

## Fulvio Rocco

Magistrato del T.A.R. per il Veneto  
Professore a contratto di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Trieste

## Oliviero Beni

Dirigente di Azienda Pubblica

### IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E IL *TRUST*: I LINEAMENTI PER UNA POSSIBILE CONVIVENZA (\*)

1. La nostra tesi antecedente all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici. 2. L'entrata in vigore del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) e i suoi effetti sulla ipotesi di recezione, nell'ambito dei procedimenti di scelta del contraente, dell'istituto del *trust*. 3. L'esigenza della motivazione del pubblico interesse nella scelta del *trust*. 4. La necessità dell'evidenza pubblica nella scelta del *trustee*. 5. Il *trust* costituito da una pubblica amministrazione è un "organismo pubblico" ai sensi della disciplina di fonte comunitaria e di fonte statale italiana? 6. Prime considerazioni di fondo: il caso del *trust* di Duino Aurisina. (Trieste). Alcuni rilievi sul relativo modello per una sua verifica di fattibilità oltre al caso di specie. 7. Ipotesi applicative nella gestione dei servizi da parte degli enti e aziende pubbliche. A) Intervento di riassetto funzionale di alcuni edifici del patrimonio comunale. B) Riqualficazione di una casa di riposo. C) Il contratto di servizio: una esemplificazione sulla gestione della manutenzione del patrimonio immobiliare di un ente locale. D) Gestione di una casa di soggiorno da parte di una cooperativa: rinnovo della convenzione con ampliamento dell'immobile E) Gestione di un servizio di ristorazione da parte di una cooperativa sociale per conto di un Comune

1. In una nostra relazione presentata al Convegno "*Il trust come strumento di gestione dell'attività privatistica dell'ente pubblico*", tenutosi il 6 – 8 marzo 2003 sempre a Ferrara per impulso dell'Università degli Studi, del CIRAMAP, di Oltrestudio e dell'Associazione "*Il trust in Italia*"<sup>1</sup>, avevamo formulato talune considerazioni di carattere sistematico sulla compatibilità tra l'istituto del *trust* e l'attività della Pubblica Amministrazione nell'ambito del diritto italiano.

Avevamo in quella precedente occasione proposto un ragionamento che muoveva da una ben nota circostanza di fatto: il nostro ordinamento giuridico risulta fondato – a differenza delle esperienze proprie degli ordinamenti di *common law*, da dove il *trust* trae origine – sulla nozione dello Stato c.d. "di diritto amministrativo".

Avevamo quindi rimarcato che era opinione diffusa tra gli operatori di diritto non amministrativisti che tale nozione, al di là delle risalenti (e, peraltro, quanto mai attuali) puntualizzazioni dell'autorevole dottrina che l'ha enunciata e introdotta in via sistematica nell'impianto dogmatico del "sistema"<sup>2</sup>, si riferisca ad una branca del tutto particolare dell'ordinamento, contraddistinta dalla presenza di norme totalmente antitetiche rispetto a quelle proprie del diritto comune o, se si preferisce, di quello civile<sup>3</sup>: ed, in effetti, l'ancora diffusa rigidità dell'azione amministrativa,

---

(\*) Relazione presentata al Convegno *Trust: novità e prassi. Potenzialità applicative per le professioni, le imprese e le pubbliche amministrazioni*, Ferrara – Aula Magna del Rettorato dell'Università degli Studi – 23 – 24 novembre 2006. Fulvio Rocco ha curato la stesura dei primi sei paragrafi del lavoro, mentre Oliviero Beni ha curato la redazione del settimo paragrafo.

<sup>1</sup> Cfr. O.BENI – F.ROCCO, *Trust e procedure ad evidenza pubblica: le implicazioni applicative*.

<sup>2</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, pag. 27 e ss.

coniugata a evoluzioni della stessa dottrina e giurisprudenza amministrative rimaste sino a non molti anni fa saldamente ancorate ad un'ermeneutica tutta "interna" alla "specialità" del materiale normativo da esse utilizzato, hanno contribuito a confermare ai più questo concetto di fondo.

Avevamo pure evidenziato come, dall'inizio degli anni '90, lo scenario di riferimento è considerevolmente mutato, rimarcando come la progressiva dismissione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di attività aventi natura imprenditoriale e restituite all'iniziativa privata, la trasformazione di enti pubblici economici e non in società per azioni aperte anche alla partecipazione maggioritaria di soggetti privati, il riconoscimento della valenza patrimoniale della lesione dell'interesse legittimo e la costruzione di diffuse ipotesi di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, anche in forma negoziale, abbiano determinato l'affermazione di un modello di "diritto amministrativo" dinamicamente inserito nell'ambito del complessivo ordinamento giuridico e contraddistinto, comunque, da una diffusa recezione di modelli istituzionali propri del diritto comune<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> La realtà è ben diversa, in quanto dalla stessa lettura del testo del Giannini, citato nella nota precedente, ben si evince che la distinzione tra il modello di Stato "a diritto amministrativo" e lo Stato proprio dei sistemi di *common law* concerne sostanzialmente la tipologia delle soggettività esercenti pubbliche funzioni, essendo – tra l'altro – incontestata l'esistenza, negli stessi regimi giuridici di origine anglosassone, di modelli di pubbliche funzioni retti da norme essenzialmente autoritative e, quindi, non dissimili, nella sostanza, dalle norme cc.dd. "di azione" che costituiscono il necessario presupposto concettuale dell'interesse legittimo.

Lo stesso Giannini, del resto, aveva esplicitamente ammonito sul fraintendimento che sta alla base dell'equivoco per cui si confonde tra "ramo di normazione" e "disciplina scientifica": *"chi dice "diritto privato" o "amministrativo" spesso pensa alla scienza del diritto privato o amministrativo anziché alla normazione che costituisce il diritto privato o amministrativo .... Le discipline scientifiche sono delimitate per convenzioni accademiche o per tradizioni didattiche, che possono anche variare nel tempo ... in quanto esista un sistema di principi di un diritto"* (cfr. M.S. GIANNINI, op. cit., pag. 42).

<sup>4</sup> Possiamo sintetizzare quanto sopra con i seguenti passi della relazione di C. CALABRO' – all'epoca Presidente del T.A.R. per il Lazio e attualmente Presidente dell'Autorità per le Garanzie alle Comunicazioni - letta nel corso della cerimonia di apertura dell'anno giudiziario 2003 presso quell'importante Tribunale: *"In questi ultimi anni il quadro in cui s'iscrivono il nostro sistema amministrativo e quello della giustizia amministrativa ha subito spinte contrastanti e incalzanti cambiamenti. L'adozione di modelli negoziali nell'azione amministrativa, le privatizzazioni (compresa quella del rapporto di pubblico impiego), la c.d. esternalizzazione (cioè la gestione esterna) di alcuni servizi pubblici, la concezione più pratica ed economica di altri tuttora gestiti dalla pubblica amministrazione in regime ibrido, il depotenziamento del momento autoritativo e la devalutazione del provvedimento amministrativo nella sua esclusività strumentale di atto in cui si estrinseca la funzione amministrativa, depongono per il declino dello Stato amministrativo. La comunicazione diretta (o la notizia immediata) di una deliberazione parlamentare o governativa, dell'esito di un giudizio, ha maggiore (e non reversibile) impatto sulla collettività che la pubblicazione dell'atto formalizzato. Ma nello stesso tempo assistiamo alla rigida prefigurazione dell'attività amministrativa con la fissazione in regole normative di criteri, modalità comportamentali e fini. Alla tendenziale elasticizzazione del mercato del lavoro fa riscontro l'estensione di regole garantistiche e di par condicio (procedure ad evidenza pubblica) a soggetti imprenditoriali che operano in via derivata nella sfera d'interesse pubblico (organismi di diritto pubblico). Si guarda, come meta ultima, a uno Stato minimo, ma alla sottrazione di funzioni allo Stato corrispondono il quasi federalistico e talora cumulativo accrescimento di quelle delle Regioni e degli enti locali e la sopravvivenza di funzioni statali trasversali (cc.dd. poteri funzionali) Se alcuni stagionati interessi pubblici appaiono un po' obsoleti, si ripropongono tuttavia imprevedibilmente esigenze sociali, di sicurezza, di solidarietà, d'interazione tra pubblico e privato (specie nel campo della formazione e della ricerca) e permangono valori di tutta attualità, quali quelli di tutela dell'ambiente e del paesaggio, dell'urbanistica, dei beni artistici e storici, della dignità della persona"*.

Come è ben noto, la privatizzazione degli enti pubblici economici, progressivamente trasformati in società per azioni aperte alla partecipazione dei privati trae fondamento dall'art. 14 e ss. del D.L. 11 luglio 1992 n. 333 convertito con modificazioni in L. 8 agosto 1992 n. 359 e dalla relativa disciplina di attuazione, diversificata per settore economico. La costituzione di società, anche a capitale pubblico minoritario, ai fini della gestione dei pubblici servizi locali è ora contemplata dall'art. 112 e ss. del T.U. approvato con D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267 e succ. modd. e intt. Il risarcimento del danno patrimoniale derivante dall'interesse legittimo risulta affermato, in sede normativa, dall'art. 33 e ss. del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80 e dall'art. 7, terzo comma, della L. 6 dicembre 1971 n. 1034, così come sostituiti dall'art. 7 della L. 21 luglio 2000 n. 205. In via ermeneutica, la risarcibilità del danno patrimoniale derivante dalla lesione dell'interesse legittimo è ora affermata, quale nuovo principio generale dell'ordinamento, da Cass. SS.UU., 22 luglio 1999 n. 500. La riconduzione dei parametri del "buon andamento" e dell' "imparzialità" dell'azione amministrativa,

promananti dall'art. 97 Cost., a schemi dogmatici compatibili con i concetti della "buona fede" c.d. "etica", propria del diritto privato (cfr. artt. 1337 e 1375 cod. civ.) è affermata, tra gli altri, da T.A.R. Veneto. 9 giugno 1998 n. 968.

Nondimeno, a fronte di tale generale evoluzione (legislativa ed ermeneutica) del diritto amministrativo nella direzione della riscoperta degli originali legami con gli istituti del diritto comune, sussiste un parallelo fenomeno di progressiva "amministrativizzazione" del diritto privato, indotta da vari fenomeni riscontrati anche negli ordinamenti non "a diritto amministrativo" e, perciò, da tempo più aperti alla pur tanto conclamata *deregulation* che dovrebbe assistere, sotto il profilo giuridico, la c.d. "globalizzazione". Una delle cause di tale fenomeno risiede per certo nella crescente sostituzione (o, forse meglio, almeno per l'Italia, nel crescente affiancamento) della nuova e quanto mai pesante burocrazia comunitaria con la burocrazia dei singoli Stati membri dell'Unione Europea. Un esempio ben noto di "amministrativizzazione" del diritto privato è costituito dall'ordinamento settoriale in tema di c.d. *privacy* promanante dapprima dalla L. 31 dicembre 1996 n. 675 e succ. modd. e intt. e, ora, dal ben più complesso *corpus* normativo contenuto nel D.L.vo 30 giugno 2003 n. 196, recante l'approvazione del codice in materia di trattamento dei dati personali.

Nel testo di quest'ultimo (e, significativamente, anche in quello della sovrastante direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche) si nomina *expressis verbis* una posizione giuridica qualificata come "legittimo interesse" (cfr. art. 24 D.L.vo 196 cit.): circostanza, questa, che a sommosso avviso di scrive conferma che la posizione di interesse legittimo può configurarsi anche in fattispecie che lo stesso legislatore introduce in contesti privatistici, sia pure di diritto speciale (si pensi, ad esempio, alla disciplina del pubblico impiego c.d. "privatizzato" o, meglio, "contrattualizzato": cfr. art. 63 e ss. del D.L.vo 30 marzo 2001 n. 165), nei quali la posizione giuridica del privato può essere - oltre a tutto - essere anche "occasionalmente protetta" non già da un pubblico interesse ma da un interesse più semplicemente collettivo o super-individuale (cfr., ad es., le ipotesi normate dall'art. 33, comma 5, della L. 5 febbraio 1992 n. 104 come sostituito per effetto dell'art. 19 della L. 8 marzo 2000 n. 53, o dagli artt. 2377 e 2393 e ss. cod. civ.: tale ultima prospettazione, peraltro, accennata anche da A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, pag. 72 - 73, e ivi criticata, in quanto "la tendenza a fare dell'interesse legittimo una figura applicabile anche nell'ambito del diritto privato suscita ... perplessità, data la sua peculiare natura di figura tipica del diritto amministrativo"; più possibilista, sia pure con rilevante cautela, appare M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, pag. 103, secondo il quale "d'interesse legittimo, qualora si dia a questa situazione il valore e la funzione che essa ha nel diritto amministrativo, si può parlare anche nel diritto privato probabilmente solo laddove v'è esercizio di vere e proprie potestà attribuite per la soddisfazione d'interessi collettivi, nell'ambito di un'organizzazione nella quale acquistano rilevanza, per i loro rapporti con gli interessi collettivi, gli interessi dei membri dell'organizzazione stessa. Il campo più significativo è quello delle società").

Questa constatazione di particolare "vitalità" nell'ordinamento giuridico italiano della figura dell'interesse legittimo (che, sempre a nostro sommosso avviso, piacerebbe ora al compianto Mario Nigro, che in epoche ben lontane da quella attuale ebbe a preconizzarla in pagine che, rilette ora, conservano una straordinaria attualità: cfr. M. NIGRO, op. cit., pag. 97 e ss.) potrebbe soccorrere anche per quanto attiene alla predetta direttiva 2002/58/CE che - come è stato testè rilevato - parimenti nomina il "legittimo interesse" al fine di acclarare come la posizione soggettiva di "interesse legittimo" non costituisce un *unicum* nell'ambito degli ordinamenti dell'Europa continentali, statuali o sopranazionali che siano: era, semmai, un *unicum* tutto italiano l'impossibilità di un suo ristoro patrimoniale ove la stessa fosse, per l'appunto, correlata ad un interesse pubblico.

Né - da ultimo - va sottaciuto, per quanto segnatamente attiene all'evoluzione delle modalità esplicative dell'azione amministrativa, che per effetto dell'art. 1 della L. 11 febbraio 2005 n. 15, l'art. 1 della L. 7 agosto 1990 n. 241 è stato emendato nel senso che "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario" (comma 1), che "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente" (comma 1-bis) e che "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1" (comma 1-ter); e, sempre in tale contesto, va pure menzionato l'art. 11 della medesima L. 241 del 1990 che, sempre nel testo novellato per effetto della L. 15 del 2005, consente alle pubbliche amministrazioni di concludere con i privati accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento che altrimenti conclude l'azione amministrativa.

Da tutto ciò può, dunque, ragionevolmente concludersi nel senso che, allo stato attuale, i tradizionali confini tra diritto amministrativo e diritto privato sembrano smarrirsi nell'ambito di una progressiva e vicendevole "ibridazione" di tali due branche dell'ordinamento: fenomeno, questo, di per sé commendevole se fosse accompagnato da una produzione legislativa coerente e di elevato profilo qualitativo (il che, come è ben noto, purtroppo manca) e, soprattutto, contraddistinta da una chiara formulazione dei limiti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa (altrettanto precaria nei suoi contenuti, con conseguente e quanto mai deprecabile prolungamento dei tempi dei contenziosi: per un significativo esempio della ben scarsa chiarezza legislativa al riguardo, rinviamo alla fattispecie resa oggetto della ben nota sentenza di Corte Cost., 6 luglio 2004 n. 204).

In tale rinnovato, e quanto mai stimolante contesto, denotavamo pure che assumeva dunque un'importanza decisiva il recupero concettuale di una nozione di "contratto" che non conosce distinzioni per il solo fatto che in esso può essere parte anche una Pubblica Amministrazione.

Ricorrendo siffatta evenienza, infatti, non vi è ragione per sottrarre in linea di principio la disciplina del rapporto *inter partes* alle regole proprie del diritto comune, dal momento che non sembra di riscontrare una diversità di sostanza tra il corrispondente contratto stipulato tra soggetti privati<sup>5</sup>.

In tal senso, quindi, il contratto posto in essere dalla Pubblica Amministrazione è sempre conseguenza di un incontro di volontà libere, posto che la parte privata può sempre rifiutarne la sottoscrizione (fatta, ovviamente salva la propria eventuale responsabilità per il danno arrecato alla controparte pubblica discendente dal rifiuto medesimo) e, ove accetti clausole che - per motivi di pubblico interesse puntualmente contemplati dall'ordinamento - sanciscono la preminenza della posizione della controparte pubblica derivanti da leggi speciali oppure da capitolati di appalto generali o - ancora una volta - speciali, agisce di sua spontanea volontà<sup>6</sup>.

Semmai - avevamo pure rilevato - nel contratto di cui è parte la Pubblica Amministrazione muta, rispetto al diritto comune, il procedimento preparatorio del vincolo contrattuale, finalizzato - per l'appunto - all'individuazione della parte privata: il nostro ordinamento, per insopprimibili esigenze direttamente connesse alle esigenze, costituzionalmente affermate, dell' "imparzialità" dell'azione amministrativa (cfr. art. 97 Cost.) non può infatti prescindere dall'utilizzazione di schemi aventi carattere concorsuale e che danno sostanza a quella che è comunemente chiamata "evidenza pubblica"<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> G. ROEHRSEN, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1986, I, 335 (ccr., altresì, dello stesso A., *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, 1961, pag. 4 e ss.) aveva peraltro, già affermato che, per quanto segnatamente attiene all'attività contrattuale posta in essere dalle pubbliche amministrazioni, non sussiste una differenza qualitativa che veramente snaturi ed alteri le caratteristiche proprie della categoria giuridica generale del contratto.

Analogamente A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, Vol. I, pag. 585.

<sup>6</sup> Tale assunto non è smentito dalla generalmente riconosciuta esistenza di taluni limiti all'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, tradizionalmente individuati nella riconosciuta impossibilità, per la Pubblica Amministrazione, di compiere donazioni, di rilasciare fidejussioni, di stipulare contratti a favore del terzo, ovvero contratti aventi natura aleatoria. Peraltro, su tali limiti che contraddistinguono l'autonomia contrattuale della P.A. rispetto a quella dei soggetti privati, va rilevato che dottrina, giurisprudenza, prassi ed anche la stessa evoluzione del diritto positivo hanno comportato consistenti ripensamenti. Non è per certo questa la sede per una disamina di tale problematica., anche se va evidenziato che, pur sussistendo ovvie preclusioni nei riguardi dei contratti che, per loro natura, devono essere essenzialmente posti in essere da persone fisiche (ad es. il matrimonio, l'adozione, il testamento, ecc.), attualmente anche le pubbliche amministrazioni investono le proprie risorse in titoli azionari e obbligazionari, e si sono avuti pure casi di prestazione di fidejussioni e di contratti stipulati a favore di terzi. Cfr. ad es, per qualche spunto in materia di fideiussione, Corte dei Conti, Sez. controllo Enti, 23 dicembre 1997 n. 24

<sup>7</sup> Come è ben noto, già antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 33 e ss. del D.Lg. 31 marzo 1998 n. 80 l'unanime dottrina e giurisprudenza individuava, in materia di contratti della Pubblica Amministrazione, il discrimine tra diritto soggettivo e interesse legittimo (e, conseguentemente, il criterio di riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa) affermando che l'esaurimento della fase di scelta del contraente determina la chiusura del procedimento contraddistinto dall'applicazione di norme cc.dd. "di azione", generanti poteri autoritativi in capo alle pubbliche amministrazioni e, correlativamente, posizioni di interesse legittimo in capo ai soggetti partecipanti al procedimento stesso (ovvero, da esso illegittimamente esclusi), nel mentre dalla stipula e dall'approvazione del contratto consegue una disciplina del rapporto tra pubblica amministrazione e soggetto prescelto retta da norme cc.dd. "di relazione", costitutive *inter partes* di diritti soggettivi la cui cognizione compete, pertanto, al giudice ordinario.

Cfr. per tutti, in dottrina, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, pag. 677, nonché A. ANGELETTI, *Commento all'art. 31-bis della L. 11 febbraio 1994 n. 109*, in *La riforma dei lavori pubblici*, Torino, 2000, Tomo II, pag. 650 e ss. Per la giurisprudenza cfr., *ex multis*, Cass. SS.UU., 27 aprile 1979 n. 2428 e 26 maggio 1997 n. 4673.

Il sopradescritto principio rimane valido a tutt'oggi. Ci permettiamo di citare, a tale proposito, F. ROCCO, *Commento all'art. 6 della L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *La giustizia amministrativa. Commento alla L. 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2000, pag. 164 e ss., nonché - tra la copiosa giurisprudenza formatasi sul punto - la particolarmente puntuale decisione di Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2001 n. 6443.

Avevamo anche evidenziato che i medesimi schemi pubblicistici in ordine alla scelta del contraente sono imposti pure dal sovrastante (e sempre più cogente, a' sensi dell'art. 11 Cost., nonché del conseguente Trattato istitutivo dell'Unione Europea) diritto comunitario, ed in particolare dalle numerose direttive che disciplinano i procedimenti di scelta del contraente da parte delle Pubbliche Amministrazioni, denotando che le direttive stesse per gli Stati membri assumono valenza cogente per quelle fattispecie di scelta del contraente superiori a determinate soglie di valore del contratto, a suo tempo espresso dalle stesse fonti comunitarie in Euro o in DSP (cc.dd. "diritti speciali di prelievo", introdotti a seguito degli accordi GATT) e, ora, soltanto in Euro: ma rilevavamo pure che l'influsso delle norme di principio comunitario assume, comunque, un crescente rilievo anche per le procedure di scelta del contraente il cui valore non raggiunge l'anzidetta soglia fissata dalle norme di derivazione europea<sup>8</sup>; e, soprattutto, che l'influsso stesso fa sì che nell'impianto normativo, anche di diritto "interno", comunque si suddividono in via sistematica procedimenti di scelta del contraente da parte della Pubblica Amministrazione, a prescindere o meno dal raggiungimento della soglia i valore comunitario, mediante la distinzione tra contratti in tema di lavori pubblici, contratti in tema di forniture e contratti in tema di servizi.

Giunti a questo punto, avevamo affermato che quest'ultima categoria, all'epoca essenzialmente retta nel nostro ordinamento dai decreti legislativi 17 marzo 1995 n. 157 e n. 158, si configurava come estremamente duttile e aperta, e risultava la più praticabile al fine dell'attrazione del *trust* nell'ambito delle forme contrattuali che la Pubblica Amministrazione poteva porre in essere nell'ambito di quell'autonomia delle parti sancita in via generale dall'art. 1322 cod. civ. e della quale, pertanto, anch'essa tendenzialmente godeva; e rilevavamo che in tale contesto, pertanto, l'utilizzazione da parte della Pubblica Amministrazione della forma contrattuale del *trust* implicava

---

La dottrina che ha percorso in epoca alquanto risalente le attuali tendenze di semplificazione e di riconduzione ai principi di diritto privato nei riguardi dei moduli procedurali propri del diritto pubblico ha, come è ben noto, relegato la nozione di "evidenza pubblica" alla fase di individuazione del contraente da parte della pubblica amministrazione, riconoscendo – per contro – al conseguente contratto stipulato tra la parte pubblica e il soggetto da essa prescelto una connotazione non dissimile dal contratto di diritto privato, e configurandolo - quindi - *tout court* quale contratto *ordinario* o, al più, retto da norme di diritto privato speciale: cfr. sul punto M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993, ristampa della III<sup>a</sup> edizione, Vol. II, pag. 356 e ss.

<sup>8</sup> Reputiamo significativo, in tal senso, il "considerando" n. 2 delle premesse della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, laddove si afferma che "*l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme e ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato*": ciò, all'evidenza significa che l'azione amministrativa finalizzata all'aggiudicazione degli appalti pubblici negli Stati membri è comunque assoggettata ai principi di ordine generale contenuti nel trattato istitutivo dell'Unione Europea, sulla cui applicazione deve rendersi garanti i singoli ordinamenti giuridici degli Stati membri, nel mentre la disciplina di fonte comunitaria deputata al "coordinamento" degli ordinamenti medesimi trova applicazione al di sopra delle apposite soglie di valore fissate dallo stesso legislatore europeo.

A tale conclusione si perviene pure in forza della comunicazione interpretativa C-179/02 della Commissione Europea "relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* dell'1 agosto 2006, laddove con richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia C-324/98 del 7 dicembre 2000, si afferma che, anche prescindendo dalle soglie di valore comunitario, "*la garanzia di una procedura equa ed imparziale costituisce il corollario necessario dell'obbligo di garantire una pubblicità trasparente*" e che "*tutti i partecipanti*" alle gare "*devono poter conoscere in anticipo le regole applicabili ed avere la certezza che tali regole saranno applicate allo stesso modo a tutti gli operatori*".

la previa riconduzione della forma stessa al *genus* dei servizi acquisibili, ovvero erogabili dalla Pubblica Amministrazione, con l'importante precisazione che l'individuazione del *trustee* – se soggetto privato – a cui trasferire beni o diritti non poteva che avvenire mediante procedimenti ad evidenza pubblica, modulati secondo le regole proprie dei predetti decreti legislativi 157 e 158 del 1995, ovvero anche secondo la disciplina dei lavori pubblici nell'ipotesi di contratti misti di lavori pubblici e servizi nei casi previsti dall'art. 2 della L. 11 febbraio 1994 n. 109 e succ. modd. e intt.

Precisavamo, quindi, che il *trustee*, ancorchè soggetto privato, doveva a sua volta porre in essere i procedimenti ad evidenza pubblica nello svolgimento dei propri compiti che assumono riflesso sul patrimonio del disponente, dovendosi il *trust* comunque ricondurre ad una traslazione, in capo al *trustee* medesimo, di prerogative aventi carattere autoritativo e originariamente detenute dal disponente soggetto pubblico.

Reputavamo che non necessitava, per contro, il ricorso all'evidenza pubblica se il *trust* si fosse instaurato nell'ambito di convenzioni o di accordi negoziali comunque conclusi in forma paritaria tra pubbliche amministrazioni, una delle quali – nell'ambito dell'istituto giuspubblicistico dell'avvalimento – poteva, dunque, liberamente assumere il ruolo del disponente, nel mentre un'altra era abilitata a ricoprire la figura del *trustee*.

Era per noi evidente – per contro - che se il disponente è un soggetto privato e il *trustee* è un soggetto pubblico, il previo ricorso all'evidenza pubblica non aveva ragione di sussistere.

Cocevamo affermando che nelle ipotesi di ricorso all'evidenza pubblica, il connotato eminentemente fiduciario che assiste la scelta del *trustee* e il conseguente rapporto che con esso sarà intrattenuto, doveva essere ricavato, sin dalla fase del procedimento di scelta del contraente, mediante una ponderata prefigurazione delle caratteristiche del *trustee* medesimo in sede di predisposizione delle clausole relative alla sua capacità c.d. "tecnica" nell'ambito della *lex specialis* della gara (bando, capitolato speciale di appalto, lettera di invito, ecc.).

2. Ci preme ora - prima della disamina degli effetti dispiegati dal nuovo codice dei contratti su tali impostazioni di fondo - puntualizzare alcuni passaggi logici dei nostri pregressi ragionamenti che, a quel tempo e per una deprecabile nostra preoccupazione di estendere eccessivamente la trattazione, non vennero esternati nel nostro scritto.

Come è ben noto, la L. 16 ottobre 1989 n. 364, nell'introdurre nell'ordinamento interno il contenuto della Convenzione internazionale sulla legge applicabile ai *trusts* e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja l'1 luglio 1985, non reca specifiche disposizioni di adattamento della disciplina della Convenzione medesima all'ordinamento italiano, lasciando in tal modo la diretta applicazione dei relativi istituti all'autonomia negoziale delle parti, conformemente al già dianzi ricordato principio di ordine generale contenuto nell'art. 1322 c.c.

In estrema sintesi è bene anche qui rammentare che il soggetto costituente il *trust* (*settlor*, ovvero disponente) pone dei beni "sotto il controllo" (cfr. art. 2 Convenzione cit.) del *trustee* affinché quest'ultimo amministri, gestisca o disponga dei beni conferiti nel *trust* ottemperando alle disposizioni dal costituente medesimo e agendo, peraltro, nell'interesse di un terzo, indicato dallo stesso costituente quale beneficiario del *trust*<sup>9</sup>.

In tal modo, quindi, nel nostro ordinamento venne introdotto un istituto sensibilmente diverso rispetto alla tradizione degli ordinamenti di derivazione romanistica anche se altrettanto

<sup>9</sup> L. B. CURZON, *Dictionary of Law*, Londra, 1989, pag. 446, definisce il *trust* "in essence, an equitable obligation which imposes on a person described as a trustee certain duties of dealing with property held and controlled by him for the benefit of the persons described as the beneficiaries or, if there are not such persons, for some purpose recognised and enforceable at law. Example: A, the owner of Black-acre, conveys it to B in fee simple, directing B to hold it in trust of C; A is the *settlor*, B is the *trustee*, C is the *beneficiary* (or *cestui que trust* (qv)), Blackacre is the *trust property*. E' peraltro interessante denotare che anche la manualistica britannica, pur riferendosi al *Recognition of Trusts Act 1987* come fonte normativa principale per i *trusts* del proprio diritto interno, rinvia comunque alla definizione ricavabile dalla Convenzione de l'Aia del 1984, "under which the term *trust* refers to the legal relationship created – *inter vivos* or death – by a person, the *settlor*, under the control of a *trustee* for the benefit of a *beneficiary* or for a specified purpose" (cfr. L.B. CURZON, op. cit., *ibidem*).

indiscutibilmente costruito su esigenze derivanti proprio dall'istituto contrattuale della *fiducia cum amico*, notoriamente deputato nello *ius civile* ad assolvere a vari scopi di interesse del fiduciante e del terzo<sup>10</sup> : ma – come è ben noto - la peculiarità che determina la rottura rispetto al sistema romanistico si identifica essenzialmente nella circostanza che i beni del *trust*, sebbene “*intestati a nome del trustee*”, non fanno parte del patrimonio di quest'ultimo e “*costituiscono una massa distinta*” (cfr. art. 2 Convenzione cit.), con la conseguenza che i creditori personali del *trustee* non possono pignorare o sequestrare i beni che il costituente ha devoluto al *trustee* medesimo<sup>11</sup>.

E' altrettanto noto che la ratifica della Convenzione da parte italiana ha comportato l'insorgere di un non indifferente problema interpretativo sui limiti territoriali nell'applicazione dell'istituto.

Secondo alcune opinioni, infatti, la Convenzione era stata stipulata al solo fine di disciplinare il riconoscimento, da parte degli Stati il cui ordinamento non contempla il *trust*, degli effetti giuridici dei *trusts* costituiti negli Stati che – viceversa – annoverano nei loro ordinamenti l'istituto in questione, e che – pertanto – non fosse possibile costituire *trusts* in Italia relativamente a beni ivi ubicati (c.d. “*trust interno*”), a ciò ostando l'attuale assetto della nostra legislazione in materia di trascrizione degli acquisti immobiliari<sup>12</sup>.

Ciò posto, e dando per scontata in questa sede l'ammissibilità dell'utilizzazione in Italia dell'istituto del c.d. “*trust interno*”, il primo problema che dovevamo affrontare per quanto attiene al nostro ordinamento amministrativo risiedeva nella verifica sulla compatibilità di tale regime negoziale rispetto al pubblico interesse che deve improntare l'attività istituzionale della pubblica amministrazione, ed in tal senso eravamo pervenuti ad una risposta favorevole in considerazione della circostanza che i diritti e gli obblighi facenti capo alla pubblica amministrazione quale disponente di un *trust* risultano in astratto compatibili con il pubblico interesse medesimo, non ostando a quel tempo disposizioni specifiche che vietassero ad un'amministrazione pubblica di utilizzare tale tipologia di contratto.

Il secondo problema concerneva la scelta del *trustee*, in ordine alla quale avevamo evidenziato che dovevano irrinunciabilmente utilizzarsi le regole dell'evidenza pubblica.

In tal senso, la nostra attenzione si era appuntata sulla disciplina degli appalti di servizi di derivazione comunitaria in quanto utilizzata a quel tempo in via analogica sia dall'interprete per “costruire” le norme in materia procedimenti di affidamento degli appalti di servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria – a quel momento, in effetti, mancanti nel “sistema” – sia dallo stesso legislatore al fine di disciplinare procedure di evidenza pubblica deputate a fini anche accessori rispetto all'individuazione dell'appaltatore di un pubblico servizio<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr., *ex multis*, P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, pagg. 380 – 381, con ampie indicazioni bibliografiche sui lavori dei pandettisti che hanno diffusamente trattato l'argomento.

Le derivazioni romanistiche dell'istituto sono ben evidenziate da P.S. JAMES, *Introduction to English Law*, Londra, 1976, pag. 394 e ss.

<sup>11</sup> Reputiamo sufficiente, sul punto, un rinvio a A. MASI, *Il riconoscimento del trust*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, pag. 751 e ss.

Raccomandiamo, peraltro, per chi volesse approfondire le problematiche di ordine civilistico sull'istituto, anche la lettura di F. RUBINO, *Il trust e la segregazione patrimoniale*, in <http://www.diritto.net/content/view/830/7/>: lavoro quanto mai apprezzabile per completezza e sintesi nella trattazione.

<sup>12</sup> Cfr. *amplius* A. MASI, *op. cit.*, *ibidem*, nonché, più diffusamente ancora, F. RUBINO, *op. cit.*, il quale soprattutto si diffonde sulle difficoltà incontrate in ordine alla trascrizione del *trust* nei pubblici registri immobiliari, con ampio richiamo di dottrina e di giurisprudenza.

In buona sostanza, quindi, la tesi limitativa riconosce una valenza alla Convenzione nell'ambito del nostro ordinamento soltanto per quanto attiene alla disciplina dei diritti e degli obblighi del disponente e del *trustee* ove in Italia insorga una lite relativa ai beni conferiti in un *trust* e ubicati all'estero.

<sup>13</sup> Cfr., per un esempio quanto mai illuminante in tal senso, il D.P.R. 16 settembre 1996 n. 533, recante il regolamento sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali, dove la scelta ad evidenza pubblica del socio privato è normata mediante richiami ed adattamenti della disciplina contenuta nel predetto D.L.vo 157 del 1995.

Né va sottaciuto che la stessa nozione di “appalto” nell’ambito pubblicistico aveva a quel tempo per ampia parte smarrito - proprio per effetto di una prassi contraddistinta dall’esigenza di recepire con la necessaria celerità formule organizzatorie dei servizi pubblici e, in genere, delle prestazioni erogate dalle pubbliche amministrazioni sensibilmente diverse rispetto a quelle della disciplina tradizionale – la distinzione tra l’appalto, più rigorosamente inteso quale mera trasposizione pubblicistica della fattispecie contrattuale di diritto comune deputata all’assunzione, da parte di un soggetto, del compito di eseguire un’opera o un servizio (cfr. art. 1655), e la traslazione in capo al soggetto medesimo di prerogative *tout court* pubblicistiche, rendendolo in tal modo anche concessionario della pubblica amministrazione.

L’entrata in vigore del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE ha determinato il ripristino nel “sistema” di una chiarezza di fondo imposta dalla stessa recezione della disciplina di fonte comunitaria.

In tal senso, l’art. 3 del codice definisce gli “appalti pubblici” quali contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti” dal codice medesimo (cfr. *ivi*, comma 6), specificando quindi che:

- a) “gli appalti pubblici di lavori” sono appalti pubblici aventi per oggetto l’esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l’esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell’allegato I” dello stesso codice, “oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l’esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un’opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall’ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare posto a base di gara” (cfr. *ibidem*, comma 7);
- b) gli “appalti pubblici di forniture sono appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l’acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l’acquisto a riscatto, con o senza opzione per l’acquisto, di prodotti” (cfr. *ibidem*, comma 9);
- c) gli “appalti di forniture sono appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l’acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l’acquisto a riscatto, con o senza opzione per l’acquisto, di prodotti” (cfr. *ibidem*, comma 10).

Sempre lo stesso art. 3 del codice definisce, quindi:

- a) le “concessioni di lavori pubblici” quali “contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l’esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l’esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonchè la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice”;
- b) la “concessione di servizi” quale “contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all’articolo 30” del codice medesimo, il quale a sua volta – per quanto qui segnatamente interessa – dopo aver precisato che le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi, afferma che in queste ultime la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio; il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell’ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell’equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare; la scelta del concessionario deve comunque

avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato istitutivo dell'Unione Europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”.

L'art. 2 del Codice dispone, inoltre, al suo ultimo comma che “per quanto non espressamente previsto nel presente Codice, l'attività contrattuale” degli enti e dei soggetti aggiudicatori “si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile”.

Volendo trarre dei risultati esegetici dal materiale normativo sin qui esposto, il primo profilo da chiarire concerne – per l'appunto – la funzione che deve essere riconosciuta proprio a quest'ultima disposizione: non è, infatti, problema di poco conto acclarare se il richiamo alle disposizioni del codice civile in essa contenuto è soltanto suppletivo alla disciplina specifica dell'appalto di lavori, di forniture, di servizi, ovvero ancora alla concessione di lavori, e rileverebbe pertanto, in questo modo, al solo fine di reperire nel *corpus* delle leggi di diritto comune la disciplina eventualmente mancante nel codice dei contratti pubblici per le anzidette fattispecie negoziali ivi segnatamente normate, oppure costituisce conferma della permanenza nel “sistema” del principio secondo il quale le pubbliche amministrazioni possono utilizzare strumenti contrattuali ulteriori e tratti – per l'appunto - dal codice civile rispetto a quelli espressamente normati all'interno del codice dei contratti.

Noi propendiamo per quest'ultima soluzione, posto che essa è in linea con la complessiva evoluzione del “sistema” di osmosi tra ordinamento privatistico e ordinamento pubblicistico dianzi descritto: evoluzione che per certo sarebbe pesantemente contraddetta dall'apodittica introduzione di un *numerus clausus* di fattispecie negoziali utilizzabili da parte delle pubbliche amministrazioni.

Del resto, la tesi da noi affermata trova ulteriore conforto nella circostanza che il codice approvato con D.L.vo 163 del 2006 non disciplina – a ben vedere – tutta l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni: nulla, infatti, ivi si dispone per quanto segnatamente attiene alle alienazioni di immobili del patrimonio pubblico, nonché in ordine alle locazioni dei beni patrimoniali indisponibili (ad es., gli alloggi di edilizia economica popolare) e dei beni patrimoniali disponibili (alloggi ed esercizi commerciali di proprietà pubblica), in ordine ai quali seguitano ad applicarsi leggi speciali, ovvero le disposizioni di diritto comune<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Per quanto attiene alla vendita degli immobili di proprietà dello Stato e degli enti pubblici statali è intervenuta una consistente e quanto mai faragginosa disciplina speciale (rimandiamo in particolare alle numerose disposizioni contenute nel D.L. 25 settembre 2001 n. 351 convertito con modificazioni in L. 23 novembre 2001 n. 410, nell'art. 3 della L. 23 dicembre 1996 n. 662, nel D.L. 30 settembre 2003 n. 269 convertito con modificazioni in L. 24 novembre 2003 n. 326 e nella L. 30 dicembre 2004 n. 311, contemplanti anche la cartolarizzazione dei diritti di proprietà pubblica) Per l'alienazione degli immobili di proprietà degli Enti Locali trovano a tutt'oggi applicazione la L. 24 dicembre 1908 n. 783 e il R.D. 17 giugno 1909 n. 454, peraltro derogabili per effetto dell'art. 12 della L. 15 maggio 1997 n. 127 e succ. modd. e intt. e dell'art. 3 del D.L. 31 ottobre 1990 n. 310 convertito con modificazioni in L. 22 dicembre 1990 n. 401 e succ. modd. e intt. Inoltre, anche per tali beni è possibile procedere alla cartolarizzazione dei relativi diritti, a' sensi dell'art. 84 della L. 27 dicembre 2002 n. 289.

Per quanto attiene all'edilizia residenziale pubblica rimandiamo alla disciplina vigente nelle singole Regioni (ad es., per il Veneto, la L.R. 9 marzo 1995 n. 10 e succ. modd. e intt. e per l'Emilia Romagna la L.R. 8 agosto 2001 n. 24), trattandosi di materia ad esse progressivamente devolute per effetto del D.P.R. 30 dicembre 1972 n. 1036 e succ. modd. e intt., dell'art. 93 e ss. del D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 e dell'art. 60 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 112.

Per le locazioni dei beni immobili del patrimonio disponibile delle pubbliche amministrazioni si applicano invece le disposizioni di diritto comune e della L. 27 luglio 1978 n. 392 e succ. modd. e intt.: i relativi affittuari possono essere pertanto scelti discrezionalmente, senza il ricorso alle discipline dell'evidenza pubblica.

Peraltro, risulta altrettanto assodato che se un'amministrazione pubblica intende affidare l'incarico ad un intermediario di collocare sul mercato delle locazioni gli immobili rientranti nel proprio patrimonio disponibile e di gestire i relativi rapporti di amministrazione e di conduzione, deve scegliere tale soggetto mediante procedimento ad evidenza pubblica, in applicazione della disciplina contenuta nel D.L.vo 163 del 2006.

A nostro avviso, ed anticipando quindi quanto diremo nel § 7 di questo lavoro, nulla vieta che l'amministrazione pubblica proceda a tale riguardo alla conclusione di un *trust*, obbligando in tal senso il *trustee* a corrispondere ad essa i

In questo senso, quindi, nulla si opporrebbe in linea di principio all'utilizzazione del *trust* da parte delle pubbliche amministrazioni in quanto a sua volta reso applicabile nel "sistema" per effetto del principio dell'autonomia contrattuale delle parti sancito dall'art. 1322 c.c.

Riteniamo – tuttavia – che a fronte di tale possibilità, debba essere parimenti ribadita la permanenza nel "sistema" medesimo di quelle regole fondamentali che, a differenza delle attività proprie del diritto privato, devono contraddistinguere, a' sensi delle indefettibili esigenze di imparzialità e di efficienza dell'azione amministrativa – discendenti, a loro volta, dall'art. 97 Cost. – i connotati dell'azione amministrativa: e che, pertanto:

- a) deve essere congruamente motivata in punto di pubblico interesse, da parte della pubblica amministrazione procedente, la scelta di ricorrere allo strumento del *trust*;
- b) il *trustee* deve essere prescelto mediante procedimento retto dalle norme dell'evidenza pubblica,
- c) deve essere sciolto il nodo relativo alla circostanza se il *trustee* assume, a sua volta, la connotazione di "organismo pubblico" a' sensi della vigente disciplina di fonte comunitaria e italiana.

3. La motivazione del provvedimento – all'evidenza, prodromico rispetto all'inizio del procedimento di formazione del contratto - che reca la scelta della pubblica amministrazione di ricorrere al *trust* piuttosto che ad un appalto pubblico deve essere estremamente puntuale nell'esposizione delle ragioni di pubblico interesse che inducono a tale scelta.

In particolare, possono essere adottate e rigorosamente comprovate ragioni di carattere economico in ordine al risparmio di danaro conseguito mediante la procedura di *trust* rispetto a quella normalmente contemplata,, ovvero, in concomitanza – o anche in alternativa, se a sua volta giustificata con la particolare urgenza – possono essere adottate le esigenze di celerità per la realizzazione dell'opera ovvero per l'espletamento del servizio.

Rimarchiamo che tali considerazioni motivate non vanno intese quali mere esercitazioni di carattere accademico<sup>15</sup> e – pertanto – da considerare inutili orpelli di forma.

A tale proposito evidenziamo che nel contesto del "sistema" di diritto pubblico, ed anche dello stesso codice dei contratti pubblici, l'abbandono dei normali procedimenti di aggiudicazione mediante appalto pubblico o mediante concessione di lavori o di servizi con la conseguente adozione di strumenti tratti dal diritto privato si configura come eccezionale rispetto al "sistema" medesimo, e che può pertanto essere giustificato soltanto in relazione ad una puntuale individuazione e ad un'altrettanto rigorosa dimostrazione del beneficio in tal modo conseguito: e tale circostanza *ex se* impone la motivazione del provvedimento sugli aspetti testè enunciati.

Ma rimarchiamo soprattutto che per ormai costante giurisprudenza la trattativa privata, promossa al di fuori dei casi consentiti, è potenzialmente lesiva della posizione soggettiva dell'impresa di settore, abilitandola all'impugnazione anche e soprattutto se essa non è stata chiamata a partecipare al procedimento<sup>16</sup> ( cfr. Cons.St., sez. IV, 1 febbraio 2001 n. 399; Id., sez. VI, 7 giugno 2001 n. 3090): pertanto, ove una qualsivoglia impresa appaltatrice di lavori o di servizi – si badi, anche se non interpellata al fine di un'eventuale assegnazione in suo favore del *trust* - aspiri a veder bandito con l'ordinario strumento dell'appalto pubblico l'effettuazione della prestazione o delle prestazioni

proventi della propria gestione detraendo le relative spese e il proprio compenso e ferma in ogni caso restando la necessità che il *trustee* medesimo sia prescelto mediante le regole dell'evidenza pubblica.

<sup>15</sup> Né va sottaciuto che, a' sensi dell'art. 3 della L. 7 agosto 1990 n. 241, "ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi" (nozione da intendersi qui comprensiva anche dei procedimenti di scelta del contraente) "ed il personale, deve essere motivato" salvo che nelle ipotesi di atti normativi e di contenuto generale (nella specie pacificamente non sussistenti). "La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

<sup>16</sup> Cfr. sul punto, *ex multis*, Cons.Stato, Sez. IV, 1 febbraio 2001 n. 399 e Sez. VI, 7 giugno 2001 n. 3090.

che si è inteso, per contro, assegnare mediante *trust* ben potrebbe adire il giudice amministrativo nell'ipotesi di provvedimento carente di motivazione facendo valere il proprio mero interesse strumentale alla rimessa in discussione del rapporto controverso, ossia al fine di indurre la pubblica amministrazione a rideterminarsi in ordine alla scelta se utilizzare lo strumento dell'appalto pubblico o quello del *trust*.

In tale contesto, quindi, una motivazione convincente elimina sin dall'inizio le ipotesi di contenzioso provocato da iniziative di terzi: e, in particolare, la comprova del risparmio di danaro e/o di tempo può eludere l'avvio di procedimenti per danno erariale da parte delle Procuree regionali della Corte dei Conti.

4. Insistiamo particolarmente sulla circostanza che il *trustee* deve essere scelto con le regole dell'evidenza pubblica, il cui rispetto da parte delle pubbliche amministrazioni si configura – come precisato innanzi – quale doverosa applicazione dei principi promananti dall'art. 97 Cost.

Una conferma sistematica di tale esigenza ben emerge, del resto, dallo stesso codice degli appalti laddove, come si è visto innanzi, assoggetta comunque ai principi dell'evidenza pubblica anche le concessioni di servizio (cfr. *ivi* art. 20) e la scelta dei soci privati da parte delle società a compartecipazione pubblica (cfr. *ibidem*, art. 1).

Crediamo, ancora una volta, che la procedura per la scelta del *trustee* possa essere ricavata per analogia dalla disciplina sugli appalti di servizi ora contenuta nel nuovo codice.

Reputiamo, anche, che la mancata osservanza delle regole dell'evidenza pubblica possa esporre non soltanto ad impugnative innanzi al giudice amministrativo da parte di soggetti della medesima categoria economica del *trustee* pretermessi dall'Amministrazione che ha optato per l'affidamento diretto<sup>17</sup>, ma che possa pure comportare qualche problema anche in sede penale in relazione alle ipotesi di reato di cui all'art. 323 c.p. (abuso d'ufficio).

5. Va – a questo punto - chiarito un aspetto fondamentale.

La costituzione di un *trust* da parte di una pubblica amministrazione dà luogo alla formazione di un "organismo pubblico"?

Questo aspetto è forse il più rilevante da chiarire agli effetti della stessa convenienza dell'applicazione dell'istituto nell'ambito pubblicistico.

A' sensi dell'art. 3, comma 26 del nuovo codice dei contratti pubblici - che riprende, peraltro, sul punto la direttiva 18/2004/CE - l'organismo pubblico è "qualsiasi organismo, anche in forma societaria, "istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale ... dotato di personalità giuridica (e) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico".

La circostanza che tale nozione si riferisca *expressis verbis*, sia nella fonte normativa di diritto interno che nella sovrastante fonte normativa comunitaria, ad ipotesi non tassativamente individuate dall'ordinamento<sup>18</sup> e che, quindi, la nozione medesima costituisce nei rispettivi ambiti una vera e propria "categoria mobile", pone consistenti problemi di non agevole soluzione proprio perché indotti da una fonte di diritto sovranazionale resa precettiva nel nostro "sistema" a' sensi dell'art. 11 Cost. e che, in quanto tale, non può essere disattesa nel suo specifico contenuto.

<sup>17</sup> Ciò sempre in base alla giurisprudenza riferita nella nota che precede.

<sup>18</sup> Il medesimo art. 3 del codice dispone nel senso che "gli elenchi, non tassativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano detti requisiti figurano nell'allegato III, al fine dell'applicazione delle disposizioni delle parti I, II, IV e V" del codice medesimo.

Nel caso del *trust*, tuttavia, reputiamo che non sussistano i presupposti per sostenere che esso – di per sé – sia attratto in tale categoria.

Secondo la prevalente opinione, infatti, dalla costituzione di un *trust* non consegue la costituzione di una persona giuridica, essendo per l'appunto il *trust* un bene, ovvero un complesso di beni, segregato rispetto al patrimonio del *trustee* ma, nondimeno, da questi gestito e che, rispetto a tale finalità dell'istituto, non necessita di acquisire una sua distinta soggettività, posto che la segregazione del bene o dei beni in questione discende *ex lege* per effetto del contratto concluso tra le parti<sup>19</sup>.

A tale riguardo, quindi, può essere richiamata in via sistematica - ma, ovviamente, non al fine di un'equipollenza con gli effetti segregativi propri del *trust* - la nozione dell'azienda, intesa dal nostro ordinamento come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (cfr. art. 2555 c.c.): nozione che, di per sé, non è correlata ad un'acquisizione di soggettività, viceversa riconosciuta dall'ordinamento medesimo all'imprenditore - singolo o associato – che si avvale dei beni medesimi<sup>20</sup>.

Se così è, deve dunque escludersi che il *trust* possa essere attratto nella pur “mobile” nozione di “organismo pubblico” in quanto difetta una delle condizioni enunciate dalla disciplina sia comunitaria che di diritto interno: ossia l'acquisizione di una sua personalità giuridica distinta rispetto a quella del disponente e dello stesso *trustee*.

Da tale circostanza discendono rilevanti conseguenze che ci inducono a rivedere le nostre precedenti posizioni in ordine alla necessità, da parte del *trustee*, di applicare a sua volta le norme dell'evidenza pubblica in ordine ai suoi atti gestionali sui beni del *trust*.

A meno che il disponente non abbia inteso trasferire al *trustee* l'esercizio di specifiche funzioni amministrative mediante un provvedimento autoritativo di concessione (che, di per sé, implicherebbe lo svolgimento da parte del *trustee* medesimo di una pubblica funzione a titolo traslativo)<sup>21</sup>, ovvero a meno che il *trustee* non sia esso stesso una persona giuridica pubblica o privata<sup>22</sup>, l'applicazione della disciplina di diritto pubblico si esaurisce con la scelta della persona

<sup>19</sup> Cfr. *amplius*, su tale punto, F.RUBINO, *op. cit.* e la dottrina ivi richiamata.

<sup>20</sup> Deprecabilmente il diritto amministrativo, a decorrere dagli anni '90, non condivide più a tale riguardo il principio affermato dal diritto privato, e ha per contro introdotto, in via del tutto asistematica, una nozione di “azienda” correlata all'acquisizione della personalità giuridica (cfr. sul punto, ad es., l'art. 3, comma 1-bis, del D.L.vo 30 dicembre 1992 n. 502, così come dapprima introdotto per effetto dell'art. 3 del D.L.vo 19 giugno 1999, n. 229 e, quindi, modificato dall'art. 1 del D.L.vo 7 giugno 2000, n. 168, che così dispone: “In funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale ...”).

<sup>21</sup> Ovviamente qui il termine di “concessione” è tradizionalmente inteso come vera e propria “concessione amministrativa”, e non già nella nuova nozione di natura contrattualistica di “concessione di lavori pubblici”, ovvero di “concessione di servizi” ora introdotta dal D.L.vo 163 del 2006 e che è stata disaminata nel paragrafo che precede.

Per parte nostra, riteniamo che ben difficilmente si possa giungere, nella prassi applicativa del *trust*, a configurare il *trustee* quale concessionario esercente pubbliche funzioni, posto che in tal modo verrebbero meno le elasticità organizzatorie consentite dall'istituto e, quindi, la stessa convenienza ad utilizzarlo.

<sup>22</sup> Il primo caso (persona giuridica pubblica) potrebbe ricorrere se mediante diretto accordo concluso tra amministrazioni pubbliche, una di queste, quale disponente, nomina un'altra amministrazione pubblica quale *trustee*.

In questa evenienza il disponente dovrebbe procedere alla scelta dell'affidatario dei beni senza ricorso alle regole proprie dell'evidenza pubblica in quanto non si pone un problema di parità di trattamento tra tutti i soggetti privati potenzialmente interessati a svolgere le funzioni di *trustee*, ma si deve procedere all'individuazione di un altro soggetto pubblico che può convenientemente esercitare un'azione amministrativa mediante la gestione di un *trust* e che, peraltro, non potrebbe a sua volta agire nei confronti dei terzi se non applicando le predette regole dell'evidenza pubblica, non essendo concettualmente ammissibile una disparità di trattamento tra soggetti destinatari di un'azione amministrativa esercitata dall'affidatario dei beni nelle sue specifiche attribuzioni di diritto pubblico e soggetti destinatari di un'azione svolta dall'affidatario medesimo *iure privato* in quanto divenuto *trustee* nell'interesse di altro soggetto pubblico.

Per quanto attiene, invece, alla persona giuridica privata nominata *trustee*, si porrebbe in effetti un problema di complessiva coerenza rispetto al soggetto individuale *ex lege* sottratto, sia pure *a contrariis*, dalle regole dell'evidenza pubblica: la questione dovrà, pertanto, essere convenientemente approfondita, anche al fine di un opportuno

fisica del *trustee*, il quale – pertanto – per i suoi atti di gestione si avvarrà convenientemente delle norme di diritto comune.

6. A questo punto, prima di illustrare le nostre ipotesi di possibile utilizzazione del *trust* in ambito pubblico, crediamo sia utile disaminare l'invero interessante esperienza che il Comune di Duino Aurisina (Trieste) e la Fondazione Cassa di Risparmio di Trieste hanno condotto al riguardo con il *trust* da essi congiuntamente realizzato al fine della ristrutturazione di un immobile da adibire ad asilo-nido: e ciò in modo da verificare, in relazione a quanto sin qui evidenziato in linea strettamente teorica, l'estensibilità del relativo *modus operandi* ad altre consimili fattispecie.

Sulla questione si diffonderà, ovviamente, un'altra relazione che sarà presentata all'odierno convegno da parte del Prof. Avv. Annapaola Tonelli, che ha ideato il progetto di *trust* e ha posto in essere gli adempimenti per l'iniziativa, senza dubbio una delle più significative tra quelle sinora realizzate nell'ambito pubblico e che si contraddistingue – tra l'altro – per l'encomiabile chiarezza dell'atto predisposto per il rogito notarile..

Per parte nostra, rileviamo peraltro che non ci sembra sia stata sin qui resa disponibile a fini di studio la deliberazione con la quale il Consiglio Comunale di Duino Aurisina ha scelto di avvalersi al riguardo del *trust* e ha proceduto alla conseguente individuazione del *trustee*.

L'esame di tale deliberazione risulterebbe, in effetti, quanto mai utile al fine di evidenziare l'esistenza nella specie di quei passaggi motivazionali che abbiamo ritenuto di affermare come irrinunciabili agli effetti di una valida scelta di avvalersi dell'istituto in luogo dei consueti procedimenti contrattuali e, soprattutto, al fine di acclarare se la scelta del *trustee* è avvenuta mediante le regole dell'evidenza pubblica.

Crediamo – anche in considerazione della circostanza che il compenso destinato al *trustee* non è stato enunciato nell'atto rogato dal notaio al fine della costituzione del *trust* e ammesso all'iscrizione nel libro fondiario con provvedimento emanato dal giudice tavolare di Trieste – che tali regole non abbiano trovato applicazione nel caso di specie, proprio in quanto il finanziamento dell'iniziativa, ivi compreso il compenso anzidetto, è stato sostenuto dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Trieste, ossia da un soggetto che a' sensi dell'art. 2 del D.L.vo 17 maggio 1999 n. 153 così come sostituito dall'art. 11 della L. 28 dicembre 2001 n. 448, riveste la qualità di persona giuridica privata che agisce senza scopi di lucro.

Riteniamo ragionevole supporre che tale disponente, nella sua qualità di finanziatore dell'iniziativa, abbia quindi provveduto ad individuare *intuitu personae* il *trustee* e che tale scelta sia stata recepita dall'Amministrazione Comunale, resasi a sua volta obbligata soltanto a procedere all'atto di disposizione del proprio immobile.

La procedura è stata a nostro avviso corretta proprio – e soltanto – in quanto la Fondazione è soggetto che non è istituzionalmente tenuto all'osservanza delle forme dell'evidenza pubblica e che, nel contesto dei propri rapporti intrattenuti con l'Amministrazione Comunale, a quest'ultima non competeva la scelta del *trustee* ma, al più – reputiamo - il suo "gradimento".

Ci sembra – viceversa – altrettanto evidente che ove il soggetto finanziatore dell'iniziativa fosse stata un'amministrazione pubblica, ossia lo stesso Comune, oppure lo Stato o la Regione, ovvero ancora l'Unione Europea, il Consiglio Comunale – istituzionalmente competente ad assumere i provvedimenti aventi comunque ad oggetto la disposizione di immobili di proprietà del Comune, a' sensi dell'art. 42, comma 2, lett. 1), del T.U. approvato con D.L.vo 18 agosto 2000 n. 267 e succ. modd. e intt.) – il ricorso all'evidenza pubblica sarebbe stato obbligato e che, in difetto di ciò, il giudice competente a pronunciarsi sulla domanda di intavolazione del *trust*, a' sensi dell'art. 26 e ss. della legge generale sui libri fondiari annessa al R.D. 28 marzo 1929 n. 499 e succ. modd. e intt., avrebbe dovuto rigettare la domanda di stessa, previa disapplicazione del provvedimento amministrativo invalido, a' sensi degli artt. 4 e 5 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E.

7. Le possibilità di utilizzo dello strumento del *trust* nell'ampia sfera di attività delle amministrazioni pubbliche e, in particolare, degli enti locali, sono rappresentate dalla descrizione di alcune iniziative o interventi progettuali di seguito rappresentati:

A) Intervento di riassetto funzionale di alcuni edifici del patrimonio comunale

Una Amministrazione comunale intende coinvolgere i privati nella realizzazione di un intervento di trasformazione di alcuni immobili di proprietà comunale di rilevante complessità e di assoluta importanza per il territorio comunale e la sua popolazione.

Nello specifico, l'attuale sede delle scuole elementari funzionanti nel Comune è ubicata in un edificio storico di particolare pregio architettonico", costruito negli anni '30 e sul quale sono stati effettuati vari adeguamenti.

Le esigenze di ampliamento dell'offerta scolastica connesse - anche, e soprattutto - all'auspicata realizzazione di una nuova sede per le scuole medie non consentono, tuttavia, di mantenere la destinazione di tale edificio a sede scolastica; risulta, infatti, irrealizzabile un'ipotesi di ampliamento in considerazione del vincolo storico-artistico che grava sull'edificio medesimo.

In posizione centrale del capoluogo, viceversa, esiste un terreno di proprietà comunale, già idoneo anche sotto il profilo urbanistico ad ospitare un nuovo complesso scolastico, comprensivo della scuola elementare, della scuola media e di una palestra polifunzionale.

Inoltre, è funzionante l'attuale edificio destinato a scuola media, a sua volta - peraltro - opportunamente trasformabile in centro direzionale, commerciale e residenziale dopo il trasferimento della scuola stessa nella nuova sede.

L'Amministrazione Comunale potrebbe perseguire congiuntamente:

- l'obiettivo di migliorare l'ubicazione e la funzionalità delle scuole elementari e medie accorpandole in un unico edificio munito della risorsa aggiuntiva della palestra polifunzionale,
- l'obiettivo di riqualificare la "Villa comunale" mediante la sua ristrutturazione e la sua utilizzazione quale sede degli uffici comunali;
- l'obiettivo di garantire il conveniente riutilizzo di un'area di pregio del territorio comunale destinando conseguentemente l'attuale sede comunale a fini residenziali e di creazione di spazi commerciali e di servizio sempre appetiti dalla collettività.

Il Comune, in definitiva, ha la necessità di garantire ai cittadini la realizzazione, non più rinviabile, di alcune opere di particolare importanza, quali:

- a) la costruzione di un nuovo edificio scolastico, moderno e funzionale, idoneo a rispondere alle necessità di ottimizzazione degli strumenti didattici e di razionalizzazione dei costi di gestione;
- b) la ristrutturazione di un immobile di particolare pregio che costituisce un irrinunciabile patrimonio della comunità locale per il suo significato storico e simbolico;
- c) la necessità di disporre di una residenza Municipale adeguata sul piano funzionale e dal punto di vista di una sua migliore ubicazione;

Questi ambiziosi propositi potrebbero, dunque, essere validamente realizzati, oltre al ricorso ad un finanziamento esterno, anche ottimizzando l'impiego delle risorse disponibili, in particolare mediante la cessione del terreno all'operatore edile che sarà prescelto per la realizzazione delle nuove scuole e per la riqualificazione della "Villa comunale", il quale pertanto condurrà pure a termine la realizzazione del nuovo centro direzionale, commerciale e residenziale acquisendo l'attuale sede municipale.

In considerazione della scarsa disponibilità delle risorse finanziarie in capo all'ente, si pone come elemento primario di immediata considerazione la concreta possibilità di reperire completamente

tutte le risorse necessarie per perseguire questi obiettivi, essendo in ogni caso esclusa la possibilità di chiedere ulteriori contributi ai cittadini in forma di incremento di imposte locali ammesso che fosse possibile istituire una qualsiasi forma di tassazione del tipo: tassa di scopo;

D'altra parte i tempi sono maturi per definire un intervento finalizzato alla razionalizzare la gestione degli immobili, rinunciando a quelli meno idonei sotto il profilo funzionale;

L'amministrazione comunale decide di agire secondo il seguente quadro di riferimento progettuale:

- a) coinvolgimento di capitali privati a supporto degli interessi pubblici;
- b) coinvolgimento di soggetti privati di provata capacità e solidità nel settore immobiliare e con particolare specializzazione nella progettazione e nella realizzazione delle costruzioni;
- c) individuazione di modalità attuative che consentano di raggiungere gli obiettivi in modo coordinato e cronologicamente controllato, in modo da rinunciare alla disponibilità di beni immobili soltanto con la sopraggiunta certezza di poter disporre di nuovi e adeguati e in modo da non creare interruzione di alcun servizio;

la Giunta Comunale nell'intento di perseguire con decisione la realizzazione dell'intervento che, considerate le dimensioni dell'ente, si qualifica come il più impegnativo degli ultimi anni, stabilisce ulteriori indirizzi programmatici, stabilendo, in particolare, che:

- a) non dovranno gravare sul Comune spese in conto capitale o per ammortamento di mutui ritenute incompatibili con l'attuale situazione finanziaria dell'Ente;
- b) contenere al massimo le spese ordinarie funzionali alla realizzazione delle progetto o connesse ad obblighi di legge (come studi di fattibilità, progettazione preliminare, spese notarili, fiscali ecc);

In sintesi, il programma riguarda:

1. la realizzazione di un nuovo edificio scolastico per la scuola elementare da costruire su area idonea e funzionale;
2. la ristrutturazione della villa comunale con destinazione a Municipio.
3. la dismissione e la conseguente alienazione dell'attuale sede municipale;
4. l'alienazione di alcune unità immobiliari per le quali non sussistono specifiche destinazioni di pubblico interesse:

Infine, l'attuazione del programma di intervento presuppone:

- a) la realizzazione di uno studio preliminare per l'individuazione di adeguate modalità contrattuali e amministrative allo scopo di perseguire unitariamente i suddetti obiettivi in unico contesto amministrativo e contrattuale;
- b) l'individuazione di modelli contrattuali idonei a raggiungere l'obiettivo del coinvolgimento di capitali e risorse privati;
- c) l'individuazione di modalità contrattuali che garantiscano adeguato coordinamento tra i diversi obiettivi in modo da non far mancare in nessuna fase del procedimento lo svolgimento regolare dei servizi scolastici e comunali.

La formula giuridica per portare a termine l'insieme di tali operazioni era stata inizialmente identificata nella costituzione di una società di trasformazione urbana, secondo quanto previsto dall'art. 120 del T.U. approvato con d.lg. 18 agosto 2000 n. 267.

Una più attenta analisi del contenuto di tale articolo ha evidenziato, peraltro, alcuni limiti che rendono l'istituto stesso non del tutto compatibile con gli intenti complessivamente perseguiti dall'Amministrazione.

Infatti, secondo quanto ivi testualmente previsto, la società mista creata con uno o più *partner* privati, pur potendo "trasformare" e "commercializzare" le aree da essa acquisite in concessione, dovrebbe a sua volta reperire i soggetti privati che acquistino gli immobili del nuovo centro

residenziale, commerciale e di servizi, adossandosi quindi in via diretta un rischio economico non indifferente.

Viceversa, l'individuazione immediata nelle necessarie forme di evidenza pubblica di un soggetto affidatario sia del patrimonio immobiliare coinvolto nelle operazioni di trasformazione, sia dei lavori di esecuzione del nuovo complesso scolastico e di adeguamento della nuova sede comunale, che calibra gli oneri dei lavori stessi con il profitto derivante dalla cessione del terreno su cui sorgerà il nuovo centro residenziale, commerciale e di servizi consente all'Amministrazione Comunale non soltanto il risparmio delle spese di costituzione e di gestione della società di trasformazione urbana, ma la pronta individuazione del proprio interlocutore privato che si accolla in via esclusiva (e senza traslazione, quindi, ad un soggetto ulteriore e partecipato dallo stesso Comune) il rischio d'impresa.

Questo rapporto può essere convenientemente dedotto in uno schema contrattuale estremamente duttile, di derivazione anglosassone e che trova applicazione anche all'interno dell'ordinamento italiano per effetto della L. 16 ottobre 1989 n. 364: ossia il *trust*.

In tal senso, quindi, l'operatore prescelto diventa *trustee* (o fiduciario) dell'Amministrazione Comunale, incaricandosi dello svolgimento di tutte le attività necessarie per la realizzazione delle tre iniziative, salvo ovviamente restando il procedimento di variazione al P.R.G. che rimarrà di competenza del Comune.

Il *trustee* dovrà essere, ovviamente, imprenditore edile di comprovata solidità e capacità, e sarà prescelto con procedura ad evidenza pubblica prevista dal nuovo codice degli appalti sulla base della presentazione di progetti preliminari delle opere da eseguire, ivi compresa quella relativa al centro residenziale, commerciale e di servizi.

Con l'espletamento di una gara si perviene, pertanto, all'individuazione di un soggetto, il *trustee* al quale, su base contrattuale, sono affidati gli immobili da trasformare; il medesimo *trustee* provvede, quindi, direttamente ovvero per il tramite di terzi, sia alla galleria progettazione e all'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare posto a base di gara.

Infatti, con il soggetto vincitore sarà stipulato il contratto ai fini della redazione dei progetti definitivi ed esecutivi per la costruzione del nuovo centro residenziale, commerciale e direzionale che potrà essere iniziata, previo rilascio del permesso di costruire, anche contestualmente ai lavori di realizzazione delle nuove scuole e della nuova sede dell'Amministrazione Comunale.

La forma innovativa dello strumento giuridico quale è il *trust* rappresenta nel contempo, una novità e una opportunità per il Comune che ha manifestato l'esigenza di coinvolgere i soggetti privati, quali portatori di capacità progettuali e realizzative nonché di risorse finanziarie, per la realizzazione di un'opera di trasformazione di parte del patrimonio comunale finalizzata alla sistemazione della sede comunale in un sito più adeguato e ad contemporaneo un intervento edificatorio in grado di offrire una migliore collocazione delle sedi scolastiche volto a garantire agli utenti un miglioramento complessivo della qualità dell'offerta di tale servizio.

La ricerca di una collaborazione con il privato e la trasformazione della destinazione d'uso di alcuni immobili rappresenta il percorso più idoneo per garantire la realizzazione di un importante intervento per la collettività senza incidere sugli equilibri presenti e futuri del bilancio dell'ente.

La novità dello strumento giuridico e le caratteristiche finanziarie dell'investimento richiedono l'approntamento di un piano di lavoro per la verifica della fattibilità dell'iniziativa secondo uno schema operativo articolato nelle seguenti fasi:

1. predisposizione e illustrazione di una nota esplicativa sullo strumento giuridico del *trust*
2. verifica dello stato giuridico degli immobili interessati dall'intervento;
3. verifica complessiva della fattibilità e convenienza economica dell'intervento mediante l'utilizzazione del *trust*;
4. definizione dello schema complessivo sulle modalità di finanziamento del progetto;
5. stesura degli atti deliberativi propedeutici alla procedura concorsuale;
6. stesura del bando di gara per la scelta del *Trustee*;

7. stesura dell'atto di *trust* specifico;
8. formalizzazione dei rapporti il comune e il privato individuato come *trustee*.

L'Amministrazione Comunale considera che la forma dello strumento giuridico quale il *trust* rappresenti, nel contempo, una novità e una opportunità per il Comune che intende coinvolgere i soggetti privati in grado di fornire assistenza progettuale, capacità di realizzazione e adeguate risorse finanziarie per raggiungere nel minor tempo possibile la conclusione dell'intervento.

In questa prospettiva la ricerca di una collaborazione con il privato attraverso il *trust* rappresenta la modalità più idonea per garantire, nella più ampia trasparenza, da un lato, la realizzazione di un importante investimento senza incidere sugli equilibri presenti e futuri del bilancio comunale, dall'altro, lo snellimento delle procedure e l'ottimizzazione dei tempi di realizzazione.

Alla luce delle considerazioni e valutazioni sopra ricordate l'Amministrazione Comunale decide di assumere il *trust* come strumento utile per perseguire gli scopi dichiarati e fissa le finalità negoziali di maggior interesse come di seguito indicato:

- a) realizzare come primo intervento un nuovo edificio scolastico per le scuole elementari nel rispetto delle nuove norme di programmazione scolastica, delle norme sulla sicurezza, sulla staticità asismica, sulla tutela anti-incendio, sul risparmio energetico;
- b) valorizzare le proprietà comunali, oggi sottoutilizzate, destinando un'area di pregio del territorio comunale a fini residenziali;
- c) assicurare un'adeguata destinazione ad un immobile di pregio a sede municipale.

B). La legge 8 novembre 2000, n. 328, sul riordino del sistema delle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (IPAB), presenta un forte contenuto innovativo con riguardo alle forme istituzionali e gestionali di queste istituzioni.

Come è noto, a tale legge è seguito il D.L.vo. 4 maggio 2001, n. 207, attuativo della riforma e al quale faranno seguito ulteriori interventi normativi di competenza delle singole Regioni, non ancora intervenuti ma tali, comunque, da richiedere alle istituzioni in parola una progressiva e radicale trasformazione.

La novità fondamentale della L. 328 del 2000 è costituita dall'insieme delle norme che, con valenze ora generali ora particolari, consente di rendere esplicito ed operante il carattere aziendale attribuito alle Ipab.

In particolare, tra i contenuti normativi che con maggior evidenza si connettono con la prospettiva di cambiamento istituzionale, e che saranno applicabili soltanto con l'entrata in vigore del citato decreto attuativo, sono da ricordare:

- la trasformazione delle istituzioni in aziende di servizi alla persona o in persone giuridiche private;
- la possibilità per l'azienda pubblica di servizi alla persona di costituire società di capitali al fine di svolgere attività strumentali e di provvedere alla gestione e alla manutenzione del proprio patrimonio;

Proprio con riguardo a quest'ultima possibilità recata dalla nuova legge di riforma dell'assistenza e dei servizi sociali è opportuno sottolineare che, in attesa del "vario" delle nuove norme, la fattibilità ed utilizzabilità dello strumento giuridico della società di capitali va cercata, pertanto, nella normativa vigente.

L'analisi giuridica sulla possibilità di costituire una società di capitali mista a carattere strumentale all'attività di una Casa di riposo, **e recependo come possibile tale costituzione**, ci si concentra ora su un aspetto determinante per l'avvio del processo istitutivo: **la verifica dell'esistenza dei presupposti per dar seguito alla costituzione della società.**

Tali presupposti devono essere puntualmente indicati nella delibera del Consiglio di Amministrazione che determina l'avvio della procedura costitutiva.

In sintesi, le motivazioni a favore di una scelta della forma societaria si riferiscono:

- alla flessibilità gestionale e alla snellezza decisionale;
- alla possibilità di aprire in qualsiasi momento la partecipazione a enti pubblici e ai privati e, un particolare, al “privato sociale”;
- alla possibilità di ricorrere a forme nuove di indebitamento patrimoniale;
- alla possibilità di predisporre un diverso “peso” della partecipazione dei soci promotori che potrebbero mantenere una riserva di nomina attraverso la sottoscrizione di “azioni speciali”;
- alla possibilità di utilizzare strumenti di management innovativi per le aziende pubbliche;
- al passaggio al diritto privato per quanto riguarda le forme di rapporto con i fornitori, la gestione del personale, la contabilità.

Deve allora effettuata una verifica dell'esistenza dei presupposti ricordati; verifica che rappresenta, peraltro, il momento determinante e importante della fase istruttoria che ha il compito di **motivare adeguatamente la scelta amministrativa della costituzione societaria, attribuendone in questo modo il carattere della legittimità.**

Pertanto, l'atto deliberativo del Consiglio di Amministrazione nell'approvare l'avvio della procedura costitutiva dovrà essere preceduto da una analisi sugli elementi **di convenienza economica** che conducono alla scelta in parola.

- Le valutazioni tecniche, gestionali ed economiche
- Le valutazione tecniche ed economiche in grado di giustificare e adeguatamente motivare tale scelta sono riconducibili ai seguenti ambiti:
  - la necessità di un potenziamento dell'offerta qualificata di servizi socio-assistenziali territoriali;
  - la correlata necessità di notevoli investimenti per la ristrutturazione degli immobili di proprietà indicati come sede di strutture operative;
  - la necessità di reperire fonti di finanziamento esterno;
  - l'esigenza di realizzare un modello di gestione più flessibile e acquisire modalità e strumenti per una gestione economica e più accurata dei servizi offerti.
  - Garantire il controllo da parte delle istituzioni pubbliche

Si tratta, quindi di considerare l'opportunità della costituzione di una società mista alla luce dell'indicatore di sintesi della “convenienza economica” considerato nelle sue componenti principali:

- L'economicità della gestione attraverso lo strumento societario
- La possibilità di finanziamento
- La funzionalità della nuova e diversa forma istituzionale
- L'efficacia quali-quantitativa per lo svolgimento del servizio
- La congruità della spesa
- I miglioramenti organizzativi ottenibili per il futuro
- Il miglioramento della qualità del servizio offerto

Con riguardo alla necessità di un potenziamento dell'offerta qualificata di servizi socio-assistenziali territoriali, si pone l'obiettivo generale di costituire un “Centro servizi” di particolare pregio e capacità in grado di offrire una risposta adeguata alle nuove ed emergenti esigenze degli anziani, dei

disabili e di altri soggetti bisognosi di assistenza di tipo extra-ospedaliera e di riabilitazione funzionale.

Tale obiettivo può essere raggiunto sulla base di un accordo di programma con l'azienda sanitaria di riferimento e con altri enti locali, e attraverso il recupero strutturale e funzionale di parte del complesso immobiliare di un ex- ospedale, già acquisito in proprietà, che sarebbe così riportato, anche se parzialmente, alla sua originaria unitarietà fisica, logistica e funzionale.

Attraverso detto intervento di recupero, si possono creare le condizioni strutturali necessarie per assicurare alla gestione dei notevoli vantaggi in termini del perseguimento di apprezzabili "economie di scala", misurabili con i parametri della riduzione dei costi e nell'efficienza operativa e tecnica soprattutto con riguardo alla ottimizzazione della gestione dei servizi generali e di supporto. Infatti, a seguito dell'ammodernamento strutturale e il recupero funzionale degli immobili l'attività complessiva del "centro di servizi assistenziali" potrebbe configurarsi come di seguito indicato:

- Attività socio assistenziale in favore di persone non autosufficienti;
- Attività di cura e riabilitazione funzionale come nucleo di Residenza sanitaria assistita;
- Attività di centro diurno per soggetti per anziani e non autosufficienti;
- Centro coordinatore per il servizio di assistenza domiciliare per i comuni;
- Centro di riabilitazione funzionale per prestazioni sanitarie a richiesta medica per tutto il territorio a seguito del processo di de-ospedalizzazione comprendendo in particolare le prestazioni per i soggetti a lunga riabilitazione;
- Casa albergo, mini alloggi protetti;

Al riguardo la scelta della società mista pubblico-privato, inserendosi come strumento nell'ambito di una *mission* tipica della gestione di un pubblico servizio, presenta una favorevole occasione per creare:

- **una maggiore condivisione degli interessi e un miglior rapporto fiduciario** tra alcuni soggetti pubblici locali che già hanno sottoscritto l'accordo di programma succitato, i quali, seppur con caratteristiche e con modalità e apporti diversi, possono agire congiuntamente nella direzione di realizzare il progetto di sviluppo dei servizi socio assistenziali proposto dalla Casa di Riposo;

- **una opportunità di coinvolgimento di altri soggetti privati** sia come finanziatori, sia come fornitori di servizi, di competenze e di conoscenze gestionali per un potenziamento delle condizioni di "imprenditorialità" della gestione a vantaggio di una efficienza ed efficacia nell'offerta del servizio a favore degli utenti;

- **un vantaggio per i soci** complessivamente considerati in quanto la partecipazione alla società presenta **caratteri di flessibilità e di garanzia** per:

- forte flessibilità gestionale;
- possibilità di cessione della partecipazione al capitale, anche se opportunamente regolato;
- possibilità di inserimento di ulteriori e/o nuovi soci;
- garanzia di ricavi considerati la programmazione e il sistema tariffario regionali;
- garanzia del mantenimento della funzione di regolazione del sistema da parte dei soci pubblici;
- possibilità di ampliamento dell'attività data la forte domanda di servizi socio-assistenziali;

Sulla necessità di notevoli finanziamenti per sostenere gli investimenti per la ristrutturazione degli immobili e per l'avvio funzionale delle nuove attività si **rafforza la scelta societaria** in quanto ai soci pubblici e privati, che dovranno presentare un'adeguata solidità e disponibilità finanziaria, sarà richiesto di partecipare alla capitalizzazione della società nella logica del finanziamento al minor costo possibile.

Questo obiettivo è raggiungibile secondo le seguenti modalità:

- capitalizzazione iniziale mediante apporto di risorse proprie con la sottoscrizione di quote o azioni;
- garantire operazioni di finanziamento agevolate o nella la logica del project financing

In particolare, quest'ultima operazione di finanziamento offre dei vantaggi ritenuti universalmente interessanti per le pubbliche amministrazioni in quanto:

- l'iniziativa viene realizzata da una soggetto terzo consentendo la separazione economica e giuridica dell'investimento;
- il finanziamento viene valutato e concesso sulla base della sua capacità di generare ricavi (proventi e tariffe dei servizi offerti all'utenza);
- i flussi di cassa connessi alla gestione delle opere realizzate costituiscono la fonte primaria per il servizio del debito;
- le garanzie principali sono di natura contrattuale piuttosto che di natura reale ed eventualmente con una rivalsa limitata sui promotori e senza rivalsa su terzi soggetti appartenenti alla pubblica Amministrazione.

Con riguardo all'esigenza di realizzare un modello di gestione più flessibile e acquisire modalità e strumenti per una gestione economica e più accurata dei servizi offerti e di garantire il controllo da parte delle istituzioni pubbliche si sottolinea che la società mista dovrà gestire, in un rapporto convenzionale con la IPAB Casa di Riposo, il nucleo centrale dell'offerta dei servizi assistenziali in modo autonomo e secondo una prospettiva di possibili ampliamenti in base alle esigenze dell'utenza e in raccordo con la programmazione regionale.

La maggioranza del capitale in mano all'IPAB casa di riposo, responsabile istituzionale della funzione assistenziale, potrà garantire la visione "pubblica" dell'attività e il rispetto degli accordi di programma sottoscritti con la Regione e le Azienda socio-sanitarie di riferimento territoriale.

In questo senso non si potranno sviluppare potenziali finalità speculative intendendosi come **convenienza economica** perseguita il solo mantenimento nel tempo dell'equilibrio di bilancio ivi compresa la garanzia della sostenibilità dei costi del finanziamento.

La maggioranza di capitale detenuta dall'IPAB si rende necessaria per determinare i diritti del socio maggioritario nella nomina degli amministratori, del Presidente del Consiglio di Amministrazione e di parte dei componenti del Collegio sindacale e, quindi, di approvare lo Statuto e in definitiva di determinare le scelte strategiche ed operative della società.

In questo modo, sia nella fase costitutiva, sia nella fase di avviamento e, poi, nel normale funzionamento, non ci potranno essere contrasti sulle finalità e sugli obiettivi aziendali in quanto molto stretto diventa il rapporto tra l'IPAB detentrica delle funzioni socio-assistenziali e la società di gestione collegata.

In definitiva, come già sottolineato, attraverso una società di gestione è possibile godere della flessibilità gestionale di una società di diritto privato soprattutto per quanto riguarda il settore degli acquisti di beni e servizi e la gestione del personale: maggiore flessibilità e speditezza nella scelta dei fornitori, possibilità di rapportarsi convenientemente alla collaborazione con cooperative sociali di lavoro.

Ora, il primo passaggio del processo costitutivo è rappresentato dalla scelta dei soci che deve essere effettuata mediante l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica. In ragione di ciò, diventa immediatamente indispensabile procedere alla nomina di una commissione di gara per lo svolgimento della selezione, da attuarsi con le forme previste dal D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163.

Il *partner* privato prescelto potrebbe, quindi, quale *trustee*, essere convenientemente investito dall'Ipab disponente dei compiti di creazione e di impianto del nuovo soggetto societario, nonché delle necessarie opere di riqualificazione dell'immobile a lui trasferito in *trust*.

Il *trustee* deve essere scelto con le regole dell'evidenza pubblica, il cui rispetto da parte delle pubbliche amministrazioni si configura – come precisato innanzi – quale doverosa applicazione dei principi promananti dall'art. 97 Cost.

Al riguardo si rinvia al nuovo codice degli appalti laddove, come si è visto innanzi, assoggetta comunque ai principi dell'evidenza pubblica anche le concessioni di servizio e la scelta dei soci privati da parte delle società a compartecipazione pubblica.

C). La regolazione del sistema di produzione ed erogazione dei servizi pubblici locali rimane una funzione determinante per l'ente locale.

Tale funzione, infatti, rappresenta la condizione per governare l'attuazione degli annunciati processi di liberalizzazione e di privatizzazione, al fine di assicurare servizi di livello qualitativo e di efficienza superiori agli attuali.

La funzione di regolazione deve, inoltre, essere fundamentalmente orientata, da un lato, alla tutela dell'utente anche attraverso la promozione ove possibile della concorrenza e, dall'altro, a fornire ai soggetti regolati un quadro normativo sufficientemente stabile e prevedibile per quanto riguarda il perseguimento dell'equilibrio aziendale tra prezzi e costi.

Una forma di regolamentazione nella gestione dei servizi pubblici locali di regolamentazione può essere individuata nel contratto di servizio.

In effetti, una modalità che conserva ancor oggi una forte capacità di regolazione dei rapporti tra il concedente e l'affidatario di un servizio è quella, appunto, del "contratto di servizio".

IL contratto di servizio assume una rilevante importanza per gli enti, specie nei comuni di minori dimensioni, che per limitatezza di risorse tendono ad affidare a terzi l'espletamento del servizio pubblico.

Infatti, l'ente attraverso questa modalità di gestione evita il ricorso ad assunzione di personale e alla creazione di una struttura immobiliare e strumentale per lo svolgimento dell'attività relativa alla fornitura del servizio.

Questo tipo di contratto venne definito nel 1997 dal legislatore statale documento atto ad assicurare, nello svolgimento del servizio, la completa corrispondenza fra oneri per servizi e risorse disponibili. Tale sintetica proposizione apre la strada ad una serie più ampia di considerazioni relative al "contenuto" del contratto, la cui applicazione presuppone l'esistenza di una realtà aziendale nella quale l'attività non può che essere continuamente svolta sulla base dei noti principi di economicità ed efficacia della gestione.

Invero, un qualsiasi gestore pubblico o privato non potrebbe aderire un contratto di questo tipo se non si trovasse nella condizione di poter soddisfare i vincoli economici ed operativi posti dalle norme sottoscritte.

Infatti, vi è da segnalare che, nel rispetto, fra l'altro, delle normative comunitarie, nella legge citata si definiscono gli elementi riguardanti il contratto di servizio, fra i quali i più importanti sono:

- il periodo di validità;
- le caratteristiche dei servizi offerti e il programma di esercizio.
- gli standard qualitativi minimi del servizio;
- la struttura tariffaria adottata;
- l'importo eventualmente dovuto dall'Ente pubblico all'azienda "affidataria" del servizio per le prestazioni oggetto del contratto e le modalità di pagamento, nonché eventuali adeguamenti conseguenti a mutamenti della struttura tariffaria;
- le modalità di modificazione del contratto successivamente alla conclusione;
- le garanzie che devono essere prestate dall'azienda che gestisce il servizio;
- le sanzioni in caso di mancata osservanza del contratto;
- la ridefinizione dei rapporti, con riferimento ai lavoratori dipendenti e al capitale investito, dal soggetto esercente il servizio pubblico, in caso di forti discontinuità nella quantità di servizi richiesti nel periodo di validità del contratto di servizio;

l'obbligo dell'applicazione, per le singole tipologie del comparto relativo al settore di attività svolta, dei rispettivi contratti collettivi di lavoro.

Inoltre, viene stabilito che l'importo eventualmente dovuto dall'Ente pubblico al soggetto gestore può essere soggetto a revisione annuale, con modalità da prevedersi nel contratto, allo scopo di incentivare i miglioramenti di efficienza.

Si prevede, altresì, che i contratti di servizio, nel rispetto delle disposizioni comunitarie, devono avere caratteristiche di certezza finanziaria, di copertura di bilancio e prevedere un progressivo incremento del rapporto tra ricavi e costi operativi.

Non vi è dubbio che il quadro contrattuale, così definito e, al caso, ampliato da norme specifiche riguardanti il particolare settore di attività, risulti vincolante per le parti e, soprattutto, diventi lo strumento per una efficace azione di controllo da parte dell'ente locale che in veste di committente può esercitare la sua funzione di regolazione dell'offerta del servizio alla propria comunità.

Il contratto di servizio: la gestione della manutenzione del patrimonio Immobiliare di un ente locale: i vantaggi.

Con la normativa introdotta dal D.P.R. 157 del 1995, riprodotta, con maggiore chiarezza, dal D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, è possibile gestire la manutenzione di patrimoni immobiliari complessi mediante “*contratti di servizi*”, che offrono notevoli vantaggi per l'ente locale.

Anche in tale ipotesi, l'ente locale, quale disponente, può scegliere con procedimento ad evidenza pubblica un *trustee* al quale commettere tutte le incombenze necessarie per la creazione e l'impianto del nuovo soggetto societario, oppure al quale affidare *tout court* l'esercizio del servizio stesso in regime di concessione.

Nell'esempio di tipologia contrattuale presentato, l'obiettivo posto dall'ente locale è quello di mantenere in efficienza funzionale il proprio patrimonio.

In particolare, il contratto definisce e regola il rapporto fra l'ente, che ha il compito di decidere gli interventi e controllare che vengano eseguiti, e un soggetto che progetta, organizza la propria struttura aziendale o quella di altri (coinvolti come subappaltatori), ed esegue o fa eseguire gli interventi.

L'obiettivo che si pone l'Amministrazione con questo contratto è quello di disporre di uno strumento idoneo per la gestione del patrimonio comunale che consenta di mantenerlo funzionale all'uso ed agli scopi istituzionali.

L'oggetto del contratto consiste nella gestione della manutenzione del demanio e del patrimonio, ovvero:

- degli edifici e relativi impianti tecnici,
- attrezzature ed arredi scolastici,
- degli impianti di pubblica illuminazione,
- della segnaletica orizzontale e verticale comprendendo anche la semaforica,
- delle strade e del suolo pubblico e ad uso pubblico e arredo urbano, delle aree a verde e del verde e relativi accessori,
- delle fognature e dell'acquedotto di proprietà del comune;

Importante segnalare che la specificità del contratto consiste nell'approccio di “servizio integrale”, in quanto si tratta di gestire la manutenzione non più come una serie di piccoli interventi settoriali e parcellizzati, ma come un servizio unitario.

I vantaggi di carattere operativo risultano importanti in quanto:

- viene concessa, in deroga ai principi generali, la possibilità di evitare il ricorso alla progettazione preliminare;

- viene prestabilita la “manutenzione programmata” con la quale è possibile dar corso ad un qualsiasi intervento in tempi congrui per evitare l’insorgere dell’ intervento d’urgenza, salvo nei casi assolutamente impreveduti ed imprevedibili;
- la progettazione esecutiva è a carico del *trustee* che la pone in sviluppo prima di ricevere l'eventuale ordine di esecuzione;
- non è necessario attribuire singoli incarichi di progettazione per ciascun intervento.

I vantaggi dal punto di vista amministrativo e contabile si riscontrano in una semplificazione procedurale, infatti:

- Non è necessario fare la contabilità delle opere sulla base della disciplina dei Lavori Pubblici, a volte troppo complessa, per cui le operazioni di controllo e di contabilità sono più agili e facili;
- nonostante in genere ci siano migliaia di interventi gestiti, si pagano solo poche fatture all'anno e si fa un solo appalto a valenza pluriennale anni per tutti gli interventi di manutenzione;

I vantaggi dal punto di vista del controllo da parte del Comune si riscontrano nei seguenti aspetti contrattuali:

- il *trustee* funge da mano operativa del Comune, per conto del quale sviluppa ed aggiorna ogni giorno la programmazione degli interventi periodici e/o programmabili;
- il Comune ha il controllo della situazione, sapendo ogni mattina dove sono gli operai operanti alle dipendenze del *trustee* e quale successione degli interventi si prevede di realizzare nel corso della giornata;
- si ha un unico responsabile di tutti gli interventi manutentivi di qualsiasi tipo (per esempio all'interno di una scuola), indipendentemente dalle specializzazioni richieste per eseguirli: muratori, fabbri, elettricisti, falegnami; In questo modo si evita il ricorso a una pluralità di contratti di manutenzione;
- si possono accorpare appalti tradizionalmente diversi quali la manutenzione, il riscaldamento e le pulizie;

Il *trustee* deve garantire il funzionamento di tutti quei tipi di prestazioni in cui a fronte di un corrispettivo si può pretendere una prestazione globale (esempio: ascensori o impianti di sicurezza); Inoltre, ulteriori vantaggi sono riscontrabili nel funzionamento di un sistema informativo unico che garantisce un flusso informativo di collegamento tra Comune e *trustee* e che consente di avere un controllo, in tempo reale.

Nel contratto è precisato che una particolare cura deve essere riservata alla gestione informatica per la quale il *trustee* fornirà un sistema informativo, completo di *software* ed *hardware* e delle apparecchiature di comunicazione necessarie in grado di fornire in tempo reale tutte le informazioni richieste, ed in particolare la fornitura di tutti i dati, disaggregati e di sintesi, aggiornati che l'Amministrazione riterrà necessari per avere per gestire adeguatamente un sistema di controllo di gestione sull'attività svolta.

i documenti giustificativi dei lavori organizzati in maniera da facilitare il loro controllo, le liste degli operai occorsi per ogni intervento.

La gestione del contratto di servizio si esplica, dal momento della presa in carico degli "impianti" oggetto del contratto, attraverso:

- la custodia degli "impianti"
- la Gestione Tecnica

Le attività specifiche correlate alla gestione risultano particolarmente dettagliate sia sotto il profilo tecnico, sia con riguardo alle modalità operative. Infatti, il *trustee* si impegna a realizzare:

- la formazione e gestione di una anagrafe degli edifici (scheda generale), nonché il rilievo di volumi e superfici degli edifici, e la manutenzione della stessa;
- la formazione dell'archivio della segnaletica stradale, rilievo e collocazione sulla cartografia e la manutenzione dello stesso;
- la formazione dell'archivio delle strade e pubblica illuminazione, il rilievo delle opere d'arte e l'anagrafe delle stesse, oltre alla loro manutenzione;
- le prestazioni tecniche consistenti in sopralluoghi e relazioni conseguenti;
- la stesura di preventivi e progetti per interventi;
- l'ottenimento delle varie autorizzazioni di Enti vari e la raccolta di certificazioni varie;
- la vigilanza continuativa sugli impianti per la pubblica incolumità.
- l'assunzione dei compiti e delle responsabilità in tema di sicurezza che competono al responsabile dei lavori, al coordinatore della progettazione, al coordinatore dell'esecuzione.

Particolarmente dettagliato risulta essere il quadro contrattuale per lo svolgimento degli interventi. Infatti, il contratto stabilisce che questa gestione comprende l'esecuzione di operazioni manutentive che si esplicano in:

- lavori di Pronto Intervento o Manutenzione estemporanea di qualsiasi tipo, su richiesta del comune, ma anche per attività accessorie e prestazioni di noli e manovalanza, compreso operazioni di pulizia ed eventuali opere di facchinaggio e trasporto.
- esecuzione di lavori a misura, generalmente per interventi manutentivi, conseguenti o meno a progetti e preventivi predisposti di qualsiasi tipo;
- esecuzione di operazioni di manutenzione programmata periodica con compilazione di un Registro relativo ad ogni edificio.

Inoltre, fra le operazioni programmate assumono grande importanza quelle relative al "monitoraggio" di strutture e impianti tecnologici per ogni settore di intervento, che potranno essere effettuate con ricognizioni a vista o con apposita strumentazione tecnica, ma che comunque dovranno individuare possibili problemi di qualunque ordine che possano presumibilmente provocare danno o pericolo alla pubblica incolumità.

Nel caso in cui si venisse a conoscenza di tale eventualità, il *trustee* è obbligato a darne immediata comunicazione, attraverso relazione descrittiva indicante cause e possibili rimedi, al Comune.

Ulteriori compiti assegnati al *trustee* qualificano questo tipo di contratto come un vero "piano di lavoro" all'insegna della programmazione, del controllo e dell'individuazione di responsabilità. Infatti, è stata prevista una serie di attività riguardanti:

- un servizio di reperibilità al di fuori dell'orario di lavoro, da attuarsi durante tutto l'arco dell'anno, garantendo, a richiesta, l'intervento immediato di un tecnico e due operai specializzati con adeguata attrezzatura, ed inoltre la disponibilità in caso di neve di personale per interventi.
- la gestione del coordinamento degli interventi sul suolo pubblico, da chiunque debbano essere eseguiti, compresi gli erogatori di sottoservizi
- la progettazione di interventi di Manutenzione Straordinaria.

Appendice: un glossario per la comprensione del testo di un contratto di servizio

"Amministrazione": il Comune committente;

"Anagrafe": si intende la formazione e l'aggregazione in modo sistematico di dati personali finalizzata alla migliore gestione della manutenzione;

"Attività": il complesso delle operazioni elementari che si svolgono durante un intervento in forma organizzata e sotto la direzione di un responsabile;

"Canone": si intende il corrispettivo forfetario per una serie di prestazioni relative ad un servizio;

"Correttivo d'asta": si intende il ribasso unico, espresso in percentuale, offerto dal *trustee* ed accettato dall'Amministrazione con l'atto di aggiudicazione, su tutti i prezzi di Elenco Prezzi, sulle gestioni e sui compensi particolari per "Diritto di chiamata" o "bonus";

"Esecutori": si intendono i gruppi di lavoro che eseguono gli interventi;

"Diritto di chiamata" o "bonus": si intende una somma intesa a compensare il disagio organizzativo derivante dalla esecuzione non programmata, ma obbligatoria per contratto a tempi brevi, di un lavoro:

"Fase di Lavorazione": tale definizione identifica una particolare "lavorazione manutentiva finita" (riparazione sanitari, manutenzione condotte fognarie, ecc.) riconducibile ad una specifica professionalità (idraulico, edile, ecc.) al fine di poter documentare la tipologia degli interventi eseguiti per gestire un archivio storico degli stessi, predisporre i piani di manutenzione, rilevare i costi per categoria e professionalità;

"Gestione speciale": si intende un servizio per il quale il *trustee*, a fronte di un corrispettivo, si impegna a dare un risultato globale;

"Gestore del servizio" si intende la struttura del *trustee* che si presenta come unica interfaccia verso la struttura comunale.

"Gestore dell'attività": il soggetto referente del *trustee* per qualsiasi intervento e il depositario del Registro dell'edificio o "impianto".

"Impianti": si intende l'insieme dei settori di demanio e patrimonio sui quali è previsto l'intervento previsto dal contratto;

"Intervento in Reperibilità" si intende un intervento iniziato entro un'ora e mezzo dalla comunicazione ed eseguito in qualunque giornata dell'anno ed al di fuori del normale orario di lavoro;

"Intervento programmabile": si intende un intervento che si può pianificare a cadenza prefissate;

"Ordinativo" l'ordine di lavoro dato dal Comune al *trustee*, in genere per via informatica e seguendo una procedura prestabilita.

"Pronto Intervento" si intende un intervento estemporaneo non programmabile eseguito, in orario di lavoro, su ordine del Comune;

"Registro dell'impianto": è un documento dove vengono annotate operazioni di manutenzione periodica e/o programmata e verifiche strutturali e impiantistiche ed altre operazioni e che viene custodito a cura del *trustee* e depositato:

a) per gli edifici, nell'edificio presso il Gestore dell'attività;

b) per tutti i rimanenti impianti, presso il responsabile dell'attività

"Responsabile dell'edificio": è una figura da individuarsi a cura del Comune e adibita a punto di riferimento per tutte le operazioni manutentive, quale responsabile della attività svolta all'interno del fabbricato e a cui si affida la custodia del "Registro dell'edificio";

"Supervisore del servizio": si intende il responsabile Tecnico incaricato dall'Amministrazione di sovrintendere al servizio e che rappresenta l'interlocutore ufficiale per il *trustee* all'interno dell'Amministrazione.

D) La Casa di Soggiorno è una struttura di accoglienza per Anziani autosufficienti. E' un edificio moderno nuovo e funzionante che risponde, nella sua sostanza, alle varie esigenze e necessità manifestate dai diversi fruitori.

Pensata ed istituita come Casa di Soggiorno, Ferie e Vacanze, con il passare del tempo, ha dovuto modificare la sua Utenza indirizzandosi verso l' Anziano autosufficiente che desiderava essere accolto, in pianta stabile, in una struttura che gli potesse offrire un'adeguata assistenza sanitaria e morale, una certa serenità e tranquillità.

Da diversi anni, la Casa è gestita da una Cooperativa che ha prelevato tale servizio dall'associazione volontaria di cui lo stesso Comune proprietario dell'immobile è socio.

Da un'attenta analisi della situazione e della realtà circostante, è emerso sempre più impellente e necessario un intervento nell'ambito dell'anziano, dove si registrano domande di accoglienza sempre più frequenti. L'attuale struttura, con le opportune modifiche ed interventi edili, sarebbe in grado di accogliere alcuni posti letto 8/10 in più andando così incontro alle varie esigenze riscontrate.

Alla luce, quindi, di quanto sopra emerge la necessità di un intervento in quanto la struttura può rispondere pienamente alle necessità sottolineate.

Con l'offerta aggiuntiva di alcuni servizi per gli incontri giornalieri e istituire alcuni ambulatori tra cui uno Studio di Consulenza pedagogico-educativa a disposizione di Genitori, Insegnanti, Operatori sociali e tutti coloro che possano presentare o suggerire problemi di carattere socio-pedagogici e comportamentali da risolvere.

Con queste innovazioni ed aperture esterne, la Casa Soggiorno potrà diventare un punto di riferimento non solo per l'Anziano, ma per tutta la Comunità e si potrà quindi inserire, in maniera fattiva e propositiva, nel contesto socio-culturale del Paese stesso e nell'ambito politico amministrativo.

Tali scelte dimostrano sensibilità, disponibilità al dialogo e attenzione particolare degli Amministratori locali e una parte della società- L'Anziano- troppo spesso dimenticata e non tenuta nella dovuta considerazione.

Certamente, un ampliamento non può non essere gradito all'Amministrazione Comunale in quanto, in ultima analisi, si concretizzerebbe in un arricchimento immobiliare per la stessa senza interventi economici diretti.

Va pertanto effettuata una valutazione relativa alla sussistenza del requisito della convenienza economica per l'ampliamento e il rinnovo della convenzione con la cooperativa

Come è noto, i problemi legati al rispetto del principio di "buon andamento" dell'azione amministrativa" si evidenziano maggiormente, se riferiti all'azione dell'ente locale, per i comuni di minori dimensioni; infatti, in queste realtà, di norma le popolazioni non possono fare affidamento sulle capacità economiche e finanziarie del comune relativamente alle esigenze di soddisfacimento dei bisogni pubblici essenziali che dovrebbero essere loro garantiti, e fra questi certamente deve essere collocato quello relativo all'assistenza e la tutela degli anziani e delle altre condizioni sociali deboli.

Nei comuni di minori dimensioni, fra i quali va incluso il comune in questione, la scarsità di risorse finanziarie, di personale, di conoscenze e di mezzi, non consente di svolgere direttamente interventi idonee ed efficaci volti al perseguimento della soddisfazione di alcuni bisogni pubblici essenziali fra i quali potremmo senza dubbio collocare quello citato dell'assistenza agli anziani.

Senza entrare nel merito delle cause di questi elementi di debolezza del sistema degli enti locali, fra le quali la principale, a parere di chi scrive è da individuare nelle limitate dimensioni degli enti in parola, particolari ragioni di ordine sociale, politico ed economico portano inevitabilmente alla individuazione di forme innovative di gestione dei servizi pubblici allo scopo di poter offrire ai

propri cittadini le migliori opportunità possibili in tema di offerta di servizi allo scopo di avvicinarla a quella degli enti maggiori.

L'aumento o il miglioramento di determinati servizi maggiormente richiesti dai cittadini diventano pertanto necessari, ma devono risultare espletati secondo il principio della convenienza e, possibilmente ottenuti in un contesto finanziario complessivo di "contenimento delle spese" per ragioni obiettive quali la scarsità di risorse, e per ragioni di gestione amministrativa razionale in risposta al principio generale di buona amministrazione previsto al massimo livello legislativo.

In ogni caso va precisato che il suddetto principio è stato successivamente esplicitato dalla normativa vigente nei suoi intrinseci contenuti tanto che per "buon andamento dell'azione amministrativa" si intende che nella gestione dell'ente pubblico si devono applicare i criteri di economicità, efficienza, funzionalità ed efficacia".

La prescrizione normativa, in questo modo intende utilizzare quell'insieme di criteri propri della dottrina e della pratica aziendale sui quali si fondano positivamente le scelte e lo svolgimento della gestione aziendale.

Parimenti, tali criteri dovrebbero essere anche utilizzati, nell'ambito della gestione di un ente pubblico, per qualsiasi giudizio di convenienza economica nel momento decisionale di effettuare una scelta amministrativa per accertare preventivamente la validità e la convenienza economica e finanziaria relative alla adozione di nuove e diverse forme di gestione dei servizi pubblici.

Ora, le stesse motivazioni che hanno determinato alcuni anni or sono la scelta e la convenienza economica dell'affidamento della gestione a terzi della gestione della casa di soggiorno vanno riconsiderate, assieme ad altre, per la rinnovazione dell'incarico.

In genere, la forma della convenzione viene utilizzata per la gestione inerente la fornitura di servizi qualificati da un'alta specializzazione, rispetto ai quali le risorse umane occorrenti siano determinanti per la loro produzione. Altri presupposti per la scelta di tale strumento indicati dalla giurisprudenza contabile si riferiscono, in particolare:

- alla impossibilità di svolgimento delle mansioni rientranti nell'ambito delle competenze dell'ente attraverso l'utilizzo della propria struttura organizzativa;
- alla compatibilità dell'incarico con la disponibilità finanziaria dell'ente.

Per quanto concerne la rinnovazione, a parte il mantenimento ovvio dell'obbligo della temporaneità, essa è ammessa in permanenza delle condizioni che avevano giustificato il conferimento iniziale, oltre ad una valutazione positiva dei risultati raggiunti e dei miglioramenti proposti per il futuro.

Si tratta, quindi di considerare l'opportunità della continuazione del rapporto di servizio tra il la Cooperativa sociale alla luce dell'indicatore di sintesi della "convenienza economica" considerato nelle sue componenti principali:

- L'efficienza dimostrata nella gestione del servizio;
- L'economicità della gestione
- La funzionalità della struttura
- L'efficacia quali-quantitativa del servizio
- La congruità della spesa
- I miglioramenti organizzativi proposti per il futuro
- Il miglioramento della qualità del servizio offerto

L'intervento di ristrutturazione e di riqualificazione può essere, a questo punto, convenientemente inquadrato nella la logica del *project financing*

Con questo termine normalmente si intende la predisposizione di una operazione di finanziamento nella quale:

- l'iniziativa viene realizzata da un soggetto terzo rispetto al Comune consentendo la separazione economica e giuridica dell'investimento;
- il finanziamento viene valutato e concesso sulla base della sua capacità di generare ricavi
- i flussi di cassa connessi alla gestione delle opere realizzate costituiscono la fonte primaria per il servizio del debito
- le garanzie principali sono di natura contrattuale piuttosto che di natura reale ed eventualmente con una rivalsa limitata sui promotori e senza rivalsa su terzi soggetti appartenenti alla Pubblica Amministrazione.

In tale contesto si evidenziano consistenti vantaggi per il Comune, che ottiene la possibilità di realizzare un intervento su un immobile comunale senza costi e rischi per un investimento il cui finanziamento non peserà sul bilancio comunale e che troverà la sua garanzia esclusivamente nel contratto decennale con la Cooperativa.

Anzi, dal punto di vista della gestione finanziaria il Comune, non solo non sosterrà delle spese ma continuerà a percepire una entrata in termini dell'affitto che la Cooperativa continuerà a corrispondere

Tutto il sopradescritto, e invero complesso, insieme di rapporti tra amministrazione comunale e cooperativa può essere convenientemente disciplinato mediante un *trust* posto in essere tra lo stesso Comune-disponente e la cooperativa-*trustee*.

E) Il servizio di ristorazione collettiva viene a porsi come determinante ai fini dell'ottimizzazione dei servizi socio assistenziali ed educativi

Nel contesto, il Comune – ancora una volta – può assumere il ruolo del disponente, e la cooperativa quello del *trustee* e, di seguito si propongono i possibili contenuti del negozio di trust.

Il Comune dà alla Cooperativa la disponibilità ed il diritto di superficie di un lotto di terreno.

La Cooperativa, in detto lotto, si impegna, entro il termine di 10 mesi dalla data di stipula della convenzione, a realizzare a proprie spese e direzione, il centro di cottura progettato e debitamente approvato dagli organi competenti.

La Cooperativa dovrà provvedere:

- a dotare il centro di cottura delle attrezzature e degli arredi funzionali al suo funzionamento in conformità con le disposizioni di legge igieniche e sanitarie vigenti;
- a sostenere le spese conseguenti ai servizi di fornitura (Enel, gas, telefono, approvvigionamento idrico, fognatura, asporto rifiuti ecc.);
- alla fornitura dei pasti agli anziani del centro sociale ed alla ristorazione domiciliare dei soggetti ammessi al servizio socio-assistenziale;
- alla presentazione di un progetto operativo (tecnico – dietologico) sull'organizzazione e gestione del centro di cottura
- alla produzione dei pasti necessari in conformità con le norme di legge vigenti ed in particolare nel rispetto delle linee guida per una sana alimentazione stabilite dall'istituto nazionale della nutrizione;
- al trasporto dei pasti presso i refettori scolastici ed al domicilio degli anziani assistiti;
- alla distribuzione dei pasti ed all'effettuazione dei relativi servizi (nei refettori scolastici entro i limiti e competenze fissate dagli accordi successivi all'entrata in vigore della L. 3 maggio 1999 n. 124 in tema di diritto allo studio e contenuti nel protocollo d'intesa tra il Ministero della Pubblica Istruzione, l'Unione nazionale province italiane (UNPI), l'Associazione nazionale comuni italiani (ANCI) e le organizzazioni sindacali);
- all'utilizzo, nella produzione e somministrazione, del personale che il Comune metterà a disposizione
- alla gestione del dei buoni mensa al prezzo fissato dal Comune stesso;
- ad intervenire presso i refettori scolastici, sulla base delle indicazioni date dal Comune, effettuando gli interventi di manutenzione e fornitura necessari a migliorare la qualità

logistica degli stessi (tinteggiature, insonorizzazioni, adeguamenti strutturali di arredo e macchinari);

Il Comune provvederà, a sua volta:

- ad individuare gli oneri necessari per le manutenzioni e forniture di arredi ed attrezzature;
- a rifondere alla Cooperativa le spese sostenute per tali interventi;
- a sostituire a proprie spese il personale comunale, assente per malattia od altro, impiegato nella produzione o nella distribuzione; nel caso in cui la sostituzione fosse fatta ad opera della Cooperativa verrà rifuso per le ore di assenza il costo orario ministerialmente fissato quale soglia nei confronti delle Cooperative;
- al pagamento della differenza fra il costo del buono pasto, fissato con delibera consiliare, ed il costo effettivo del pasto derivato dalla valutazione economica complessiva degli interventi a carico della cooperativa;

Il costo/pasto dovrà essere fissato quale risultanza degli impegni, e della loro durata temporale, che la Cooperativa dovrà assumere (investimenti, ecc.);

Detto costo, indicato in via provvisoria ai fini previsionali, sarà definito con al completamento degli investimenti immobiliari a seguito dell'analisi dei costi sostenuti.

Il costo/pasto così definito sarà soggetto alla rivalutazione annuale a docorerre in base all'indice di variazione dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati rilevato dall'ISTAT.

Come si può evincere dalla precedente rappresentazione è piuttosto ampio il ventaglio delle attività o degli interventi pubblici per quali è proponibile il ricorso al Trust da parte delle amministrazioni pubbliche.

Vieppiù, l'entrata in vigore del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE ha fornito alcuni elementi di maggior chiarezza nei confronti di un quadro legislativo al quale riferire legittimamente il ricorso allo strumento negoziale del *trust*.

Invero, allo stato attuale le norme di riferimento, sia di diritto pubblico, sia di diritto privato pongono a sostegno del ricorso al *trust* come modalità contrattuale di coinvolgimento del privato nell'attività della Pubblica Amministrazione, almeno i seguenti elementi:

- a) una più chiara definizione di appalto pubblico quale contratto a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi;
- b) il contenuto dell'ultimo comma dell'art. 2 del Codice che dispone che "per quanto non espressamente previsto nel presente Codice, l'attività contrattuale" degli enti e dei soggetti aggiudicatori "si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile".
- c) la conferma della permanenza nel "sistema" del principio secondo il quale le pubbliche amministrazioni possono utilizzare strumenti contrattuali ulteriori e tratti – per l'appunto - dal codice civile rispetto a quelli espressamente normati all'interno del codice dei contratti.
- d) l'utilizzazione del *trust* da parte delle pubbliche amministrazioni in quanto a sua volta reso applicabile nel "sistema" per effetto del principio dell'autonomia contrattuale delle parti posto dall'art. 1322 c.c.
- e) La scelta del *trustee* con forme di gara ad evidenza pubblica;
- f) L'ampia casistica di intervento nell'utilizzo del *trust* come forma negoziale nel rapporto pubblico-privato,
- g) La ricerca e la rappresentazione di motivazioni di convenienza economica, finanziaria, gestionale e tecnica poste a base della scelta del Trust.

Questi aspetti nell'insieme determinano uno schema non solo giuridico, ma anche gestionale per ispirare le scelte e modalità operative degli enti e delle aziende pubbliche basate sui criteri di

efficacia, efficienza e di convenienza economica allo scopo finalistico di raggiungere i migliori risultati possibili con il migliore uso possibile delle risorse pubbliche.

Fulvio ROCCO

Oliviero BENI