

XIV CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI

UNIVERSITARI

DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

*"IMPRESE, MERCATI E SOSTENIBILITA': NUOVE SFIDE PER IL DIRITTO
COMMERCIALE"*

Roma, 26 - 27 maggio 2023

GIANLUIGI PASSARELLI

**RIFLESSIONI SUGLI EFFETTI DELLA RIFORMA DEGLI ARTT. 9 E 41 COST. SUL DIRITTO
DEI CONTRATTI E DEI MERCATI FINANZIARI**

*(Considerations on the effects of the Constitutional reform of the articles 9 and 41 on
contracts and financial markets law)*

Gianluigi Passarelli, Research Fellow at Università Telematica San Raffaele di
Roma

Abstract: The recent Constitutional reform of articles 9 and 41 has undeniable effects also on contract and financial market law.

The essay starting from the analysis of the path that has led to the aforementioned desired reform, attempts to understand whether the inclusion of environmental protection among the constitutional principles creates limits to contractual parties autonomy as well as to the financial markets operations; moreover, an attempt is made to understand whether this reform increases the discretionary power of the judge in his delicate role of interpreting the contract and balancing the underlying interests (including those of third parties), as well as that of the Supervisory Authorities.

The article concludes with the development of different solutions and auspices with the aim of guaranteeing strong and adequate protection for the environment.

Keywords: environment protection; sustainable finance; contract law; financial market; Supervisory Authorities.

Abstract: La recente modifica degli artt. 9 e 41 Cost. può presentare effetti anche sul diritto dei contratti e su quello dei mercati finanziari.

Il saggio, partendo dalla analisi del percorso che ha condotto alla predetta riforma, tenta di comprendere se l'inserimento della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali crei, di fatto, dei limiti alla autonomia negoziale ed alle operazioni nei mercati finanziari e se tale modifica aumenti il potere discrezionale del giudice, nel suo delicato ruolo di interpretazione del contratto e del bilanciamento degli interessi (anche di terzi) sottesi, come altresì quello delle autorità di vigilanza.

L'indagine si conclude con l'elaborazione di differenti soluzioni ed auspici con l'obiettivo di garantire una forte ed adeguata tutela del bene costituzionale ambiente.

Keywords: tutela ambiente; finanza sostenibile; contratti finanziari; mercati finanziari; Autorità di vigilanza.

SOMMARIO: 1. - Evoluzione storica: ambiente e tutela multilivello; 2. - Il problema dell'individuazione delle situazioni sostanziali d'interessi rapportate all'ambiente e le limitazioni all'esercizio delle iniziative economiche della novella 3. - Tutela dell'ambiente e diritti d'impresa tra ragionevolezza e proporzionalità; 4. - Sostenibilità e contratto ecologico; 5. - Contratto ecologico e possibile rapporto «trilatero» tra le situazioni sostanziali d'interesse coinvolte. 6. La tutela del bene ambiente nel sistema bancario e finanziario: poteri (e limiti) sanzionatori delle Autorità indipendenti - 7. Riflessioni conclusive.

1. Evoluzione storica: ambiente e tutela multilivello

Termini come "ambiente", "crescita economica", "sostenibilità" ed "economia circolare" sono oggi i protagonisti di un costante dibattito¹ sullo sviluppo delle moderne società industrializzate². Tali aspetti appaiono talvolta come obiettivi tra loro in conflitto, talaltra come parti coesenziali di disegni di politiche economico-sociali. Certo è che, per effetto della riforma introdotta con la Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022³,

¹ Hanno certamente dato una forte spinta al dibattito gli interventi del Vaticano negli ultimi anni, da ultimo con il convegno internazionale *The Economy of Francesco* del 2019 con cui il Santo Padre ha voluto incoraggiare un patto per cambiare l'attuale economia e dare un'anima all'economia di domani a tutela dell'ambiente e degli emarginati, della biodiversità e delle culture locali, della dignità e libertà della persona umana.

² Da ultimo sul tema G. ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. Impr.*, 2022, p. 361 ss.; D. IACOVELLI, *La riforma degli artt. 9 e 41 della costituzione nell'ecologia delle idee*, in *Jusonline*, 2022, pp. 218 ss.; M. IANNELLA, *L' "European green deal" e la tutela costituzionale dell'ambiente*, in *federalismi*, 2022, pp. 171 ss.; per i primi significativi contributi su tale tematica cfr. *ex multis* M. PENNASILICO, *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, pp. 15 ss.; D. AMIRANTE, *Diritto ambientale e Costituzione*, Milano, 2000, *passim*; D. PORERA, *La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione Globale"*, Torino, 2009, *passim*;

³ Una riforma, questa, particolarmente significativa, che trae spunto (anche) dalla nota vicenda giurisprudenziale dell'ILVA di Taranto dove la Consulta è stata costretta ad intervenire per due

tanto il benessere economico quanto la tutela ambientale paiono aver trovato una chiara sintesi nel novellato testo dell'articolo 9 ma soprattutto nel 41 della Costituzione. Muovendo da siffatte premesse, al fine di comprendere le ragioni sottese all'aggiornamento dei predetti articoli, appare indispensabile ripercorrere, a grandi linee, il percorso che ha portato a tale auspicato risultato.

Prima di tutto, occorre ricordare che negli anni settanta, sotto il profilo civilistico, si tentò di rielaborare il diritto ambientale soprattutto mediante i modelli forniti dagli artt. 844 e 2043 cod. civ. Ebbene, la dottrina civilistica scorse un diritto alla tutela ambientale solo con riguardo alla proprietà ed alla disciplina delle *immissiones in alienum ex art. 844 c.c.*, pertanto, criterio per costituire una legittimazione attiva doveva ricercarsi solo nella *vicinitas* ad una fonte inquinante⁴. Difatti, all'interno della Carta fondamentale non si rinveniva una definizione di «ambiente» e, tra l'altro, si è altresì rimasti per lungo tempo smarriti sul se fosse possibile intravedere un qualche profilo di protezione costituzionale. Solo dopo gli anni settanta, i due fronti, comunitario e interno, iniziarono a pensare seriamente a tessuti legislativi che potessero regolamentare la tematica ambiente nonché ad uno scrupoloso controllo della Pubblica Amministrazione.

volte nell'arco di soli cinque anni, risolvendo in modo esattamente opposto la collisione fra i medesimi diritti. Per alcune notazioni sulle pronunce della Consulta cfr. *infra* nota 26.

⁴ Si veda A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 1/1986, pp. 32 ss.; M. PICCINNI, *Immissioni e tutela della persona. Contaminazioni personalistiche dell'art. 844 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2012, p. 30 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, in *Nuova giur. civ.*, 2021, I, p. 850 ss.; V. DINI, *Il diritto soggettivo all'ambiente*, in *Giuristi Ambientali*, 2004, p. 11. Sul punto si segnala R. PICARO, *Danno Ambientale e possibili rimedi civilistici: profili applicativi della disciplina codicistica sulle immissioni*, in *Diritto e gestione dell'ambiente*, Napoli, 2002, pp. 113 ss.; ID., *Il divieto di immissioni tra relazioni economiche e bisogni esistenziali*, Napoli, 2000, *passim*; F. SBORDONE, *Le immissioni*, commento all'art. 844 c.c., in *Codice della Proprietà e dei diritti immobiliari* (diretto da F. PREITE – M. DI FABIO), I Codici notarili commentati, G. BONILINI – M. CONFORTINI, Milano, 2015, p. 720, il quale rileva che: «E' fuor di dubbio che - laddove l'immissione sia direttamente nociva per la salute dell'uomo (art. 32 Cost.) oppure sia causa di inquinamento ambientale (cioè, come si sosteneva in passato, prima dell'entrata di specifiche norme di tutela dell'ambiente, causa di "insalubrità" dei luoghi) - non si possa in alcun caso ricorrere al c.d. giudizio di tollerabilità (nel senso che l'attività del fondo immittente, costituendo illecito civile extracontrattuale, non potrebbe per ciò stesso essere tollerata; cfr. C.Cost. n. 247/1974; C.civ., S.U., n. 3164/1975; C. civ. n. 8420/2006). È però, al tempo stesso indiscutibile che, nell'ipotesi di immissione lesiva, l'inibitoria di cui all'art. 844 c.c., di là dall'autonoma tutela risarcitoria, possa costituire rimedio preventivo o attenuativo del danno da preferirsi (o comunque incentivarsi) rispetto alla mera riparazione economica della lesione all'integrità psicofisica dell'individuo».

In tale contesto, la dottrina, si è caratterizzata per posizioni contrapposte sulla nozione di ambiente; da un lato la tesi «pluralistica»⁵ secondo la quale la nozione di ambiente e la sua tutela si fondano, in sostanza, su una pluralità di interessi come ad es. la tutela del paesaggio, il governo del territorio e la tutela contro l'inquinamento; dall'altro, la tesi «monista»⁶ che sosteneva l'unicità del bene, ossia il bene tutelato è unico.

Ancora, non vanno sottaciute le due concezioni, «ecocentrica», secondo cui l'ambiente è meritevole di tutela in quanto tale, nonché quella «antropocentrica» in base alla quale l'ambiente merita tutela poiché luogo in cui prospera l'uomo, da solo e nelle formazioni sociali in cui si sviluppa la sua personalità⁷. Per completezza espositiva, giova evidenziare che anche nella legislazione ordinaria è assente una definizione di ambiente valida a tutti gli usi. Certamente tale non può ritenersi quella di cui all'art. 300 del d.lgs. 152/2006, riferita al solo danno ambientale risarcibile⁸, il quale qualifica l'ambiente come comprensivo dell'utilità economica dallo stesso ricavabile, né quella fornita dall'art. 5 dello stesso decreto in tema di impatto ambientale, che offre una definizione volta a considerare gli effetti sull'ambiente dell'attività antropica, non considerando, tuttavia, l'ambiente in sé.

Occorre tracciare, senza pretesa di esaustività, il processo evolutivo sul formante legislativo europeo e interno. Orbene, l'iter inizia dalla Conferenza di Stoccolma che ha condotto i Capi di Governo⁹, a livello mondiale, ad una sempre maggiore attenzione alla questione inerente all'ambiente determinando, inevitabilmente, riflessi sul panorama

⁵ Ex multis M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15.

⁶ Ex multis A. GUSTAPANE, *Tutela dell'ambiente*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992, p. 507; P. MADDALENA, *L'ambiente valore costituzionale nell'ordinamento comunitario*, in *Cons. St.*, 1999, n. 5-6; F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente. Inquinamenti e riforma sanitaria*, Milano, 1980, pp. 71 ss.; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria di ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215.

⁷ Sul punto si rinvia a M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente: contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, 1996, 41 ss.

⁸ «È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima». Per maggiori spunti F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in Id. e S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, p. 171; M. TRIMARCHI, *Danno ambientale e diritto comunitario*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, p. 165.

⁹ Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano del 1972.

europeo¹⁰. Al riguardo preme ricordare che la protezione ambientale non era menzionata fra le norme del Trattato C.E.E. di Roma del 1957 e ciò per due ragioni di fondo: anzitutto perché in quegli anni era quasi assente l'idea di mettere al centro del discorso tali tematiche, ma anche, soprattutto per motivi legati agli Stati che avevano dato in sostanza priorità a profili squisitamente economici che, all'epoca, chiaramente prescindevano dalla tematica ambientale. Detto ciò, timidamente alcuni concreti passi per la tutela ambientale, si possono far risalire al 1972, quando il Consiglio Europeo autorizzò il primo Programma d'Azione per tutelare l'ambiente (1973-1976).

Si salda perfettamente con quanto riportato il formante giurisprudenziale comunitario che sostenne l'esigenza di rendere uniforme la legislazione ambientale negli Stati membri, in quanto le divergenze relative conducevano a distorsioni nella concorrenza tra gli Stati comunitari¹¹.

Solo nel 1987, con l'Atto Unico Europeo, la tutela ambientale viene inserita nel trattato C.E.E. in un Titolo avente ad oggetto la politica ambientale, composto dai tre articoli 130 R¹², 130 S e 130 T.. Ancora, si ebbe, nel 1993, il Trattato sull'Unione (Maastricht) il quale certamente è conosciuto, tra l'altro, anche per aver attribuito alla tutela ambientale lo *status* di politica comunitaria, inserendo tra le finalità della Comunità quella di promuovere «una crescita sostenibile non inflazionistica e che rispetti l'ambiente», e di aver modificato il citato articolo 130 R, stabilendo che la politica in materia ambientale della Comunità dovesse essere tesa anche alla «promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale», cosicché approntare «un elevato livello di tutela (ambientale), tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità». In seguito, il Trattato di

¹⁰ Sul diritto ambientale europeo, si suggeriscono le seguenti letture: J.R. SALTER, *European Environmental Law*, Nijhoff, 1995, *passim*; J.H. JANS – H.B. VEDDER, *European Environmental Law*, Amsterdam, 2008, *passim*.

¹¹ C-91/79, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana*, sentenza del 18 marzo 1980, in *Banca Dati Dejure*. Degna di nota è anche una ulteriore pronuncia in cui la Corte nella causa 240/1983, in C-240/83, sentenza del 7 febbraio 1985, in *Banca Dati Dejure*, che statui che «la tutela dell'ambiente costituisce uno degli scopi essenziali della Comunità» con la conseguenza che l'esigenza della sua protezione era idonea a giustificare talune limitazioni del principio di libera circolazione delle merci.

¹² Precisamente tale articolo fissa gli obiettivi della Comunità in materia di salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità ambientale, protezione della salute umana ed utilizzazione razionale delle risorse. Lo stesso articolo, inoltre, indicava i principi fondamentali alla base della politica comunitaria ambientale, ovvero: i principi di prevenzione e di precauzione ed il principio «*chi inquina paga*».

Amsterdam inserì l'art. 6 nel Trattato istitutivo della Comunità Europea, con il quale si prevedeva il raggiungimento di un punto d'incontro tra le azioni di sviluppo economico e sociale della Comunità con le esigenze di tutela ambientale, *«nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»*¹³. Tassello fondamentale - evidentemente la tappa legislativa che dà cittadinanza alla tutela ambientale - è l'inserimento della difesa dell'ambiente nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il cui art. 37 statuisce che: *«Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile»*. Solo allora, la tutela dell'ambiente assume la veste di principio dell'Unione Europea e ciò influenzerà, positivamente, sia la politica nelle sue scelte che le corti nazionali ed europee.

Non da ultimo preme ricordare che questo *topic* è, ad oggi, al centro della Agenda ONU 2030 che, come noto, rappresenta un accordo politico dove i governi, le organizzazioni internazionali, le imprese private, il mondo accademico e la società civile si impegnano ad un compito collettivo da assolvere: individuare le vie di sviluppo ambientale, sociale ed economico¹⁴.

Tale percorso ha condotto alla recente (auspicata) riforma costituzionale degli artt. 9 e 41 Cost. che introducono la tutela dell'ambiente e della biodiversità tra i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale e che pongono il problema, indagato nella presente indagine, della valutazione delle conseguenze (o degli effetti) di tale manovra nel quadro giuridico relativo al diritto dei contratti - in cui appare opportuno ricomprenderci nella sua veste più ampia di atto di autonomia negoziale anche gli statuti

¹³ L'articolo 6, ora art. 11 del TFUE, stabiliva che: *«Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'articolo 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»*. In realtà, il concetto di "sviluppo sostenibile" è iniziato per la prima volta ad essere al centro del dibattito nel *Rapporto Brundtland* del 1987. In quella sede, la Commissione mondiale sull'ambiente e sullo sviluppo prendeva atto della costante erosione delle risorse disponibili e proponeva un modello di crescita economica proiettato al futuro, che non compromettesse la possibilità delle generazioni di domani di soddisfare i propri bisogni.

¹⁴ D. DENNY - D. CASTRO - E. YAN, *Agenda 2030 Measurements and Finance: Interaction of International Investment Law and Sustainability*, in *Veredas do Direito*, 2017, p. 59.

societari¹⁵ nonché i patti parasociali nella veste di tipico atto di autonomia di impresa¹⁶ - ed a quello dei mercati finanziari.

2. Il problema dell'individuazione delle situazioni sostanziali d'interessi rapportate all'ambiente e le limitazioni all'esercizio delle iniziative economiche della novella

Occorre, allo stato, individuare le delicate situazioni sostanziali d'interessi rapportate all'ambiente; in altre parole occorre individuare i soggetti possibili titolari della tutela dell'ambiente. Non si può prescindere dal valutare talune posizioni maturate tra gli studiosi della materia sulla nozione di "diritto all'ambiente". Esattamente, si è affermato che questo vada inteso come «*formula evocativa di una rosa di situazioni soggettive diversamente strutturate e protette*»¹⁷ ovvero come un «*fascio di rapporti giuridici*»¹⁸. Ciò posto, le posizioni giuridiche in rassegna sono state, negli anni, sottoposte al crivello del giudice sia amministrativo che di legittimità. Infatti, è stata acclarata, a più riprese, l'esistenza di un diritto soggettivo strettamente collegato agli artt. 32 e 42 Cost.

Più precisamente, ci si riferisce a due pronunce, non di recente conio, della Corte di Cassazione a Sezioni Unite¹⁹, riprese, tra l'altro, dal Giudice delle leggi²⁰ (a distanza di anni) nella parte in cui si imprime la veste di diritto fondamentale dell'individuo alla tutela ambientale. Sul punto occorre precisare che in ciascun *decisum* non emerge una stretta correlazione tra ambiente e posizione del soggetto, ma un filo rosso che permea

¹⁵ Sulla soggezione degli atti di autonomia di impresa ad un controllo "forte" nel merito degli interessi in concreto perseguiti cfr. C. ANGELICI, *Introduzione alla riforma delle società di capitali*, in *Il Nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, Torino, 2006, p. 3 ss.; Id. *Note minime su "Libertà contrattuale e i rapporti societari"*, in *Giur. Comm.*, 2009, p. 403 ss.; M. LIBERTINI, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2008, p. 601 ss.

¹⁶ P. M. SANFILIPPO, *I patti parasociali*, in G. GITTI - M. MAUGERI - M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, in Bologna, 2012, p. 417 ss.; ID. *I patti parasociali: per una riflessione sulle tecniche di controllo*, in *Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano 2014, *passim*.

¹⁷ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 185 ss.; B. CARAVITA, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di formazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI - M. CECCHETTI - A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, II, Firenze, 1999, *passim*; G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, pp. 1133 ss.

¹⁸ B. CARAVITA - A. MORRONE, *L'organizzazione costituzionale e l'ambiente*, in L. NESPOR - A.L. DE CESARIS (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 1999, pp. 71 ss.

¹⁹ Cass. S.U. 9 marzo 1979 n. 1463, in *Banca Dati Dejure* e Cass. S.U. 6 ottobre 1979 n. 1572, in *Banca Dati Dejure*.

²⁰ Corte Cost. 28 maggio 1987 n. 210, in *Banca Dati Dejure*.

il diritto alla salute. Infatti, spesso è richiamata la posizione giuridica attraverso la dizione «*diritto ad un ambiente salubre*». In tale contesto, non va nemmeno sottaciuta la circostanza che la predetta giurisprudenza ha affermato che il diritto soggettivo andrebbe interpretato in una triplice dimensione, esattamente: personale, sociale e pubblica²¹.

Quanto sopra apre una riflessione sulla circostanza che pure se accettassimo il riconoscimento di un diritto soggettivo riguardante l'ambiente, deve ammettersi, tuttavia, che tale diritto sovente è accostato al diritto alla salute ma anche ad ulteriori situazioni sostanziali di interessi teoricamente incompatibili, quale ad esempio il diritto allo sviluppo. Con riguardo a quest'ultimo, inteso non solamente come libertà d'iniziativa economica, ma soprattutto come «*diritto ad affrancarsi dalla condizione di povertà*»²², allora, diventa importante il bilanciamento di cui si deve far carico la P.A. agendo discrezionalmente. Certamente, occorre rilevare che, affidare alla P.A. tale potere, comporta l'esistenza di interessi legittimi (posizione giuridica soggettiva di vantaggio) che si perfezionano mediante la tutela di un ulteriore interesse del soggetto, meramente strumentale, alla legittimità dell'atto amministrativo e soltanto nei limiti della realizzazione di tale interesse strumentale²³.

In tale contesto, non sarebbe estraneo all'economia del presente discorso, richiamare il concetto di relatività delle posizioni giuridiche soggettive, ossia il medesimo rapporto di un soggetto con un bene può presentarsi, come è stato acutamente affermato in dottrina «*a seconda dei casi e dei momenti, e perfino a seconda del genere di protezione che il soggetto faccia valere [...], ora come un diritto soggettivo, ora come un interesse protetto in modo solo riflesso*»²⁴. Quindi, trovando l'ambiente tutela a livello costituzionale, ad avviso di

²¹ In particolare secondo la sopra menzionata giurisprudenza costituzionale: « [...] ad avviso dell'organo nomofilattico la stessa configurabilità del bene-ambiente e la risarcibilità del danno ambientale, pur specificamente regolato dalla L. n. 349 del 1986, art. 18, trovano "la fonte genetica [...] direttamente nella Costituzione, considerata dinamicamente e come diritto vigente e vivente, attraverso il combinato disposto di quelle disposizioni (artt. 2, 3, 9, 41 e 42) che concernono l'individuo e la collettività nel suo habitat economico, sociale e ambientale" ed ha ritenuto, pertanto, che, anche prima della L. n. 349 del 1986, la Costituzione e la norma generale dell'art. 2043 c.c., "apprestavano all'ambiente una tutela organica"; così Cass. 19 giugno 1996, n. 5650 (relativa alla catastrofe del Vajont del 1963)».

²² C.E. GALLO, *Ambiente e posizioni soggettive della persona*, in R. FERRARA – P.M. VIPIANA (a cura di), *I "nuovi diritti" nello stato sociale in trasformazione*, Padova, 2002, pp. 81 ss.

²³ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 293 ss.; C. E. GALLO, *op. cit.*, pp. 94 ss.

²⁴ E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 95; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966, pp. 183 ss.

chi scrive, ciò comporta una significativa dilatazione della sfera di posizioni giuridiche dallo stesso interessate²⁵.

Alla luce delle predette argomentazioni e toccando più concretamente il tema oggetto del presente lavoro, si può sostenere che al concetto di ambiente è possibile saldare posizioni soggettive variegata. Questo, induce a parlare di «diritto all'ambiente», il che mira a favorire l'esistenza contemporanea di multiformi situazioni giuridiche tratteggiate da relatività in funzione di quei valori da ponderare anche con specifico riferimento al diritto dei contratti e dei mercati finanziari strettamente collegati all'art. 41 Cost.. Difatti, il predetto principio costituzionale pone delle limitazioni relative all'esercizio delle iniziative economiche pubbliche e private²⁶ che, con la nuova formulazione, non potranno più nuocere all'ambiente e dovranno, al contempo e per quanto *infra* specificato²⁷, essere sottoposte a controlli.

Difatti, in ossequio alle predette finalità, l'art. 41 Cost. ha da sempre rappresentato un paradigmatico esempio di disposizione "complessa": da una parte, infatti, il comma 1 proclama la libertà dell'iniziativa economica privata e, d'altra parte, i successivi commi 2 e 3 pongono vari limiti a tale libertà²⁸. Tali limiti sono, peraltro, di due diverse specie: il secondo comma prevede quelli che possono essere definiti come limiti "negativi", ossia divieti di esercitare l'iniziativa economica in quelle forme che si rivelino dannose per altri valori costituzionali; mentre il comma terzo presenta i cosiddetti limiti "positivi", consistenti nella possibilità di interventi pubblici, coperti da riserva di legge, volti ad indirizzare e coordinare l'attività economica verso interessi diversi da quelli che caratterizzano i singoli imprenditori. A partire dalla summenzionata novella costituzionale, inoltre, lo spettro dei limiti che l'art. 41 Cost. pone all'iniziativa

²⁵ Per alcune interessanti notazioni cfr. F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, 2009, p. 491 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1996, p. 345 e M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2000, *passim* che sottolineano che all'affermazione del valore costituzionale ambientale consente di superare la prospettiva che ricostruisce l'ambiente unicamente come situazione giuridica soggettiva configurandolo invece come obbiettivo primario dell'ordinamento, che ben può includere al suo interno la tutela di determinate situazioni soggettive diversamente strutturate, ma non può certamente esaurirsi in esse.

²⁶ Così, secondo nozioni manualistiche, P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2001, p. 465; G. AMATO - A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994, *passim*.

²⁷ Cfr. §§ 4 -5.

²⁸ Per maggiori delucidazioni si rimanda a M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 79 ss..

economica pare aver subito un ampliamento. In particolare, il comma 2 non si limita più a prescrivere che l'iniziativa economica non possa svolgersi *"in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"*, bensì estende il novero dei beni tutelati, riformulando il divieto di arrecare danno nei seguenti termini: *"alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"*. Inoltre, il comma 3 prevede ora che l'attività economica possa essere soggetta a programmi e controlli che la indirizzino non più solo *"a fini sociali"*, bensì anche *"a fini ambientali"*.

A ben vedere, dunque, l'art. 41 Cost. risulta, oggi, una norma in cui il dialogo tra attività economica e tutela ambientale, pare aver trovato un esplicito riconoscimento costituzionale. L'introduzione di nuove limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata sarebbe suscettibile di ridisegnare gli equilibri fondamentali incorporati nella Carta costituzionale, che sono alla base della stessa forma di stato sociale, in quanto verrebbe a rideterminare i parametri dell'intervento dello Stato nell'economia. In particolare, la riforma vuole segnare una svolta ambientalista nella Costituzione, non solo proclamando nuove garanzie per l'ambiente rispetto alla libertà di cui all'art. 41 Cost. comma 1, ma anche antepoendole – almeno, secondo il parere di chi scrive, in ordine di menzione – a quelle della sicurezza, della libertà e della dignità umana²⁹.

²⁹ Sulla delicata questione del bilanciamento dei diversi diritti e sul carattere preminente di alcuni diritti su altri, sebbene con riferimento ad altro articolo della Carta, valga ricordare che, in senso contrario, il Giudice delle leggi non condivideva l'assunto per cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore del «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto agli altri diritti della persona. Del pari, la qualifica giurisprudenziale dei cd. «valori primari», riferita a salute e ambiente (sent. cost. n. 365 del 1993), non varrebbe a collocarli all'apice di una rigida gerarchia tra diritti fondamentali. Difatti, la menzionata sentenza statuisce che: «se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Di qui il rigetto della questione di costituzionalità sollevata dal g.i.p. di Taranto in merito al celeberrimo caso dell'ILVA che sottolinea a chiare lettere: «la *ratio* della disciplina censurata [il d.l. n. 207 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 231 del 2012] consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso». Invece in senso difforme, a distanza di pochi anni, nella sentenza cost. n. 58 del 2018, al contrario, la continuità produttiva dell'ILVA di Taranto doveva cedere dinanzi alle «esigenze di tutela della salute, sicurezza e incolumità dei lavoratori, a fronte di situazioni che espongono questi ultimi a rischio della stessa vita». Per indicazioni in tale senso cfr. I. SPEZIALE, *Il nuovo paradigma dell'impresa sostenibile*, in *Cont. imp.*, 2022, p. 763 la quale rileva: «al netto degli elementi di diversità fra i due «decreti Salva ILVA», si percepisce un chiaro mutamento di prospettiva da parte della Consulta che, nel 2018, ha richiamato espressamente i limiti costituzionali all'attività d'impresa, la quale, a norma dell'art.

La reale portata della riforma che qui ci occupa non può essere compresa senza prima aver correttamente inquadrato il contesto normativo di riferimento e, quindi, la struttura dell'art. 41 Cost. In particolare, laddove si volesse ipotizzare che la Legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022 abbia sovvertito l'originario impianto della disposizione di cui all'art. 41 Cost., introducendovi una nuova gerarchia di valori e beni costituzionali di stampo marcatamente ambientalista, diverrebbe imprescindibile valutare in che modo il contenuto della riforma possa dirsi innovativo rispetto ad un testo che poneva proprio al centro i concetti di "utilità sociale" e "fini sociali", senza invece mai preoccuparsi di menzionare il bene-ambiente (almeno apparentemente)³⁰.

Ebbene, l'art. 41 Cost. costituisce una disposizione dal complesso tessuto sintattico e concettuale, contenendo l'espressa previsione del delicato rapporto tra una libertà ed i suoi limiti. Tra questi ultimi, certamente spiccano – anche nell'attuale formulazione – quelli legati al concetto di "utilità sociale", come sancito al comma 2 dell'articolo in commento, ed alla possibilità che la legge fissi "i programmi e i controlli" per indirizzare e coordinare l'attività economica "a fini sociali", di cui al successivo comma 3. Il risultato sarebbe una visione dell'utile sociale tale per cui il mercato e l'ambiente si fondono in una prospettiva di ineludibile e mutuo beneficio, dovendo il mercato sostenere e promuovere l'ambiente, sia per non sottrarne la fruibilità alle future generazioni ma anche per far fronte alla pochezza di risorse da cui il mercato stesso è attanagliato³¹.

41 Cost., deve esplicitarsi in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana". Per un approfondimento sul caso ILVA di Taranto cfr. Per uno studio del celeberrimo, quanto oggettivamente complesso, caso ILVA di Taranto appare utile rimandare, *ex plurimis*, alle analisi in F. PIRRO, *L'incidenza dello stabilimento siderurgico dell'ILVA di Taranto sull'economia provinciale e regionale*, in *Rivista Economica del Mezzogiorno*, n. 1-2/2011, pp. 235-264; G. AMENDOLA, *La magistratura e il caso ILVA. Prime riflessioni*, in *Questione giustizia*, n. 5/2012, pp. 9-18; R. BIN, *L'ILVA e il soldato Baldini*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, pp. 122-124; ID., *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza 'Ilva'*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2013, pp. 1505-1511; M. MELI, *The Environment, Health, and Employment: Ilva's NeverEnding Story*, in *The Italian Law Journal*, n. 2/2020, pp. 477-504.

³⁰ Per un primo commento cfr. R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 4, che rileva: «l'ingresso della tutela dell'ambiente all'interno dei principi fondamentali della Costituzione segna [in modo indelebile] un punto di svolta nella dogmatica costituzionale».

³¹ In questo senso sembra indirizzarsi M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 2/2019, p. 155 ss. e da ultimo R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi*, 2022, p. 39 che rileva "Non si tratta di mercificare l'ambiente, ma, semmai, di ecologizzare il mercato, con il quale, ancor oggi, pare imprescindibile fare i conti".

I due “ambienti”, naturale ed economico, non si porrebbero in rapporto gerarchico, ma di co-essenzialità e mutua assistenza: rispecchiando tanto le logiche economiche del mercato europeo, quanto il piano personalistico di sviluppo umano che è l’asse portante della nostra Carta fondamentale. In buona sostanza, la novella costituzionale del 2022 non sembra voler stravolgere l’immutabile (ma elastico e lungimirante) impianto costituzionale³², quanto porre una logica di indirizzo e promozione verso nuove forme di equilibrio tra ambiente ed impresa che si rivelino più idonee allo sviluppo sostenibile della moderna società economica, secondo una prospettiva evolutiva di – ancora oggi – utilità sociale³³.

D’altro canto, è necessario tenere altresì presente l’avvicendamento, avvenuto in tempi recenti, tra due modelli di intervento pubblico in economia³⁴. Il primo, presente fino a pochi decenni fa nell’Europa continentale ed in Italia, prevede l’intervento dirigistico dello Stato nella negoziazione dei valori mobiliari: il mercato è concepito come servizio pubblico e lo Stato interviene direttamente come controllore anche per garantirne l’efficacia allocativa. “Controllo”, in tale contesto, equivale a “governo” dei mercati e come tale lo intende l’art. 41 comma 3 Cost., quando menziona i “programmi e controlli”.

³² La portata della problematica è stata già messa in rilievo da P. PERLINGIERI, *Diritto civile nella legalità costituzionale nel Sistema italo comunitario delle fonti*, 2020, Napoli, p. 526 ss.

³³ Condivido il pensiero di A. MITROTTI, *Territorio, interessi in contesa e modifiche agli articoli 9 e 41 Cost. Prime riflessioni sul "permitting" ambientale*, in *Società e diritti*, 2022, p. 107 secondo cui “ [...] se volessimo dirla con altre parole, non sarebbe fantasioso leggere le recenti modifiche costituzionali come potenzialmente suscettibili di arricchire le tradizionali tecniche di bilanciamento tra interessi sotto il profilo di (squisita) "natura" teleologica: ossia sotto l’angolo visuale di un nuovo vincolo finalistico, direttamente, "posto" dalla Carta repubblicana in capo ai risultati "qualitativi" dei futuri bilanciamenti che impegneranno il legislatore ordinario, come pure gli interpreti della giurisprudenza, nonché l’attività delle Amministrazioni Pubbliche”.

³⁴ Tale delicata tematica merita di essere associata, ancora una volta al caso ILVA ove, come noto, occorre valutare la legittimità costituzionale di «disposizioni urgenti», emesse nel 2012 e nel 2015, per consentire la prosecuzione dell’attività produttiva di aree sottoposte a sequestro penale. Come la stessa Corte costituzionale ha chiarito, il legislatore può astrattamente intervenire in «settori strategici per l’economia nazionale» e prevedere che sequestri preventivi disposti dall’autorità giudiziaria non impediscano la continuazione dell’attività d’impresa; ma può farlo «solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco». A tal fine, la sentenza cost. n. 85 del 2013 precisava che “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (così nella sentenza Cort. Cost n. 264 del 2012, in *Banca Dati Dejure.it*).

Il secondo modello, caro alla tradizione anglosassone, concepisce il mercato, almeno inizialmente, come aggregazione nascente “dal basso”, come attività imprenditoriale privata. Qui l’intervento pubblico assume nel tempo un volto affatto differente rispetto al primo modello. Lo Stato interviene per “vigilare”, senza alcuna pretesa dirigistica: garantisce le regole del gioco, non il risultato³⁵. A questo secondo modello l’Italia si converte sotto la spinta dell’integrazione comunitaria, andando altresì a creare un apparato di controlli rappresentato dalle Autorità indipendenti. Le Autorità creano un controllo “conformativo”, una valutazione del comportamento dei soggetti vigilati “oggettiva”, di adeguamento a *standard* oggettivi. Pertanto, il “criterio guida” della legislazione economica diviene la salvaguardia della “eguaglianza nei rapporti economici”, fondata proprio sugli artt. 3 e 41 Cost. che mira a prevenire che un soggetto economico “si assicuri un’indebita posizione di vantaggio nell’esercizio dell’attività imprenditoriale”³⁶.

Dopo la riforma costituzionale *de qua* le Corti, come le Autorità indipendenti, potranno vedere ampliati i propri poteri non solo, riguardo alla possibilità di intervento nella autonomia contrattuale (e quindi statutaria³⁷) ma anche, con riferimento alle attività ispettive e di vigilanza dei mercati finanziari.

3. Il ruolo della P.A. nella tutela dell’ambiente e dei diritti d’impresa tra ragionevolezza e proporzionalità

³⁵ In tale fase storica si consuma il passaggio “dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore”, che nel nostro Paese è accompagnato dalla privatizzazione e dallo smantellamento dell’impresa pubblica. Il passaggio allo Stato “regolatore” è un potente detonatore del sistema dei controlli. La privatizzazione dei mercati, infatti, reca con sé enormi semplificazioni nella gestione, ma pure non trascurabili complicazioni: *in primis*, appunto, la creazione di un apparato di controlli, quello delle Autorità indipendenti.

³⁶ Tra i primi su tutti F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *La Costituzione economica*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, I, Padova, 1977, p. 511 ss.; G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell’impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618 ss.; G. OPPO, *Note sulla contrattazione d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 639.

³⁷ Per alcune considerazioni sul contratto sociale cfr. tra tutti G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, 2002, Torino, p. 3 ss.; A. ZOPPINI, *La società (a partecipazione) pubblica: verso una Public Corporate Governance?*, in *Riv. dir. comm.*, 19 ss.; O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, Torino, 2014, *passim*, il quale suggestivamente rileva che il legislatore ha voluto imprimere alla società a responsabilità limitata una natura contrattuale.

Nel precedente paragrafo è stata richiamata la circostanza che la P.A. nell'esercizio delle sue funzioni ha il compito di bilanciare gli interessi coinvolti. Dunque, occorre chiedersi: a quali principi ispirarsi nell'opzione, sovente nei contratti pubblici, tra protezione dell'ambiente e tutela dei diritti degli attori del mercato?

In particolare, l'Amministrazione pubblica dovrebbe assumere le decisioni in conformità a due criteri fondamentali, ossia la ragionevolezza e la proporzionalità, per meglio dire, la fissazione di limiti all'esercizio dell'attività economica deve essere influenzata dalla correlazione di queste limitazioni all'utilità sociale, nella cui sfera si individuano, certamente, la salute e l'ambiente.

Sotto il profilo dell'equilibrio tra interessi coinvolti, non va tralasciato che il Giudice delle leggi ha statuito³⁸, proprio in merito ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità, il punto di separazione tra norma a tutela dell'ambiente e diritti d'impresa. Allora occorre, nel bilanciamento degli interessi, considerare il peso specifico attribuito alla tutela ambientale; in particolare, il criterio della ragionevolezza deve essere impiegato per accertare se le norme limitative degli altri diritti fondamentali siano o meno ragionevoli, in considerazione del valore ambientale.

Muovendo da queste premesse, la questione in tema di bilanciamento è comprendere se il valore ambientale esaminato assieme agli altri interessi meritevoli di tutela, comporti, nei riguardi di questi ultimi, quella che mi permetto di definire «compressione omeopatica». Tale compressione, sostenuta a grandi linee anche in altro scritto³⁹, è tollerata (*ergo*, non soggetta a illegittimità) quando risulti ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi di tutela ambientale da realizzare. In questa direzione è noto che gli interessi che albergano nella nostra Carta costituzionale prevalgono sempre su quelli privatistici, poiché i primi mirano al soddisfacimento degli interessi generali, e quello ambientale, in quanto tale, è prevalente anche sulla autonomia negoziale, pur non sminuendo i principi di libertà che la caratterizzano⁴⁰. Ne discende

³⁸ Corte Cost. 23 luglio 1997 n. 27, in *Banca Dati Dejure*. Con riferimento alla decisione dei giudici costituzionali ad oggetto la tutela ambientale, si legga in tema, anche per ulteriori riferimenti G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in P. PERLINGIERI – S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, pp. 284 ss.

³⁹ G. PASSARELLI, *Contractual autonomy between internal and ecological dimension in Italy*, in *Juscivile*, 2022, p. 1334 ed ivi anche i riferimenti bibliografici.

⁴⁰ Tra tutti G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 16 ss.; P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, in ID., *Il diritto dei*

che è verosimile ritenere che lo stesso valore ambientale possa comprimere altre libertà, a condizione che ciò sia giustificato sempre da una necessità razionale, ovvero tutelare gli interessi della collettività.

Occorre ancora ricordare la questione delle cd. «clausole verdi»⁴¹. Esattamente, il soggetto pubblico, secondo ragionevolezza e proporzionalità, indica fra i criteri di aggiudicazione, appunto, dette clausole, con lo scopo di individuare imprenditori concorrenti che possano offrire prodotti e servizi eco-efficienti, garantendo, in tal guisa, una gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti e delle opere pubbliche.

Inoltre la Commissione europea negli ultimi anni ha, in più occasioni, resa esplicita l'importanza di agevolare, in coerenza con la sostenibilità, i mezzi volti a presidiare gli interessi ambientali nell'ambito del mercato unico e, dunque, anche dei contratti pubblici. Su tale aspetto, infatti, la contrattualistica pubblica sovranazionale, sempre più spesso, si caratterizza per i richiami all'ambiente. Un esempio è rappresentato dalla politica ambientale dei *green public procurement* nata con il fine di spingere l'evoluzione del mercato dei prodotti e servizi caratterizzati da una minore incidenza sull'ambiente. Pertanto, la prospettiva futura è quella di innovare immettendo sul mercato prodotti non impattanti da un punto di vista ecologico, grazie a ricerche volte ad apportare soluzioni di cambiamento.

Ciò posto e ricollegandoci a quanto detto sopra, è necessario anche precisare come la prevalenza del valore ambientale sull'esercizio dell'attività d'impresa non vada interpretata astrattamente ma concretamente, nel senso che la scelta della P.A. deve essere concreta nella realizzazione degli obiettivi prefissati e, pertanto, la "compressione", più volte citata, delle libertà fondamentali va intesa in maniera sostanziale, agganciata a una verifica degli scopi presi di mira. Sul punto preme riportare quanto assunto anche da alcuna dottrina, secondo cui *«la difficoltà dunque, si incontra nel passaggio tra le idee e la realtà, tra la scala dei valori ed i fatti della vita concreta, in cui troppo spesso si realizza a pieno il principio del NIMBY (not in my back yard), che sembra caratterizzare il comune sentimento ambientalistico della collettività (post)industriale e di una legislazione che è più che altro attenta a petizioni di principio, salvo agire con valvole di fuga (attraverso*

contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile, Napoli, 2003, p. 15 ss.; G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale*, oggi, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2008, p. 571 ss.;

⁴¹ Sulla questione cfr. C. IRTI, *Gli "appalti verdi" tra pubblico e privato*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2017, p. 197.

meccanismi di deroghe) in favore di (spesso forti) poteri economici, senza ottenere nessuna forma di tutela ambientale significativa per la collettività»⁴².

Il *punctum controversum* è evitare che il concetto di ragionevolezza si trasformi in abuso, o meglio che la P.A. entri nel regno dell'arbitrio. Proprio per questo attenta dottrina ha precisato che occorre «*legittimare la decisione non in ragione di principi astratti, ma di realtà concrete e verificate; di interessi reali, anziché di finalità artificiose o prefigurate*»⁴³. Concludendo, è indispensabile che la P.A. dimostri una sua idoneità nella cognizione di realtà socio-economiche sulle quali il suo «*agere*» andrà ad incidere e gli eventuali effetti che si produrrebbero a seguito della sua azione. In definitiva, se tolleriamo che le politiche e i valori ambientali abbiano impatto sui contesti socio-economici è indispensabile altresì che le decisioni maturate siano fondate su fatti concreti.

4. Sostenibilità e contratto ecologico.

È possibile ora modulare la risposta al problema da una visuale più strettamente civilistica. D'altro canto, negli anni è emersa non solo la preoccupazione, ma, soprattutto, l'esigenza di approfondire il tema dell'ambiente, specificamente, sulle tecniche della sua tutela, volgendo lo sguardo a quelli che sono gli istituti del diritto comune. Più precisamente, si è posta al centro di tale riflessione, la tutela del terzo⁴⁴ ovvero la possibilità di prevedere rimedi a tutela dell'ambiente e, contemporaneamente, se tali rimedi comprimano la sfera giuridica dei diritti dei terzi che *medio tempore* siano sorti, in particolare considerando anche un eventuale risarcimento del danno che questi abbiano patito. Tutto ciò ha condotto la letteratura civilistica a rivalutare la classica *summa divisio* «pubblico-privato» in considerazione dello spessore teorico che ha il tema in rassegna, considerando proprio il ruolo che, nell'ottica della gestione dell'ambiente, il diritto privato può assumere ma soprattutto il contributo che in tale gestione può fornire⁴⁵.

⁴² Così testualmente B. CARAVITA, *op. cit.*, Milano, 1996, p. 357.

⁴³ In questi termini G. BERTI, *Interpretazione Costituzionale*, Padova, 2001, p. 158.

⁴⁴ Per una efficace definizione di terzo rispetto al contratto cfr. M. FRANZONI, Artt. 1372 – 1373, in *Commentario al Codice Civile diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1998, p. 168 il quale ritiene che è “colui che non è parte del contratto in senso sostanziale, poiché non ha concorso a porre la regola della quale subirà gli effetti; e neppure è parte in senso formale, posto che non ha agito in nome di altri”.

⁴⁵ Sulla meritevolezza di una tutela ambientale ultraindividuale tra i primi cfr. v. G. ALPA, *La natura giuridica del danno ambientale*, in *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 1991, p. 97.

Ebbene, se riteniamo, come mi sembra preferibile, di integrare il corredo dei rimedi fondamentali idonei a contrastare le nuove forme di lesione al bene ambiente, ci accorgiamo che le relazioni sottili esistenti tra diritto privato e diritto ambientale possano essere, in realtà, inquadrare come bifronte. Per un verso, infatti, il diritto privato assume sempre più una curvatura sulle tematiche e sulle questioni sensibili legate all'ecologia⁴⁶ e dall'altro, alla riconsiderazione di alcuni istituti civilistici.

L'osservazione che, a mio avviso, occorre fare, riguarda il concetto di contratto che, per tradizione, è caratterizzato dalla sua natura e impostazione economico-giuridica, mirante a disciplinare quelli che sono gli interessi (privati) dei contraenti. Bisognerebbe, in realtà, disancorarsi (se il pensiero corre al tema ambiente e al ruolo del contratto in tale contesto) da tale impostazione al fine di raggiungere una visione del contratto nella quale si possano «fondere» ambiente e mercato⁴⁷. Tra l'altro, aggiungo, diventa pregnante principalmente la relazione tra ambiente e contratto poiché permette di andare oltre la concezione dell'accordo inteso come strumento produttivo di effetti esclusivamente tra i contraenti (art. 1372 c.c.). Sul punto in dottrina è stato autorevolmente sostenuto che se l'ambiente è «*il necessario contesto entro il quale è possibile leggere il modo d'essere del soggetto anche nella sua dinamica negoziale, nessun rapporto contrattuale è pensabile entro l'ottica riduttiva di una pattuizione anelastica, perché questa va necessariamente letta (e, in ipotesi, ridimensionata) in funzione delle sue ricadute non solo sui soggetti contraenti, ma anche su tutti coloro che dai riflessi di quel contratto vengono incisi o anche soltanto sfiorati*»⁴⁸.

In sintesi, occorre guardare la tematica da un'altra ottica, nel senso che gli istituti tradizionali, di natura patrimoniale, vanno riletti e reinterpretati. Pertanto, se consideriamo la funzione sociale questa non ha a che fare solo con il diritto di proprietà⁴⁹ ma la solidarietà emerge vigorosamente anche nei rapporti obbligatori ex art. 1174 c.c.,

⁴⁶ P. VITUCCI, *Protezione dell'ambiente e diritto privato*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, p. 933 ss.

⁴⁷ Si sono occupati del tema M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 221 s.; E. NAVARRETTA, *Principi fondamentali e autonomia privata*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in Conte e Palazzo (a cura di), in *Bibl. fond. it. not.*, 2018, p. 147 ss. Sulle differenti tecniche di protezione ambientale, v. U. MATTEI, *I modelli nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 389 ss.

⁴⁸ In questo senso la autorevole analisi di N. LIPARI, *Introduzione*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, Napoli, 2015, vol. 9, pp. 471 ss.

⁴⁹ F. BOCCHINI – E. QUADRI, *Diritto Privato*, Torino, 2011, p. 414; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, p. 447.

laddove si pone riguardo anche all'interesse non patrimoniale del soggetto attivo. Ne discende che un contratto stipulato tra due soggetti privati, pure se all'interno non contenga «clausole verdi» certamente non può contrastare con valori costituzionalmente protetti come la salute e l'ambiente. Dallo sviluppo di questi elementi è possibile ricavare, ad avviso di chi scrive, che l'analisi che occorre fare su ciascuna disposizione è vedere se quest'ultima sia rispettosa e aderente ai valori del sistema considerati nel suo insieme, poiché è sulla base di tale riflessione che germoglia il rapporto tra sviluppo sostenibile ed equilibrio contrattuale. Tale equilibrio, si badi bene, non è il ben noto equilibrio o simmetria contrattuale tra le parti ma, viceversa, quello di contenuto non patrimoniale ovvero di giustizia contrattuale, quest'ultima intesa come una esaltazione dei principi di solidarietà e proporzionalità. In buona sostanza, l'accordo contrattuale va inteso non solo negli accordi a contenuto patrimoniale ma anche con riferimento a relazioni giuridiche patrimoniali sostenibili⁵⁰.

Lo studio c.d. ecologico del contratto ha portato alcuni Autori a porsi domande, precisamente se sia possibile considerare un nuovo *genus* contrattuale: il «contratto ecologico o quarto contratto»⁵¹. La dottrina non ha mancato di evidenziare che si può parlare di «quarto o, forse, «quinto contratto», qualora si ipotizzi, come «quarto contratto», lo schema di un contratto asimmetrico «al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica»⁵².

L'analisi "ecologica" del contratto pone in evidenza che la categoria del contratto, tradizionalmente ancorata al ruolo di accordo patrimoniale, «è ormai da concepire come un modello aperto, elastico, fisiologicamente funzionale alla realizzazione di interessi anche di natura non patrimoniale»⁵³. Il contratto ecologico funge, dunque, da traino «nel processo di gestione ecologica e nel riorientamento dei consumi verso prodotti più "verdi"»⁵⁴. Occorre, quindi,

⁵⁰ Per il campo privatistico cfr. M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2014, p. 768; ID., *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2016, p. 493.

⁵¹ Per ulteriori considerazioni cfr. R. PARDOLESI, *Dalla Pangea al terzo contratto?* in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, pp. 2143 ss; E. MINERVINI, «Il terzo contratto», in *Contratti*, 2009, pp. 493 ss.; M.M. PARINI, «Forza contrattuale» e rapporti tra imprese, Roma, 2013, pp. 191 ss.; M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2017, pp. 4 ss.

⁵² Di questo avviso è E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. GITTI – G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 317.

⁵³ Lo rileva M. PENNASILICO, *Art. 1321*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3a ed., IV, 1, Napoli, 2010, pp. 353 ss., spec. 359 s., con riguardo a figure quali il contratto di sponsorizzazione, la vendita di dati personali non sensibili, il vitalizio assistenziale.

⁵⁴ Commissione CE, COM (2001) 68, «Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti», 16 s.

riflettere sul fatto che nella delicata opera di interpretazione del contratto, ovvero altresì di tutti gli atti di autonomia di impresa⁵⁵, è necessario ponderare, valutare la meritevolezza o immeritevolezza dell'accordo secondo i valori che permeano il sistema⁵⁶. In sintesi è necessario che l'interprete, con una operazione di bilanciamento, valuti sino a qual punto l'interesse perseguito dal contratto o dalla singola clausola giustifichi il sacrificio che quel contratto comporta rispetto ad altri interessi e/o tutele pur giuridicamente rilevanti come quelle a protezione del bene "ambiente"⁵⁷: solo in tal modo l'autonomia negoziale sarà lecita sotto il profilo «ecologico».

Dunque, seguendo tale ultima impostazione, l'atto di autonomia privata che sia "insensibile" rispetto all'interesse generale alla tutela dell'ambiente non sarà, evidentemente, meritevole⁵⁸. Sostanzialmente ci si trova al cospetto di un controllo (concreto) di meritevolezza che tocca l'insieme degli atti che sono stati posti in essere, evitando che un atto proveniente dal privato (anche se in via causale è legittimo) sia immeritevole poiché non tutela l'interesse ecologico. Si dovrebbe, più correttamente, parlare di «affievolimento dell'autonomia privata» ogniqualvolta il diritto soggettivo,

⁵⁵ Sul punto cfr. G. OPPO, *Note sulla contrattazione di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 638 ss.; G. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato Colombo – Portale*, Torino, 2004, p. 3 ss.; P. M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza degli statuti di società*, in *Giur. Comm.*, 2015, p. 163 - 165, il quale osserva proprio in merito agli atti di autonomia di impresa che "[...] il controllo di meritevolezza sembra avere il pregio di consentire un bilanciamento fra gli interessi in gioco, che non si arresti ad un'osservazione in astratto, puntando invece ad un esame in concreto delle clausole [...] se del caso valutando il ricorrere delle ragioni per negarne la liceità in concreto della causa, e proprio per difetto di meritevolezza degli interessi perseguiti: e ciò anche richiamando il concetto di utilità sociale ai sensi dell' art. 41 comma 2 Cost. quale limite negativo dell'autonomia privata" tipicamente secondo una valutazione *ex post*, quando esse, una volta introdotte negli statuti, trovino attuazione nell'ambito della realtà societaria in cui si calano".

⁵⁶ V. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. Cr. Dir. Priv.*, 1985, p. 485; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banc. Bors. Tit. cred.*, 1997, p. 16 ss.; E. MINERVINI, *La meritevolezza del contratto. Una lettura dell'art. 1322 comma 2 c.c.*, Torino, 2019, 3ss.; C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, pp. 222 ss. il quale assume il requisito della meritevolezza a carattere o qualità della causa.

⁵⁷ Rende l'idea del ruolo decisivo dell'interprete P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2020, p. 348, secondo cui: "Il controllo di meritevolezza in un sistema come il nostro fondato su valori forti, su norme imperative inderogabili, s'impone all'interprete".

⁵⁸ Utili spunti in tal senso, sebbene da una prospettiva strettamente legata alla gestione societaria, R. LENER – P. LUCANTONI, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, in *Banc. Bor. Tit. Cred.*, 2023, p. 9 secondo cui "[...] considerate le difficoltà di accedere ad una impostazione puramente contrattualistica, che identifichi l'interesse sociale con l'interesse dei soci, data l'assenza di un unico e identico riferimento soggettivo, l'interesse sociale, come punto di riferimento degli interessi degli amministratori, può essere ricostruito in una prospettiva procedimentale, che demanda agli amministratori la selezione e la ponderazione dei diversi interessi di cui i soci sono portatori".

nascente da contratto, degrada ad interesse legittimo poiché tocca un profilo pubblico, *rectius* il bene-ambiente. D'altro canto, il concetto di immeritevolezza è abbastanza ampio poiché non emergerebbe solo tra le parti ma anche qualora queste ultime, nell'esercizio della loro autonomia privata, ledano interessi di terzi (che non sono parte dell'accordo o esterni allo statuto sociale⁵⁹) ma che inevitabilmente, pur collocandosi questi ultimi *ab externo* rispetto all'accordo tra le parti, sono comunque portatori di interessi generali potenzialmente suscettibili di essere lesi⁶⁰.

Allora, la libertà contrattuale incontra lo scoglio insormontabile dell'utilità sociale e quindi saranno immeritevoli di tutela quei particolari interessi che sono «dannosi» sotto il profilo sociale. Costituisce un segmento logico essenziale di questa indagine l'interrogativo: si potrebbe parlare di briglia dell'ordine pubblico all'autonomia negoziale? Certamente no! Il punto di partenza è che esiste una scala dei valori costituzionalmente tutelati (ma una scala, appunto). Ciò significa che vi sono valori che pur avendo la stessa dignità costituzionale, intesa come tutela, non hanno lo stesso peso specifico. Da quanto assunto è possibile concludere statuendo che l'ordine pubblico non vuole certamente espugnare l'autonomia privata ma quest'ultima dovrà sempre cedere il passo ai valori che lo Stato erge a pilastri e sui quali poggia il «consorzio umano». Uno tra tutti l'ambiente così come la novella costituzionale richiamata ha voluto fermamente rimarcare.

5. Contratto ecologico e possibile rapporto «trilatero» tra le situazioni sostanziali d'interesse coinvolte.

⁵⁹ Significativa, a questo riguardo, l'analisi condotta sul requisito della sostenibilità degli atti di una impresa azionaria, da M. STELLA RICHTER JR., *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. Comm.*, 2021, p. 418, secondo cui: "Le società – quelle grandi e grandissime e, quindi, anzitutto, gli emittenti quotati, diventano quindi, non solo gli strumenti per lo svolgimento di attività di impresa nell'interesse esclusivo di chi vi partecipa o anche della stessa impresa in sé, ma prima ancora i tutori di interesse comuni, generali di gruppi consociati (anche) estranei alla società (intesa come corporation e all'impresa) o pubblici e quindi dei consociati tutti".

⁶⁰ Rende l'idea, sebbene con esclusivo riferimento agli atti societari, in particolare ai patti parasociali A. TUCCI, *La meritevolezza dei patti parasociali*, in *Banc. Bor. Tit. cred.*, 2022, I, p. 45 il quale sottolinea: "[...] il giudizio di meritevolezza debba essere condotto alla stregua dell'interesse al buon andamento della società [con la conseguenza] che un contratto di scambio debba essere altruistico (quasi "a favore di terzo")".

Muovendo da siffatte premesse il discorso non può che proseguire chiedendosi se l'interesse dei contraenti e la loro autonomia contrattuale possano affievolirsi in funzione della tutela del bene ambiente.

Per meglio comprendere tale tematica occorre, anzitutto, fare chiarezza sulle posizioni giuridiche soggettive che si individuano in capo, a mio avviso, a tre soggetti: privato (imprenditore), Pubblica amministrazione e cittadini, oppure nel caso di due soggetti privati che si accordino per la costruzione di un'opera, non pubblica, la realizzazione della quale potrebbe ledere il bene ambiente il cui titolare è lo Stato, notiamo che i soggetti coinvolti (direttamente o indirettamente) sono sempre tre. Da tale schema trilatero di situazioni sostanziali d'interesse, diritto soggettivo o interesse legittimo la questione che preme evidenziare è se la P.A. o il privato imprenditore, possano stipulare un contratto il cui oggetto è la realizzazione di un'opera che si rilevi potenzialmente impattante con l'ambiente e che, pertanto, grava sugli interessi dei cittadini che diventano portatori d'interessi diffusi.

In un simile scenario, avendo sempre come sfondo il quesito posto poc'anzi, possiamo esaminare la portata delle diverse situazioni giuridiche soggettive interessate dal contratto ecologico richiamato nonché il profilo che concerne la tutela civile che il soggetto danneggiato può azionare. Anzitutto, si precisa che la sfera dei diritti "non affievolibili" è di creazione giurisprudenziale al fine di fornire un presidio pieno a tutte quelle situazioni sostanziali d'interesse che, ricevendo copertura costituzionale, dovrebbero essere esenti da eventuali limitazioni per opera della Pubblica amministrazione. La degradazione o "affievolimento" del diritto si ha quando il diritto del soggetto, contrastando con un potere, muta in interesse legittimo. Sul punto la giurisprudenza afferma che esisterebbero casi di diritti «non degradabili» e tale dizione⁶¹ è utilizzata per fare riferimento alla loro non soggezione all'*agere* amministrativo⁶². Partendo da tale assunto, la dottrina ha precisato che *«opinare nel senso che un diritto rimane diritto anche a fronte di un potere attribuito da una legge significa ritenere che esso sia stato giudicato «vincente» rispetto a qualsiasi altro interesse da una fonte superiore alla legge stessa e, dunque, dalla Costituzione. Seguendo tale ragionamento, tuttavia, in presenza di un*

⁶¹ Sul punto cfr. Corte Cost., n. 140/2007 in *Banca dati Dejure*.

⁶² L'interesse del privato sarebbe sempre vincente: in tali termini, in materia di ambiente salubre, si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di legittimità con le due decisioni del 1979 nn. 1463 e 5172, entrambe in *Banca Dati Dejure*.

potere conferito dalla legge, il giudice non può accordare la preferenza al diritto condannando l'amministrazione e sostanzialmente disapplicando la legge, ma semmai, ove ritenga che questa abbia attribuito all'amministrazione un potere che non le spettava, deve sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge per contrasto con la disposizione costituzionale che configura come intangibile il diritto»⁶³.

E' ora possibile verificare che, a partire dagli anni settanta, l'esigenza di accordare una forma di protezione adeguata in favore di interessi di preminente rilievo riferibili alla generalità dei consociati, trascendenti come tali i limiti di un rapporto strettamente individuale, ha spinto dottrina e giurisprudenza a ricercare, anche in sede civile, soluzioni che consentissero di rinvenire in capo ai singoli delle posizioni differenziate e qualificate, tutelabili come tali in giudizio, in qualche modo ricollegabili all'interesse diffuso⁶⁴. In tale direzione, l'operazione principale compiuta dalla Corte di legittimità⁶⁵ è stata quella di distinguere tra beni collettivi «indivisibili», rispetto ai quali è inconcepibile una situazione giuridica di vantaggio vantata dal singolo, e beni collettivi «divisibili», di gran lunga più numerosi e suscettibili, viceversa, di un godimento frazionato da parte di singoli soggetti. In questa seconda ipotesi, allora, si è ravvisata una vera e propria posizione di diritto soggettivo, incorporata nell'interesse diffuso ma da quest'ultimo separabile, in caso di lesione, al fine di essere attivata in giudizio ai fini risarcitori.

L'esperibilità della tutela del diritto del singolo innanzi al giudice civile è stata affermata con particolare vigore in tema di ambiente salubre, configurando un diritto alla salubrità ambientale⁶⁶ giuridicamente rilevante, nella misura in cui l'alterazione dell'integrità ambientale sia tale da ripercuotersi in modo negativo e diretto sulla salute dell'individuo. Lo strumento rivelatosi maggiormente efficace per assicurare la tutela individuale degli interessi ambientali diffusi è quello di carattere inibitorio indicato

⁶³ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, p. 322.

⁶⁴ Per uno spaccato del dibattito cfr. P. RESCIGNO, *Premesse civilistiche*, in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, p. 70 ss. Successivamente U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi individuali e interessi collettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 246 ss.

⁶⁵ Cfr. Cass., S.U., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 695, in *Banca dati Dejure*.

⁶⁶ Ritenuto da parte della dottrina una delle possibili forme di esplicazione del diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost., il diritto in questione è stato poi riconosciuto come dotato di valenza giuridica autonoma, meritevole di tutela sulla base del combinato disposto degli artt. 2, 3, 9 e 32 Cost., da Cass., sez. III, 25 settembre 1996, n. 5650, in *Foro it.*, con nota di V. COLONNA, 1996, I, 3062; Cass., 3 febbraio 1998, n. 1087, in C. VIVANI, *Urb. e app.*, 1998, p. 721,

all'art. 844 c.c., norma invocata a più riprese e opportunamente interpretata in senso evolutivo dalla giurisprudenza per accordare protezione contro immissioni nocive alla salute, non solo in favore dei proprietari o titolari di un diritto reale di godimento sul fondo su cui insistono le immissioni intollerabili, ma anche di qualsiasi altro soggetto, potenzialmente esposto al pericolo di pregiudizio per la propria salute. Il passo successivo è stato nel senso del riconoscimento, non solo dell'ammissibilità del concorso tra l'azione inibitoria di cui all'art. 844 c.c. e quella di responsabilità aquiliana per la lesione del diritto alla salute, ma anche della praticabilità del rimedio inibitorio svincolata dalla rigorosa osservanza dei criteri di contemperamento normativamente previsti, tutte le volte in cui venga in rilievo la lesione del diritto alla salute⁶⁷.

Preso atto, tuttavia, della circostanza che anche la lettura più progressista della norma sul rimedio inibitorio non è, di per sé, sufficiente ad assicurare una tutela piena all'ambiente, quantomeno nelle ipotesi in cui l'alterazione dell'integrità ambientale assuma consistenti dimensioni territoriali, essendo l'azione inibitoria comunque rimessa all'iniziativa del soggetto leso, il legislatore negli anni ha pensato di introdurre una specifica disciplina protettiva in materia di danno ambientale, che dà conto della profonda evoluzione interpretativa subita dalla stessa nozione di ambiente. Il bene immateriale ambientale, infatti, è finalmente considerato dall'ordinamento secondo una visione «olistica», comprensiva, cioè, di tutti gli innumerevoli profili d'interesse e delle differenti forme di fruizione che esso è in grado di offrire alla collettività, nella acquisita consapevolezza che la sua natura di valore trasversale ne impone una tutela generale, come esigenza resa oggi ineludibile anche dall'esplicito richiamo costituzionale.

Ebbene, si è inteso distinguere un danno ambientale puro, concretantesi nella compromissione dell'equilibrio ambientale (rimesso alla cognizione del giudice ordinario) indipendentemente dalla natura soggettiva, di pubblico funzionario o comune cittadino, dell'autore dell'illecito, dal danno amministrativo erariale, consistente nella spesa che l'amministrazione deve sostenere per riparare la lesione ambientale cagionata dal comportamento doloso o colposo di un suo funzionario (rimesso, secondo i principi generali in tema di azione di rivalsa, alla competenza della Corte dei Conti). In secondo luogo, la particolarità della tecnica risarcitoria adottata dal

⁶⁷ Per alcune riflessioni sugli effetti del contratto in danno di terzi cfr. su tutti M. FRANZONI, *op. cit.*, pp. 263 ss.

legislatore - come illecito tipico o chiuso - presuppone cioè una specifica violazione di legge dalla quale possa derivare un pregiudizio all'ambiente, in un'ottica dichiaratamente attenta alla compromissione sostanziale, piuttosto che alla lesione formale del bene giuridico oggetto di tutela.

Quanto al profilo della legittimazione, l'art. 311 comma 1 del D.lgs. n. 152/2006, individua il titolare delle azioni di risarcimento del danno nello Stato, attribuendo la legittimazione ad agire solo ed esclusivamente al Ministro dell'Ambiente, ciò in coerenza con il dato secondo cui gli oneri di intervento, riparazione, etc. appaiono sostenuti in ultima istanza dall'organo centrale.

Tanto osservato e giungendo ad una conclusione, in tal modo lo «scudo» protettivo sarebbe riconosciuto - in ipotesi particolari non direttamente ma per mezzo del nesso con la situazione sostanziale d'interesse comune - alla generalità indifferenziata di soggetti rispondente ad un fine di tipo pubblicistico. In particolare, nella piena autonomia delle parti, il contratto ecologico dovrà tenere necessariamente conto anche del singolo cittadino (inteso come terzo nella posizione trilatera soggettiva) che dall'attività economica scaturente dal contratto potrebbe vedere leso il proprio interesse meta individuale, ma che inevitabilmente tocca anche la propria sfera individuale.

Al fine di agevolare la riflessione potrebbe essere utile fornire un esempio: se oggetto del contratto ecologico è la costruzione di una discarica è necessario analizzare la sequenza giuridica che si sviluppa. Un criterio che può essere preso in considerazione è quello della *vicinitas* al fine di individuare la legittimazione attiva del singolo cittadino alla tutela ambientale, più precisamente per agire giudizialmente avverso provvedimenti o contratti stipulati tra P.A. e privato imprenditore il cui oggetto dell'accordo sia lesivo degli interessi dei singoli assieme a quelli che fanno capo alla collettività stanziata sul territorio locale. Considerando l'esempio fatto poc'anzi, si evidenzia che il cittadino che agisce singolarmente potrà certamente impugnare un provvedimento della P.A. lesivo per l'ambiente in cui vive, però dovrà segnalare il bene ambiente (quale complesso sistema di risorse naturalistiche, umane e sociali⁶⁸) che a seguito della decisione della P.A. potrebbe essere leso; in seguito dovrà fornire la prova che, rispetto a tale bene, versi in una situazione di interesse legittimo (posizione differenziata) che lo legittima ad agire singolarmente. Per fornire un esempio: se la P.A.

⁶⁸ Sulla qualificazione di ambiente, in questo senso I. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 765.

emette un provvedimento che autorizzi la costruzione di una discarica, tale provvedimento potrebbe essere impugnato e quindi la *vicinitas*, presupposto per impugnare, è data dal nesso che lega il ricorrente con il luogo fisico in cui vive e, dunque, oggetto d'interesse.

In sostanza e, richiamando quanto già rimarcato nei precedenti paragrafi, il bene ambiente giustifica una ampia dilatazione della legittimazione ad agire a favore di soggetti rappresentanti del bene ambiente come interesse diffuso con la conseguenza che l'ambiente è un limite all'iniziativa economica pubblica e privata e la liceità di tale iniziativa può misurarsi dall'intensità di tutela accordata all'ambiente. Il "peso ambientale", quindi, assurge a parametro di qualificazione della legittimazione ad agire per la tutela di un interesse lesa oppure, nei contratti pubblici, parametro di aggiudicazione con eventuale deroga al principio di economicità⁶⁹.

Pertanto, in considerazione del fatto che il contratto ecologico non ha, ancora, cittadinanza legislativa (intesa come categoria normativa) va da sé che la relazione intercorrente tra ambiente e contratto porterebbe quest'ultimo a non essere più inteso nella sua classica concezione (essenzialmente connotata dallo scambio) ma come «risorsa», al fine di intercettare nuovi ambiti e tutele, come l'"ambiente". Questo dovrà, a sommosso avviso di chi scrive, essere il punto di partenza per nuovi studi.

⁶⁹ Appare calzante quanto affermato da attenti studiosi della tematica, secondo cui, *siffatta conformazione segna una fondamentale metamorfosi della pubblica amministrazione, che deve non soltanto esercitare i tradizionali poteri di pianificazione, autorizzazione e controllo delle attività private a impatto ambientale, ma anche diventare "consumatore" di prodotti e servizi ecocompatibili*. In questi termini M. PENNASILICO, *Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2015, p. 257. La "relativizzazione" del principio di economicità «implica che tale principio debba essere perseguito dalle amministrazioni nei limiti in cui lo stesso non risulti essere un ostacolo per il perseguimento di altri fini pubblici ritenuti apprezzabili, come appunto il fine della protezione dell'ambiente». Per uno spaccato del dibattito cfr. anche G. FIDONE, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in P. DELL'ANNO - E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Vol. III, Padova, 2015, p. 1085. Reputa, invece, che una simile conformazione debba fare i conti con il principio di legalità, sotto forma di riserva di legge, giacché la stessa disposizione dell'art. 30, comma 1, c. app. prevede che il principio di economicità possa essere subordinato a interessi sociali e ambientali «nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti». S. VILLAMENA, *Appalti pubblici e clausole ecologiche. Nuove conquiste per la 'competitività non di prezzo' anche alla luce della recente disciplina europea*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, II, p. 366, il quale segnala l'atteggiamento di timore della disposizione, che rimanda «alle scelte discrezionali (future ed eventuali) del Legislatore». Per alcuni spunti oltre confine cfr. A. H. TAVARES SALDANHA, *Função socioambiental dos contratos e instrumentalidade pró- sustentabilidade: limites ao exercício de autonomias públicas e privadas*, in *Veredas do direito*, 2011, pp. 99 ss.

6. La tutela del bene ambiente nel sistema bancario e finanziario: poteri (e limiti) sanzionatori delle Autorità indipendenti

Quanto detto nei paragrafi precedenti può senz'altro confortare l'opinione che simili argomentazioni meritano di essere sviluppate anche per i mercati finanziari. Difatti, senza riprendere le normative europee già richiamate, occorre rilevare che la predetta Agenda 2030, pur non assegnando esplicitamente una rilevanza al sistema finanziario, individua negli investimenti il volano dello sviluppo sostenibile. Al contempo la Banca Mondiale associa più esplicitamente il concetto di ambiente al funzionamento delle imprese e dei mercati finanziari, facendo leva sulla nozione di forte impegno da parte di proprietari e manager delle imprese ad integrare la sostenibilità nella strategia aziendale⁷⁰.

Quanto sopra avvalorava la tesi secondo cui la predetta riforma costituzionale può avere anche dei risvolti sui mercati finanziari. Sostanzialmente si chiede al mondo finanziario di investire non solo in un'ottica di rischio/rendimento, ma anche tenendo conto di istanze e limiti collegati al rispetto dell'ambiente, della società e ad una corretta amministrazione⁷¹. In sintesi, l'obiettivo è quello di arginare il rischio di *greenwashing* con l'obbligo delle imprese, anche attraverso i mezzi statutari e, in ottemperanza alle norme europee, di identificare chiaramente gli obiettivi di sostenibilità e le modalità per il loro raggiungimento⁷².

Nel quadro testé illustrato, pare interessante domandarsi se le autorità indipendenti⁷³, possano andare a sanzionare tutte quelle società operanti nei mercati

⁷⁰ World Bank Group Initiative 2017. argomenti trattati su ampio respiro anche dal Forum per la Finanza Sostenibile ha recentemente redatto il paper *"Greenwashing e finanza sostenibile: rischi e risorse di contrasto"*. Il Forum per la Finanza Sostenibile (ItaSIF) in occasione dell'Italian Sustainability Week di Borsa Italiana (gruppo Euronext), si è svolto dal 5 al 9 settembre 2022.

⁷¹ M. CIOCIA, *La centralità della persona nella nuova sostenibilità economica. Spunti di riflessione*, in *giustiziavivile.com*, 9 maggio 2022, p. 5 ss.; L. CHIEFFI, *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, 20; F. BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Torino, 2022, pp. 2 ss.; M. RENNA, *Attività di impresa, sostenibilità ambientale e bilanciamento tra diritto alla salute e iniziativa economica privata*, in *Contr. Impr.*, 2022, II, p. 538 – 539.

⁷² Per alcune riflessioni cfr. G. DE NOVA, *Provvedimenti delle Autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001, pp. 519 ss.; G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata, passim*; V. RICCIUTO, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in PICOZZA – RICCIUTO (a cura di), *Diritto dell'economia*, Torino, 2017, p. 272 ss.

⁷³ Sui poteri delle Autorità su tutti cfr. C. M. BIANCA, *Le autorità private*, con Presentazione di Pietro Rescigno, Jovene, Napoli, 1977, *passim*, mentre più di recente la revisione di P. SIRENA – A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri dei privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da "Le autorità*

finanziari che, con proprie politiche o scelte aziendali⁷⁴, pregiudicano l'ambiente o non si attengano a specifici obblighi di monitoraggio della sostenibilità finanziaria. Per rispondere a tale interrogativo è necessario comprendere quando la Consob, nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza-controllo e perseguendo l'interesse pubblico affidato alle sue funzioni, eserciti il proprio potere sanzionatorio e quindi partire dal motivo per cui la stessa è stata istituita per poi procedere ad individuare quale sia, o quali siano, i "beni giuridici" alla cui protezione il potere sanzionatorio è funzionalizzato.

Orbene, pur trattandosi di sanzioni amministrative, quelle della Consob assumono una duplice funzione di tutela privatistica e pubblicistica che⁷⁵, come tali, vengono molto spesso affiancate alle sanzioni penali. Ma quali sono i "beni giuridici" tutelati? Innanzitutto il risparmio, inteso sia in senso c.d. statico che c.d. dinamico, è un bene cui lo Stato sente la necessità di assicurare pubblica tutela. Dal momento che, infatti, sussiste un interesse pubblico e privato all'investimento di capitali sul mercato finanziario, si vorrà far sì che vengano scongiurate quelle condotte patologiche tese ad alterarne il corretto funzionamento. Ecco, quindi, che si profila un ulteriore "bene giuridico" tutelato: la correttezza e la trasparenza dell'informazione nell'ambito del mercato finanziario. Sussiste, infatti, anche in questo caso un interesse pubblico alla difesa dell'investimento privato nel mercato mobiliare, che può essere inficiato dalla circolazione di notizie false o anche reticenti, che si prefiggono (intenzionalmente o meno) proprio questo scopo. Anche se alcuna dottrina dissente sulla qualificazione del

private" di C.M. Bianca, RomaTrE-Press, Roma, 2018; G. AMATO, *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, in Quad. 2 RTPC, Padova, 1997. Da ultimo cfr. le interessanti considerazioni di G. COLAVITTI, in *Concorrenza, trasparenza e autonomie*, Bari, 2018, spec. p. 225 - 229.

⁷⁴ Tra i primi ad occuparsi del tema del potere delle Autorità indipendenti a fronte di un uso o clausole d'uso esistenti nel settore di mercato di relativa competenza v. F. ADDIS, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, spec. pp. 325 ss.

⁷⁵ Più in generale sulle attività delle Autorità indipendenti cfr. R. LOMBARDI, *Autorità amministrative indipendenti: funzione di controllo e funzione sanzionatoria*, in *Dir. Amm.*, 1995, p.658; G. ZANOBINI, *I poteri regi nel campo del diritto privato*, Torino, 1917, pp. 8 ss. I predetti autori, in sintesi, sono dell'avviso che esse non sono chiamate a porre a confronto un interesse primario con altri interessi secondari, determinando un sacrificio di questi ultimi ove si ritenga che ciò garantisca la soddisfazione del primo, bensì, al di fuori di una ponderazione fra interessi contrapposti, a garantire da parte di tutti l'osservanza delle regole poste a tutela dell'interesse collettivo. I predetti autori, in particolare evidenziano che l'attività delle Autorità in esame assurge, nello specifico settore di competenza, ad "amministrazione pubblica del diritto privato", come servizio dispiegato dallo Stato per giovare ai cittadini.

risparmio come “bene giuridico”, stante la difficoltà ad individuare quello che è il nucleo fondamentale alla base di questo valore, è indubbio che per poterlo incentivare e promuovere siano necessarie, specie in una economia globalizzata come quella contemporanea, delle sanzioni che colpiscano gli operatori del settore che abbiano realizzato condotte manipolatorie che vanno a minare in un duplice senso il buon funzionamento nel mercato e la fiducia degli investitori nello stesso.

Sulla base di queste riflessioni e partendo dalle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti ad oggetto la tutela del “bene ambiente”, è certamente accoglibile quella soluzione che legittimerebbe la Consob ad emettere sanzioni, afflittive (punitive) ma soprattutto “ripristinatorie” dell’interesse amministrativo (specificamente affidato alla Consob) leso dal comportamento illecito che si intende sanzionare⁷⁶, come nel caso in cui i soggetti vigilati ledano il bene, costituzionalmente tutelato, “ambiente”⁷⁷.

Si pensi, senza pretesa di esaustività, al caso di operazioni straordinarie dei soggetti vigilati quali fusioni e scissioni; acquisizioni e cessioni; operazioni con parti correlate ma anche ad un patto parasociale o addirittura la modifica dello statuto sociale che possa ledere, anche solo indirettamente, la tutela dell’ambiente. In questi casi la Consob – o comunque a seconda dei casi anche le altre autorità indipendenti preposte - potrebbe probabilmente reprimere comportamenti non corretti delle società quotate⁷⁸ qualora ad esempio nella operazione non vengano identificati obiettivi di sostenibilità ovvero non siano comunicati in modo trasparente i principi generali a cui fanno riferimento oppure

⁷⁶ Per uno spaccato del dibattito sulle sanzioni che la Consob può emettere cfr. F. PAVIOTTI, *Le sanzioni amministrative della CONSOB: procedura di irrogazione e controllo giudiziario*, disponibile su https://archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/mercato/Paviotti_consob.pdf, pp. 16 ss.

⁷⁷ Per alcuni spunti sul tema cfr. P. MONTALENTI, *Il diritto societario europeo*, in *Il Nuovo diritto delle società*, 2022, pp. 963 ss.

⁷⁸ Come si evince anche dal Piano strategico 2019-2021, la finanza sostenibile è un tema centrale per la Consob, il cui obiettivo è sostenere la transizione verso il nuovo quadro di regole che va delineandosi al fine di favorire in tutti gli attori del mercato finanziario (emittenti, investitori, intermediari, mercati) un approccio sempre più aperto alla considerazione dei fattori di sostenibilità. L’Istituto partecipa all’evoluzione della regolazione, agendo nelle sedi istituzionali competenti in ambito sia domestico sia internazionale. Nelle sue funzioni di vigilanza, l’Autorità fornisce il proprio contributo presidiando la trasparenza, l’affidabilità e la qualità dell’informazione fornita al mercato. Al contempo, in linea con un approccio *evidence based*, la Consob ha intrapreso studi e approfondimenti delle dinamiche di mercato, ha avviato programmi di formazione del personale tesi a stimolare un orientamento proattivo alla vigilanza e ha avviato una transizione tecnologica che, accanto all’impegno nell’ambito della digitalizzazione della finanza, potrà contribuire alla transizione verso la sostenibilità.

le ragioni che hanno portato a scegliere ogni specifico obiettivo esplicitando tempi, modi e obiettivi intermedi⁷⁹.

In questo quadro pare interessante domandarsi se anche BankItalia - titolare di un potere sanzionatorio volto a garantire l'esigenza di censurare il mancato rispetto delle norme poste a presidio della sana e prudente gestione dell'attività bancaria e finanziaria, della correttezza e trasparenza dei comportamenti e della prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo⁸⁰ - possa reprimere le condotte illecite delle banche e degli enti operanti nel settore creditizio qualora violassero norme a tutela dell'ambiente, oppure vengano meno a quegli obblighi di rendicontazione di sostenibilità per comprendere, e all'occorrenza, comunicare, così come richiede la recente Direttiva del 14 dicembre 2022, n. 2464⁸¹, i propri rischi e impatti in termini di sostenibilità⁸². Ad avviso di chi scrive la risposta a tale interrogativo è, per quanto detto sopra, affermativa.

Lo stesso dicasi per Borsa Italiana s.p.a. che, come noto, è la società preposta all'attività di organizzazione e gestione di mercati regolamentati di strumenti finanziari in Italia. Il Regolamento di Borsa e le Istruzioni al Regolamento di Borsa dettano una serie di obblighi informativi di natura generale e specifica oltreché da ultimo di sostenibilità⁸³. Infatti, in via generale è previsto che la società quotata sia tenuta a

⁷⁹ A supporto delle argomentazioni sviluppate ci sono sicuramente gli ultimi passi della Commissione Europea che ha recentemente avviato una pubblica volta alla istituzione di un punto unico europeo di accesso digitale (ESAP) per le informazioni finanziarie e non finanziarie che prendono a riferimento il modello del *single access point* adottato per la realizzazione dello *European electronic access point* (EEAP) e dello *European Single Electronic Format* (ESEF) per i dati finanziari delle società quotate. Obiettivo è il superamento dell'attuale frammentazione a livello europeo delle modalità di raccolta e di diffusione dei dati, anche in materia di sostenibilità, per le società.

⁸⁰ Le presenti disposizioni attuano le previsioni legislative che attribuiscono alla Banca d'Italia competenze in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa, come modificate in seguito al recepimento della Direttiva 2013/36/UE.

⁸¹ Tale Direttiva, in tema di rendicontazione societaria di sostenibilità si applica sia alle grandi società quotate sia alle P.M.I. quotate sui mercati regolamentati della UE, tranne le microimprese. Per alcune significative considerazioni sulle politiche di sostenibilità finanziaria adottate dalla Unione Europea cfr. G. STRAMPELLI, *La strategia dell'Unione europea per il capitalismo sostenibile: l'oscillazione del pendolo tra amministratori, socie e stakeholders*, in *Riv. Soc.*, 2021, pp. 368 ss.

⁸² Per alcuni interessanti spunti sul monitoraggio della sostenibilità finanziaria, cfr. O. CAGNASSO, *Qualche spunto in tema di sostenibilità e PMI alla luce del Codice della crisi*, in questo numero della Rivista. Si ringrazia l'Autore per la gentile concessione dell'elaborato ancora inedito.

⁸³ Cfr. in fase critica S. A. CERRATO, *Appunti per una "via italiana" all' ESG: l'impresa "costituzionalmente solidale" (anche alla luce dei "nuovi" articoli 9 e 41 comma 3, Cost.)*, in M. CALLEGARI - S. A. CERRATO - E. R. DESANA (a cura di), *Governance e mercati. Studi in onore di*

informare Borsa Italiana di tutte le notizie ritenute utili per garantire il buon funzionamento del mercato finanziario (e delle relative negoziazioni sui titoli della stessa società quotata). Al contempo Borsa Italiana ha facoltà di richiedere direttamente alla società quotata la diffusione di notizie e documenti necessari per assicurare la trasparenza delle informazioni verso il pubblico e, pertanto ad avviso di chi scrivere, sarebbe legittimata a chiedere altresì eventuali notizie in merito ad operazioni che potrebbero andare a pregiudicare il “bene ambiente” o a quelle non strettamente conformi agli obiettivi di finanza sostenibile.

In tale contesto, è chiaro che l’inottemperanza di detti obblighi da parte delle società quotate o degli operatori bancari e finanziari comporta l’emissione di una serie di sanzioni che vanno da un richiamo in forma privata ad una sanzione pecuniaria⁸⁴. A sommosso avviso di chi scrive, le predette sanzioni probabilmente sono inidonee a garantire una adeguata tutela costituzionale del bene “ambiente” nonché perseguire gli obiettivi di sostenibilità finanziaria che l’UE si è prefissata, con la conseguenza che sono necessari celeri interventi normativi volti a potenziare il ruolo ed i poteri anche delle autorità indipendenti⁸⁵.

6. Riflessioni conclusive

Giunti a questo punto della riflessione occorre chiedersi quali potrebbero essere i rimedi che, a seguito della costituzionalizzazione del diritto all’ambiente, potrebbero essere adottati. Certamente può essere applicato il classico rimedio legale come quello

Paolo Montalenti, Torino, 2022, pp. 232 - 233 che il fenomeno delle sostenibilità avrebbe assunto addirittura dei “connotati patologici per cui l’essere “sostenibili” senza se e senza ma è divenuta quasi una condicio sine qua non di esistenza dell’impresa: se è quotata, è tenuta a perseguire il ‘successo sostenibile’ in base al codice di *Corporate Governance* di Borsa Italiana che ha assunto valenza prescrittiva e non più solo di *soft law* pura.

⁸⁴ Si legga in tema E. BINDI, *Le sanzioni della Banca d’Italia e della Consob: i recenti orientamenti interni e sovranazionali. Introduzione*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, 2020 supp., pp. 4 ss. Per notazioni sulle specifiche sanzioni di Banca d’Italia nei confronti degli operatori bancari intesi come imprese regolate in modo peculiare nel contesto “sezionale” e, come tale, sottoposte ad una disciplina articolata e specifica in ragione dei rilevanti interessi generali connessi allo svolgimento della sua attività, cfr. A. URBANI, *Vigilanza bancaria e sanzioni*, in *op. ult. cit.*, pp. 23 ss.; M. CLARICH, *Sanzioni delle autorità indipendenti e garanzie del contraddittorio*, in *op. ult. cit.*, pp. 40 ss.

⁸⁵ Da ultimo sul punto cfr. E. BELLISARIO, *Le “autorità private” nell’era della sostenibilità. gli impatti dell’esg disclosure regulation e del taxonomy regulation*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, pp. 104 ss.

risarcitorio, che mira, come è noto, a ripristinare gli effetti dannosi derivanti dalle violazioni create da terzi⁸⁶.

A questo proposito preme sottolineare che nel contesto ambientale il principio di "precauzione" gioca un ruolo centrale, proprio al fine di evitare l'insorgere di danni⁸⁷. Pertanto, la tutela dell'ambiente si applica già laddove sussista il "rischio" che il bene ambiente possa essere compromesso. Di conseguenza, le autorità – compreso quelle di vigilanza⁸⁸ – potranno adottare misure volte a prevenire eventuali rischi per l'ambiente con protezione preventiva, ma solo se esiste una prova scientifica che questo realmente è a rischio.

Un ulteriore aspetto che, ad avviso di chi scrive, è degno di nota, alla luce della recente modifica dell'art. 41 Cost., è che il giudice di fronte ad una clausola contrattuale che contrasta con la tutela dell'ambiente, conciliando l'interesse di tutte le parti coinvolte, disporrebbe di un margine di intervento nella relazione contrattuale e, pertanto, potrebbe dichiarare nullo il contratto, o comunque la clausola in questione, *ex art. art. 1418 c.c. e 1421 c.c.*⁸⁹

⁸⁶ Per alcuni spunti cfr. U. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. R. MAUGERI - A. ZOPPINI (a cura di), Bologna, 2009, pp. 381 ss.

⁸⁷ Già, oltreconfine, S. BANDOPADHYAY, *An other history of knowledge and decision in precautionary approaches to sustainability*, in *Fordham envtl. l. rev.*, 2014, pp. 552 ss.

⁸⁸ In realtà con riferimento ad alcune Autorità indipendenti, ci si dovrebbe chiedere quale sia il rischio di confusione tra funzioni di regolazione e funzioni di vigilanza, nonché la distinzione tra il potere inibitorio o sanzionatorio da quella di *rule making* (regolazione). Mi spiego. Un problema di recente emersione è rappresentato dalla indispensabilità di mantenere separate l'adozione di provvedimenti inibitori o sanzionatori, come quelli adottati dalla Consob e Banca d'Italia. Più precisamente, si ritiene, su tale ultimo segmento del discorso, di impattare con un enorme rischio, ossia quello della commistione tra gli interessi *ex post* con cui si colpiscono le condotte che non sono in armonia con il libero gioco concorrenziale e che ne pregiudicano lo sviluppo, e gli interventi *ex ante* dell'Autorità, volti primariamente a fissare le regole asimmetriche per il funzionamento del mercato. Allora, la riflessione è la seguente. Bisogna tenere in debito conto la circostanza che talvolta il confine tra attività di regolazione, che deve avvenire *ex ante*, e interventi sanzionatori, che avvengono invece *ex post*, può essere labile. In buona sostanza, in questi settori, è necessario, si ritiene, che le regole siano chiare, per consentire ai destinatari (immagina gli operatori del mercato finanziario) della disciplina di valutare in modo autonomo ed *ex ante* e con un grado di elevata certezza se i propri e gli altrui comportamenti siano leciti o meno.

⁸⁹ Per alcune notazioni, sebbene in altro contesto cfr. G. B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. Giur.*, 2004, p. 1 ss.; A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Dan. Resp.*, 2006, p.412 ove si conferma "la necessità di una lettura della norma di cui all'art. 1384 c.c. che meglio rispecchi l'esigenza di tutela di un interesse oggettivo dell'ordinamento alla luce dei principi costituzionali".

Lo stesso ragionamento, sebbene da una diversa prospettiva, potrebbe trovare applicazione per le Autorità indipendenti che - si auspica con poteri sanzionatori ed investigativi anche più incisivi di quelli attuali - avrebbero la possibilità di tutelare il bene ambiente con specifici provvedimenti anche essi con margini di intervento nei rapporti tra gli operatori bancari e finanziari. A margine e completamento del discorso sin qui condotto, non resta che chiedersi se sarebbe più opportuno che i legislatori vadano a disciplinare ancora più dettagliatamente la capacità recettiva delle Autorità indipendenti, nel senso della loro relativa attitudine a modificare i propri assetti in funzione ora del rispetto ora dell'effettiva attuazione della tutela costituzionale dell'ambiente.

Infine, appare opportuno rimarcare che, in un contesto ancora sfocato, un percorso importante ed immediato volto a tutelare l'ambiente potrebbe essere quello di creare incentivi (es. esenzione o detrazioni fiscali nel pagamento dei professionisti incaricati alla redazione dei contratti⁹⁰) per i contraenti quando adottano clausole che garantiscono la sostenibilità o la tutela dell'ambiente. Si pensi, guardando un caso pratico, alla possibilità di inserire nello statuto di un fondo il mandato di investire esclusivamente in aziende che adottano politiche a sostegno della tutela ambientale o che, comunque, non conducano attività in contrasto con l'ambiente; o ancora, al caso di inserire nello statuto sociale l'obbligatorietà della costituzione di un apposito "comitato per la sostenibilità" che affianchi l'organo amministrativo⁹¹ - similmente a quanto accennato nella Proposta di Direttiva europea sulla *Corporate Sustainability Due Diligence*⁹² - con il compito di

⁹⁰ Sebbene in altro contesto, viene alla mente, tra tanti, l'esempio della esenzione fiscale negli accordi di mediazione disciplinato dall' art. 17, comma 3, D. Lgs. 28/2010.

⁹¹ Più in generale sui doveri di sostenibilità della *Corporate Governance* cfr. G. B. PORTALE, *La corporate social responsibility alla ricerca di effettività*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2022, p. 946 ss.; M. RESCIGNO, *Note sulle "regole" dell'impresa "sostenibile": dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *Analisi Giur. Eco.*, 2022, pp. 194 ss.; P. MONTALENTI, *Il nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Rivista di Corporate Governance*, 2021, p. 3 ss.; N. ABRIANI, *Successo sostenibile e regole statutarie: il ruolo del board nel Codice di Corporate Governance*, *ibid.*, p. 7 ss; M. IRRERA, *Profili di corporate governance delle società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009, *passim*; P. MARCHETTI, *Il bicchiere mezzo pieno*, in *Riv. soc.*, p. 366 ss.; S.A. CERRATO, *op. cit.*, p. 264, il quale più vicino al tema che in questa sede viene sviscerato conclude: "la strada dell'implementazione del dovere di solidarietà costituzionale nel coacervo dei doveri della *corporata governance* (sfruttando la quanto mai tempestiva riforma degli artt. 9 e 41 Cost.), potrebbe rappresentare nel suo piccolo, quantomeno un punto di partenza o una guida per un processo equilibrato e sorvegliato di transizione verso il capitalismo del futuro".

⁹² Per alcune notazioni sulla Proposta di Direttiva europea cfr. G. RACUGNO - D. SCANO, *Il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo*, in *Riv. Soc.*, 2022, p. 726 ss. secondo cui l'ottica europea è quella di garantire il "[...] superamento di una visione

vagliare gli atti della *governance* e far sì che questi siano rispettosi della tutela ambientale⁹³. In effetti, l'attenzione ai dettagli del contratto o dell'operazione finanziaria dovrebbe coincidere con il rafforzamento delle capacità, le misure integrate di impatto ambientale nonché vantaggi per tutti gli *stakeholders*.

finanziaria di breve termine nella strategia di impresa ed una vera rivoluzione del diritto societario: *Corporate Social Responsibility*, ancorchè non sia agevole realizzare, nelle strategie di impresa, gli investimenti di carattere reputazionale, preferendo modalità produttive rispettose dei diritti umani e degli ambienti naturali, specie in momenti di peggioramento dei conti dell'impresa e di urgenza di riduzione dei costi".

⁹³ Il discorso è in parte analogo a quello meticolosamente svolto da M. CIAN, *Dottrina sociale della Chiesa, sviluppo e finanza sostenibili: contributi recenti*, in *Riv. Soc.*, 2021, p. 68.