

Gregorio Pietro D'Amato

Trust comunale, interessi di terzi, vicende penali: un
caso complesso risoltosi bene

Il trust in Italia

Associazione

Secondo convegno di aggiornamento
Sorrento, 19 e 20 aprile 2013

TRUST COMUNALE, INTERESSI DI TERZI, VICENDE PENALI: UN CASO COMPLESSO RISOLTOSI BENE¹.

(a cura di Gregorio Pietro D'Amato²)

1. PREMESSA

La vicenda trae origine da un fatto delittuoso conclusosi con sentenza penale di condanna con rito abbreviato per alcuni soggetti che si sono resi, tra l'altro, colpevoli del reato di lottizzazione abusiva³ inerente la costruzione di un complesso immobiliare, inserito nel comparto del Comune di Montecorvino Pugliano (SA). La sentenza penale svoltasi con rito abbreviato ha condannato, tra l'altro, anche i pubblici amministratori e tecnici dell'Ente per avere essi, in concorso con altri amministratori e su istigazione dei personaggi artefici dell'operazione, approvato illegittimamente la lottizzazione per edificare il complesso immobiliare.

La sentenza di condanna è diventata definitiva per una parte degli imputati nel 2008, ma omettendo – la sentenza dei primi giudici – di disporre la confisca, obbligatoria del terreno abusivamente lottizzato e delle opere sullo stesso edificate, per effetto la confisca veniva disposta dalla Corte d'Appello, in qualità di Giudice dell'esecuzione che, integrando la sentenza divenuta definitiva di prime cure e sopperendo all'omissione precedente, ha disposto la confisca a favore dell'ente del terreno e delle opere sullo stesso realizzate in riferimento alla lottizzazione immobiliare operata nel territorio del comune, nonché la Suprema Corte di Cassazione per la vicenda *de quo* con sentenza del 04/04/2013 ha definitivamente confermato la sentenza di merito di condanna e quindi la disposta confisca obbligatoria.

1.1. ASPETTI GIURIDICI E FATTUALI DELLA VICENDA

Ai sensi dell'art. 44 del D.P.R. n. 380/2001⁴ i terreni e le opere in questione sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio disponibile dell'ente in virtù dell'ordinanza resa, che ha integrato la succitata sentenza divenuta definitiva.

¹ Il contributo è ripreso da quello già pubblicato in Quaderni n. 11 Trust ed attività Fiduciarie Ed. 2011 Milano Ipsoa riveduto ed ampliato.

² Dottore Commercialista in Salerno – Responsabile scientifico Organismo di Mediazione e Docente accreditato per Mediatori Civili e Commerciali al Ministero della Giustizia - UNISA Facoltà di Giurisprudenza.

³ Va evidenziato che il T.A.R. Napoli, sent. 5 novembre 2010, n. 23276 ha stabilito che: “*Ai fini della configurazione di una lottizzazione cd. negoziale, non è sufficiente che il terreno sia frazionato e venduto o comunque attribuito ad una pluralità di soggetti, in quanto la norma richiede un terzo requisito ossia la non equivocità della 'destinazione a scopo edificatorio' abusivo sia del frazionamento che della vendita*”.

Giova premettere che l'art. 30 del T.U. sull'edilizia – che riproduce le disposizioni contenute nel previgente art. 18 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 – distingue due diverse ipotesi di lottizzazione abusiva a scopo edificatorio.

La prima, c.d. lottizzazione materiale o reale, ricorre “*quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione*”.

La seconda, c.d. formale, negoziale ovvero cartolare, si delinea “*quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio*”.

Va peraltro osservato che, ai fini della configurazione di una lottizzazione c.d. negoziale, non è neanche sufficiente che il terreno sia frazionato e venduto o, comunque, attribuito ad una pluralità di soggetti, in quanto la norma richiede un terzo requisito ossia la non equivocità della “*destinazione a scopo edificatorio*” abusivo sia del frazionamento che della vendita (cfr. C. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6810; T.A.R. Campania, Sez. VI, 20 gennaio 2005, n. 261; Sez. II, 31 ottobre 2006, n. 9293).

⁴ Art. 44 (L) D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - Sanzioni penali (legge 28 febbraio 1985, n. 47, artt. 19 e 20; D.L. 23 aprile 1985, n. 146, art. 3, convertito, con modificazioni, in legge 21 giugno 1985, n. 298)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica:

a) l'ammenda fino a 20658 euro [1] per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire; [2]

b) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 10328 a 103290 euro [1] nei casi di esecuzione dei lavori in totale difformità o assenza del permesso o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione; [2]

c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 30986 a 103290 euro [1] nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'articolo 30. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso. [2]

2. La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al

Infatti, secondo costante orientamento giurisprudenziale: “... *Con il passaggio in giudicato della sentenza che, all’esito del procedimento per lottizzazione abusiva, ha disposto la confisca dei terreni, questi transitano ‘ipso iure’ nel patrimonio del Comune senza la necessità ... di una fase esecutiva, atteso che l’efficacia traslativa coattiva è prodotta, per espresso dettato normativo, dalla sentenza che la contiene*” (Cass. pen., Sez. III, 22 maggio 2003, n. 22557).

La giurisprudenza assolutamente pacifica afferma che sia la confisca prevista dall’art. 12 *sexies* della legge n. 365/1992, sia quella introdotta dalla legge n. 575/1965, hanno la natura giuridica di misure di sicurezza patrimoniali (tra le altre Cass. pen., Sez. I, 16 ottobre 2006 n. 34472; Cass pen., S.U., 17 luglio 2001, Derouach).

Diversamente, la confisca *ex art.* 44 del D.P.R. n. 380/2001, come già quella prevista dall’art. 19 della legge n. 47/1985, ha natura di sanzione amministrativa.

Essa attiene alla *res* e non tiene conto dei diversi soggetti e dei differenti diritti che gli stessi esercitano sul bene confiscato. Per questo motivo essa viene applicata anche se non si addivene ad una pronuncia di condanna, addirittura anche se vi sia un proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato.

Inoltre, la confisca amministrativa in questione prevede un acquisto a titolo originario a favore dell’ente comunale e non dello Stato.

Va ulteriormente precisato che, all’interno del *genus* confisca amministrativa, quella in questione appartiene al tipo nel quale l’applicazione della stessa “... *è determinata dalla intrinseca e obiettiva pericolosità della cosa nella sua interezza, a prescindere dal soggetto che ne è titolare, nel qual caso deve essere necessariamente sottratta all’esercizio di qualsiasi diritto su di essa e, a volte deve essere distrutta...*” (Cass. civ., S.U., 30 maggio 1989, n. 2635 - Pref. Piacenza c. Soc. Barclays Fiditalia).

Nel caso di specie, infatti, l’acquisto della proprietà dei beni in capo al comune ha efficacia reale, si applica sul fondo e su tutte le sue accessioni e pertinenze, consente all’ente comunale alternativamente di decidere di disporre l’abbattimento dei beni confiscati o di utilizzarli. In questi casi la cosa deve essere sottratta all’esercizio di qualsiasi diritto su di essa, senza distinguere tra diritto di garanzia ipotecaria e diritto di proprietà.

Diverso è il caso in cui oggetto della confisca amministrativa è solo il diritto reale di un determinato soggetto ritenuto responsabile della violazione. E’ il caso del veicolo circolante senza copertura assicurativa, fattispecie che non può certo essere ritenuta assimilabile all’accertato reato di lottizzazione abusiva (Cass. civ., S.U., 30 maggio 1989, n. 2635, cit.).

Si è, pertanto, realizzato a favore dell’ente un acquisto della proprietà a *titolo originario* e, dunque, libera da ogni altro qualsivoglia diritto di natura reale e/o personale. Tale affermazione trova pieno riscontro nella giurisprudenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione, la quale ha stabilito che “*l’acquisizione al patrimonio comunale costituisce una sanzione ablativa a carattere reale dalla quale consegue in favore dell’ente pubblico l’acquisto della proprietà dell’immobile a titolo originario nei confronti di tutti i terzi*” (Cass. civ., S.U., 28 ottobre 1998, n. 10736).

Occorre, ulteriormente e brevemente chiarire, senza pretesa di esaustività, che nel caso di specie, la confisca cosiddetta urbanistica, è intervenuta a seguito della sentenza di primo grado, che ha determinato il trasferimento dei beni in capo all’ente, a titolo originario e, conseguentemente, si è avuto il trasferimento dei beni liberi da ogni peso ed oneri di natura reale ed ancor di più di natura obbligatoria. Sul punto è illuminante la sentenza della Cassazione penale (Cass. pen., Sez. III, 29 maggio 2007, n. 21125) la quale ha affermato che: “... *a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che, accertando una lottizzazione abusiva, abbia disposto la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite (ex art. 44, comma 2, del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380), si realizza, infatti, l’immediata acquisizione delle aree e degli immobili al patrimonio disponibile comunale, con titolo per la trascrizione nei registri immobiliari. Conseguentemente, il trasferimento della proprietà dei beni al Comune mette quest’ultimo in condizione di dare ad essi la destinazione che riterrà opportuna, in quanto con il provvedimento di confisca l’intervento del giudice si esaurisce e il diritto dell’ente locale sul bene diviene pieno e incondizionato*”.

patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari.

2-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi suscettibili di realizzazione mediante denuncia di inizio attività ai sensi dell’articolo 22, comma 3, eseguiti in assenza o in totale difformità dalla stessa. [3]

NOTE:

1 Sanzione incrementata dall’art. 32, comma 47, D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

2 Lettera modificata da avviso di rettifica pubblicato nella G.U. 13 novembre 2001, n. 264.

3 Comma aggiunto dall’art. 1, comma 1, lett. r), D.Lgs. 27 dicembre 2002, n. 301.

Si è realizzato a favore dell'ente un acquisto della proprietà a *titolo originario* e, dunque, libera da ogni altro qualsivoglia diritto di natura reale e/o personale. Tale affermazione trova pieno riscontro nella giurisprudenza delle Sezioni Unite Civili della Cassazione, in base alla quale si è chiarito che: *“l’acquisizione al patrimonio comunale costituisce una sanzione ablativa a carattere reale dalla quale consegue in favore dell’ente pubblico l’acquisto della proprietà dell’immobile a titolo originario nei confronti di tutti i terzi”* (Cass. civ., S.U., 28 ottobre 1998, n. 10736).

La natura della confisca amministrativa è diversa da quella penale e postula l’effetto estintivo del diritto di proprietà in capo al privato ed il trasferimento del diritto medesimo in capo all’ente pubblico, destinato ad operare a titolo originario e non anche derivativo, travolgendo dunque, irrimediabilmente, i diritti reali limitati gravanti sull’immobile (Cass. 26 gennaio 2006, n. 1693). Ed ancora: *“... questo senza che possa applicarsi l’art. 17 legge 47/85 relativo alla nullità degli atti tra privati, che in alcun modo è parificabile alla sanzione amministrativa della confisca da parte dell’ente pubblico e potendo assimilarsi la confisca amministrativa stessa, quoad effecta, al perimento giuridico del bene”*.

La natura ablativa del provvedimento in questione, per espressa previsione di legge, art. 44 D.P.R. 380/01, non consente alcuna possibilità di sanatoria come, invece, è previsto nelle ipotesi di abusivismo edilizio, condonabile o sanabile ai sensi dell’art. 36 D.P.R. 380/01 mediante accertamento di conformità dei beni allo strumento urbanistico.

Tra l’altro, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che: *“... a seguito del passaggio in giudicato della sentenza che, accertando una lottizzazione abusiva, abbia disposto la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite (ex art. 44, comma 2, del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380), si realizza, infatti, l’immediata acquisizione delle aree e degli immobili al patrimonio disponibile comunale, con titolo per la trascrizione nei registri immobiliari. Conseguentemente, il trasferimento della proprietà dei beni al Comune mette quest’ultimo in condizione di dare ad essi la destinazione che riterrà opportuna, in quanto con il provvedimento di confisca l’intervento del giudice si esaurisce e il diritto dell’ente locale sul bene diviene pieno e incondizionato”*⁵.

La sentenza citata⁶ continua affermando ulteriormente che: *“... ove successivamente il Comune decida di rendere edificabili quelle aree, ciò non determina il ritrasferimento della proprietà in capo agli originari proprietari, ma soltanto la possibilità che l’ente locale decida di dare corso, in proprio, alle opere di lottizzazione, di cedere i terreni a terzi, di locare i terreni o gli immobili, così esercitando in pieno il diritto di proprietà”*.

Se, dunque, l’ordine di confisca contenuto nella sentenza passata in giudicato è fonte di acquisizione dei beni al patrimonio disponibile del comune, ciò significa che il comune di quel bene può pienamente disporre *uti dominus* al pari di qualsiasi soggetto privato; può dunque locarlo, cederlo, utilizzarlo senza che il dante causa abbia sul bene alcuna ulteriore legittimazione, conferirlo quindi in trust. Sono queste, infatti, le conseguenze tipiche del provvedimento ablativo.

Dunque, il comune non sana alcunché disponendo dei beni in trust perché non doveva farlo, non ha certamente legittimato il ricorso determinandone la “resurrezione giuridica” dei preliminari di vendita mettendo all’asta i beni.

La *ratio* di tale disciplina è chiarita in maniera esemplare, sempre nella sentenza di Cassazione n. 21125/2007, dove si stabilisce che: *“... si è sostenuto che la confisca dei terreni lottizzati può porsi in conflitto con la potestà dell’ente locale di liberamente determinarsi per la gestione del territorio. Non vi sono dubbi che – in via di principio – una limitazione della potestà del comune può derivare da un ordine giudiziale che imponga dei limiti rispetto ad alcune delle possibilità di azione dell’ente o che, addirittura, le impedisca del tutto. Esempi in tal senso possono essere un (meramente teorico) divieto di edificare oppure l’ordine di demolizione. In entrambi i casi il comune si troverebbe nella impossibilità di prevedere la conservazione o l’ampliamento del numero o dell’estensione dei manufatti, dovendo addirittura, nel caso dell’ordine di demolizione, distruggere un manufatto che esiste. E’ evidente, cioè, che l’obbligo di ottemperare a tali imperativi giudiziali (positivi o negativi non fa differenza) costituisce per il comune un limite tanto legittimo quanto significativo, così che eventuali piani di espansione su quelle aree verrebbero a porsi in contrasto con il provvedimento del Giudice.*

La confisca, dopo il passaggio in giudicato della sentenza, comporta l’inevitabile trasferimento della proprietà sulla cosa dal privato al nuovo destinatario del bene, sia esso lo Stato (art. 240 c.p.) o, nel nostro caso, il comune. Ora sappiamo che la proprietà è diritto pieno, che non consente limitazioni incompatibili

⁵ Cass. pen., Sez. III, 29 maggio 2007, n. 21125.

⁶ In nota 5 *ut supra*.

con il proprio fondamento, quanto meno nel senso che va escluso che il comune possa divenire proprietario avendo a tempo indeterminato un obbligo, seppure condizionato, di retrocedere il bene”.

Ed ancora: “Se questo è vero, dalla circostanza che il Comune dopo il passaggio in giudicato della sentenza decida di rendere edificabili proprio i terreni oggetto di lottizzazione non può in alcun modo farsi derivare un obbligo, non previsto da alcuna disposizione, di ritrasferire la proprietà ai privati che subirono l’ablazione. Essendo divenuto pieno proprietario (con trasferimento a titolo originario, caratteristica che rafforza la cesura irreversibile nella titolarità dei beni rispetto ai precedenti proprietari), il comune può scegliere quale utilizzo dare agli immobili pervenutigli per ordine del Giudice. Può decidere di dare corso in proprio alle opere di lottizzazione, in tutto o in parte; può decidere di cedere i terreni a persone interessate a dare corso all’edificazione; può decidere di locare i terreni, di darli in comodato, conferirli in Trust e così via. Se così non fosse, porremmo a carico della proprietà un limite che non risulta presente nell’ordinamento e che non trova fondamento in alcuna disposizione di legge”.

1.2. CONDANNA DEL COMUNE AL RISARCIMENTO DEL DANNO AI PROMISSARI ACQUIRENTI

Con la sentenza che ha condannato gli autori della lottizzazione abusiva è stato stabilito che venisse, altresì, disposta la condanna dell’ente, in qualità di responsabile civile, al risarcimento del danno, in solido con le persone fisiche condannate anch’esse, in favore dei soggetti i quali, costituiti parte civile nel processo penale, avevano stipulato dei preliminari di vendita di immobili costruiti o costruendi nell’ambito della lottizzazione. Ritenendo, in quella sede, già accertato un danno liquidabile agli stessi soggetti promissari acquirenti dei beni immobili dall’impresa esecutrice dei lavori e che ha commesso il reato di lottizzazione abusiva nella forma della provvisionale, per una somma di svariati milioni di euro.

La giurisprudenza di merito e di legittimità ha chiarito che, in vicende quali quella descritta, l’ente acquisisce i terreni e le opere oggetto di confisca a titolo originario ed ha il diritto di disporre “*uti dominus*” degli stessi (Cass. civ. 26 gennaio 2006, n. 1693; Cass. pen., Sez. III, 29 maggio 2007, n. 21125).

Operativamente il Consiglio Comunale era chiamato a formalizzare la propria volontà di accettare i beni confiscati e ad esso trasferiti ed iscriverli nell’inventario del patrimonio disponibile del comune.

Ciò in quanto tali beni diventano indispensabili per attuare la futura programmazione dell’ente, mirata al perseguimento di obiettivi di pubblica utilità a favore della collettività, primo tra i quali la riqualificazione del territorio anche in osservanza dei criteri dettati dall’approvando PUC.

In ragione della sentenza di condanna, anche contro l’ente comunale per esservi stati imputati soggetti appartenenti alla vecchia amministrazione, nonché suoi dipendenti, in combutta con i realizzatori della lottizzazione abusiva, va sottolineato come sia doveroso per l’ente adempiere alle richieste di pagamento che sono già scaturite e scaturiranno dalla sentenza resa dal Tribunale, ma nel contempo ciò poteva comportare, non avendo le sostanze attive utili necessarie a soddisfare le ragioni creditorie dei promissari acquirenti, all’ente una dichiarazione di dissesto finanziario.

Infatti, l’ente è stato condannato in solido con gli imputati in quanto gli amministratori ed i tecnici del comune avevano favorito tale illecito e risultavano in concorso di reato con i costruttori. Per quanto riguarda il concorso doloso nelle contravvenzioni edilizie proprie, va detto che non possono essere sollevati dubbi sulla sua configurabilità nell’ipotesi in cui colui che, privo della particolare qualità soggettiva richiesta dall’art. 29 TUEd, ma essendo a conoscenza del fatto che la costruzione è realizzata in mancanza della prescritta autorizzazione, fornisce un contributo morale o materiale alla costruzione abusiva. In questo caso, infatti, sembrano ricorrere tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi, del concorso di persone nel reato. Così, risponderà a titolo di concorso doloso, ai sensi della fattispecie plurisoggettiva eventuale che risulta dalla combinazione tra l’art. 110 c.p. e la norma speciale che incrimina la violazione urbanistica, sia colui che ha fornito un consiglio all’intraneo nella consapevolezza della mancanza della autorizzazione alla costruzione dell’opera, sia colui che, con la stessa consapevolezza, ha fornito i materiali o i macchinari per la realizzazione della costruzione. Ma dovranno rispondere a titolo di concorso doloso nelle contravvenzioni previste dall’art. 44, lett. b) e c) del D.P.R. n. 380/2001, anche tutti i lavoratori dipendenti che, insieme all’imprenditore, hanno contribuito alla realizzazione dell’opera edilizia e che siano consapevoli della mancanza della prevista autorizzazione. E in quest’ultimo caso, neppure varrebbe ad escludere la responsabilità penale dei lavoratori subordinati che eseguono lavori in mancanza dell’autorizzazione, il fatto di avere realizzato la condotta illecita nell’esecuzione di un “ordine” del datore di lavoro. Infatti, come è noto, è opinione comune che il dovere al quale l’art. 51 c.p. attribuisce efficacia scriminante, non può essere quello afferente a rapporti, sia pure gerarchici, di natura privatistica, ma solamente quello relativo a rapporti di diritto pubblico.

Senonché, se, da un lato, pare indubbia la configurabilità del concorso doloso nelle contravvenzioni edilizie proprie in esame, nell'ipotesi in cui l'estraneo fornisca un qualsiasi contributo causale o agevolatore rispetto alla realizzazione della costruzione abusiva nella consapevolezza della mancanza dell'autorizzazione, dall'altro lato, va detto che tale consapevolezza deve corrispondere ad un coefficiente psicologico reale, che deve essere accertato con particolare attenzione e cautela dal giudice. Infatti, il rischio al quale si può andare incontro potrebbe essere quello di desumerlo da circostanze e elementi, come ad esempio i particolari rapporti con l'intraneo, dai quali si ritenga di potere inferire che il concorrente "non poteva non essere a conoscenza" dell'abuso edilizio.

2. LA NATURA DEI REATI EDILIZI

Va doverosamente e brevemente accennato alla natura dei reati edilizia riguardanti la fattispecie di lottizzazione abusiva. Con l'approvazione del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico sull'edilizia) il legislatore ha perpetuato la scelta di attribuire rilevanza penale ad alcune, più rilevanti, ipotesi di illecito edilizio-urbanistico, lasciando peraltro pressoché inalterato l'impianto normativo previgente, tutto incentrato sulla fattispecie incriminatrice dell'art. 20 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, il cui contenuto è stato ora trasposto, insieme a quello dell'art. 19 della stessa legge, nell'art. 44 TUEd.

In particolare, il comma 1 dell'art. 44 si atteggia chiaramente a norma penale in bianco, contenente la sola indicazione delle misure sanzionatorie con riferimento a tre tipi diversi di reati edilizi, mentre per la determinazione del precetto normativo rinvia a elementi tecnici e prescrittivi di fonte extrapenale, di natura, oltre che legislativa, anche regolamentare e provvedimentale. Le sanzioni penali ivi previste colpiscono, infatti, non solo la violazione delle leggi che disciplinano l'attività edificatoria, bensì anche l'inosservanza dei regolamenti edilizi, degli strumenti urbanistici e del singolo permesso di costruire.

Secondo il criterio risultante dal combinato disposto degli artt. 39 e 17 c.p., i reati previsti dall'art. 44 TUEd hanno evidente natura contravvenzionale, in quanto puniti con l'arresto e con l'ammenda.

L'ambito di applicazione della norma si estende alle sole opere abusive soggette al regime del permesso di costruire e a denuncia di inizio attività *ex* art. 22, comma 3, rimanendone escluse, per espressa previsione dell'art. 37, comma 6, TUEd, quelle – di minore entità – sottoposte a denuncia di inizio attività in base ai commi 1 e 2 dell'art. 22 TUEd.

Sotto il profilo soggettivo, responsabili dell'abuso, anche sul piano penale, sono, a norma dell'art. 29 TUEd, il titolare del permesso di costruire – o colui che ha presentato la denuncia di inizio attività – il committente, il costruttore e il direttore dei lavori, tra i quali normalmente viene a stabilirsi, in concreto, una situazione di concorso nel reato. Sul piano della colpevolezza, invece, la punibilità delle contravvenzioni è subordinata all'accertamento della colpa degli agenti, mentre non si richiede il dolo.

Quanto ai soggetti passivi, essi si identificano eminentemente nei terzi che traggono concreto pregiudizio dalle opere abusivamente realizzate, ma anche nell'amministrazione comunale, generalmente ammessa quale parte civile nei procedimenti penali per violazione delle norme urbanistiche, in quanto ente esponenziale degli interessi pubblici attinenti all'ordinato sviluppo del territorio del comune.

I reati edilizi devono ascrivere al genere dei reati permanenti; la permanenza si protrae per l'intera durata dei lavori e cessa con l'ultimazione degli stessi, per intervenuto completamento delle opere, o per la volontaria desistenza dell'agente. Nell'ipotesi particolare di lottizzazione abusiva negoziale, compiuta attraverso la mera realizzazione di atti giuridici, la cessazione della permanenza si situa nel momento conclusivo dell'attività negoziale e, quindi, normalmente coincide con la stipulazione degli atti di alienazione frazionata dei lotti.

Un'ulteriore caratteristica comune alle fattispecie criminose delineate dall'art. 44 TUEd è data dal potere di ordinare la demolizione delle opere abusive, riconosciuto al giudice penale dall'art. 31 TUEd stesso, con il prevedere che, con la sentenza di condanna, questi ordini anche la rimessione in pristino, ove a ciò non abbia già provveduto l'autorità amministrativa. Nell'ipotesi di lottizzazione abusiva, il comma 2 dell'art. 44 prevede altresì, quale pena accessoria specifica, la confisca dei terreni abusivamente lottizzati, a beneficio del comune.

3. I SINGOLI REATI E LE RELATIVE SANZIONI

3.1. I SINGOLI REATI EDILIZI.

Venendo alle singole figure di reato, occorre anzitutto segnalare che con l'art. 32, comma 47, del D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge n. 326/2003 tutte le sanzioni pecuniarie previste dall'art. 44

TUEd nella sua originaria formulazione sono state incrementate del 100%, dunque raddoppiate, con un inasprimento che rientra tra le misure di contrasto all'abusivismo edilizio, che si accompagnano al nuovo condono. Il comma 1, lett. a) dell' art. 44 TUEd punisce con l'ammenda fino a 20.658 euro le opere eseguite in violazione delle leggi urbanistiche e, dunque, principalmente, delle norme dello stesso TUEd, contenenti prescrizioni e modalità esecutive, nonché dei regolamenti edilizi, degli strumenti urbanistici e dello stesso provvedimento di approvazione del progetto da eseguire. Lo specifico riferimento al permesso di costruire e alla Dia di cui all'art. 22, comma 3, rafforza ulteriormente l'esclusione, dalla fattispecie incriminatrice, delle opere minori soggette a denuncia di inizio attività in base ai commi 1 e 2 dello stesso art. 22.

Devono ricondursi a tale previsione, pertanto, anche i lavori eseguiti in parziale difformità dal progetto approvato, la cui disciplina sanzionatoria, sotto il profilo amministrativo, è contenuta nell' art. 34 TUEd.

Poiché per la contravvenzione di cui al citato art. 44, comma 1, lett. a), TUEd è stabilita la sola pena dell'ammenda, l'imputato è ammesso a pagare una somma a titolo di oblazione, corrispondente alla terza parte della pena stabilita dalla legge, oltre alle spese del procedimento, a norma dell'art. 162 c.p. Com'è noto, al pagamento dell'oblazione consegue *ex lege* l'estinzione del reato.

L' art. 44 comma 1, lett. b), si riferisce, invece, alle opere eseguite in totale difformità o in assenza del permesso di costruire, o della Dia alternativa, ovvero in pendenza di un ordine di sospensione; si tratta, dunque, di una norma che completa, sotto il profilo penale, la previsione dell' art. 31 TUEd. La sanzione comminata, in tal caso, è quella dell'arresto fino a due anni e dell'ammenda da 10.328 a 103.290 euro.

La previsione del comma 1, lett. c), dello stesso art. 44 riguarda, invece, una duplice tipologia di abusi, riferendosi in primo luogo alla lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio, già disciplinata dall' art. 30 TUEd, per la quale è comminato l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 30.986 a 103.290 euro e, in secondo luogo, agli interventi edilizi realizzati in immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità, o in assenza del titolo abilitativo adeguato.

Quanto alla lottizzazione abusiva, in particolare, ove si abbia riguardo all'art. 30 TUEd, che ne delinea la nozione, prospettandola come un insieme di comportamenti, che possono anche non assumere la portata materiale di lavori edilizi, finalizzati alla futura trasformazione urbanistica dei terreni, risulta evidente che il relativo reato deve ascrivarsi alla categoria delle contravvenzioni di natura dolosa. La norma definitoria dell' art. 30 TUEd richiede, infatti, specie con riferimento alla lottizzazione negoziale, che gli atti posti in essere, in sé legittimi, siano teleologicamente orientati all'esercizio di un'attività edificatoria non ancora autorizzata, né concretamente intrapresa; per la sussistenza del reato è, dunque, imprescindibile che l'evento sia previsto e voluto dall'agente. La disciplina penale della lottizzazione abusiva si completa con la previsione dell'art. 44, comma 2, TUEd che, assorbendo la previsione dell'art. 19 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, prevede, quale sanzione accessoria, la confisca dei terreni e delle opere ivi abusivamente realizzate, da irrogare con la sentenza definitiva di condanna. Della confisca disposta dal giudice penale si avvantaggia il comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva, atteso che la sentenza produce, quale effetto automatico, il trasferimento gratuito dei terreni al patrimonio dell'ente. La stessa sentenza definitiva costituisce titolo per l'immediata trascrizione dell'acquisto nei registri immobiliari.

La seconda ipotesi disciplinata dall'art. 44, comma 1, lett. c), riguardante gli interventi in variazione essenziale in totale difformità o assenza del permesso, realizzati su immobili vincolati, è parificata *quoad poenam* alla lottizzazione abusiva.

La disciplina penale degli immobili vincolati si completa, peraltro, con il riferimento agli artt. 118 e 163 del D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali ed ambientali, che riguardano le opere illecite eseguite su edifici o aree vincolate rispettivamente in ragione del loro pregio storico, artistico, demo-etno-antropologico, archeologico, ovvero a motivo dei loro cospicui caratteri di bellezza naturale, di singolarità geologica, di valore estetico, tradizionale o panoramico.

Va segnalato, a riguardo, che il rinvio all' art. 20 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, contenuto nell' art. 163 del D.Lgs. n. 490/1999, deve intendersi ora riferito all'art. 44 TUEd, quanto alla determinazione delle sanzioni penali per l'esecuzione di opere edilizie su beni ambientali senza l'autorizzazione relativa al vincolo.

3.2. REATI EDILIZI E SANATORIA ORDINARIA

L'art. 45 TUEd stabilisce, infine, una relazione tra l'ordinario procedimento amministrativo per la sanatoria ordinaria delle opere abusive, mediante accertamento di conformità, disciplinato dall'art. 36, e l'esercizio dell'azione penale corrispondente, prevedendo la sospensione di questa in conseguenza dell'avvio di detto procedimento e sino alla sua definizione. Il rilascio in sanatoria del permesso di costruire, produce

ipso iure l'estinzione dei reati contravvenzionali in materia di edilizia. Tale previsione finisce per capovolgere la regola della priorità e autonomia del giudizio penale rispetto al procedimento amministrativo, e ciò soprattutto al fine di incentivare l'intervento riparatore del privato, volto a ristabilire il rispetto della disciplina urbanistica, sul piano materiale e formale, attraverso il conseguimento di un provvedimento in sanatoria, subordinato pur sempre alla conformità delle opere alla normativa di settore. Tale previsione, tuttavia, non si estende all'ipotesi in cui la sanzione penale colpisca la lottizzazione abusiva, per la quale la legge non prevede una possibilità di sanatoria, trattandosi di illecito (e, quindi, reato) di pericolo.

Ove, peraltro, il procedimento in sanatoria si concluda con un provvedimento di diniego, il comma 2 dell'art. 45, in ossequio a un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e di tutela del privato che vede riflettersi automaticamente le determinazioni comunali sul piano dell'azione penale, stabilisce che, nel caso di ricorso giurisdizionale avverso il diniego, l'udienza di discussione del merito avanti il tribunale amministrativo regionale competente venga fissata d'ufficio entro tre mesi dalla presentazione del ricorso stesso.

Secondo l'orientamento maggioritario della dottrina e della giurisprudenza: "il provvedimento ablatorio di confisca, ex art. 19 legge 47/85, ora previsto dall'art. 44 DPR 380/01, è sanzione amministrativa atipica, connessa all'oggettiva illiceità del bene" atto a determinare l'acquisizione di diritto e gratuita al patrimonio disponibile del Comune⁷.

Ne consegue che l'intervenuta approvazione del P.U.C., successivamente al giudicato, non ha nessun effetto sulla disposta confisca, infatti, il riferimento e l'ambito di applicazione del principio in base al quale è possibile ottenerne la revoca, giusto provvedimento autorizzatorio, è subordinato al non avvenuto passaggio in giudicato del provvedimento di confisca, nel senso che tale provvedimento sia stato adottato prima del passaggio in giudicato della sentenza penale che ha accertato la sussistenza del fatto, ancorché, come nel caso che ci occupa, abbia dichiarato la prescrizione della sua rilevanza penale per la persona fisica dell'imputato (*in tal senso Cass. Sez. III, 39916/04 e 23154/06*).

L'intangibilità del giudicato, alla luce della consolidata giurisprudenza, consente di affermare la non ammissibilità, da parte dell'Ente Locale, dell'esame delle domande di condono presentate. Ciò in ragione del fatto che la sanatoria degli illeciti urbanistici contenuta in un provvedimento dell'ente territoriale non può estinguere il reato di lottizzazione abusiva.

In altre parole, la giurisprudenza ha osservato che nelle due ipotesi: "*si è in presenza di un elemento che differenzia profondamente la disciplina del lottizzazione, quale reato urbanistico, dalla violazione edilizia prevista e sanzionata da altra parte del medesimo art. 20 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, nonché, oggi, dalla parte dell'art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380*".

Non sussistono, pertanto, dubbi sul fatto che il reato di lottizzazione abusiva non può beneficiare delle mutate disposizioni amministrative che, dopo la commissione del reato, rendano possibile edificare sulla medesima area⁸.

Negli stessi termini sopra indicati, si attestano le recenti pronunce della Suprema Corte, Terza Sezione Penale (n. 38064/2004; 39916/2004), le quali hanno precisato che: "*la sanatoria delle violazioni edilizie che, ai sensi dell'art. 36 del T.U. 380/01, determina l'estinzione del reato, non è applicabile alla lottizzazione abusiva per la negatività dell'accertamento della doppia conformità delle opere eseguite, le quali non possono mai considerarsi conformi alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione*".

Si tratta, a ben vedere, di una previsione normativa che reca il carattere della immediatezza ed obbligatorietà della confisca rispetto alla lottizzazione, considerata conseguenza di un giudizio di estrema gravità, che la rende insuscettibile di sanatoria⁹.

In sostanza, la sentenza definitiva è titolo per il trasferimento della proprietà, immediato e senza oneri, a favore del patrimonio disponibile del Comune¹⁰.

Di nessun rilievo, inoltre, appare, sotto il profilo della revocabilità della confisca, il fatto che il procedimento penale nei confronti dei responsabili della lottizzazione abusiva, sia terminato con una sentenza di proscioglimento per l'intervenuta prescrizione dei reati commessi. Infatti, come già precisato più volte,

⁷ Si tratta, osserva la giurisprudenza, d'intervento che sostituisce e supplisce l'azione della P.A., pertanto se prima che la confisca divenga efficace ed irrevocabile interviene una diversa, legittima valutazione dell'amministrazione competente, tale confisca non può essere adottata o, se disposta, va revocata. Cfr. Cass. Sez. III, 12471 del 20.12.95.

⁸ Sulla questione si vedano: Cass. III Sez. Penale sentenze n. 2408 del 12.01-06.03.1996; n. 11436 del 15.10 – 12.12.1997, rv. 230085

⁹ Cfr. Cass. n. 47272 del 30.11-29.12.2005

¹⁰ Cons. di Stato, sez. V, n. 333 del 20.04.1995. Si veda, inoltre, Cons. di Stato in decisione del 10.03.2004

l'estinzione per prescrizione del reato non fa cadere la disposta confisca del terreno abusivamente lottizzato e delle relative opere su di esso realizzate¹¹. Al riguardo appare opportuno precisare che giurisprudenza e dottrina convengono che la confisca non presuppone necessariamente la condanna dei proprietari dell'area lottizzata, ammettendo pertanto, che la sanzione venga disposta anche in caso di estinzione del reato per prescrizione e nella ipotesi di applicazione della pena su richiesta delle parti prevista dall'art. 444 c.p.p.

Conseguenza del giudicato, che contiene l'ordine di confisca, è il trasferimento della proprietà dei beni confiscati al Comune, non evitabile neppure a tutela dei terzi acquirenti in buona fede¹², così che i precedenti proprietari perdono, con i predetti beni, ogni legame giuridico e diritto sugli stessi, pure in caso di modifiche urbanistiche ed edilizie successivamente apportate all'assetto territoriale da parte del Comune. Proprio in riferimento alla posizione giuridica dei terzi acquirenti in buona fede, va rilevato che la giurisprudenza civile di legittimità si è attestata sugli stessi principi sopra esposti, ovvero che la confisca amministrativa ha origine diretta dall'ordinanza comunale, trasferendo la proprietà, in capo all'ente, indipendentemente dalla trascrizione, la quale ha solo natura dichiarativa, con immediati effetti modificativi ed estintivi dei rapporti negoziali con i terzi¹³. Quanto precede, proprio in ragione del fatto che la confisca, prevista dal D.P.R. 380/01, prescinde da una sentenza di condanna avendo natura amministrativa, ancorché aderente alla funzione sociale della proprietà, atteso che nel contrasto tra l'interesse collettivo, alla corretta pianificazione territoriale, e quello del privato, appare ragionevole la prevalenza del primo.

Da quanto sopra delineato, ne consegue che il Comune di Montecorvino Pugliano (SA) è, ad ogni effetto di legge, proprietario dell'area abusivamente lottizzate e dei fabbricati edificati sulla stessa. Di talché l'Ente può pienamente disporre *uti dominus* al pari di qualsiasi soggetto privato; nel senso che potrà esercitare tutte le facoltà proprie del diritto di proprietà¹⁴ di cui all'art. 832 c.c., ovvero: concederlo in locazione, utilizzarlo senza che il dante causa abbia sul bene alcuna legittimazione, alienarlo a terzi, anche in ragione del fatto che l'acquisto da parte del comune, per effetto della menzionata confisca, è da ritenersi a titolo originario. Si tratta di conseguenze, giuridiche, tipiche del provvedimento ablativo.

In riferimento proprio a questo ultimo effetto della esaminata confisca, la Suprema Corte, Sez. III, con nella più volte citata sentenza n. 21125/07, ha passato in rassegna le finalità del provvedimento ablativo in esame, consistenti, per l'appunto: *“nell'effetto deterrente conseguente al provvedimento stesso; nella certezza della sanzione, tale cioè da sottrarla all'incuria o boicottaggio degli amministratori locali, evitando che gli stessi siano sottoposti a pressioni da parte dei destinatari della confisca con conseguenti distorsioni delle politiche di gestione del territorio; nonché quella di attribuire al Comune la libertà di utilizzare, come detto, l'area e gli eventuali manufatti senza subire i condizionamenti di coloro che su quei beni altrimenti conserverebbero aspettative ed interessi”*.

La Corte di Cassazione con la imponente sentenza, sopra richiamata, perviene a conclusioni di tutto rispetto, e quantomeno, confortanti in ordine alla libertà di scelte, da parte dell'Ente locale, circa la destinazione ed utilizzazione dei beni confiscati.

4. DESCRIZIONE DEL PROGETTO DEL TRUST

4.1. IL PROGETTO DEL TRUST ATTUATO.

Al fine di evitare che con le sanzioni, che si comminano per la lottizzazione abusiva, l'unica scelta attuabile, assolutamente rispondente alla prevalenza di interessi pubblici, è, prima di tutto, quella di non destinare i beni confiscati alla demolizione, quanto al perseguimento di pubbliche finalità, ai sensi dell'art. 31 comma 5 D.P.R. 380/2001, vi era per il comune un'ulteriore necessità attuabile attraverso i beni acquisiti a titolo gratuito, nell'utilizzo degli stessi per:

- A. evitare il tracollo finanziario;
- B. consentire ai soggetti danneggiati dalle condotte di reato perpetrate negli anni in cui l'intera amministrazione comunale si era macchiata di gravissimi crimini per cui si sono avute plurime condanne passate in giudicato – che vantano titoli per ottenere ingentissimi risarcimenti del danno da parte del

¹¹ Conformemente dottrina e giurisprudenza. Cfr. Fiandaca – Musco, in *Diritto Penale parte speciale*- Zanichelli ed. 2009; Mantovani in *Manuale di Diritto Penale CEDAM*; Fiore *Diritto Penale UTET*

¹² In tal senso Cass. Sez. III, 07.07-04.10.2004, n. 38727; Cass. Pen. n. 10037 del 15.03.2005.

¹³ Cfr. Cass. Civile, Sez III, n. 7769 del 12 luglio 1991.

¹⁴ In tale ottica, la confisca giudiziale viene considerata come strumento atto a rispondere in modo diretto alla gravità dell'offesa all'interesse collettivo rappresentato dalla ordinata e corretta gestione del territorio. Cfr. *CASS. Sent. Cit. 21125/0*

comune, a seguito della stipulazione di contratti preliminari per l'acquisto di immobili facenti parte della lottizzazione – di ottenere un giusto ristoro economico;

- C. ottenere, contestualmente alla soddisfazione dei soggetti danneggiati dai reati, la loro rinuncia ad azioni giudiziarie già intentate o instaurabili nei confronti dell'ente, che costringerebbero il comune ad essere coinvolto in un contenzioso giudiziario della durata di molti anni, dagli altissimi costi di spese legali, con la prospettiva di dovere poi corrispondere somme molto più ingenti di quelle attuali in caso di soccombenza;
- D. riqualificare il territorio compromesso dall'intervento, procedendo anche a tutte le valutazioni di natura urbanistica da parte degli uffici competenti per consentire le alienazioni dei beni indicati in base al valore medio di mercato ed in relazione allo stato d'uso degli stessi;
- E. destinare eventuali risorse ricavabili a beneficio della collettività mediante la realizzazione di strutture di pubblica utilità.

In definitiva l'utilizzo del Trust ha reso possibile la definizione preliminarmente del contenzioso già in essere e azionabile da tutti i soggetti e parti lese per la vicenda delittuosa, nonché, sempre al fine della realizzazione di interessi pubblici prevalenti, alla dismissione degli immobili che residueranno, riguardanti il conseguimento dell'obiettivo di maggiore utilità per la comunità del comune che attinente non soltanto alla dismissione dell'esistente, ma anche alla completa riqualificazione urbana dell'intera area confiscata, mediante la realizzazione di un intervento pubblico integrato, così come di seguito illustrato.

4.2. INTERVENTO ATTUABILE

Riqualificazione urbana dell'area anche attraverso la realizzazione di un intervento pubblico integrato che preveda opere pubbliche e di interesse pubblico da destinare alla fruizione della collettività.

La categoria di opere prevista individua alcune strutture suscettibili di gestione economica e funzionale accanto ad altre opere di tipologia diversa che non prevedono la gestione.

Inoltre, è prevista la realizzazione di ulteriori strutture da alienare attraverso selezione pubblica.

L'intervento integrato è composto principalmente dalle seguenti tipologie di opere:

- a. edilizia residenziale da alienare a terzi in regime di libero mercato;
- b. edilizia residenziale pubblica da assegnare a terzi a prezzi amministrati sulla base di graduatorie approvate dal comune;
- c. parco pubblico ed aree a verde attrezzato;
- d. impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili;
- e. ulteriori strutture finalizzate all'erogazione di servizi pubblici in grado di ampliare e qualificare l'offerta del comune.

La tipologia e le funzioni delle opere pubbliche e di interesse pubblico potranno, poi, essere maggiormente dettagliate in sede di predisposizione da parte dell'Amministrazione comunale dello studio di fattibilità e del piano economico-finanziario di massima, in conformità agli artt. 128 e 153 del D.Lgs. n. 163/2006.

4.3. OBIETTIVI E BENEFICI PER LA COLLETTIVITÀ

Una innovazione nel nostro ordinamento è stato l'istituto del partenariato pubblico/privato per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Il recupero e la riqualificazione urbana si configurano quali processi di coordinamento tra obiettivi di natura generale ed interessi particolari finalizzati all'attuazione di strategie di finanziamento pubblico/privato. Nella sostanza i soggetti privati non sono solo destinatari di provvedimenti amministrativi finalizzati alla riqualificazione urbana ma assurgono ad un ruolo di protagonista nella raccolta di finanziamenti per la realizzazione delle opere pubbliche e di interesse pubblico attraverso le procedure amministrative previste dal nuovo "*Codice dei contratti pubblici*" (D.Lgs. n. 163/2006).

L'intervento in oggetto mira a restituire qualità urbana ad un'area degradata perché situata in prossimità di quartieri sorti nei decenni passati senza programmazione, senza servizi e con una scarsa qualità architettonica.

Si vuole ridare dignità architettonica al paesaggio per mezzo della costruzione di opere edilizie di qualità in un contesto che ponga l'uomo e l'ambiente al centro dell'intervento.

A tal proposito saranno utilizzate le innovative tecniche di costruzione che si rifanno ai principi di bio-edilizia e di bio-architettura, nonché alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

Con questo programma si tende al miglioramento della fruibilità dell'ambiente urbano da parte della cittadinanza, concentrando le risorse economiche nelle aree più critiche del centro urbano, realizzando una

sinergia tra gli operatori pubblici e privati che, operando di comune accordo, garantiscono l'ottenimento degli scopi previsti.

5. NATURA GIURIDICA DELL'INTERVENTO

Il trust realizzato, nel caso di specie, è volto alla realizzazione di un intervento integrato per la realizzazione di risoluzione di controversie giudiziarie tra l'ente ed i privati.

Mentre, risulta differente il trust realizzato con la realizzazione di opere pubbliche, in quanto, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, ci troviamo al cospetto di un'opera pubblica quando il soggetto realizzatore sia un ente pubblico e la stessa sia destinata al conseguimento di un pubblico interesse. Inoltre è da considerarsi opera pubblica "... ove finalizzata allo svolgimento di un pubblico servizio, anche l'opera realizzata si da un privato, ma comunque destinata a passare in mano pubblica e non solo quella che sia tale ab origine ..." (C. Stato, Sez. V, 15 marzo 2001, n. 1514).

Considerata la necessità di dover far fronte alla situazione sopra illustrata, nel rispetto degli istituti giuridici che regolamentano il nostro ordinamento, tra le soluzioni applicabili al caso di specie, quella maggiormente confacente alle necessità della P.A. è apparso il trust, istituto di origine anglosassone ed espressamente recepito come normativa comunitaria nel nostro ordinamento con legge 16 ottobre 1989, n. 364 che ha recepito la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.

Questo istituto consentirebbe all'ente di segregare i beni acquisiti a seguito della trascrizione della confisca in un patrimonio separato, gestito da un *trustee*.

Infatti, il trust consiste nel trasferimento, da parte del c.d. disponente, di un bene patrimoniale in un patrimonio separato, affidato ad un gestore denominato *trustee* e finalizzato ad una finalità specifica a favore di un beneficiario, che, in questo caso, risulterebbe essere lo stesso disponente, ossia il comune stesso, perseguito il quale, il patrimonio rientra nella sfera giuridica del disponente.

Si avrebbe pertanto la possibilità di utilizzare i beni confiscati al massimo delle loro potenzialità e di comporre la conflittualità esistente, anche attraverso la vendita degli immobili al massimo del valore.

Simili obiettivi sono perseguibili con maggiore celerità grazie all'utilizzo di procedure privatistiche, volte anche a tacitare l'insorgere di vertenze con tutti i promissari acquirenti della lottizzazione abusiva.

Si sottolinea soprattutto l'estrema flessibilità di tale istituto che consentirebbe all'ente di soddisfare le pubbliche aspettative, compreso quelle delle parti lese, in modo più celere e sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza, correttezza e soprattutto di economicità dell'azione amministrativa, mediante l'eliminazione di vertenze per milioni di euro, anche mediante la previsione di un diritto di prelazione delle parti civili che tenga conto delle pretese risarcitorie, la dismissione del patrimonio immobiliare superfluo, la realizzazione di opere di pubblica utilità anche mediante eventuale *project financing*, risultando alla fine quale beneficiaria di tutto.

In definitiva, già soltanto lo scopo deflattivo dell'esorbitante contenzioso già esistente e in futuro instaurabile risponderebbe ai criteri di pubblica utilità ed al soddisfacimento di interessi pubblici rilevanti, giustificando il ricorso a tale procedura.

La cessione dei beni anzidetti ai promissari acquirenti, sia pure in via transattiva e condizionata secondo i termini della convenzione, consentirebbe all'ente di appianare non solo il contenzioso in atto, ma di attuare le previsioni urbanistiche nella zona interessata con la partecipazione procedimentale ed economica dei privati interessati, a tutto vantaggio dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché del rispetto dei principi Costituzionali di buon andamento ed imparzialità, di cui all'art. 97 Cost..

Ecco perché l'utilizzo dell'istituto del trust si rilevava quanto mai utile per perseguire, anche, le seguenti finalità di pubblico interesse:

"Il Trust ha effetto dal momento della sottoscrizione di questo Strumento e persegue le seguenti finalità:

- 1. sopravvivenza gestionale dell'Ente;*
- 2. massima redditività delle operazioni di dismissione attuate senza alcun costo per l'ente;*
- 3. celerità e snellezza delle procedure nella totale trasparenza, con massima considerazione delle ragioni dei creditori promissari acquirenti;*
- 4. deflazione della conflittualità di tutti i soggetti danneggiati dall'Ente a seguito delle condotte oggetto dei vari processi penali di cui l'ente è parte;*
- 5. il recupero e la riqualificazione del territorio.*

In relazione alle finalità indicate al punto precedente il Trust viene istituito per provvedere in via prioritaria alla composizione, mediante il ricorso a procedure transattive giudiziali e/o extragiudiziali, tenendo anche conto delle eventuali ragioni creditorie dei promissari acquirenti, dopo avere ottenuto la

liquidità necessaria a mezzo di procedure di alienazione o comunque di sfruttamento economico del patrimonio immobiliare confiscato, di tutte le controversie aventi ad oggetto pretese risarcitorie o di ristoro economico instaurate o instaurabili da soggetti titolari di posizioni creditorie in riferimento alle già iniziate negli anni dei commessi reati, procedure di acquisto dei beni immobili oggetto del provvedimento di confisca disposto con ordinanza della Corte d'Appello di , nonché per la possibilità di realizzare opere di prevalente interesse pubblico per la riqualificazione urbana dell'intera area con interventi che prevedano la realizzazione di opere finalizzate allo svolgimento di un pubblico servizio ed interesse.”

In adempimento a tali direttive, e non esistendo precedenti in materia, né espresse normative di riferimento, in via analogica, e sulla falsariga del Regolamento per l'affidamento di incarichi tecnici esterni, in relazione alle procedure da porre in essere, e considerando che l'incarico non avrebbe comportato alcuna spesa per l'ente, è stata indetta una procedura comparativa *per curricula* con determina dirigenziale per l'affidamento di incarico professionale.

Agli stessi componenti vengono assegnate in ordine cronologico, le seguenti *modalità operative* necessarie allo svolgimento dell'incarico loro affidato:

- i. trattative con parti civili che vantano un diritto di credito scaturante dalla provvisoria;
- ii. trattative con promissari acquirenti che non hanno avuto riconosciuto nessuna provvisoria, ma che vantano dei crediti scaturenti dalla stessa vicenda;
- iii. eventuale dismissione del patrimonio immobiliare di cui sopra e riqualificazione del territorio;
- iv. realizzazione anche a mezzo di *project financing* di iniziative ed opere di prevalente interesse pubblico;
- v. definizione eventuale di altre pendenze relative al procedimento penale definito irrevocabilmente.

Si è deciso di ricorrere all'istituto del trust in primo luogo, come è dato evincere dalla delibera di Consiglio Comunale e dagli atti: istitutivo e devolutivo, per garantire la sopravvivenza gestionale dell'ente. Per fare questo occorre “utilizzare” il patrimonio trasferito al fine di reperire la liquidità idonea a formulare proposte transattive ai creditori legittimati dalla provvisoria e ad altre decine di soggetti che hanno agito o potrebbero agire civilisticamente sulla base del principio affermato in sede penale della responsabilità civile del comune per gli stessi fatti. Le modalità operative privatistiche si fanno preferire perché consentono di compiere in primo luogo una approfondita istruttoria sulla situazione giuridica dei beni trasferiti, in secondo luogo possono consentire, superando le rigidità tipiche dell'evidenza pubblica, di instaurare trattative – riconoscendo di fatto una prelazione, altrimenti non attuabile – con tutti i soggetti i quali vantando diritti di credito nei confronti dell'ente e che lo hanno sottoposto a pignoramento presso terzi per milioni di euro, riducendolo sull'orlo del dissesto finanziario. Solo dopo queste fasi, descritte in ordine cronologico nella delibera e nell'atto istitutivo, si procederà alla eventuale dismissione degli immobili o alla riqualificazione dell'area, se possibile. Si consideri inoltre che i beni sono urbanisticamente irregolari e, dunque, hanno un valore economico praticamente nullo ed avranno una commercialità solo dopo una approvazione di una variante al PUC.

6. LE MODALITÀ DI SELEZIONE DEL TRUSTEE E DEI GUARDIANI

Poiché i beni commercialmente valgono zero, essendo abusivi, e l'attività da svolgere potrebbe non produrre risultati se non si trovasse la provvista economica per formulare una concreta proposta transattiva idonea a produrre la deflazione del contenzioso già instaurato ed instaurabile, l'ente ha proceduto mediante avvisi pubblici, valutazione curriculare comparativa, attraverso le determinazioni di aggiudicazione per il conferimento degli incarichi a ufficio del trust. È stata fissata nell'atto istitutivo una data per l'espletamento dell'incarico, prorogabile, ed un compenso che verrà detratto dalla liquidità prodotta, se tale evenienza si realizzerà. In caso che tale evenienza non si concretizzi, le persone chiamate a ricoprire tali uffici non riceveranno alcun compenso, in quanto non si doveva gravare sulle già esigue finanze dell'ente.

7. LA SITUAZIONE IN CONCRETO VERIFICATA

L'istruttoria svolta dal *trustee* ha consentito di verificare che gli immobili oggetto di confisca e poi devoluti al patrimonio del trust insistono su aree assoggettate ad ipoteca per diversi milioni di euro, a seguito di mutui contratti dai costruttori con istituti di credito antecedenti ai fatti di confisca, ossia ben prima del periodo, allorché nasce il credito fondato sulla concessione della provvisoria immediatamente esecutiva, si *ribadisce sub iudice*. Gli immobili sono stati anche assoggettati ad una stima di tipo tecnico, dalla quale risulta che, quelli tra essi che risultavano quasi completati all'atto del sequestro, sono depauperati di circa il 50% del loro valore a seguito di incuria ed atti di vandalismo.

È palese che in una fattispecie in cui i beni:

- A. devono essere regolarizzati urbanisticamente;
- B. sono sensibilmente diminuiti nel loro valore per lo stato di fatto in cui si trovano;
- C. sono assoggettati ad una ipoteca superiore al valore commerciale che avrebbero, se anche completati *ex novo*,

certamente non si può intavolare alcuna trattativa con i creditori “utilizzando i beni confiscati *ex se*”, né si può costruire alcuna procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla dismissione degli stessi.

8. LA TRATTATIVA POSTA IN ESSERE TRAMITE IL *TRUSTEE*

In un quadro come quello descritto, si è presentata al *trustee* l’opportunità di proporre accordo transattivo con i promissari acquirenti i quali si addossavano tutti gli oneri per la cancellazione delle ipoteche e ultimazioni degli immobili, alcuni dei quali allo stato grezzo, dopo aver acquisito la regolare concessione edilizia a continuare i lavori ora assentiti secondo il nuovo piano urbanistico, ovviamente diverso e differente per tipologie costruttive e per volumetrie rispetto al precedente, e aver rinunciato a delle azioni di risarcimento danni nei confronti dell’ente.

La disponibilità di una liquidità da destinare in via assolutamente prioritaria ai creditori dell’ente, sotto forma di offerta economica diretta o di possibile riconoscimento di somme da considerare ai fini di una successiva permuta da attuare con gli stessi, cui si riconosceva di fatto una prelazione, resa altrimenti impossibile dal ricorso all’evidenza pubblica.

Il rispetto dei parametri urbanistici scaturenti dal nuovo PUC sull’area in questione, approvati dal Comune

Questo risultava inimmaginabile seguendo le procedure classiche dell’evidenza pubblica, che invece con il trust garantisce:

- A. celerità dell’azione amministrativa;
- B. economicità dell’azione, consentendo la cancellazione delle ipoteche e, dunque, l’acquisizione *ex novo* di un valore commerciale dell’intera area senza alcun impegno economico dell’ente;
- C. il perseguimento delle pubbliche finalità imposte dalla delibera di Consiglio Comunale e dall’atto istitutivo del trust, in quanto il prezzo della cessione dell’area viene fatto in funzione delle somme idonee a formulare una concreta offerta risarcitoria ai creditori dell’ente, che contestualmente rinunceranno a tutte le pretese e alle azioni legali intraprese. Il tutto ovviamente rispettando dei limiti di convenienza economica, non superando una certa soglia derivante da un preciso studio di fattibilità economica, per evitare di andare incontro a pretese strumentali che, di fatto, renderebbero antieconomico l’investimento. Si prevedrebbe altresì, per coloro i quali optassero per la permuta, la possibilità di acquisire un bene non più ipotecato, offrendo altresì un mutuo a tassi estremamente vantaggiosi.

9. LA FUNZIONE DEL TRUST E DEL *TRUSTEE*

Tale valutazione si basa sulla qualificazione del ruolo del *trustee* quale organismo privato e/o comunque ritiene la disciplina contrattuale scaturente dalla sua azione riconducibile alla normativa di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006 N. 163 e s.m.

La dottrina in materia sembra escludere la qualifica di organismo pubblico¹⁵; inoltre, si afferma che la disciplina pubblicistica deve necessariamente caratterizzare la fase della scelta del *trustee*, ma non obbligatoriamente i suoi atti di gestione.

Oltre la considerazione che al *trustee* non è stata attribuita nessuna funzione di carattere pubblicistico con il trasferimento di funzioni *ex se* proprie dell’ente pubblico.

Nel caso specifico, ad avviso di chi scrive, coerentemente con le finalità dell’atto istitutivo, la dismissione dei beni pubblici è l’effetto soltanto secondario di una attività prodromica realizzabile esclusivamente con modalità privatistiche, a seguito della quale si ottiene la necessaria cancellazione dell’ipoteca rendendo i beni fruibili in concreto, e si formula un’offerta risarcitoria, e dunque una proposta transattiva, utilizzando l’offerta economica dei promissari acquirenti che si renderanno successivamente acquirenti dell’area. Si sta parlando di una transazione con svariati milioni di euro che si riceveranno solo se i promissari acquirenti avranno rispettato tutte le condizioni previste nel preliminare di vendita. Sussistono

¹⁵ F. Rocco e O. Beni, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il trust: i lineamenti per una possibile convivenza* - 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.

dunque garanzie molto superiori a quelle richiedibili in un qualsiasi bando per la realizzazione di opere pubbliche.

Senza questa soluzione non c'è la liquidità per cancellare le ipoteche, né per formulare alcuna offerta risarcitoria, essendo l'ente sull'orlo del dissesto.

Come è risaputo il *trust*, che, come si desume dalla sua stessa denominazione anglofona, appartiene al sistema di *common law* ed è molto utilizzato in associazione anche con il *Project finance*, che non a caso ha la medesima provenienza ma che per il caso *de quo* non è stato utilizzato e non va confuso con lo stesso.

Infatti, il *trust* è definito come un insieme di rapporti giuridici caratterizzati dalla presenza di un soggetto – il disponente – che trasferisce beni o diritti ad un altro soggetto – il *trustee* – il quale assume l'impegno di impiegare quanto ricevuto per il soddisfacimento dell'interesse di uno o più soggetti – i beneficiari – o per un fine determinato. Ne consegue che, almeno di regola, il *trust* presuppone la presenza di tre soggetti: il *trustee* (che deve esercitare i poteri conferitigli con diligenza e nel rispetto del vincolo funzionale impresso sui beni); i beneficiari (che sono i creditori del *trustee*); il disponente (che si caratterizza per la perdita definitiva del controllo sui beni costituiti in *trust* nonché per la mancanza di qualsiasi strumento di tutela azionabile nei confronti del *trustee*, qualora questi impieghi i beni per una finalità diversa da quella indicata dallo stesso disponente). Orbene, si comprende come l'effetto che connota l'istituto è quello c.d. segregativo, nel senso che si rende il coacervo dei diritti, che possono anche non essere reali, oggetto del *trust* insensibile alle vicende che interessano il patrimonio del disponente. Al fine di rendere uniforme la disciplina del *trust*, siccome utilizzato frequentemente nelle transazioni internazionali, la Convenzione dell'Aja ha inteso provvedere alla regolamentazione dell'istituto, innanzitutto coniando la seguente definizione: “*per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o mortis causa – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato*”.

Il *trust* è stato formalmente recepito in Italia ad opera della legge (n. 364/1989) di ratifica della predetta convenzione internazionale, per cui si deve ritenere l'istituto ormai appartenente anche al nostro ordinamento, ad onta delle perplessità a più riprese avanzate dai civilisti che, ad esempio, paventano la lesione del principio di tipicità dei diritti reali o la limitazione del principio generale di cui all'art. 2740 c.c. (c.d. garanzia generica del debitore). In realtà, come si è evidenziato nelle pertinenti sedi, il *trust* ben può avere ad oggetto esclusivamente diritti obbligatori, e comunque diversi da quelli reali, e il diritto civile si è arricchito di taluni istituti che hanno praticamente rovesciato il predetto principio posto a tutela del creditore. Si pensi a Sim, Eurosim, Società Unipersonali, Fondi pensione, tutti caratterizzati dal meccanismo della volontaria separazione dei patrimoni. Il superamento di siffatte perplessità dà luogo all'ammissibilità dei c.d. *trusts* interni, cioè quelli in cui compaiono esclusivamente “soggetti” (disponente, *trustee* e beneficiari), “luoghi di istituzione” italiani, nonché “oggetti” siti in Italia, con l'unico e indefettibile elemento di estraneità rispetto al nostro ordinamento costituito dal richiamo alla legge regolatrice straniera.

10. DIFFERENZA FRA TRUST *DE QUO* E TRUST CON FUNZIONI DI *PROJECT FINANCING*

10.1. IL TRUST NELLA P.A.

La differenza per il caso pratico di *trust* che ci occupa e l'utilizzo del *trust* nella P.A. come *project financing* è netta. Nell'utilizzo del *trust* nella P.A., la dottrina ha individuato due principali tipi di *trusts* che potrebbero essere utilmente impiegati in un'operazione di *project financing*: il *Trustee borrowing vehicle* (TVB) e il *Security trustee*. Entrambi offrono maggiori garanzie ai finanziatori, ma vanno esaminati partitamente. Nel primo caso, i promotori assumono la veste di disponenti e istituiscono, mediante un negozio unilaterale recettizio, un *trustee*, al quale viene conferito l'incarico di incassare i ricavi che derivano dalla vendita dei prodotti e/o servizi conseguenti alla gestione dell'opera pubblica (ad es. i pedaggi dell'autostrada). E' chiaro che il compito principale del *trustee* sarà quello di creare un piano di riparto dei proventi, in maniera da destinare le risorse disponibili ai costi di esercizio nonché agli enti finanziatori a titolo di rimborso dei finanziamenti percepiti, mentre gli incassi residuati al termine della ripartizione così attuata potranno essere devoluti ai promotori per la remunerazione dell'attività espletata. Di qui la particolare delicatezza del compito in esame, che verrà affidato alla c.d. banca capofila, se si tratta di un *pool* di finanziatori. Il grande vantaggio che deriva dall'uso di questa formula giuridica deriva proprio dall'effetto segregativo che pone al riparo dai c.d. rischi operativi dei flussi di cassa, i quali nel caso di specie si consolidano sotto forma di denaro, che non potranno essere distolti dall'iniziativa in programma. Materialmente si ricorre all'accensione di un conto corrente da intestare al *trustee* o al *trust*, rappresentato dal

trustee. La prima variante è quella più corretta sul piano giuridico, ma impone l'esigenza di estinguere il conto per attivarne uno nuovo ogni qualvolta muti la persona del *trustee*.

Nel caso del *Security trustee* i disponenti sono ancora i promotori i quali, però, questa volta nominano il *trustee* nella fase di ideazione del progetto al fine di permettere agli istituti di credito di stanziare direttamente i fondi a favore del *trustee* stesso. Questo significa che le risorse economiche affidate sono vincolate al perseguimento di una duplice ma omogenea finalità: predisposizione della fase progettuale e successiva realizzazione dell'opera. Ora, entrambi gli strumenti appena esaminati producono tangibili vantaggi a beneficio dei finanziatori. Il primo (TVB) comporta: concentrazione in capo ad un solo ovvero a due soggetti (che, comunque, operano congiuntamente) dei compiti attinenti al rimborso del debito; maggiore rapidità delle decisioni; forme di controllo dei finanziatori. Quest'ultimo è un aspetto molto importante, in quanto il compendio normativo che disciplina il PF non contempla, ancorché oggetto di proposte specifiche in sede di sua elaborazione, forme di controllo da parte dei finanziatori, ovvero delle banche, le quali, pertanto, possono cautelarsi, cioè assicurarsi che i fondi elargiti siano effettivamente destinati al progetto realizzando, attraverso la partecipazione azionaria alla società di progetto. Per quanto attiene il *Security trustee*, i vantaggi ancora una volta si correlano all'effetto segregativo, che questa volta però si produce nel periodo della raccolta delle risorse finanziarie, con il commendevole risultato di evitare il pericolo che le somme versate non vengano distolte dalle finalità programmate per essere impiegate "per soddisfare esigenze più pressanti dell'impresa" o che possano venire "intercettate" tra il momento della loro erogazione ai promotori e quello dell'effettivo impiego nella realizzazione del programma. Ma questi vantaggi si possono conseguire anche attraverso il ricorso alla società di progetto? La risposta non può che essere negativa, in quanto il promotore non ha la certezza di aggiudicarsi la gara, tanto più che è venuto normativamente meno il diritto di prelazione, di talché la società di progetto non può essere costituita che dopo il fatidico momento dell'aggiudicazione (come del resto testualmente prevede l'art. 152 Codice appalti). Ne consegue che il trust è insostituibile nel tutelare i finanziatori attraverso l'isolamento giuridico-economico del progetto nel periodo nevralgico della raccolta dei finanziamenti, dei quali peraltro i promotori possono facilmente avere bisogno già nella fase della predisposizione del progetto da portare all'attenzione dell'Amministrazione.

10.2. LA GOVERNANCE DELLA SOCIETÀ DI PROGETTO

Si afferma, generalmente, che il primo aspetto che emerge dalla definizione normativa dell'istituto è la società di progetto, il secondo il *project management* (gestione), il terzo è il piano economico e finanziario del progetto.

Momento fondamentale è quello dell'analisi dei rischi (con o senza rivalsa).

Solitamente, al fine di tutelare l'interesse pubblico relativo alla soddisfazione del bisogno collettivo attraverso il servizio fornito dalla società (che è, invece, di diritto privato), all'amministrazione pubblica è assegnato un *potere di nomina* di alcuni membri (solitamente con un certo peso decisionale) degli organi amministrativi e di controllo, in modo da mantenere in mano pubblica le scelte che possano avere una caratterizzazione anche di politica economica e sociale, per la cui amministrazione sono necessarie deroghe alle normali logiche di funzionamento aziendale (normalmente indirizzate allo scopo lucrativo).

Non è da escludere che la società veicolo contempli la partecipazione azionaria del comune interessato all'intervento. In tal caso, dall'assunzione della qualità di socio deriva la titolarità delle posizioni giuridiche alla stessa connesse e riconosciute dal diritto commerciale.

10.3. LE GARANZIE

Giova premettere che la separazione della responsabilità del soggetto promotore dalla realizzazione del progetto non è sempre così netta, in quanto, in presenza di un particolare profilo di rischio dell'operazione, i finanziatori possono avvertire l'esigenza di assicurarsi le garanzie di rimborso dei finanziamenti erogati senza far leva unicamente sui flussi di cassa indotti dalla realizzazione del progetto. Ne consegue che anche sotto l'aspetto delle garanzie prestate possono diversificarsi molteplici ipotesi operative:

1. PF senza garanzie integrative (*without recourse*), che costituisce la forma pura di realizzazione dell'operazione di *project financing*, nel quale l'unica garanzia di rimborso è data dai flussi di cassa;
2. PF con parziali garanzie integrative (*limited recourse*), nel quale il finanziatore pretende e il promotore rilascia garanzie limitate;
3. PF con complete garanzie integrative (*full recourse*), nel quale il finanziatore pretende, e il promotore rilascia, garanzie integrali e incondizionate in ordine al rimborso del finanziamento.

Le garanzie (*Security package*) prestate in sede di PF sono prevalentemente di natura contrattuale (obblighi a carico dei partecipanti alla realizzazione e gestione del progetto), ma possono essere previste anche garanzie di natura reale a valere sugli introiti e sugli *asset* del progetto. La garanzia reale ricorrente è costituita dal pegno sulle quote/azioni del capitale sociale della S.P.V. Particolarmente importante il ricorso a coperture assicurative specifiche a fronte dei rischi (di costruzione o di gestione) che possono essere allocati all'esterno del progetto.

Altre forme di garanzie sono quelle che non servono ad assicurare direttamente il rimborso del finanziamento, quanto piuttosto si riconnettono ad aspetti di natura strumentale correlati al completamento del progetto, in base alle quali i promotori, ad esempio, si impegnano ad intervenire con un aumento del capitale, con l'immissione di liquidità con la forma del "finanziamento soci", oppure, qualora vi sia un incremento dei costi di realizzazione, assicurano un ammontare minimo di ricavi delle vendite e/o delle prestazioni, ecc.

Collegato al tema in esame è quello, al quale sopra si è fatto cenno, del *Trustee borrowing vehicle* (TVB) o del *Security trustee*, che, dando luogo alla dissociazione tra il soggetto che riceve i finanziamenti e il titolare dei ricavi, accrescono le garanzie a beneficio dei finanziatori.

11. TIPOLOGIA DEL TRUST UTILIZZATO NEL CASO CONCRETO

11.1. LA PROSPETTIVA CIVILISTICA: IL COLLEGAMENTO NEGOZIALE

Non vi è dubbio che dalla lettura del trust per il caso pratico *de quo* e dalla disciplina del Codice *in subiecta materia* traspaia, sotto il profilo giuridico-contrattuale, la compresenza di diversi schemi di contratto, discorrendo le norme di contratto di concessione e gestione, di società, di finanziamento, di fornitura, di appalto, di garanzia, ecc. Si tratta di contratti collegati, nel senso che le vicende di uno si riverberano sugli altri (c.d. collegamento contrattuale), soprattutto sul piano patologico, dovendosi assegnare al contratto di concessione e gestione il ruolo di contratto principale. Tale collegamento si atteggia diversamente a seconda delle specifiche esigenze avvertite dalle parti, nel quadro dell'esercizio della loro autonomia contrattuale e, segnatamente, della facoltà normativamente riconosciuta (art. 1322 c.c.) di concludere contratti atipici come quello di trust.

Insomma, possiamo dire che all'atipicità dell'operazione economica, sempre diversa l'una dall'altra, consegue l'atipicità dell'operazione negoziale.

11.2. CONSIDERAZIONI FINALI PER L'UTILIZZO DEL TRUST PER ENTI PUBBLICI

La prima conclusione a cui si perviene dall'utilizzo pratico dell'istituto del trust, invece delle procedure c.d. pubbliche o pubblicistiche, è che la figura del *trustee* per il caso *de quo* non riveste la funzione pubblica, va detto che con l'entrata in vigore del D.Lgs. 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. art. 3, 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. art. 3, 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. art. 3, 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. art. 3, 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, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice*”;
- 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.

Si propende 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, ciò trova ulteriore conforto nella circostanza che il Codice approvato con D.Lgs. n. 163/2006 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 comune¹⁶.

¹⁶ Per quanto attiene alla vendita degli immobili di proprietà dello Stato e degli enti pubblici statali è intervenuta una consistente e quanto mai farraginoso disciplina speciale (rimandiamo in particolare alle numerose disposizioni contenute nel D.L. 25 settembre 2001, n. 351 convertito con modificazioni in legge 23 novembre 2001, n. 410, nell’art. 3 della legge 23 dicembre 1996, n. 662, nel D.L. 30 settembre 2003, n. 269 convertito con modificazioni in legge 24 novembre 2003, n. 326 e nella legge 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 legge 24 dicembre 1908, n. 783 e il R.D. 17 giugno 1909, n. 454, peraltro derogabili per effetto dell’art. 12 della legge 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 legge 22 dicembre 1990, n. 401 e succ. modd. e intt. Inoltre, anche per tali beni è possibile procedere alla cartolarizzazione dei relativi diritti, ai sensi dell’art. 84 della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

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.

Si ritiene – 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, ai 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, deve essere sciolto il nodo relativo alla circostanza se il *trustee* assume, a sua volta, la connotazione di "organismo pubblico" ai sensi della vigente disciplina di fonte comunitaria e italiana che incardina la sua veste e qualifica di natura privata.

Pertanto 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 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.

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 l'Amministrazione Comunale potrebbe perseguire congiuntamente;
- B) 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;
- C) l'obiettivo di riqualificare la "Villa comunale" mediante la sua ristrutturazione e la sua utilizzazione quale sede degli uffici comunali;
- D) 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.

E così altri interventi in base alle esigenze dell'ente.

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.Lgs. 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 legge 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.Lgs. n. 163/2006.