

LA CONTRATTAZIONE ECOLOGICAMENTE CONFORMATA NELL'OTTICA DEL DIRITTO CIVILE: brevi note ^{1*}

FRANCESCO LONGOBUCCO ^{**}

Il civilista possiede un occhio privilegiato sul diritto dell'ambiente, perché portatore di vecchi strumenti che devono essere piegati a realizzare nuove funzioni in prospettiva evolutiva. In altri termini, il diritto dell'ambiente si alimenta sulla base di una necessaria ed opportuna eterogenesi dei fini delle norme contenute nel codice civile. Paradigmatica è la vicenda giurisprudenziale delle immissioni oggi soggetta ad una duplice tutela sia reale sia personale.

Il diritto dell'ambiente impatta anzitutto sulla odierna teoria dei beni. L'ambiente è un bene? È un bene adespota, e dunque entra in crisi la nozione tradizionale di titolarità in senso classico, emerge invece la titolarità potenziale (quella, per esempio, delle generazioni future – una titolarità *in incertam personas*); viene meno inoltre la fisicità del bene, convalidandosi l'idea che oggi il bene è più un interesse che non una *res* materiale, come la intendevano gli antichi.

^{1*} Il presente contributo è destinato alla pubblicazione del Volume - edito da AmbienteDiritto Editore - di raccolta degli atti del Convegno "EMERGENZA E TUTELA AMBIENTALE", tenutosi presso la Camera dei Deputati (Sala del Refettorio) il 18 marzo 2019.

^{**} Professore Associato presso l'Università degli Studi Roma Tre

Ma il diritto dell'ambiente trasforma oggi la stessa nozione di contratto e di attività negoziale. Esso diventa per gli studiosi del diritto civile il banco di prova su cui saggiare quella che, per mia convinzione culturale, è la crisi attuale della dicotomia classica tra interesse privato e interesse pubblico, tra interesse patrimoniale con cui più spesso facciamo i conti e interesse non patrimoniale (art. 1174 c.c.). Se muoviamo dunque dal presupposto che l'autonomia negoziale non è un dogma fine a se stesso e che è invece sempre più sintesi di autonomia ed eteronomia (perché l'autonomia negoziale non è potere incontrollato e incontrollabile), allora, il diritto dell'ambiente, l'interesse non patrimoniale all'ambiente salubre, da realizzare in maniera *pro-attiva*, diventa uno dei limiti (*'interni'* o *'esterni'* poco importa) all'autonomia negoziale. Forse allora i Manuali di diritto privato andrebbero aggiornati quando si tratta dei limiti tradizionali all'autonomia negoziale, posto che, a mio avviso, nell'ordine pubblico interno e comunitario va certamente oggi inserito l'interesse all'ambiente salubre, in funzione della tutela ultima della persona, così come anche la nozione di discrezionalità amministrativa deve fare il paio con un tale interesse, per esempio in tema di rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale. Siffatto interesse struttura e "colora" la causa degli atti tra privati e tra privati e p.a.: si pensi a tutto l'interessante filone dei c.dd. appalti versi e delle clausole CAM da inserire in contratto.

Ecco che nasce il paradigma del 'contratto ecologicamente conformato', il quale evoca in maniera virulenta il rapporto tra l'uomo e il sistema nel quale questi vive. Esso trova la sua *ratio* indiretta nell'art. 3 *quater* del TUA (Testo Unico Ambientale), a tenore del quale *"ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. 2. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione"*.

La Costituzione che ruolo gioca? Già l'art. 9 Cost. tutela indirettamente l'interesse all'ambiente salubre secondo la migliore dottrina pubblicistica. E poi l'art. 41,

comma 2, Cost., con i suoi limiti alla incessante industrializzazione. Non è vero dunque che nella nostra Costituzione non esiste la tutela dell'ambiente, essa esiste sia pure indirettamente, anche considerato che le norme costituzionali sono direttamente applicabili e conformano certamente l'attività dei privati. Con il risvolto importante sul piano dei rimedi civili applicabili: non deve stupire se la violazione del principio di principio di sostenibilità, quale principio di ordine pubblico, conduca per esempio, come taluno ha sostenuto, alla nullità del contratto *ex art. 1421 c.c. rilevabile d'ufficio dal giudice.*

Come allora l'autonomia negoziale è conformata ecologicamente? Sicuramente attraverso i principi italo-comunitari (desumibili anche dal TUFUE e dai documenti comunitari) assimilabili nel nostro sistema normativo anche tramite la valvola dell'art. 117 Cost.: il principio di prevenzione, il principio di precauzione sempre più spesso bilanciato dalla nostra Corte costituzionale (e quindi bilanciabile anche dal giudice comune), il principio di sostenibilità, il principio di efficienza energetica, il principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118, u.c., Cost..*

Poi rilevano le regole ordinarie e le regole sussidiarie: qui vedrei in espansione un diritto privato regionale dell'ambiente, specifico per territorio, che conformi l'autonomia negoziale anche alla luce del già richiamato art. 118, u.c., Cost..

Ancora le regole etero-introdotte nel tessuto negoziale (1374 c.c.): si pensi alle delibere dell'Arera che, nell'ambito del più generale fenomeno dell'etero-integrazione regolamentare del contratto, introducono regole secondarie coerenti con principio dell'efficienza energetica (quelle sul prezzo, per esempio). E, ancora, vi sono le regole autopoietiche, una sorta di *best practices* che le stesse imprese si autoimpongono tramite Protocolli.

In tal modo l'autonomia negoziale diventa più conforme all'interesse ambientale. Non importa che sia un quinto o sesto contratto. Oggi abbiamo perso il conto: il primo contratto, il contratto del lavoro, il contratto del consumatore, il contratto tra imprese, ora il contratto ecologicamente conformato.

Fin qui le strutture. Ma quali le funzioni da realizzare all'esito di tutto ciò? Certamente una funzione preventiva, poi una funzione risarcitoria, ma ancora funzione, come da taluno suggerito, "euristica e promozionale", ossia di stimolo a sviluppare l'attitudine interpretativo-applicativa dei giuristi nella messa a punto di

un paradigma che, sebbene non ancora direttamente normato, può dirsi certamente legittimato nell'attuale ordinamento italo-comunitario: quello, appunto, del "contratto ecologicamente orientato".

In questa ultima ottica, auspicherei allora un ingresso sempre più numeroso di contributi, anche di giovani studiosi, che dia sempre più contezza della funzione performativa del diritto privato anche nel settore del diritto dell'ambiente.

'Ecological contract' and green economy (english version)

Prof. FRANCESCO LONGOBUCCO
Università degli Studi Roma Tre

The Private Law has a privileged eye on the Environmental Law, as the Private Law is a whole of old instruments which must be bent to create new functions and therefore must evolve (this phenomenon is so-called '*heterogenesis of the purposes*' of the rules contained in our Civil Code). Paradigmatic is the case of illegal discharges (cf. art. 844 C.C.).

Thus I would underline the importance of creating a framework of method to be followed in the analysis of the institutes, for those who want to cooperate in the development of Environmental Law also on the civil point of view.

Under this point of view, for example, the Environmental Law impacts today's theory of property. Is the environment a classical good? It is a particular good without an owner, so that the traditional notion of property in the classical sense is no more available, while a potential ownership emerges [that, for example, of the future generations (*in incertam personas*)], the physicality of the traditional goods is outdated in our case, validating the idea that today goods must be considered more as *interests* than as *res* just as the ancients meant.

The Environmental Law also impacts with the same notion of the modern contract and the negotiating activity. It becomes, for scholars, the test bench on which to sample what, by my cultural conviction, is the current crisis of the classical dichotomy between private interest and public

interest, between proprietary interest and non-pecuniary interests (cf. art. 1174 C.C.). If we assume that the freedom of contract is no more a *dogma* and that it is instead today increasingly a synthesis of the autonomy of the parties and the heteronomy of the legislator (as autonomy of parties is no more an uncontrolled and uncontrollable power), then, the fundamental right to a healthy environment, to be realized in a pro-active way, becomes one of the limits (internal or external is a little matter) to the traditional freedom of contract. Perhaps manuals of Italian Private Law should be updated when we talk about the traditional limits to the autonomy of parties, as, in the Legal Public Italian and European order, the interest in a healthy environment, according to the ultimate protection of the person, must be certainly inserted. The interest in a healthy environment characterizes the inner '*causa*' of the legal acts between private individuals and between private and public administrations [think, for example, of all the interesting matter of the '*appalti verdi*' (green public contracts) or the '*CAM clauses*' to be entered in the public contracts].

Here comes the paradigm of the '*ecologically conformed contract*' in the new scenario of the Green Economy. This paradigm finds its base in the Art. 3 *quarter* of the Environmental Consolidated Law (the Italian '*Testo Unico Ambientale*'), according to which every legally relevant human activity (under the Code) must comply with the principle of sustainable development, in order to ensure that satisfaction of the needs of current generations cannot compromise the quality of life and the possibilities of future generations. Also the activity of the public administration must be aimed at allowing the best possible implementation of the principle of sustainable development, for which, in the context of the discretionary comparative choice between the public and the private interests, interests to protect the environment and the cultural heritage must be object of a priority consideration.

And what about the Italian Constitution? Already the Art. 9 of the Italian Constitution (about the landscape protection) indirectly protects the interest in a healthy environment, according to the best public scholars. Then it comes into evidence the Art. 41, para 2, of the Italian Constitution

(with its limits to the autonomy of parties of the safety, freedom, public utility). Thus it is not true that the protection of the environment does not exist in our Constitution, rather it exists - albeit indirectly - also considering that the Constitutional norms are directly applicable to the activity of the private parties. All of this with the implication on the level of applicable civil remedies: it is not surprising if the violation of the principle of sustainable development, as a principle of legal public order, could lead, as some scholars have claimed, to the nullity of the contract according to the Art. 1421 C.C. which can be lodged *ex officio*.

How then does the traditional freedom of contract could be ecologically conformed? Certainly it could be conformed through the Italian and European general fundamental Principles: think, for example, of the principle of prevention, precaution, sustainability, energy efficiency, 'horizontal' subsidiarity according to the Art. 118 of the Italian Constitution.

Then the ordinary rules and the subsidiary rules come to evidence with the possibility of a wide expansion of a Regional Private Law, specific for the territory, that could also conform the contractual activity.

Yet think of the hetero-introduced rules in the contractual activity (Art. 1374 C.C.): consider, for example, the various rules by the Italian Regulatory Authority for Energy and Gas which, in the context of the general phenomenon of the regulatory 'hetero-integration' of the contract, create a whole of secondary rules (those on the price, for example) in order to conform the autonomy of parties. Think also of the 'autopoietic rules' (a sort of best practices that the companies themselves have to take) which also conform the contractual regulation.

In this way the traditional freedom of contract becomes more consistent with the environmental interest. And it doesn't matter if it's the fifth or the sixth model of contract: the first contract of the Civil Code, then we have the labor contract, then the consumer contract, then the contract between companies, now the ecologically conformed contract. A sixth contract.

And what about the function of this new model of contract, that is the ecologically oriented contract? We can surely think of a preventive function, of a compensation function, of a punitive function, but also of an 'heuristic and promotional' function, as suggested by some scholars, which is to say a stimulus to develop the interpretative and applicative attitude of the Italian jurists in setting point of a paradigm (the model of the ecologically oriented contract) which, although not specifically regulated, can certainly be legitimized in the Italian and European legal system.