

RASSEGNA
DI DIRITTO CIVILE

XXXV

3, 2014



Edizioni Scientifiche Italiane

Rassegna di diritto civile, pubblicazione trimestrale diretta da Pietro Perlingieri edita con la collaborazione scientifica della Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università di Camerino e del Dipartimento di Scienze Politiche «Jean Monnet» della Seconda Università di Napoli

Comitato editoriale: MAURO PENNASILICO, FRANCESCA CARIMINI, ANNA MALOMO, BENEDETTA MANFREDONIA, IGNAZIO TARDIA, GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, ARIANNA ALPINI, GIULIANA CASO, FRANCESCO ROSSI, FRANCESCO LONGOBUCCO, MARCO ANGELONE, ERIKA GIORGINI, LORENZO BELLO, STEFANO DEPLANO

Redazione Edizioni Scientifiche Italiane: GIUSEPPE SELO

Segreteria di redazione: CAROLINA PERLINGIERI e GIOVANNI PERLINGIERI

I lavori pubblicati in questo numero sono di: V. BARBA, straord. dir. priv. univ. Roma «La Sapienza»; R. CALVO, straord. dir. priv. univ. Valle D'Aosta; C. CICERO, ass. conf. dir. priv. univ. Cagliari; F. DI GIOVANNI, ord. dir. priv. univ. Bari «Aldo Moro»; E. INDRACCOLO, ric. dir. priv. univ. Salerno; P. LAGHI, ric. dir. priv. t.d. univ. Calabria; I. MARGELLI, dottoranda univ. Brescia; M. ONORATO, dott. ricerca univ. Macerata; F. PADOVINI, ord. dir. priv. univ. Trieste; C.S. PASTORE, dott. ricerca univ. Bari «Aldo Moro»; M. PENNASILICO, ord. dir. priv. univ. Bari «Aldo Moro»; P. PERLINGIERI, emerito dir. civ. univ. Sannio; M. PORCELLI, ric. dir. priv. univ. Lazio e Cassino meridionale; V. PUTORTÍ, ass. conf. dir. priv. univ. Firenze; P. RESCIGNO, emerito dir. civ. univ. Roma «La Sapienza»; J. RODRÍGUEZ RUSSO, ass. dir. priv. univ. República Uruguay; T. ROSSI, dott. ricerca univ. Sannio di Benevento; E. SCODITTI, dr.

Registrazione presso il Tribunale di Benevento al n. 99 del 27 marzo 1980. Responsabile: Pietro Perlingieri. Spedizione in abbonamento postale art. 2 comma 20/b legge 662/96 filiale di Napoli. Copyright by Edizioni Scientifiche Italiane - Napoli.

Criteria di selezione dei contributi pubblicati

La Rivista sottopone i contributi destinati alla pubblicazione ad un procedimento di valutazione preventiva che garantisce l'obiettività e la ponderatezza del giudizio. A tal fine la Direzione potrà avvalersi di uno o più Responsabili della valutazione, i quali disgiuntamente li potranno sottoporre ad uno o più componenti del Comitato di valutazione in ragione della competenza specifica richiesta. Il *referee* riceve il contributo da valutare senza l'indicazione dell'Autore; all'Autore non viene comunicata l'identità del *referee*. Il giudizio motivato potrà essere positivo; positivo con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte; negativo. Esso sarà trasmesso alla Direzione che, direttamente o tramite il Responsabile della valutazione, provvederà a comunicarlo all'Autore, sempre garantendo l'anonimato del *referee*. I contributi giudicati meritevoli di pubblicazione dai *referees* possono essere oggetto di pubblicazione nella Rivista in base alla insindacabile valutazione della Direzione. Qualora il *referee* esprima un giudizio positivo con riserva, la Direzione autorizza la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti sarà la Direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo. La Direzione può assumere la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori stranieri di consolidata esperienza o di studiosi anche italiani di anzianità e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un articolo implica l'impegno da parte degli autori a non pubblicarlo, o a non pubblicare parti di esso, in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni della Rassegna di Diritto Civile*, sí che lo stesso Comitato sarà investito della valutazione dei lavori inviati alla Direzione dei Quaderni.

Responsabili della valutazione: Giovanni Perlingieri e Mauro Pennasilico

Comitato di valutazione: Fabio Addis, Francesco Alcaro, Giuseppe Amadio, Tommaso Auletta, Cesare Massimo Bianca, Fernando Bocchini, Francesco Donato Busnelli, Raffaele Caprioli, Ugo Carnevali, Donato Carusi, Raffaele Caterina, Ernesto Cesaro, Sebastiano Ciccarello, Giorgio Collura, Giuseppe Conte, Andrea D'Angelo, Giovanni De Cristofaro, Enrico Elio Del Prato, Stefano Delle Monache, Carmine Donisi, Luiz Edson Fachin, Gilda Ferrando, Giovanni Furguele, Enrico Gabrielli, Gianni Galli, Gregorio Gitti, Attilio Gorassini, Carlo Granelli, Michele Graziadei, Giuseppe Grisi, Gábor Hamza, Peter Kindler, Agustín Luna Serrano, Francesco Macario, Francesco Macioce, Marcello Maggiolo, Maria Rosaria Marella, Genaro Mariconda, Antonio Masi, Ugo Mattei, Marisa Meli, Daniela Memmo, Mario Nuzzo, Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Gianfranco Palermo, Massimo Paradiso, Giovanni Passagnoli, Enrico Quadri, Pietro Rescigno, Vincenzo Ricciuto, Liliana Rossi Carleo, Ugo Antonino Salanitro, Vincenzo Scalisi, Michele Sesta, Gianluca Sicchiero, Michele Tamponi, Chiara Tenella Sillani, Gustavo Tepedino, Raffaele Tommasini, Mario Trimarchi, Francesco Venosta, Giuseppe Vettori, Gianroberto Villa, Stefan Vogenauer, Paolo Zatti.

Indice del 3° numero

SAGGI

- 657 ROBERTO CALVO, La promessa di eliminazione del difetto di qualità nel prima delle vicende estintive
- 664 PASQUALE LAGHI, Legato «innominato» e meritevolezza dell'interesse
- 685 MICHELE ONORATO, Principio di sussidiarietà e natura degli accordi di ristrutturazione
- 715 FABIO PADOVINI, Trascrizione prenotativa degli atti e trascrizione con funzione cautelativa delle domande giudiziali
- 730 CARMELA SIMONA PASTORE, L'embrione umano tra tutela della ricerca scientifica e diritti della personalità
- 753 MAURO PENNASILICO, Contratto e uso responsabile delle risorse naturali
- 770 PIETRO PERLINGIERI, Il diritto come discorso? Dialogo con Aurelio Gentili
- 787 VINCENZO PUTORTÌ, Disposizioni *mortis causa* a contenuto non patrimoniale e potere di revoca da parte degli eredi
- 831 TALITA ROSSI, Effettività della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- 850 JORGE RODRÍGUEZ RUSSO, Codice civile e dispersione legislativa. Alcune considerazioni intorno alla situazione nel diritto civile uruguayano

COMMENTI ALLA GIURISPRUDENZA

- 893 IRENE MARGELLI, Autonomia privata e rapporti patrimoniali tra i coniugi: accordi prematrimoniali e divorzio come condizione sospensiva nella sentenza n. 23713/2012 della Corte di Cassazione
- 916 EMANUELE INDRACCOLO, Violazione di regole endoassociative e responsabilità professionale
- 940 CRISTIANO CICERO, *Legitimatío spolií* del convivente *more uxorio*

PARERI

- 950 PIETRO RESCIGNO, L'ultimo giorno dell'anno (*una marginale riflessione su diritto e tempo*)

CRONACHE E ATTUALITÀ

959 MARIA PORCELLI, Lo stato unico di figlio

RECENSIONI

963 ANNA BIZZARRO, La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale [CRISTIANO CICERO]

969 PASQUALE LAGHI, La clausola di diseredazione. Da disposizione «affittiva» a strumento regolativo della devoluzione ereditaria e MARCO TATARANO, La diseredazione. Profili evolutivi [VINCENZO BARBA]

QUADRANGOLO

981 FRANCESCO DI GIOVANNI, Il «diritto dei giuristi» e la complessità della realtà

988 ENRICO SCODITTI, La scienza giuridica civilistica fra tradizione e nuovi compiti

Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*

SOMMARIO: 1. Uso responsabile delle risorse naturali e sviluppo sostenibile: la natura come «responsabilità umana». – 2. L'integrazione degli interessi ambientali nella contrattazione pubblica: “appalti verdi” e “relativizzazione” del principio di economicità. – 3. Etichettatura ambientale e criteri ecologici nella formazione, interpretazione ed esecuzione degli appalti pubblici: la nuova direttiva 2014/24/UE. – 4. Dalla *facoltatività* all'*obbligatorietà* delle clausole verdi: il disegno di legge 2093 del 2014 e l'interesse ambientale come *vincolo interno* alle procedure di affidamento. – 5. La “circolarità” tra ambiente e mercato. Il principio dello sviluppo sostenibile come parametro di meritevolezza dei contratti ambientali: dall’“appalto verde” all’“appalto sostenibile”. La fisiologica asimmetria informativa della p.a. e il controllo dell’Autorità. – 6. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale e il nuovo paradigma del “contratto ecologico” (un “quarto contratto”?).

1. Il tema dell’uso responsabile delle risorse naturali mediante lo strumento contrattuale ha assunto una progressiva centralità nell’evoluzione europea dello statuto della contrattazione pubblica, in coerenza con la crescente sensibilità generale verso la questione ambientale¹. In effetti, già sul piano della politica ambientale europea, il Trattato di Maastricht del 1992 inseriva, tra gli obiettivi da perseguire, la «utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali» (art. 130 R), dizione poi confermata dai Trattati di Amsterdam e di Lisbona (artt. 174 e 191)². Il riferimento all’agget-

* Il testo riproduce, con l’aggiunta delle note, la relazione (dal titolo originario «Contratto e promozione dell’uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi») tenuta a Napoli il 9 maggio 2014 al 9° Convegno Nazionale della S.I.S.Di.C. «Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi». È destinato agli *Scritti in memoria di Giovanni Gabrielli*.

¹ Indicativa, al riguardo, è la Comunicazione della Commissione CE, COM(2003) 572 def., «Verso una strategia tematica per l’uso sostenibile delle risorse naturali», che riconduce le risorse naturali «alla base dei tre pilastri costituiti da: sviluppo sostenibile, sfera economico-sociale e ambiente», e chiarisce che usare tali risorse in maniera sostenibile significa: «(a) garantire la disponibilità dell’approvvigionamento; e (b) gestire l’impatto ambientale del loro uso».

² Similmente, il legislatore interno ha posto, all’art. 2, comma 1, del c.d. codice dell’ambiente (d.lg. 3 aprile 2006, n. 152, d’ora in poi c.a.), come obiettivo primario della legislazione in materia, «la promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell’ambiente e l’utilizzazione accorta e razio-

tivo “razionale” sembra permettere un rinvio alla tecnica della ragionevolezza come metodo di bilanciamento legislativo e giurisprudenziale degli interessi anche delle generazioni future: è, infatti, l’uso irragionevole e abusivo dei diritti e delle risorse attuali a porre lo spinoso interrogativo sulla loro disponibilità futura³.

L’attenzione per l’ambiente è, dunque, inserita in un progetto culturale, fondato sull’attuazione del principio dello sviluppo sostenibile⁴, che implica un giudizio di valore sull’attività economica, considerata apprezzabile soltanto se rispetti l’ambiente e le esigenze anche delle generazioni future, e dunque se risponda a un principio di equità o responsabilità intergenerazionale nell’uso delle risorse naturali⁵. In tal senso, il concetto di sviluppo sostenibile, al centro del sistema normativo dell’Unione europea⁶, non è una novità, ma può già desumersi, in via d’interpretazione evolutiva, dal combinato disposto degli articoli 2, 4, 9, 32 e 41 della Costituzione⁷: basti pensare al concetto di «utilità sociale» (art. 41, comma 2,

nale delle risorse naturali». In tal senso, rilevante è già l’art. 44, comma 1, cost., che giustifica l’imposizione di obblighi e vincoli legali alla proprietà terriera privata con il fine di conseguire «il razionale sfruttamento del suolo».

³ Cfr. R. BIFULCO e A. D’ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in IDD. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p. IX ss., spec. p. XXVI.

⁴ Rilevante, al riguardo, è la Convenzione Unesco del 2005, «sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali» (ratificata con l. 19 febbraio 2007, n. 19), ove si afferma che lo sviluppo sostenibile, del quale «beneficiano le generazioni presenti e future, presuppone la protezione, la promozione e il mantenimento della diversità culturale» (art. 2, comma 6). La cultura, per effetto dell’art. 13, intitolato appunto «Integrazione della cultura nello sviluppo sostenibile», entra a pieno titolo nelle politiche di sviluppo al fine di «creare condizioni propizie allo sviluppo sostenibile, favorendo in questo modo gli aspetti legati alla protezione e alla promozione della diversità delle espressioni culturali». Sulla cultura quale presupposto per l’attuazione dello sviluppo sostenibile, in coerenza con la dimensione antropocentrica e transgenerazionale del principio, si rinvia a C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in *Tratt. dir. amb.* Ferrara e Sandulli, I, *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, a cura di R. Ferrara e C.E. Gallo, Milano, 2014, p. 221 ss., spec. p. 235 ss.

⁵ Sul criterio di azione dello sviluppo sostenibile, che «incarna la matrice di doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future, vincolo che si configura come l’unico strumento realistico per garantire gli interessi della specie umana», si veda, anche per ulteriori riferimenti, F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in *Tratt. dir. amb.* Dell’Anno e Picozza, I, *Principi generali*, Padova, 2012, p. 559 ss., spec. p. 571 ss., ove si propone l’applicazione all’ambiente di un «antropocentrismo dei doveri», imperniato sullo sviluppo sostenibile e la solidarietà ambientale.

⁶ Cfr., ad es., gli artt. 3, §§ 3 e 5, e 21, § 2, lett. d e f, Tratt. UE, e l’art. 11 Tratt. FUE.

⁷ Sulla pluralità di norme costituzionali dalle quali è possibile desumere i principi di sviluppo sostenibile e di responsabilità intergenerazionale, cfr. R. BIFULCO e A. D’ALOIA, *Le generazioni future*, cit., p. XXIII ss.; v. anche, in una prospettiva attenta a far emergere gli aspetti

cost.), la cui straordinaria indeterminazione consente al testo costituzionale di adattarsi alle nuove frontiere problematiche dello sviluppo economico e della sostenibilità ambientale⁸.

Il principio dello sviluppo sostenibile apre, così, il varco a una cultura ambientale *del limite*, consapevole cioè della finitezza delle risorse naturali e attenta, responsabilmente, a contenerne gli sprechi e i consumi eccessivi o non necessari⁹. Torna alla mente non tanto la retorica inconcludente del Rapporto Brundtland del 1987¹⁰ o della successiva miriade di declamazioni internazionali ed europee formalmente sensibili ai postulati dello sviluppo sostenibile¹¹, quanto piuttosto il disincantato manifesto etico-filosofico del 1979, intitolato al «principio responsabilità», ove la scoperta della *vulnerabilità* della natura dimostra – nelle parole di Hans Jonas – che l'essenza stessa dell'agire umano si è, di fatto, modificata e che un oggetto di ordine completamente nuovo, l'intera biosfera del pianeta, «è stato aggiunto al novero delle cose per cui dobbiamo essere responsabili, in quanto su di esso abbiamo potere»¹². La novità, dirimpente, alla quale la

di doverosità e di solidarietà ambientale impliciti negli articoli da 35 a 47 della Costituzione, F. SABATELLI, *Diritti economici e solidarietà ambientale. Spunti per una funzionalizzazione delle disposizioni costituzionali sui rapporti economici a fini ambientali*, in *Dir. econ.*, 2013, p. 211 ss. Rilevante appare, altresì, l'introduzione del principio di equilibrio del bilancio nella Carta costituzionale (art. 81, sostituito dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1; v. anche il nuovo art. 97, comma 1, cost.), principio che, a ben guardare, vale anche a proteggere le generazioni future. In tal senso, F. FRACCHIA, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, p. 13 ss., spec. p. 27.

⁸ Cfr. R. BIFULCO e A. D'ALOIA, *o.c.*, p. XXVI.

⁹ Cfr. G. FRANCESCATO e A. PECORARO SCANIO, *Il Principio di Precauzione*, Milano, 2002, p. 21.

¹⁰ Si allude al noto documento, commissionato dalle Nazioni Unite, che per la prima volta ha definito il concetto di sviluppo sostenibile come «sviluppo che soddisfi i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri». Il documento (Rapporto della Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo, *Our Common Future*, trad. it. *Il futuro di noi tutti*, con prefazione di G. RUFFOLO, Milano, 1988) prende il nome dalla coordinatrice Gro Harlem Brundtland, che nel 1987 presiedeva la Commissione.

¹¹ Si rinvia, per gli opportuni riferimenti, a P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007; A. MAESTRONI, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile. Dal quadro sovranazionale alle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 2012, p. 18 ss.; M. MONTINI, *Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell'ambiente*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, I, cit., pp. 15 ss., 37 ss.; C. PITEA, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*, Napoli, 2013, pp. 126 ss., 152 ss.

¹² H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, (1979), a cura di P.P. Portinaro, Torino, 1990, p. 10. Sul pensiero di Jonas, v. M. SIRIMARCO, *Percorsi di filosofia della crisi ecologica*, Roma, 2012, p. 11 ss.

riflessione etica e giuridica non poteva rimanere indifferente, è dunque la *natura come responsabilità umana*.

2. Il progetto culturale, cui ho fatto riferimento, è informato altresì al principio europeo di integrazione degli interessi ambientali nelle diverse discipline di settore e, dunque, nei diversi segmenti di mercato¹³. Tramontata, ormai, l'idea che la tutela dell'ambiente possa essere realizzata esclusivamente mediante modelli autoritativi di "comando e controllo", si fa strada la convinzione che tale tutela debba essere perseguita «attraverso il mercato»¹⁴, da orientare verso scelte eco-compatibili mediante strumenti negoziali e cooperativi¹⁵. Non sorprende, allora, se nella strategia europea di conformazione delle scelte della pubblica amministrazione verso prodotti a basso impatto ambientale un ruolo fondamentale sia svolto dagli "appalti verdi"¹⁶.

Il termine "appalto verde", ellissi per "appalto pubblico verde" (*Green*

¹³ Non desta meraviglia, dopo quanto osservato nel testo, che il vigente Trattato sul funzionamento dell'Unione europea abbinì il principio di sviluppo sostenibile al principio di integrazione: «Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» (art. 11). Sul canone d'integrazione, inteso in ragione della sua «natura trasversale» come «architrave» dell'intero assetto dei principi ambientali europei, v. P. DELL'ANNO, *Il ruolo dei principi del diritto ambientale europeo: norme di azione o di relazione?*, in D. AMIRANTE (a cura di), *La forza normativa dei principi. Il contributo del diritto ambientale alla teoria generale*, Padova, 2006, p. 117 ss., spec. p. 132 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, p. 218 ss.

¹⁴ M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 219 ss.; sui modelli d'intervento in materia ambientale tra autorità e mercato, v. anche M. CAFAGNO, o.c., p. 327 ss.; M. CAFAGNO e F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, I, cit., p. 487 ss.; V. JACOMETTI, *Incentivi economici a tutela dell'ambiente: le nuove "leve" verdi*, in B. Pozzo (a cura di), *Green economy e leve normative*, Milano, 2013, p. 63 ss.

¹⁵ In realtà, l'obiettivo è di superare l'antitesi pubblico-privato, sulla quale si basa il sistema *command and control*, mediante "meccanismi privatistici" di mercato, da ricondurre all'ampia categoria dei "contratti ambientali", intesi come accordi tra due o più parti, delle quali almeno una pubblica, aventi a oggetto specifiche prestazioni di rilevanza ambientale. Si veda S. NESPOR, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 962 ss.

¹⁶ Nella letteratura più recente si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, a M. ANDREIS (a cura di), *I contratti pubblici tra principi interni e vincoli sovranazionali. Mercato, ambiente, responsabilità*, Milano, 2011; E. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ambito della Green Economy*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 163 ss.; G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici: il Green Public Procurement*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico*, cit., p. 123 ss.; C. GUCCIONE e L. PALATUCCI, *Profili ambientali nelle procedure ad evidenza pubblica*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, p. 727 ss.

Public Procurement), indica non già un tipo contrattuale autonomo, bensì l'effetto o la funzione del ricorso a criteri valutativi ecologici nella formazione, interpretazione ed esecuzione degli appalti pubblici, vale a dire la promozione e integrazione degli interessi ambientali nella materia dei contratti pubblici¹⁷.

Le stazioni appaltanti, in conseguenza del loro enorme potere di acquisto, sono chiamate, come ha osservato la Commissione europea nel Libro verde del 2001, ad «assumersi la responsabilità di fungere da traino nel processo di gestione ecologica e nel riorientamento dei consumi verso prodotti più “verdi”»¹⁸. Ecco il *munus*, il potere-dovere della pubblica amministrazione, sì che il soggetto pubblico dovrà esercitare il proprio potere discrezionale in modo non arbitrario, ma secondo ragionevolezza e proporzionalità, inserendo tra i criteri di aggiudicazione clausole ecologiche, che mirino a privilegiare la scelta del contraente privato in funzione di interessi ambientali, senza peraltro alterare l'assetto pro-concorrenziale del mercato di riferimento. Funzione *premiale* o *promozionale*, questa, che trasforma una clausola altrimenti considerata accessoria o facoltativa, in clausola “primaria”, essenziale in concreto all’“economia” del contratto¹⁹, ancor più ove si riconosca, come si noterà avanti²⁰, l'*obbligatorietà* del criterio di valutazione ambientale.

La funzione dell'appalto verde è non soltanto premiale, ma anche *correttiva* del mercato e responsabilmente *preventiva* rispetto a sprechi di energie e risorse naturali, consumi eccessivi e danni ambientali. Non a

¹⁷ Finalità, questa, che risponde al menzionato principio di integrazione, sancito nel 1997 dall'art. 6 del Trattato di Amsterdam e trasposto poi nell'art. 11 Tratt. FUE. Di particolare rilievo, nell'attuazione del principio europeo, è l'art. 4, comma 4, lett. a, c.a., a norma del quale «la valutazione ambientale di piani e programmi che possono avere un impatto significativo sull'ambiente ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di detti piani e programmi assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile».

¹⁸ Commissione CE, COM(2001) 68 def., «Libro verde sulla politica integrata relativa ai prodotti», p. 16 s. La considerazione delle variabili ecologiche nel settore dei contratti pubblici ha grande rilevanza per la notevole dimensione del mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, pari a circa il 17% del PIL dei paesi membri dell'Unione europea (cfr. G. FIDONE, *L'integrazione degli interessi ambientali*, cit., p. 123).

¹⁹ Per la configurazione di una medesima clausola contrattuale come elemento “accidentale”, quanto alla qualificazione del tipo contrattuale, e clausola “primaria”, quanto alla rilevanza per la realizzazione del programma negoziale, v. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 3^a ed., Torino, 2009, p. 118 ss.; con specifico riguardo alla clausola di riserva di nomina del contraente, v. anche M. PENNASILICO, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1995, pp. 56 s., nota 10, 103 ss.; ID., *Il contratto per persona da nominare*, Milano, 1999, p. 177 ss.

²⁰ Si veda, *infra*, § 4.

caso, tra i criteri di valutazione dell'offerta economicamente piú vantaggiosa, i bandi di gara annoverano «le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto» (art. 83, comma 1, lett. e, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. codice dei contratti pubblici, d'ora in poi c.c.p.). In realtà, gli appalti verdi costituiscono uno dei piú rilevanti meccanismi attuativi della c.d. responsabilità sociale d'impresa²¹.

Questo radicale mutamento nella politica degli acquisti e nello stile di consumo delle pubbliche amministrazioni dovrebbe indurre un notevole cambiamento anche dal lato dell'offerta e dei modi di produzione. Con l'adozione degli appalti verdi si metterebbe in moto un circolo ecologicamente virtuoso, poiché le imprese che producono beni ad alto impatto ambientale, vendendo meno e perdendo quote di mercato a favore delle imprese «verdi», sono costrette a convertirsi alla realizzazione di beni a piú basso impatto ambientale²².

Tuttavia, l'affermazione degli appalti verdi pone delicati problemi di bilanciamento tra l'esigenza di protezione ambientale e gli obiettivi di tutela della concorrenza, con particolare riguardo ai corollari della trasparenza, della parità di trattamento e del divieto di discriminazione²³. Tant'è che il lento consolidarsi della figura nell'esperienza europea e nazionale è frutto di un percorso travagliato, avviatosi negli anni novanta con misure di *soft law*²⁴ e sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia²⁵, nel si-

²¹ Sul punto, v. A. ADDANTE, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2012, p. 290 ss., la quale osserva che la materia degli appalti verdi è socialmente responsabili, in una parola sostenibili, «costituisce un punto di approdo molto significativo in ordine alla necessità che l'autonomia privata, sotto la forma di libertà nella gestione dell'impresa, sia opportunamente guidata, con un chiaro intento premiale, dall'operato della pubblica amministrazione» (p. 295). La stessa locuzione coniata dalla Commissione europea, «appalti pubblici socialmente responsabili», rivela la finalità delle amministrazioni di incentivare meccanismi virtuosi d'impresa, combinando gli aspetti sociali con quelli ambientali, «in un approccio integrato verso la sostenibilità negli appalti pubblici» (Commissione UE, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2011, p. 7).

²² Cfr. G. BELLOMO, *Il Green Public Procurement nell'ordinamento multivivello dell'ambiente*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, p. 940 ss., spec. p. 941; F. GAVERINI, *Attività contrattuale della p.a. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, II, p. 153 ss., spec. p. 156; A. BONASIO, *Clausole ambientali e principio di sostenibilità*, in M. ANDREIS (a cura di), *I contratti pubblici*, cit., p. 75 ss., spec. p. 95 ss.; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli piú flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 819 ss., spec. pp. 820 e 837.

²³ Cfr. G. FIDONE, *o.u.c.*, p. 822 ss.

²⁴ Cfr. Libro verde del 1996 («Gli appalti pubblici nell'Unione europea. Spunti di riflessione per il futuro») e Libro bianco del 1998 («Gli appalti pubblici nell'Unione europea»), adottati rispettivamente con COM(96) 583 e COM(98) 143.

²⁵ La Corte di Lussemburgo, con due note sentenze (Corte giust., 17 settembre 2002, C-

lenzio della normativa comunitaria previgente²⁶, ispirata a criteri puramente ed esclusivamente economici. Quando il legislatore comunitario è intervenuto nella complessa opera di riordino e uniformazione della materia degli appalti pubblici (direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), il terreno era ormai fertile per riconoscere il potere degli enti aggiudicatori di considerare fattori di ordine non economico in conformità dei principi di integrazione e di sostenibilità ambientale²⁷.

Tale esigenza, recepita nel codice dei contratti pubblici, permette di subordinare il principio di economicità, che ispira l'azione della pubblica amministrazione, a criteri non economici di rilevanza costituzionale. L'art. 2, comma 2, c.c.p. afferma che il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti espressamente consentiti dalle norme vigenti e dal codice stesso, a criteri, previsti dal bando, «ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile». Questo temperamento risponde a un'opportuna "relativizzazione" del principio, e del concetto stesso, di economicità²⁸, conformato a valori sociali e ambientali²⁹, e segna una fondamentale metamorfosi della

513/99, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 1936 ss., e 4 dicembre 2003, C-448/01, in *Riv. giur. amb.*, 2004, p. 251 ss.), ha posto le basi per il graduale ingresso, accanto al tradizionale criterio del prezzo più basso nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa integrato da parametri ambientali. Tali parametri possono essere validamente applicati dalla pubblica amministrazione, a condizione che siano pertinenti all'oggetto dell'appalto e siano espressamente menzionati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, in modo da evitare un'eccessiva libertà di scelta dell'amministrazione aggiudicatrice in violazione del principio della parità di trattamento.

²⁶ Direttive 1992/50/CEE, 1993/36/CEE e 1993/37/CEE, rispettivamente sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, di forniture e di lavori.

²⁷ Cfr. S. BASTIANON, *Politiche dell'Unione europea in tema di appalti verdi*, in M. ANDREIS (a cura di), *I contratti pubblici*, cit., p. 11 ss., spec. p. 32 ss.

²⁸ In tal senso, M.P. CHITI, *I principi*, in *Tratt. contr. pubbl.* Sandulli, De Nictolis e Garofoli, I, *I principi generali. I contratti pubblici. I soggetti*, Milano, 2008, p. 145 ss., spec. p. 164 s.; v. anche M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1052 ss., spec. p. 1074; R. DIPACE, *I profili ambientali nella esecuzione delle opere pubbliche*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, II, cit., p. 787 ss., spec. p. 792 s.

²⁹ La disposizione dell'art. 2, comma 2, c.c.p. va letta anche alla luce del documento interpretativo del Ministero dell'ambiente, «Acquisti verdi per la Pubblica Amministrazione: stato dell'arte, evoluzione normativa e indicazioni metodologiche», del 2006, p. 16, secondo il quale «è legittimo considerare prioritaria l'esigenza di proteggere ambiente e salute umana, di promuovere lo sviluppo sostenibile e tutelare le esigenze sociali anche a scapito di non garantire sempre ed in ogni caso un rapporto conveniente tra risultati ottenuti e risorse impiegate, purché ciò avvenga nel rispetto della trasparenza, della *par condicio* e della concorrenza». Lamenta, tuttavia, l'inadeguata attuazione della norma, laddove «le ragioni dell'economicità prevalentemente orientano le pubbliche amministrazioni nella scelta degli appaltatori, senza spazio per l'utilizzo di criteri ambientali», G. FIDONE, *Gli appalti verdi*, cit., p. 872 s.

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 eco-compatibili³⁰. Il sacrificio dell'economicità all'interesse ambientale rilevante dovrà comunque essere proporzionato e ragionevole sotto il profilo del rapporto tra risorse, obiettivi e risultati³¹.

3. I criteri di valutazione ambientale possono riguardare tanto la fase strettamente pubblicistica della contrattazione, quanto le fasi governate da regole e principi privatistici o di “diritto comune”, cioè l'interpretazione e l'esecuzione dell'appalto verde.

Nella prima fase, quella di formazione del contratto, assume particolare rilievo l'individuazione discrezionale di specifiche tecniche³², che consente all'ente aggiudicatore di prescrivere, con riguardo all'oggetto individuato dal bando, che i concorrenti adottino un determinato metodo di produzione o di gestione ambientale, anche facendo ricorso a sistemi di ecoetichettatura (il più noto dei quali è il marchio di qualità ecologica dell'Unione europea, Ecolabel)³³. L'adozione di etichette o marchi ecologici, che consentano di comparare le prestazioni ambientali di prodotti diversi dello stesso genere, vale, nelle parole della Commissione europea, a «indurre il mercato a lavorare per l'ambiente»³⁴; funzionalizzazione, questa, che mostra come gli interessi ambientali debbano considerarsi non necessariamente antitetici o antagonisti al mercato³⁵.

Il rilievo centrale che l'ordinamento italo-europeo riconosce alla tutela dell'ambiente tende a funzionalizzare il rapporto tra contratto e diritto dell'ambiente: il primo diventa funzionale alla realizzazione degli obiettivi del secondo, con conseguenze rilevanti anche sul piano dell'interpretazione dei precetti contrattuali. In effetti, le peculiarità del diritto degli appalti pubblici, pervaso dal dato oggettivo dell'interesse pubblico, al punto che l'intento soggettivo non sembra nemmeno configurabile con riguardo alla

³⁰ Cfr. M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in *Tratt. contr. pubbl.* Sandulli, De Nictolis e Garofoli, II, *L'organizzazione. La programmazione. I soggetti ammessi alle procedure di affidamento*, Milano, 2008, p. 1465 ss.

³¹ Cfr. F. GAVERINI, *Attività contrattuale della p.a.*, cit., p. 167 s.; A. ADDANTE, *Autonomia privata*, cit., p. 293 s.; G. FIDONE, *Gli appalti verdi*, cit., p. 839.

³² Cfr. G. FIDONE, *o.u.c.*, p. 842 ss.

³³ Cfr., con riferimento all'art. 68, comma 9, c.c.p., C. GUCCIONE e L. PALATUCCI, *Profili ambientali*, cit., p. 759 ss.

³⁴ Commissione CE, COM(2001) 31, sul Sesto programma di azione per l'ambiente della Comunità europea «Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta», p. 15.

³⁵ Sul punto, si veda, *infra*, § 5.

pubblica amministrazione³⁶, comportano il ricorso necessario a criteri d'interpretazione oggettiva, con buona pace di un malinteso quanto pervicace principio (o, meglio, «pseudoprincipio») del gradualismo delle regole d'interpretazione³⁷.

In questa prospettiva, si valorizzano, quali strumenti per realizzare un'interpretazione oggettiva ed ecologicamente orientata degli appalti pubblici, la clausola generale di buona fede e il principio di conservazione. La rilevanza della prima è d'immediata evidenza se riferita alla responsabilità che grava sull'impresa appaltatrice e che dovrebbe impedire a quest'ultima di abusare del proprio potere di mercato a danno di concorrenti e consumatori.

Il principio di conservazione, a sua volta, gioca un ruolo primario nella decifrazione degli appalti verdi: ogni qual volta siano possibili, alla luce dell'art. 1367 c.c., (almeno) due interpretazioni delle clausole contrattuali, una conforme ai principi che tutelano l'ambiente, l'altra contraria, occorre preferire la prima, che assicura la salvezza del contratto e dei suoi effetti ecologici. Si pongono, così, le basi di un processo ermeneutico evolutivo, nel quale tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile s'impongono come principi, ermeneutici e sostanziali, dell'agire negoziale degli operatori pubblici e privati nel mercato di riferimento.

Quanto all'esecuzione del contratto, le stazioni appaltanti possono esigere, ai sensi dell'art. 69 c.c.p., condizioni particolari legate anche a esigenze ambientali (quali il recupero, il riciclaggio o il riutilizzo dei materiali adoperati dall'appaltatore), purché siano compatibili con il diritto comunitario e i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri³⁸.

Tuttavia, la fase che presenta le più delicate esigenze di bilanciamento e di possibile attrito con le regole a presidio della concorrenza e con le esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica è quella di definizione

³⁶ In tal senso, M. PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede*, cit., p. 1070 s., e già ID., *L'interpretazione dei contratti della pubblica amministrazione tra conservazione e stabilità degli effetti*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 428 ss., spec. p. 448, con il quale concorda E. CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, Milano, 2006, p. 169 ss.

³⁷ Per tale evoluzione dell'ermeneutica contrattuale, particolarmente incentivata dall'impatto del diritto comunitario, si rinvia a M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti tra relativismo e assiologia*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 725 ss., spec. p. 746 s.; ID., *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, pp. 229 ss., 319 ss.

³⁸ Per un approfondimento, cfr. C. GUCCIONE e L. PALATUCCI, *Profili ambientali*, cit., pp. 755 ss., 763 ss.

dell'oggetto del contratto in funzione dei criteri piú adeguati a giustificare l'aggiudicazione dell'appalto. Il problema va affrontato alla luce della nuova direttiva europea 2014/24/UE, in materia di appalti pubblici, che è entrata in vigore il 17 aprile 2014 e ha abrogato la direttiva 2004/18/CE³⁹.

Occorre, anzitutto, segnalare il definitivo abbandono del parametro del prezzo piú basso in favore dei criteri del costo piú basso e dell'offerta economicamente piú vantaggiosa, da valutare anche in virtù di criteri ambientali, purché connessi all'oggetto dell'appalto (art. 67 dir. 2014/24/UE). La nuova direttiva appalti chiarisce (*considerando* 96) che le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare l'offerta economicamente piú vantaggiosa e il costo piú basso ricorrendo a un approccio basato sul c.d. costo del ciclo di vita (*life-cycle costing*), definito come l'insieme di tutte le fasi consecutive e interconnesse della vita di un prodotto o di un servizio (art. 2, comma 1, n. 20, dir. cit.). Si tratta di un concetto molto piú ampio del solo prezzo di acquisto del bene, giacché comprende tanto i "costi interni" sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti (costi di consegna, installazione, consumo energetico, manutenzione, smaltimento, ecc.), quanto i costi imputati a "esternalità ambientali" (per esempio, emissioni di gas a effetto serra o di altre sostanze inquinanti), a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato (art. 68, comma 1, dir. cit.). Si garantisce, così, un'analisi piú completa per la pubblica amministrazione, purché il metodo di valutazione sia basato su criteri oggettivi, verificabili, non discriminatori e accessibili a tutte le parti interessate (art. 68, comma 2, dir. cit.).

4. La nuova direttiva europea, pur testimoniando un evidente progresso in termini di sostenibilità ambientale degli appalti pubblici, non si spinge sino al punto da prevedere clausole verdi obbligatorie⁴⁰. In tal senso, invece, merita menzione un recente progetto legislativo interno, il disegno di legge 2093, collegato alla legge di stabilità 2014 e presentato il 12 febbraio 2014, recante «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di *Green Economy* e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali», che propone all'art. 10 di inserire nel codice dei contratti

³⁹ Si veda, a commento della novità sovranazionale, R. CARANTA e D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, p. 493 ss.

⁴⁰ Il *considerando* 95 della direttiva, in conseguenza delle sensibili differenze tra i singoli settori e mercati, non reputa opportuno stabilire «requisiti obbligatori generali» per gli appalti verdi, «lasciando che sia la normativa settoriale specifica a fissare obiettivi e prospettive vincolanti in funzione delle particolari politiche e condizioni vigenti nel settore pertinente».

pubblici una disposizione (l'art. 68 *bis*) attinente all'applicazione obbligatoria di «criteri ambientali minimi»⁴¹.

In effetti, il passo decisivo, a voler prendere sul serio l'uso responsabile delle risorse naturali in materia contrattuale, è proprio quello dell'inserimento di clausole verdi obbligatorie: *dalla facoltatività all'obbligatorietà* potrebbe dirsi per cogliere in sintesi un percorso che, dopo aver segnato alcune tappe significative nella legislazione statale⁴², in quella regionale⁴³ e in una precedente iniziativa *de iure condendo*⁴⁴, sembra trovare ora finalmente compimento in sede di legislazione generale.

In realtà, l'obbligatorietà delle clausole verdi, anche a prescindere dagli esiti parlamentari del disegno di legge 2093, appare coerente attuazione dei principi europei di integrazione e di «elevato livello di tutela» dell'ambiente (artt. 3, § 3, Tratt. UE e 191, § 2, Tratt. FUE). L'interesse ambientale, che per lungo tempo ha costituito un *vincolo esterno* nelle procedure a evidenza pubblica, poiché l'originaria normativa comunitaria rispondeva al solo interesse economico della tutela della concorrenza, può considerarsi oggi un *dato immanente* o un *vincolo interno* alle procedure di affidamento dei contratti pubblici⁴⁵.

5. Al termine della ricognizione dei profili più rilevanti dell'appalto verde come paradigma dell'uso contrattuale responsabile delle risorse na-

⁴¹ L'intervento normativo, considerato indispensabile per raggiungere in tempi accettabili gli obiettivi posti dall'Unione europea con la strategia Europa 2020 «per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva», intende anzitutto promuovere il c.d. *Green Public Procurement*, già oggetto di un Piano d'azione nazionale «per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore delle pubbliche amministrazioni» (PAN GPP, adottato con d.m. 11 aprile 2008, aggiornato con d.m. 10 aprile 2013 e, da ultimo, con d.m. 13 febbraio 2014), rendendo obbligatoria, per gli appalti pubblici, l'applicazione dei criteri ambientali minimi per l'acquisto delle categorie di beni e servizi che hanno maggiore pertinenza con il consumo di energia e con la produzione di rifiuti, criteri già adottati con d.m. 25 luglio 2011 per il servizio di ristorazione collettiva e la fornitura di derrate alimentari, al fine di contenere gli sprechi alimentari.

I criteri ambientali minimi sono distinti in criteri «di base» e «premianti»: i primi chiariscono se la fornitura di un prodotto possa considerarsi un «acquisto verde», laddove i criteri «premianti» tendono ad assegnare, secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, una specifica componente di punteggio alle offerte maggiormente apprezzabili sotto il profilo ambientale (cfr. R. DIPACE, *I profili ambientali*, cit., p. 796).

⁴² Per gli opportuni riferimenti, v. A. MAESTRONI, *Politiche nazionali in tema di appalti verdi*, in M. ANDREIS (a cura di), *I contratti pubblici*, cit., p. 43 ss., spec. p. 50 ss.; E. BELLOMO, *Il Green Public Procurement*, cit., p. 183 ss.; C. GUCCIONE e L. PALATUCCI, *Profili ambientali*, cit., p. 731 s.

⁴³ Si rinvia, per le fonti regionali e locali, a E. BELLOMO, *o.c.*, p. 192 ss. (con particolare attenzione alla l. reg. Puglia n. 23 del 2006); C. GUCCIONE e L. PALATUCCI, *o.c.*, p. 732 s. e nota 9.

⁴⁴ Si allude al d.d.l. De Pretis n. 3118 del 2004, sul quale v. E. BELLOMO, *o.c.*, p. 194 s.

⁴⁵ Cfr. C. GUCCIONE e L. PALATUCCI, *Profili ambientali*, cit., pp. 727 ss., 747.

turali, giova fissare talune acquisizioni. Occorre, anzitutto, sfatare un “mito”: il mercato può rivelarsi un potente alleato della regolazione nel perseguimento delle finalità di tutela ambientale, nonostante l’opinione diffusa che considera le esigenze della produzione e dello sviluppo economico pressoché inconciliabili con quelle di protezione delle risorse naturali e dell’ecosistema⁴⁶. Una nuova sfida attende la teoria “civil-costituzionale” del mercato⁴⁷: l’economia deve crescere in un rapporto di «concordanza pratica» con l’ecologia, come avverte la migliore dottrina tedesca⁴⁸, anche alla luce di fonti costituzionali⁴⁹, e come riconosce il nostro Giudice delle leggi, là dove afferma, con la sentenza n. 81 del 2007, che la pesca marittima deve essere esercitata «al fine di coniugare le attività economiche di settore con la tutela dell’ambiente e degli ecosistemi»⁵⁰.

Un esempio della tendenza alla “circularità” tra ambiente e mercato è costituito, pur tra notevoli ritardi e parziali fallimenti, dal c.d. mercato delle emissioni inquinanti⁵¹, destinato alla circolazione di permessi o quote di emissione tra gli stessi soggetti inquinatori: una sorta di “cura omeopatica” per combattere l’inquinamento atmosferico⁵².

Ancora, a conferma del discorso, giova ricordare tanto le aziende, che per essere competitive e attrarre i consumatori mediante adeguate infor-

⁴⁶ Si veda, anche per altri riferimenti, A. BONASIO, *Clausole ambientali*, cit., p. 92 s.

⁴⁷ Sul metodo ermeneutico civil-costituzionale, programmaticamente aperto allo studio del diritto per problemi, oltre ogni separazione tra diritto pubblico e diritto privato, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006; ID., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, *ivi*, 2010, p. 164 ss.; M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. PERLINGIERI e A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 247 ss.

⁴⁸ P. HÄBERLE, *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enc. giur.* Treccani, Agg., IX, Roma, 2000, p. 1 ss., spec. p. 40.

⁴⁹ Per una fitta rassegna dei testi costituzionali che fanno esplicito riferimento allo «sviluppo sostenibile», si veda G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, in *Tratt. dir. amb.* Dell’Anno e Picozza, I, cit., p. 101 ss., spec. p. 137 ss.

⁵⁰ Così, Corte cost., 16 marzo 2007, n. 81, in www.giurcost.org/decisioni/2007/0081s-07.html, con riferimento all’art. 1, comma 1, d.lg. 26 maggio 2004, n. 153, che promuove la razionalizzazione del sistema ittico in ragione dei principi di sviluppo sostenibile e di pesca responsabile.

⁵¹ Sull’esperienza dei *Tradable Pollution Rights* cfr., anche per ulteriore bibliografia, V. JACOMETTI, *Incentivi economici*, cit., p. 69 ss.; M. CECCHETTI e F. GRASSI, *Le quote di emissione*, in *Tratt. dir. amb.* Ferrara e Sandulli, II, *I procedimenti amministrativi per la tutela dell’ambiente*, a cura di S. Grassi e M.A. Sandulli, Milano, 2014, p. 303 ss.

⁵² Si veda A. BONASIO, *Clausole ambientali*, cit., p. 93; sull’importanza decisiva che gli strumenti di mercato potrebbero rivestire, rispetto alle forme tradizionali di regolamentazione, nella lotta all’inquinamento, fa leva la Commissione CE, COM(2000) 576 def., «Conciliare bisogni e responsabilità. L’integrazione delle questioni ambientali nella politica economica», spec. p. 5 ss.

mazioni si dotano di etichette o marchi ambientali⁵³, quanto la cedevolezza del principio di economicità alla tutela della salute e dell'ambiente nonché alla promozione dello sviluppo sostenibile⁵⁴.

Quest'ultimo principio, con la sua «eccedenza di contenuto assiologico»⁵⁵, la sua carica di doverosità a favore delle generazioni future, costituisce non soltanto un parametro di giustificazione delle leggi, come attestano in modo sempre più intenso le decisioni della nostra Corte costituzionale a tutela dell'integrità delle risorse idriche e del complessivo patrimonio paesistico ambientale⁵⁶, ma anche un parametro di meritevolezza dei contratti ambientali, con la conseguenza che un appalto pubblico "verde", pur presentando una causa lecita, potrebbe essere non meritevole di tutela là dove non sia idoneo a realizzare il concreto interesse ambientale. Tuttavia, la centralità che le esigenze ambientali, sottese alle ipotesi di obbligatorietà degli appalti verdi, hanno ormai guadagnato nell'ordinamento italo-europeo, imponendo una conformazione "ecologica" dell'autonomia negoziale, induce a riconoscere che la meritevolezza dei "contratti verdi" è *in re ipsa* nella liceità della causa: in effetti, il giudizio di meritevolezza appare pleonastico se riferito a contratti diretti a soddisfare interessi ambientali leciti, che "colorano" la causa concreta e sono in armonia con il «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, cost.)⁵⁷.

⁵³ Cfr., *supra*, § 3.

⁵⁴ Cfr., *supra*, § 2.

⁵⁵ Di «eccedenza di contenuto assiologico» discorreva E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, (1949), 2^a ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, p. 316 s., a proposito dei principi generali del diritto, nei quali «opera una virtualità e una forza di *espansione*, ma non già di indole logica e dogmatica, bensì d'indole valutativa e assiologica: forza non già di "verità" e di ragione teoretica, ma di valori etici e delle loro valutazioni, che gradatamente maturano e si affermano in base a situazioni storiche contingenti» (p. 317); negli stessi termini, Id., *Teoria generale della interpretazione*, (1955), ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, II, Milano, 1990, p. 849 s., spec. p. 850.

⁵⁶ Per una rassegna degli orientamenti della Consulta, cfr. A. MAESTRONI, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile*, cit., p. 161 ss.; si veda anche l'attenta ricognizione di G. D'ALFONSO, *La tutela dell'ambiente quale «valore costituzionale primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 3 ss.

⁵⁷ Per l'intrinseca meritevolezza di atti negoziali leciti, che costituiscono diretta espressione del valore della persona umana, v. A. FEDERICO, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 614 ss., spec. p. 618; Id., *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.d.d. sportivi*, in AA.Vv., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazione S.I.S.Di.C., Capri 27-29 marzo 2008, Napoli, 2009, p. 369 ss., spec. p. 375 s.; v. anche M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 167. Per la rilevanza causale del vincolo dello scopo pubblico nella contrattazione della p.a., v. A. NERVI, in V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, IV, 13, Napoli, 2009, spec. p. 209 ss.

Sul piano sistematico, la forza di espansione, valutativa e assiologica, del principio dello sviluppo sostenibile consente di estendere l'applicabilità dei criteri ambientali anche agli appalti privati; anzi, sembra che possa superarsi la definizione comune di «appalto pubblico verde», che potrebbe essere ampliata e sostituita da quella di «appalto sostenibile» (*Sustainable Procurement*)⁵⁸. In tal modo, la materia degli appalti verdi rafforza l'osmosi tra pubblico e privato, e conferma, dopo la fondamentale legge n. 241 del 1990 (significativamente novellata nel 2005), la fine di un dogma: la non negoziabilità del potere pubblico⁵⁹. La pubblica amministrazione negozia con i soggetti privati i modi di esercizio delle proprie prerogative pubblicistiche, come accade nella procedura del dialogo competitivo applicata agli appalti verdi⁶⁰. Procedura che, a sua volta, abbatte un altro mito, quello della pubblica amministrazione dotata di una conoscenza perfetta, tale da fissare in autonomia i contenuti dettagliati delle prestazioni richieste.

Al contrario, un rilevante ostacolo alla gestione ecologicamente virtuosa degli acquisti pubblici è proprio nel *deficit* informativo, che non consente alle stazioni appaltanti di orientare opportunamente le proprie preferenze⁶¹. In realtà, tale *deficit* fa parte di una più generale e fisiologica asimmetria informativa della pubblica amministrazione nei confronti del contraente privato⁶², che aumenta in proporzione alla complessità dell'appalto e suggerisce l'uso di procedure di aggiudicazione flessibili, come appunto il dialogo competitivo, volte ad accrescere l'informazione della pubblica amministrazione⁶³.

Tuttavia, se numerosi sono i vantaggi che i contratti verdi possono offrire, resta ferma la necessità di individuare preventivamente gli spazi en-

⁵⁸ Cfr. A. BONASIO, *Clausole ambientali*, cit., p. 95, nota 68. Da altro punto di vista, trascorrere dal concetto di "appalto verde" a quello di "appalto sostenibile" appare più coerente con il concetto generale di "sostenibilità", da intendere nei suoi tre aspetti costitutivi: ambientale, economico e sociale.

⁵⁹ Cfr. V. RICCIUTO, in V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 11 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni.

⁶⁰ Cfr. G. FIDONE, *Gli appalti verdi*, cit., p. 832 s.

⁶¹ Cfr. Commissione CE, COM(2001), 274, «Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici», p. 8.

⁶² Registra «la perdita di centralità della figura del consumatore a favore di una disciplina dai confini più ampi rivolta ad un soggetto di mercato impegnato in una relazione asimmetrica, dipendente da fattori fisiologici e non dalla patologia dell'accordo», G. VETTORI, *Il contratto del terzo millennio*, in *Pers. merc.*, 2010, p. 216; ID., *Oltre il consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 86; sottolinea la persistente asimmetria e autoreferenzialità dell'attività amministrativa c.d. partecipata, L. FRANZESE, *Autoregolamentazione e sussidiarietà: oltre le aporie del nuovo procedimento amministrativo e della visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 272 ss.

⁶³ In tal senso, G. FIDONE, *Gli appalti verdi*, cit., p. 821.

tro i quali permettere l'introduzione della flessibilità negoziale in materia ambientale, perché non è accettabile che tali vicende si svolgano in uno spazio svincolato da regole e controlli nell'interesse generale, come testimoniano le specifiche competenze attribuite all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (Avcp) e l'obbligo in capo alle stazioni appaltanti di comunicare all'Autorità, su richiesta del Ministero dell'ambiente, informazioni dettagliate circa la fase esecutiva dei contratti e il rispetto dei criteri ambientali minimi⁶⁴.

6. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, qui abbozzata, induce a una riflessione conclusiva.

Senza indulgere alla tendenza che ama declinare le vicende evolutive del contratto addirittura in funzione di indicazioni numeriche – primo contratto, secondo contratto, terzo contratto⁶⁵ –, occorre chiedersi se non siano maturi i tempi per accreditare un "quarto contratto", il *contratto ecologico*⁶⁶. Figura questa che, pur avendo in comune con i contratti dei consumatori e con i contratti tra imprenditori l'asimmetria informativa e la conseguente necessità di riequilibrare posizioni negoziali dispari, si differenzia da quei paradigmi perché l'interesse ambientale penetra e colora la causa del contratto, enfatizzando il profilo della doverosità dell'uso responsabile delle risorse naturali a vantaggio anche delle generazioni future, e dunque i valori della cooperazione, della trasparenza, della solidarietà

⁶⁴ Si veda il Comunicato dell'Autorità (Avcp) del 12 giugno 2012, «Rilevazione degli appalti che rispettano i criteri di sostenibilità ambientale», in *www.avcp.it*.

⁶⁵ È la nota proposta di R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, spec. p. XII s.; ID., *Dalla Pangea al terzo contratto?*, in AA.VV., *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, p. 2143 ss.; sul dibattito in materia, si rinvia a G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, p. 311 ss.; E. MINERVINI, *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, p. 493 ss.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; M.M. PARINI, *«Forza contrattuale» e rapporti tra imprese*, Prefazione di A. GENTILI, Roma, 2013, spec. p. 191 ss.

⁶⁶ 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»: così, E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., p. 317, la quale, peraltro, reputa preferibile «affidarsi non tanto ad una moltiplicazione di categorie isolate, quanto ad un approccio capace di declinare al plurale l'istituto del contratto, senza trascurare la dimensione generale del sistema e l'attitudine delle clausole generali ad aggregare e a conferire uno spirito coerente ed unitario alla molteplicità dei singoli sottosistemi» (p. 329).

ambientale e della responsabilità intergenerazionale. Una nuova stagione del contratto sembra aprirsi ai nostri occhi, una stagione “verde”: l’analisi “ecologica” del diritto contrattuale consente di cogliere che la nozione stessa di contratto (art. 1321 c.c.) è insufficiente, se non integrata dai principi di solidarietà e di sostenibilità nell’uso responsabile delle risorse naturali; sí che, il contratto oggi è fonte non semplicemente di rapporti giuridici patrimoniali, ma di rapporti giuridici patrimoniali *sostenibili*.

Il “contratto ecologico” è, dunque, applicazione privilegiata del paradigma intergenerazionale, che ispira la trasformazione dell’economia di mercato in «economia di mercato sociale ed ecologica»⁶⁷. Se vogliamo evitare che non soltanto il mercato, ma la stessa democrazia, si riveli un regime di saccheggio delle risorse naturali a danno dei posteri, se vogliamo proiettarci con dignità *oltre la crisi* e acquisire finalmente consapevolezza della necessità di fondare le regole di conservazione e fruizione di risorse e beni ambientali su quella responsabilità intergenerazionale che già Santi Romano intuiva nel celebre discorso del 1909 su *Lo Stato moderno e la sua crisi* – là dove dichiarava in modo perentorio che lo Stato, grazie alla forza del diritto, «si pone nella condizione di curarsi non solo delle generazioni presenti, ma anche di quelle future, ricollegando in un’intima e ininterrotta continuità di tempo, di azione, di fini, momenti ed energie diverse, di cui esso è comprensiva espressione»⁶⁸ –, occorre costruire una mentalità, una cultura “verde”, dalla quale trarre ispirazione per comportamenti adeguati e *durevolmente responsabili*, che non cedano alle «insidie del nichilismo»⁶⁹, ben riassunte dall’impetoso aforisma di François-René de Chateaubriand, il quale, al sorgere dell’Ottocento, ammoniva: «le foreste precedono i popoli, i deserti li seguono»⁷⁰.

MAURO PENNASILICO

Abstract

Il saggio indaga il modello di integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici costituito dagli “appalti verdi”, ai quali si applicano criteri ambientali rilevanti nella formazione, interpretazione ed esecuzione dei con-

⁶⁷ P. HÄBERLE, *Potere costituente*, cit., p. 40.

⁶⁸ Santi ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, (1909), in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1990, p. 381.

⁶⁹ P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 3 ss.

⁷⁰ F.-R. DE CHATEAUBRIAND, *Genio del Cristianesimo*, (1802), trad. di S. Faraoni, Milano, 2008, cit. da G. SENATORE, *Storia della sostenibilità. Dai limiti della crescita alla genesi dello sviluppo*, Milano, 2013, p. 27.

tratti. L'obbligatorietà di tali criteri, non ancora sancita dalla nuova direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici, ma prevista dal disegno di legge 2093 del 2014 sulla *Green Economy*, trasforma l'interesse ambientale in un *vincolo interno* alle procedure di affidamento. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, alla luce dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, induce ad accreditare un nuovo paradigma contrattuale: il "contratto ecologico".

The essay explores the model of integration of environmental interests in the discipline of public contracts consisted of "Green Public Procurements", which are subject to environmental criteria relevant to the formation, interpretation and execution of contracts. The obligatory nature of those criteria, not yet sanctioned by the new directive 2014/24/UE on Public Procurement, but provided for in the bill 2093 of 2014 on the Green Economy, transforms the environmental interest in an *internal constraint* to procurement procedures. The "ecological" analysis of contract law, in the light of sustainable development and intergenerational responsibility, leads to accredit a new paradigm of contract: the "ecological contract".