

GIOVANNA MARCHIANÒ

SUL GRADO DI INTERAZIONE TRA SISTEMA GIURIDICO
E SISTEMA ECONOMICO:
IL CASO DEL PROMOTORE NELLA FINANZA DI PROGETTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Approcci teorici tra sistema giuridico e sistema economico. – 3. Il metodo economico quale parametro dell'efficienza delle norme giuridiche. – 4. L'unitarietà del procedimento del *project financing* quale "programma negoziale". – 5. Il ruolo del promotore e il diritto di prelazione quale conseguenza di una strategia economica. – 6. L'incidenza del diritto di prelazione sul procedimento di selezione del progetto migliore.

1. Premessa

Il presente lavoro si pone come obiettivo l'individuazione dei motivi fattuali in base ai quali nel nostro Paese si è introdotto, successivamente modificandolo in modo schizofrenico, l'istituto della finanza di progetto, *rectius*: *project financing*, partendo da una prospettiva giuseconomica che consente di indagare sulle ricadute che tale istituto ha avuto ed ha sugli operatori pubblici e privati, nonché le modifiche apportate dal legislatore per un più coerente adeguamento del sistema normativo all'esigenze del mercato dei lavori pubblici¹.

¹ M. Rutigliano e L. Faccianciani, *Project finance nel partenariato pubblico-privato e valutazione del piano economico-finanziario*, in *Riv. Dottori comm.*, 2012, 127. Gli autori rilevano che «per comprendere quale sia stata la diffusione delle operazioni di PPP si ritiene interessante far riferimento ai principali contenuti dello studio di Kappeler e Nemoz, i quali si sono proposti di analizzare quale sia stato l'andamento nel periodo 1990–2009 dei PPP nei Paesi dell'Unione europea. Fino al manifestarsi della crisi finanziaria, vi è stato un trend di crescita sia nel numero sia nel valore dei progetti conclusi; negli anni 2008 e 2009 si è invece verificato un declino causato principalmente dall'avvenuta sospensione o limitazione dei programmi di PPP da parte delle autorità pubbliche e dalle difficoltà incontrate nell'ottenere i prestiti necessari per finanziare i progetti. Nonostante la crescita che si è verificata, è tuttavia da rimarcare che attualmente nell'Unione Europea, la diffusione dei PPP è ancora estremamente limitata, rappresentando solo una ridotta quota degli investimenti pubblici totali (Commissione delle Comunità Europee, III, 2009)».

In questa prospettiva non si intende quindi, sviluppare un'analisi giuridica dell'intera tematica del *project*, bensì sottolineare quegli aspetti che più di altri sono espressione dell'interdipendenza tra diritto ed economia, come ad esempio il procedimento di selezione delle proposte e il ruolo del promotore.

A fronte delle motivazioni economiche che sono alla base del ricorso alla finanza di progetto da parte dei pubblici poteri, ovvero la ricerca di capitali privati per finanziare le opere pubbliche, questi ultimi devono dare assicurazione del dipanarsi di un percorso procedurale che garantisca il rispetto del principio della *par condicio* fra tutti gli operatori economici: il legislatore ha infatti il compito di ricercare una soluzione che rappresenti il punto di equilibrio tra le esigenze di approntare meccanismi economici finanziari e al contempo salvaguardare i principi che informano la materia della domanda pubblica e in definitiva del mercato².

La procedura in parola è stata modificata in modo organico, dal d.l. 11 settembre 2008, n. 152, laddove si propongono tre possibili modelli di selezione: una procedura ad iniziativa pubblica, con gara unica, previo bando e senza prelazione del promotore (art. 153, c. 1-14); una procedura ad iniziativa pubblica, a doppia gara, previo bando e con la prelazione, c.d. *bifase* (art. 153, c. 15) ed una procedura ad iniziativa privata, con doppia gara, previo avviso ed esito alternativo.

In ogni caso, si rammenti che l'istituto in esame non è riconducibile ai modelli di contrattualistica in senso tradizionale, trattandosi in verità di un diverso *modus* di realizzazione delle opere pubbliche e dei servizi che tuttavvia si modella nei "criteri di scelta" alla contrattualistica pubblica.

Si osservi che la caratteristica principale del procedimento in esame, è rintracciabile in un anticipato coinvolgimento degli operatori privati rispetto alle tradizionali procedure pubblicistiche; sia che sia stata operata la programmazione delle opere o servizi da parte della pubblica amministra-

² L'amministrazione inoltre nell'approntare un'opera pubblica subisce una asimmetria informativa, rispetto all'imprenditoria privata, perché sovente non ha il personale e gli strumenti per poter accedere correttamente alle informazioni sulle novità di carattere tecnico e sulle soluzioni innovative in merito alla realizzazione e al funzionamento delle oo.pp. D'altronde, per le stesse pubbliche amministrazioni, dotarsi di tecnici esterni o di commissioni tecniche che valutino le varie soluzioni risulta non conveniente da un punto di vista economico. Da qui l'interesse, alle forme di partenariato pubblico e privato in termini di acquisizione di innovazioni da parte dei committenti pubblici, proprio in riferimento ad una maggiore conoscenza delle più recenti soluzioni connesse agli interventi da realizzare da parte degli operatori privati.

il caso del promotore nella finanza di progetto

zione sia attraverso la possibilità dell'integrazione della stessa da parte della pubblica amministrazione³.

L'apporto degli operatori economici privati è, infatti, esteso sino a contribuire alla puntuale definizione dell'interesse pubblico sotteso all'esecuzione degli interventi. Ciò comporta che, a differenza dei contratti in generale, nell'ambito della finanza di progetto ogni stazione appaltante, *rectius* concedente, viene ad agire come una *authority*, esercitando tutta la discrezionalità che ad essa viene riconosciuta, anche nella scelta dell'intervento, e, quindi, delle proposte presentate dai privati.

Proprio per l'intrinseca natura dell'istituto in esame, l'analisi dello stesso attraverso canoni economici, risulta particolarmente rilevante, tenendo presente che, tale tipo di analisi, implica applicare al diritto parametri economicistici tra cui l'efficienza nell'allocazione delle risorse, l'equità nella distribuzione dei redditi e della ricchezza e le relazioni di queste con il mercato⁴. Tutti temi che possono essere assunti, per verificare l'efficienza delle disposizioni normative.

2. Approcci teorici tra sistema giuridico e sistema economico

Prima di procedere ad una analisi del ruolo del promotore, nell'ambito della finanza di progetto, appare opportuna, sia pure nei limiti del presente lavoro, una disamina dei rapporti fra *diritto* ed *economia*, che riporta all'annosa questione relativa all'utilizzazione del metodo economico⁵ sul dato

³ M. Ricchi, *App. e lav. pubbl.* 2008, 1390; si veda dello stesso autore, *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllori equità*, in *Atti del convegno: strumenti di finanza innovativa negli enti locali*, Roma, 8 maggio 2006. M. Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè, 2001, 37.

⁴ Non si può in questa sede richiamare la vasta letteratura formatasi sul punto. Ci si limita pertanto, in linea generale a G. Napolitano, *Analisi economica del diritto pubblico* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano, Giuffrè, 2006, 299 ss. Si rinvia altresì a F. Denozza *Norme efficienti*, Milano, Giuffrè, 2002, 102.

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 proprio dall'effettività: contenuto e forma delle fonti del diritto dipenderebbero dalla loro idoneità a raggiungere concretamente gli obiettivi che esse si pongono [...]». Purtuttavia 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