

NOTE 2002 (1) Banche 607; Fornitori 4.134; Debiti vs gruppo 184; Erario 1.037; IVA 737
 (2) Banche 1.349; Debiti vs Controllante 1.978
 (3) Clienti 6.203; Crediti vs gruppo 4.743; Cassa e banche 9

Allegato 8

Minoter SpA

		<i>migliaia di euro</i>		
		dic-01	dic-02	
Crediti e disponibilità	(3)	28.273	31.165	Passività a breve
Rimanenze		16.658	14.066	Passività a medio
TOTALE		44.931	45.231	TFR e altri fondi
Immobilizz. Finanziarie	(4)	5.883	7.005	Fin.to soci
Immobilizz. Tecn. Nette	(5)	23.702	29.201	Mezzi Propri (C.S. 6.000)
TOTALE		74.516	81.437	Risultato d'esercizio
<i>Fdj ricevute</i>		<i>17.671</i>	<i>14.180</i>	TOTALE
<i>Fdj prestate</i>		<i>10.958</i>	<i>35.375</i>	
<i>Garanzie reali concesse</i>		<i>63.008</i>	<i>63.008</i>	
		consuntivo	consuntivo	consuntivo
		dic-00	dic-01	dic-02
Ricavi		67	585	12.373
Valore della produzione		5.662	11.710	14.363
MOL		-118	-708	2.707
Ammortamenti		0	57	-457
Gestione finanziaria		1.721	233	-632
Rettifiche attività finanziarie		-1.335	-825	-782
Gestione straordinaria		21.498	804	16.555
Imposte		4.221	0	3.483
Risultato di esercizio		17.545	-553	13.908

nel 2000 e 2002 plusv per cessione partecipazioni

NOTE

- (1) Banche 1.290; Fornitori 2.242; Debiti vs gruppo 5.159; Risconti passivi 6.010; Debiti vs La Rinascente per cauzioni versate 7.747; Erario 3.672
- (2) Banche 20.556 (da CR ca. 14 mln concessi da Intesa per l'acquisto del complesso turistico alberghiero di Borca di Cadore, con garanzia ipotecaria; la quota restante sostanzialmente concessa da Meliorbanca sempre con garanzia ipotecaria)
- (3) Clienti 2.008; Crediti vs gruppo 11.526; Erario 4.099; Caparre 3.392; Cassa e banche 7.947
- (4) Partecipazioni: Cualbu Srl (57%) 883; STAMS (93%) 207; Stella Srl (97%) 331; GRC Srl (60%) 63; Well-fit Srl (95%) 97; Alimenta Srl (99%) 2.163; Gest. Tempo libero Srl (95%) 94; Innova Costr. Srl (51%) 7; Il Mulino Srl (95%) 98; Imm.Comm. XXI Srl (100%) 100; Crediti indisponibili vs controllata Alimenta Srl 2.916
- (5) Di cui: Terreni e fabbricati 16.739; Immob. in corso e acconti 11.530

Allegato 9

La Rinascente

		<i>migliaia di euro</i>			
		dic-01	dic-02		
Crediti e disponibilità	(4)	547.492	567.653	Passività a breve	(1) 1.721.501 1.742.616
Rimanenze		373.130	413.330	Passività a medio	(2) 253.748 261.921
				TFR e altri fondi	179.898 181.820
TOTALE		920.622	980.983		
Immobilizz. Finanziarie	(5)	869.318	860.765	Mezzi Propri (C.S. 210.549)	(3) 982.977 978.019
Immobilizz. Tecn. Nette		1.389.355	1.363.670	Risultato d'esercizio	41.171 41.042
TOTALE		3.179.295	3.205.418	TOTALE	3.179.295 3.205.418
PFN POSITIVA		12.538	10.523		

	consuntivo dic-01	consuntivo dic-02
Valore della produzione	3.958.655	4.232.609
MOL	212.192	238.805
Ammortamenti	141.303	150.698
Gestione finanziaria	-3.610	-5.731
Rettifiche attività finanziarie	-4.862	-4.978
Gestione straordinaria	23.557	19.756
Imposte	44.802	56.112
Risultato di esercizio	41.171	41.042

NOTE

- (1) Fornitori 1.418.135; Debiti vs gruppo 149.619; Erario 44.024
- (2) Di cui: Finanziamenti MT 201.337 (scadenza non superiore a 5 anni)
- (3) Di cui: Riserva sovrapprezzo azioni 369.972; Riserva per acquisto azioni proprie 206.916
- (4) Cassa e banche 6.748; Clienti 31.809; Crediti vs gruppo 197.190; Crediti per prestazioni pubblicitarie 183.563
- (5) Partecipazioni vedi allegato

Allegato 10

La Rinascente - consolidato

		<i>migliaia di euro</i>			
		dic-01	dic-02	dic-01	dic-02
Crediti e disponibilità	(4)	1.322.444	1.629.807	Passività a breve	(1) 2.339.261
Rimanenze		548.808	615.920	Passività a medio	(2) 703.373
TOTALE		<u>1.871.252</u>	<u>2.245.727</u>	TFR e altri fondi	295.250
Immobilizz. Finanziarie		408.261	249.362	Mezzi Propri (C.S. 210.549)	(3) 1.146.622
Immobilizz. Tecn. Nette		2.264.058	2.331.720	Risultato d'esercizio	59.065
TOTALE		<u>4.543.571</u>	<u>4.826.809</u>	TOTALE	<u>4.543.571</u> <u>4.826.809</u>
PFN POSITIVA		379.381	513.805		
		consuntivo	consuntivo		
		dic-01	dic-02		
Valore della produzione		5.696.657	6.139.077		
MOL		310.515	349.965		
Ammortamenti		208.666	230.001		
Gestione finanziaria		1.507	-5.493		
Rettifiche attività finanziarie		-205	1.262		
Gestione straordinaria		15.719	19.275		
Imposte		59.461	83.862		
Risultato di esercizio		59.065	50.799		

NOTE

- (1) Banche 199.729; Quote a breve di MT 80.013; Fornitori 2.064.665; Erario 29.937; Iva 71.179; Debiti vs gruppo 9.485; Debiti vs Dipendenti 53.754; Deb. Per Acqu. Partec.36.746
- (2) Di cui: Finanziamenti a MT 561.280 (durata non superiore a 5 anni)
- (3) Di cui: Riserva sovrapprezzo azioni 369.972; Riserva per acquisto azioni proprie 206.916
- (4) Cassa e banche 565.757 (di cui 67.112 vincolati a garanzia dei fin.ti bancari); Clienti 104.248; Crediti per prestazioni pubblicitarie 393.032; Anticipazioni concesse da Comfactor 185.804

Vedi allegata struttura di gruppo per settore di attività

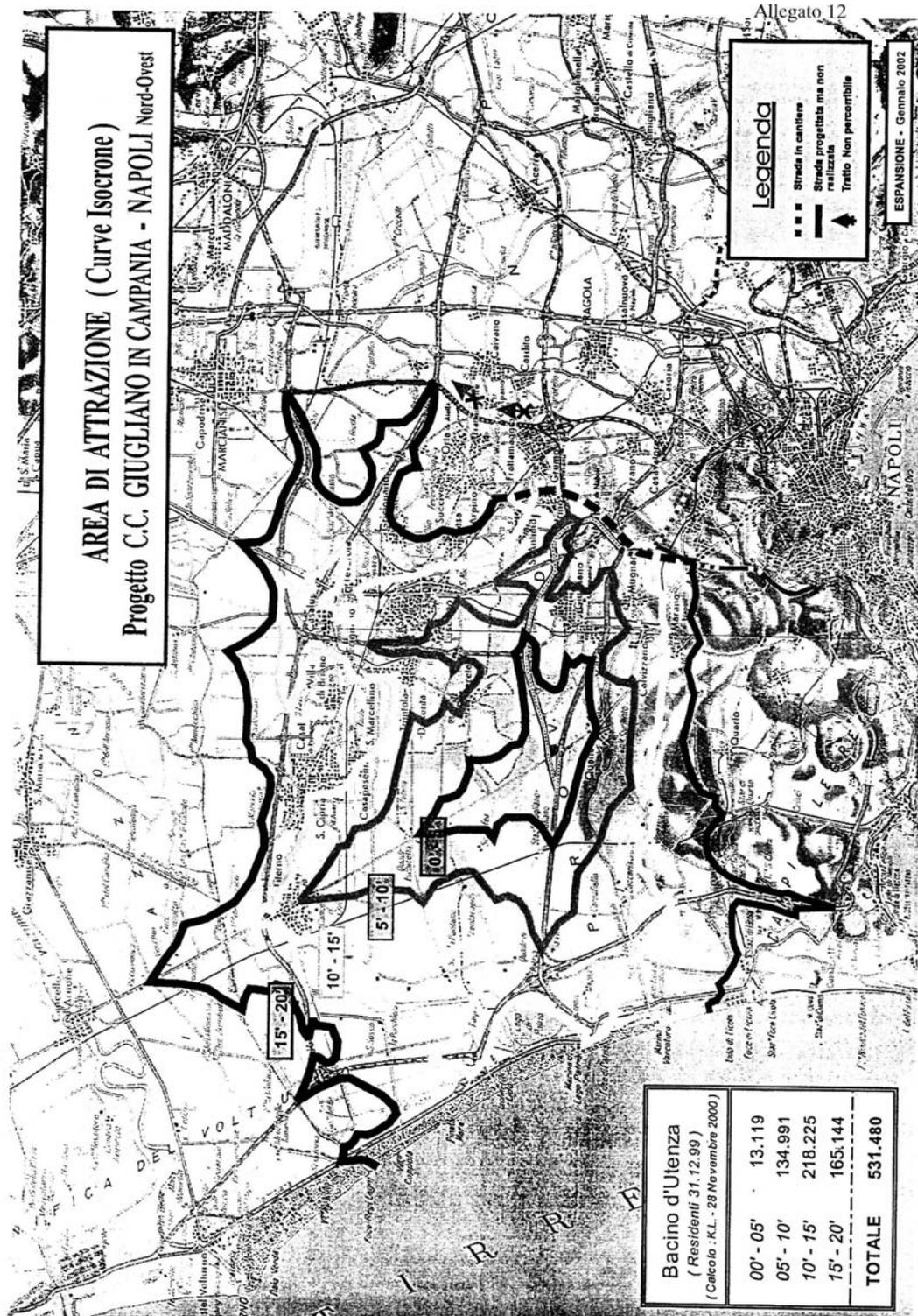
Allegato 11

Alimenta Srl

		<i>migliaia di euro</i>			
		dic-01	dic-02	dic-01	dic-02
Crediti e disponibilità	(5)	149	133	Passività a breve	(1) 1.371 1.037
Rimanenze		16	226	Passività a medio	(2) 1.180 924
TOTALE		165	359	TFR e altri fondi	17 24
Immobilizz. Finanziarie		6	1	Debiti vs controllanti	(3) 2.099 2.808
Immobilizz. Tecn. Nette	(6)	6.799	6.623	Mezzi Propri (C.S. 2.805)	3.217 3.028
TOTALE		6.970	6.983	Risultato d'esercizio	(4) -914 -838
<i>Fdj ricevute</i>		5.504	5.579	TOTALE	6.970 6.983
<i>Fdj prestate</i>		22	22		
<i>Garanzie reali ricevute</i>		1.085	1.085		
<i>Garanzie reali concesse</i>		7.385	7.385		
		consuntivo dic-01	consuntivo dic-02		
Ricavi		851	544		
Valore della produzione		872	865		
MOL		-331	-336		
Ammortamenti		580	496		
Gestione finanziaria		-128	-91		
Gestione straordinaria	(7)	123	85		
Imposte		0	0		
Risultato di esercizio		-916	-838		

NOTE 2002

- (1) Banche 489; Debito vs Soci per accollo quote di capitale prestito partecipativo a Sfirs 76 Fornitori 385; Debiti vs personale 69; Erario 7; Enti prev. 12
- (2) Mutuo Banca CIS 679; Debito vs Soci per accollo quote di capitale prestito partecipativo a Sfirs e per finanziamenti vincolati a favore di Banca CIS 171; Risconti pluriennali 74 (per contributi)
- (3) Debito vs Mi.No.Ter. (Breve Termine) per accollo prestito partecipativo Sfirs e per finanziamenti ricevuti 1.592; Debito vs Mi.No.Ter. (Medio Termine) per accollo prestito partecipativo Sfirs per finanziamenti vincolati a favore di Banca CIS 1.216
- (4) E' stato deliberato dall'assemblea ordinaria di convocare l'assemblea straordinaria per la copertura delle perdite
- (5) Clienti 49; Banche e cassa 68; Ratei e risconti 5
- (6) Terreni e fabbricati 1.775
- (7) Principalmente quota di contributo in c/capitale



SIMON™

Gruppo Rinascente

Comunicato Stampa

**PARTNER AMERICANO PER IL GRUPPO RINASCENTE
NELLO SVILUPPO DELLE GALLERIE COMMERCIALI**

Il Gruppo Rinascente ha siglato con Simon Property Group, Inc. un accordo che prevede la costituzione di una joint venture avente come oggetto la proprietà, la gestione e lo sviluppo delle Gallerie Commerciali in Italia.

L'accordo prevede la creazione di una società per azioni denominata "Gallerie Commerciali Italia S.p.A.", nella quale il Gruppo Rinascente farà confluire la propria attività inerente le gallerie commerciali, e la successiva cessione del 49% della stessa società alla Simon Property Group.

Il valore della attività trasferite è di circa 860 milioni di Euro e verrà regolato in parte attraverso accollo debiti e in parte in contanti. La società sarà operativa dal 1 dicembre 2003.

L'investimento di Simon Property Group sarà di circa 182 milioni di Euro.

La transazione, soggetta alle usuali condizioni sospensive, è previsto si concluda entro la fine dell'anno corrente.

Gruppo Rinascente e Simon Property Group sono stati assistiti rispettivamente dagli advisor Mediobanca e JP Morgan e dagli studi legali Grande Stevens e Chiomenti.

Le attività apportate da Rinascente consistono in 38 centri commerciali per circa 244.000 metri quadri di superfici affittate, ad oggi già aperti ed operativi, a cui si aggiungono altre opportunità già in fase di costruzione e di sviluppo per ulteriori 412.000 metri quadri complessivi da realizzare entro i prossimi 5 anni.

Il Gruppo Rinascente ha sempre individuato nelle Gallerie Commerciali una delle formule strategiche del proprio business. La creazione di ipermercati dominanti inseriti in Centri Commerciali fortemente attrattivi è infatti una componente essenziale della politica di crescita e sviluppo dell'azienda.

La partnership con Simon Property Group, finalizzata nella costituzione di "Gallerie Commerciali Italia S.p.A.", è in coerenza con il piano del Gruppo Rinascente che prevede la focalizzazione sui mestieri, ed è tesa a consolidare e incrementare la posizione di leadership raggiunta in Italia in questo settore, facendo affidamento anche sull'apporto di risorse e know how che la società americana è in grado di offrire.

"La scelta di un'azienda importante e all'avanguardia come Simon Property Group – afferma Benoit Lheureux, Amministratore Delegato del Gruppo Rinascente per il settore alimentare – ci consente di migliorare ulteriormente la competenza specifica nella gestione del business delle Gallerie Commerciali e di avere a disposizione risorse finanziarie per concretizzare un rilevante piano di sviluppo per i prossimi anni".

"Siamo onorati della nostra partnership con Gruppo Rinascente", afferma David Simon Amministratore Delegato di Simon Property Group. "Questa operazione accresce in misura consistente la nostra presenza in Europa, portandoci ai livelli dei maggior operatori commerciali. Siamo molto soddisfatti per le prospettive di crescita a lungo termine per la Società Galleria Commerciali Italia e per poter lavorare con il Gruppo Rinascente."

L'accordo con il Gruppo Rinascente permette all'azienda di effettuare la sua prima grande operazione immobiliare in Europa e di entrare nel mercato italiano a fianco di un partner leader e in grado di trasferire la conoscenza della situazione locale per un rapido sviluppo.

Gruppo Rinascente

Il Gruppo Rinascente è oggi una delle maggiori imprese della distribuzione italiana, operante sul territorio con 1.852 punti di vendita (diretti, affiliati e associati) e oltre 30.000 dipendenti. Nel 2002 il Gruppo ha sviluppato un fatturato di 6,146 miliardi di euro ed ha realizzato investimenti per 304 milioni di euro. Il Gruppo Rinascente è controllato da Eurofind, il cui pacchetto di maggioranza è detenuto da Ifil SpA, società di investimenti del Gruppo Agnelli, e dal gruppo francese Auchan, una delle più grandi aziende distributive a livello mondiale, presente in 12 Paesi con vendite nette nel 2002 pari a 27,6 miliardi di euro. Il Gruppo Rinascente è presente in formule commerciali attive con diverse insegne: i grandi magazzini La Rinascente, i negozi Upim, gli ipermercati Auchan e i supermercati Sma, Cityper e Punto Sma. Significativa anche le attività di gestione delle gallerie commerciali (Galleria Auchan). L'attività del settore bricolage fa capo alla SIB (Società Italiana Bricolage, joint venture 50%/50% Gruppo Rinascente e Gruppo Leroy Merlin) che opera con le insegne Bricocenter e Leroy Merlin. www.gruppo.rinascente.it

Simon Property Group

Simon Property Group è il primo R.E.I.T. (Real Estate Investment Trust) americano con sede a Indianapolis, Indiana. Società di fondi d'investimento in beni immobiliari possiede e gestisce immobili commerciali, in parchi d'importanza regionale e centri commerciali nelle grandi città. Attraverso le sue consociate ad oggi è proprietaria e partecipa a 246 iniziative immobiliari che sviluppano una superficie affittata di 17 milioni di metri quadri in 37 Stati degli USA. Oltre che negli Stati Uniti, Simon Property Group è attiva in Canada e in Europa (9 proprietà in Francia e Polonia) e possiede altre attività immobiliari. Le attività europee della società sono svolte attraverso la controllata European Retail Enterprises. Per ulteriori informazioni su Simon Property Group: www.simon.com

SIMON™

SIMON PROPERTY GROUP ANNOUNCES COMPLETION OF JOINT VENTURE WITH RINASCENTE FOR THE OWNERSHIP AND DEVELOPMENT OF SHOPPING MALLS

Indianapolis, Indiana – December 30, 2003...Simon Property Group, Inc. (NYSE:SPG) today announced the closing of their joint venture with Rinascente Group. Gallerie Commerciali Italia S.p.A (“GCI”) was created for the ownership, management and development of shopping malls in Italy.

The Rinascente Group contributed its existing shopping center assets and development opportunities to GCI, and then sold 49% of the new company to an affiliate of Simon Property Group. The initial value of GCI is approximately 860 million. Simon Property Group’s equity investment was approximately 182 million, funded by a three-year unsecured term loan at Euro Libor plus 60 basis points provided by JP Morgan, Bank of America, Citicorp and UBS AG.

The portfolio consists of 38 shopping centers currently open and operating, comprising approximately six million square feet of gross leasable area. Additionally, GCI has several projects under construction and in predevelopment that could add up to six million additional square feet over the next five years. This transaction significantly increases Simon Property Group’s presence in Europe and further aligns the company with Europe’s leading retailers.

Forward-Looking Statements

Certain matters discussed in this press release may be deemed forward-looking statements within the meaning of the federal securities laws. Although the Company believes the expectations reflected in any forward-looking statements are based on reasonable assumptions, it can give no assurance that its expectations will be attained, and it is possible that our actual results may differ materially from those indicated by these forward-looking statements due to a variety of risks and uncertainties.

Those risks and uncertainties include, but are not limited to, the national, regional and local economic climate, competitive market forces, changes in market rental rates, trends in the retail industry, the inability to collect rent due to the bankruptcy or insolvency of tenants or otherwise, and changes in market rates of interest. The reader is directed to the Company’s various filings with the Securities and Exchange Commission, including quarterly reports on Form 10-Q, reports on Form 8-K and annual reports on Form 10-K for a discussion of such risks and uncertainties.

About Simon Property Group

Simon Property Group, Inc. (NYSE:SPG), headquartered in Indianapolis, Indiana, is a real estate investment trust engaged in the ownership and management of income-producing properties, primarily regional malls and community shopping centers. Through its subsidiary partnerships, it currently owns or has an interest in 245 properties containing an aggregate of 190 million square feet of gross leasable area in 37 states, as well as ownership interests in other real estate assets in the United States. The Company holds interests in 47 assets in Europe (in France, Italy and Poland) and Canada. Additional Simon Property Group information is available at www.simon.com.

N. DI REP. N. PROGR.
 COSTITUZIONE DI SOCIETA' A RESPONSABILITA' LIMITATA
 CON UNICO SOCIO
 REPUBBLICA ITALIANA

L'anno 2000 duemila addì 10 dieci del mese di novembre.

In Milano, nel mio studio in Piazza Paolo Ferrari n. 8.

Avanti a me Dott.

Notaio in Milano, iscritto presso il

Collegio Notarile di Milano, è personalmente comparso il Dr.

nato a _____ il _____, domiciliato

per la carica presso la sede della Società di cui infra, dirigente, che dichiara di intervenire al presente atto nella sua qualità di Amministratore Delegato ed in legale rappresentanza della Società "LA RINASCENTE - Società per Azioni" con sede in Rozzano - Milanofiori (Milano), Strada 8, Palazzo N, capitale sociale versato di Lire 404.902.052.000, iscritta al Registro delle Imprese di Milano al n. 12396 - Tribunale di Milano, C.F. 00800810152, Società di nazionalità italiana.

Detto Signore, della cui identità personale io Notaio sono certo, fatta espressa rinuncia, meco d'accordo, all'assistenza dei testimoni al presente atto, dichiara quanto segue:

1) E' costituita, ai sensi dell'art. 2475 Codice Civile, una Società a responsabilità limitata con unico socio con la denominazione:

"IMMOBILIARE COMMERCIALE XXI S.r.l."

o in forma abbreviata

"IMM.RE COMM.LE XXI S.r.l."

La Società ha sede in Rozzano - Milanofiori (Milano), Strada 8, Palazzo N.

2) La Società ha per oggetto l'acquisto, la vendita, la permuta, la costruzione, la gestione, la locazione a terzi senza limiti di durata, di beni immobili di proprietà sociale, di macchinari, impianti e attrezzature aziendali; la realizzazione e la gestione di ipermercati, grandi magazzini e supermercati, così e come meglio specificato nell'art. 2 dell'allegato statuto.

3) Il capitale della Società è determinato in Lire 80.000.000 (ottantamiloni) interamente sottoscritto e versato dall'unico socio presso la Banca Commerciale Italiana - Filiale di Assago, Milanofiori in data odierna.

4) La Società funzionerà secondo le norme stabilite da questo atto costitutivo e dallo statuto che, firmato dal Comparente con me Notaio, si allega al presente atto sotto la lettera A quale sua parte integrante e sostanziale.

5) La Società sarà amministrata, per la durata di tre esercizi, da un Amministratore Unico in persona della Rag. _____ nata a _____ il _____, con i poteri di cui all'allegato statuto.

6) Il primo esercizio sociale si chiuderà il 31 dicembre 2001.

7) L'Unico Amministratore provvederà a tutte le pratiche necessarie per la legale esistenza della Società ed è autorizzato sin da ora ad introdurre nel presente atto e nello statuto allegato le modificazioni, soppressioni ed aggiunte che venissero richieste dall'Autorità competente.

8) Il Comparente dichiara che l'importo globale approssimativo delle spese per la costituzione a carico della Società ammonta a Lire 4.500.000 (quattromilionicinquacentomila).

Il

presente atto viene pubblicato mediante lettura da me datane con l'allegato statuto al Comparente che, approvandolo e confermandolo, lo firma con me Notaio. Consta di un foglio scritto per due intere facciate e parte della terza da persone di

ALLEGATO A AL N. DI REP. N. PROGR.

STATUTO

DENOMINAZIONE=OGGETTO=SEDE=DURATA

1) E' costituita una Società a responsabilità limitata con la denominazione:

"IMMOBILIARE COMMERCIALE XXI S.r.l."

o in forma abbreviata

"IMM.RE COMM.LE XXI S.r.l."

2) La Società ha per oggetto l'acquisto, la vendita, la permuta, la costruzione, la gestione, la locazione a terzi senza limiti di durata, di beni immobili di proprietà sociale, di macchinari, impianti e attrezzature aziendali; la realizzazione e la gestione di ipermercati, grandi magazzini e supermercati.

Essa inoltre può compiere tutte le operazioni commerciali, industriali e finanziarie, mobiliari ed immobiliari, ritenute dall'Amministrazione necessarie od utili per il conseguimento dell'oggetto sociale, prestare avalli, fidejussioni ed ogni altra garanzia, anche reale, acquisire presso i soci fondi con o senza obbligo di rimborso nonché assumere interessenze e partecipazioni in altre società od imprese aventi oggetto analogo od affine o connesso al proprio, il tutto nei limiti di legge.

3) La Società ha sede in Rozzano - Milanofiori (Milano), Strada 8, Palazzo N e nei modi di legge potrà istituire sedi secondarie, filiali, succursali e rappresentanze anche in altre località.

Il domicilio dei soci per tutti i rapporti con la Società si intende eletto presso l'indirizzo risultante dal libro dei soci.

4) La durata della Società è fissata sino al 31 dicembre 2100 e può essere prorogata.

CAPITALE

5) Il capitale è determinato in L. 80.000.000 (ottantamiloni) e può essere aumentato per deliberazione dell'assemblea.

6) Le quote sociali sono trasferibili.

7) I versamenti sulle quote sono richiesti dall'Amministrazione nei termini e modi che reputa convenienti.

A carico dei soci in ritardo nei versamenti decorre l'interesse in ragione annua del saggio legale fermo il disposto dell'art. 2477 del Codice Civile.

8) L'assemblea può deliberare la riduzione di capitale anche mediante assegnazione a singoli soci o gruppi di soci di determinate attività sociali.

ASSEMBLEE

9) L'assemblea rappresenta la universalità dei soci e le sue deliberazioni, prese in conformità alla legge ed al presente statuto, obbligano tutti i soci.

L'assemblea è ordinaria o straordinaria a sensi di legge.

Essa può essere convocata anche fuori della sede sociale in Italia e nei Paesi dell'Unione Europea.

Quando particolari esigenze lo richiedano, l'assemblea ordinaria può essere convocata dall'Amministrazione entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio sociale.

10) Ogni socio ha un voto per ogni quota da Lire 1.000 (mille).

11) Le convocazioni delle assemblee sono fatte a cura dell'Amministrazione con lettera raccomandata o telefax inviati ai soci almeno otto giorni prima dell'adunanza a sensi dell'art. 2484 Codice Civile.

Sono tuttavia valide le assemblee anche non convocate come sopra qualora siavi rappresentato l'intero capitale sociale e vi assistano tutti gli Amministratori in carica e, se nominati, tutti i Sindaci effettivi.

12) Possono intervenire all'assemblea tutti coloro che risultano iscritti nel libro dei soci.

13) Ogni socio che abbia diritto di intervenire all'assemblea può farsi rappresentare per delega scritta da altra persona a sensi di legge.

Spetta al Presidente dell'assemblea constatare il diritto di intervento all'assemblea anche per delega.

14) L'assemblea è presieduta dall'Unico Amministratore ovvero dal Presidente del Consiglio, in difetto di che l'assemblea elegge il proprio Presidente.

15) Il Presidente dell'assemblea è assistito da un Segretario anche non socio e, se del caso, da due scrutatori scelti tra i soci.

Le deliberazioni dell'assemblea sono constatate da verbale, firmato dal Presidente, dal Segretario ed eventualmente dagli scrutatori.

Nei casi di legge ed inoltre quando il Presidente dell'assemblea lo ritenga opportuno, il verbale viene redatto da Notaio.

16) Le deliberazioni dell'assemblea ordinaria e straordinaria sono valide se sia presente o rappresentata almeno la maggioranza del capitale sociale.

Le deliberazioni si prendono a maggioranza assoluta di voti.

Le nomine alle cariche sociali si fanno per acclamazione o a maggioranza relativa a sensi di legge.

AMMINISTRAZIONE

17) L'Amministrazione della Società può essere affidata ad un Unico Amministratore oppure ad un Consiglio composto da tre a cinque membri, anche non soci, secondo quanto deliberato dall'assemblea ordinaria.

Gli Amministratori durano in carica tre esercizi, salvo che l'assemblea deliberi diversamente all'atto della nomina.

18) Sino a contraria deliberazione dell'assemblea, gli Amministratori non sono vincolati dal divieto di cui all'art. 2390 Codice Civile.

19) Ai membri del Consiglio o all'Unico Amministratore spetta il rimborso delle spese sostenute per ragione del loro ufficio.

L'assemblea può inoltre assegnare al Consiglio o all'Unico Amministratore una indennità annuale.

CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

20) Il Consiglio elegge tra i suoi membri un Presidente ed eventualmente anche un Vice Presidente che sostituisca il Presidente nei casi di assenza od impedimento, nonché un Segretario anche estraneo.

21) Il Consiglio si raduna sia presso la sede della Società sia altrove, tutte le volte che il Presidente lo giudichi necessario, o quando ne sia fatta domanda scritta da almeno due dei suoi membri.

22) Il Consiglio viene convocato dal Presidente con lettera o telefax da inviarsi almeno otto giorni prima dell'adunanza a ciascun Amministratore e, se nominati, a ciascun Sindaco effettivo e, nei casi di urgenza, con telegramma o telefax da inviarsi almeno un giorno prima.

23) Per la validità delle deliberazioni del Consiglio si richiede la presenza effettiva della maggioranza dei suoi membri in carica.

Le deliberazioni sono prese a maggioranza assoluta di voti dei presenti.

Delle deliberazioni del Consiglio si fa constare con verbale firmato dal Presidente e dal Segretario della seduta.

L'intervento alle riunioni del Consiglio di Amministrazione può avvenire anche in video-conferenza o teleconferenza, a condizione che gli aventi diritto possano essere identificati e sia loro consentito di intervenire in tempo reale alla trattazione degli argomenti.

Il Consiglio si considera tenuto nel luogo in cui si trovano il Presidente ed il Segretario della riunione.

24) Il Consiglio è investito dei più ampi poteri per la gestione ordinaria e straordinaria della Società, senza eccezione di sorta ed ha facoltà di compiere tutti gli atti che ritenga opportuni per l'attuazione ed il raggiungimento degli scopi sociali, esclusi soltanto quelli che la legge in modo tassativo riserva all'assemblea.

Il Consiglio ha quindi, tra le altre, la facoltà di acquistare, vendere e permutare immobili, conferirli in altre società costituite o costituenti, rilasciare avalli, fidejussioni, garanzie e assumere partecipazioni ed interessenze per gli effetti di cui all'art. 2 del presente statuto, acconsentire a iscrizioni, cancellazioni ed annotamenti ipotecari, rinunciare ad ipoteche legali, transigere e compromettere in arbitri anche amichevoli compositori nei casi non vietati dalla legge, autorizzare e compiere qualsiasi operazione presso gli uffici del Debito Pubblico, della Cassa Depositi e Prestiti e presso ogni altro ufficio pubblico e privato.

25) Qualora per dimissioni o per altre cause venga a mancare la maggioranza degli Amministratori, si intende scaduto l'intero Consiglio e deve convocarsi senza ritardo l'assemblea per la nomina di tutti gli Amministratori.

UNICO AMMINISTRATORE

26) L'Amministratore Unico è investito, per la gestione della Società, di tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione che per statuto spettano al Consiglio di Amministrazione.

FIRMA E RAPPRESENTANZA SOCIALE

27) All'Unico Amministratore ovvero al Presidente del Consiglio od a chi ne fa le veci è attribuita la rappresentanza della Società.

Il Presidente del Consiglio potrà dare esecuzione a tutte le deliberazioni del Consiglio ogni qualvolta non siano diversamente deliberato.

L'Unico Amministratore ovvero il Presidente o chi ne fa le veci rappresenta la Società in giudizio con facoltà di promuovere azioni ed istanze giudiziarie ed amministrative per ogni grado di giurisdizione ed anche per giudizi di revocazione e cassazione, nominando avvocati e procuratori alle liti.

28) Il Consiglio può nominare tra i suoi membri uno o più Amministratori Delegati o conferire speciali incarichi a singoli Amministratori, anche con facoltà di delega, fissandone le attribuzioni e retribuzioni a norma di legge, nonché le eventuali cauzioni.

Qualora il Consiglio non determini le attribuzioni del o degli Amministratori Delegati, essi hanno con firma libera la rappresentanza della Società per tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale a norma dell'art. 2384 Codice Civile.

L'Unico Amministratore ovvero il Consiglio può nominare direttori, nonché istitori, procuratori ad negotia e mandatari in genere conferendo loro la rappresentanza della Società per determinati atti o categorie di atti, anche con facoltà di delega.

COLLEGIO SINDACALE

29) Nei casi di legge o quando l'assemblea lo ritenga opportuno, viene nominato un Collegio Sindacale composto da tre Sindaci effettivi e due supplenti funzionanti a sensi di legge.

BILANCIO ED UTILI

- 30) Gli esercizi sociali si chiudono al 31 dicembre di ogni anno.
Alla fine di ogni esercizio il Consiglio, ovvero l'Unico Amministratore, procede alla formazione del bilancio di esercizio a norma di legge.
- 31) Gli utili netti, dopo prelevata una somma non inferiore al 5% per la riserva legale, fino al limite di legge, vengono attribuiti al capitale salvo che l'assemblea, su proposta del Consiglio o dell'Unico Amministratore, deliberi degli speciali prelevamenti a favore di riserve straordinarie o per altra destinazione, oppure disponga di rinviarli in tutto od in parte ai successivi esercizi.
- 32) Il pagamento degli utili è effettuato presso le Casse designate dall'Amministrazione a decorrere dal giorno annualmente fissato dall'Amministrazione stessa.
- 33) Gli utili non riscossi entro il quinquennio dal giorno in cui divennero esigibili, vanno prescritti a favore della Società.

SCIoglimento

- 34) Addivenendosi in qualsiasi tempo e per qualsiasi causa allo scioglimento della Società, l'assemblea stabilisce le modalità della liquidazione e nomina uno o più liquidatori determinandone i poteri.

Bibliografia

AA.VV. 'I contratti in generale, tomo I, a cura di Paolo Cendon, Torino, 2000, più specificamente l'ultima parte relativa 'I contratti della Pubblica Amministrazione'.

AA.VV. 'Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato' Roma-Bari, 1999.

AA.VV. 'Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture', Convegno in onore di Alberto De Roberto Presidente Emerito del Consiglio di Stato, Repubblica di San Marino, 2007.

AA.VV. 'Il project financing negli enti locali' a cura di MULAZZANI M. , Milano, 2004.

AA.VV. 'Il Project financing nel codice dei contratti: analisi giuridico-amministrativa, economico-finanziaria e tributaria' a cura dello studio legale Mariani, Menaldi & Associati, Torino, 2007.

AA.VV. 'Il project financing nella pubblica amministrazione' a cura di Galullo R. , Il Sole 24 ore, 2003.

AA.VV. 'La partnership pubblico-privato', i libri di Edilizia e territorio a cura di SANTILLI G. Il Sole 24 ore, 2006.

AMATO G. 'Il mercato nella Costituzione', Roma, 1991.

AMATO G. 'Profili costituzionali dell'incentivazione dell'industria' in AA.VV., 'Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie dell'industria' in Quaderni di giur. Comm.1982.

AMATUCCI F. 'Il project finance nelle aziende pubbliche. Strumenti di finanziamento per enti locali e aziende sanitarie. Le novità della legge 166/2002, Milano', 2002.

ARROW K. J. 'Essays in the theory of risk-bearing', Amsterdam, 1971. spec. p. 137 ss.

ARTUSO D. - D'AMBROSIO P. 'Appalti pubblici di forniture e servizi', Napoli, 2007.

BARBIERA L. 'Vizi della cosa concessa in leasing e diritti dell'utilizzatore' nota a Cass. 26 gennaio 2000 n. 854 in Giur. It. 2000 p. 1136.

BARILE P. 'Le libertà nella Costituzione – lezioni', Padova, 1966.

BECATTINI G. 'Dal "settore" al "distretto": alla ricerca dell'unità di indagine dell'economia industriale', in Riv. Econ. e pol. Ind. , n.1/1979.

BENVENUTI F. 'Per un diritto amministrativo paritario' in AA.VV. 'Studi in memoria di E. Guicciardi', Padova, 1957.

- BETTI E. 'Teoria generale del negozio giuridico', Torino, 1943.
- BIAGINI A. 'La realizzazione delle opere pubbliche attraverso la finanza di progetto e la concessione di costruzione e gestione' in AA.VV, 'Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture', Convegno in onore di Alberto De Roberto, Repubblica di San Marino, 2007, pp. 215 e ss.
- BIANCA C.M. 'Il contratto', 3, Diritto civile, Milano, 2000.
- BONELL J., voce 'LEX MERCATORIA' in Digesto disc.priv. sex. Comm., IX, Torino, 1993 p. 11 ss..
- BORTOLOTTI F. 'Diritto dei contratti internazionali, CEDAM, Padova, 2000.
- BRUNO F.- RUSCIANO R. 'Finanza innovativa e project financing' in 'La finanza locale', 2006, fascicolo 7-8 pp. 39-66.
- CAPRIGLIONE F. 'Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia', Padova, 2001.
- CARAPPELLA B. 'Il project financing: un percorso per la Pubblica Amministrazione, Milano', 2001.
- CARINGELLA F. 'Lezioni e sentenze di diritto amministrativo 2008', Roma, 2008.
- CARINGELLA F. 'Lezioni e sentenze di diritto civile 2008', Roma, 2008.
- CARINGELLA F. 'Corso di diritto amministrativo in due volumi', Milano, 2005.
- CAROLI M.G. 'Il project financing nell'economia della competitività territoriale' in 'Il project financing nelle strategie di sviluppo dell'impresa e del territorio', Roma, 2001.
- CARRIÈRE P. 'Project financing', profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano, Padova, 1999.
- CARULLO A. – CLARIZIA A. 'La legge quadro in materia di lavori pubblici', Padova, 2000.
- CASELLA F. 'Il Project financing nel Regno Unito' in 'Diritto pubblico comparato ed europeo', 2005, fascicolo 4, pp. 801-1816.
- CASSETTA E. 'Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della p.a.' in Dir. Econ., 1992, p.275 ss.
- CERULLI-IRELLI V. 'Corso di diritto amministrativo', Roma, 2001.

- COLLURA G. 'Il problema del mutuo di scopo legale' in 'Tipicità e atipicità dei contratti', Milano, 1983
- COLOMBO C. 'Operazioni economiche e collegamento negoziale', Padova, 1999.
- CONSOLO G. 'Aspetti pubblicistici e privatistici del mutuo di scopo, Padova, 1990.
- COSTANTINO L., 'Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti' in 'Contratto e impresa', 2003 p. 408.
- D'ANGELO A., 'Contratto e operazione economica', Torino, 1992.
- DANIELE L. 'Diritto dell'Unione Europea: dal Piano Schuman al progetto di Costituzione per l'Europa', Milano, 2004.
- DE MARI C. 'Collegamento negoziale materiale e legittimazione all'azione di nullità', in 'Giur. It.' 1993, I.
- DI SABATO F. 'Unità e pluralità di negozi' (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)in 'Riv. Dir. Civ.', 1959, I, p. 428.
- DRAETTA U. 'Il "project financing" nella prassi del commercio internazionale' in 'Il diritto del commercio internazionale', 1994, fascicoli 3-4 pp. 495-507.
- DRAGHI M. 'Considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia' relazione alla 114° assemblea della Banca d'Italia, Roma, 31 maggio 2008.
- DRAGHI M. in 'Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato' Bari-Roma, 1999, p. 29.
- EINAUDI L. 'Lezioni di politica sociale', Torino, 1975, pp. 11-12.
- FALZEA A., 'Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica', II, Milano, 1997.
- FAVA C. F. 'Project financing dal progetto alla realizzazione', Il Sole 24 ore, 2004.
- FERRANDO G. 'Contratti collegati: il caso del credito al consumo', in Nuova giur. Civ. comm. 1995, I .
- FERRANDO G. 'Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale' in 'Nuova giur. Civ. comm.', 1997, II, pp. 232-249.
- FERRI G.B, 'Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico', Milano, 1966, p. 358.
- FERRI G.B. 'Parte del negozio' voce in Enc. Dir.

- FOTI G. 'Regole giuridiche e mercati concorrenziali del consumo' in TOMMASINI R. (a cura di) 'Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti', Torino, 2007, p. 21.
- FRANZESE L. 'Contratto, negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia' in 'Riv. Dir. Civ'. 1997, I, p. 771 ss.
- FRANZONI M. 'Degli effetti del contratto' vol. I, 'Efficacia del contratto e recesso unilaterale' in 'Codice civile commentato' diretto da Piero Schlesinger, Milano, 1998, pp. 308 e ss.
- GABRIELLI E., 'Il contratto e l'operazione economica' in Riv. Dir. Civ. , 2003, p. 93.
- GAJA G. 'Introduzione al diritto comunitario', Roma – Bari, 1996.
- GALILEI G. 'Saggiatore', Opere, Roma, 1995.
- GASPERONI N. 'Collegamento e connessione tra negozi' in 'Rivista di diritto commerciale', 1955, pp. 357-387.
- GATTI S. 'Manuale di project finance', Milano, 1999.
- GATTI S., RIGAMONTI A., SAITA F., SENATI M., 'La misurazione del Value at Risk nelle operazioni di project financing' in Newfin- Università Bocconi n. 6/2005.
- GAZZONI F. 'Manuale di diritto privato', Napoli, 2007.
- GIANNINI M.S. 'Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche', Bologna, 1986, p. 125.
- GILMORE G., 'The death of contract', Columbus, 1974, trad.it. di FUSARO A. 'La morte del contratto', Milano, 1998.
- GIORGIANNI M. 'Negozii giuridici collegati' in 'Rivista italiana per le scienze giuridiche', Milano, 1937, p. 275.
- GORLA G. 'Il contratto. I. Lineamenti generali.', Milano, 1955.
- GRISI G. 'L'autonomia privata – diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia', Milano, 1999 pp. 34 e ss.
- GUARDANELLA C. 'Il codice dei contratti pubblici' commento al d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, Napoli, 2007. SANINO M. 'Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture d.lgs.. 12 aprile 2006 n. 163', Torino, 2006.
- GUARNERI A. 'Meritevolezza dell'interesse' in Dig. Disc. priv (Sez. civ.), XI, 324-332, 1994.

- IMPERATORI G. 'La finanza di progetto. Una tecnica, una cultura una politica', Milano, 1996.
- INMAN R. P. 'Markets, governments and the 'new' political economy', in A.J. AUERBACH- M. FELSTEIN, a cura di Handbook of Public Economics, II, ch 12, Amsterdam, 1987.
- IRTI N. 'Fenomenologia del diritto debole' in AA.VV 'Nuove frontiere del diritto', Bari, 2001.
- IRTI N. 'Il negozio giuridico come categoria storiografica' in 'Lettere bettiane sul negozio giuridico', Milano, 1991.
- IRTI N. 'La concorrenza come statuto normativo' in LIPARI-MUSU (a cura di), 'La concorrenza tra economia e diritto', Roma-Bari, 2000, p. 59.
- IRTI N. 'L'ordine giuridico del mercato', Roma-Bari, 1998.
- IRTI N. - SEVERINO E. 'Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo su diritto e tecnica)' in 'Contratto e Impresa', 2000.
- JENS M. - SFORZI D. 'Il project financing in Germania' in 'Diritto pubblico comparato ed europeo', 2005, fascicolo 4 pp. 1893-1898.
- KEYNES J. M. 'Teoria generale dell'occupazione', Torino, 2006.
- LENER G. 'Profili del collegamento negoziale', Milano, 1999.
- LEONARDI R. 'La figura del promotore nel project financing' in 'Project financing e opere pubbliche problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme a cura di FERRARI G. F. e FRACCHIA F., collana diretta da Piergaetano Marchetti, Milano, 2004.
- LEPORE M. C. 'Promotore finanziario, società di progetto (artt. 152-160)' in 'Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture' a cura di SANINO M. , Torino, 2006.
- LOSCO V. 'Il project financing negli Stati Uniti' in 'Diritto pubblico comparato ed europeo' 2005, fascicolo 4 pp. 1839-1849.
- MACARIO F. 'Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita' in 'Foro italiano', 1994.
- MARRELLA F. 'Lex mercatoria e principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale' in 'Contratto e impresa Eur.', n. 1/2000, p. 29 e ss.

- MENGONI L. 'Dritto e tecnica' in Riv. Trim. dir. Proc. Civ. 2001.
- MATTASOGLIO F. 'Il Project financing in Francia' in 'Diritto pubblico comparato ed europeo', 2005, fascicolo 4 pp. 1850-1868.
- MERUSI F. 'Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti' in Bassi F., Merusi F. (a cura di), 'Mercati e amministrazioni indipendenti, Milano, 1993.
- MERUSI F. 'Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto' in 'Riv. Trim. appalti 'n. 2/1998.
- MESSINA P. 'Riflessioni sul project financing tra normativa interna e commercio internazionale' in FONTANA F.-SANDRI S. -CAROLI M.G. (a cura di) 'Il project financing nelle strategie di sviluppo dell'impresa e del territorio', Roma, Luiss, 2001.
- MESSINEO F. 'Contratto derivato-sub-contratto'(voce) in Enc. Dir.
- MONTEDORO G. 'Il collegato infrastrutture e la legge obiettivo tra federalismo e diritto comunitario' in 'Urbanistica e appalti'n.1/2003.
- MOSCONI F. 'Diritto internazionale privato', Torino, 2006.
- NEVITT P. K. 'Project financing' trad.it della quarta edizione a cura di DE SURY P., Bari, 1987.
- NICOLÒ R. 'Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario' in 'Foro italiano', 1938, I.
- NIVARRA L. – ROMANO G.W, 'Il Mutuo', Milano, 2000.
- NUNZIATA P. 'Gli interventi infrastrutturali per il Mezzogiorno e la legge Obiettivo' in Riv. Giur. Del Mezzogiorno, XVI, n. 3/2002.
- NUZZO M. 'Utilità sociale e autonomia privata', Milano, 1975. NUZZO M. 'Collegamento negoziale e mutuo di scopo convenzionale: una fattispecie con causa unica?' in 'Nuova giur. Civ. comm.' 1995.
- OPPO G. 'La direttiva comunitaria sul credito al consumo' in Riv. Dir. Civ. 1987, II pp. 539 in 'Raccolta di scritti in memoria di A. Lener' , a cura di Carpino B., Napoli, 1989, pp. 667 e ss.
- OPPO G. 'Diritto privato e interessi pubblici' in Atti. Acc. naz. Lincei, 1993.
- OPPO G. 'Contratti parasociali', Milano, ora in OPPO G. 'Scritti giuridici', II, Diritto delle società, Padova, 1992, pp. 1-175.
- PASQUILI R. 'Il subcontratto' in 'Studium iuris, 2000, pp. 577 e ss.

PECCHIOLI N. 'Il Project financing in Svizzera' in 'Diritto pubblico comparato ed europeo', 2005, fascicolo 4, pp. 1870-1878.

PENSABENE LIONTI S., 'Prospettive e profili problematici dell'inserimento del Project financing nel contesto dell'ordinamento amministrativo vigente, alla stregua dell'esperienza normativa della Regione Siciliana' in Riv. Trim. degli appalti, 1999.

PERLINGIERI P. 'Il diritto dei contratti fra persona e mercato' Napoli, 2003.

PERLINGIERI P. 'Profili istituzionali di diritto civile', seconda edizione, Napoli, 1979, pp. 66 e ss.

PERROTTI P. 'Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale' in 'I contratti', 2001.

PERNA R. 'L'uso pubblico delle risorse private: un nuovo rapporto tra pubblico e privato nella realizzazione delle opere pubbliche' in Pol. Dir. N. 2/1996 p. 268.

PICOZZA E.- SANDULLI M.A.- SOLINAS M. 'I lavori pubblici' in 'Tratt. Dir. Amm.' Diretto da Santaniello G. , X, Padova, 1990, p. 154.

PISANI C. 'Il subcontratto' in 'Nuova giur. Civ. comm.', II, 1999, pp. 245 e ss.

POMPELLA M. 'Le nuove modalità per il finanziamento degli investimenti infrastrutturali: la finanza di progetto' in Banche e banchieri, n. 1/1999, p. 31.

PONTOLILLO V. 'Aspetti economico-istituzionali del project financing problematiche ed esperienze in Italia' in 'Scritti in memoria di Pietro De Vecchis' vol. II, Roma, 1999, pp. 803 e ss.

PORTALE G. 'La riforma societaria: aspetti sostanziali. Profili dei conferimenti in natura nel nuovo diritto italiano delle società di capitali' in 'Corriere giuridico', 2003.

PUCA M.V. 'Tecniche contrattuali – Cos'è il project financing: concetti e storia' in 'Notariato', n. 5/2006, p. 544.

PUCA M.V. 'Schema di convenzione Project financing (1)' in 'Notariato' n. 6/2006 p. 685 e ss.

PUGLIESE F.P. 'Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione' in 'Riv. Trim. dir. Pubblico', n. 4/1971 p. 1469.

RABITTI G.L. 'Project finance e collegamento contrattuale' in 'Contatto e impresa', 1996, p. 186.

RAPPAZZO A. 'I contratti collegati' Milano, 1998, p.32.

REALE V. 'Il "project financing" quale strumento per la realizzazione di opere pubbliche attraverso l'apporto di capitali privati' in 'Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza', 2006, fascicolo 2 pp. 198-234.

RESCIO G. A. 'La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario' in 'Riv. Soc.', 2002.

RESSE D. 'Il project financing delle opere pubbliche. Dalla valutazione alle modalità di finanziamento del progetto: brevi spunti e riflessioni' in 'Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza' 2006, fascicolo 12, pp. 1642-1644.

RICCHI M. 'Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità' in 'Il diritto dell'economia' 2006, fascicolo 3, pp. 567-582.

ROEHRSEN G. 'Considerazioni sui sistemi di finanziamento delle opere pubbliche' in 'Rass. Lav. Pubbl.' 1963.

ROPPO E. 'Contratto' voce, in Digesto discipline privatistiche sez.civ. pp.120-121.

ROPPO E., Il contratto, Bologna, 1977.

ROUSSEAU J. J. 'Du contrat social', Paris, 1992.

RUSSO T. V. 'La cultura del project financing per investire nelle opere pubbliche' in 'edilizia e territorio' 1999, n. 50.

SACCO R. 'La qualificazione' in SACCO R.- DE NOVA G. 'Il contratto', II, in Trattato di diritto civile, Torino, 1923.

SALSI G. 'La legge applicabile alle operazioni di project financing' in 'Il project financing' a cura di VACCÀ C, introduzione di DRAETTA U. Milano, 2002.

SANINO M. 'Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163', Torino, 2006.

SANTECECCA D. 'Il ruolo del sistema bancario 'in AA.VV. 'Project financing e infrastrutture nel Mezzogiorno: problematiche di applicazione' in 'Rassegna economica', n. 2/2001, p. 247.

SANTORO-PASSARELLI F. 'Dottrine generali del diritto civile', Napoli, 1964.

SATTA F. 'Corrispettività tra prestazioni, collegamento tra negozi, e proroga legale delle locazioni' in 'Giur. It.', 1950, I, 2, pp. 355-363.

SCANO D. 'Project financing società e impresa', in 'Quaderni di giurisprudenza commerciale' n. 288, Milano, 2006.

SCARIGLIA R. 'Il Project financing in Spagna' in 'Diritto Pubblico comparato ed europeo' 2005, fascicolo 4 pp. 1879-1892.

SCHIAVELLO E. – GEWIRTZ J. 'Aspetti legali: common law e civil law' in AA.VV. 'Operatività del contratto nella finanza di progetto. L'esperienza britannica in Italia', 'Atti del convegno tenutosi a Torino il 23 giugno 2000.

SCHLESINGER P. saggio in 'Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato', Bari-Roma, 1999, p. 29.

SCOTTI GALLETTA A. 'Negozzi collegati e negozio di collegamento' nota ad App. Napoli, 31 ottobre 1996 n. 2296 in 'Dir. Giur.' 1968, pp. 836-857.

SENOFONTE P. 'In tema di negozi collegati' in 'Dir. Giur.', 1960, p. 273.

SEPE M. 'I mercati', Bari, 2003.

SEVERINO E. 'Tècne-Nomos: l'inevitabile subordinazione del diritto alla tecnica' in AA.VV. 'Nuove frontiere del diritto', Bari, 2001, p. 21 e ss.

SCHIZZEROTTO G. 'Il collegamento negoziale' Napoli, 1983.

SCOGNAMIGLIO R. 'Collegamento negoziale' (voce) in Enc. Dir. Vol. VII, Milano, 1960.

SMITH A. 'Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni', Milano, 1976.

TENNYSON A. citato in LEONI B. 'La libertà e la legge', Roma, 2005.

TETI R. 'Il mutuo, il mutuo di scopo' in 'Trattato di diritto privato', vol.XII, tomo IV', Torino.

TOFFOLETTO A. 'Project financing e profili di diritto societario: alcune riflessioni alla luce della riforma delle società di capitali' in 'Project financing e opere pubbliche: problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme' a cura di FERRARI F. – FRACCHIA F., collana di diritto dell'economia diretta da Piergaetano Marchetti, Milano, 2004.

TOLONE S. 'L'ordine della legge ed il mercato. La congruità dello scambio contrattuale', Torino, 2003, p. 2.

TULLIO A. 'La finanza di progetto: profili civilistici', Milano, 2003.

TULLIO A. 'La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di Project Finance' in 'Economia e diritto del terziario' n. 1/2005 pp.175 e ss.

ULPIANO, in 'Digesto giustiniano: passi scelti tradotti e annotati, Como, 2001.

UVA V. 'Il PF ora è più vicino alla gara' in 'Edilizia e territorio'n. 47 del 6-11 dicembre 2004.

VENDITTI A. 'Appunti in tema di negozi giuridici collegati' in 'Giust.civ.', 1954, I, p. 268.

VERONELLI A. 'I finanziamenti di progetto. Aspetti societari e contrattuali', Milano, 1996, pp. 5-6.

VIETTI M. 'Le linee guida della riforma del diritto societario' in 'Le società', 2003.

VIGNUDELLI A. 'La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del titolo V della Costituzione' in 'Dir. Amm.', n. 3/2005.

ZERELLA E. 'Collegamento contrattuale e recesso' in 'Rass. Dir. Civ.', 1993, p. 435.

ZIMATORE A. 'Il mutuo di scopo, problemi generali' Padova, 1985 e voce 'Mutuo di scopo' in Dizionario di diritto privato a cura di IRTI N.

Appendice giurisprudenziale

- App. Napoli 31 ottobre 1966 in Dir. Giur., 1968.
- Cass. 8 maggio 2006, n. 10490.
- Cass. 22 luglio 1971 n. 2404 in Giust. Civ. , 1971, I.
- Cass. 5 agosto 1982 n. 4401 in Mass. Gius.civ. 1982, p. 1601.
- Cass. 28 giugno 2001, n. 8844.
- Cass. 27 gennaio 1997, n. 827.
- Cass. 6 settembre 1991 n. 9388.
- Cass. 4 maggio 1989, n. 2065.
- Cass. 25 luglio 1984 n. 4350 in Giustizia civile, 1985.
- Cass. 13 febbraio 1992 n. 1751 in Giur.it., 1993, I.
- Cass. 12 dicembre 1995 n. 12733 in Giust.civ., 1996, I.
- Cass. 25 novembre 1998 n. 11942 in Il Fallimento, 1999.
- Cass. 27 novembre 1997 n. 11932 in Giust. Civ. Mass., 1997.
- Cass. 25 febbraio 1958 n. 629 , in Foro it., 1958, I.
- Cass. 27 giugno 1968 n. 2174, in Giust. Civ., 1968, I.
- Cass. 22 luglio 1971, n. 2404 , in Foro it., 1958, I.
- Cass. 26 gennaio 2000 n. 854 , in Giur. It., 2000.
- Cass. 14 gennaio 1998 n. 271 in Foro it., 1998.
- Cass. 11 marzo 1981, n. 1389.
- Cass. 5 giugno 1984 n. 3397 in Giust. Civ. , 1984, I.
- Cass. 21 maggio 195 n. 1842 in Giust. Civ. Mass. p. 721; Trib. Padova, 6 aprile 1949 , in Giur.it., 1950.
- Cass. 30 giugno 1998, n. 6412; Cass. 2 ottobre 1998, n. 9875; Cass. 2 novembre 1998 n. 10926 tutte pubblicate in Giur. It. 1998, I.
- Cass. 9 aprile 1983 n. 2520 in Foro.it. 1983, I.

Cass. 23 aprile 2001, n. 5996 in I Contratti, 2001.

Cass. 27 novembre 2003, n. 18113.

Cass. 25 luglio 1984 n. 4350 in Giust. Civ., 1985.

Cass. sez. II, 16 giugno 2006, n. 5851.

Cass. SS. UU. 14 giugno 2007, n. 13894.

Cass. 21 febbraio 1955, n. 559.

Cass. 20 gennaio 1994 n. 474 in Foro. It., 1995 e in Nuova Giur. Civ. comm. 1995.

Cons. Stato sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6487.

Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401.

TAR Lazio , sez. II. Ter, 3 marzo 2006, n. 1654.

TAR Lazio, sez. I. 3 maggio 2007, n. 3893.