



Veduta del percorso ciclo-pedonale "GiraSile" in prossimità del sito dell'ArcheoParco.



UNIONE EUROPEA



progetto cofinanziato dall'Unione Europea mediante l' Iniziativa Comunitaria Leader Plus 2000-2006

Gruppo di Azione Locale-G.A.L.

"Venezia Orientale"

Borgo S. Agnese, 89

30026 Portogruaro (VE)

tel. 0421.394.202 – fax 0421.390.728

vegal@vegal.net

Presidente: Valter Menazza



OGGETTO

Progetto "Abitare l'Acqua"

Ricordare, Ritrovare, Ripensare l'ambiente di vita fluviale.

Progetto realizzato attraverso l' Iniziativa Comunitaria "Leader Plus" – GAL "Venezia Orientale" – Piano di Sviluppo Locale "dal Sile al Tagliamento" - Azione n° 2 "Organizzare il territorio"

ENTI INTERESSATI

G.A.L. "Venezia Orientale"

Borgo Sant' Agnese, 89

30026 Portogruaro (VE)

tel. 0421.394.202 – fax 0421.390.728

www.vegal.net

vegal@vegal.net



Ente Parco Naturale Regionale del fiume Sile

31100 Treviso

Via Tandura, 40

tel. 0422.321.994 – fax 0422.321.839

www.parchiveneto.it

info@parcofiumesile.191.it

AREE INTERESSATE

Ambito del Parco Naturale Regionale del fiume Sile

Il progetto "ArcheoParco" è collocato nel territorio comunale di Quarto d'Altino (VE)

GRUPPO DI LAVORO

Progettisti di "Abitare l'Acqua":

Gennaro Memmoli, architetto

Dott. Maria Carla Furlan

Dott. Claudio Riva

Stefano Scalettaris, avvocato

Dott. Massimo Tuzzato

Responsabile del progetto

"Abitare l'Acqua"

Lewis Trevisan

Finanza di progetto:

Linee guida e caso studio

"Archeoparco di Altino"

a cura di:

Gennaro Memmoli, architetto

(progetto architettonico-ambientale)

Stefano Scalettaris, avvocato

Dott. Massimo Tuzzato

(finanza di progetto)

FINANZA DI PROGETTO

Avv. Stefano Scalettaris

Dott. Massimo Tuzzato

Via Cesare Battisti, 11

San Donà di Piave (VE)

Tel e fax 0421.54150

DATA

gennaio-dicembre 2006



Indice

	Pag.
Premessa	4
PARTE PRIMA	
La finanza di progetto	7
1.1 Che cos'è la Finanza di Progetto	9
1.2 Contesto di applicazione della finanza di progetto	11
1.3 Sviluppo storico della normativa di riferimento	11
1.4 La finanza di progetto in tema di lavori pubblici – precisazioni preliminari	14
1.5 Le fasi della Finanza di Progetto nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità – la fase ideativa	16
1.6 I soggetti che possono fare la proposta	18
1.7 L’elaborazione della proposta. In particolare il piano economico e finanziario	20
1.8 La valutazione	22
1.9 L’affidamento della concessione di costruzione e gestione	27
1.10 La società di progetto	28
1.11 Il security package	31
1.12 Le tipologie di operazioni di Finanza di Progetto	33
1.13 Alcune considerazioni sui vantaggi e sugli svantaggi della finanza di progetto	35
PARTE SECONDA	
Impostazione del progetto	39
2.1 Premessa all’impostazione di un caso reale di finanza di progetto: “Archeoparco di Altino”	41
2.2 Alcuni spunti per l’impostazione della proposta progettuale	43
2.3 La situazione progettuale	45

2.4	La valutazione del progetto	47
2.5	Piano Economico e Finanziario	49

PARTE TERZA

	Impostazione giuridica	51
3.1	Impostazione giuridica del progetto	53
3.2	I beni oggetto di intervento	54
3.3	Una prima risposta	57
3.4	Un possibile iter della procedura	62
3.5	Accordo programmatico	63
3.6	La società di progetto	66

PARTE QUARTA

	Oltre il project financing	69
4.1	Oltre il project financing	71
4.2	La società mista	71
4.3	Il patrimonio di destinazione	75
4.4.	Il trust	83

Premessa

Nel nostro immaginario collettivo la finanza di progetto o *project financing* sostanzia una forma di collaborazione tra pubblico e privato per la realizzazione di determinate opere e progetti, lo sviluppo e l’esercizio di servizi, la realizzazione in genere di infrastrutture di pubblica utilità. In realtà, come avremo modo di vedere, nella prassi del commercio internazionale, il *project financing* è più propriamente e semplicemente un’operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare il flusso di cassa dell’unità in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell’unità economica come garanzia collaterale del prestito medesimo. Una tecnica di finanziamento quindi, che prescinde dal carattere pubblico o privato tanto degli investitori quanto dell’opera realizzata.

Nel nostro Paese tuttavia, la parziale regolamentazione legislativa del fenomeno ha riguardato soltanto il, tutto sommato limitato, settore della realizzazione indiretta delle opere pubbliche legittimando pertanto visioni parziali e “pubbliche” del fenomeno, comunque riduttive della sua reale portata.

Nel caso si fosse rinvenuta all’interno dell’Ente Parco Sile, oltre all’area privata sulla quale è stato elaborato il progetto “Archeoparco di Altino”, anche un’area pubblica ove ragionare in ordine a progetti di innovazione comportanti tendenzialmente l’applicazione dello schema della finanza di progetto, sarebbe stato possibile ragionare a “360 gradi” sull’istituto, confrontando “sul campo” due diverse forme di intervento

pur radicalmente difformi; sarebbe stato possibile in definitiva cogliere le peculiarità ed i diversi problemi, anche normativi, che la natura e gli interessi, pubblici o privati delle aree coinvolte nell’iniziativa, comportano.

La presenza “soltanto” di un progetto sul quale lavorare, coinvolgente peraltro un ambito privato, comporta pertanto che l’obiettivo del presente lavoro si modifichi e si allontani dall’iniziale idea di un confronto modello pubblico-modello privato di schema di finanza di progetto.

Allo stesso tempo il muoversi in terreno esclusivamente privato e quindi in assenza di una qualsivoglia regolamentazione legislativa, ha comportato – forse in termini ancor più interessanti – da un lato, una maggiore libertà d’azione in ordine all’esplorazione sull’adattabilità della finanza di progetto, intesa non solo come modello di finanziamento ma anche come insieme di procedure regolate fino a poco tempo fa dalla legge Merloni ed oggi dal D.lgs 163/2006, al peculiare caso privato prospettato; dall’altro la possibilità di ipotizzare nuovi schemi e di introdurre nuove idee potenzialmente idonee alla soddisfazione degli interessi in causa.

Per quale motivo infatti, non sondare la possibilità di utilizzare al caso concreto nuovi istituti e nuovi schemi idonei ad assicurare quella “separazione patrimoniale” che costituisce l’essenza della finanza di progetto e che sostanzia il reale motivo di successo di questo *modus operandi*? Per quale motivo non tenere conto della florida evoluzione legislativa che ha creato nuovi istituti e nuovi ambiti operativi tendenzialmente applicabili al caso che ci occupa? Perché non ipotizzare l’utilizzabilità di istituti quali ad esempio il “trust” tenendosi conto delle evoluzioni giurisprudenziali che paiono finalmente aver “sdoganato” tale interessantissimo strumento di lavoro? Per quale motivo infine, non valutare addirittura la possibilità di superare la tecnica di finanziamento in oggetto ove, in presenza di determinati presupposti, sia possibile un raggiungimento più diretto dell’obiettivo programmato?

In sostanza, nel presente lavoro si valuterà la fattispecie concreta - intendendosi con tale vasta dizione fare riferimento ai problemi concreti che il progetto Archeoparco di Altino potrebbe sostanziare, in termini di coinvolgimento della proprietà, finanziabilità del programma di intervento e sicurezza economico-patrimoniale

dell’investimento - e la sua riferibilità al modello della finanza di progetto ovvero ad altri modelli ove, nel caso, siano in grado di assicurare allo stesso modo e secondo le richiamate necessità, il raggiungimento dei divisati obiettivi.

Il tutto nella logica e nella convinzione che, dallo studio dei potenziali strumenti giuridici sia possibile creare, o tentare di creare, un “laboratorio di idee” ed un modello giuridico tendenzialmente replicabile, sia pure con i doverosi aggiustamenti del caso, ad un numero illimitato di situazioni. Tale è in definitiva il nostro vero obiettivo.

Nel presente lavoro si procederà, per chiarezza espositiva, dapprima a tratteggiare le caratteristiche della finanza di progetto così come risultanti anche dall’analisi della, peraltro non immensa e comunque circoscritta, legislazione nazionale in materia; indi si valuteranno le peculiarità del progetto “Archeoparco di Altino” in modo da avere un quadro dettagliato dell’ambito di intervento e del contesto all’interno del quale il programmato finanziamento dovrebbe realizzarsi; infine, più nel dettaglio, si tenteranno di affrontare i problemi tecnici e giuridici nascenti dalla natura privata delle aree coinvolte nel progetto in oggetto ipotizzando un’applicazione dello schema della finanza di progetto alla fattispecie e tentandosi, come già detto di offrire, in via sperimentale o esplorativa anche soluzioni apparentemente difformi o non in linea con detto schema ma che possano parimenti offrire uno strumento giuridico in grado di realizzare il divisato obiettivo e di costituire un modello per la soluzione di simili situazioni.

PARTE PRIMA

La finanza di progetto

“ABITARE L’ACQUA”: FINANZA DI PROGETTO - IL CASO STUDIO DELL’ARCHEOPARCO DI
ALTINO - linee guida per l’avvio di un’operazione di finanza di progetto -

1.1 Che cos'è la Finanza di Progetto

La finanza di progetto è essenzialmente un “approccio al finanziamento di un investimento”¹ o logica finanziaria volta ad incentivare l’intervento del capitale, privato o pubblico, nel finanziamento di singoli progetti, spesso di tipo infrastrutturale e spesso di valenza pubblica², laddove, la natura pubblica o privata dei soggetti investitori che si assumono il rischio dell’operazione, determinano anche il carattere pubblico o privato della stessa.

Questo porta a fugare sin dalle premesse del presente lavoro l’equivoco secondo il quale la finanza di progetto sia esclusivamente quella disciplinato dalla Legge Merloni – ter o meglio ancora oggi dal D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 “Codice dei contratti pubblici”, nonché quello secondo il quale si è giunti a definire la stessa come pubblica o privata sulla base dell’interesse pubblico o privato del progetto realizzato.

Si può dunque, con una buona dose di certezza definire la finanza di progetto come una tecnica di finanziamento “neutra”³ capace di trovare applicazione tanto in un rapporto tra soggetti privati, quanto tra uno o più soggetti privati e un soggetto pubblico.

In quest’ottica si potrà quindi propriamente parlare di finanza di progetto privata nei casi in cui investitori privati realizzino opere private di interesse privato, opere private di interesse pubblico, o opere pubbliche o private di pubblica utilità, e di finanza di progetto pubblica nei casi nei quali vi sia la realizzazione di un opera pubblica in prevalenza finanziata da parte dell’ente pubblico.

Laddove sarà il progetto a diventare per se stesso e nella sua singolarità l’elemento qualificante dell’intera fattispecie e l’elemento fondante la scelta imprenditoriale.

Sarà infatti il progetto che dovrà dimostrare con trasparenza e credibilità di avere

¹ M. Miscali, I tratti giuridici delle operazioni di project financing, “...si tratta di modalità di finanziamento in cui le tecniche finanziarie e gli istituti giuridici sono conformati quasi alla stregua di una creazione sartoriale secondo le caratteristiche specifiche del progetto, allo scopo di dotarlo dei requisiti che lo rendono appetibile (bancabile) per i finanziatori.”

² Antonio Tullio, La finanza di progetto: profili civilistici, Dott. A. Giuffè Editore, 2003

³ P. Carrière, Project financing

una sua capacità di generare, in un determinato arco di tempo, flussi di cassa tali da rimborsare l’investimento effettuato e tale da raccogliere la fiducia degli investitori.

In questa logica non sarà quindi difficile comprendere quale importanza è attribuita nella finanza di progetto al progetto stesso e contemporaneamente anche allo sviluppo di tutta quella serie di meccanismi necessari a rendere la società che andrà a realizzarlo il più possibile stabile e duratura, affinché siano ridotte al minimo le variabili capaci di influire sulla realizzazione dello stesso.

Quanto alla valutazione del progetto da un punto di vista economico finanziario, questa verrà effettuata in maniera del tutto svincolata dai patrimoni dei soggetti proponenti dovendosi fondare esclusivamente sulla bontà dell’idea e della quantità di reddito che la stessa sarà presumibilmente in grado di generare.

In questo modo, il diritto di gestire e sfruttare l’opera sarà il corrispettivo per la società di progetto ma anche l’unica garanzia sulla quale potranno fare affidamento i soggetti finanziatori.

Quanto appena evidenziato ribadisce in maniera forte l’importanza che nella finanza di progetto deve avere l’idea imprenditoriale e costituisce presupposto logico per comprendere il motivo sulla base del quale anche le garanzie non saranno dipendenti e commisurate alla credibilità finanziaria dei soggetti proponenti, bensì meramente difensive del progetto.

In questo contesto il sistema di sicurezza del progetto avrà pertanto la funzione di garantire ai finanziatori il diritto di assumere il controllo o la gestione del medesimo, allorché lo stesso sia messo in pericolo, al fine di tutelare la realizzazione e la conseguente redditività dello stesso.

Tutto questo sistema si caratterizza da un punto di vista giuridico per la forte contrattualizzazione⁴, o, per meglio dire, per tutta una serie di contratti tra loro strettamente collegati e funzionali ad un’equa ripartizione dei rischi connessi all’iniziativa e finalizzati conseguentemente ad una rapida gestione degli stessi.

⁴ C.Vaccà, Il project financing, Milano, 2002

1.2 Contesto di applicazione della finanza di progetto

Come già anticipato, quando si parla di finanza di progetto non si può fare riferimento ad una disciplina organica della materia.

Quanto disciplinato dal legislatore, infatti, ha esclusivamente ad oggetto la regolamentazione della finanza di progetto quale strumento di esecuzione indiretta delle opere pubbliche o di pubblica utilità.

Nell’esame del fenomeno quindi, dovrà essere sempre tenuto presente che la normativa stessa non andrà a definire in via esclusiva il fenomeno, ma al più ne potrà costituire valido punto di partenza per la comprensione del più ampio fenomeno rappresentato dalla finanza di progetto.

1.3 Sviluppo storico della normativa di riferimento

Effettuare un *excursus* della normativa di riferimento in tema di finanza di progetto non è certo facile e agevole, innanzitutto per la notevole interdisciplinarietà degli aspetti che la stessa coinvolge e secondariamente perché non siamo in presenza di un procedimento amministrativo tipico, bensì di un articolato complesso di istituti giuridici pubblici e privati fortemente influenzato da diverse impostazioni. Il tutto implica una valutazione che non può che essere spunto di comprensione, ma non divenire in se stessa esaustiva nella definizione di uno strumento, quale quello della finanza di progetto, che seppur inserito nella materia dei lavori pubblici può trovare espressione anche nei progetti di esclusivo interesse privato.

Ribadendo quindi che la disciplina del fenomeno in oggetto non ha una disciplina autonoma ed autosufficiente nel nostro ordinamento, trova comunque una sua originaria collocazione e connotazione minima all’interno della Legge Quadro sui lavori pubblici.

E’ a partire dagli anni novanta, infatti che in Italia si inizia a prevedere l’ipotesi di

costituire a livello locale società miste pubblico – privato per erogare servizi pubblici o di pubblica utilità. Con la legge 23 dicembre 1992, n. 498 “Interventi urgenti in materia di Finanza Pubblica”, in adeguamento della normativa comunitaria, fa ingresso per la prima volta nel nostro ordinamento la possibilità di realizzare opere pubbliche o di pubblica utilità attraverso la ricerca di capitali privati.

Con questa Legge viene introdotta la possibilità di costituire apposite società per azioni con capitali privati per l’esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione di infrastrutture e opere di pubblico interesse.

La stessa Legge introduce anche altre disposizioni fondamentali ai fini dell’applicazione della finanza di progetto, quali la previsione che *tutti gli enti locali provvedono alla scelta dei soci privati e all’eventuale collocazione sul mercato dei titoli azionari, attraverso procedure di evidenza pubblica* e che *la scelta dei soci privati avvenga mediante un confronto pubblico concorrenziale*.

Due anni dopo, il legislatore decide di adottare un provvedimento ancora più sofisticato e attento all’ingresso dei privati con propri capitali, alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, emanando la Legge 11 febbraio 1994, n. 109 “Legge quadro in materia di lavori pubblici” (detta: Legge Merloni). Con riguardo particolare alla finanza di progetto, con la Legge Merloni vengono aumentate le garanzie di rispetto di concorrenza tra gli operatori, la qualità, l’efficacia e l’efficienza dell’attività amministrativa in tema di opere e lavori pubblici e la garanzia di procedure improntate alla tempestività, alla trasparenza e alla concorrenza.

Alla Legge Merloni sono seguiti una serie di disegni di legge orientati a promuovere l’intervento di capitali privati nella realizzazione di opere e infrastrutture pubbliche, quali ad esempio il disegno di legge n. 649/96 (particolari categorie di opere), il disegno di legge n. 1275/96 (centralità della figura del promotore) il disegno di legge n. 1473/96 e altri.

E’ solo però con la legge 18 novembre 1998, n. 415 (detta: Legge Merloni – ter), nata dalla necessità di ridare impulso al settore in crisi delle opere pubbliche, che viene realmente introdotta nel nostro ordinamento la finanza di progetto attraverso la novellazione della Legge 11 febbraio 1994, n. 109. La legge 415/1998 introduce quindi,

otto nuovi articoli, dal 37-bis al 37-nonies, nei quali vengono delineate previsioni tecniche sul come l’operazione finanziaria debba essere strutturata, nell’ottica di garantire sufficiente certezza e stabilità ai rapporti tra amministrazioni concedenti e soggetti privati interessati a finanziare un’opera pubblica o di pubblica utilità.

All’introduzione della finanza di progetto nel nostro ordinamento è seguita con la legge 17 maggio 1999, n. 144 “Misure in materia di investimenti, delega al Governo per il riordino degli incentivi all’occupazione e della normativa che disciplina l’INAIL, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali” l’istituzione presso il CIPE dell’Unità Tecnica Finanza di Progetto (UFP) con compiti nei confronti delle pubbliche amministrazioni di divenire punto di riferimento stabile di promozione dell’attuazione della disciplina della finanza di progetto, compiti di sostegno e assistenza tecnica.

Altri provvedimenti da citare in tema di finanza di progetto sono il D.P.R. n. 34/2000, istitutivo del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, il D.M. n. 145/2000, recante il capitolato generale d’appalto dei lavori pubblici e il D.M. n. 5374/2000 che ha regolato le modalità e gli schemi tipo per la redazione del programma triennale e dei suoi aggiornamenti annuali.

La Legge Quadro sui lavori pubblici è stata poi ulteriormente modificata dalla legge 1 agosto 2002, n. 166 “Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti” (detta: Legge Merloni – quater). Le modifiche apportate sono risultate numerose e importanti.

In conclusione non si può non ricordare che l’intera materia è stata di recente oggetto di revisione alla luce dell’entrata in vigore della Direttiva CE 18/2004 e della conseguente formulazione ed entrata in vigore del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, c.d “Codice dei contratti pubblici”, che dall’articolo 152 all’articolo 160 ha ripreso, ordinato ed in minima parte modificato quanto disciplinato sulla materia, in precedenza, dagli articoli della Legge Merloni.

1.4 La finanza di progetto in tema di lavori pubblici – precisazioni preliminari

Prima di entrare nella trattazione dell’argomento, riteniamo necessario soffermarci su alcuni termini “chiave” sui quali più volte si ritornerà nella trattazione del presente studio e dei quali pertanto è opportuno dare certezza e chiarezza fin da subito.

Primo tra essi è che la qualifica di Finanza di progetto viene attribuita unicamente a quei progetti che presentano l’astratta idoneità a produrre nell’arco di un tempo predefinito, attraverso un flusso di reddito minimo costante, il reddito necessario a ripagare il capitale investito ed escludendo conseguentemente tutti quelli che non rispondano a detto requisito.

Dato peraltro che si rileva dalla Legge Merloni, all’articolo 14⁵, comma secondo, nel quale si legge *“In particolare le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica”* ed in questo senso sottolineando il carattere “autoliquidante” che deve avere l’iniziativa economica da intraprendere.

E’ vero però, che non tutte le opere pubbliche o di pubblica utilità sono capaci di sviluppare un flusso di cassa capace di ripagare interamente l’investimento sostenuto per la realizzazione della stessa e sulla qual constatazione va secondariamente chiarita la distinzione tra “opere calde” e “opere fredde”.

Nel contesto della finanza di progetto vengono indicate come “opere calde” quelle che hanno in se la capacità di generare flussi di cassa tali da ripagare interamente l’opera, mentre vengono indicate come “fredde” quelle opere che non si remunerano con i soli proventi derivanti dalla loro gestione, ma necessitano anche del pagamento di un canone da parte della Pubblica Amministrazione, facendo nascere l’ibrido definito

⁵ Oggi sostituito dal D.lgs. 163/2006, art. 128, comma 2: “ (...) In particolare le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica.”

con l’acronimo di BOST (Buill, operate, subsidize, transfer), nel quale l’equilibrio finanziario della gestione e dell’investimento verrà bilanciato dal un contributo di risorse pubbliche che l’ente concedente erogherà al concessionario.

Ipotesi, quest’ultima, peraltro anche prevista dalla stessa Legge Merloni – ter, all’articolo 19⁶ nel quale si stabilisce che: *“qualora necessario, il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell’equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo, stabilito in sede di gara. A titolo di prezzo, i soggetti aggiudicatari possono cedere in proprietà o diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all’opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più funzioni di interesse pubblico ...”*.

Quanto allo snaturamento o meno che una simile apertura opera a favore di una finanza di progetto⁷, in questa sede riteniamo sufficiente dire che a nostro avviso è fondamentale la natura autoliquidante del progetto, ritenendo non rilevante la provenienza delle risorse che in posizione accessoria portino all’equilibrio economico finanziario purché però queste non acquisiscano una posizione determinante.

Saremo infatti, sicuramente al di fuori dell’ipotesi della finanza di progetto allorché la contribuzione pubblica assuma una posizione dominante e non più meramente complementare, tale da risultare condizione essenziale per la realizzazione del progetto.

⁶ Oggi l’articolo è stato sostituito dal D.lgs. 163/2006, art. 143, comma 4 : “Tuttavia, il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell’ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell’equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.”

⁷ G. Tamburi, Come applicare il project financing alle opere “calde” e alle opere “fredde”, in Il project financing. Soggetti. Disciplina. Contratti, a cura di C. Vaccà, cit. pagg. 78 – 79.

1.5 Le fasi della Finanza di Progetto nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità – la fase ideativa

Iniziando a leggere le disposizioni normative che hanno introdotto la finanza di progetto nel nostro ordinamento, vediamo che la Legge Merloni, all’articolo 37 bis⁸, comma 1, recita testualmente *“Entro il 30⁹ giugno di ogni anno i soggetti di cui al comma 2, di seguito denominati “promotori”, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all’articolo 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall’amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, di cui all’articolo 19, comma 2, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi”*.

Sulla base di detta previsione emerge subito quale primo elemento caratterizzante una finanza di progetto la figura del “promotore” quale soggetto, o gruppo di soggetti che assumono l’iniziativa di proporre alle Amministrazioni Pubbliche la realizzazione, con risorse totalmente o parzialmente private di opere pubbliche o di pubblica utilità a valenza imprenditoriale, suscettibili di “gestione economica”¹⁰ e inserite nella programmazione triennale ovvero negli strumenti di programmazione urbanistica.

Promotore che valutata positivamente da un punto di vista imprenditoriale la realizzazione di una delle opere inserite nella programmazione triennale, avvia un’attività di progettazione sulla stessa finalizzata alla produzione della proposta da

⁸ Con l’entrata in vigore D.lgs. 163/2006, art. 153 il testo è stato così modificato: “1. I soggetti di cui al comma 2, di seguito denominati «promotori», possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'Amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, di cui all'articolo 143, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi. Le proposte sono presentate entro il 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre.”

⁹ Tale termine di presentazione è stato modificato dalla Legge 1 agosto 2002, n. 166, che ha previsto che le proposte possano essere presentate entro il termine del 31 dicembre.

¹⁰ A. Tullio, Op. cit.

presentare alla stessa Amministrazione.

Appare quindi evidente, la centralità della fase ideativa, posta a base della progettazione e che nella fattispecie in esame si connota peraltro per alcune peculiarità.

Prima tra queste è che l’idea si svilupperà su un input dato implicitamente dalla Pubblica Amministrazione nel momento dell’individuazione delle opere da inserire nella programmazione triennale, il che comporta a priori la certezza della priorità della realizzazione dell’opera per l’Amministrazione e della pubblica utilità della stessa.

A questo si aggiunga che il pregio di vincolare la scelta su opere già definite di interesse per la collettività, attraverso un percorso indipendente dalla realizzazione delle stesse, porta la fase ideativa al di fuori di logiche strettamente, o esclusivamente imprenditoriali e speculative.

Da ultimo si rileva che l’ingresso del privato nella realizzazione di dette opere, non può che connotarsi positivamente nel momento in cui riduce la necessità di intervento della Pubblica Amministrazione, raggiungendo il risultato di dare risposte per la collettività, magari anche in tempi certi e con efficacia ed efficienza.

Da tutto ciò si capisce quali siano le peculiarità che ruotano attorno alla fase ideativa di una operazione di finanza di progetto e che in ultima analisi ne costituiscono le particolarità.

A chiusura di quanto detto si aggiunga che nel Collegato Infrastrutture alla Legge Finanziaria 2002¹¹ è stata ulteriormente introdotta la possibilità di partecipazione del privato anche nel processo di programmazione attraverso la presentazione di proposte alla Pubblica Amministrazione da parte di quest’ultimo.

¹¹ Collegato Infrastrutture alla Legge Finanziaria 2002: “ i soggetti privati e pubblici possono amministrazioni aggiudicatrici, nell’ambito della fase di programmazione (...), proposte di intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e di studi di fattibilità”.

1.6 I soggetti che possono fare la proposta

A questo punto diventa però indispensabile definire la figura dei soggetti promotori o meglio farci aiutare dalla norma per capire quali soggetti possano legittimamente assumere tale funzione.

Ai sensi di quanto disponeva l’articolo 37 bis, comma secondo, della legge Merloni: *“Possono presentare le proposte di cui al comma 1 soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 10¹² e 17, comma 1, lettera f)¹³, eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi.”*

Su questo elenco va precisato che, prima dell’ingresso del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, di seguito il “Regolamento” non potevano assumere autonomamente la veste di promotori i soggetti erogatori di servizi. E’ solo con l’entrata in vigore del Regolamento appena citato che con la previsione dell’articolo 99, oltre ai soggetti individuati negli articoli 10 e 17, comma 1, lettera f), possono presentare proposte anche i *“soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico – operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di*

¹² a) le imprese individuali, anche artigiane, le società commerciali, le società cooperative, secondo le disposizioni di cui agli articoli 8 e 9;
b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422(a) , e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443(b) , sulla base delle disposizioni di cui agli articoli 8 e 9 della presente legge;
c) i consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter(c) del codice civile, tra imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 12 della presente legge;
d) le associazioni temporanee di concorrenti, costituite dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato capogruppo, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni di cui all'articolo 13;
e) i consorzi di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile(d) , costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile(e) ; si applicano al riguardo le disposizioni di cui all'articolo 13 della presente legge.
e-bis) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE), ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240(f) ; si applicano al riguardo le disposizioni di cui all'articolo 13

pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che nei tre anni precedenti hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta, ex articolo 99, comma primo, Regolamento di attuazione¹⁴.”

Più semplicemente si potevano quindi ritenere idonei a fare la proposta tutti i soggetti ammessi a partecipare alle gare ai sensi della normativa sui lavori pubblici¹⁵, i soggetti possessori di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali specificati dal “Regolamento” e le società di ingegneria, ovviamente, anche in forma di Associazione temporanea o Consorzio, così come era ammesso che soggetto promotore fosse un soggetto pubblico e così quindi, anche una società mista.

Indipendentemente da una diversa formulazione, appare ad oggi inalterato il recepimento di dette previsioni operata dal recente D.lgs. 163/2006 che disciplina la materia all’articolo 153, comma 2¹⁶.

¹³ f) dalle società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b);

¹⁴ D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 544 - Art. 99 Requisiti del promotore:

1. Possono presentare le proposte di cui all'articolo 37-bis della Legge, oltre ai soggetti elencati negli articoli 10 e 17, comma 1, lettera f), della Legge, soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.
2. Possono presentare proposta anche soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1.
3. Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 98.

¹⁵ “Imprese individuali, società commerciali, società cooperative, consorzi fra cooperative di produzione e lavoro, consorzi tra imprese artigiane, consorzi stabili costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell’art. 2615 – ter cod.civ. e ai sensi di quanto previsto dall’art. 2602 cod. civ..”

¹⁶ D.lgs. 163/2006, art. 153, comma 2, “Possono presentare le proposte di cui al comma 1 i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 34 e 90, comma 2, lettera b), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153. Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte

1.7 L’elaborazione della proposta. In particolare il piano economico e finanziario.

In base a quanto già esposto si è già più volte sottolineata l’importanza e la centralità che assume la proposta.

Ora, entrando nel merito dei contenuti che la stessa deve avere, anche in questo caso non possiamo che farci aiutare dalla lettura della norma, che all’articolo 37 – bis¹⁷ della Merloni–Ter, recita:“(…) *Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione nonché l’indicazione degli elementi di cui all’articolo 21, comma 2, lettera b)*¹⁸, e delle garanzie offerte dal promotore all’amministrazione aggiudicatrice”.

Rimandando al momento della trattazione del caso studio un maggior dettaglio sugli elementi della proposta e una maggiore contestualizzazione degli stessi, possiamo

di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.”

¹⁷ Testo così sostituito dal D.lgs. 163/2006, art. 153, comma 1: “ (...) Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 83, comma 1, e delle garanzie offerte dal promotore all'Amministrazione aggiudicatrice; il regolamento detta indicazioni per chiarire e agevolare le attività di asseverazione. Le proposte devono inoltre indicare l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile”

¹⁸ Legge n. 109/1994, art. 37 bis: “(...) b) in caso di licitazione privata relativamente alle concessioni:

- 1) il prezzo di cui all'articolo 19, comma 2;
- 2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata;
- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;
- 4) il rendimento;
- 5) la durata della concessione;
- 6) le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare dell'utenza;
- 7) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.(f)”

però già da subito osservare come il dettato normativo sia piuttosto preciso e dallo stesso emerga chiaramente una *ratio* improntata alla realizzazione di una proposta progettuale completa, chiara, esaustiva, in sintesi sufficiente a supportare l’idea progettuale e a rendere la stessa valutabile e, se del caso, finanziabile.

Tra tutti gli elementi previsti riteniamo opportuno soffermarci brevemente in questo paragrafo solo sul piano economico finanziario poiché, anche al di fuori della prescrizione normativa, tale strumento va a toccare il cuore della finanza di progetto e va a rappresentare l’elemento principale offerto alla Pubblica Amministrazione e ai possibili finanziatori, al fine di constatare la validità della proposta a realizzare l’opera.

La proposta infatti, non potrà essere valutata in maniera indipendente da un piano economico finanziario¹⁹, e non potrà essere valutata positivamente se quest’ultimo non sarà congruo o, meglio ancora, capace di dimostrare l’idoneità dell’idea rappresentata nel progetto a perseguire il fine prefissato, attraverso una serie di proiezioni capaci di dare evidenza e quindi rendere valutabile la fattibilità economico finanziaria, le modalità di reperimento delle risorse per il sostegno della stessa, i risultati programmati, i tempi di realizzazione etc..

Questo attraverso la determinazione di tutta una serie di elementi quali l’eventuale prezzo massimo che l’Amministrazione aggiudicatrice intenderà corrispondere o l’eventuale prezzo minimo che il concessionario sarà tenuto a pagare per la costituzione o il trasferimento dei diritti; l’eventuale canone da corrispondere e la percentuale di lavori da appaltare a terzi; il tempo massimo previsto per l’esecuzione dei lavori e l’avvio della gestione; la durata massima della concessione, il livello minimo della qualità di gestione del servizio e le modalità; la struttura delle tariffe da praticare all’utenza e la metodologia di adeguamento delle stesse nel tempo²⁰.

In sintesi, una valutazione idonea a cercare l’esistenza o meno del carattere “autoliquidante” che abbiamo detto nei paragrafi precedenti essere elemento fondante e

¹⁹ Sull’argomento, va utilmente ricordato il documento pubblicato dall’Ufficio Tecnico Finanza di Progetto, dal titolo “La valutazione della convenienza economico finanziaria nella realizzazione e gestione degli investimenti pubblici con il ricorso della finanza privata”, nel sito internet www.uftp.it, Maggio 2002.

²⁰ A. Tullio, Op. cit.

caratterizzante la finanza di progetto e atta a verificare l’assenza di errori nel piano economico e finanziario, e che gli elementi nello stesso inseriti siano congrui alla luce dell’intera struttura finanziaria progettata.

Risulta in questo modo palese il forte legame di quanto appena detto con la filosofia della finanza di progetto, che ribadiamo, senza timore di ripeterci inutilmente, porta a svincolare la valutazione del credito dall’impresa proponente per focalizzarla sull’iniziativa proposta.

1.8 La valutazione

Se l’idea e quindi la completezza e la qualità della proposta sono elementi cardine di un’operazione di finanza di progetto non potrà non esserlo anche il momento della valutazione della stessa. La valutazione rappresenta infatti il momento nel quale viene fatta la verifica di quanto in precedenza progettato, della fattibilità e della proiezione economica elaborata da parte dei promotori.

Facendoci aiutare ancora una volta dalla normativa vediamo che la proposta presentata dai promotori ex art. 37 bis, legge 109/1994, oggi art. 153, comma 1 del D.lgs. 163/2006 deve essere valutata dalle amministrazioni aggiudicatrici secondo l’iter indicato dall’art. 154, D.lgs. 163/2006²¹.

²¹ D.lgs. 163/2006, art. Art. 153: “1. Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell’opera, dell’accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l’assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse. La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e

Occorre subito premettere che l’iter di valutazione delle proposte è altro rispetto la procedura di gara vera e propria, di cui al successivo art. 155, D.lgs. 163/3006²².

La procedura di gara, infatti, avente ad oggetto la valutazione delle offerte presentate in sede di licitazione privata, è il momento nel quale si effettuerà la scelta del concessionario e nel quale, attraverso l’individuazione del soggetto economicamente e tecnicamente più idoneo ad eseguire e gestire la stessa, si soddisferà anche l’interesse pubblico.

L’iter di valutazione della proposta invece è preliminare alla gara d’appalto ed è il momento nel quale l’Amministrazione dovrà effettuare tutte quelle valutazioni di ordine tecnico, economico-finanziario e gestionale, che giustificano la scelta finale in relazione all’interesse pubblico sull’opera proposta e progettata.

Nel caso di una finanza di progetto classica, vediamo che l’iter delineato dalla normativa per la rilevazione dell’interesse pubblico fa derivare lo stesso dalla verifica dell’esistenza di tutti i requisiti richiesti ai promotori ai sensi dell’art. 153, comma 1²³,

valutazione. Nella procedura negoziata di cui all'articolo 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'Amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione.”

²² D.lgs. 163/2006, art. Art. 155: “1. Entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'articolo 154 di ogni anno le amministrazioni aggiudicatrici, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, applicano, ove necessario, le disposizioni di cui al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, e, al fine di aggiudicare mediante procedura negoziata la relativa concessione di cui all'articolo 143, procedono, per ogni proposta individuata:

a) ad indire una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83, comma 1, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore; si applica l'articolo 53, comma 2, lettera c);

b) ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore e i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara di cui alla lettera a); nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto.

2 (...)”

²³ D.lgs. 163/2006, art. Art. 153: “ (...) Le proposte devono contenere uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, una

D.lgs. 163/2006, dal documento di programmazione, nonché dall’avviso di sollecitazione (ove esista) e la presenza di tutti i requisiti, anche formali, che deve contenere la proposta e la documentazione allegata, del documento di programmazione e avviso di sollecitazione (ove esistano).

Il risultato è un iter articolato come segue:

- 1) valutazione della fattibilità della proposta
- 2) verifica dell’assenza di elementi ostativi alla realizzazione della proposta
- 3) esame comparativo della proposta:
 - a. proposte relative alla medesima opera pubblica
 - b. proposte relative ad opere pubbliche diverse
- 4) interlocuzione tra promotori ed Amministrazione aggiudicatrice
- 5) individuazione delle proposte di pubblico interesse.

La valutazione della fattibilità della proposta, quale primo passo nell’iter di valutazione, verrà effettuata tenendo conto di una serie di criteri, specificatamente indicati nell’articolo 154²⁴ del D.lgs 163/2006, quali:

specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione nonché l’indicazione degli elementi di cui all’articolo 83, comma 1, e delle garanzie offerte dal promotore all’Amministrazione aggiudicatrice; il regolamento detta indicazioni per chiarire e agevolare le attività di asseverazione. Le proposte devono inoltre indicare l’importo delle spese sostenute per la loro predisposizione comprensivo anche dei diritti sulle opere dell’ingegno di cui all’articolo 2578 del codice civile. Tale importo, soggetto all’accettazione da parte dell’Amministrazione aggiudicatrice, non può superare il 2,5 per cento del valore dell’investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario.”

²⁴ D.lgs. 163/2006, art. 154: “1. Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell’opera, dell’accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l’assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse.”

- criterio costruttivo
- urbanistico
- ambientale
- di qualità progettuale
- funzionalità
- fruibilità dell’opera
- accessibilità al pubblico
- rendimento
- costo di gestione e manutenzione
- durata della concessione
- tempi di ultimazione dei lavori della concessione
- tariffe da applicare
- metodologia di aggiornamento delle tariffe
- valore economico e finanziario del piano
- contenuto della bozza di convenzione.

Tra questi criteri va ulteriormente precisato che alcuni di essi concernono la valutazione relativamente alla rispondenza dell’opera o del servizio all’interesse pubblico (funzionalità, fruibilità dell’opera, accessibilità al pubblico, costo di gestione e di manutenzione), mentre gli altri (fattibilità sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, rendimento, durata della concessione, tempi di ultimazione dei lavori della concessione, tariffe da applicare, metodologia di aggiornamento delle stesse, valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione) assurgono, in tale fase, a parametri di riferimento nell’apprezzamento dell’interesse pubblico, e al cui soddisfacimento l’opera e il servizio sono destinati.

Quale secondo momento, si avrà la verifica da parte dell’Amministrazione dell’assenza di “elementi ostativi” alla realizzazione della proposta. In questo senso la

norma sembra far rientrare nella valutazione della proposta anche la c.d. cantierabilità del progetto, e cioè l’idoneità alla sua realizzazione sotto il profilo non solo tecnico-operativo, ma anche giuridico-amministrativo, relativamente agli atti autorizzatori, eventualmente necessari per la realizzazione dell’opera.

Fatto ciò, e qualora si sia in presenza di più proposte relative alla medesima opera pubblica, seguirà da parte dell’Amministrazione aggiudicatrice una valutazione comparativa delle stesse al fine di individuare quella che da una valutazione complessiva di tutti i profili coinvolti ed in contraddittorio con i promotori, risulti preferibile.

Tale comparazione dovrà essere effettuata anche nel caso di più proposte relative ad opere diverse: in tale ipotesi peraltro, non verrà necessariamente prescelta una sola proposta ma piuttosto stilata una graduatoria.

La valutazione della fattibilità del progetto presentato dal promotore non coincide necessariamente con l’interesse pubblico: una proposta può risultare tecnicamente, economicamente, giuridicamente fattibile ma non essere di pubblico interesse, poiché, ad esempio, ve n’è un’altra, relativa al medesimo settore di opere pubbliche, che risulta di maggiore interesse per l’Amministrazione aggiudicatrice e per i cittadini-utenti. Oppure tale proposta può risultare di minore interesse pubblico relativamente ad una proposta presentata da altro promotore relativamente alla realizzazione della medesima opera pubblica.

Con quest’ultima valutazione, ultima in ordine all’iter descritto, e di natura propriamente discrezionale l’Amministrazione effettuerà la verifica della rispondenza al pubblico interesse della proposta stessa²⁵.

²⁵ Utpf, La “valutazione della proposta ex art. 37-ter della Legge Quadro in materia di lavori pubblici” (L. n. 109/1994 e ss.mm.ii.), www.utfp.it.

1.9 L’affidamento della concessione di costruzione e gestione

Le operazioni di finanza di progetto derivano da un'attività pubblica di programmazione e di impulso all'economia e sono collegate a un atto pubblico, la concessione, che autorizza l'iniziativa imprenditoriale e ne fissa termini e condizioni.

Qualora fra le proposte presentate la Pubblica Amministrazione ne abbia individuate talune di pubblico interesse, sulla base dell’iter individuato nel paragrafo precedente, si ha una messa in gara del progetto preliminare presentato, nella forma della licitazione privata o dell’appalto concorso da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei valori degli elementi rilevati e nelle misure previste dal piano economico-finanziario del promotore.

Successivamente, in una seconda fase, si ha la messa a gara della concessione di costruzione e gestione dell’opera, attraverso procedura negoziata da avviare tra il promotore ed i soggetti che nella fase precedente hanno presentato le due migliori offerte.

A questo proposito è importate precisare che l’articolo 7, comma 1, lett. bb)²⁶ della legge 166/2002, ha previsto che il soggetto promotore, in sede di procedura negoziata, possa adeguare la propria offerta a quella giudicata dall’Amministrazione più conveniente, divenendo così aggiudicatario della concessione.

Con la concessione si acquisisce il diritto di realizzare l’opera e di operare un utilizzo commerciale della stessa, limitato a un periodo di tempo determinato, chiamato periodo di utilizzo o sfruttamento dell’opera e con obbligo finale di trasferire al soggetto pubblico concedente il possesso delle opere realizzate o di rinnovare la concessione di gestione.

La concessione rappresenta quindi nella finanza di progetto lo strumento con il quale si dà formalmente titolo al soggetto aggiudicatario di materializzare l’idea progettuale attraverso l’affidamento della costruzione dell’opera e gestione della stessa,

²⁶ Oggi detta previsione è contenuta nel D.lgs. 163/2006, art. 154: “(...) Nella procedura negoziata di cui all'articolo 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'Amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione.”

ai sensi di quanto previsto dall’articolo 19, comma 2²⁷, della legge n. 109/1994: *“le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed un’amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica...”*

Si crea così una situazione strumentale e limitata nel tempo, nella quale si ravvisa la necessità di garantire il potere di fatto sulla cosa, che si giustifica nella gestione di quest’ultima per ripagare la costruzione stessa e che verrà meno alla scadenza del rapporto stesso.

1.10 La società di progetto

Il bando di gara per l’affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere la facoltà dell’aggiudicatario della concessione, a seguito dell’aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, con un capitale sociale pari a quello previsto nel bando di gara e come disciplinato dall’art. 37-quinquies²⁸ che testualmente recita: *“1. Il bando di*

²⁷ Testo così riportato nel D.lgs. 163/2006, art. 3, comma 11: “Le «concessioni di lavori pubblici» sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l’esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice.”

²⁸ Oggi il testo è stato interamente riportato nel D.lgs. 163/2006, art. 156, comma 1.

gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile.

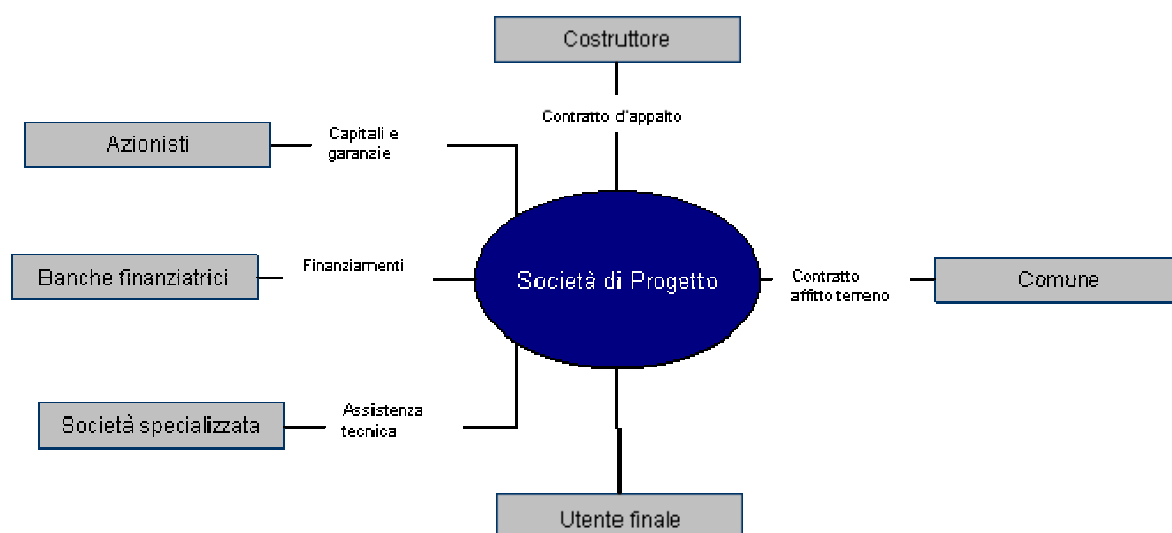
Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. Le predette disposizioni si applicano anche alla gara di cui all'articolo 37-quater. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario.

1-bis. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali, che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi.”

A questo punto dell’esposizione, sull’argomento riteniamo importante evidenziare come sia questo il momento nel quale si realizzerà materialmente l’isolamento delle sorti del progetto da quelle dei vari finanziatori dello stesso, e nel quale si concretizzerà la separazione dalle altre attività del concessionario.

Sarà così che a seguito della procedura ad evidenza pubblica, la società di progetto, dopo la sua costituzione, diventerà a tutti gli effetti concessionaria, subentrando nel rapporto di concessione dell’aggiudicatario.

Esempio di struttura contrattuale



Quindi, con l’aggiudicazione dei lavori, il promotore potrà costruire una società di progetto, spa, srl, consorzio di imprese, che con maggior dettaglio potrà configurarsi mista nel caso nel quale vi sia una partecipazione maggiore o minore del soggetto pubblico e che subentrando al promotore nel rapporto concessorio, opererà materialmente la separazione giuridica e finanziaria con i singoli soggetti promotori.

A mero titolo di completezza ci pare doveroso segnalare, al fine di reperire quanti più capitali possibili e quindi di utilizzare tutti gli strumenti offerti dalla normativa in vigore, l’articolo 37 sexies della legge Merloni e con l’entrata in vigore del D.lgs 163/2006, l’articolo 157, comma 1²⁹, l’espressa previsione che le società così

²⁹ D.lgs. 163/2006, art. 157: “

1. Le società costituite al fine di realizzare e gestire una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità possono emettere, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, obbligazioni, anche in deroga ai limiti di cui all'articolo 2412 del codice civile, purché garantite pro-quota mediante ipoteca; dette obbligazioni sono nominative o al portatore.
2. I titoli e la relativa documentazione di offerta devono riportare chiaramente ed evidenziare distintamente un avvertimento dell'elevato grado di rischio del debito, secondo modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.”

costituitesi possano emettere obbligazioni, anche in deroga ai limiti di cui all’art. 2412 del c.c. (che fissa quale limite all’emissione di obbligazioni, la somma corrispondente al capitale versato ed esistente secondo l’ultimo bilancio approvato), purché garantite pro quota mediante ipoteca (in sintonia con il medesimo articolo 1410 c.c.).

La modalità di investimento è ritenuta ad alto rischio, e tale indicazione imporrà conseguentemente una doverosa precisazione nel piazzamento dei titoli.

1.11 Il security package

La costituzione della società di progetto non risolve però in se stessa l’intera complessità di un’operazione di finanza di progetto, della diversa posizione assunta dai soggetti che vi partecipano, dei tempi di ammortamento e dei rischi che sono insiti nel progetto stesso e che trovano in linea teorica una loro mediazione e contemperamento esclusivamente nella predisposizione di un’architettura contrattuale, predisposta *ad hoc* e finalizzata al soddisfacimento di tutti gli interessi in gioco.

Tale operazione però non è sufficiente a proteggere, indipendentemente dalla bontà della stessa, i finanziatori dai rischi connessi al rendimento previsto dall’opera e posto a base della remunerazione dei capitali investiti.

Questo poi, unito al fatto che generalmente in operazioni di finanza di progetto le garanzie sul credito sono irrisorie rispetto all’ammontare dello stesso, fa emergere come fondamentale la funzione del c.d. *security package*, ovvero del complesso delle garanzie predisposte ad entrare in funzione in caso di anomalie di funzionamento del progetto.

In ciò si sostanzieranno quindi gli strumenti giuridici predisposti per i soggetti finanziatori e che daranno agli stessi la possibilità di assumere il controllo del progetto nel caso in cui si sia in presenza di una crisi finanziaria dello stesso, e subentrando nel

controllo della società di progetto, farne quindi continuare la gestione che ricordiamo è nella quasi totalità dei casi l’unica garanzia di rientro dei capitali investiti.

A tale scopo si potrà quindi in alcuni casi avere la costituzione in pegno delle azioni della società di progetto in favore dei finanziatori o in altri l’inserimento nel contratto di finanziamento di clausole dirette a vincolare i promotori alla cessione del contratto in favore dei finanziatori.

A ciò si aggiunga che anche il dettato normativo, a sua volta prevede all’articolo 37 octies³⁰ della Legge Merloni, che: *“In tutti i casi di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, gli enti finanziatori del progetto potranno impedire la risoluzione designando, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione al posto del concessionario ...”*

Presupposto di fatto per l’esercizio del diritto è un inadempimento grave dal quale possa derivare la richiesta dell’ente concedente di risoluzione del contratto.

Quanto invece a chi, sia legittimato all’esercizio dell’azione, e quindi chi si nasconda dietro il termine finanziatore, pare che in questo contesto si debbano intendere esclusivamente coloro i quali forniscono capitale di debito per la realizzazione dell’opera e non anche coloro i quali forniscono capitale di rischio e sono parte della società di progetto e i creditori del concessionario.

E analogamente, anche la previsione dell’articolo 37 septies, comma secondo³¹ della Legge Merloni, allorché prevede: *“Le somme di cui al comma 1³² sono destinate*

³⁰ Oggi nel D.lgs. 163/2006, art. 159: “1. In tutti i casi di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, gli enti finanziatori del progetto potranno impedire la risoluzione designando, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione al posto del concessionario (...)”

³¹ D.lgs. 163/2006, art. 158, comma 2: “Le somme di cui al comma 1 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti.”

³² D.lgs. 163/2006, art. 158, comma 1: “Qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario:
a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero,

prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti”, nel caso in cui vi sia una risoluzione del rapporto contrattuale e quindi della concessione, da imputare a inadempimento dell’Amministrazione concedente, o nel caso di revoca della concessione per motivi di pubblico interesse.

Vincolo di destinazione che evidentemente trova giustificazione nella relazionalità esistente tra il finanziamento e i relativi contratti e il contratto di concessione e sul quale gli stessi trovano ragione di esistenza.

1.12 Le tipologie di operazioni di Finanza di Progetto

Descritto in via sintetica l’iter delle operazioni di finanza di progetto può essere utile in questa fase dello studio elencare brevemente alcune delle principali operazioni utilizzate nella finanza di progetto. La realtà, infatti, ha fatto emergere alcune operazioni comunemente utilizzate, attraverso l’analisi delle quali è possibile isolare alcuni elementi caratterizzanti le stesse e i ruoli assunti dai soggetti coinvolti per renderle possibili, utili a chiarire ulteriormente la complessa operazione giuridico finanziaria della quale stiamo parlando.

La prima tipologia di operazione è la “Build – Operate – Transfer” (BOT). Con questa operazione il soggetto pubblico rilascia a mezzo concessione, ad una società di progetto all’uopo costituita, l’incarico di realizzare un’opera pubblica e di gestirla per una tempo determinato, alla scadenza del quale l’opera verrà trasferita al soggetto

nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;

b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione;

c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario.”

pubblico.

Attraverso quest’operazione il soggetto pubblico, mediante la concessione di gestione al privato di un servizio pubblico o di pubblica utilità, e conseguentemente di un flusso di cassa capace di remunerare l’investimento operato dai privati, vedrà realizzata un’opera della quale entrerà nella piena disponibilità alla scadenza della concessione. Il privato, dall’alto lato, attraverso la gestione del servizio e lo sfruttamento economico dello stesso, avrà la copertura integrale dei costi di costruzione e gestione. Quanto ai tempi, si prevede mediamente che le concessioni abbiano durata variabile tra i venti e i trent’anni, estensibili fino a cinquanta.

Nel caso in cui i flussi di cassa derivanti dalla gestione del servizio non siano sufficienti a rimborsare il debito contratto dalla società di progetto per la costruzione e la gestione dell’opera, si parla invece di “Build – Own – Operate” (BOO). La differenza con la precedente operazione si ravvisa nella possibilità di prorogare la concessione e/o rinegoziare la stessa, fino anche a ricoprire l’intero arco di vita dell’opera realizzata.

Ancora nel caso in cui i flussi di cassa derivanti dalla gestione siano insufficienti a dare equilibrio finanziario dell’operazione si può parlare di “Build – Own - Operate – Subsidize – Transfer” (BOOST). In questa operazione si ravvisa una contribuzione da parte del soggetto pubblico di una percentuale del costo di costruzione e gestione dell’opera.

Nel caso invece nel quale non vi sia la costruzione ex novo dell’opera, ma si sia in presenza della ristrutturazione di una infrastruttura, si parla di “Rehabilitate – Operate – Leasback” (ROL). In questo caso, seguendo sempre la logica principale della finanza di progetto, si ha la ristrutturazione dell’infrastruttura e la gestione economica della stessa per un periodo limitato, fino a concorrenza del costo della ristrutturazione, scaduto il quale l’opera ritorna nella piena disponibilità dell’Ente pubblico.

Da ultimo si può menzionare anche la “Build – Lease – Transfer” (BLT). Questa operazione di Finanza di Progetto, che trova principalmente fondamento nel contratto di leasing, è caratterizzata da una società di leasing, che è anche la società che acquista o realizza l’opera, che affida la gestione dell’opera stessa ad un locatario in cambio di un canone periodico. Al termine del contratto il locatario potrà riscattare il bene previo

pagamento del prezzo di riscatto pattuito nel contratto.

1.13 Alcune considerazioni sui vantaggi e sugli svantaggi della finanza di progetto

Nell’esame dei vantaggi e svantaggi³³ della finanza di progetto si deve effettuare una netta distinzione in relazione ai soggetti coinvolti, Pubblica Amministrazione e partner privato.

Osservando la materia dalla parte della Pubblica Amministrazione si osserva che l’aspetto essenziale non è il come viene eseguita la tecnica di finanziamento, quanto che l’intera operazione va a collegarsi allo strumento della concessione e gestione anziché operare la classica distinzione tra appalto di opere (costruzione) e servizi (gestione) .

Il privato, invece, che ragiona sulla base di parametri patrimoniali e finanziari, opererà la scelta della finanza di progetto, sulla base della comparazione della stessa con gli altri strumenti dei quali può disporre.

A tale proposito allora, andrà osservato che, in un’operazione come questa, le banche non potranno che rivalersi esclusivamente sugli utili generati dalla gestione o altrimenti sui beni della società lasciando impregiudicati i patrimoni e le ulteriori attività degli azionisti della società di progetto.

A questo si aggiunga quindi che coloro che partecipano alla società di progetto, a seguito di ciò, non vedranno diminuita la loro capacità di accedere al credito per ulteriori iniziative imprenditoriali.

Dal ricorso ad un’operazione di finanza di progetto invece, alla Pubblica Amministrazione si osserva come può derivare da subito ed in prima battuta un diverso

³³ Utpf, Il ricorso alla finanza privata per la realizzazione di opere pubbliche – introduzione alla finanza di progetto – aprile 2002, www.utfp.it

modo di porsi nei confronti dell’opera.

Gli approfondimenti imposti dalla normativa su tutti gli elementi del progetto e sul ricorso anche alla validazione esterna di alcuni di questi, quale ad esempio il piano economico finanziario, aumenta la possibilità che vi sia un corretto uso delle risorse pubbliche, in opere che abbiano una loro utilità e soprattutto abbiano realmente una loro sostenibilità economico finanziaria.

Da ciò non potranno che derivare valutazioni di opportunità o inopportunità, valutazioni di priorità o meno che nel loro complesso aumenteranno le possibilità di ottimizzare i rapporti tra costi sostenuti e benefici avuti conseguentemente dalla collettività.

Pubblica Amministrazione, poi, che potrà anche beneficiare di un consistente intervento economico finanziario del settore privato. E’ evidente a chiunque che, qualora si dimostri che dalla realizzazione e gestione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, sia possibile generare un flusso di cassa sufficiente a ripagare le spese e a generare anche un reddito, il settore privato non potrà che essere interessato a partecipare e a finanziare l’opera.

E da questo discenderà un minor fabbisogno di risorse pubbliche da impegnare per la realizzazione delle opere.

Da un così forte ruolo dei privati e una minuziosa programmazione/pianificazione delle operazione di costruzione, poi non potrà che derivare la certezza dei tempi di esecuzione dei lavori, dal rispetto dei quali deriverà anche l’inizio dell’esercizio delle attività di gestione. A questo saranno ulteriormente predisposti gli strumenti di correzione di eventuali ritardi ed inadempimenti, onde evitare *empasse* capaci di bloccare i lavori o ritardarne l’ultimazione e la predisposizione di strumenti di controllo della qualità finale del lavoro progettato. Questo a tutto beneficio dei costi, dell’opera, dei tempi di realizzazione della stessa e dei tempi di recupero dell’investimento.

Ma non solo. La partecipazione nella realizzazione dell’opera, distribuita tra più soggetti, determina un generale coinvolgimento di quelli professionalmente più adeguati; la valutazione dei rischi, unitamente all’analisi degli obiettivi dei promotori (Amministrazione pubblica e soggetti privati), consente di effettuare una

redistribuzione degli impegni tra tutti i soggetti coinvolti nel progetto, in modo da equilibrare il peso tra rischi assunti e benefici attesi.

Il fatto poi, che l’operazione economico finanziaria abbia ad oggetto un bene pubblico o di pubblica utilità, e quindi non facilmente spendibile sul mercato, determina un maggiore attenzione e coinvolgimento dei soggetti attuatori. Tanto la società di progetto, quanto le banche non avranno tantissime alternative al far funzionare l’opera. Il rientro del debito sarà garantito quasi esclusivamente dal funzionamento dell’opera e quindi tutti gli sforzi saranno concentrati sulla soluzione dei problemi ostativi allo stesso, con questo offrendo maggiori garanzie alla realizzazione di quanto progettato.

A ciò si aggiungano i controlli volti a valutare, nella fase antecedente la firma dei contratti di finanziamento, la sostenibilità finanziaria dell’iniziativa e quindi la credibilità delle ipotesi economiche e finanziarie del progetto, nonché il controllo, nella fase di costruzione e gestione, dell’andamento del progetto in particolare sotto il profilo delle performance.

La Finanza di Progetto, oltre ai vantaggi appena enunciati, bisogna ricordare comporta anche degli svantaggi.

Primo tra tutti, è la complessità della negoziazione che interessa le parti in gioco; peraltro dalla complessità e bontà della predetta negoziazione dipende anche parte del successo dell’intera operazione. Quindi, considerato che l’avvio dell’attività potrà aversi solo dopo la conclusione dell’intero processo di negoziazione, quest’ultimo potrà certo essere causa di un allungamento, anche rilevante, dei tempi .

A ciò si aggiunga che la complessità dell’operazione fa sì che la sua strutturazione imponga un costo decisamente superiore all’organizzazione di un gara di appalto normale.

Ma non solo, le parti si troveranno anche di fronte ad un progetto che presenta un forte grado di rigidità in termini di procedure e di adattamento alle clausole di contratto. In questo senso, la credibilità del progetto, fondato sulla certezza anche dei tempi di realizzazione, vincola i soggetti e tra questi anche la Pubblica Amministrazione.

“ABITARE L’ACQUA”: FINANZA DI PROGETTO - IL CASO STUDIO DELL’ARCHEOPARCO DI
ALTINO - linee guida per l’avvio di un’operazione di finanza di progetto -

PARTE SECONDA

Impostazione del progetto

“ABITARE L’ACQUA”: FINANZA DI PROGETTO - IL CASO STUDIO DELL’ARCHEOPARCO DI
ALTINO - linee guida per l’avvio di un’operazione di finanza di progetto -

2.1 Premessa all’impostazione di un caso reale di finanza di progetto: “Archeoparco di Altino”.

Costituisce logico presupposto dell’impostazione in oggetto l’ipotetica riconosciuta idoneità del progetto “Archeoparco di Altino” ad essere utilizzato quale progetto pilota per l’attivazione di un’operazione di finanza di progetto tra soggetti privati.

Su questa premessa e per tutte le conseguenze che ne derivano, lo stesso verrà rivisto ed “adattato”, per quanto possibile, alla normativa di riferimento che, riguardando nel nostro Paese, come più volte detto, la realizzazione indiretta di opere pubbliche, andrà via via integrata e modellata al caso concreto.

Considerando l’entità e l’importanza dei possibili spunti di approfondimento della disciplina della finanza di progetto riconducibili alla prospettata operazione, si premette che costituiranno oggetto di particolare attenzione, per ovvi motivi, le sole problematiche di metodo connesse agli interessi privati coinvolti nella fattispecie esaminata nonché, da un punto di vista anche pratico, l’esigenza di contemperare, nel caso che ci occupa, le diverse istanze coinvolte dal progetto e riassumibili, sia pure con buona approssimazione:

- nella necessità di addivenire ad una separazione patrimoniale dei beni coinvolti nell’iniziativa tanto dalle vicende giuridiche riguardanti la proprietà quanto da quelle relative ai soggetti attivatori, realizzatori e gestori dell’iniziativa;
- nella necessità di “compensare” l’attuale proprietà della perdita, per un certo lasso di tempo, della materiale disponibilità di propri cespiti;
- nella necessità di assicurare un valido titolo giuridico nella gestione dell’iniziativa;
- nella necessità di consentire all’Ente Parco, senza impegno economico, la realizzazione indiretta di obiettivi rientranti nel proprio ambito di intervento.

Necessità tutte, di certo contemperate e risolte nello schema della finanza di

progetto ma che, a ben vedere, potrebbero trovare anche altrove, da un punto di vista pratico, una adeguata risposta. Sul punto si tornerà oltre poiché pare più che opportuno ipotizzare anche il superamento dello schema della finanza di progetto ove altri strumenti risultino in astratto idonei ad assicurare analogo risultato che, costituisce, in definitiva, il fulcro e la stessa ragion d’essere dell’intervento.

Tornando nel dettaglio allo schema della finanza di progetto adattato al caso che ci occupa immagineremo che, nello sviluppo di una operazione di Project financing sull’“Archeoparco di Altino”, i proprietari dei beni oggetto di intervento si potranno porre in una pluralità di posizioni nei confronti dell’intero progetto ma che, non opponendosi allo stesso, ne consentiranno con differenti gradi di partecipazione una realizzazione.

Sempre per comodità espositiva ed in considerazione della necessità di muoversi all’interno della filosofia della finanza di progetto, daremo per assodato che l’operazione economico-finanziaria di recupero e gestione degli immobili indicati nel progetto “Archeoparco” sia idonea a generare un flusso di cassa in grado di ripagare l’opera e compensare gli investitori, consentendo nel contempo alla proprietà di rientrare – in un lasso di tempo da definire - nel pieno possesso e nella disponibilità di beni ristrutturati ed avviati ad una consolidata vocazione commerciale.

A fronte quindi, della perdita della materiale disponibilità del complesso di beni individuato nel progetto, per un numero certo di anni, si ipotizzerà implicitamente a vantaggio della proprietà, una completa ristrutturazione dei beni e l’avvio, sugli stessi, di un’attività imprenditoriale, garantendosi nel contempo, per la società di progetto, la garanzia di una compiuta separazione patrimoniale rispetto a beni in grado di assicurare, in conformità al progetto, un reddito capace di ripagare nei termini previsti l’investimento operato.

Infine, per quanto riguarda il metodo, nell’impostazione del progetto preso in esame, da un punto di vista documentale, utilizzeremo come traccia di riferimento, laddove possibile, la normativa sulla finanza di progetto in quanto utile strumento di controllo e verifica della stessa.

2.2 Alcuni spunti per l’impostazione della proposta progettuale

Primo e fondamentale passo per lo sviluppo del progetto rappresentato è, come già detto nei paragrafi precedenti, la realizzazione di una proposta progettuale.

Prendendo a prestito la normativa sulla finanza di progetto come impianto logico per l’impostazione di un’operazione di project financing vediamo che alla luce di quanto previsto dall’articolo 153, D.lgs 163/2006, la proposta progettuale dovrebbe contenere:

- 1. uno studio di inquadramento territoriale e ambientale*
- 2. uno studio di fattibilità*
- 3. un progetto preliminare*
- 4. una bozza di convenzione*
- 5. un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito*
- 6. una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione*
- 7. l’indicazione delle garanzie offerte dal promotore all’amministrazione aggiudicatrice*
- 8. l’importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta comprensivo anche dei diritti sulle opere d’ingegno di cui all’articolo 2578 del codice civile*
- 9. l’indicazione degli elementi di cui all’articolo 83, comma 1, D.lgs. 163/2006:*
 - a) il prezzo;*
 - b) la qualità;*
 - c) il pregio tecnico;*
 - d) le caratteristiche estetiche e funzionali;*
 - e) le caratteristiche ambientali;*
 - f) il costo di utilizzazione e manutenzione;*
 - g) la redditività;*

- h) il servizio successivo alla vendita;*
- i) l’assistenza tecnica;*
- l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione;*
- m) l’impegno in materia di pezzi di ricambio;*
- n) la sicurezza di approvvigionamento;*
- o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.*

Riteniamo che gli elementi richiesti dall’articolo 153 del D.lgs richiamato possano costituire un buon quadro di riferimento per operare un’attenta e minuziosa elaborazione dell’idea progettuale e di una sua valutazione economico finanziaria. La precisione delle valutazioni preliminari e la soluzione o verifica di buona parte degli elementi che compongono un’idea progettuale complessa costituiscono, assieme ad una valutazione economico finanziaria di tutti gli elementi che la compongono, il migliore elemento di valutazione dell’intera idea da parte degli eventuali finanziatori e partner del progetto.

Alla luce dello schema sopra riportato andranno eliminati ovviamente gli elementi propri della procedura pubblica che in una finanza di progetto tra privati, ove compatibili, non sarebbero propriamente indispensabili. In questo senso ci si riferisce agli elementi richiesti in ordine alla concessione ed alla bozza di convenzione. Da notare però che questi elementi, nell’operazione di finanza di progetto tra privati, non potranno certo scomparire, costituendo il fulcro attorno al quale ruota l’intera iniziativa, ma dovranno essere modellati e ripensati sulla realtà nei confronti della quale andranno ad operare. In questo caso, infatti, la concessione e la bozza di convenzione diventeranno l’atto con il quale il proprietario del fondo e degli immobili, andrà a consentire alla società di progetto di realizzare e di gestire le opere nella sua proprietà. Per un maggiore dettaglio si rimanda al paragrafo 3.3.

2.3 La situazione progettuale

Analizzando quindi il materiale progettuale già elaborato nel progetto “Archeoparco di Altino”, al quale si rimanda, possiamo in questa sede osservare che parte del lavoro è già stata realizzata.

Nel materiale elaborato, infatti mancano ai fini di quanto previsto per un’operazione di finanza di progetto la parte di fattibilità economica, la parte gestionale e la conseguente previsione dei tempi oltre che l’individuazione di quello che in un caso di finanza di progetto classico è l’elemento primo, cioè il soggetto o i soggetti promotori.

Riportiamo di seguito in tabella un riepilogo degli elaborati progettuali già preparati, raffrontati a quanto previsto dalla normativa sulla finanza di progetto.

uno studio di inquadramento territoriale e ambientale	Si
uno studio di fattibilità	Si
un progetto preliminare	Si
una bozza di convenzione *	No
un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da una società di revisione *****	No
una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione	si/no
l’indicazione delle garanzie offerte dal promotore all’Amministrazione aggiudicatrice **	No
L’importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta	No
L’indicazione degli elementi di cui all’articolo 21, comma 2, lettera b)	
il prezzo di cui all'articolo 19, comma 2 (partecipazione)	No
il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata ***	No

• il tempo di esecuzione dei lavori ***	No
• il rendimento ***	No
• la durata della concessione	No
• le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza ***	No
• ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare	No

* da sostituire con l’accordo programmatico o con l’atto da concludersi col privato, attraverso il quale la società di progetto entrerà in possesso dei beni immobili ;

** non necessario nei confronti dell’Ente Parco, semmai da convenire con il privato e da negoziare nell’accordo programmatico;

*** trattasi di elementi di cui si rimarca comunque l’estrema opportunità di valutazione e trattazione in sede di accordo programmatico con la proprietà;

**** nella finanza di progetto di progetto tra privati l’asseverazione del piano economico e finanziario con criteri di rigidità, assume un’importanza, se possibile, ancor più rilevante rispetto all’ipotesi tradizionale, laddove si consideri che l’inesistenza di strumenti correttivi quali la contribuzione pubblica o il “riscaldamento” dell’opera possono determinare, in caso di imprecisione del piano e salva l’applicazione dei rimedi contrattuali, l’inesorabile fallimento dell’iniziativa. A ben vedere quindi, l’intera realizzazione progettuale di un’opera privata, attraverso lo schema della finanza di progetto ruota attorno ad un rigido ed esauriente piano economico e finanziario al quale deve riconoscersi un’indiscutibile centralità e priorità nell’intera impostazione del progetto.

2.4 La valutazione del progetto

Sempre con l’obiettivo di elaborare una proposta progettuale che sia idonea e sufficientemente articolata non possiamo prescindere da quelli che saranno gli elementi sulla base dei quali verrà valutata la stessa.

Leggendo quindi, quanto previsto dall’articolo 37 ter., oggi articolo 154, D.lgs. 163/2006 per l’esame delle proposte, vediamo che lo stesso prevede che la valutazione della fattibilità dell’opera venga valutata alla luce dei seguenti profili:

- *La fattibilità costruttiva, urbanistica e ambientale;*
- *la qualità progettuale;*
- *la funzionalità dell’opera;*
- *la fruibilità;*
- *l’accessibilità al pubblico;*
- *il rendimento;*
- *il costo di gestione e di manutenzione;*
- *la durata della concessione*
- *i tempi di ultimazione dei lavori della concessione;*
- *le tariffe da applicare;*
- *della metodologia di aggiornamento;*
- *il valore economico – finanziario del piano;*
- *del contenuto della bozza di convenzione;*
- *l’assenza di elementi ostativi.*

Il fatto che tali elementi siano previsti per le valutazioni di operazioni di finanza di progetto che coinvolgono la Pubblica Amministrazione, non toglie che gli stessi siano illogici o fuori luogo se applicati ad una finanza di progetto come quella che

stiamo immaginando per il progetto “Archeoparco di Altino”.

E’ evidente che anche in questo caso, la previsione normativa costituisce un ottimo strumento di riferimento nell’elaborazione della proposta progettuale e soprattutto nella ricerca delle risposte che diventano elementi fondamentali di successo o insuccesso dell’opera progettata ma anche di credibilità della stessa.

E’ chiaro che nel caso del progetto in esame pur non avendo una Pubblica Amministrazione che deve - per legge - valutare la proposta e quindi il pubblico interesse, si dovrà fare comunque riferimento ad un’analisi da parte dell’Ente Parco in ordine alla compatibilità dell’idea con le finalità dello stesso.

Ed è vero altresì che la proposta dovrà risultare credibile agli investitori, e che nella stessa credibilità si baserà o meno la fiducia che alla stessa verrà data.

In quest’ottica non risulterà quindi superfluo né fuori luogo verificare ad esempio che l’opera e il servizio progettato abbiano caratteristiche tali da garantire una fruibilità dello stesso, o un probabile rendimento e meglio ancora una corretta funzionalità, per non parlare di tempi certi di ultimazione dei lavori previsti, insomma una valutazione di tutti gli aspetti, ma soprattutto dei rischi connessi al progetto stesso.

Dovranno quindi in questa fase identificarsi i rischi connessi con l’operazione, le cause e le probabilità di accadimento nonché le modalità di correzione e di allocazione degli stessi in capo ai soggetti che materialmente li possono assumere³⁴.

Ricordiamo infatti, che gli investitori di un’operazione di project financing sono in una posizione di sostanziale debolezza nel caso in cui la società di progetto sia in difficoltà e questo in considerazione del fatto che le garanzie a loro disposizione non saranno mediamente, sufficienti a riportare in equilibrio il flusso di cassa posto a fondamento dell’equilibrio dell’operazione.

E’ superfluo dire che questo sarà l’elemento fondante del successo o dell’insuccesso dell’intera operazione.

2.5 Piano Economico e Finanziario

Ulteriore ma non secondario elemento fondamentale di sviluppo del progetto “Archeoparco di Altino” è rappresentato dalla realizzazione di un modello finanziario nel quale si simuli il comportamento dello stesso nel tempo. Questo costituirà uno degli strumenti fondamentali attraverso i quali sondare un consenso dei possibili futuri finanziatori.

Ora, si trattasse di un bene pubblico e rientrassimo nell’ipotesi canonica di una finanza di progetto, il piano economico - finanziario andrebbe asseverato, come già osservato nel presente lavoro, da un Istituto di Credito.

Nel caso in esame, il progetto “Archeoparco di Altino” non necessita, a rigore, di tale formalità; nonostante ciò va ribadita e sottolineata la centralità che questo documento assume in quanto elemento cardine della proposta ed elemento fondamentale di valutazione degli operatori finanziari.

E’ evidente che solo da un piano economico-finanziario congruo potrà discendere una valutazione di idoneità della proposta progettuale e di coerenza degli elementi che la compongono. E questo non può essere assolutamente sottovalutato nell’applicazione di uno strumento, quale quello della finanza di progetto, che svincola la valutazione dell’affidabilità patrimoniale dall’imprenditore, per spostarla sull’idea imprenditoriale e la sua intrinseca capacità di liquidare il debito.

Come già in precedenza rimarcato si evidenzia inoltre l’assenza, in ipotesi di finanza di progetto tra privati, di ogni sorta di contribuzione da parte della Pubblica Amministrazione o correttivo del piano che possa derivare dal “riscaldamento” dell’opera: ne deriva che dalla denegata ipotesi di imprecisione del piano, salva l’applicazione dei rimedi contrattuali previsti, discenderà più o meno inesorabilmente il fallimento dell’intera iniziativa.

Pur non volendo per competenza entrare nel merito e nei contenuti del modello in oggetto e ribadendo che daremo per esistente ed asseverato il piano economico finanziario, ci preme osservare che il modello finanziario, così come in precedenza

³⁴ A. Tullio, La finanza di progetto profili civilistici, Milano 2003

riportato, dovrebbe contenere elementi utili ad avere una descrizione generale del progetto, una indicazione dei soggetti partecipanti ed una prima ipotesi di allocazione dei rischi così da consentire una prima analisi dell’evoluzione dei flussi di cassa, dei piani di rimborso degli investimenti, degli indici di copertura del debito e di quant’altro sia utile ad una lettura economica del progetto.

Questo per rendere possibile una prima contrattazione con gli sponsor del progetto e quindi per avviare la raccolta di elementi sui quali iniziare ad elaborare il cd “ring fence”, che come già riportato opererà l’isolamento delle sorti del progetto da quelle dei soggetti che si uniranno nella realizzazione dello stesso.

PARTE TERZA

Impostazione giuridica

“ABITARE L’ACQUA”: FINANZA DI PROGETTO - IL CASO STUDIO DELL’ARCHEOPARCO DI
ALTINO - linee guida per l’avvio di un’operazione di finanza di progetto -

3.1 Impostazione giuridica del progetto

Introdotti ed impostati gli elementi del progetto e del piano economico e finanziario, possiamo quindi passare alla fase successiva, ovvero dell’impostazione giuridica, intendendo in tal senso far riferimento all’elaborazione teorica di un sistema equilibrato ed integrato di rapporti contrattuali fra tutti coloro che a vario titolo parteciperanno all’iniziativa..

La finanza di progetto, infatti, se da un punto di vista economico si mostra come un’unica complessa operazione economico – finanziaria, da un punto di vista giuridico si sostanzia in una sommatoria di contratti, funzionalmente collegati in modo unilaterale, ora al contratto di finanziamento, ora alla concessione di costruzione e gestione.

In questo senso, pur non potendosi parlare di un’autonoma fattispecie negoziale è importante conservare una visione unitaria del fenomeno, capace di andare oltre i singoli contratti; nell’ambito della medesima operazione economica, infatti, gli stessi tendono a realizzare finalità ulteriori rispetto a quelle che sarebbero proprie, mirando appunto ad un risultato, che se considerato nella sua finale complessità può essere anche diverso da quello proprio di ciascun singolo negozio.

Nell’operazione complessiva i singoli contratti costituiscono peraltro lo strumento di analisi e controllo dei rischi collegati al progetto.

Rischi che possono svilupparsi in tutto il percorso all’interno del quale si sviluppa la finanza di progetto e che quindi possono emergere nella fase di costruzione e realizzazione dell’idea e quindi connessi al ritardo sui tempi di costruzione o magari sull’aumento dei costi della stessa o ancora su una qualità finale inferiore a quella progettata oppure nella fase operativa della stessa e quindi legati ad una domanda inferiore a quella prevista, o nella mancanza delle materie prime per rispondere alla domanda e così via.

Appare quindi necessaria un’oculata protezione, da un punto di vista contrattuale, per ciascuno degli aspetti che possono rappresentare un carattere di variabilità nella realizzazione del progetto; quanto sopra, ovviamente, costituisce una *conditio sine qua*

non per rendere possibile il rispetto della previsione economica sulla quale il progetto stesso si fonda.

La peculiarità del caso che ci occupa comporta tuttavia che nell’impostazione giuridica concreta del caso si farà particolare attenzione a quegli elementi connessi alla particolare natura privata dei beni coinvolti nel progetto, posto che la fattispecie non presenta viceversa particolari peculiarità in ordine alla normale contrattualistica di protezione generale degli interessi in causa.

L’intera architettura giuridica dello schema di project financing applicato al caso in esame si fonderà quindi sull’indispensabile e preventiva soluzione del problema consistente nell’”isolamento giuridico” dei beni interessati al progetto e nella conseguente “separazione” degli stessi rispetto al rimanente patrimonio dei soggetti coinvolti nell’iniziativa.

3.2 I beni oggetto di intervento

Il primo “elemento di diversità” derivante dalla natura privata dei soggetti coinvolti nell’iniziativa risiede quindi nella necessità di “isolare” i beni immobili privati sui quali andrà realizzata l’opera, rendendo giuridicamente opponibile ai terzi la situazione in oggetto. Va da sé che l’assenza di tale presupposto, che costituisce la condizione minima di garanzia per poter progettare, eseguire e gestire l’opera nel tempo, renderebbe non percorribile – perché sprovvista di tutela giuridica verso i creditori o più in generale, verso gli aventi causa dalla attuale proprietà - ogni ipotesi di lavoro.

In secondo luogo, occorre tener presente che, uno degli elementi fondamentali dello schema della finanza di progetto così come evidenziato dalla Merloni ter e oggi dal nuovo Codice dei contratti pubblici si sostanzia nel contratto di concessione e gestione, quale elemento attrattivo di tutta una serie di contratti diversi ma

funzionalmente destinati a portare in equilibrio l’intera fattispecie; elemento senz’altro in grado di realizzare gli obiettivi sopra evidenziati ma che tuttavia è indiscutibilmente espressione del carattere “pubblico” che sostanzia lo schema classico della finanza di progetto almeno per come esso ha preso piede nel nostro Paese. Si rimarca ulteriormente il duplice piano sul quale opera il richiamato contratto: da un lato la concessione assicura un titolo idoneo allo sfruttamento, previo isolamento, dei beni coinvolti nel progetto; dall’altro, è bene sottolineare che l’obbligo di gestione ha un’importanza “strategica” assai rilevante anche per il soggetto pubblico in vista della realizzazione del progetto.

Ricordiamo inoltre che la concessione di lavori pubblici è definita dal legislatore come un contratto formale che deve intercorrere tra un imprenditore ed un’Amministrazione aggiudicatrice il cui oggetto consiste essenzialmente nella realizzazione da parte del concessionario di un’opera pubblica o di pubblica utilità e nella gestione economica e funzionale dell’opera stessa. Trattasi di contratto a prestazioni corrispettive il cui sinallagma risulta costituito dall’obbligo per la società di progetto di realizzare l’opera contro il corrispettivo consistente nel diritto per quest’ultima di gestire e sfruttare economicamente per un ben definito arco temporale l’opera così costruita³⁵. Il concessionario acquista quindi il diritto ma assume anche l’alea della gestione dell’opera.

Obiettivo fondamentale e centrale del presente lavoro, nonché presupposto di qualsivoglia altra considerazione, data la natura non pubblica dei beni coinvolti è dunque quello di attingere dal diritto privato per:

a) creare i presupposti dell’isolamento giuridico dei beni immobili coinvolti nell’iniziativa rendendo non “aggredibile” e giuridicamente opponibile ai terzi, ed in modo particolare ai creditori ed agli aventi causa dalla attuale proprietà, l’esecuzione, la gestione e lo sviluppo del progetto;

b) “surrogare” e sostituire il summenzionato contratto di concessione, assicurando tuttavia il mantenimento di quei caratteri di sicurezza e garanzia idonei a temperare

³⁵ A. Tullio, Op. Cit. pag. 165

le diverse istanze valutabili nel progetto;

c) “slegare” il contratto di gestione dal rapporto concessorio partendo dal presupposto, che tornerà in prosieguo di tempo assai utile, che nel contratto di concessione di costruzione e gestione la società di progetto non assume solo il diritto alla gestione dell’opera da realizzare costituendo questa anche un obbligo per la società medesima che deve provvedere pure all’attività progettuale (definitiva ed esecutiva);

d) assegnare all’Ente Parco Sile un ruolo strategico nello sviluppo del progetto;

e) mantenere i presupposti essenziali dello schema del project financing sia in termini di strumentalità tra l’esecuzione dei lavori e lo sfruttamento economico dell’opera, sia in termini di alea, a carico della società di progetto, nella gestione dell’opera di modo che solo ad essa incomba il rischio legato alla mancata remunerazione dei capitali (sia di debito che di credito) investiti nel progetto;

f) “modellare” la società di progetto alle diverse esigenze derivanti dall’assenza di un “pubblico interlocutore”;

g) costituire un adeguato sistema di “security package” e comunque di contratti di garanzia e più in generale creare i rimedi ed i correttivi che possano costituire per gli investitori idoneo presidio per la remunerazione del credito tenendo presente – ai fini dell’analogia - che nell’ipotesi di p.f. regolata dalla Legge è prevista una necessaria “revisione” del piano economico e finanziario attraverso cui ristabilire il perduto equilibrio;

h) determinare le conseguenze della risoluzione del rapporto per inadempimento di una delle parti.

Il tutto, come più volte detto, in un’ottica di non coinvolgimento diretto della proprietà nell’iniziativa e nella consapevolezza che, in definitiva, la finanza di progetto rappresenta uno schema di finanziamento, adattabile alle circostanze che caso per caso si possono concretizzare.

3.3 Una prima risposta

Cercando quindi di dare soluzione al primo e fondamentale quesito inerente all’applicazione tra privati dello schema della finanza di progetto, nell’impossibilità di utilizzare lo strumento concessorio, si è cercato di trovare un valido supporto nell’istituto della trascrivibilità dei vincoli di destinazione di cui all’art. 2645 ter c.c.

Si è pensato cioè che il più significativo strumento che l’ordinamento offre per l’isolabilità dei beni immobili coinvolti nel progetto sia l’apposizione di un vincolo di destinazione, trascritto ed opponibile ai terzi, riportante i termini e le modalità di progettazione, esecuzione e gestione dell’intervento nonché i rimedi previsti in ipotesi di inadempimento. Detto vincolo andrebbe evidentemente trascritto contro la proprietà ed a favore, a nostro giudizio, dell’Ente Parco Sile³⁶.

Tale vincolo, possibile grazie alla recente innovazione legislativa³⁷, pare infatti

³⁶ Nel nostro ipotizzato schema quindi il vincolo andrebbe trascritto a favore dell’Ente Parco Sile e contro la proprietà. Da un punto di vista tecnico, dovranno essere ulteriormente indicati:

- nel cosiddetto quadro A della nota di trascrizione, tra gli altri elementi, le condizioni risolutive contrattualmente convenute anche in termini di rimedi contro l’inadempimento;
- nel cosiddetto quadro B della nota, gli immobili coinvolti nell’iniziativa;
- nel cosiddetto quadro D della stessa, i caratteri del progetto nonché gli accordi raggiunti tra le parti in ordine alla regolamentazione dei rapporti nascenti dall’esecuzione e gestione dell’iniziativa, il cui mancato rispetto potrebbe condizionare la sopravvivenza del vincolo.

³⁷ La Legge n. 51 del 23 febbraio 2006 che ha convertito con modificazioni il decreto Legge n. 273 del 30.12.2005 ha infatti introdotto nel codice civile l’articolo 2645 ter rubricato “Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri Enti o persone fisiche”.

Con tale intervento il legislatore ha consentito la trascrizione, ai fini dell’opponibilità ai terzi, degli atti con cui beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri siano sottoposti a vincoli di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell’art. 1322, secondo comma del codice civile, subordinando quanto sopra alla redazione in forma pubblica degli atti costituenti il vincolo e alla limitazione degli stessi entro un arco

attagliarsi perfettamente alle nostre esigenze pratiche, sopra richiamate.

In primo luogo: la meritevolezza della tutela e la conformità all’ordinamento giuridico, requisiti richiesti dalla Legge per l’apposizione del vincolo, paiono essere assolutamente fuori discussione nel nostro caso in cui un vincolo di una certa durata viene imposto a favore di un Ente, per la realizzazione di un progetto di pubblica utilità e comunque di pubblica fruibilità idoneo a valorizzare un’area soggetta alla tutela del medesimo.

In secondo luogo l’apposizione di un vincolo di destinazione, opponibile ai terzi pare conferire ai partecipanti alla realizzazione del progetto quelle garanzie di isolamento e separazione nonché quell’equilibrio e contemperamento degli interessi in causa dei quali più volte si è parlato.

Si pensi in buona sostanza, alla possibilità che la proprietà, a fronte di un vincolo trascritto ex art. 2645 ter cc, pur non potendone liberamente disporre, non perda tuttavia la titolarità dell’area, acquisendo infine i beni così come modificati, migliorati ed avviati ad una duratura rendita economica al termine di durata della società eventualmente costituita per la gestione del progetto (termine che si intende, ovviamente, coincidente con quello del vincolo trascritto ex art. 2645 ter c.c.).

temporale di novanta anni. La norma in esame inoltre, dispone che per la realizzazione degli interessi perseguiti mediante l’atto di destinazione possa agire tanto il conferente quanto qualsiasi altro interessato ed attribuisce all’atto medesimo rilevanti effetti stabilendo che i beni conferiti ed i relativi frutti possano essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possano costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per la realizzazione del medesimo fine.

Si pensi contemporaneamente alla possibilità per l’Ente Parco di avviare, su un terreno altrui ed indirettamente, la realizzazione di un progetto in grado di modificare stabilmente e convenientemente e comunque secondo i propri obiettivi istituzionali, lo stato dei luoghi.

Si pensi infine alla “tranquillità” economica di possibili soci investitori o creditori – oltre che dei gestori, beninteso - messi nelle condizioni di gestire e finanziare il progetto (e solo quello) senza correre il rischio di vedersi sottrarre quanto realizzato per effetto di azioni esercitate per la tutela di crediti nascenti da situazioni estranee al progetto.

Si rifletta infine sulla stabilità dei rapporti e sulla garanzia del risultato che una siffatta trascrizione comporta; alla possibilità di azione “per chiunque abbia interesse” per il raggiungimento dei risultati sottesi alla creazione del vincolo. Di un tanto la proprietà così come l’Ente Parco potrebbe tener conto anche in termini di possibili rimedi contro l’inadempimento. Sul punto si tornerà oltre.

In definitiva, il vincolo di destinazione di cui all’art. 2645 ter c.c. pare costituire, sia pure nella logica del doveroso adattamento analogico, il più limpido succedaneo al contratto di concessione e gestione di cui allo schema classico della finanza di progetto coinvolgente pubbliche amministrazioni, beninteso, con tutti gli adattamenti del caso e tenuto conto esclusivamente delle finalità operative nonché della necessità di dar vita ad un’ipotesi privata di finanza di progetto.

Su tale strumento comunque andrà incardinata l’intera procedura.

Poiché nello schema regolato dalla Legge il contratto di concessione e gestione si caratterizza per la corrispettività delle prestazioni il cui sinallagma risulta costituito dall’obbligo per la società di progetto di realizzare l’opera contro il corrispettivo consistente nel diritto per quest’ultima di gestire e sfruttare economicamente per un ben definito arco temporale l’opera così costruita, va da sé che, analogamente, nel nostro caso “tra privati”, l’apposizione del vincolo di destinazione che costituisce, come detto, il fulcro attorno al quale edificare l’intero impianto di finanza di progetto, deve, logicamente prima ancora che giuridicamente, essere accompagnata da adeguata regolamentazione in ordine alle obbligazioni assunte dai promotori e poi dai gestori

dell’iniziativa riguardo alle modalità ed ai termini per la realizzazione e la gestione del progetto.

L’accordo sulla realizzazione e gestione dovrà quindi necessariamente accompagnare e caratterizzare il vincolo di destinazione; si renderanno peraltro in tal modo opponibili ai terzi con lo strumento della trascrizione, le garanzie contenute nel security package (anche in termini di step in e quindi di subentro nella gestione) e più in generale i rimedi per l’inadempimento delle parti.

Analizzando poi nel dettaglio lo schema della finanza di progetto così come regolato dalla Legge e modellato sul contratto di concessione e gestione, non può inoltre non essere sottolineato il fatto che il *facere* cui si obbliga il concessionario consiste al contempo nella realizzazione dell’opera e nella sua gestione, a fronte del diritto allo sfruttamento economico dell’opera stessa; il concessionario, a differenza dell’appaltatore è peraltro tenuto alla progettazione definitiva ed esecutiva, necessaria all’esecuzione dei lavori risultando evidente che l’opera realizzata non nasce in proprietà della Pubblica Amministrazione divenendo parte del patrimonio di questa esclusivamente alla scadenza della concessione.

Risultano pertanto evidenti le discrepanze esistenti col caso che ci occupa.

A nostro avviso infatti nell’ipotesi di finanza di progetto “tra privati”, pur dovendosi “imporre” al realizzatore dell’intervento la progettazione dell’opera, non si può prescindere dallo schema del contratto di appalto. Non si può non considerare che l’opera appartiene al proprietario del terreno e che l’alea che caratterizza e connota la finanza di progetto dovrà essere “sostanziata” da apposita negoziazione che riguardi la misura (fissa) del corrispettivo, la sua realizzazione mediante la gestione e lo sfruttamento dell’opera, un termine di durata per la gestione.

Anche da questo punto di vista, l’aver utilizzato lo schema del vincolo di destinazione e della relativa formalità trascrittiva nei pubblici registri giustifica, anche nei confronti dei terzi oltre che tra le parti, l’utilizzabilità dell’(altrui) opera da parte della società di progetto.

A quale titolo altrimenti la società di progetto potrebbe infatti utilizzare l’opera da essa realizzata ma di proprietà di un privato terzo, non interessato peraltro alla

gestione?

Come altrimenti si sarebbe potuto isolare il bene in parola – per le finalità di finanza di progetto – dai possibili accadimenti giuridici riguardanti la proprietà e potenzialmente pregiudizievoli dell’intera iniziativa?

Il vincolo di destinazione, l’accordo sulla realizzazione dell’opera, il pagamento della stessa mediante relativa gestione e sfruttamento da parte della società di progetto, le garanzie per l’inadempimento con specifico riferimento allo step in, non possono che rientrare nella medesima e contestuale operazione negoziale; non possono che trovare logico ingresso nel sistema della pubblicità immobiliare attraverso lo strumento del vincolo di destinazione; la valutazione di meritevolezza, richiesta dall’art. 2645 ter c.c. pare garantita dal soddisfacimento delle finalità istituzionali perseguite dall’Ente Parco Sile³⁸.

³⁸ Impostata la questione nei predetti termini non paiono meritevoli di particolari approfondimenti - in quanto non “alterati” dalla natura privata degli interessi coinvolti - le varie tipologie di garanzie autonome che vengono prevalentemente impiegate nella prassi internazionale in un’operazione di project financing e tranquillamente riproponibile, se del caso, nella fattispecie in esame:

- *completion bond*: è il contratto che offre maggiori garanzie: è concluso con una società di assicurazioni per coprire i finanziatori dal rischio di ritardo nella realizzazione dell’opera o dall’incremento dei costi oltre le soglie limite previste. In alcuni casi viene pattuita anche la possibilità di individuare un nuovo contractor per il completamento dell’opera, quale forma di ulteriore garanzia nel caso in cui quello originario dovesse manifestarsi inadempiente, estendendo altresì la copertura assicurativa anche alle ipotesi di abbandono dovuto al fallimento o a gravi difficoltà organizzative dell’impresa appaltatrice;
- *Bid bond*: è una garanzia con la quale si assicura che il partecipante alla procedura sia realmente intenzionato all’affidamento dei lavori ed alla realizzazione dell’opera. Corrisponde, di solito, ad una cauzione da versare all’atto della presentazione dell’offerta o della richiesta di partecipare alla procedura di aggiudicazione, che viene svincolata in seguito all’esito dell’aggiudicazione;
- *Performance bond*: contratto con il quale si garantisce l’esatto adempimento della prestazione per evitare il rischio che il concessionario non realizzi l’opera alle condizioni prestabilite, con riferimento a tempi, modalità, costi, caratteristiche, standard qualitativi dell’opera stessa. Di regola viene svincolata all’esito positivo del collaudo dell’opera salvo che non sia pattuita la sua trasformazione in un maintenance bond. A. Tullio, Op. cit., pag. 234

3.4 Un possibile iter della procedura

Sciolto nei termini sopra specificati il primo e più importante quesito “di sopravvivenza” di un project financing tra privati, si proverà qui di seguito a fornire un possibile iter di sviluppo logico/giuridico dell’iniziativa.

Il tutto, ovviamente, partendo dall’unico imprescindibile presupposto al quale siamo approdati nel paragrafo precedente (necessità di un contratto di vincolo, costruzione e gestione riportante le garanzie ed i rimedi in caso di inadempimento).

Va da sé che non esiste, nel nostro caso, un iter procedimentale “obbligato” che dovrà essere rigidamente seguito per dar vita al progetto in parola; la legge, come più volte si è detto, regola soltanto l’ipotesi di realizzazione indiretta di opere pubbliche laddove gli interessi di natura pubblica permeano e condizionano inesorabilmente tutta la procedura e le relative “tappe” di svolgimento. Pertanto nel nostro caso proveremo semplicemente a prendere qualche spunto dalla procedura pubblica verificando, senza alcuna pretesa di esaustività, un possibile abbozzo di iter logico e giuridico che possa portare ad una valida attuazione dell’iniziativa, partendo dal presupposto che:

- il progetto già esiste ed è verificabile da subito, dai soggetti interessati e cioè proprietà, Ente Parco, promotori, investitori/finanziatori;
- essendo i beni interessati dal progetto, di spettanza privata, ogni ipotesi di lavoro deve inesorabilmente recare quale presupposto di esistenza un preventivo accordo od un’intesa con la proprietà in ordine all’utilizzazione dei beni nei termini ed entro i limiti sopra specificati;
- l’Ente Parco deve assumere in tutta l’iniziativa un ruolo cardine non solo quale garante del rispetto dei fini istituzionali cui deve tendere l’intervento, ma anche della meritevolezza dell’iniziativa e ciò anche ai fini della trascrizione del vincolo di cui all’art. 2645 ter;
- l’Ente Parco deve essere in grado fin da subito di garantire, attraverso l’esame del progetto, una piena compatibilità con le Norme Tecniche di Attuazione del Parco e con i vincoli tutti gravanti sull’area protetta dando con ciò sicuro respiro all’iniziativa economica privata. In tal senso si rimarca l’estrema opportunità per

l’Ente, di dotarsi di un percorso di verifica procedimentale dei progetti in conformità alle proprie prescrizioni normative.

Tutto ciò premesso va da sé che l’iter da seguire, almeno nella parte che riguarda gli esordi della procedura non potrà certo essere quello regolato dalla Legge; non potrà certo essere l’Ente Parco ad attivare qualsivoglia procedura o ad inserire l’opera in piani pluriennali – e ciò per l’assorbente rilievo che i beni sono privati -; non sarà peraltro credibile, anche se non impossibile, che un privato assuma il ruolo di promotore di un’iniziativa gravata dall’incertezza sulla reale disponibilità dei beni.

Dando atto della preesistenza del progetto “Archeoparco di Altino” già di per sé quasi interamente elaborato e della sua evidente meritevolezza anche in ordine al rispetto dei vincoli e delle tutele tutte cui attende l’Ente Parco, il primo passo da seguire per dare corso all’iniziativa non può che essere un accordo programmatico tra proprietà ed Ente Parco in ordine alla realizzazione del progetto.

3.5 Accordo programmatico

Su detto accordo programmatico devono elaborarsi alcune considerazioni.

Dovrà esserne parte, necessariamente, la proprietà che dovrà dare il proprio assenso di massima al vincolo dell’area condizionando il tutto alla realizzazione del progetto nei termini e nelle modalità previste; si dovrà necessariamente indicare un termine per la conclusione del contratto di vincolo e gestione nonché dare menzione degli strumenti giuridici di intervento e del contratto di realizzazione dell’opera comprensivo di tutti i rimedi per l’inadempimento e le garanzie che vorranno essere elaborate nella contrattazione privata; tale accordo, dal punto di vista giuridico può essere valutato come una sorta di “preliminare di vincolo” – ancorchè condizionato – in grado comunque di assicurare ai promotori, gestori, finanziatori ed investitori nell’iniziativa, fin da subito, una qualche certezza in ordine alla stabilità e serietà

dell’intervento, nei termini comunque ivi contenuti. Per ricalcare la logica procedurale del project financing – che contempla la successione della società di progetto al promotore nella titolarità della concessione – l’accordo programmatico dovrà recare la piena disponibilità della proprietà, fin da subito, ad assentire la cessione del contratto di gestione ed in genere di tutti gli ipotizzati contratti, dal promotore alla costituenda società di progetto. Va da sé che la speranza di portare a compimento la realizzazione dell’opera sarà tanto più concreta quanto più sarà dettagliata, fin da subito e quindi già dall’accordo programmatico, la prevista contrattualizzazione atta a regolare i diversi interessi coinvolti nell’iniziativa. L’accordo programmatico dovrà dunque già recare, quanto meno in termini di abbozzo, i termini contrattuali connotanti l’intera iniziativa.

Dovrà essere parte del predetto accordo programmatico, l’Ente Parco, quale futuro “soggetto a favore” della trascrizione eseguita ex art. 2645 ter c.c. nonché soggetto chiamato a verificare la compatibilità dell’opera con le norme ed in genere, i fini istituzionali dell’Ente³⁹. Per esso si prospetta una naturale posizione di garante e controllore di quella meritevolezza della tutela e della conformità all’ordinamento giuridico che si pone quale requisito essenziale della trascrivibilità dei vincoli di destinazione di cui all’art. 2645 ter c.c.

Meritevolezza che poi, rimanendo in un continuo parallelo con la disciplina della finanza di progetto, non può non essere considerata il corrispondente, in questa impostazione, della valutazione di interesse pubblico operata dalla Pubblica Amministrazione in sede di valutazione della proposta ex articolo 153, D.lgs. 163/2006.

La posizione di garante dell’Ente, si ipotizza possa avere una notevole “spendibilità” anche in termini di imparzialità nell’attivazione dei rimedi in caso di inadempimento o accidenti vari che possano caratterizzare la realizzazione del progetto: di un tanto si potrà – e a nostro giudizio si dovrà - tener conto in sede di elaborazione dei contratti atti a tutelare gli interessi delle parti.

Dell’accordo programmatico potrà infine far parte (pur non essendo necessario) anche il promotore le cui caratteristiche, si ritiene opportuno debbano ricalcare quelle

³⁹ Sul punto precisiamo sarebbe quanto mai opportuno che l’Ente Parco, in conformità a quanto stabilito dal Piano Ambientale e dalla Normativa attuativa dello stesso, si dotasse di un

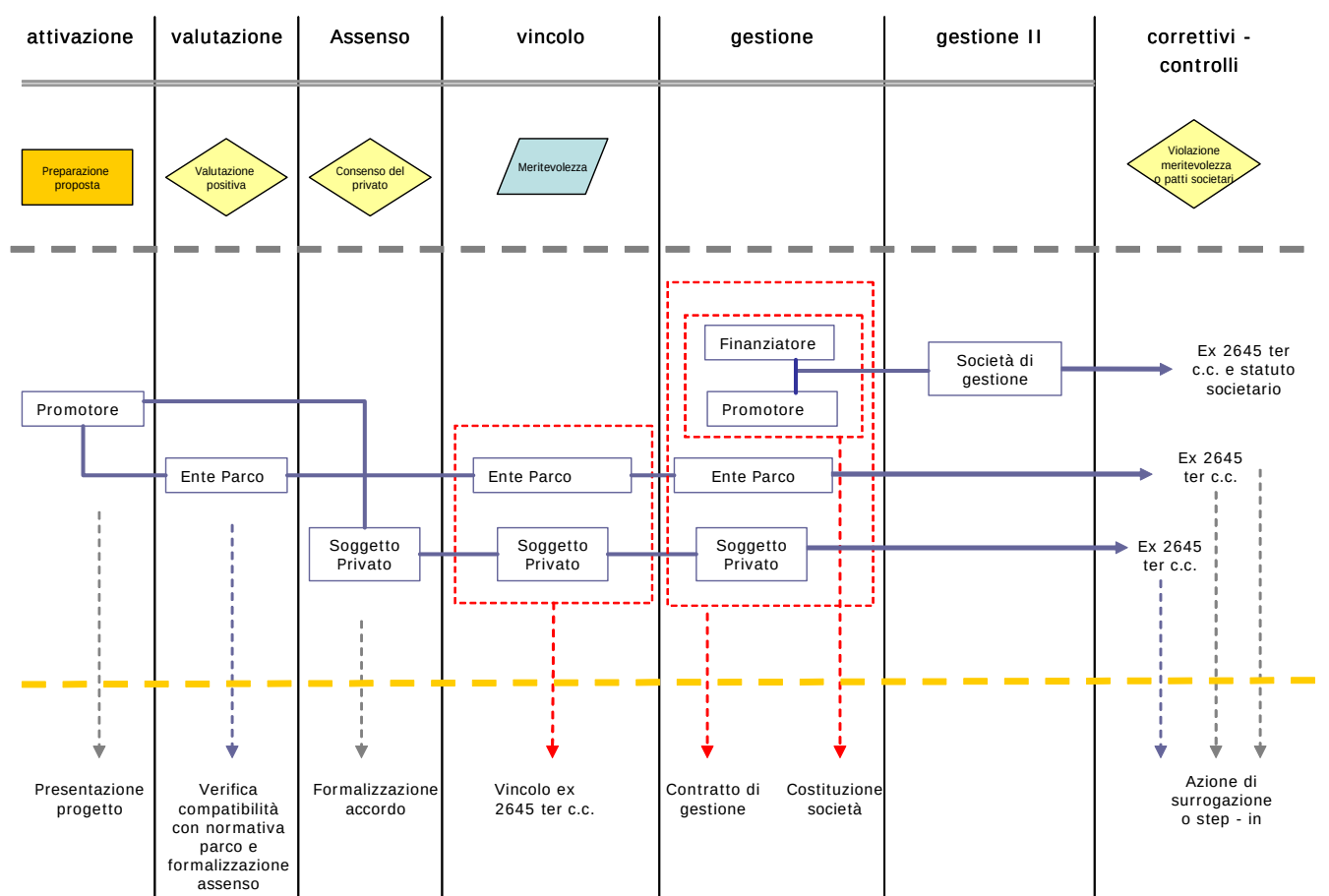
previste dal legislatore. Va da sé che il predetto intervento assumerebbe una logica accelerativa dell’intera procedura garantendo termini precisi per la realizzabilità dell’opera o quantomeno per la conclusione del contratto definitivo.

Diversamente, il promotore, ricalcando la logica della finanza di progetto così come regolata dal legislatore, assumerebbe con la propria iniziativa (da rivolgersi a nostro avviso nei confronti dell’Ente Parco) la funzione di vero e proprio attivatore del sistema potendo tuttavia contare su una solida piattaforma di preventive intese.

E’ più che evidente che nelle successive ipotizzate fasi dell’iter procedimentale, - conclusione del contratto di vincolo, realizzazione e gestione, creazione della fitta rete negoziale di contemperamento degli interessi, previsione dei rimedi contro l’inadempimento, elaborazione dei presidi atti a riequilibrare le prestazioni delle parti, predisposizione delle garanzie contrattuali – la natura privata dell’intervento non determinerà sostanziali modifiche o necessità di adattamento rispetto al modello legislativo al quale si rimanda.

L’iter previsto potrebbe essere rappresentato nello schema riportato nella pagina che segue.

Schematizzazione della fattispecie proposta



3.6 La società di progetto

La stipula del contratto di vincolo e di gestione, non esaurisce però compiutamente la descrizione del soggetto che andrà materialmente a realizzare il progetto o meglio andrà ad esercitare i diritti ed assumersi gli oneri nascenti dal

contratto stesso.

E’ quindi necessario immaginare, quale ulteriore passaggio, il percorso logico-giuridico attraverso il quale giungere alla costituzione della società che materialmente eseguirà le operazioni previste nel progetto e che sia in grado di adempiere alle prescrizioni tecniche proprie di una operazione di project financing.

In questo senso infatti, la società è, nella finanza di progetto, l’elemento cardine per realizzare il c.d. “ring fence”, ovvero sia l’isolamento del progetto dalla sorte dei soggetti che materialmente andranno a realizzare e gestire l’opera prevista.

Ma sempre su questo piano, la società di progetto diventa anche l’elemento sulla base del quale si realizza una finanza di progetto o in mancanza del quale si rimane nel terreno della contrattualistica civile di un contratto di appalto di costruzione e gestione.

Senza entrare nel merito della tipologia societaria, srl o spa, o sugli elementi dell’atto costitutivo occorre in questa sede ribadire che l’impianto societario da costituire deve trovare nella stabilità nel tempo il suo punto di forza, tenuto conto anche dei diversi e in alcuni casi anche contrapposti interessi

Anche questo elemento impone la ricerca di un meccanismo o meglio dei meccanismi che verranno predisposti per salvaguardare l’assetto societario e conseguentemente, con la solidità della società, anche delle garanzie prestate dalla stessa.

A questo punto però, ci troviamo di fronte al problema di realizzare un nesso di collegamento logico - giuridico con l’atto che in premessa alla presente impostazione abbiamo detto essere precedente alla costituzione della società, ovvero il contratto di vincolo e di gestione.

Infatti, se in una finanza di progetto pubblica si ha un automatico subentro della società di progetto, nel rapporto di concessione, al soggetto aggiudicatario della procedura concorsuale, a seguito della previsione normativa contenuta nell’articolo 156, D.lgs 163/2006 non così nitida è l’impostazione da dare ad una finanza di progetto tra privati.

Analizzando la norma, vediamo che il subentro della società di progetto al soggetto concessionario è automatico all’aggiudicazione della procedura concorsuale, senza necessità di autorizzazione del soggetto concedente e attuando in questo modo un acquisto a titolo originario del rapporto concessorio.

Se osserviamo invece, la realtà sulla quale stiamo lavorando nella presente trattazione, vediamo che il rapporto concessorio è assente e sostituito da un contratto di vincolo e gestione nel quale sono ipoteticamente coinvolti, il proprietario del fondo, l’Ente Regionale Parco, il soggetto proponente ed eventualmente, qualora già presenti, il soggetto o i soggetti finanziatori.

Ma allora ci si può legittimamente chiedere quale, o meglio, dove sia e in cosa si sostanzzi materialmente, il collegamento tra il contratto di gestione e la costituenda società che evidentemente, non potrà che trovare in quest’ultimo il momento fondamentale e la propria ragione di esistenza. La risposta non può che rinvenirsi, come già visto nel superiore paragrafo 3.5, ed in una logica esclusivamente derivativa, nell’ipotizzato preventivo assenso, da parte del proprietario dell’area, ad una cessione dello stipulando contratto di vincolo e gestione da parte del promotore, alla società che verrà costituita per dare corso alla prospettata operazione di project financing.

PARTE QUARTA

Oltre il project financing

“ABITARE L’ACQUA”: FINANZA DI PROGETTO - IL CASO STUDIO DELL’ARCHEOPARCO DI
ALTINO - linee guida per l’avvio di un’operazione di finanza di progetto -

4.1 Oltre il project financing

Nel capitolo che precede abbiamo provato ad immaginare un’ipotesi di finanza di progetto applicata ad un contesto privato e pertanto alieno dai paradigmi regolamentati dalla scarsa normativa nazionale in materia di project financing.

Ha costituito il punto di partenza della nostra indagine il presupposto di un mancato interesse della proprietà in ordine alla gestione diretta dell’intervento nonché la necessità di cercare un valido contemperamento di tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie.

Nel presente capitolo, a titolo meramente esplorativo, si proverà a verificare quali scenari, idonei alla realizzazione del progetto attraverso un concreto isolamento giuridico dei beni interessati all’iniziativa potrebbero aprirsi, in caso di una “collaborazione” e di un coinvolgimento, più o meno intensi, della proprietà.

Da un punto di vista pratico non può infine tralasciarsi la considerazione che la realizzazione di un progetto quale quello analizzato, per il quale non pare necessario il reperimento di ingenti capitali, potrebbe anche trovare valida e più economica soluzione nello strumento societario, almeno nei termini che si andranno qui di seguito ad esporre.

Si ipotizzeranno qui di seguito tre scenari di partecipazione al progetto da parte della proprietà ai quali si tenterà di dare soddisfacente e conseguente risposta giuridica.

4.2 La Società Mista

Ipotesi sub a) La proprietà è disponibile a partecipare attivamente – ma senza investimenti - al progetto Archeoparco di Altino in un contesto generale di coinvolgimento dell’Ente Parco Sile e di potenziali terzi investitori (ipotesi di

società mista)

In tale situazione potrebbe ritenersi particolarmente interessante la costituzione di una srl tenendosi conto dell’elevatissimo grado di autonomia statutaria riconosciuto dalla riforma del diritto societario a tale tipo di compagine che in definitiva pare presentarsi quale forma organizzativa appropriata per le società costituite tra soggetti privati e pubblici.

Si pensi in modo particolare:

- Ex art. 2464 c.c. alla possibilità di conferire in società tutti gli elementi dell’attivo suscettibili di valutazione economica, il che consentirebbe agli attuali titolari dell’area di conferire in proprietà ovvero, meglio ancora, in godimento i terreni sui quali il progetto Archeoparco si sviluppa ed all’Ente Parco ovvero ad associazione od Ente ad esso riferibile, di partecipare al capitale sociale, garantendo con ciò l’attuazione del programma ed il rispetto delle normative e dei vincoli afferenti l’area in oggetto, verso conferimento di una quota minima di capitale ovvero mediante prestazioni d’opera consistenti nella manutenzione e gestione delle aree e dei manufatti;

- Sempre ex art. 2464 c.c. alla eventuale possibilità di consentire l’ingresso in società a soci investitori apportatori di conferimenti in numerario, i cui diritti, amministrativi e patrimoniali andrebbero regolati come meglio specificato al successivo punto;

- Ex art. 2468, alla possibilità di non attribuire in generale i diritti sociali in misura proporzionale alle rispettive quote rafforzando magari in alcuni soci – gli investitori - i diritti patrimoniali ed in altri – l’Ente Parco - quelli amministrativi : così il socio privato o la proprietà potrebbero partecipare agli utili in una percentuale superiore alla quota posseduta, riservandosi il socio pubblico particolari diritti riguardanti l’Amministrazione come il diritto di nomina degli amministratori, il diritto di veto su determinate operazioni, diritti di informazione preventiva ed altri ancora;

- Ex art. 2473 bis c.c. all’istituto dell’esclusione la cui previsione potrebbe consentire di liberare la società dalla presenza di quei soci privati – investitori che eventualmente non fossero più in grado di far fronte ai propri impegni economici;

- Ex art. 2483 c.c. alla possibilità per la srl di emettere titoli di debito, idonei in assenza di soci investitori apportatori di capitale, ad assicurare alla società quanto necessario al perseguimento dell’oggetto sociale.

Si pensi infine alla possibilità di soddisfare le esigenze di regolamentazione dei rapporti fra i soci pubblici e privati attraverso apposite clausole non più confinate in patti parasociali ma inserite nell’atto costitutivo.

Va da sé che una società così concepita dovrebbe avere un termine di durata che si ipotizza in 20/30 anni, astrattamente idoneo alla realizzazione del progetto, alla restituzione del credito ed alla congrua remunerazione della gestione.

Posto che le risorse necessarie per la realizzazione del progetto Archeoparco non paiono estremamente elevate e che quindi l’ambito societario all’interno del quale realizzare l’attività di reperimento del capitale e di gestione dell’iniziativa pare essere astrattamente percorribile, i vantaggi di una società così concepita sono facilmente intuibili:

a) per la proprietà: la possibilità di partecipare a vario titolo alla gestione ed alla realizzazione dell’iniziativa, fruendo di un utile promanante da cespiti attualmente inutilizzati o sotto utilizzati, con la garanzia, in ipotesi di conferimento degli immobili in godimento, di poter fruire allo spirare del termine di durata della società, dell’area così come modificata, migliorata ed economicamente rivalutata per effetto della realizzazione del progetto;

b) per l’Ente Parco: la possibilità di gestire ed amministrare il progetto garantendo il pieno rispetto delle normative a vario titolo interessanti l’area in oggetto.

E’ più che intuitivo che rientrerebbe tra le priorità dell’Ente Parco nella partecipazione alla società in oggetto l’ottenimento di un conferimento in proprietà dei beni rientranti nell’Archeoparco: tale obiettivo potrebbe realizzarsi, durante la vita della società, mediante la previsione di un incremento della partecipazione agli utili dei titolari delle aree in oggetto e durante la liquidazione, mediante apposita previsione statutaria di ripartizione dei beni in natura comportante la garanzia di una “restituzione”, in ipotesi di eccedenza attiva, dei beni in oggetto, all’originaria proprietà.

Ciò tuttavia comporterebbe un coinvolgimento patrimoniale di non poco momento per la proprietà la quale risulterebbe sì da un lato destinataria degli eventuali risultati utili della gestione del progetto, ma finirebbe per conferire e quindi, in sostanza, per alienare a favore della costituenda società i propri immobili senza poter concretamente disporre di strumenti in grado di garantirne la restituzione a tempo debito, ancorché in ipotesi, migliorati e patrimonialmente rivalutati per effetto della realizzazione e dello sviluppo del progetto Archeoparco.

Allo stesso tempo, l’ipotesi di un conferimento alla costituenda società in semplice godimento dell’area in oggetto, ancorché in grado di realizzare pienamente gli interessi della proprietà dovrebbe intendersi non percorribile per l’Ente Parco ed ancor di più per i potenziali investitori i quali finirebbero per partecipare ad un’iniziativa priva di reale tutela giuridica e garanzia in ordine alle possibili rivendicazioni di eventuali creditori della proprietà.

Fino a tempi quanto mai recenti, la questione si sarebbe arenata su queste semplici, ma allo stesso tempo essenziali, considerazioni.

Si sarebbe in definitiva postulata la presenza di una società dotata di significativi bilanciamenti ed “alchimie” statutarie non in grado tuttavia di operare a causa dell’impossibilità di garantire nel tempo, il reale contemperamento pratico degli interessi in causa.

Il recente intervento legislativo, del quale già si è parlato (L. n. 51 del 23 febbraio 2006 istitutiva dell’art. 2645 ter c.c. comportante la trascrivibilità dei vincoli di destinazione) pare tuttavia risolvere il prospettato problema.

Tale innovazione legislativa pare attagliarsi perfettamente alle nostre esigenze pratiche, sopra richiamate. Si richiamano sul punto le considerazioni già svolte nel precedente paragrafo 3.3 in ordine:

- alla meritevolezza della tutela ed alla conformità all’ordinamento giuridico dell’ipotizzato vincolo imposto a favore di un Ente pubblico, per la realizzazione di un progetto di pubblica utilità e fruibilità idoneo a valorizzare un’area soggetta alla tutela di esso Ente;

- all’equilibrio e contemperamento degli interessi in causa portato dal vincolo in oggetto;
- alla possibilità per l’Ente Parco di assicurarsi per un considerevole lasso di tempo la disponibilità gratuita di un’area da avviare alla realizzazione di un proprio progetto in grado di modificare stabilmente e convenientemente lo stato dei luoghi, il tutto fruendo di possibili utili;
- alla “tranquillità” economica di possibili soci investitori o creditori, messi nelle condizioni di finanziare il progetto (e solo quello) senza correre il rischio di vedersi sottrarre quanto realizzato per effetto di azioni esercitate per la tutela di crediti nascenti da situazioni estranee al progetto.

In definitiva, la soluzione prospettata (società mista caratterizzata dal conferimento in godimento degli immobili interessati all’iniziativa previa trascrizione del vincolo di destinazione a favore dell’Ente Parco) almeno in termini di separazione patrimoniale, rimborso dei finanziamenti (o del capitale) mediante l’ipotetico flusso di cassa, garanzia di realizzazione del progetto mediante l’apposizione di strumenti in grado di garantire la serietà dell’operazione, pare portare, sia pure con percorsi alquanto differenti, a risultati analoghi a quanto realizzabile attraverso lo schema della finanza di progetto.

E pare coinvolgere più direttamente (e con profitto) l’Ente Parco.

4.3 Il patrimonio di destinazione

Ipotesi sub b) La proprietà è disponibile, senza alienazione di alcun diritto reale, alla realizzazione ed alla gestione del progetto da parte di società preesistente (o costituita ad hoc) con l’intervento di terzi finanziatori, nella piena

tutela dell’investimento – Art. 2447 bis e seguenti c.c. (ipotesi del patrimonio di destinazione)

La presente ipotesi nasce dal desiderio di “sperimentare sul campo” quanto meno in via teorica, il nuovo istituto societario dei “patrimoni destinati ad uno specifico affare” di cui agli articoli 2447 bis e ss c.c.⁴⁰ nella convinzione che i caratteri generali

⁴⁰ 2447bis. Patrimoni destinati ad uno specifico affare. — La società può:

- a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare;
- b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell’affare stesso, o parte di essi

Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l’esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali.

2447ter. Deliberazione costitutiva del patrimonio destinato. — La deliberazione che ai sensi della lettera a) del primo comma dell’articolo 2447bis destina un patrimonio ad uno specifico affare deve indicare:

- a) l’affare al quale è destinato il patrimonio;
- b) i beni e i rapporti giuridici compresi in tale patrimonio;
- c) il piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell’affare, le modalità e le regole relative al suo impiego, il risultato che si intende perseguire e le eventuali garanzie offerte ai terzi;
- d) gli eventuali apporti di terzi, le modalità di controllo sulla gestione e di partecipazione ai risultati dell’affare
- e) la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione all’affare, con la specifica indicazione dei diritti che attribuiscono;
- f) la nomina di una società di revisione per il controllo contabile sull’andamento dell’affare, quando la società non è già assoggettata alla revisione contabile da parte di una società di revisione ed emette titoli sul patrimonio diffusi tra il pubblico in misura rilevante ed offerti ad investitori non professionali;
- g) le regole di rendicontazione dello specifico affare

Salvo diversa disposizione dello statuto, la deliberazione di cui al presente articolo è adottata dall’organo amministrativo a maggioranza assoluta dei suoi componenti

2447quater. Pubblicità della costituzione del patrimonio destinato.— La deliberazione prevista dal precedente articolo deve essere depositata e iscritta a norma dell’articolo 2436. Nel termine di sessanta giorni dall’iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese i creditori sociali anteriori all’iscrizione possono fare opposizione. Il tribunale, nonostante l’opposizione, può disporre che la deliberazione sia eseguita previa prestazione da parte della società di idonea garanzia

2447quinquies. Diritti dei creditori. — Decorso il termine di cui al secondo comma del precedente articolo ovvero dopo l’iscrizione nel registro delle imprese del provvedimento del tribunale ivi previsto, i creditori della società non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo specifico affare né, salvo che per la parte spettante alla società, sui

frutti o proventi da esso derivanti.

Qualora nel patrimonio siano compresi immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, la disposizione del precedente comma non si applica fin quando la destinazione allo specifico affare non è trascritta nei rispettivi registri

Qualora la deliberazione prevista dall’articolo 2447ter non disponga diversamente, per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare la società risponde nei limiti del patrimonio ad esso destinato. Resta salva tuttavia la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito.

Gli atti compiuti in relazione allo specifico affare debbono recare espressa menzione del vincolo di destinazione; in mancanza ne risponde la società con il suo patrimonio residuo.

2447sexies. Libri obbligatori e altre scritture contabili.— Con riferimento allo specifico affare cui un patrimonio è destinato ai sensi della lettera a) del primo comma dell’articolo 2447bis, gli amministratori [o il consiglio di gestione] tengono separatamente i libri e le scritture contabili prescritti dagli articoli 2214 e seguenti. Qualora siano emessi strumenti finanziari, la società deve altresì tenere un libro indicante le loro caratteristiche, l’ammontare di quelli emessi e di quelli estinti, le generalità dei titolari degli strumenti nominativi e i trasferimenti e i vincoli ad essi relativi.

2447septies. Bilancio. — I beni e i rapporti compresi nei patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma dell’articolo 2447bis sono distintamente indicati nello stato patrimoniale della società.

Per ciascun patrimonio destinato gli amministratori redigono un separato rendiconto, allegato al bilancio, secondo quanto previsto dagli articoli 2423 e seguenti.

Nella nota integrativa del bilancio della società gli amministratori devono illustrare il valore e la tipologia dei beni e dei rapporti giuridici compresi in ciascun patrimonio destinato, ivi inclusi quelli apportati da terzi, i criteri adottati per la imputazione degli elementi comuni di costo e di ricavo, nonché il corrispondente regime della responsabilità.

Qualora la deliberazione costitutiva del patrimonio destinato preveda una responsabilità illimitata della società per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare, l’impegno da ciò derivante deve risultare in calce allo stato patrimoniale e formare oggetto di valutazione secondo criteri da illustrare nella nota integrativa.

2447octies. Assemblee speciali. — Per ogni categoria di strumenti finanziari previsti dalla lettera e) del primo comma dell’articolo 2447ter l’assemblea dei possessori delibera:

- 1) sulla nomina e sulla revoca dei rappresentanti comuni di ciascuna categoria, con funzione di controllo sul regolare andamento dello specifico affare, e sull’azione di responsabilità nei loro confronti;
- 2) sulla costituzione di un fondo per le spese necessarie alla tutela dei comuni interessi dei possessori degli strumenti finanziari e sul rendiconto relativo;
- 3) sulle modificazioni dei diritti attribuiti dagli strumenti finanziari;
- 4) sulle controversie con la società e sulle relative transazioni e rinunce;
- 5) sugli altri oggetti di interesse comune a ciascuna categoria di strumenti finanziari.

Alle assemblee speciali si applicano le disposizioni contenute negli articoli 2415, secondo, terzo, quarto e quinto comma, 2416 e 2419.

Al rappresentante comune si applicano gli articoli 2417 e 2418.

2447novies. Rendiconto finale. — Quando si realizza ovvero è divenuto impossibile l’affare cui è stato destinato un patrimonio ai sensi della lettera a) del primo comma dell’articolo 2447bis, gli amministratori [o il consiglio di gestione] redigono un rendiconto finale che,

accompagnato da una relazione dei sindaci e del soggetto incaricato della revisione contabile, deve essere depositato presso l’ufficio del registro delle imprese.

Nel caso in cui non siano state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare cui era destinato il patrimonio, i relativi creditori possono chiederne la liquidazione mediante lettera raccomandata da inviare alla società entro novanta giorni dal deposito di cui al comma precedente. Si applicano in tal caso, in quanto compatibili, le disposizioni sulla liquidazione della società.

Sono comunque salvi, con riferimento ai beni e rapporti compresi nel patrimonio destinato, i diritti dei creditori previsti dall’articolo 2447quinquies.

La deliberazione costitutiva del patrimonio destinato può prevedere anche altri casi di cessazione della destinazione del patrimonio allo specifico affare. In tali ipotesi ed in quella di fallimento della società si applicano le disposizioni del presente articolo.

2447decies. Finanziamento destinato ad uno specifico affare. — Il contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare ai sensi della lettera b) del primo comma dell’articolo 2447bis può prevedere che al rimborso totale o parziale del finanziamento siano destinati, in via esclusiva, tutti o parte dei proventi dell’affare stesso.

Il contratto deve contenere:

- a) una descrizione dell’operazione che consenta di individuarne lo specifico oggetto; le modalità ed i tempi di realizzazione; i costi previsti ed i ricavi attesi;
- b) il piano finanziario dell’operazione, indicando la parte coperta dal finanziamento e quella a carico della società;
- c) i beni strumentali necessari alla realizzazione dell’operazione;
- d) le specifiche garanzie che la società offre in ordine all’obbligo di esecuzione del contratto e di corretta e tempestiva realizzazione dell’operazione;
- e) i controlli che il finanziatore, o soggetto da lui delegato, può effettuare sull’esecuzione dell’operazione;
- f) la parte dei proventi destinati al rimborso del finanziamento e le modalità per determinarli;
- g) le eventuali garanzie che la società presta per il rimborso di parte del finanziamento;
- h) il tempo massimo di rimborso, decorso il quale nulla più è dovuto al finanziatore.

I proventi dell’operazione costituiscono patrimonio separato da quello della società, e da quello relativo ad ogni altra operazione di finanziamento effettuata ai sensi della presente disposizione, a condizione:

- a) che copia del contratto sia depositata per l’iscrizione presso l’ufficio del registro delle imprese;
- b) che la società adotti sistemi di incasso e di contabilizzazione idonei ad individuare in ogni momento i proventi dell’affare ed a tenerli separati dal restante patrimonio della società.

Alle condizioni di cui al comma precedente, sui proventi, sui frutti di essi e degli investimenti eventualmente effettuati in attesa del rimborso al finanziatore, non sono ammesse azioni da parte dei creditori sociali; alle medesime condizioni, delle obbligazioni nei confronti del finanziatore risponde esclusivamente il patrimonio separato, salva l’ipotesi di garanzia parziale di cui al secondo comma, lettera g).

I creditori della società, sino al rimborso del finanziamento, o alla scadenza del termine di cui al secondo comma, lettera h) sui beni strumentali destinati alla realizzazione dell’operazione possono esercitare esclusivamente azioni conservative a tutela dei loro diritti.

Se il fallimento della società impedisce la realizzazione o la continuazione dell’operazione cessano le limitazioni di cui al comma precedente, ed il finanziatore ha diritto di insinuazione al passivo per il suo credito, al netto delle somme di cui ai commi terzo e quarto.

della fattispecie richiamata e nello specifico, la separazione patrimoniale che essa postula, richiamino innegabilmente lo schema della finanza di progetto e appaiano utilizzabili al caso che ci occupa.⁴¹

Dalla relazione alla legge delega della riforma sul diritto societario si legge infatti che la funzione della nuova fattispecie dei patrimoni destinati di cui all’art. 2247 bis si sostanzierebbe nell’esigenza di “circoscrivere il rischio dell’affare agli esiti economici dell’affare stesso”, comportando, tale destinazione, l’isolamento di un programmato affare dall’attività generale d’impresa svolta dalla società, con la possibilità per il mercato, di una più semplice valutazione dello stesso. Tutto ciò comporta che i finanziatori possano partecipare all’iniziativa economica considerando solo il profilo di rischio–rendimento che l’affare presenta, senza dover valutare tutta la complessiva attività svolta dalla società. Questo facilita anche l’emissione di strumenti finanziari da collocare presso il pubblico dei risparmiatori.

Sin d’ora appare evidente il richiamo alla tecnica della finanza di progetto a noi ben nota, nella quale il requisito fondamentale si sostanzia nella giuridica isolabilità del progetto al fine di costituire una garanzia tangibile per i finanziatori.

L’istituto di cui agli art. 2447 bis e ss si articola in due distinte fattispecie: i patrimoni destinati ad uno specifico affare (o “patrimoni operativi”) e i finanziamenti destinati ad uno specifico affare (o “patrimoni finanziari”).

A) patrimoni destinati ad uno specifico affare: trattasi di un procedimento composto da una serie di atti ed adempimenti funzionali all’esatta identificazione degli elementi che lo integrano ed alla sua pubblicità.

Il legislatore prevede due limiti, quantitativo e qualitativo, alla costituzione del

Fuori dall’ipotesi di cartolarizzazione previste dalle leggi vigenti, il finanziamento non può essere rappresentato da titoli destinati alla circolazione.

La nota integrativa alle voci di bilancio relative ai proventi di cui al terzo comma, ed ai beni di cui al quarto comma, deve contenere l’indicazione della destinazione dei proventi e dei vincoli relativi ai beni.

⁴¹ Dalla Legge delega n. 366/2001 (art. 4 quarto comma lett. B) si evince infatti l’obiettivo del legislatore di “consentire che le società costituiscano patrimoni dedicati ad uno specifico affare, determinandone condizioni, limiti e modalità di rendicontazione, con la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione ad esso; prevedere adeguate forme di pubblicità; disciplinare il regime di responsabilità per le obbligazioni riguardanti detti

patrimonio destinato: questo infatti non può essere costituito per un valore complessivo superiore al 10% del patrimonio netto né può essere costituito per affari attinenti ad attività riservate in base a leggi speciali. Il contenuto della deliberazione è fissato dall’art. 2447 ter I co e può essere sintetizzato in tre elementi: 1- determinazione dei beni che integrano il patrimonio; 2 – congruità del patrimonio rispetto all’affare; 3 – controllo contabile e rendicontazione della gestione dell’affare.⁴²

Una volta perfezionato il procedimento di costituzione l’effetto di segregazione si manifesta sotto due profili riguardanti i creditori della società e quelli relativi all’affare intrapreso: i primi non potranno far valere le proprie ragioni sui beni destinati; i secondi potranno essere soddisfatti dalla società nei limiti dei predetti beni.

B) finanziamento destinato ad uno specifico affare: la riforma consente ad una società per azioni di convenire, nella stipula del contratto di finanziamento di un determinato affare, che i proventi dello stesso saranno destinati esclusivamente al soddisfacimento dei finanziatori.⁴³

L’art. 2447 decies individua il contenuto del contratto di finanziamento che deve indicare: 1- la determinazione della operazione, delle modalità di realizzazione nonché i costi ed i ricavi previsti; 2 – i beni strumentali all’operazione; 3 – i controlli da parte del finanziatore; 4 – la parte dei proventi destinati al rimborso, il tempo massimo del rimborso e le eventuali garanzie aggiuntive.

La segregazione dei proventi dell’operazione finanziata non è immediata conseguenza del consenso contrattuale essendo condizionata da due adempimenti: l’iscrizione nel registro delle imprese di una copia del contratto; l’adozione da parte della società di un sistema di incasso e contabilizzazione dei proventi separato da quello ordinario e che consenta in ogni momento la loro determinazione.⁴⁴

Tornando al nostro caso, pur non potendosi escludere a priori l’utilizzabilità dello schema del patrimonio operativo al progetto “Archeoparco di Altino” è più che evidente che è il secondo modello prospettato ad attirare maggiormente il nostro

patrimoni e la relativa insolvenza”.

⁴² V. De Sensi – Patrimoni destinati e procedure concorsuali (LUISS Guido Carli - Roma)

⁴³ V. De Sensi – Op. Cit.

interesse.

Posto che l’obiettivo precipuo, come già detto, è contemperare:

a) l’interesse della proprietà a non alienare i beni in oggetto fruendo dei benefici nel tempo derivanti dalla modifica migliorativa dei terreni in oggetto;

b) l’interesse dell’Ente Parco a controllare il rispetto delle prescrizioni e dei vincoli contenuti nei piani approvati;

c) l’interesse di possibili finanziatori a veder ragionevolmente premiato il proprio investimento nello specifico affare fruendo della garanzia che i proventi derivanti dall’affare medesimo potranno essere destinati esclusivamente al rimborso del finanziamento;

si potrebbe ipotizzare infatti:

- la disponibilità della proprietà a vincolare ex art. 2645 ter – questa volta a favore dell’Ente Parco Sile e per una durata strumentale alla realizzazione del progetto – le aree in parola;

- la preesistenza (o la costituzione ad hoc) di una società per azioni – per esempio partecipata dalla Regione – avente quale oggetto la valorizzazione del patrimonio storico, artistico ed ambientale e la gestione, diretta o indiretta di aree comprese in Parchi o zone protette laddove si consideri che una siffatta struttura societaria, pur non dotata di enorme capitalizzazione, potrebbe essere in grado di favorire la realizzazione e curare la gestione di un numero tendenzialmente considerevole di situazioni assimilabili a quella analizzata;

- la possibilità di coinvolgere possibili investitori ed in genere soggetti interessati alla realizzazione del progetto “Archeoparco di Altino” concludendosi all’uopo, ex art. 2447 decies, un contratto di finanziamento provvisto dei requisiti di legge, sopra richiamati.

Il tutto in un arco temporale ritenuto idoneo alla realizzazione del progetto e ad una gestione operativa dello stesso in grado di ripagare sufficientemente l’investimento.

⁴⁴ V. De Sensi – Op. Cit

I vantaggi di tale modello operativo sono evidenti.

La proprietà, a fronte del vincolo di destinazione e della conseguente perdita della gestione diretta dell’area per un arco temporale comunque significativo, potrebbe fruire nei tempi programmati, di un’innovazione migliorativa e di un avviamento commerciale dell’area in oggetto; tale “innovazione migliorativa” si sostanzierebbe in una più che significativa rivalutazione economica dell’area allo spirare dell’arco temporale ritenuto necessario per la realizzazione e gestione del progetto; va da sé che tale incremento economico potenziale e futuro potrebbe immediatamente essere “monetizzato” dalla proprietà - sia pure in termini più modesti ed a titolo di aspettativa futura - ove quest’ultima si determinasse, medio tempore, ad alienare a terzi gli immobili in oggetto, sia pure gravati del vincolo sopra evidenziato.

L’Ente Parco, pur non partecipando in questa ipotesi direttamente alla realizzazione ed alla gestione del progetto avrebbe la possibilità di veder vincolate le aree in oggetto a proprio favore e per la realizzazione di un intervento da essa auspicato e favorito, comunque in grado di rivalutare e migliorare permanente l’area.

Per quanto concerne la società per azioni operativa che dovrebbe curare la realizzazione e la gestione dell’intervento, si è già più sopra ipotizzata la preesistenza o la costituzione ad hoc di una società per azioni, magari partecipata dalla Regione, avente quale oggetto la valorizzazione del patrimonio storico, artistico ed ambientale e la gestione, diretta o indiretta di aree comprese in Parchi o zone protette. Tale ente societario che sostanzierebbe la realizzazione pratica e proficua di un’ipotesi innovativa prevista dalla recente riforma del diritto societario, costituirebbe quanto di meglio per assicurare una programmazione ed una gestione unitaria, razionale, compatibile con l’ambiente ed estremamente economica di aree particolarmente delicate della nostra Regione. Si tratterebbe peraltro – lo si ribadisce – di una società in grado di produrre realmente utili, attraverso la gestione diretta o indiretta dei progetti ricadenti in determinate aree. Il tutto, beninteso, con finanziamenti privati. Va da sé che nulla vieta che la cura e la gestione del programmato progetto sia posta in essere da una società con capitalizzazione esclusivamente privata laddove si consideri che il divisato intervento, come più volte detto, è senz’altro idoneo a procurare utili. Osta tuttavia una

duplice considerazione di ordine pratico e di opportunità. Da un lato ipotizzare la preesistenza o la costituzione ad hoc di una spa privata provvista del richiamato (o di simile) oggetto sociale appare difficile (pur se non impossibile). Dall’altro, pur con le garanzie derivanti dal vincolo di cui all’art. 2645 ter in ordine al rispetto delle prescrizioni ambientali e naturalistiche a favore dell’Ente Parco, appare preferibile che la realizzazione e la gestione dell’intervento in oggetto così come di simili progetti, avvengano, in via unitaria, da parte di un Ente societario regionale limitandosi, l’intervento del privato, alla remunerazione, nella maggiore sicurezza possibile, dell’investimento effettuato.

In definitiva il modello prospettato pur comportando un minor coinvolgimento dell’Ente Parco Sile e presupponendo la sussistenza di strutture societarie attualmente non esistenti ma auspicabili, appare particolarmente indicato alla fattispecie in oggetto e meritevole di essere approfondito nella misura in cui pare sostanziare un modello replicabile ad una pluralità di situazioni simili a quella analizzata.

4.4 Il Trust

Ipotesi sub c) La proprietà, nel rispetto delle prescrizioni e degli interessi dell’Ente Parco Sile è disponibile alla realizzazione da parte di terzi del progetto, senza assumere per lo scopo alcun onere, potendo fruire nel tempo dei risultati utili del programmato intervento e senza perdere definitivamente la proprietà dei beni. I terzi hanno le potenzialità economiche per realizzare il progetto (ipotesi di trust)

Il trust può essere definito come un rapporto fiduciario in virtù del quale un dato soggetto, denominato trustee e al quale sono attribuiti i diritti ed i doveri di un vero e proprio proprietario, gestisce un patrimonio che gli è stato trasmesso da un altro soggetto denominato settlor o disponente per uno scopo prestabilito o per un fine,

purchè lecito e non contrario all’ordine pubblico, nell’interesse di uno o più beneficiari.⁴⁵.

Viene spontaneo chiedersi se ed in quali termini il richiamato schema possa intendersi applicabile, sia pure a livello teorico, al caso che ci occupa, considerata peraltro la variabilità e duttilità di applicazioni che esso consente, non paragonabile di certo agli istituti tipici del nostro ordinamento.

Esulando, come è ovvio, la nostra analisi dallo studio tecnico dei vari modelli dell’istituto così come dalle problematiche di diritto internazionale che in passato hanno caratterizzato e monopolizzato in chiave teorica lo studio della materia, ci si limita ad osservare che le oramai notissime novità contenute nella Legge 23.03.2006 n. 51 e la conseguente introduzione dell’art. 2645 ter hanno troncato in maniera netta ogni dubbio in materia di trascrizione del trust interno e certamente ogni residua riserva in merito alle questioni da sempre sorte intorno al suo riconoscimento nel nostro Paese, nonostante la Convenzione dell’Aja sul trust fosse stata stipulata il 1 luglio 1985 e ratificata dall’Italia con legge del 1989.

Tale istituto, tipico del diritto anglosassone rappresenta come è stato detto *“il più semplice ed economico strumento per dissociare l’amministrazione e la disposizione dei beni dal godimento della ricchezza da essi rappresentata”*⁴⁶ ed è in grado di consentire quella separazione patrimoniale e quell’isolamento dell’affare più volte individuati come corretto presupposto dell’intervento che ci occupa.

Lo schema del richiamato Istituto, la cui durata è necessariamente limitata nel tempo, postula la presenza di alcune figure tipiche:

- il disponente (o *settlor*) - individuo o società - che crea un *trust* con il trasferimento di un patrimonio al *trustee*, il quale è chiamato ad utilizzare le facoltà e i poteri connessi alla posizione giuridica di proprietario per la realizzazione non di interessi propri ma degli specifici interessi convenuti e previsti dal disponente. Tale trasferimento deve essere documentato da un atto (atto di *trust*), - trascritto ed opponibile ai terzi - comprovante che il *settlor* non è più il formale proprietario dei beni

⁴⁵ Il Trust – Petrulli e Rubino *Halley editrice*

⁴⁶ La definizione è di Petrulli Rubino Op. Cit.

ed indicante, con un livello di determinazione e specificazione che è auspicabile essere elevato, il regolamento attuativo delle finalità programmate dal disponente. Non si esclude peraltro, da parte della migliore dottrina - Rubino Petrulli -, che il disponente possa mantenere “un rapporto con i beni conferiti, per esempio trasferendo una posizione giuridica non piena (nuda proprietà, usufrutto, uso o abitazione)”; tale ultima evenienza appare tuttavia non percorribile nel caso che ci occupa posto che il divieto di modificare la destinazione economica del bene, stabilito a carico dell’usufruttuario dall’art. 981, preclude di fatto, l’unica ipotesi operativa realmente applicabile al progetto, quella dell’usufrutto, come meglio si vedrà oltre;

- Il *trustee* è il soggetto (individuo o società) che diviene l’effettivo proprietario dei beni oggetto del *trust* ed è responsabile per l’amministrazione degli stessi, nei termini stabiliti nell’atto e dalla legge applicabile a quello specifico *trust*; sorge in definitiva a carico del trustee un’obbligazione fiduciaria avente per oggetto l’amministrazione e la gestione della massa patrimoniale conferita in trust secondo il programma descritto dal settlor e con attribuzione del risultato finale ai beneficiari;

- I beneficiari sono i soggetti (individui o società) a cui possono essere erogati i redditi prodotti dai beni oggetto del *trust* e/o, al termine del *trust*, i beni stessi (tra i beneficiari può esservi anche il settlor o i suoi discendenti);

- il guardiano o protector è colui che, se previsto, assicura al disponente che ha ideato il trust, il rispetto del regolamento e più in generale il perseguimento dei fini indicati e la tutela delle aspettative dei beneficiari.

Ne consegue che i beni del trust costituiscono un patrimonio separato rispetto a quello del trustee: non possono quindi essere aggrediti dai creditori di quest’ultimo costituendo quindi una situazione di segregazione di uno o più diritti; non cadono nella sua successione né nel regime patrimoniale del suo matrimonio (se persona fisica) e nemmeno nel suo eventuale fallimento; i beni in trust sono intestati al trustee con regolare trascrizione opponibile ai terzi; il trustee ha il potere e l’obbligo di amministrare, utilizzare e disporre dei beni conformemente alle disposizioni dettate dal disponente e alle norme di legge; il settlor (o i suoi discendenti) possono essere beneficiari del trust.

L’applicabilità dello schema del trust al caso che ci occupa pare possibile a nostro avviso posto che non si può certo escludere:

a) che al trustee venga consentito di migliorare con apporto di denaro proprio i beni che costituiscono il trust e di vedersi rimborsato l’intervento effettuato col reddito derivante dalla gestione, per un certo numero di anni, del progetto;

b) che l’interesse dei beneficiari si possa sostanziare nel miglioramento e nel mutamento di destinazione economica di aree.

Il tutto evidentemente nella logica che la realizzazione di un progetto approvato da un Ente Regionale e comportante una valorizzazione permanente di un’area protetta costituisca attività senz’altro meritevole di tutela in conformità dell’ordinamento giuridico.

Nel caso di specie si ipotizza evidentemente:

- quale disponente, gli attuali proprietari dei beni rientranti nell’area del progetto “Archeoparco” , non potendo che essere la piena proprietà il diritto che costituisce oggetto del trapasso a favore del trustee considerato che l’attività programmata, come già detto, implica modificazioni della destinazione economica del bene incompatibili con la configurabilità dell’alienazione di diritti reali minori ;

- quale trustee la persona fisica o la società precostituita o da costituirsi ad hoc in grado di realizzare, con mezzi propri o fruendo di investimenti esterni, il progetto in parola. Pare preferibile l’ipotesi di un trustee in grado di realizzare con mezzi propri il programmato intervento, secondo le direttive imposte nel regolamento e più in generale nell’atto di trust considerato che, in caso di intervento da realizzarsi con finanziamenti di terzi i modelli precedentemente elaborati (società mista e patrimonio finanziario) così come l’ipotesi della finanza di progetto appaiono maggiormente praticabili;

- quale guardiano l’Ente Parco Sile;

- quale beneficiario i medesimi disponenti o i loro successori o aventi causa i quali, a fronte del trapasso temporaneo della proprietà a favore del trustee potrebbero fruire, a tempo debito, delle mutazioni migliorative sugli immobili apportate dal trustee in esecuzione dei propri obblighi nonché di un ipotetico, ancorché minimo, avviamento

commerciale;

- una durata del trust compatibile con una gestione economica del progetto che assicuri al trustee un soddisfacente ritorno economico in relazione all’investimento effettuato.

I vantaggi dell’ipotesi in oggetto sono evidenti:

- per la proprietà, la quale a fronte di un trapasso degli immobili in oggetto a favore del trustee potrebbe fruire, senza spese come già si è detto, dei miglioramenti apportati da quest’ultimo per effetto dell’atto di trust; situazione quest’ultima non molto dissimile da quanto realizzabile, in esito alla gestione del progetto, nel project financing;

- per il gestore dell’iniziativa il quale nella veste di trustee risulterebbe proprietario dei beni che costituiscono oggetto dell’intervento - sia pure vincolato agli obblighi derivanti dal trust - e legittimato, in forza del medesimo titolo, alla realizzazione del progetto in un contesto caratterizzato dall’isolamento giuridico dell’affare;

- per l’Ente Parco Sile il quale, nella veste di guardiano e quindi indirettamente, anche nell’interesse dei beneficiari, avrebbe la possibilità di verificare la piena attuazione del progetto Archeoparco e la stabile modificazione dell’area in oggetto in termini compatibili con le proprie scelte ed i propri indirizzi.