

L'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO E LA FINANZA DI PROGETTO: UN METODO ALTERNATIVO DI ANALISI

*Giovanna Marchianò**

Sommario: 1. Premessa: delimitazione del tema - 2. Approcci teorici sul grado di "funzionalità" dei rapporti tra sistema giuridico e sistema economico alla luce dell'attività interpretativa - 3. Prospettiva giuridica e metodo economicista nella ricerca di una metodologia alternativa di analisi - 4. L'efficienza della norma giuridica secondo i principi economici - 5. L'esempio delle modifiche al project financing quale applicazione del metodo economico - 6. Il ruolo del promotore - 7. Le procedure per l'affidamento della concessione nel caso di finanza di progetto - 8. Considerazioni finali.

1. Premessa: delimitazione del tema.

Il presente lavoro si pone come obiettivo l'individuazione delle fasi attraverso le quali si è affermato nel nostro Paese l'istituto della finanza di progetto, *rectius project financing*, muovendo dalla prospettiva giuridica che consente di indagare l'origine, il contesto di evoluzione e le ricadute economiche che la finanza di progetto ha avuto sul mercato.

Ciò che ci si propone di verificare, adottando un metodo interdisciplinare, è il grado di efficienza delle norme giuridiche rispetto agli obiettivi desiderati dal legislatore: in questo quadro l'istituto in esame è un esempio emblematico della coesistenza di costanti e codici di cambiamento introdotti dal legislatore affinché vi sia una sempre maggiore aderenza tra gli effetti dell'applicazione delle norme e l'obiettivo fattuale che si intende perseguire.

* Professore associato nella materia di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Economia dell'Università di Bologna e dal 2011 affidataria del Corso Politiche comunitarie e regolazione giuridica del mercato presso l'interfacoltà di Scienze Politiche dell'Università di Bologna.

Nell'ipotesi in esame, appare sin troppo semplice richiamarsi alla necessità di un partenariato tra Pubblica Amministrazione e operatore economico lì dove si tenga conto della difficoltà del reperimento delle risorse e della necessità di adottare tecniche di finanziamento, in prima battuta per la realizzazione di lavori pubblici, ma, alla luce del nuovo Regolamento di attuazione del Codice degli appalti pubblici D.P.R. 207/2010, anche nel settore dei servizi.

Non vi è dubbio che, a fronte di una linearità delle motivazioni economiche che supportano la scelta della applicazione della finanza di progetto, vi sia, o meglio vi debba essere, un percorso procedurale che garantisca, nella scelta del privato, il principio della *par condicio* fra tutti gli operatori alla ricerca dell'offerta migliore. Lo schema procedurale, che dovrebbe essere il luogo dove quel punto di equilibrio viene rintracciato e tutelato, deve essere in grado di stimolare l'imprenditoria privata nell'individuazione delle modalità di realizzazione dell'opera e/o del servizio, nonché della possibilità che da tale opera derivi un flusso di cassa idoneo a coprire il costo dell'opera stessa.

La procedura in parola, nella parte relativa agli appalti di lavori pubblici, è stata recentemente modificata dal D. Lgs. 11 settembre 2008 n. 152, articolandosi in tre possibili varianti: una procedura ad iniziativa pubblica, con gara unica, previo bando e senza prelazione del promotore (art. 153, commi da 1 a 14); una procedura ad iniziativa pubblica, a doppia gara, previo bando e con la prelazione, c.d. *bifase* (art. 153, comma 15) ed una procedura ad iniziativa privata, con doppia gara, previo avviso ed esito alternativo.

Tutte le modalità di individuazione del contraente presuppongono che la valutazione di pubblica utilità dell'opera sia già stata effettuata dall'amministrazione aggiudicatrice in sede di programmazione triennale e per alcuni versi anche annuale. A ciò peraltro fa riferimento anche il testo del regolamento, nella parte dedicata ai

servizi, ove si specifica che le amministrazioni aggiudicatrici dovranno rendere pubblica la possibilità della gestione di pubblici servizi attraverso un avviso secondo le modalità già individuate nell'art. 153, comma terzo, del Codice.

Corre l'obbligo specificare che l'istituto in esame non è annoverabile tra i modelli contrattuali, trattandosi di un diverso modi di attuare opere e servizi che recano criteri di scelta sul modello della contrattualistica pubblico: la finanza di progetto resta un istituto autonomo che travalica la distinzione tra lavori e servizi.

La caratteristica principale della procedura in oggetto è rintracciabile in un maggiore anticipato coinvolgimento degli operatori privati, rispetto a quanto prevedono le tradizionali procedure dirette alla realizzazione dei lavori pubblici, pur restando inalterato il principio in base al quale violerebbe il principio di concorrenza la presentazione di uno studio di fattibilità non compreso nella programmazione triennale, come di recente ha stabilito la Corte Costituzionale nella sentenza n. 7/2011 a proposito della legge della Regione Liguria n. 63/2009. L'apporto degli operatori economici privati è, infatti, esteso sino a contribuire alla puntuale definizione dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione degli interventi. Come taluno¹ ha osservato, a differenza dei contratti in generale, nell'ambito della finanza di progetto ogni stazione appaltante, *rectius* concedente, deve agire come una *authority*, esercitando tutta la discrezionalità che ad essa viene riconosciuta.

E' proprio in sede di discrezionalità che la Pubblica Amministrazione può scegliere la soluzione c più efficace, ovvero che risponda a quei canoni di efficacia e di effettività cui gli effetti economici della norma tendono, talché proprio alla luce di tale facoltà è possibile applicare

¹ M. RICCHI, Appalti e lavori pubblici, 12/2008, p. 1390.

anche al diritto amministrativo, oltre che in generale al diritto pubblico, il metodo economico.

Si tratta pertanto di affrontare l'utilità dell'analisi economica nell'interpretazione del diritto, evidenziandone peraltro le ricadute sul mercato e mostrando come l'apertura ad altre discipline possa diventare indispensabile per il giurista che si accinga ad interpretare la norma proiettandosi sugli effetti da questa prodotti, di modo che viene a superarsi la mera interpretazione della norma scritta. E' significativo, sotto questo profilo, come, nonostante le crisi che hanno investito l'istituto della finanza di progetto, oggi, con il Regolamento n. 207/2010, la finanza di progetto trova applicazione non più, o non solo, nel settore dei lavori pubblici, ma anche e soprattutto in quello dei servizi, dimostrando così come il metodo economico sia una necessità del mercato per la realizzazione di opere e servizi.

Come è noto l'analisi economica del diritto è una metodologia insorgente, per quanto non recentissima, che applica al diritto le categorie economiche più rilevanti, come l'efficienza nell'allocazione delle risorse e l'equità nella distribuzione dei redditi e della ricchezza e le relazioni di queste con il funzionamento dei mercati. Tuttavia il ricorso all'analisi economica del diritto non deve trarre in inganno, nel senso di rinvenire la soluzione di tutti i problemi che ruotano attorno all'applicazione della norma, atteso che non vi è chi non veda nell'analisi economica un limite quando questa, seguendo rigidamente il paradigma della razionalità, si mostra incapace di registrare i mutamenti che le categorie concettuali subiscono per adeguarsi allo sviluppo della società².

Si osservi come di recente, Ortino³ abbia proposto una lettura critica dell'adesione incondizionata della analisi economica del diritto, che,

² Si veda, per tutti, S. ORTINO, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 20-23.

³ Id., op. cit., pp. 594 ss.

tuttavia, considera i destinatari della norma giuridica come agenti economici dinamici, che formulano strategie e che tengono comportamenti sulla base di aspettative relative al comportamento dei soggetti con cui interagiscono, con la conseguenza che l'ordinamento giuridico diventa uno dei dati del gioco che si svolge tra gli agenti.

Il vero è che, come si cercherà di dimostrare nel presente studio, non basta combinare i due campi (e costruire un diritto dell'economia o un'economia del diritto) per spiegare la complessità dei fenomeni nella costruzione dei modelli di funzionamento dell'economia e della vita sociale e politica⁴. Partendo da tale presupposto, nei limiti del presente lavoro, non si intende abbracciare la teoria c.d. consequenzialista cara agli economisti, rispetto ad altri, bensì più modestamente trovare il filo conduttore che ha portato alle varie modifiche dell'istituto della finanza di progetto, e in particolare, alle norme che hanno disciplinato e a tutt'oggi disciplinano l'ipotesi in esame.

2. Approcci teorici sul grado di “funzionalità” dei rapporti tra sistema giuridico e sistema economico alla luce dell'attività interpretativa.

La disamina dei rapporti fra *diritto* ed *economia* riporta all'annosa questione circa l'utilizzazione del metodo giuridico⁵ nell'esercizio

4 Cfr. E. CHELI, *Intorno a “la struttura delle rivoluzioni economiche” di Sergio Ortino*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2010, supplemento n. 3, 4.

5 In via di massima approssimazione, per l'analisi economica del diritto, che ragiona a ritroso e con metodo induttivo, il punto di partenza non è costituito, come invece per la scienza giuridica tradizionale, dalle fonti del diritto, le quali, in possesso dei loro caratteri formali previsti dall'ordinamento, producono appunto le norme giuridiche. Il punto di partenza è costituito dall'effettività: contenuto e forma delle fonti del diritto dipenderebbero dalla loro idoneità a raggiungere concretamente gli obiettivi che esse si pongono. Purtroppo occorre tener presente che l'efficienza della regola giuridica è rappresentata dalla massimizzazione del benessere complessivo da parte dei soggetti che la applicano. In altre parole, l'analisi economica del diritto deve innanzitutto rispondere al quesito se la norma in esame sia efficace, ovvero se sia in grado di raggiungere gli obiettivi per cui è posta, secondo le

dell'attività interpretativa, non solo degli atti di natura civilistica, ma anche di quegli atti amministrativi che incidono direttamente sul rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione.

Le questioni che coinvolgono l'interpretazione delle norme sono note e da tempo oggetto di approfondita analisi. Infatti, se, per un verso, Coase aveva stabilito un "ponte" tra diritto ed economia, volto ad introdurre il diritto all'interno della analisi economica (che fino ad allora aveva considerato il mercato come sistema di prezzi che funziona senza un sistema giuridico fonte di costi di transazione)⁶, per

procedure collettive di scelta, i cui principi sono fissati a livello costituzionale [...]. L'errore metodologico in cui si rischia di incorrere [...] è quello di scambiare lo strumento (la nozione di efficienza) utilizzato come modalità per il raggiungimento di un certo obiettivo (la redistribuzione, la riduzione degli incentivi [...]) con il fine stesso delle norme poste per realizzarlo, così in G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, 2009, pp. 184-185. Per un quadro riassuntivo dell'analisi economica applicata al diritto pubblico si rinvia a G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. -299 ss.

Non è possibile in questa sede richiamare l'evoluzione degli studi di Law and Economics che si svilupparono nella seconda metà del Novecento grazie soprattutto alla c.d. Scuola di Chicago, la quale ha il merito di aver proposto un'analisi economica del diritto attraverso i criteri interpretativi propri delle scienze economiche, mirando a verificare gli effetti e l'efficacia di tali regole e la capacità di cogliere i fili perseguiti.

Altro orientamento viene assunto dalla Scuola di Yale che si caratterizza per l'attenzione riservata ai profili di equità accanto a quelli di mera efficienza.

Purtuttavia merita attenzione l'elemento unificante dei vari contributi che può individuarsi nella fiducia nel libero mercato come mezzo di organizzazione e di allocazione delle risorse.

Parallelo al movimento della *Law and Economics*, si sviluppa la teoria della *Public Choice* che, pur condividendone alcune premesse metodologiche, se ne distingue per l'oggetto dell'analisi. Mentre la maggior parte dei contributi di Law and Economics si concentrano sui meccanismi di mercato e delle regole giuridiche che ne disciplinano il funzionamento, la *Public Choice* si caratterizza per l'applicazione delle categorie economiche allo studio del diritto.

⁶ E' una osservazione dello stesso COASE, fatta nella lezione per il Nobel dell'economia, in R. H. COASE, *La struttura istituzionale della produzione* (1991), ora in R. H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 337. Si vedano anche le pp. 338-339, sull'importanza cruciale del sistema giuridico e sui suoi effetti sul funzionamento del sistema economico. In via di estrema sintesi il teorema di COASE afferma che "là dove i costi di scambio sul mercato siano pari a zero l'assegnazione iniziale dei diritti di proprietà e di uso è irrilevante dal punto di vista dell'efficienza perché, ove tale assegnazione iniziale risulti

altro verso, tale tipo di approccio ha da subito messo in luce come l'analisi economica arricchisca il diritto, venendo a fornire una chiave di lettura che permette ai giuristi di non rimanere ancorati all'interpretazione del mero dato giuridico, estrapolandolo dal contesto fattuale⁷.

In via generale l'analisi di tipo gius-economico delle norme mostra come, nell'azione dei pubblici poteri, convivano un approccio positivo-descrittivo, che parte dall'analisi del dato giuridico, con un approccio normativo-prescrittivo, che guarda al diritto come ad un sistema necessariamente "aperto", tale da garantire una maggiore efficienza alla *ratio* del dettato legislativo⁸.

insufficiente, le parti la modificheranno concludendo un accordo correttivo". Sotto questo profilo emerge la centralità della nozione di costi di transizione intendendosi l'insieme degli ostacoli materiali fattuali e giuridici agli atti volti allo scambio e alle disposizioni delle risorse. Dal teorema di COASE, due filoni di interpretazioni possono rinvenirsi: il primo relativo al teorema normativo di COASE, secondo il quale il diritto può ridurre i costi di transizione; il secondo è il teorema normativo di Hobbes che rileva che gli elevati costi di transazione non possono essere eliminati dal diritto, le parti falliscono nel raggiungere un accordo privato e perdono un surplus derivante dallo scambio. Il vero è che la teoria dei costi di transazione svolge un ruolo fondamentale nel determinare il rapporto fra mercato e diritto. E' proprio sulle riflessioni dei costi di transazione che si sono sviluppati diversi orientamenti di *Law and Economics*, volti ora a proclamare il primato del *Common Law* ora a configurare efficienza ed equità, ora ad esplorare l'orizzonte delle strategie costituzionali nell'ambito proprio del diritto pubblico. Sotto questo profilo si rinvia al volume di G. NAPOLITANO - M. ABRESCIA, cit. da p. 22 e ss.

7 NAPOLITANO G., ABRESCIA M., cit., pag.191 dove si legge: "*la tecnica ermeneutica favorita per disciplinare il legame tra le disposizione e le norme fa quindi leva sull'originaria intenzione del legislatore, addirittura facendo prevalere lo scopo soggettivo perseguito nel tempo in cui è stata posta una determinata disciplina (ricavato dai lavori preparatori), rispetto allo scopo oggettivo ricavabile a posteriori dal testo (ovvero la ratio o ragione ispiratrice): L'interpretazione storica, condotta secondo la volontà soggettiva delle parti che sono addivenute all'accordo, mediante l'individuazione di uno o più fini comuni da perseguire con lo strumento legislativo, dovrebbe perciò prevalere su ricostruzioni in chiave letterale, sistematica o evolutiva. Solo questo tipo di interpretazione assicurerebbe, infatti, i corretti incentivi a concludere accordi istituzionali*".

8 Il tema del diritto come sistema sociale cognitivamente aperto, autopoieticamente chiuso è di LUHMANN N., DE GIORGI R., *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, 8^a ed.,

L'insegnamento che si trae dagli studi economici del diritto è quello di concentrarsi sull'esame della funzionalità delle norme, alla luce di criteri economici e sociali⁹. Ovvero il testo del dato giuridico deve convivere con il contesto, talché il sistema del diritto non può non «*interferire*» con le altre regole, siano esse economiche, sociali, politiche, la cui influenza risulta in verità decisiva nell'applicazione del dato normativo¹⁰: così i precetti giuridici devono essere esaminati

1996, pp. 9-60; pp. 247-260. Si veda anche LUHMANN N., *La differenziazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 35-101; pp. 169-242.

9 Gli esempi più importanti di analisi funzionale sono quelli offerti da Calabresi nelle sue opere maggiori, sugli incidenti e sulle “scelte tragiche”. Esempio, nella prima, il metodo con cui vengono analizzati i modi per raggiungere una riduzione del costo degli incidenti, senza impedire la riduzione primaria, quella del numero e della gravità dei sinistri, in G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, tr. it., Milano, Giuffrè, 1975, p. 175. Esempio, nella seconda, il modo in cui vengono messi a paragone i diversi metodi della allocazione pura (il mercato puro, il metodo politico responsabile, il sorteggio, il metodo consuetudinario o evolutivo), le modifiche del metodo politico (decentramento e trasformazione della scelta allocativa in decisione di meritevolezza), le modifiche del mercato (mercati non monetari o misti, mercati neutrali, mercato dei rischi, mercati collaterali), le combinazioni di metodi, in G. CALABRESI – P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, tr. it., Milano, Giuffrè, 1986. Un'analisi della funzionalità economica delle norme e dei sistemi giuridici in generale, comporta una valutazione dei benefici e dei costi, diretti e indiretti; un esame della loro imputazione o distribuzione; lo studio dei costi di transazione (tutte le spese necessarie per raccogliere le informazioni, raggiungere accordi, ottenere autorizzazioni, ecc.: in sostanza, i costi che discendono dal sistema giuridico); un esame delle esternalizzazioni (trasferimenti su altri) di costi o benefici, in S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 3, p. 597.

10 Si veda F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 3/2007, p. 434, ove, dopo aver illustrato le differenze tra la Scuola di Chicago (Coase) e la Scuola di Yale (Calabresi) così rileva: “*cambia il presupposto o, se si vuole, l'oggetto della ricerca (non la concorrenza ipostatizzata degli economisti classici, ma un mercato reale), ma il metodo analitico in cui gli istituti giuridici sono studiati per i loro effetti economici rimane lo stesso o meglio, per essere accademicamente più precisi, i due metodi si sono sviluppati (e hanno avuto poi proseliti) parallelamente [...] Dall'analisi economica del diritto cioè dalla dimostrazione della maggior efficacia di determinati istituti giuridici o dal miglior effetto redistributivo di determinate soluzioni giuridiche, possono anche derivare soluzioni operative, cioè soluzioni giuridiche, ma solo se gli effetti di tale soluzione sono disponibili da parte dei soggetti che agiscono sul mercato*”. Si rinvia altresì al saggio dell'Autore, *Le leggi del*

per la loro congruenza ¹¹ con una funzione, atteso che, come osservato da Hayek, “*non può esservi una scienza del diritto che sia una scienza delle sole norme e non tenga conto dell’ordine dei fatti ai quali essa tende*”¹². Il perfezionamento del “*modello interpretativo*” deve insomma comporre l’ordine legale con l’ordine fattuale, giungendo a considerare le norme come un sistema in movimento¹³.

Se tali premesse possono trascendere l’analisi economica del diritto *stricto sensu*, tuttavia si rammenti che la prospettiva ermeneutica proposta dall’analisi economica fa sì che le disposizioni non vengano interpretate per ciò che esse “*dicono*”; viceversa, l’analisi economica considera il “*precetto*” giuridico come un insieme di incentivi rivolti ai consociati affinché adottino un comportamento positivo o negativo. In tal senso, l’interpretazione giuseconomica pone in relazione i precetti giuridici direttamente con gli effetti che quei precetti giuridici producono. Da qui il corollario che se interpretare significa effettuare una previsione sulle conseguenze fattuali delle norme, allora può affermarsi che ogni trattazione di taglio gius-economico consista in un’interpretazione basata sul criterio dell’efficienza delle norme a raggiungere gli obiettivi predefiniti dal legislatore. In altre parole si tratta di valutare se ciascuna norma sia capace di determinare quegli

mercato, il Mulino, 2002, p. 7 ss. Sul punto fondamentale appare il rinvio a N. IRTI, *L’ordinamento giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 2004, p. 34 ss; p. 133 ss.

¹¹ NAPOLITANO G., ABRESCIA M., cit., p. 187. Si è osservato che partendo da tale prospettiva non rileva il fatto che le regole, ad esempio etiche o derivanti da precetti religiosi, siano costituite in maggior parte da doveri, quanto piuttosto il fatto che esse incidano sulla intenzione dei soggetti agenti, mirando ad obiettivi trascendenti quali la perfezione dell’individuo o la salvezza dell’anima. “*Se ed in quanto interferiscano con le norme giuridiche, intese come quelle norme che riguardano le sole azioni rilevanti per la disciplina di una data organizzazione sociale, [...], questi precetti ulteriori costituiscono fattori da considerare nel prevedere il comportamento dei soggetti di diritto*”.

¹² VON HAYEK F. A., *Droit, legislation et liberté*, Tome I, *Règles et ordre*, tr. Fr. R. Andomin, Paris, Puf, 1983, p. 137 e 127 (di quest’opera c’è anche una traduzione italiana, *Legge, legislazioni e libertà*, Milano, Il Saggiatore, 1986 p. 365 ss.).

¹³ F. PARISI, *Scuole e metodologie dell’analisi economica del diritto*, in Rivista critica del diritto privato, XXIII, n. 3, sett. 2005, p. 380 e 384.

effetti voluti dallo stesso legislatore. In questa prospettiva, l'adeguatezza dei precetti giuridici non può misurarsi sulla base di astratti criteri di giustizia sociale, dovendo invece rispondere a criteri di efficacia delle norme nel cogliere l'obiettivo da esse posto. E' in questa premessa che l'analisi economica mostra la sua utilità per l'interprete e non piuttosto il suo limite come da taluni osservato¹⁴.

Così, sebbene il momento interpretativo del dato giuridico rimanga osservatorio privilegiato, oggi si concorda nel ritenere come sia quanto mai anacronistico porsi nei confronti del diritto e dell'economia come di fronte ad una dialettica tra due poli opposti, quello della norma da un lato e quello del fatto dall'altro. Al contrario il rapporto tra diritto ed economia presenta una grande varietà di combinazioni che la dottrina in questi ultimi anni ha tracciato.

Non è possibile in questa sede riassumere il contenuto dell'intero dibattito sorto sul rapporto *diritto-economia*, o sulle poliedriche applicazioni dell'analisi economica del diritto; piuttosto si vuole invitare ad una riflessione su come l'economia possa essere proficuamente applicata anche al diritto amministrativo, sia in sede di interpretazione, sia di formulazione del dato normativo¹⁵, pur con le

14 Si veda S. AMOROSINO, *La struttura delle rivoluzioni economiche. Profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2010, Supplemento n. 3, 3.

15 M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, 1940, pp. 133 ss., ripubblicato in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, pp. 179 ss. (la citazione è a p. 88 dell'estr. da *Studi sassaresi*): l'A. sottolinea come l'"insufficienza" del diritto amministrativo «non trae ragion d'essere da un'intrinseca insufficienza dei metodi e della tecnica della scienza stessa, né da fondamentali errori d'impostazione o di costruzione delle sue nozioni, ma semplicemente da un'insufficienza di problematica. Se, dunque il giurista deve impadronirsi con maggior sicurezza degli approcci e delle tecniche sperimentati dagli studi del diritto compiuti da non giuristi, uscendo dal chiuso del proprio metodo, quali sono, in particolare, i più significativi di tali approcci e tecniche? Il primo insegnamento che viene da tali studi è quello di tenere un atteggiamento meno deferente verso la disposizione normativa. E questo per diversi motivi. Innanzitutto, perché non vi è sempre corrispondenza tra il legislatore e autorità: Vi sono interi complessi normativi che diventano efficaci in virtù di poteri che non discendono da chi ha

dovute riserve che la recente dottrina ha evidenziato¹⁶. Ne è un esempio la disciplina della *finanza di progetto*, permeata non tanto o non solo da regole “*di valore*”, quanto dall’idoneità di quelle norme a perseguire l’obiettivo che si intende cogliere. Così la scelta operata in questa sede, ovvero quella di analizzare l’istituto contrattualistico in esame, esprime l’esigenza di contestualizzare il dibattito sugli effetti che l’interpretazione economica del diritto ha avuto ed ha in materia

posto il diritto (si pensi alle migliaia di standard tecnici, o ai criteri di redazione dei bilanci delle banche). In secondo luogo, per il valore relativo alla giuridicità, che deriva dall’esistenza di livelli superiori di giuridicità: si pensi alla legge legittima, ma dichiarata costituzionalmente illegittima o alla legge inapplicabile perché in contrasto con il diritto comunitario. In terzo luogo, per la necessaria pluralità dei significati delle norme – al di là delle ridicole pretese degli “originalisti” americani – che comporta un’analisi più attenta degli usi della discrezionalità e mette in primo piano le scelte amministrative (secondo un antico detto della sofistica, a fare la sella non è il sellaio, ma il cavaliere), suggerendo di abbandonare l’atteggiamento di ossequio verso il legislatore. In quarto luogo, per la rilevanza del contesto economico, sociale e politico, “fattuale” in genere perché norme contestualizzate non sono né comprensibili né comparabili. Giustamente HAYEK aveva osservato con non può esservi una scienza del diritto che sia una scienza delle sole norme e non tenga conto dell’ordine dei fatti ai quali essa tende. In quinto luogo, per la componente (necessaria) comparativa della riflessione giuridica, che insegna a non assolutizzare un certo, specifico diritto positivo, a relativizzare e problematizzare, abbandonando la concezione strettamente positivista e meccanicistica, aprendo i confini dei diritti nazionali. Il secondo insegnamento che viene dagli studi non giuridici del diritto è quello di concentrarsi (anche) sull’esame della funzionalità delle norme, alla luce di criteri economici e sociali. Non bisogna solo chiedersi se le norme rispondono a certi requisiti formali (ad esempio, al metro costituzionale) ma anche se riescano ad adempiere le funzioni che si è voluto e si vuole assegnare ad esse. Un’analisi della funzionalità economica delle norme, e dei sistemi giuridici in generale, comporta, ad esempio, una valutazione dei benefici e dei costi, diretti e indiretti; un esame della loro imputazione o distribuzione; lo studio dei costi di transazione (tutte le spese necessarie e per raccogliere le informazioni, raggiungere accordi, ottenere autorizzazioni, ecc.: in sostanza, i costi che discendono dal sistema giuridico); un esame delle esternalizzazioni (trasferimenti su altri) di costi o benefici. Infine, essa comporta di essere attenti alla alternativa tra proibizione (prevenzione specifica attraverso un meccanismo di sanzioni) e disincentivo (prevenzione generale, attraverso il meccanismo del mercato, consistente nel rendere più o meno costoso un bene o una attività).

16 S. AMOROSINO, *La struttura delle rivoluzioni economiche. Profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, Supplemento n. 3. Sul punto si veda altresì E. CHELI, *Intorno a “La struttura delle rivoluzioni economiche” di Sergio Ortino*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, Supplemento n. 3.

di contrattualistica pubblica, assumendo come osservatorio privilegiato i canoni propri del metodo dell'analisi economica, per applicarli poi ad un istituto quale la *finanza di progetto*¹⁷.

Orbene punto di partenza di ogni riflessione sul tema diventa la presa di coscienza di come il giurista, soprattutto nel settore amministrativo, non possa più limitarsi a chiedersi se le norme rispondano a certi requisiti formali, quanto piuttosto se esse riescano ad adempiere la funzione che si è voluto e si vuole loro assegnare¹⁸.

E' fin troppo evidente come l'approccio economico al diritto, dettagliatamente illustrato da Friedman¹⁹, fornisca uno strumento utile al fine di valutare le norme giuridiche sulla base della loro efficacia nel raggiungere un dato obiettivo e, nello stesso tempo, consenta, analizzando il sistema di norme, di dedurre quale sia l'obiettivo reale che la norma, di fatto, persegue. Invero l'analisi economica del diritto può dare un contributo positivo allo studio del diritto perché aiuta il giurista, da un lato, a prevedere meglio i comportamenti degli operatori economici e, dall'altro, a capire quali

17 F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, op. cit., p. 436. L'A. dopo aver sottolineato come dall'analisi economica del diritto, cioè dalla dimostrazione della maggiore efficacia di determinati istituti giuridici o del migliore effetto redistributivo di determinate situazioni giuridiche, rileva come possono derivare diverse soluzioni giuridiche sia pure solo se gli effetti di tale soluzione siano disponibili da parte dei soggetti che agiscono sul mercato. Il che si verifica sicuramente nel diritto privato ma anche nel diritto amministrativo lì dove sia possibile individuare spazi di disponibilità. Ciò può accadere nel diritto privato ma anche nel diritto amministrativo in quanto anche nel diritto amministrativo possono rinvenirsi spazi di disponibilità soprattutto per gli istituti di diritto comune nel settore della responsabilità della P.A. e nel settore della contrattualistica pubblica. *“Lo stesso dicasi per la contrattualistica pubblica, in particolare per la disciplina degli appalti, per la quale ha un'importanza decisiva l'efficienza delle procedure e l'effetto economico sul mercato dello Stato contraente. L'analisi economica di tali procedure non solo può aiutare a trovare la soluzione più efficiente per il mercato, ma anche la soluzione legittima per il giudice amministrativo”*.

18 S. CASSESE, op. ult. cit., pp. 5-7.

19 Cfr. D. D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, trad. it., Il Mulino, Bologna, 2004.

siano i costi dei diversi assetti giuridici, in termini di interesse della collettività che rimane l'obiettivo ultimo²⁰. Tanto da aver indotto ad evocare, a tal proposito, addirittura la "teoria dei giochi", quale modello interpretativo del diritto in generale e del diritto amministrativo in particolare.

In via di prima approssimazione può affermarsi che il ruolo delle norme sia proprio quello di influenzare il comportamento dei giocatori, tenendo conto delle scelte strategiche che essi porrebbero in essere in assenza di regole e cercando di favorire tramite il diritto il prevalere delle condotte previste dal legislatore da parte degli operatori. E' fin troppo evidente come nel settore pubblicistico le possibili applicazioni dei modelli matematici, cui si richiama la teoria dei giochi, siano le decisioni discrezionali, cioè aperte, in maniera più o meno diversificata, ma comunque prevedibile, e perciò predeterminabile, alle interrelazioni tra i giocatori²¹. Tuttavia per un giurista risulterebbe riduttivo leggere la regola dell'esercizio del potere discrezionale, da parte dei pubblici poteri, come una mera formula matematica che, se da un verso ha il pregio di individuare l'obiettivo della norma, dall'altro espone al rischio che, ove non si tenga conto di tutte le "componenti delle equazioni", il provvedimento adottato, espressione della norma, possa essere giudicato illegittimo²². Si tratta, allora, di valutare ciascuna regola giuridica

20 L.A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Bologna, 2003, pp. 15.

21 La teoria dei giochi, come noto, assume come oggetto di indagine le decisioni individuali prese in situazioni in cui vi sono interazioni fra i diversi soggetti, in modo tale che la decisione dell'uno influisca sui risultati conseguibili dall'altro, secondo un meccanismo di reazione anticipata, dato dalla previsione del comportamento altrui. In questo quadro, il ruolo delle norme è quello di influenzare il comportamento dei giocatori, tenendo conto delle scelte strategiche che si porrebbero in assenza di regole e cercando di favorire tramite il diritto il prevalere di condotte cooperative.

22 F. MERUSI, *Analisi economica e diritto amministrativo*, in *Dir. Amm.* 3/2007, p. 430. Osserva l'A. "nei modelli matematici di teoria dei giochi si adotta l'ipotesi che i giocatori seguano una condotta razionale, cioè che sappiano selezionare le strategie migliori per il raggiungimento di un determinato risultato". "L'esito del gioco dipende in maniera decisiva dalle ipotesi che riguardano la conoscenza che si ritiene i giocatori abbiano del gioco, la

anche in base alla capacità della stessa di determinare gli effetti che si intendono conseguire, ovvero gli strumenti utilizzati per il raggiungimento di quegli effetti e i costi che a tal fine sono posti in capo ai soggetti privati e ai poteri pubblici.

Ricorrere al sincretismo fra diritto ed economia impone al giurista di osservare la realtà fattuale per estrarne i principi così da riordinarli in sistema²³, pur nella consapevolezza che «*il diritto non si può più fare partendo dal diritto: occorre muovere dal reale, dal fatto*²⁴».

In questa prospettiva, l'economia diviene dunque fatto presupposto di atti amministrativi²⁵ e contestualmente chiave interpretativa dell'azione dei pubblici poteri.

convenienza e la possibilità di stringere rapporti fra loro, nonché lo svolgimento del gioco nell'arco del tempo". "I modelli matematici della teoria dei giochi, riferibili a decisioni interattive, trovano applicazione nella ricerca operativa in generale, nell'economia, nella strategia militare e, potenzialmente, in tutte le scienze sociali. E' evidente che nel diritto amministrativo le prime applicazioni alle quali uno pensa sono le decisioni discrezionali, specie se latamente discrezionali, cioè aperte in maniera più o meno diversificata, ma comunque prevedibili e perciò predeterminabili alle interrelazioni con gli altri giocatori".

23 Sul punto, si veda BOGNETTI, a giudizio del quale configurare il diritto come un sistema di norme chiuso e autosufficiente, e perciò come sistema distinto dagli altri, si rischia di guardare alle norme giuridiche come a delle cose, come se avessero una loro esistenza separata dai fatti, dal contesto. Così facendo il diritto perderebbe la sua peculiarità in quanto scienza giuridica che, per via del proprio oggetto (lo studio dei principi, delle regole e dei rapporti Stato/Società e dell'assetto dei pubblici poteri) subisce un forte condizionamento dal sistema della politica, dell'economia e della società, in *Teorie della Costituzione e diritto giurisprudenziale*, Associazione Italiana Costituzionalisti, Convegno annuale.

24 L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini*, VII (1978), p. 71.

25 F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Atti del Convegno dell'Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Venezia, 2006. A questo punto si potrebbe tracciare, in modo forse un po' schematico, una linea di lettura attraverso l'opera di alcuni autori e dei loro tentativi di soluzione al problema della concezione del rapporto tra il diritto e l'economia, e della concezione sistemica dell'ordine nel processo comunicativo. Tuttavia, si ritiene opportuno limitare il problema dell'ordine esclusivamente al punto di vista del diritto, posto in modo lucido e coerente da Thomas Hobbes che giunge a definire le basi per la coesione sociale all'interno dello stesso Stato. La società viene concepita come un insieme di parti interconnesse, caratterizzata da un determinato stato di

3. Prospettiva giuridica e metodo economicista nella ricerca di una metodologia alternativa di analisi.

Il giurista, al fine di interpretare correttamente le norme che regolano l'attività economica, deve avere una conoscenza dell'oggetto della disciplina: una conoscenza che gli consenta di definire le fattispecie concrete e di determinarne la relativa regolamentazione sulla base di una interpretazione dei significati delle norme, che utilizzi tutti gli strumenti a sua disposizione, dall'interpretazione letterale, a quella sistematica e logica, e che, in particolare, tenga conto degli scopi perseguiti dal legislatore, come d'altronde prescrive l'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile. La conoscenza della “*realtà regolamentata*” diventa condizione imprescindibile perché il giurista possa svolgere la sua attività di interpretazione della legge e dei provvedimenti ad essa conseguenti, nonché della valutazione della realtà fattuale, anche alla luce dei criteri propri delle discipline economiche.

Se i pubblici poteri devono, *motu proprio*, agire per fini pubblici, le forme di regolamentazione, che dai pubblici poteri scaturiscono, devono adattarsi il più possibile al caso specifico: ovvero, l'intervento dei pubblici poteri, nel momento regolatore, deve garantire il c.d. minimo sacrificio concorrenziale, che risulti compatibile con il raggiungimento dell'obiettivo di rilievo pubblico. Lo studio di tale compatibilità non può prescindere da canoni di natura economica

equilibrio e da meccanismi che tendono a ristabilirlo una volta che questo venga perturbato. L'autoreferenza diventa la condizione di tutte le operazioni dei sistemi. Si comprende bene quale sia la portata dei grandi giochi intellettuali di Hobbes, il cui pensiero si proietta ben oltre il suo tempo. E non c'è dubbio che l'ordine sociale sia il problema teorico di TALCOTT PARSONS, fin dalla sua prima opera, *The Structure of Social Action*. Parsons interpreta la teoria politica hobbesiana come un caso di utilitarismo puro: il fine dell'azione umana è il soddisfacimento delle passioni.

anche qualora l'intervento regolatore sia rappresentato da una norma pubblicistica, salvo che non si tratti di una norma di principio.

E' su questa linea che si sviluppa la tecnica del bilanciamento come verifica della ragionevolezza sugli interessi, e non solo sui mezzi e sui fini delle decisioni. In tal senso il ricorso al metodo economico si giustifica alla luce del fatto che guida "il decisore pubblico" verso l'introduzione, nell'ordinamento, di norme che aumentino il benessere al maggior numero di soggetti o che raggiungano i propri obiettivi con il minore costo sociale.

Ecco allora che si riaffaccia la teoria economica dell' "*ottimo paretiano*" che invoca il necessario equilibrio tra gli interessi in gioco per evitarne il maggior reciproco sacrificio.

Il nodo da sciogliere nell'utilizzo dell'analisi economica del diritto, se si vuole, attiene allora ai limiti dell'interpretazione della legge attraverso il c.d. criterio consequenzialista ("*consequentialist argument*"), vale a dire il criterio in base al quale, per interpretare la norma, occorre fare riferimento alle conseguenze delle diverse soluzioni interpretative ("*argomentazione orientata alle conseguenze*")²⁶.

La valutazione prospettica degli effetti di un certo tipo di regola giuridica, piuttosto che di un'altra, costituisce proprio la motivazione per la quale si è sentito il bisogno di utilizzare strumenti economici

26 Si veda, per tutti, L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1 ss.; si rinvia altresì alla raccolta di saggi di questo autore, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 91 ss. L'autore si è approcciato in un confronto con le posizioni di Gadamer, Karl-Otto Apel e Habermas, sicuramente tra le più autorevoli per aver dato un'impronta determinante al dibattito sull'ermeneutica giuridica e sul suo contributo nel produrre la concretezza del diritto. Dell'impostazione gadameriana Mengoni condivide, anzitutto, la premessa secondo cui il soggetto che svolge il giudizio interpretativo agisce sempre e necessariamente sulla base di una comprensione originaria, denominata «pre-comprensione».

nell'interpretazione delle norme giuridiche²⁷. Per questa via, infatti, si tende ad adottare il significato di una data regola secondo gli effetti che essa è destinata a produrre, nel senso di aumentare o diminuire il benessere di un certo numero di soggetti.

Se in linea di diritto, per individuare la soluzione interpretativa più adeguata, si è in passato fatto ricorso ad argomenti logici e sistematici, ricavabili dallo stesso sistema legislativo, oggi diventa inevitabile guardare anche alle conseguenze delle varie soluzioni interpretative, *rectius* gli effetti, scegliendo quella che abbia conseguenze più coerenti con lo scopo perseguito dalla disposizione di legge. Se quindi il criterio metodologico consequenzialista appare certamente legittimo, specie nell'interpretazione della regolamentazione, è pur vero che la tendenza dei giuristi ad avvalersi di tale metodo dipende dal modo in cui essi intendono il rapporto fra diritto ed economia, in particolare la funzione che il diritto è chiamato ad assolvere nel disciplinare una attività economica. Non quindi la norma giuridica in generale, bensì la norma giuridica rivolta alla regolamentazione del mercato diventa oggetto del metodo sopra richiamato²⁸.

27 A. GAMBARO, *L'analisi economica del diritto nel contesto della tradizione giuridica occidentale*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 461-462. Si veda anche P. CHIASSONI, *L'analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999, cit. pp. 507-508.

28 Al riguardo, di fronte al rapporto fra diritto ed economia, nei giuristi, si tende ad isolare due atteggiamenti che si riflettono sul metodo impiegato per l'interpretazione delle norme: - da una parte, vi è chi tende ad enfatizzare il ruolo del diritto e la sua capacità di conformare a sé la realtà economica, ed è portato, conseguentemente, a privilegiare un'interpretazione ispirata a criteri logici e sistematici, tratti dal sistema giuridico; - dall'altra, vi è chi ritiene che in materia economica il diritto abbia il compito di orientare e regolamentare un'attività che risponde ad una propria logica ed è portato, conseguentemente, a prestare attenzione alle interazioni fra diritto ed economia.

Un esempio sintomatico dell'atteggiamento di chi, nello studio del diritto, vuole prestare “una maggiore attenzione ai dati dell'esperienza pratica ed alle esigenze dell'economia”²⁹, si rinviene in quella parte della dottrina³⁰ secondo la quale il metodo proprio dell'economia del diritto impone un'analisi dei fenomeni che parte dal comportamento degli operatori economici per consentire un'indagine sul diritto usato dagli operatori stessi, talora diverso da quello codificato od elaborato dai giuristi.³¹

4. L'efficienza della norma giuridica secondo i principi economici

L'analisi economica del diritto diventa allora un “mezzo” per valutare l'efficienza delle norme giuridiche³²: le norme devono essere

29 F. GALGANO, voce *Diritto dell'economia*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XI, 1989. Espressione del primo atteggiamento è la tesi²⁹ che ritiene come la legge si ponga rispetto al mercato non come la forma di un contenuto economico a se stante, bensì come componente essenziale di esso

30 Cfr. SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, nel quale l'A. si propone di studiare il commercio, “non solo tenendo conto delle norme giuridiche e del loro sistema chiuso [...]; ma anche tenendo conto che l'intero sistema di norme [...] gravita attorno ai fenomeni economici, ossia a scelte pratiche precise, che costituiscono anch'essi un sistema, più reale, eventualmente, di quello ricavabile dal codice (o da categorie astratte da questo tradizionalmente ricavate)”.

31 L. MENGONI, op. cit., p. 3. ove l'autore traccia i caratteri e gli effetti del metodo interpretativo di cui si discute “la specie più importante dell'argomentazione impostata sulle conseguenze” è “l'analisi economica del diritto”, un metodo che studia il diritto con gli strumenti dell'analisi economica che è stato elaborato a partire dagli anni sessanta e che si è affermato negli Stati Uniti, tanto da venire ampiamente utilizzato sia dai giuristi teorici che dai giudici, in primis da quelli della Corte Suprema, e che sta avendo una diffusione sempre crescente anche in Europa ed in Italia. Si tratta di un metodo, che ha assunto il carattere di una vera e propria disciplina, che ha le sue basi nell'analisi economica condotta partendo dai presupposti teorici di una particolare corrente di pensiero nell'ambito dell'economia neoclassica, elaborato e praticato tanto da economisti quanto da giuristi.

32 Delle trattazioni sistematiche dell'analisi economica del diritto si rinvia, oltre a quella di F. DENOZZA, op. cit., quelle di L. A. FRANZONI, *Introduzione all'economia del diritto*, Il Mulino, Bologna 2003; di D. D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto*, op. cit., e di R. COOTER, U. MATTEI, P. G. MONASTERI, R. PARDOLESI, R. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999, senza dimenticare quella di R.

interpretate non tanto in ragione del loro contenuto giuridico e della natura giuridica degli strumenti impiegati per determinati fini (ad es. l'appartenenza all'uno o all'altro ramo del diritto), quanto essenzialmente per i loro effetti sul comportamento dei consociati e quindi per la loro idoneità a rappresentare incentivi o disincentivi nelle scelte dei soggetti ai quali sono destinate. In questa prospettiva, come già accennato al paragrafo precedente, si può osservare come le norme “*sono concepite come meccanismi di allocazione di risorse*”, intendendosi con tale termine non solo i beni materiali o immateriali, ma qualsiasi situazione o attività suscettibile di soddisfare bisogni umani, potenzialmente in conflitto con altre situazioni o attività di cui siano titolari altri operatori del mercato³³.

L'obiettivo fondamentale di tale impostazione interpretativa diventa quello di valutare il modo attraverso il quale le norme contribuiscono alla massimizzazione del benessere collettivo, assumendo la nozione di efficienza non solo nel senso di idoneità dei mezzi adottati a raggiungere, al costo minore, i fini perseguiti dal legislatore, bensì nel senso di efficienza allocativa delle risorse.

In linea di estrema sintesi, si deve osservare come anche i cultori del diritto pubblico in generale e del diritto amministrativo in particolare hanno focalizzato la loro attenzione sul “*procedimento amministrativo*”, ponendosi il quesito di quali siano le condizioni di un giusto procedimento, non solo con riguardo alle tematiche più strettamente giuridiche (se cioè sia necessario garantire la partecipazione ad esso del privato, fino a che punto debba essere assicurato il contraddittorio, come assicurare l'indipendenza dell'organo istruttorio), bensì anche e soprattutto in che modo il procedimento possa garantire l'efficienza allocativa delle risorse. Ecco che la teoria espressa da Pareto nell'identificazione e nel

POSNER, esponente di spicco della scuola di Chicago, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Co., Boston-Toronto, 1986.

33 F. DENOZZA, op.cit., p. 4 s.

raggiungimento dell’*“ottimo”* può offrire, a tutt’oggi, una chiave interpretativa non solo in riferimento all’istituto *ex se* ma anche al procedimento da seguire per l’assunzione dell’istituto stesso. Si rammenti come per Pareto un sistema è efficiente quando è possibile aumentare il benessere di un individuo senza diminuire il benessere di qualcun altro: finché tale situazione di efficienza non è raggiunta sarà sempre possibile un *“miglioramento paretiano”*, ovvero sarà possibile migliorare la situazione di un soggetto senza che questa sia assunta in spregio ad altri.

Ecco allora che, nel rapporto tra Amministrazione e privato cittadino, la ricerca dell’*“ottimo paretiano”* può servire a raccogliere i dati necessari per raggiungere i fini di carattere generale, senza con ciò vanificare le posizioni giuridiche cui è titolare il privato cittadino³⁴: una volta individuata la soluzione che massimizza gli utili (latamente intesi) al netto dei costi, bisognerà rimettere i risultati al soggetto pubblico chiamato alla decisione finale, affinché li valuti e li contemperi con tutti quegli altri elementi che inevitabilmente influiranno su una decisione di carattere politico³⁵.

La risposta all’interrogativo circa l’utilità del metodo economicista al diritto pubblico parrebbe, o quanto meno dovrebbe essere, semplice:

34 S. CASSESE, Id. p. 1. Insomma il corpo politico può controllare l’Amministrazione tramite processi, invece che fissando obiettivi all’Amministrazione. Governando i mezzi indirizza i fini

35 P. CHIASSONI, *L’analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, cit., 507-508. Non si può negare che la crisi finanziaria globale del 2008 abbia segnato un evidente ridimensionamento degli orientamento più fiduciosi nelle capacità di autoregolazione del mercato. Per questi motivi si invita ad una riflessione sulla utilità che il giurista potrebbe ricavare dall’adozione del metodo dell’analisi economica del diritto, nell’elaborazione di soluzioni giuridiche che potrebbe suggerire, o nella previsione degli effetti delle regole giuridiche, con strumenti come l’analisi costi-benefici, senza alcuna pretesa circa l’assolutezza delle soluzioni medesime. Si veda P. CHIASSONI, R. POSNER, *Pragmatismo e analisi economica del diritto*, in G. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina, 1999, p. 187.

l'analisi economica è un utile strumento per valutare le possibili forme di intervento pubblico per scegliere quella che, con maggiore probabilità, otterrà l'obiettivo perseguito (o lo otterrà nel modo più efficiente)³⁶; da qui la possibilità, nonché l'utilità, di applicare al diritto pubblico, e al diritto amministrativo in particolare, i criteri interpretativi dell'economia (senza tuttavia perdere l'ancoraggio al dato normativo o ignorare le dinamiche politiche degli assetti istituzionali)³⁷.

Gli strumenti che risultano necessari a tale scopo sono molteplici, ma quello prioritario, che corrisponde ad una concezione marcatamente liberista, dominante fra i cultori dell'analisi economica, è lo scambio fra i soggetti interessati: le transazioni secondo la terminologia anglosassone³⁸.

36 Infatti "l'analisi economica del diritto ha agevolato la riflessione sul ruolo del mercato nel mondo del diritto, sulle tecniche di interpretazione delle norme, sulla progettazione di nuovi interventi legislativi e regolamentari; soprattutto, ha indotto il giurista a considerare il substrato economico come un fattore indefettibile della legislazione e della applicazione della legge", si veda G. ALPA, *Prefazione*, in G. ALPA, P. CHIASSONI, op. cit., IX.

37 Cfr. G. NAPOLITANO, voce *analisi economica del diritto pubblico*, op. cit., p. 302;

38 R. H. COASE, *The problem of social cost*, in *The Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1 ss., riprodotto nel volume di R. H. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1988, p. 95 ss. Non a caso l'idea di fondo sostenuta nel saggio di COASE, Il problema del costo sociale, che ha creato le basi dell'analisi economica del diritto, è dimostrare che, una volta definiti chiaramente i diritti di proprietà sulle risorse, la contrattazione fra i soggetti interessati alle risorse porti alla soluzione più efficiente, all'equilibrio sociale, indipendentemente dal modo in cui i diritti sono assegnati, purché i diritti siano liberamente trasferibili e i costi di transazione siano trascurabili. Tale saggio pone così quello che è uno dei problemi più importanti con cui l'analisi economica del diritto si deve misurare: quello dei costi di transazione, vale a dire dei fatti che ostacolano la stipulazione di transazioni, rendendo difficile ai soggetti di sapere quali contratti, a quali condizioni e con quali soggetti stipulare per soddisfare nel modo migliore i propri bisogni; ostacoli che vengono ricondotti principalmente alle categorie della "limitata razionalità" dell'"opportunismo".

Si veda altresì, S. HOLMES – R. CASS SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino, 2000. Diritti quali il diritto di proprietà, la libertà contrattuale, i diritti della persona, le libertà fondamentali dell'individuo non si realizzano ad opera esclusivamente del loro titolare ma dipendono dalla cooperazione della comunità.

Il compito del diritto diventa quello di facilitare le transazioni abbattendo, per quanto possibile, i relativi costi, nonché quello di adottare una regolazione che arrivi a sostituire le transazioni fra i soggetti interessati³⁹.

Dunque senza la protezione fornita dalla comunità quei diritti resterebbero diritti di carta, in altre parole le libertà dell'individuo sono anche un valore pubblico.

39 Si vedano sul punto le interessanti considerazioni di F. DENOZZA, op.cit., p. 38 ss. a, appare difficile negare che la legge non persegue solo fini di efficienza allocativa, ma anche in misura maggiore o minore finalità di equità, cioè non persegue solo lo scopo di aumentare le risorse disponibili, aumentando le dimensioni della torta, ma anche quello di redistribuire le risorse disponibili fra i consociati. Il che avviene anche nel diritto privato in particolare tutte le volte che la legge si propone di proteggere il soggetto più debole: si pensi come caso limite al regime delle locazioni. Di fronte a questa realtà i cultori dell'analisi economica del diritto hanno assunto atteggiamenti assai differenziati e contrastanti. Tutti concordano che nell'analisi delle norme si debbano tenere distinti gli effetti riguardanti l'efficienza da quelli distributivi.

Ma, mentre una parte dei cultori della disciplina si contenta di ciò, la parte probabilmente maggioritaria ritiene che il diritto privato non debba occuparsi di finalità distributive o perché le soluzioni efficienti sarebbero (per lo più) anche le più eque e/o perché tale compito dovrebbe essere assolto con gli strumenti offerti da particolari rami del diritto e in particolare dal diritto tributario. Si veda ad es. D. D. FRIEDMAN, op. cit., p. 51 ss.; cfr. anche L. A. FRANZONI, op.cit., p. 27 ss. Le due posizioni vengono usualmente ricondotte alle due principali scuole o correnti di pensiero che si sono formate all'interno della disciplina: la scuola di Chicago, il cui esponente più noto e radicale è R. Posner nel segno di una radicale critica alle forme di intervento pubblico e di una fiducia nelle naturali capacità di autoregolazione del mercato. Sul punto vedi R.A.POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1981. Il nucleo essenziale della questione non è sapere cosa bisogna fare col diritto, bensì interpretare il diritto come ci viene dato dalle fonti alla luce degli effetti che sarà in grado di produrre. Ciò ha condotto ad approfondire gli istituti fondamentali del diritto comune, quali il contratto e la proprietà, intesi come pilastri della concezione capitalistica della giustizia e la scuola di Yale, il cui esponente più noto è Guido Calabresi la quale si caratterizza, invece, per l'attenzione riservata ai profili di equità, accanto a quelli di mera efficienza, che emergono soprattutto nello studio della responsabilità e dell'assicurazione come strumenti connessi o alternativi alla regolamentazione amministrativa. L'efficienza diviene fine e il diritto lo strumento per correggere i fallimenti del mercato.

Per un quadro generale sulle diverse impostazioni si rinvia a G. NAPOLITANO, voce *Analisi economica del diritto pubblico*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, I, p. 299 ss.

Da tempo ci si interroga sull'impatto che anche "i costi amministrativi", indubbiamente rilevanti, hanno sul mercato, tant'è che il novero degli strumenti per la riforma regolamentare e la semplificazione si è arricchito in maniera esponenziale⁴⁰, in considerazione della necessità che le forme di regolazione del mercato giungano a scegliere lo strumento più adatto al caso specifico. In questo quadro, non va dimenticato che i pubblici poteri intervengono nell'economia per sanare il fallimento del mercato, così che la regolamentazione viene ad avere ad oggetto il contenuto, o il risultato economico, previsto dagli strumenti giuridici.

In definitiva il fallimento del mercato giustifica l'intervento dello Stato che, in una prospettiva economica, risulta essere il soggetto che ha il potere di vietare, obbligare, incentivare o disincentivare i comportamenti degli operatori economici, in funzione degli interessi che di volta in volta si intendono perseguire⁴¹.

40 Un'interessante applicazione dell'impatto della regolamentazione dei costi e dei benefici sugli studi di analisi economica del diritto sembra essere il progetto dello Standard Cost Model, il quale si propone di misurare "oggettivamente" gli oneri amministrativi a carico delle imprese, ovvero gli oneri connessi con la comunicazione da parte delle imprese di informazioni alla Pubblica Amministrazione o a soggetti terzi.

Questa metodologia è stata elaborata ed applicata con sistematicità nei Paesi Bassi. Essa prevede in prima battuta l'identificazione di oneri informativi a carico delle imprese contenuti nei diversi atti regolamentari. Successivamente l'onere informativo viene tradotto in una serie di attività amministrative. Di seguito la procedura prevede la stima, attraverso un'indagine sul campo, del tempo necessario ad una impresa-tipo per effettuare ogni singola attività amministrativa. Solo dopo il metodo perviene ad una stima dell'onere amministrativo attraverso l'applicazione del costo del lavoro al tempo stimato per ogni attività con l'aggiunta eventuale dei costi aggiuntivi connessi all'uso di strutture e strumentazioni diverse.

Un prezioso contributo è dato da G. COCO, *La misurazione degli oneri amministrativi tramite Standard Cost Model*, p. 5.

41 Si veda F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, op. cit., p. 346. L'A. rileva come, ora che i provvedimenti amministrativi sono sostituibili con contratti di diritto pubblico, la sostituibilità non può essere guidata dall'arbitrio, ma giustificata da motivi di opportunità risultanti da un'analisi economica delle possibili soluzioni. "E qui, nella teoria dei giochi, l'analisi del diritto può venire in rilievo come componente per determinare la legittimità dell'esercizio del potere discrezionale". Sull'argomento si veda altresì E.

“La miriade di oneri informativi obsoleti, ripetitivi o eccessivi rispetto agli obiettivi di tutela degli interessi pubblici è fenomeno che caratterizza i Paesi maggiormente industrializzati. Le conseguenze che ne derivano, in termini di eccesso di carichi “regolativi” (regulatory cost) e di complessità degli adempimenti burocratici (compliance cost) costituiscono fattori negativi, ai fini della competitività dei sistemi economici e dello sviluppo sociale. La misurazione e riduzione degli oneri amministrativi è quindi una delle attività prioritarie di cooperazione dei Paesi europei”⁴².

L’approccio in esame mostra uno strumento utile per l’analisi della regolamentazione del mercato, proprio alla luce del rapporto tra *costi* e *benefici*⁴³, o del rapporto tra le soluzioni che maggiormente si

CASSESE, *Introduzione all’analisi economica del diritto e alla teoria della regolazione amministrativa*, in www.analisieconomica.it, p. 6.

42 Si veda l’articolo di G. TREMONTI, *Troppe leggi (spesso sbagliate). E’ questa la tirannia da abbattere*, in *Corriere.it* 12 gennaio 2011, dove si legge “non ci sono reali alternative: la cappa delle regole che pesa sull’economia, una cappa che è cresciuta a dismisura negli ultimi tre decenni, e aggrovigliata nella moltiplicazione delle competenze [...] è ormai divenuta tanto soffocante da creare un nuovo medioevo. Dietro la follia regolatoria c’è in specie qualcosa che in realtà va nel profondo dell’antropologia culturale: una visione dell’uomo che è o negativa o riduttiva”. Purtroppo, può apparire che la misurazione degli oneri da regolamentazione sia solo una parte, sia pur molto rilevante, di una completa analisi costi-benefici dell’impatto della regolamentazione. In questa visuale la prima difficoltà che l’uso dello Standard Cost Model pone, riguarda invero la propria utilità a fronte di strumenti che dovrebbero contemplare, al loro interno, anche una valutazione degli oneri amministrativi. Infatti, se da un lato, lo Standard Cost Model ha il pregio di consentire una comparazione immediata degli oneri amministrativi da regolamentazione a carico delle imprese tra differenti ambiti regolamentari e soprattutto in contesti (nazionali) diversi, dall’altro problemi emergono nel caso in cui attraverso tale strumento si voglia surrogare una completa analisi di impatto della regolamentazione. La mancata considerazione del lato dei benefici (e di una classi di costi) potrebbe essere fuorviante. Id. op. cit., p. 12.

43 Cfr. F. DENOZZA, op. cit., p. 11. Tale possibilità esiste se e nella misura in cui nell’interpretazione della legge è legittimo tenere conto delle conseguenze di più soluzioni normative consentite dai metodi interpretativi per preferire quella che risulta essere più efficiente. la risposta è cautamente affermativa: come ha detto Denozza, “là dove sono possibili più interpretazioni della stessa norma (...) l’analisi economica si configura come uno degli strumenti che l’interprete può utilizzare allorché compie, e motiva, la sua scelta in favore dell’una o dell’altra possibile interpretazione”. O meglio, se e nella misura in cui

ritengono idonee al conseguimento dei risultati, trovando così il proprio campo di applicazione più proficuo nelle materie anche di natura pubblicistica, laddove esista la necessità di una valutazione dei comportamenti rispetto agli obiettivi da raggiungere⁴⁴.

l'interpretazione della norma condotta con gli argomenti letterali, logici e sistematici consente di ritenere che la norma persegua (anche) lo scopo dell'efficienza è legittimo preferire fra le varie soluzioni normative ricavabili dalla norma quella che risulta essere la più efficiente. Ciò significa che, come dice Mengoni *“l'argomento pragmatico tratto dalle conseguenze immediate è risolutivo solo se può essere trasformato in una giustificazione in base a principi, ossia in un argomento sistemico”*. Insomma, *“andrà pur sempre verificata la compatibilità dell'interpretazione in questione con le indicazioni ricavabili dalla lettera della legge, dai principi generali o dalla dogmatica tradizionale”*.

44 G. CALABRESI, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven-London, 1970, e in traduzione italiana, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economica-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975. Quando i costi di organizzare un mercato sono elevati un metodo che cerchi di risolvere il problema dei danni causati dalle esternalità mediante la precisazione e la difesa dei diritti di proprietà avrà seri svantaggi. Le decisioni ex post dei giudici sembrano costituire un sistema più snello e meno burocratico. E' questo certamente il caso della normativa antitrust che almeno nel diritto europeo e nazionale si articola sostanzialmente in due divieti, il divieto delle intese che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza e il divieto dell'abuso di una posizione dominante, e nel controllo delle operazioni di concentrazione per impedire che esse comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato rilevante. Ed infatti in questa materia l'analisi economica del diritto e in particolare quella facente capo alla scuola di Chicago ha potuto elaborare criteri di valutazione delle intese e delle pratiche abusive basati rigorosamente sul paradigma dell'efficienza allocativa esercitando un'influenza enorme sull'applicazione di tale normativa negli Stati Uniti sia da parte delle agencies sia da parte dei giudici; influenza che ha finito col farsi sentire anche nel diritto europeo. Ma anche in materia antitrust l'analisi economica del diritto incontra i limiti derivanti dall'interpretazione della legge per quanto riguarda sia i fini perseguiti sia i mezzi con cui essi vengono perseguiti. Così, è difficile negare che nel diritto europeo la valutazione delle intese tenga conto in una certa misura anche di effetti distributivi e che l'interprete non possa sottrarsi ai vincoli derivanti da specifici divieti o criteri di valutazione e ad es. non potrebbe considerare leciti tutti i contratti leganti per ciò solo che secondo le tesi della scuola di Chicago essi nella maggior parte dei casi sarebbero giustificati da esigenze di efficienza e non potrebbe ammettere una operazione di concentrazione che costituisse o rafforzasse una posizione dominante sulla base di considerazioni di efficienza. Un altro campo in cui l'analisi economica del diritto ha potuto trovare proficua applicazione è quello della responsabilità civile, anche questo caratterizzato da ampie clausole generali. Qui le elaborazioni assai sofisticate della dottrina, fra le quali campeggiano gli studi di Guido Calabresi esponente della scuola di Yale ha influenzato anche in Europa sia la legislazione

Discutendo di metodologia economica e giuridica, se, da una parte la scienza giuridica si mostra principalmente volta a definire i termini dell'applicazione della legge, dall'altra parte la scienza economica si propone di spiegare la nascita del diritto e delle norme medesime.

L'economista della legge non concepisce il diritto come un insieme di precetti e divieti, a cui si legano le sanzioni, quanto come un insieme di incentivi che inducono gli agenti economici a comportamenti in linea con l'efficienza economica (Shavell, Harvard e Posner, Chicago) e l'efficienza economica unita all'equità (Calabresi, Yale)⁴⁵. In questa ottica, i precetti giuridici individuano “prezzi impliciti” a cui si riferiscono gli agenti per prendere le loro decisioni e formulare le loro strategie.

Semplificando, possiamo dire che, mentre per un giurista, specialmente se di *civil law*, è sufficiente una norma per determinare il corso degli eventi, per l'economista, se la legge non contempla gli incentivi adeguati, difficilmente troverà applicazione, e a niente potrà servire la previsione di una sanzione. I prezzi impliciti possono dunque riflettere anche costi di opportunità dovuti anche alla scarsità delle risorse, così come in altri settori della vita consociativa possono anche incorporare giudizi di valore che informano la scelta normativa.

che la giurisprudenza: si pensi che la normativa europea sulla responsabilità del produttore tiene conto in larga misura dei risultati cui era pervenuta l'analisi economica del diritto. Così A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 457, riassume il giudizio espresso da Trimarchi nelle conclusioni generali formulate nel Convegno Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto, Giuffrè, Milano, 1994, p. 227 ss. come ha osservato Trimarchi, vi è tutta una vasta letteratura che “*veicola solo esercitazioni di formalismo matematico in cui le variabili si riferiscono ad entità concettualmente quantitative, ma praticamente non misurabili*”. Si veda, G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 2009. Il calcolo delle scelte razionali e la teoria dei giochi possono utilmente spiegare non soltanto i comportamenti tipicamente di mercato, da sempre oggetto dell'analisi economica del diritto privato, ma anche approfondire alcune fra le principali questioni del costituzionalismo moderno e del funzionamento degli apparati pubblici.

45 Cfr. S. ORTINO, *op. cit.*, pp. 594-621.

Ciò potrebbe spiegare, ad avviso di chi scrive, la necessità di un seppur “irrituale” approccio metodologico del diritto pubblico in generale, del diritto amministrativo in particolare, basato non solo, o non tanto, sui poteri che l’ordinamento riconosce alla Amministrazione a tutela dell’interesse pubblico, quanto piuttosto sugli effetti che la norma è chiamata a regolamentare.

5. L’esempio delle modifiche al project financing quale applicazione del metodo economico.

Alla luce dei rilievi fin qui svolti, si perviene alla conclusione che talune norme non possano essere interpretate se non in un’intima connessione rispetto agli obiettivi per cui sono poste, ed è proprio in questa prospettiva che l’analisi economica del diritto è chiamata a rispondere al quesito se una norma sia davvero efficace, ovvero se sia in grado di raggiungere gli obiettivi che ne rappresentano l’*extrema ratio*.

L’applicazione di tale metodo investe oggi anche il settore del diritto pubblico nel momento in cui da un’amministrazione su atti si è passati ad un’amministrazione per obiettivi, nella quale il *focus* della norma è volto non tanto a disciplinare i rapporti tra due soggetti, l’uno pubblico l’altro privato, quanto piuttosto a regolare istituti contrattuali di matrice pubblicistica. L’istituto del *project financing* (di derivazione anglosassone) ne è l’esempio più emblematico, perché risponde a tecniche di finanziamento dell’opera pubblica (dunque *extra* giuridiche) pur utilizzando modelli procedurali pubblicistici (dunque strumenti propriamente giuridici).

Le modalità operative del *project financing*, secondo uno degli schemi più in uso (il c.d. *Bot Build Operate Transfer* di derivazione anglosassone), prevedono infatti che il promotore assuma il compito di realizzare l’opera e di gestirla nel corso del periodo di concessione, sfruttandola economicamente (per ripagare l’investimento) per poi

trasferirla, decorso tale periodo, all'amministrazione pubblica. Che trattasi di una tecnica di finanziamento e ,in quanto tal,applicabile non solo ai lavori pubblici bensì anche alle altre tipologie di contratti, è oggi testimoniato dal fatto che nel regolamento del Codice dei contratti pubblici D.P.R. n. 207/2010 la finanza di progetto venga prevista anche per la gestione di pubblici servizi sulla falsa riga (salvo le differenze che poi verranno via via sottolineate) della disciplina dei lavori pubblici. Sorto quindi come tecnica di finanziamento, il *project financing* si connotava, e ancora oggi si connota, per due fondamentali peculiarità: la prima è data dal fatto che le iniziative suscettibili di essere realizzate con tale tecnica sono quelle in grado di generare nel tempo flussi di cassa (c.d. *cash flow*), sufficienti a ripagare il finanziamento compiuto, nonché a produrre un guadagno certo per gli investitori. In questo senso il *project financing* è risultato essere lo strumento più idoneo nel quadro del partenariato pubblico-privato con cui realizzare sia le cosiddette “*opere calde*”, ovverosia le opere dotate di un'intrinseca capacità di produrre reddito (opere per l'uso delle quali è prevista l'applicazione di tariffe d'utenza), sia le cosiddette “*opere tiepide*” (nelle quali, accanto ai ricavi da utenza, è necessario l'impiego di risorse pubbliche per la remunerazione degli investimenti privati iniziali).

La tecnica del *project financing* è stata poi estesa alle cosiddette “*opere fredde*” (ad es. scuole, ospedali ed altre opere che in genere non producono ricavi da utenza). Nonché servizi capaci di essere suscettibili di attività imprenditoriale o meno.

La chiave di volta dell'istituto è costituita dal fatto che l'opera pubblica o il servizio pubblico deve essere idoneo a remunerare l'investimento del privato, al di là del modo impiegato per la produzione di flussi di cassa . Già in questo senso l'aspetto economico dell'istituto viene a travalicare lo schema giuridico relativo alle opere da realizzare attraverso tale forma di finanziamento, sicché la distinzione “*opere calde*” e “*opere fredde*” viene superata a favore di

opere che creino flussi di cassa o servizi imprenditoriali. Pertanto, la fattibilità ed il successo dell'iniziativa sono legate non tanto alle capacità economico-finanziarie di coloro che intendano promuovere la realizzazione dell'opera pubblica o del servizio, quanto, piuttosto, alla capacità dell'opera o del servizio di produrre reddito.

Seconda caratteristica dell'istituto in esame è costituita dalla c.d. "autonomia economico-finanziaria del progetto rispetto alle attività degli investitori" (c.d. *Ring fence*), in ragione della quale viene ordinariamente costituita un'entità economica separata dai promotori (in genere una apposita società) denominata *social purpose vehicle* con l'unico scopo di realizzare e gestire l'opera o gestire il servizio. Ciò consente di rendere la realizzazione del progetto insensibile alle vicende economico-finanziarie del promotore, aumentando così il grado di affidabilità, e quindi di bancabilità⁴⁶, del progetto stesso.

Se queste sono le coordinate retrostanti all'istituto in questione, nell'avvicinarsi allo studio della disciplina del *project financing* ciò che maggiormente colpisce è "l'instabilità" normativa che spicca persino nel contesto di un settore, quale quello dei contratti pubblici, già connotato di per sé da continue modifiche da parte del legislatore così nazionale come comunitario. Sulle ragioni di tale instabilità spesso la dottrina richiama gli interventi che la Commissione Europea ha imposto all'Italia nella modifica del procedimento *de quo*. Purtuttavia pare potersi affermare che il motivo dominante di tale

46 In particolare G.F. CARTEI, op. cit., pp. 225 ss. L'A. mette in evidenza come "la natura ancipite della finanza di progetto, sospesa a metà tra le garanzie che presiedono alle gare pubbliche e la necessità che la procedura non inasprisca i canoni dell'evidenza pubblica, ma consenta di individuare la migliore proposta e di verificare fino a che punto l'interesse privato possa corrispondere al pubblico interesse [...]. Di conseguenza, in tutte le ipotesi in cui le proposte presentate appaiano suscettibili di essere sviluppate secondo modalità diverse – per quanto equivalenti sotto il profilo della gestione contenuta nel piano economico finanziario - ...l'amministrazione non dovrebbe limitarsi a chiarimenti su meri profili di irregolarità formale, ma dovrebbe poter formulare richieste su eventuali modifiche al piano originario che non mutino i caratteri essenziali dell'opera".

tendenza sia intrinseco: ad un istituto di natura squisitamente economica si vuole applicare la disciplina degli appalti pubblici che risponde a criteri di imparzialità e di formalismo, affinché non si crei un'alterazione del mercato.

Principio peraltro ribadito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 7/2011 nella quale il Giudice delle leggi, dichiarando illegittima la L. R. Liguria del 28/12/2009, n. 63, ribadisce che la scelta del promotore deve essere idoneamente pubblicizzata, ovvero deve essere pubblicizzata la programmazione triennale dei lavori pubblici, consentendo a tutti gli operatori che abbiano interesse a partecipare di aver conto delle opere realizzabili attraverso il *project*. *“Tutte le predette modalità di individuazione del contraente, ivi compresa quella ad iniziativa privata, presuppongono che la valutazione di pubblica utilità dell’opera sia già stata preventivamente effettuata dall’amministrazione aggiudicatrice a monte, in sede di programmazione triennale di cui all’art. 128 stesso del Codice dei Contratti”*.

Il vero è che l’approccio interpretativo deve essere inquadrabile nelle finalità dell’istituto stesso nel quale convivono due opposte esigenze: da un lato, quella di non rinchiudere in vincoli procedurali troppo rigidi l’iniziativa che gli imprenditori privati possono esercitare sulla P.A. nel proporre interventi di “*project*”; dall’altro quello di evitare che le esigenze di interesse collettivo, a cui si vuole pervenire tramite gli interventi nel settore delle opere pubbliche o nei servizi pubblici, non vengano offuscate da imprenditori privati, determinati alla realizzazione di interventi che si presentino redditizi.⁴⁷

47 Sotto alcuni profili si veda G. MANFREDI, *La finanza di progetto dopo il d.lgs. n. 152/2008*, in *Dir. Amm.*, 2009, p. 429. nel presente scritto l’autore mette in evidenza come due siano sostanzialmente i motivi della instabilità normativa: la prima è individuabile nell’esigenza di assicurare la compatibilità della disciplina della finanza di progetto ai principi e alle norme dell’ordinamento comunitario; l’altra “*e ancora più importante ragione dell’instabilità di istituto consiste nel fatto che..... l’apertura alla collaborazione e al*

Non c'è chi non veda però come la norma giuridica in questo contesto assuma il ruolo di “mezzo” attraverso il quale si intende ampliare o diminuire l'applicazione della tecnica di finanziamento dell'istituto in esame. In altri termini tutta la procedura, per quanto realizzata attraverso delle sub-fasi (quali ad esempio la scelta del progetto e le gare per la scelta del promotore), proprio per la sua natura finanziaria, è improntata alla unitarietà della funzione.

Accanto alla valutazione di ogni singolo atto si pone anche l'esigenza di una valutazione globale dell'operazione, in relazione alla quale i diversi elementi del progetto assumono rilievo quali atti di un medesimo “programma negoziale”. Si tratta di un unico atto, frutto di una convergenza tra gli interessi delle parti coinvolte, che ha come fine quello di suddividere i rischi derivanti dalla realizzazione del *project financing* e di consentire al progetto di generare un *cash flow* tale da rimborsare il finanziamento ottenuto.

A sostegno della tesi dell'unitarietà della procedura in esame, si è espressa la giurisprudenza più recente sottolineando come nella procedura del *project financing*, delineata dagli artt. 153 e ss. del d. lgs. n. 163/2006, non si individuano due sub-fasi procedimentali collegate e autonome (cioè la fase della selezione del promotore e quella della procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito della fase precedente), quanto piuttosto una fattispecie a formazione progressiva. In quest'ultima lo scopo finale (l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera attraverso il sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso due fasi non solo funzionalmente

dialogo con gli operatori economici privati di cui s'è detto non comporta affatto un'integrale superamento del modello del decisore imparziale”. “In astratto, la soluzione ottimale per realizzare un dialogo siffatto sarebbe senz'altro un sistema di scelta del contraente impostato secondo gli schemi della trattativa privata c.d. pura, in cui l'Amministrazione si comporta come un soggetto privato, e, pertanto, si rapporta ai privati senza alcun formalismo”.

collegate, ma biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa⁴⁸.

Il riconoscimento della unitarietà del procedimento dunque mette in luce la funzione dell'istituto che travalica il momento del singolo atto, sviluppandosi in un procedimento finalizzato alla realizzazione di un'opera pubblica o la gestione di un pubblico servizio. Assumendo come punto fermo l'unitarietà dell'istituto, la norma giuridica deve essere interpretata alla luce della ricerca della migliore soluzione nei confronti degli operatori pubblici e privati.

48 Il project financing prevede un procedimento di concessione sostanzialmente unitario anche se composto di due fasi, la prima volta alla selezione del promotore e la seconda consistente nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito della fase precedente. Di conseguenza, data l'unitarietà della procedura e non qualsiasi atto endoprocedimentale – come la scelta del promotore – che determini un danno di un concorrente o un arresto procedimentale in quanto l'attualità e la lesività del vulnus potrà apprezzarsi solo all'esito del procedimento di gara e dell'eventuale aggiudicazione, T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 28/07/2010, n. 28920.

Nelle procedure di project financing è legittima la esclusione del progetto presentato da una società promotrice sulla base della valutazione negativa anche di uno solo dei parametri indicati nel bando, trattandosi di una valutazione comparativa delle varie proposte, con applicazione di principi che reggono le procedure concorsuali nel caso che si presentino più proposte, nel corso della quale l'Amministrazione deve valutare ogni singola proposta ed eventualmente scartarla se essa, singolarmente considerata, non sia rispondente ai parametri di valutazione indicati dal bando, essendo compito dell'Amministrazione di valutare se il progetto proposto abbia i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma dei lavori possa avere attuazione, Consiglio Stato, sez. V, 25/06/2010, n. 4084.

Nel project financing la fase preliminare dell'individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione non possono essere considerate come autonome e distinte, costituendo momenti di una procedura selettiva unitaria, ancorché soggetta a regole peculiari, Consiglio Stato a. plen., 15/04/2010 n. 2155.

In sede di project financing, i requisiti soggettivi di ordine generale devono essere posseduti dai concorrenti sin dalla fase iniziale del procedimento (non selettivo) di individuazione del promotore e, nell'ipotesi di concorrente che si presenti in forma associata, devono essere posseduti e documentati da ciascuna delle imprese partecipanti al raggruppamento, Consiglio Stato a. plen., 15/04/2010, n. 2155.

La procedura da adottarsi, in via di estrema sintesi, si snoda attraverso l'individuazione di un'opera pubblica, o del servizio pubblico la scelta del promotore, una gara ad evidenza pubblica per l'individuazione dei soggetti che offrono all'Amministrazione migliori condizioni rispetto a quelle proposte dal promotore ed infine la procedura di gara tra promotore e il cosiddetto antagonista del promotore. Lo schema viene ripreso essenzialmente nell'art.287 del D.P.R. 207 del 2010 in tema di servizi pubblici. Solo dopo che si siano svolte tutte le fasi sopra richiamate si provvederà a formalizzare la scelta del contraente per la realizzazione dell'opera. La procedura è un evidente coacervo di interessi ed allocazioni di risorse alla ricerca della "massimizzazione dei risultati" tra l'interesse dei privati ad investire capitali nei lavori pubblici e la volontà dell'Amministrazione di attingere dai privati risorse per realizzare opere pubbliche nonché, in ultima analisi, della collettività stessa la quale ha interesse alla loro realizzazione per poterne usufruire.

Il ricorso al metodo del finanziamento privato, come noto, trova giustificazione nella scarsità dei fondi pubblici: il legislatore pertanto ha necessità di predisporre una normativa che sia appetibile per i soggetti privati, rendendo così conveniente tale procedura in luogo di investimenti alternativi. Al contempo le Amministrazioni hanno la necessità di ottenere dai soggetti privati buone proposte e condizioni contrattuali favorevoli nell'interesse della collettività che rappresentano. La scelta del concessionario di lavori o servizi è il risultato della comparazione degli effetti fra le varie alternative possibili con quella più conveniente per l'Amministrazione Pubblica. Ne è riprova di ciò la previsione di estendere l'ambito di applicazione dell'istituto in parola anche ai servizi capaci auto finanziarsi.

Nell'istituto della finanza di progetto viene a modificarsi, rispetto agli schemi della contrattualistica pubblica, il ruolo dell'amministrazione la quale, per gestire la complessità dei procedimenti di

aggiudicazione⁴⁹, assume contemporaneamente *il ruolo e i poteri del decisore e del regolatore*.

6. Il ruolo del promotore nei lavori pubblici e nei servizi.

Uno degli aspetti che più è stato suscettibile di modifiche sia per ciò che attiene le introduzioni del terzo correttivo del codice degli appalti sia per ciò che attiene la laconica disposizione contenuta nel regolamento di attuazione del Codice degli appalti in merito all'applicazione dell'istituto in parola ai servizi, è sicuramente rappresentato dal ruolo del promotore.

Le modifiche in materia di lavori pubblici da ultimo intervenute toccano due punti di snodo di particolare rilievo e che rappresentano elementi determinanti per comprendere, alla luce dell'interpretazione economica, l'obiettivo che il legislatore si pone rispetto agli operatori economici. Il primo è rappresentato dalla figura del promotore; il secondo dalla procedura per la scelta del contraente. Al riguardo, è emblematica la normativa in tema di riconoscimento al promotore del diritto di prelazione sul progetto.

Il riconoscimento di tale diritto, secondo il criterio consequenzialistico, se da un lato ha determinato una limitazione alla concorrenzialità (garantendo al promotore selezionato l'adeguamento della propria proposta a quella del migliore concorrente), dall'altro ha sollecitato i privati all'uso di tale strumento, creando un vantaggio a favore dell'iniziativa privata. Pertanto tra la volontà di sollecitare l'utilizzo del "*project*" da parte del mercato e la necessità che lo strumento in esame non alteri il mercato stesso, il legislatore nazionale e, se si vuole, europeo, ha ritenuto dover via via modificare i benefici a cui il promotore aveva diritto. E' indubbio allora, che, quanto più

49 Così M. RICCHI, *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 1390.

risultano maggiori i benefici riconosciuti al promotore, tanto più il privato imprenditore ha interesse ad utilizzare l'istituto in esame, pur dovendo sempre tali benefici coniugarsi con il principio di concorrenza.

Si può affermare che, se si esce dai consueti automatismi che tendono a imputare ogni genere di disfunzione o in capo ai privati o in capo alla Pubblica Amministrazione, ci si avvede che, nel caso di specie, diventa necessario evitare due rischi contrapposti :

- quello che determinati interventi infrastrutturali vengano realizzati solo perché redditizi per le imprese private;
- quello che non venga realizzato nessun intervento perché gli imprenditori non possono e non vogliono sottostare a tutti i gravami derivanti dall'applicazione del regime della contrattualistica pubblica.

Ciò si traduce nel fatto che il legislatore, al fine di evitare di ledere gli interessi degli imprenditori privati e del mercato, deve fare riferimento alla programmazione dei lavori pubblici e al confronto concorrenziale tra le imprese.

In sostanza i diversi assetti normativi derivano dalla combinazione di questi due "fattori " ai quali va aggiunto un terzo fattore, costituito appunto dagli strumenti tesi a rendere possibili e auspicabili le proposte da parte dei privati nel settore dei lavori pubblici⁵⁰. Lo stesso meccanismo è previsto nell'art. 287 del D.P.R. 207/2010 in temi di servizi, dove, al secondo comma, sulla falsa riga di quanto stabilito per i lavori, si prevede che le amministrazioni aggiudicatrici "rendano pubblica la possibilità della gestione dei pubblici servizi affidati secondo le modalità del presente articolo pubblicando un avviso secondo le modalità di cui all'art.153 , comma terzo del Codice appalti.

50 G. MANFREDI, *La finanza di progetto dopo il D. Lgs n. 152/2008, op. cit.*, p.139.

Al riguardo si osserva come l'istituto in esame non abbia trovato da subito nel nostro ordinamento una propria regolamentazione autonoma ma sia stato disciplinato dalla Legge quadro sui lavori pubblici. In particolare la l. n. 415/1998, nel disegnare la prima versione della disciplina, al fine di rendere più appetibile alle imprese la presentazione di proposte di infrastrutture da realizzare con capitali privati, aveva previsto il ben noto diritto di prelazione al promotore, oltre all'obbligo dell'aggiudicatario, quando diverso dal promotore, di rimborsare a quest'ultimo le spese di progettazione sostenute. Il privato che promuoveva la realizzazione di un intervento mediante finanza di progetto veniva, per così dire, compensato non solo tramite il rimborso delle spese affrontate per la progettazione dell'intervento medesimo, ma anche con il riconoscimento del diritto ad essere preferito, a parità di condizioni, a tutti gli altri soggetti aspiranti alla realizzazione dell'opera medesima.

Com'era facilmente prevedibile, la Commissione Europea ha censurato la normativa del 1998 in base alla considerazione che essa si poneva in contrasto con il principio della *par condicio* tra le imprese e, quindi, era suscettibile di cagionare una indebita alterazione del funzionamento del mercato, soprattutto lì dove, indipendentemente dalla procedura adottata, l'attribuzione al promotore del diritto di prelazione consentiva allo stesso di adeguare la propria proposta a quella ritenuta più vantaggiosa dall'Amministrazione. Tale posizione di vantaggio ha posto la questione di compatibilità tra la procedura di "project" e i principi di parità di trattamento dei partecipanti ad una gara ad evidenza pubblica. In particolare, la Commissione Europea aveva rilevato che tutti i soggetti che intendono proporsi come promotori, avrebbero dovuto essere a conoscenza del vantaggio competitivo connesso a detta qualifica, ossia dell'esistenza del diritto di prelazione. Tale informazione, secondo la Commissione, unitamente alla predisposizione di criteri quanto più oggettivi possibile nella valutazione della proposta, doveva prevedersi

nell'avviso con il quale l'Amministrazione doveva render nota la presenza, nel programma triennale di lavori, di interventi suscettibili di gestione economica e quindi realizzabili attraverso il *project financing*⁵¹.

Delle censure della Commissione si era tenuto conto nel c.d. *secondo correttivo* del Codice dei contratti, il già citato d. lgs. n. 113/2007, che aveva appunto soppresso il diritto di prelazione. Dopo tale intervento, da alcune rilevazioni statistiche si registrava un decremento degli interventi realizzati mediante la finanza di progetto. Evidentemente il disconoscimento del diritto di prelazione a favore del promotore appariva come uno dei motivi dominanti di tale regressione.

Tuttavia il minore impiego del finanziamento *de quo* da parte degli operatori economici privati per la realizzazione di opere pubbliche, può imputarsi ad una pluralità di motivi, quale ad esempio la minore disponibilità degli istituti di credito (a cui l'odierna crisi finanziaria sembra consigliare atteggiamenti decisamente più cauti di quelli avuti in passato) a fornire le garanzie necessarie per la realizzazione degli interventi nel settore pubblico, fermo restando che l'elemento fondamentale del mancato utilizzo, dopo il 2007, dell'istituto debba gioco forza imputarsi ad una mancanza di appetibilità da parte dei privati alla partecipazione ad una gara per la realizzazione dell'opera pubblica. Per tale ragione, probabilmente, il *terzo correttivo* del

51 La commissione europea si è occupata del tema del Partenariato Pubblico Privato in vari documenti a partire dal 2000 con la "Comunicazione interpretativa sulle concessioni del diritto comunitario". In tali atti la Commissione ha affrontato diverse tematiche, si è soffermata ad analizzare le caratteristiche dei contratti di concessione di lavori pubblici e di servizi rispetto ai tradizionali all'appalto pubblico ad elaborare linee guida per favorire il buon esito dei PPP; a specificare il trattamento dei contratti di concessione dei lavori pubblici nazionali dei contratti di partenariato. Con il libro verde relativo ai PPP la Commissione ha avviato una consultazione pubblica sui partenariati riportando successivamente i risultati della consultazione in un rapporto. Nel 2005 con la Comunicazione sui PPP e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni la Commissione ha ricevuto conclusioni legislative dirette a chiarire, completare o migliorare il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

Codice dei contratti, d. lgs. n. 152/2008, ha parzialmente reintrodotta il controverso diritto di prelazione. A ciò ha forse contribuito il fatto che il ricorso promosso avanti la Corte di Giustizia della Comunità Europea nei confronti dello Stato italiano, per censurare il diritto di prelazione, è stato respinto con sentenza del 21 febbraio 2008.

Erroneamente cioè è stato interpretato come il venire meno di un ostacolo alla reintroduzione dell'istituto, ma, con tutta probabilità, in modo alquanto semplicistico, dato che la Corte di Giustizia in realtà è giunta alla reiezione del ricorso non perché lo ritenesse infondato quanto piuttosto per un motivo meramente formale, dato che le osservazioni della Commissione sono state ritenute irricevibili per la mancata precisa indicazione delle norme comunitarie che si assumevano violate da questo aspetto della disciplina della finanza di progetto.

7. Le procedure per l'affidamento della concessione nel caso di *project financing*.

Il d. lgs. del 11/09/2008 n. 152, terzo correttivo al Codice dei contratti, ha introdotto sostanziali modifiche alla disciplina dell'istituto, modifiche dettate dalla necessità di accentuarne l'aspetto funzionale e consequenzialistico, così da rispondere a talune obiezioni sollevate dagli imprenditori privati circa l'opportunità e la convenienza alla partecipazione ad un *projet financing*.

Il primo dato che rileva nelle nuove disposizioni di legge è rappresentato dalla compresenza di una pluralità di procedure, laddove l'articolo 153 del Codice dei contratti prevede ben quattro schemi procedurali, in cui i tre fattori di cui si è detto nel punto precedente, ovvero il principio di concorsualità, la programmazione dei lavori pubblici e le proposte dei privati, si coordinano in modo diverso. La compresenza di detta pluralità di moduli procedurali è certamente ascrivibile alla consapevolezza del legislatore dell'impossibilità di

trovare una soluzione per tutte le fattispecie concrete, perseguendo l'obiettivo di una maggiore adattabilità e flessibilità dell'istituto alla realtà fattuale. Resta fermo che il presupposto per l'applicazione dell'istituto della finanza di progetto è rappresentato dall'inserimento degli interventi realizzabili con capitali privati negli strumenti di programmazione dell'Ente pubblico.

Caratteristica principale delle procedure di finanza di progetto è, come si è visto, il maggiore ed anticipato coinvolgimento del privato nella realizzazione di lavori pubblici. L'apporto degli operatori economici privati è, infatti, esteso al punto di contribuire alla puntuale definizione dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione degli interventi, anche attraverso la redazione del progetto preliminare che, in sede di affidamento di contratti d'appalto e di concessione, *ex art.* 144 del Codice dei contratti, è appannaggio delle amministrazioni aggiudicatrici.

A ben guardare, la fase della formazione della volontà della Pubblica Amministrazione si sostanzia proprio nell'emanazione di strumenti di programmazione, cui farà seguito la fase della scelta del concessionario, diversamente articolata a seconda della tipologia di procedura che l'Amministrazione intende esperire. In particolare, i lavori pubblici che rilevano al fine di poter ricorrere all'istituto della finanza di progetto devono essere inseriti nel programma triennale tra gli strumenti di programmazione assunti dall'amministrazione aggiudicatrice. Al pari di quanto disposto nell'originaria formulazione della norma, deve quindi emergere la volontà esplicita della Pubblica Amministrazione, titolare del programma, di procedere alla realizzazione degli interventi con risorse a carico dei privati. Pertanto l'Amministrazione, già nella fase di programmazione, in ottemperanza ai principi di *par condicio* e pubblicità, è tenuta a predeterminare il sistema di esecuzione dei lavori pubblici e, di conseguenza, a scegliere se procedere alla realizzazione degli stessi tramite l'apporto di capitali

privati, fermo restando che i lavori che rilevano devono, come detto, essere suscettibili di gestione economica.

L'intervento del privato fin dalla fase della programmazione è stato accentuato rispetto alla previgente disciplina con la previsione dell'inserimento di tali interventi anche nell'elenco annuale dei lavori, ossia nel documento contenente l'indicazione degli stessi da eseguire in ciascun anno solare e in cui si articola la programmazione triennale dell'Ente pubblico. Tant'è che l'art. 128 del Codice dei contratti prevede che, indipendentemente dall'importo dei lavori finanziabili con risorse private, l'inclusione degli stessi nell'elenco annuale è subordinato solo alla previa approvazione di uno studio di fattibilità e non più ad un progetto preliminare, come prescritto dalla normativa previgente.

Anche sotto questo profilo emerge la *ratio* della finanza di progetto che coinvolge il settore privato a contribuire alla puntuale definizione dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dei lavori, consentendo l'inserimento nell'elenco annuale di interventi dei quali sia stato approvato il solo studio di fattibilità⁵².

52 Si fuga, così, ogni dubbio circa la possibilità di includere in detto elenco quei lavori realizzabili interamente con capitali privati. Alla medesima conclusione era possibile giungere, anche nel vigore della precedente disciplina, avendo riguardo al fine del modello di programmazione adottato dal legislatore, ossia quello di assicurare una complessiva ed efficiente gestione, non solo sotto il profilo finanziario, degli interventi con finalità pubbliche. Così ragionando, è, quindi, possibile giungere a ritenere che, nonostante l'approvazione dell'elenco annuale avvenga unitamente a quella del bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante, l'inserimento di un intervento nell'elenco annuale presuppone l'individuazione dei mezzi finanziari necessari alla realizzazione del medesimo, ma anche l'individuazione della tipologia dei lavori stessi e l'elencazione di tali mezzi di cui all'art. 128, comma 9, abbia carattere tassativo dell'elencazione di cui all'art. 128, comma 9, in relazione agli interventi realizzabili interamente con capitali privati può essere individuata non soltanto una possibilità, quanto piuttosto un obbligo di inserimento nell'elenco in parola. V. MACCOLINI, A. CARULLO, *La disciplina procedimentale della finanza di progetto come risultante del terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Trim. degli App.*, 2010, p. 237 ss.

In ogni caso occorre sottolineare che solo dopo una valutazione positiva da parte dell'Amministrazione la proposta del privato assume rilevanza esterna, dal momento che l'assenso da parte della P.A. implica che la proposta sia traslata dal privato all'Amministrazione. Proprio questo aspetto ha indotto taluni⁵³ a rilevare alcune criticità nell'utilizzo del termine promotore in quanto, a ben guardare, la procedura in esame formalmente rimane di iniziativa pubblica.

Il progetto presentato dal privato diventa rilevante ai fini pubblici solo quando, dopo averlo valutato, l'Amministrazione lo adotta. L'atto con il quale l'Amministrazione fa proprio il progetto presentato dal privato è un atto tipicamente discrezionale, per cui diventa estremamente difficoltoso ottemperare all'obbligo di specificare, nell'avviso *ex art.* 153 del Codice dei contratti, i criteri sulla base dei quali verrà effettuata la valutazione comparativa delle diverse proposte presentate⁵⁴ e dunque la scelta della migliore. Tuttavia, come la

53 V. MACCOLINI, A. CARULLO, op. cit. p. 243, nota 42, ove si legge “*si rilevi, infatti, che, a prescindere da quello che si ritiene essere l'avvio del procedimento, sia esso l'inserimento degli interventi suscettibili di gestione economica negli strumento di programmazione, ovvero la pubblicazione del bando, trattasi di attività in cui il soggetto privato non svolge alcuna funzione di promozione, limitandosi a presentare la propria offerta ai fini della partecipazione ad una gara per l'affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici*”.

54 Sul punto, v. F. CARINGELLA, M. PROTTO, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici: dalla legge quadro alla Merloni-quater, le norme speciali e la nuova potestà regionale*, a cura di F. CARINGELLA, G. DE MARZO, M. BELLA, Milano, 2003, p. 1602; M. BALDI, in M. BALDI, G. DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2004, p. 492, i quali rilevano che il ricorso ad ulteriori forme di pubblicità, *ex art.* 153, nell'originaria formulazione, integrative rispetto a quelle di cui si è detto, era, infatti, lasciato alla discrezionalità dell'amministrazione, da esercitarsi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità. La disciplina in materia di pubblicità dell'avviso, come ritenuto dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, avrebbe, comunque, dovuto essere interpretata come obbligo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di adottare comportamenti positivi, ossia misure concrete volte a instaurare procedure conformi ai principi fondamentali di trasparenza e libera concorrenza sanciti dal Trattato CE (A.V.L.P., deliberazione 21 marzo 2006, n. 18).

giurisprudenza ha sottolineato, a pena di una violazione del principio della *par condicio*, trattasi pur sempre di una gara che, in quanto tale, deve essere informata dai principi cardine della disciplina della domanda pubblica⁵⁵. Talché si prevede che, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione non possa definire con certezza le caratteristiche della prestazione, il criterio selettivo, che meglio risponde all'esigenza di consentire l'esperimento di procedure di affidamento, è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in considerazione della flessibilità e del carattere non meccanico che la connotano, distinguendolo da quello del prezzo più basso. I contenuti del bando sono disciplinati dall'art. 153, comma 3, tramite rinvio a quanto dettato in materia di concessioni di lavori pubblici dall'art. 144 del Codice dei contratti.

Al fine di consentire che le offerte siano presentate secondo presupposti omogenei, il successivo comma 7 dispone che il disciplinare di gara, da richiamarsi espressamente nel bando e del quale costituisce parte integrante, deve contenere l'indicazione dell'ubicazione dei lavori da eseguire, la descrizione dell'intervento, la destinazione urbanistica, la consistenza e le tipologie del servizio da gestire. Coerentemente a tale logica, l'art. 153, comma 4, del Codice, dispone che la valutazione delle offerte pervenute debba essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui al precedente art. 83. Dall'ampio richiamo operato a quest'ultima norma, discende l'applicabilità di tutte le disposizioni ivi contenute e, quindi, non solo della necessaria indicazione nel bando degli elementi necessari alla valutazione comparativa delle offerte, ma anche della ponderazione relativa di ciascun elemento e della disciplina procedurale. Sul contenuto del bando si sofferma anche l'art. 287 del D.P.R. 207 del 2010 il quale rileva che la fatti abilità delle proposte è valutata sotto il profilo della funzionalità . della

55 TAR Bari, n. 1946/2006 e n. 3879/2004; TAR Piemonte, n. 2608/2005.

fruibilità del servizio della accessibilità da parte del pubblico del rendimento del costo di gesti e di manutenzione nonché delle tariffe.

La norma in commento, reca, poi, degli ulteriori elementi che, in aggiunta a quelli di cui all'art. 83, devono essere considerati in sede di esame delle offerte e che attengono agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare, al valore economico e finanziario del piano ed al contenuto della bozza di convenzione, tutti elementi oggettivati per l'individuazione della migliore offerta.⁵⁶

Solo in un secondo momento, ai fini dell'esecuzione di lavori pubblici con risorse private, può essere esperita una delle quattro procedure ex art. 143 ss. del Codice dei contratti, ovvero le quattro procedure di finanza di progetto disciplinate dal nuovo testo dell'art. 153.

7.1. La prima procedura di finanza di progetto. La prima procedura prevista dall'art. 153 del Codice dei contratti ha inizio con la pubblicazione di un bando, la cui funzione, come si legge al comma 1, è quella di sollecitare la presentazione di offerte per la realizzazione dell'intervento con risorse totalmente o parzialmente a carico dei privati concorrenti e che deve necessariamente prevedere la possibilità

⁵⁶ In proposito, si ritiene che, a differenza degli elementi elencati al comma 2 dell'art. 83, la cui ricomprensione tra quelli oggetto di valutazione è rilasciata alla discrezionalità dell'amministrazione, che ne potrà considerare solo alcuni, ovvero due ulteriori, se razionali e coerenti alla natura ed all'oggetto del contratto, debbano necessariamente essere oggetto di valutazione e, quindi, indicati nel bando. Diversamente opinando, infatti, non si comprenderebbe la ragione della loro espressa statuizione, essendo aspetti dotati dei caratteri di razionalità e coerenza all'oggetto del contratto che l'amministrazione ben potrebbe prevedere nell'esercizio dell'ampia discrezionalità ad essa lasciata nella determinazione degli elementi di valutazione delle offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Così ragionando, non può che constatarsi che la norma opera una riduzione della discrezionalità dell'amministrazione nella determinazione dei parametri di ponderazione, rispetto alla disciplina di cui all'art. 83, da cui conseguirebbe che, mentre le scelte relative agli elementi di cui all'art. 83, comma 2 sono censurabili solo per illogicità ed incongruità manifeste, la mancata previsione nel bando degli ulteriori criteri in questione sarebbe suscettibile di sindacato di legittimità.

per l'Amministrazione di richiedere modifiche al progetto preliminare. La necessità di predisporre uno studio di fattibilità prima di avviare una gara, la possibile programmazione nell'elenco annuale delle opere pubbliche sulla base dello studio di fattibilità *ex art.* 128, comma 6, del Codice, la necessità di condizionare la pubblicazione del bando, che dà l'avvio alla selezione del promotore, rispondono ad esigenze minime di individuazione degli obiettivi pubblici e di comunicazione al mercato europeo. I commi 2 e 3 dell'art. 153 risolvono ogni dubbio relativamente alla necessità di pubblicare un vero e proprio bando utilizzando tutti i mezzi di pubblicità obbligatori a seconda del valore del contratto.

Il progetto viene approvato dall'Amministrazione: se il progetto non necessita di modifiche, si passa alla nomina del promotore; se invece il progetto richiede delle modifiche e il promotore non accetta di realizzarle, si procede allo scorrimento della graduatoria (art. 153, comma 3, lett. a). Nel caso di mancata accettazione del promotore ad apportare modifiche al progetto preliminare è infatti facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice scorrere la graduatoria dei concorrenti, al fine di chiedere progressivamente alle imprese successive la disponibilità alle modifiche del progetto.

La norma in questione disciplina, quindi, una particolare ipotesi di "gara a scorrimento", tipologia questa già prevista per i casi di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento.

Occorre, al tal punto, verificare quali siano la natura ed il contenuto dei poteri attribuiti all'amministrazione aggiudicatrice da tale previsione, nonché, specularmente, la posizione dei soggetti concorrenti.

Con riferimento al primo dei suddetti aspetti, si rileva che l'espresso riconoscimento di una facoltà in capo al concedente, attivabile

laddove ricorra il presupposto della relativa indicazione nel bando, comporta l'esercizio della discrezionalità propria dell'Amministrazione che, nonostante il silenzio della norma, deve comunque essere parametrata all'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'intervento e soggetto all'obbligo di motivazione. Nonostante la norma nulla disponga sul punto in relazione al modo in cui detta facoltà debba essere esercitata, si ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice debba dar conto dell'*iter* logico seguito, onde pervenire alla decisione di non procedere a scorrimento della graduatoria.⁵⁷

Una volta pubblicato il bando e ricevute le offerte nel termine ivi fissato, l'Amministrazione deve procedere alla valutazione delle stesse con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, *ex art.* 153, comma 4 e 5; alla redazione di una graduatoria; alla nomina del promotore, *rectius*, del miglior offerente, che può verificarsi anche nell'ipotesi in cui sia pervenuta una sola offerta.

Al riguardo giova rammentare che l'amministrazione concedente, una volta avviata una procedura concorsuale per l'affidamento di un

57 Ciò non toglie che, trattandosi di una facoltà, i concorrenti classificati dopo il primo in graduatoria non vantano una posizione giuridicamente tutelata in rapporto all'interpello. In tale circostanza, quindi, l'indagine del giudice amministrativo non potrà che limitarsi alla legittimità dell'operato dell'amministrazione aggiudicatrice, ossia alla verifica della logicità e della non contraddittorietà della scelta di merito operati dalla PA.: scelta che dovrà ispirarsi ai criteri di opportunità e di convenienza. Per completezza, occorre valutare il caso in cui l'Amministrazione non preveda la facoltà di interpello dei soggetti classificati a seguito del confronto concorrenziale. In tale ipotesi, la duplice considerazione che la clausola di scorrimento è annoverata tra i contenuti necessari della *lex specialis* di gara, *ex art.* 153, comma 3, lett. b del Codice e che l'interpello è espressamente qualificato quale facoltà dell'Amministrazione, porta a ritenere che l'Amministrazione non possa procedere allo scorrimento e che in capo ai concorrenti non sussista un interesse attuale all'impugnativa del bando. In altri termini, si ritiene che l'amministrazione aggiudicatrice, nell'esercizio di un proprio potere discrezionale, non si sia riservata l'esercizio della facoltà contemplata dalla norma, da cui discende l'impossibilità per i concorrenti che seguono il miglior offerente di impugnare il bando a graduatoria stilata, difettando l'interesse a ricorrere.

contratto, è tenuta ad esperirla e a portarla a termine con il provvedimento formale, nel quale sono espresse le sue determinazioni conclusive, le quali devono essere motivate, soprattutto quando sfavorevoli per i partecipanti.

E' questo in parola principio generale che informa la previsione ed in forza del quale l'Amministrazione può procedere alla nomina del promotore anche nell'ipotesi in cui sia stata presentata una sola offerta e dal quale discende che, a prescindere dal numero delle offerte pervenute, qualora l'amministrazione concedente decida di non procedere alla nomina in parola, sia soggetta ad obbligo di motivazione al fine di rendere note le ragioni di pubblico interesse sottese a tale scelta.

Nominato il promotore, l'Amministrazione deve procedere a mettere in approvazione il progetto preliminare presentato dallo stesso, secondo quanto disposto dall'art. 97 del Codice. In tale sede, specifica l'articolo già richiamato, sono a carico del promotore tutti gli oneri relativi alle modiche progettuali necessarie all'ottenimento di intese, pareri, licenze, autorizzazioni, nullaosta e assensi, comunque denominati e richiesti dalla normativa vigente, nonché gli adempimenti di legge relativi alla valutazione di impatto ambientale, senza peraltro che ciò faccia sorgere in capo al promotore alcun diritto ad un corrispettivo aggiuntivo o all'incremento delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta indicate nel piano economico-finanziario.

La norma distingue, poi, le due ipotesi in cui il progetto preliminare necessiti o meno di modiche ai fini dell'approvazione. Mentre con riferimento a questa seconda ipotesi, l'Amministrazione può procedere direttamente alla stipula della concessione, in quanto non risulta necessario esperire un'ulteriore procedura concorsuale, dovendosi procedere all'aggiudicazione del contratto, nell'ipotesi contraria, l'Amministrazione deve chiedere al promotore di accettare

le modifiche necessarie all'approvazione del progetto e l'eventuale adeguamento del piano economico-finanziario.

Si rilevi che la *ratio* dell'espressa statuizione dell'accettazione delle modifiche da apportare al progetto, ai fini dell'approvazione dello stesso, ad opera del promotore, trova fondamento nella considerazione che tali variazioni, in quanto suscettibili di alterare l'equilibrio economico-finanziario dell'offerta, potrebbero rendere necessario un adeguamento del piano economico-finanziario e, quindi, un nuovo atto di asseverazione. In caso di risposta positiva del promotore, questo risulterà aggiudicatario della concessione. Qualora, per contro, esso non accetti, avviandosi così la procedura dello scorrimento, l'amministrazione aggiudicatrice richiederà ai concorrenti che seguono in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto preliminare. Occorre, in proposito, sottolineare che alle imprese interpellate è richiesto non solo di accettare il progetto presentato dal promotore e di apporvi le modifiche richieste dall'Ente, ma altresì di accettare le condizioni offerte dal promotore elaborate in sede di offerta.

Una volta approvato il progetto preliminare ed intervenuta l'accettazione delle relative modifiche da parte del promotore o del concorrente aggiudicatario, si addivene alla stipula della concessione che conclude tale tipo di procedura.

7.2. La seconda procedura di finanza di progetto. Il secondo schema procedurale, a "doppia gara", disciplinato dal comma 15 del nuovo testo dell'articolo 153, costituisce una variante alla procedura di cui al punto precedente e si connota per la reintroduzione del diritto di prelazione.

Il procedimento è scandito in due tempi: nel primo, tramite selezione, viene scelto il promotore; nel secondo, mediante miglioramento dell'offerta, viene individuato il potenziale aggiudicatario. Il

promotore a questo punto potrà decidere se adeguare la propria offerta risultante dalla seconda fase per assicurarsi il contratto.

La prima gara, che si svolge secondo il criterio previsto nello schema precedente, non si conclude quindi con l'aggiudicazione, bensì con l'individuazione del soggetto che viene nominato promotore. Il progetto redatto dal promotore viene posto a base della seconda gara, aperta a soggetti diversi dal promotore.

All'esito dello svolgimento di questa seconda gara, possono verificarsi tre diverse ipotesi, dato che l'aggiudicazione potrà avvenire: a) a favore del promotore, se non sono state presentate offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quelle del promotore; b) se sono state presentate offerte economicamente più vantaggiose di quella del promotore, la gara viene aggiudicata al promotore, sempre quest'ultimo, entro 45 giorni, eserciti il diritto di prelazione e a condizione che si adegui alla migliore offerta; c) a favore del miglior offerente se sono state presentate offerte economicamente più vantaggiose di quella del promotore, e il promotore non eserciti il diritto di prelazione.

In caso di esercizio del diritto di prelazione, il promotore dovrà rimborsare al miglior offerente le spese di partecipazione della gara; in caso contrario, ovvero in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione, è invece il promotore ad avere diritto al rimborso delle spese di progettazione.

7.3. La terza procedura di finanza di progetto. Il terzo schema procedurale, disciplinato dai commi 16-18 dell'art. 153, è stato definito come procedimento a "promotore suppletivo", perché in questa ipotesi l'iniziativa di realizzare un intervento mediante l'istituto in esame discende dall'impulso di un soggetto privato, in ipotesi di inerzia dell'Amministrazione nell'attuare quanto previsto nella programmazione dei lavori pubblici.

Oggetto di questa procedura sono infatti gli interventi la cui realizzazione, mediante finanza di progetto, è sì prevista nel programma triennale e nell'elenco annuale dei lavori pubblici, ma per i quali l'Amministrazione ha mantenuto una forma di inerzia non pubblicando, nei sei mesi dall'approvazione del secondo documento, ovvero del programma annuale, nessun bando.

Di fronte all'inerzia dell'Amministrazione si prevede che entro i quattro mesi successivi alla scadenza del termine semestrale le imprese private possano presentare una proposta dotata dei contenuti previsti per le offerte nei due schemi esaminati in precedenza.

La Pubblica Amministrazione è tenuta, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine utile per la "reazione additiva" del privato, a pubblicare un avviso seguendo le forme di pubblicità ordinarie dei bandi. L'avviso è un vero proprio bando e deve riconoscere il termine di tre mesi ai concorrenti per presentare tanto le nuove proposte quanto le proposte già presentate ma rielaborate alla luce dei criteri formulati per la dichiarazione di pubblico interesse.

Pur nel silenzio della legge, in applicazione del generale principio di concorsualità, è da ritenersi che nel caso in cui vengano presentate più proposte l'Amministrazione debba effettuare una valutazione comparativa delle offerte, in esito alla quale verrà individuata quella ritenuta di pubblico interesse. A questo punto l'Amministrazione può scegliere tra due procedure concorsuali alternative, ma in entrambe la proposta originaria (ritenuta di pubblico interesse) funge da base di gara: può bandire una concessione di opera pubblica, *ex art.* 143 del Codice, oppure una procedura che si svolge secondo lo schema della seconda gara del procedimento a doppia gara.

In entrambi i casi il promotore, che in tale procedura altri non è se non il presentatore della proposta ritenuta di pubblico interesse, viene invitato a partecipare alla procedura.

7.4. *La quarta procedura di finanza di progetto.* Il quarto schema, disciplinato nei commi 19-20, è quello in cui l'iniziativa privata, compresa negli schemi precedenti, può in una certa misura "riespandersi". Essa si risolve in una versione modificata delle previsioni sulla possibilità, per i soggetti privati, di presentare proposte di intervento in sede di redazione dei programmi dei lavori pubblici.

Tale innovazione ha suscitato un notevole interesse, atteso che essa catechizza che la scelta del promotore debba avvenire secondo criteri precisi e pre-determinati dall'amministrazione aggiudicatrice, secondo una gara ad evidenza pubblica, seppure con alcune caratteristiche peculiari⁵⁸.

In tal senso la nuova formulazione della norma sembra aver preso atto della sopravvenuta (a seguito del riconoscimento del diritto di prelazione) importanza della fase della scelta del promotore e della necessità di anticipare il momento concorrenziale a tale fase, al fine di rispettare i principi comunitari della *parità di trattamento* e della *trasparenza dell'azione amministrativa*⁵⁹.

Più in particolare i promotori, come in parte già descritto, "*provvedono alla elaborazione di una proposta*" costituita principalmente da un progetto preliminare, da un piano economico-finanziario e da altri documenti recanti le caratteristiche delle opere da realizzare (dimensioni, livello di attività ecc., i relativi costi e le modalità di gestione e/o di sfruttamento economico dell'opera,

58 V. UVA, *Il PF ora è più vicino alla gara*, in *Edilizia e Territorio*, n. 47 del 6 dicembre 2004.

59 G. FIDONE, op. cit., pp. 14-15.

ipotizzate con i relativi ricavi volti ad attestare le posizioni di equilibrio del piano di investimento e quindi la fattibilità economico-finanziaria, oltre che tecnica, della proposta).

Per quanto attiene alla finanza di progetto il quarto comma dell'art.287 del D.P.R. 207 del 2010 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici procedono ad indire una gara informale secondo quanto stabilito dall'art. 30 comma 3 del codice dei contratti a tale gara viene invitato anche il promotore il quale potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione come la più conveniente. In tal caso il promotore risulterà aggiudicatario della concessione pertanto lo schema risulta quello classico ma è indicativo che si parli di un procedimento di gara sia pure informale.

Le modifiche introdotte nel nostro ordinamento hanno posto i giudici amministrativi, a cui spesso si ricorre per una corretta interpretazione della procedura, nella condizione di doversi cimentare con nuove tecniche di argomentazione necessarie per orientare le decisioni rispetto alla situazione giuridica dei due protagonisti (pubblico e privato), avvalendosi talvolta non di un'interpretazione strettamente giuridica, quanto piuttosto della c.d. "interpretazione finalistica" di cui si tratta.

Se da un lato in capo all'impresa, che entra in contatto con l'Amministrazione, è ravvisabile una serie di interessi pretensivi alla realizzazione dei risultati economici preventivati (interessi oggetto di specifica tutela), dall'altro gli stessi non possono tradursi nel disconoscimento della *«correttezza e legittimità delle scelte che l'Amministrazione compie in ordine alla fattibilità ed al pubblico interesse delle proposte»*⁶⁰, scelte che restano interne

60 Cfr. TAR Puglia, Bari, n. 2993 del 2004.

«all'Amministrazione, la quale soltanto può valutare i vari aspetti economici della proposta presentata»⁶¹.

8. Considerazioni finali

E' appena il caso di porre l'accento sul ruolo svolto dal diritto sul mercato e sull'economia, ovvero sull'operatore economico⁶².

Il rapporto tra diritto ed economia presenta una varietà di combinazioni e, sotto questo profilo, l'istituto del *project financing* è stato adottato in questa sede come esempio più recente del contemperamento tra le esigenze che attraversano il diritto e l'economia⁶³.

La scelta di ripercorrere, nel presente contributo, le tappe più rilevanti dell'istituto del finanziamento di opere pubbliche da parte dei privati, è stata dettata proprio dall'interazione del diritto positivo con gli obiettivi economici: l'analisi del rapporto diritto positivo - economia presuppone l'impiego di tecniche economiche nell'interpretazione

61 Così TAR Sicilia, Catania, n. 2193 del 2006. Vedi anche G. MARCHIANÒ, *Rilievi critici in tema di realizzazione delle opere di urbanizzazione da parte di privati alla luce della determinazione n. 4 del 2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Rivista trimestrale degli appalti, Leggi e circolari*, 4, 2009, Maggioli Editore, pp. 952-980.

62 G. FIDONE – B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento dlla c.d. prelazione del promotore*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, anno XV, fasc. 3-4 2005.

63 Si veda S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Editori Laterza, Bari, 1995, p. 120. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nella relazione presentata l'8 luglio 2008, confermando la sua attenzione sull'impatto del nuovo Codice degli appalti in materia urbanistica ed edilizia (d. lgs. n. 163 del 2006), ha fatto un passo in avanti, evidenziando, anche in riferimento ai criteri di aggiudicazione degli appalti, come la scelta sia dettata da discrezionalità, piuttosto che da vincoli formali, versatilità e varietà dei modelli procedurali, responsabilità per le scelte risultate sostanziali e cooperazione e assistenza da parte dell'Autorità che, per posizione istituzionale e qualificazione tecnica, dispone di una visione d'insieme del mercato.

della norma a cui la mera interpretazione giuridica non riuscirebbe a dare risposta.

Partendo da questa prospettiva, le modifiche alle norme sull'istituto del *project financing* in generale, e alle nuove disposizioni relative alla figura del promotore in particolare, devono essere interpretate come incentivi e disincentivi da valutare ai fini dell'influenza che esse eserciteranno sui comportamenti cui sono destinate. E' così peraltro che diventa possibile una valutazione dell'intervento del legislatore intervenuto a modificare, così come nel caso di specie, il previgente quadro normativo.