

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 29 - giugno 2024

ALLA (RI)SCOPERTA DI UN (INEDITO)
EVERGREEN: CSDDD, FINANZA
STRUTTURATA "SOSTENIBILE"
E DIRITTI "SECONDI"

Mariano Robles

**ALLA (RI)SCOPERTA DI UN (INEDITO) *EVERGREEN*:
CSDDD, FINANZA STRUTTURATA "SOSTENIBILE"
E DIRITTI "SECONDI" °**

Mariano Robles

*Professore Associato di Diritto civile
Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

Il saggio, muovendo da una rilettura dell'attuale «crisi» delle categorie giuridiche ricevute, mira a valorizzare il paradigma della «sostenibilità» eco-sistemica attraverso taluni spunti ricostruttivi, offerti dal modello negoziale «sussidiario» del partenariato pubblico-privato (ed in particolare dal project finance), nel quale intravedere, alla luce dei più recenti interventi normativi unionali, l'emergere di nuove forme di responsabilità civile ambientale.

This essay, starting from a re-reading of the current «crisis» of the traditional legal rules, aims to enhance the eco-systemic «sustainability» paradigm through some reconstructive ideas, offered by the «subsidiary» negotiating model of the public-private partnership (and in particular by the project finance), in which we can glimpse, in light of the most recent EU regulatory interventions, the emergence of new forms of environmental liability.

Sommario:

1. Diritto della «crisi» e «sostenibilità»
2. (*Segue*): paradigmi a confronto
3. Partenariato «sussidiario» per le *public utilities*: l'affermarsi della «finanza di progetto»
4. (*Segue*): il (graduato) recepimento nell'ordinamento interno e la (nuova) finanza «verde» (*rinvio*)
5. Incidenze «ambientali» nella fase attuativa
6. (*Segue*): «sopravvenienze» nell'*iter* realizzativo alla luce del recente quadro normativo italo-europeo
7. La nuova Direttiva (CSDDD) sulla *governance* «sostenibile»
8. (*Segue*): «assonanze» disciplinari nell'inquadramento delle pratiche «eco-sostenibili»
9. (*Segue*): l'impatto rispetto alle «imprese finanziarie regolamentate»
10. Nuovi modelli di responsabilità ambientale da «incauto sostegno creditizio»?
11. (*Segue*): per una (possibile) rilettura «conseguenzialista» di sistema

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Diritto della «crisi» e «sostenibilità»

Per inveterata consuetudine la parola “crisi” è stata associata, nel lessico giuridico, a ben specifiche aree disciplinari, al fine di far emergere gli effetti negativi riflessi “al di là” della (più o meno ristretta) cerchia dei diretti interessati, cui assegnare un apposito regime di tutela: basti pensare, per limitarsi all’involo distinguo tra diritto privato «patrimoniale» e «non patrimoniale», alla “crisi” dell’impresa¹, nel primo caso; ovvero dei rapporti familiari², nel secondo caso. L’uso attuale del vocabolo sembra, al contrario, consegnare all’interprete perlomeno un duplice (e interferente) livello di significato: ad una *crisi del (o nel) diritto* – denotante le tendenze «centrifughe» (*rectius*, a-sistemiche) approfondite in recenti contributi di vasto pensiero³ – consegue (logicamente) un *diritto della crisi*, a sua volta referente di quella accentuata fioritura di «modelli» a base negoziale, non di rado trapiantati da esperienze giuridiche affini, all’esito di paralleli indirizzi della giurisprudenza (teorica e pratica) che accompagnano (alla ricerca di governare) i radicali mutamenti socio-economici dell’epoca contemporanea⁴.

In quest’ottica, riemerge pressante l’autorevole interrogativo, acutamente riproposto all’attenzione, in merito al quando e in che misura possa dirsi ‘generale’ una norma(-tiva) di diritto privato introdotta per fare fronte a specifiche esigenze del tipo di quelle appena delineate; e, soprattutto, quale relazione intercorra tra più regole che ne risultano derogatorie⁵.

A tal fine, un apporto di sicura novità e destinato a svolgere un ruolo di indubbia pregnanza, nel suo proporsi all’interprete, consisterebbe in un’inedita chiave di (ri)lettura in grado di ‘unire i punti’ delle fioriture negoziali, cui poc’anzi

¹ La cui disciplina è approntata dal d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il nuovo «Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza» (in attuazione della legge-delega 19 ottobre 2017, n. 155), che entrerà in vigore il 15 agosto 2020 (ma v. l’art. 389 per le disposizioni che entrano in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella G.U. in data 14 febbraio 2019).

² Per utili spunti, cfr. F. DANOVÌ, *La crisi della famiglia*, IV, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2015, p. 663 ss.

³ In particolare, U. BRECCIA, *Le fonti delle obbligazioni nel diritto privato in trasformazione*, in A. LUMINOSO (cur.), *Diritto e crisi*, Milano, 2016, spec. pp. 110-115; ripreso da ID., *Aperture e atipicità delle fonti dei rapporti obbligatori*, in M. TRIMARCHI et al. (cur.), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Milano, 2017, p. 185 ss. Sulla «crisi della legge» quale strumento di diritto regolativo, v. anche F. CRISCUOLO, *L’autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, p. 7 ss.; e sul ruolo del notaio nella crisi della legge e nella costruzione del diritto vivente, v. diffusamente G. CONTE, M. PALAZZO (cur.), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in *Bibl. fond. it. not.*, 2, 2018.

⁴ Per un ampio inquadramento, v. ora G. ALPA e E. NAVARRETTA (cur.), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, Milano, 2015; nonché C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, spec. pp. 78-86; C. CACCAVALE, *Per un diritto sostenibile*, in G. CONTE e M. PALAZZO (a cura di), o.c., p. 241 ss.

⁵ Cfr. A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai ‘codici di settore’*, ora anche in AA.VV., *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, II, Milano, 2017, p. 1335.

si accennava, in aggiunta alle più recenti discipline unionali di riferimento. E così, ove si volesse valorizzare la portata euristica dell'iniziale termine "crisi"⁶, esso appare declinabile non soltanto nell'accezione, meramente «ricognitiva», di patologia riferibile ad un fenomeno (giuridico) nella sua fase di estinzione; quanto piuttosto, ed in forma prospettica, di «attitudine a discernere» (dall'originario etimo κρίσις) la compromissione di assetti congegnati secondo dinamiche incompatibili con lo stesso perdurare del sistema, di cui risultano parte integrante.

2. (Segue): paradigmi a confronto

Orbene, l'evocata chiave di (ri)lettura, individuabile nella *sostenibilità*, finisce inevitabilmente per arricchire la dimensione normativa del «prevedere»: sol che si consideri, restando al piano codicistico, ed a titolo puramente esemplificativo, sebbene estremamente significativo, il disposto dell'art. 2740 c.c. che, nel rendere «responsabile» il debitore con «tutti i suoi beni presenti e futuri», ne segna, in punto di «effettività», la *misura* e, per ciò stesso, il *limite* della relativa capacità ad «auto-vincolarsi» in forma pattizia; implicandone, per giunta, una valutazione (intertemporale) circa l'«idoneità» a fare fronte agli impegni contratti, vale a dire, la *sostenibilità* del (proprio) «debito»⁷.

Questa direttiva imporrebbe, allora, di interrogarsi se, più in generale, l'intera area delle obbligazioni tenda a darsi un autonomo nucleo unificante, che sia congruo con i limiti di «apertura» e «atipicità» insiti nell'art. 1173, ult. inciso, c.c., in forza del quale la «conformità all'ordinamento giuridico» di «ogni atto o fatto» derivi non già da un'effettività informale, quanto piuttosto da una ricostruzione di sistema incline ad assegnarvi «legittimazione», nella (sola) misura in cui

⁶ In direzione complementare al meritevole approccio di A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed «economia del debito»: dinamiche della giustizia e autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 341 ss.

⁷ Come oltretutto acutamente rimarcato in diverso, ma collaterale, contesto: «occorre, dunque, tenere rigorosamente distinti gli atti che incidono direttamente sulla responsabilità, causandone una limitazione, dagli atti che incidono direttamente sul patrimonio e che perciò solo indirettamente hanno influenza sulla responsabilità. [...] Solo alla prima ipotesi si applica l'art. 2740 c.c., con la conseguenza della nullità per illiceità degli atti che comportano direttamente una limitazione della responsabilità del soggetto. Per gli atti che incidono direttamente sul patrimonio trova, invece, applicazione soltanto l'azione revocatoria, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni» [A. FALZEA, *Introduzione e considerazioni generali*, in M. BIANCA, A. DE DONATO, cur., *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, in *Quad. fond. it. not.*, Milano, 2/2013, p. 23]. Donde si evince a contrario che tanto la «dolosa preordinazione all'incapienza» (all'origine della c.d. «revocatoria risarcitoria» ex artt. 2043 e 2901, n. 2, c.c.; su cui, da ultimo, v. Cass., 19 marzo 2018, n. 6702, in *expartecreditoris.it*, con commento di M. FILESI), quanto lo speculare «procurato indebitamento eccessivo» (all'origine dell'«abusiva concessione bancaria di credito» ex art. 1956 c.c.; su cui v., *amplius*, G. MINNITI, *La concessione abusiva del credito: un'introduzione*, in *dirittodellacrisi.it*, 15 febbraio 2024) rispondono a una medesima valutazione di «immeritevolezza» del debito contratto per violazione del parametro (intertemporale) di *sostenibilità*.

l'«idoneità funzionale» al vincolo ne rispecchi la (previa) valutazione, di per sé, irriducibile ad una conformità «legalistica», avulsa dal (necessario) presupposto «logico» di salvaguardia «intertemporale» nelle relazioni date: ossia, ancora una volta, la *sostenibilità*⁸.

Quest'ultima veicola, infatti, un parametro di realizzazione di interessi che introduce elementi «qualitativi» a contenimento di quelli «quantitativi»: vale a dire, progetta le dinamiche di sviluppo economico secondo una direttrice di *effettività*, tesa a predefinire la raggiungibilità di obiettivi funzionalmente «meritevoli»⁹.

Focalizzando così l'analisi su quest'ultimo ambito, se non altro per l'intuibile maggiore impatto, prodotto alla stregua di tale parametro, un punto di osservazione privilegiato, al crocevia degli itinerari tematici sin qui brevemente delineati, è senz'altro costituito dal sempre più massiccio innesto di «intelaiature negoziali» per la realizzazione di interventi di pubblico interesse, un tempo riservati a determinazioni di matrice provvedimentale, il cui frutto più maturo è attualmente testimoniato dalla recente emanazione, con d.lg. 31 marzo 2023, n. 36, del nuovo «Codice dei contratti pubblici» (per brevità, c.c.p.). Non a caso, nel Libro IV, dedicato tra l'altro al «Partenariato pubblico privato», all'interno della Parte II del Tit. IV si trova collocata agli artt. 193-195 l'ultima (ri)formulazione disciplinare di un'articolata fattispecie che, dalla metà degli anni Novanta dello scorso secolo, ha rappresentato, da un lato, un vero e proprio «precursore» della c.d. legislazione (negoziale) della «crisi»; ma, d'altro lato, nel susseguirsi delle revisioni, anche un formidabile «banco di prova» normativo per la c.d. *green economy*¹⁰ nei suoi più recenti sviluppi.

⁸ Le basi teoriche di tale impostazione erano già ben presenti nelle pionieristiche analisi di A. LENER, *Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in N. LIPARI (cur.), *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Roma-Bari, 1974, p. 337 ss., le cui coordinate in termini di «esigenza che la forma giuridica sia il più possibile aderente alla realtà materiale» appare recepita da Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, punto 4.2 motiv. (edita in varie riviste a cura di diversi commentatori). Di qui, l'autentico «mutamento di paradigma» in ambito contrattuale, brillantemente tracciato da M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in ID. (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, p. 287 ss.; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 809 ss.; ID., *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 3 ss.; ID., *"Proprietà ambientale" e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Arch. Scialoja-Bolla, Ann. St. propr. coll.*, n. 1.2018, p. 67 ss.

⁹ V. ora la sagace indagine di E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, spec. p. 98, testo e note (recensita da M. PENNASILICO, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1511 ss.).

¹⁰ Per un efficace inquadramento degli strumenti normativi in funzione promozionale della *green economy*, v. ancora M. PENNASILICO, *La transizione verso il diritto dello sviluppo umano ed ecologico*, in *Tr. breve dir. svil. sost.*, cur. A. Buonfrate e A.F. Uricchio, Milano, 2023, spec. p. 107 ss.; una significativa riprova della 'chiave di lettura' qui prefigurata, si riscontra in G. SCHNEIDER, *Prevenzione della crisi d'impresa e rischi ESG: il ruolo della finanza sostenibile*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, p. 346 s., con sviluppi *infra*, § 8.

3. Partenariato «sussidiario» per le public utilities: l'affermarsi della «finanza di progetto»

Si allude al *project finance* che, nell'accezione di matrice anglosassone, esprime un'operazione di finanziamento di un'unità produttiva, della quale il finanziatore considera soddisfacenti, sin dall'inizio, il flusso di cassa e gli utili, che consentiranno il rimborso del prestito erogato, mentre le attività economiche strumentali dell'unità stessa fungono da garanzia collaterale del prestito¹¹.

Il finanziamento è diretto (non già all'impresa - *corporate finance* - bensì) alla realizzazione di un progetto (*project finance*), i cui utili (c.d. *cash flow*) derivano dalla sua gestione¹².

La garanzia del finanziamento è rappresentata dalla validità, affidabilità e redditività (non tanto del «patrimonio», quanto piuttosto) della «ide-a-zione» imprenditoriale (c.d. *business idea*). In altri termini, il finanziatore non ricorre al sistema tradizionale delle garanzie reali, in base alla «regola aurea» per la quale ogni creditore decide di divenire tale misurando *ex art.* 2740 c.c. il rischio di rientro sul (preesistente) patrimonio del debitore; ma valuta, viceversa, la capacità

¹¹ Secondo la classica definizione di P.K. NEVITT, *Project Financing*, 4^a ed., Roma-Bari, 1987, p. 13; poi ricalcata in massima da TAR Lombardia-Brescia, 18 gennaio 2007, n. 87, in *Giurisd. amm.*, 2007, II, p. 39, ampiamente discussa da R. ROLLI, in ID., U. COMITE, *Il project financing: tra legislazione, dottrina e giurisprudenza amministrativa*, Roma, 2008, p. 277 ss. Vi è quindi tornato, tra i massimi studiosi al mondo di *project finance*, l'economista di Harvard B.C. ESTY, *Why Study Large Projects? An Introduction to Research on Project Finance*, in (2004) *Eur. Fin. Manag.*, vol. 10, n. 2, pp. 213-224. Nella nostra letteratura, v. le ampie trattazioni curate da T.V. RUSSO, *Il project financing*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, IV, 41, Napoli, 2007; nonché S.M. SAMBRI, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *Tratt. dir. econ.* Picozza e Gabrielli, III, 2^a ed., Padova, 2012. Per una panoramica comparatistica ad ampio raggio, cfr. i contributi a cura, rispettivamente, di G. MORBIDELLI (*Il project financing: considerazioni introduttive*), F. CASSELLA (*Regno Unito*), G. CERRINA FERONI (*Italia*), V. LOSCO (*Stati Uniti*), F. MATTASSOGLIO (*Francia*), N. PECCHIOLI (*Svizzera*), R. SCARCIGLIA (*Spagna*), J. MICHEL (*Germania*), in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, pp. 1792-1898; nonché C. GIORGIANTONIO e V. GIOVANNIELLO, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Quest. econ. fin.*, 11 (2009) *Papers Bankitalia*, n. 56, pp. 12-21.

¹² La fondamentale distinzione è contenuta in G. IMPERATORI, *Il Project Financing: una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 2003, pp. 25-27; successivamente ripresa da C. GORELLI, P.M. PIACENTINI e P. ROSTIROLA (a cura di), *Il Project Financing e il finanziamento delle opere pubbliche. La Pubblica Amministrazione, le banche e la partecipazione del capitale privato*, Roma, 1995, p. 14, ove opportunamente si segnala, evocando un saggio di John Sellers, il pericolo di ogni pretesa definizione esaustiva della finanza di progetto; e poi ampiamente sviluppata da M. LO CICERO, *Impresa, incertezza e investimenti. Dal Corporate al Project Financing*, Torino, 2003, spec. p. 44 ss. Analogamente, per A. ZOPPINI, *Primi appunti sul patrimonio separato della società per azioni*, in P. BENAZZO, S. PATRIARCA e G. PRESTI (a cura di), *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, in *Quad. giur. comm.*, n. 246, 2003, p. 103: «punto d'incidenza giuridico-economica del finanziamento non è più l'impresa, ma la singola iniziativa imprenditoriale, di cui si valuta l'intrinseco equilibrio economico-funzionale e rispetto alla quale i soggetti interessati predeterminano convenzionalmente il regime di ripartizione dei rischi».

del progetto di generare «in prospettiva» flussi di cassa (c.d. *self-liquidating*)¹³: ossia, come accennato, la relativa *sostenibilità*.

Si alimenta, con questo schema, un circuito virtuoso caratterizzato: *a*) dal rilancio delle infrastrutture pubbliche (con ricadute occupazionali)¹⁴; *b*) dalla modifica delle strategie del ceto bancario che, da mero erogatore di prestiti, si trasforma in compartecipe (del rischio) dell'attività imprenditoriale; *c*) dalla tendenziale rimozione del sistema assistenziale a carico dello Stato, che poneva gli imprenditori al riparo dai rischi di mercato; *d*) dalla possibilità per la p.a. di programmare (e far realizzare) gli interventi senza la difficoltà di reperire risorse proprie¹⁵.

4. (Segue): il (graduale) recepimento nell'ordinamento interno e la (nuova) finanza "verde" (rinvio)

Ha così preso forma, anche nel nostro ordinamento, un'innovativa figura negoziale, già nota da tempo all'esperienza anglo-americana in termini di «partenariato pubblico-privato» (*Public-Private Partnership*), poc'anzi evocato, inteso quale forma collaborativa tra soggetti pubblici e privati nella realizzazione di impianti (il più delle volte strumentali alla fornitura di servizi) di utilità sociale (*public utilities*)¹⁶.

Con la Carta di Nizza e la riforma del Tit. V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001), il partenariato ha acquisito una crescente importanza, avendo trovato un solido aggancio normativo nel principio di «sussidiarietà orizzontale», espressamente richiamato nel Preambolo della Carta e recepito nel novellato art. 118, comma 4, cost., che amplia lo spazio riservato ai privati nello svolgimento «ausiliario/vicario» di prerogative pubbliche¹⁷.

¹³ Cfr. V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, XIX, 1, 2^a ed., Torino, 1997, spec. p. 521.

¹⁴ Pone, in particolare, l'accento su tale profilo – riprendendo le riflessioni di A. FRANCHINI STAPPO, *Gli sviluppi della teoria dei lavori pubblici come mezzo per combattere la disoccupazione*, in *Riv. it. sc. econ.*, 1950, p. 225 ss. – M. SARCINELLI, *La funzione del project financing nella realizzazione dei grandi sistemi infrastrutturali*, in *Riv. econ. Mezz.*, 1995, p. 67; v. ora il Dossier divulgato dal M.E.F., *Partenariato Pubblico-Privato: una proposta per il rilancio*, reperibile al sito istituzionale dal 21 settembre 2018. Il ricorso alla finanza di progetto per tali finalità era già presente nel noto «Accordo sulla politica dei redditi e dell'occupazione», su cui restano imprescindibili le riflessioni del suo principale artefice, C.A. CIAMPI, *Un metodo per governare*, Bologna, 1996, *passim*.

¹⁵ Cfr. L. MOLINARI, *Recensione a AA.VV., Il rilancio degli investimenti pubblici attraverso l'utilizzo dei capitali privati. Il project financing*, in *Econ. dir. terz.*, 2000, p. 1056.

¹⁶ Cfr. E. ADAMO, *Il project financing tra giurisprudenza e dottrina per una gestione oculata dei possibili rischi*, in M. NICOLAI e W. TORTORELLA (a cura di), *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance*, 2^a ed., Rimini, 2016, p. 311 ss.

¹⁷ Oltre ai contributi di D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008; nonché M. OLIVI, *Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato*, in *Ric. giur. Univ. Ca' Foscari*, 2013, I, p. 479 ss., l'indagine più ampia e documentata sul principio, già espresso – non a caso – dall'art. 9, l. 8 giugno 1990, n. 142 (recante «Ordinamento delle autonomie locali»), si deve

Di guisa che, il legislatore si è gradualmente allineato a tale nuovo approccio, sino ad inserire, nel d.lg. n. 36/2023 cit., la stessa nozione di «contratto di partenariato pubblico-privato», nella cui orbita attrarre (sia pure per via definitoria nell'ultima versione) la «finanza di progetto» (arg. ex artt. 174, comma 3, e 193, comma 11, c.c.p.)¹⁸. Tale peculiare «operazione amministrativa per accordi»¹⁹ è inquadrabile all'interno del *contratto di concessione di costruzione e gestione in regime di autofinanziamento*, secondo il modello c.d. BOT (*Build, Operate and Transfer*)²⁰.

a M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I-II, Torino, 2014, a commento della quale cfr. P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 687 ss.; nonché, da ultimo, F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, *passim*. Per una rassegna ragionata di giurisprudenza recente, v. S. PELLIZZARI, *Sussidiarietà orizzontale, giudice amministrativo e modelli partecipativi*, in *Labsus Papers*, (2011), n. 23. Più in generale, v. anche G. MACDONALD, *Sussidiarietà orizzontale. Cittadini attivi nella cura dei beni comuni*, pref. di E. Battelli, Roma, 2018, *passim*.

¹⁸ Sull'esempio della Francia, che per prima ha introdotto a livello normativo tale tipologia di accordi, affiancandoli ai tradizionali appalti e concessioni, mediante l'*Ordonnance n. 2004-559 sur le contrat de partenariat*, ratificata dall'Assemblea nazionale il 15 settembre 2004, a seguito di legge-delega 2 luglio 2003, n. 73, (reperibile al sito legifrance.gouv.fr), il legislatore italiano ha recepito tale figura, sui cui (articolati) rapporti con la finanza di progetto, anche alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa in sede consultiva, v., nel vigore del precedente c.c.p. "De Lise", l'attenta disamina di G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione nella normativa europea e nazionale. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale ed il baratto amministrativo. Il contraente generale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, 2^a ed., Torino, 2019, p. 133 ss., spec. pp. 147 ss., 191 ss.; in seguito, A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, in *Rass. avv. St.*, 2023, p. 1 ss.

¹⁹ Su questa nuova modalità di relazionarsi tra pubblico e privato, così definita alla luce della disciplina del «promotore di opera pubblica», cfr. F. FRACCHIA, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in ID., G.F. FERRARI, *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004, p. 37 ss.; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, spec. p. 96 ss., per i riferimenti alla finanza di progetto; ID., *Il project financing nel contesto del partenariato pubblico privato*, in T.V. RUSSO (a cura di), *La finanza di progetto. Profili economico-finanziari e problematiche giuridiche*, Napoli, 2009, p. 139 ss.; T.V. RUSSO, *Il project financing*, cit., p. 1 ss.; nonché G.L. PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Torino, 2018, p. 137 ss. Circa la valenza dell'«atipicità negoziale» in tema di attività consensuale della P.A., v. anche le pertinenti osservazioni di B. CAVALLO, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, ora anche in F. MASTRAGOSTINO (cur.), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, p. 13 ss.

²⁰ La dottrina anglosassone definisce il "modello BOT" come «progetto basato su una concessione da parte dell'ente appaltante all'impresa appaltatrice, conosciuta anche come concessionaria, che è responsabile della costruzione, del finanziamento, nonché della gestione dell'opera per un periodo stabilito contrattualmente ed è obbligata a trasferirla, alla scadenza, all'ente stesso, a titolo gratuito. Durante tale periodo, l'impresa appaltatrice detiene e gestisce l'opera e incassa i proventi che servono per rimborsare il finanziamento, coprire i costi fissi, far funzionare l'impianto e ottenere un margine di profitto» [così, A. MERNA, H. PAYNE e N.J. SMITH, *Benefits of a structured concession agreement for Build, Own and Transfer projects*, in (1993) *Int. Constr. L. Rev.*, n. 1, p. 32]. Per l'esperienza tedesca, cfr. F. NICKLISCH, *BOT-Projekte: Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Streitbeilegung*, in (1998) *Betriebsberater*, n. 1, p. 2 ss. Nella nostra letteratura, G.

L'operazione sembrerebbe esprimere nella prospettiva civilistica – riservando qualche ulteriore osservazione in appresso –, una fattispecie ascrivibile al «collegamento» funzionale fra molteplici rapporti giuridici contrattuali (di scambio e associativi), connotati dall'*unicità del requisito causale*, consistente nell'ottimale allocazione dei rischi di gestione dell'impianto progettato in ragione della sua «bancabilità», ossia dell'attitudine ad attrarre capitali nel medio/lungo periodo di durata dell'operazione²¹. In tale ottica, l'amministrazione precedente dovrebbe «traslare» sul soggetto privato i rischi che quest'ultimo, per competenze tecniche e/o esperienze in precedenza maturate, sia in grado di «minimizzare» (*mitigation risk*) circa la probabilità di accadimento e/o l'impatto economico negativo ad essi riconducibili²².

Orbene, un ambito nel quale è chiaramente rappresentata la stringente «connessione» tra *policy* ambientale e rapporti interprivati è indubbiamente quello bancario, in relazione al *rischio ambientale* nella raccolta e gestione del risparmio, sotto forma di sostegno al credito per operazioni di tal genere. In questo scenario, il ruolo delle banche appare particolarmente ricco di potenzialità «sociali»²³, funzionali alla promozione di una cultura ambientalista sempre più capillare, onde assicurare il successo di qualsiasi iniziativa (*lato sensu* «pubblica») a salvaguardia della compatibilità eco-sistemica.

SCIORTINO, *Project financing: l'applicazione per il settore costruzioni*, in *Gazz. val. comm. intern.*, n. 23, 1989, p. 1357 ss., nonché G. OTTAVIANO, *Il modello "BOT" nel project financing*, in *diritto.it*, agosto 1999. Un esempio di *project finance* realizzato secondo il modello BOT è fornito da S. MARSHALL, *Project Finance in Vietnam*, in *Int. Comp. Common L. Rev.*, 1995, p. 310. Per una rassegna dei diversi «modelli» utilizzati a livello internazionale in operazioni di *project finance*, cfr. R. MORZENTI PELLEGRINI, *Immodificabilità soggettiva e project financing*, in M. ANDREIS (a cura di), *La conclusione inespressa del procedimento*, I, Milano, 2006, p. 61, ed *ivi* nota 17; nonché F. MONTANI, *Project Financing. Inquadramenti contrattuali e profili applicativi*, Napoli, 2009, p. 42 ss.

²¹ È questa la nozione genericamente adoperata dall'(allora) AVLP, *Atto di regolazione* 18 luglio 2000, n. 34. Per un primo commento, cfr. F. RUSSO, *Le regole di Garri per «asseverare» i progetti presentati dai promotori*, in *Edil. territorio*, 28, 2000, pp. 100-101; v. anche Bozza di Determinazione ANAC, 8 gennaio 2015, *Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'[abrogato: N.d.A.] art. 153, d.lg. n. 163/06*, spec. pp. 26-27. A riguardo, sottolinea M. ZACCHEO, *La società di progetto*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Finanza di progetto*, in *Quad. CESIFIN*, n. 18, Torino, 2004, p. 126, che: «se solo si rifletta sulle discussioni sorte intorno alla figura del collegamento negoziale [...] è facile scorgere le ragioni che giustificano l'adozione dello schema societario [*i.e.*, di tipo «associativo»: *N.d.A.*] in luogo di quello contrattuale». V. peraltro le criticità *infra*, § 10.

²² Il problema è, dunque, quello di determinare chi debba farsi carico del «segno di contraddizione» venutosi a creare tra pattuizioni negoziali ed evolversi degli eventi (così, M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 150). Sulle varie tipologie di rischio *ivi* presenti, cfr. G.F. CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in ID. e M. RICCHI, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, pp. 23-48; ne sottolinea giustamente, anche in prospettiva comparatistica, il (sotteso) principio ispirato all'art. 1367 c.c., V. MONTANI, *Il Project Financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino, 2018, p. 191 ss.

²³ Ben individuate da M. HAIGH e J. HAZELTON, *Financial Markets: a tool for social responsibility?*, in *J. Bus. Ethics*, 52 (2004), pp. 59-71.

5. Incidenze «ambientali» nella fase attuativa

Invero, in ragione della tipica funzione di «intermediario», la banca è soggetto certamente capace di recepire le istanze provenienti dal mondo del risparmio e delle parti, in generale, “portatrici di interessi” (c.dd. *stakeholders*) nei “conflitti” ambientali, per indirizzarle verso il circuito imprenditoriale²⁴.

Molteplici si appalesano, non a caso, le (nuove) modalità tramite le quali gli istituti bancari possono “condizionare” l’ambiente: come «investitori» (*scil.*, sostenendo in via preferenziale investimenti ad alta finalità ambientale), come «finanziatori» (*scil.*, elaborando prodotti innovativi, in grado di incentivare lo sviluppo sostenibile), come «valutatori» (*scil.*, stimando rischi e opportunità ambientali proprio nell’ambito dell’operazione in discorso)²⁵.

Il recente ingresso di considerazioni “ambientali” nelle prassi creditizie sembra, del resto, in linea con quanto previsto dagli accordi internazionali, sottoscritti in varie tappe a Basilea, che si propongono – come meglio si vedrà – di elevare la solidità del sistema interbancario, convogliandolo verso migliori tecniche di misurazione e controllo dei rischi²⁶.

Ne segue che, dall’analisi di taluni parametri *environmental compliance*, rilevanti per una gestione ottimale, emerge come la banca sia tenuta a introdurre la c.d. *variabile ambientale* per ridurre i propri “impatti”, soprattutto, nella concessione di finanziamenti, nello sviluppo di nuovi prodotti finanziari allo scopo di incentivare investimenti in «tecnologie» a basso impatto ambientale, nonché ad adottare sistemi di gestione ambientale, favorendo la condivisione di una coerente *policy* con ciascun operatore economico cliente, e assistendo i risparmiatori verso “scelte di portafoglio” quali, ad es., i c.dd. “Fondi verdi” (oggi quotati sul mercato statunitense tramite *DJSI – Dow Jones Sustainability Indices*)²⁷.

È, del resto, agevole comprendere quali siano le ripercussioni connesse alla (gestione interbancaria della) “variabile ambientale”, poiché i costi dovuti alle

²⁴ Su cui, v. M. BAGELLA e F. BUSATO, *Defining Green Finance and Green Intermediaries*, in *Bancaria*, 2011, pp. 14-16. Com’è noto, dai primi anni Novanta del secolo scorso si è progressivamente diffusa la figura della c.d. «banca etica», che tra gli specifici “campi d’elezione” si prefigge proprio il miglioramento dell’ambiente: sul superamento dell’interpretazione esclusivamente “utilitaristica” ascrivibile alla rilevanza (teorica) del «mercato del credito», v. *amplius* F. CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e finanza etica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 21; nonché L. VIGANÒ, *La banca etica*, Roma, 2001, *passim*.

²⁵ In generale, cfr. A. LOLLI, *L’amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2008, p. 25 s.; nello specifico, qui in rilievo, cfr. G. MASTRODONATO, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell’ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 707 ss., spec. § 4.

²⁶ Cfr. C. CATTANEO, M. MODINA, *Basilea 2 e PMI. Impatti sulla gestione e sulla relazione banca-impresa*, Milano, 2006. V. anche, *infra*, § 9 e nota 48.

²⁷ Per l’esperienza nazionale, cfr. D. VANDONE, *Il mercato italiano dei fondi di investimento socialmente responsabili*, in *Banca impr. soc.*, 2004, pp. 147-175; vi sono tornati, R. ADAMO, D. FEDERICO, A. NOTTE, *Ecological finance and ethic/environmental mutual funds*, in *Bancaria*, 2011, pp. 81-95.

catastrofi naturali, determinate da fattori ambientali, e lo sfruttamento intensivo delle risorse rappresentano altrettante «diseconomie» incidenti sul sistema produttivo: in tale prospettiva, lo *sviluppo sostenibile* si eleva a rango di componente imprescindibile di *adeguatezza gestionale* scrutinabile *ex art.* 1176, comma 2, c.c. sulla base dei riferiti criteri, potendo altresì adombrare comportamenti «anticorrenziali» *ex art.* 2598, n. 3, c.c. (sotto forma di c.d. *dumping*), ad indebito vantaggio di quanti se ne sottraggano.

In definitiva, nella misura in cui l'ambiente appare sempre più *elemento di selezione nel mercato*, le imprese che riescono ad interpretarlo come opportunità di rilievo economico hanno maggiori *chances* di successo, in qualità di *partners* più affidabili e finanziariamente profittevoli. In tale prospettiva, ossia quella di «influenzare il mercato inducendolo a lavorare per l'ambiente», il sesto programma d'azione comunitaria prevede, non a caso, l'utilizzo di strumenti “non normativi”, che «orientano i mercati e la domanda dei consumatori verso prodotti e servizi ecologicamente superiori, garantendo che, per quanto possibile, il prezzo dei prodotti incorpori il reale costo ambientale»²⁸.

E tuttavia, il rischio ambientale cui gli operatori economici vanno incontro risulta difficilmente valutabile, da parte delle banche, con il ricorso ai tradizionali parametri; dunque, la diffusione di strumenti di certificazione ambientale – secondo gli *standard* internazionali UNI EN ISO 14000 o secondo il regolamento EMAS²⁹ – consentirebbe di stemperarne la portata in relazione alle singole aziende richiedenti supporto finanziario, con contestuale vantaggio in termini di celerità e trasparenza. Si va, dunque, affermando l'opinione per cui, in generale, il settore creditizio veicola (risultando «responsabile» di) un notevole *impatto ambientale* (sia pure) “indiretto”, poiché determina quali imprese e attività abbiano accesso al capitale e a quali condizioni. Non mancano, pertanto, proposte secondo le quali le decisioni di finanziamento ai fini dell'erogazione debbano incorporare necessariamente anche il *rischio ambientale* e si debba considerare la c.d. *environmental due diligence*³⁰ – come si vedrà – quale criterio orientatore nelle scelte attinenti alla stessa valutazione della clientela.

²⁸ Così, M.R. SPASIANO, *I soggetti della politica ambientale in Italia*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, p. 174. Di tal guisa, strumenti come «EMAS» e «Ecolabel» divengono preziosi indicatori, in grado di suscitare negli operatori economici un interesse alla qualità dell'ambiente.

²⁹ L. ANDRIOLA, G. INGRISANO, G. SAMPOGNARO, *Banche, ambiente e sviluppo sostenibile. L'adesione degli istituti finanziari al regolamento EMAS*, Roma, 2001 (disponibile in *osti.gov*).

³⁰ Ad essa correlati emergono profili di *liability risk*, inteso quale rischio di responsabilità patrimoniale a seguito della perdita di valore di partecipazioni in imprese *not environmental compliance*, nonché il c.d. *rating* «ambientale», ossia la valutazione dei rischi che l'impresa sopporta a causa di fattori ambientali che interagiscono con la sua attività. In questa nuova prospettiva, vengono in considerazione altri fattori come la valutazione dell'inquinamento prodotto (ove sia tale da inficiare l'esatto adempimento prestazionale), nonché la “sensibilità ambientale” degli *stakeholders*, che potrebbe provocare danni di immagine (all'impresa e di riflesso) alla banca dell'impresa inquinante. V. anche, *infra*, § 11 e nota 58.

6. (Segue): “sopravvenienze” nell’iter realizzativo alla luce del recente quadro normativo italo-europeo

Sotto questo profilo, i momenti di emersione dell’*interesse ambientale* in operazioni di *project finance* possono, allora, distinguersi a seconda che si abbia riguardo alla tutela di tale interesse come «fattore di rischio» incidente sull’*iter* procedimentale nella realizzazione di opere pubbliche; ovvero alla possibilità di implementare, mediante tale tecnica, opere strumentali alla gestione di servizi di pubblica utilità per la (migliore) fruizione di risorse ambientali³¹.

Circoscrivendo l’analisi al primo e più complesso profilo segnalato, tra i principali tipi di rischio, incidenti su operazioni in regime di *project finance*, quello (da tutela) ambientale (*enviromental risk*) riguarda i danni (talora irreparabili) che la realizzazione dell’infrastruttura e la successiva fornitura del connesso servizio potrebbero causare all’ecosistema e alle comunità territoriali insediate (eloquente l’art. 1664, comma 2, c.c., in tema di c.d. «sorpresa geologica», quale, ad es., nel progetto TAV, la rilevata presenza nociva di amianto)³².

Da tale angolo visuale, di là dai preliminari adempimenti amministrativi disciplinati nel codice dei contratti pubblici [attinenti alla “programmazione” di opere corredate da studi di fattibilità, anche nelle componenti di sostenibilità ambientale *ex art. 38, comma 8 e 10, c.c.p.*, alla «valutazione di impatto ambientale» (VIA) e alla «valutazione ambientale strategica» (VAS) *ex artt. 4-29 Cod. amb.*], in funzione di “mitigazione” del rischio ambientale, un contributo notevole è stato apportato dalle (ribadite) innovazioni “di principio” (con valenza non solo “generale” *ex art. 12 prel.*, bensì ora) recepite anche nella normativa di rango costituzionale, dovendosi quindi intendere non soltanto che ogni affidamento contrattuale debba conformarsi, in quanto espressione pur sempre di ‘iniziativa economica’ *ex jure privatorum*, al revisionato dettato dell’art. 41 Cost., nel rispetto dei superiori principi, tra l’altro, di tutela della salute e dell’ambiente; ma che il principio di economicità ben può essere accantonato, in mancanza del prioritario soddisfacimento degli obblighi nazionali ed unionali in materia socio-ambientale (art. 107, comma 2, c.c.p.)³³, quale possibile causa di esclusione

³¹ In disparte le sempre più ricorrenti attività erogatrici dei nuovi “crediti ipotecari ad alta efficienza energetica” correlati all’efficientamento del patrimonio immobiliare, ben rimarcate da M.-T. PARACAMPO, *Trasformazione digitale del settore finanziario e Open Finance: quali prospettive per un credito «sostenibile»? Prime riflessioni*, ora anche in F. CESARINI, E. BECCALLI (cur.), *Le prospettive del credito per una ripresa sostenibile*, Bologna, 2024, spec. p. 135 s.

³² Sui cui indispensabili moduli procedurali partecipativi, onde evitarne la «prevaricazione dell’amministrazione di risultato», richiama l’attenzione G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010, p. 301 ss.; oggi rispecchiati, tra gli interventi di «sussidiarietà orizzontale», dalla trasposizione del c.d. *débat public* nei nuovi artt. 38 e 40 c.c.p., in cui l’elemento della tutela della salute e dell’ambiente è particolarmente accentuata.

³³ Sul punto, v. 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

dall'affidamento (art. 95 c.c.p.), nonché di preclusione al c.d. «avvalimento» per integrarne i requisiti (art. 104 c.c.p.).

A ciò devono aggiungersi le integrazioni dei «criteri di sostenibilità energetica e ambientale», stabiliti nell'art. 57 c.c.p., imponendosi alle amministrazioni appaltanti di tenere conto, nella definizione delle graduatorie ai sensi dei successivi artt. 107 e 108, dei c.dd. «criteri ambientali minimi» (CAM), da ultimo aggiornati, su scala incrementale a base d'asta, sino al 1° gennaio 2020, per effetto del d.m. Min. Amb. Terr. 24 maggio 2016, in linea con il «Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione», teso a rafforzare le pratiche di acquisto sostenibili presso le amministrazioni aggiudicatrici (c.d. *Green Public Procurement*)³⁴.

A livello sovranazionale, una forte spinta in tale direzione è stata impressa nell'ambito degli obiettivi prioritari della c.d. 'Agenda 2030' dell'ONU per lo sviluppo sostenibile. L'idea innovativa è di mettere a punto livelli standard certificabili per la responsabilità (etico-sociale e) ambientale, sì da consentire alle imprese di fregiarsi di un marchio che attesti il relativo "coinvolgimento sociale" (*Social Commitment*)³⁵ e rappresenti, al contempo, un'opportunità economica per ottenere un ritorno positivo non soltanto in termini di immagine commerciale, ma, soprattutto, di agevolazioni fiscali, nonché di accesso privilegiato e facilitato ai canali di approvvigionamento creditizio.

del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-10 maggio 2014, Napoli, 2015, p. 249 ss., spec. p. 257 s.; ID., *Sull'interpretazione dei contratti pubblici*, in N. CORBO, M. NUZZO e F. RICCI, *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti in onore del prof. L.V. Moscarini*, II, Roma, p. 799 ss., spec. p. 811 s., ove si osserva che siffatta subordinazione o «relativizzazione» del principio risponde «a un'opportuna rivisitazione del concetto stesso di economicità, non più legato al conseguimento immediato e acritico del profitto, ma conformato a valori sociali, ambientali, culturali e, dunque, a interessi ed esigenze meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (*ivi*, p. 812).

³⁴ Per come attuato, tramite comb. disp. artt. 71 e 213, comma 9, c.c.p., da A.N.A.C., *GuideLines* n. 2, in forza di delib. 21 settembre 2016, n. 1005. In argomento, v. *amplius* R. CORI e C. GIORGIANTONIO, *Profili ambientali della finanza di progetto*, in *Tratt. dir. amb.* Dell'Anno e Picozza, II, *Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, p. 801 ss.; nonché G. CREPALDI, *Gli acquisti eco-sostenibili nel nuovo Codice dei contratti pubblici italiano: considerazioni sul life cycle costing*, in *Rev. diritto*, 1 (2018), p. 86 ss. (disponibile in *online.unisc.br*).

³⁵ Si rinvia al qualificato dibattito interdisciplinare coordinato da E. D'ORAZIO, *La responsabilità sociale d'impresa: teorie, strumenti, casi*, ospitato sul monotematico *Politeia*, n. 72/2003; nonché, approfonditamente, A. ADDANTE, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2012, spec. p. 75 ss., con ampia bibliografia anche estera. Per i tipi delle Edizioni Franco Angeli è stata promossa dalla Fondazione Acli Milanese, in collaborazione con la Banca Popolare di Milano, la collana *Persona, Imprese e Società*, cui prendono parte 250 studiosi di tutto il mondo, prima in Italia ad essere interamente dedicata ai temi della *Corporate Social Responsibility* (CSR). Per un (inedito) approccio «strategico» nell'inquadramento dell'«impresa» appaltistica di derivazione europea, con riferimento al relativo «tasso di sostenibilità», v. acutamente A. FARÌ, *L'uso strategico dei contratti pubblici*, in M. CAFAGNO e F. MANGANARO (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, spec. pp. 454-457.

7. La nuova Direttiva (CSDDD) sulla *governance* “sostenibile”

Sintonizzandosi sulla medesima lunghezza d’onda, in data 13 giugno 2024, il Parlamento dell’Unione Europea ha adottato il testo finale della Direttiva concernente il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive* – per brevità, *CSDDD*)³⁶, che modifica la Direttiva (UE) 2019/1937. La Direttiva, presentata in prima bozza il 23 febbraio 2022 dalla Commissione, è la risposta unionale nel senso di una maggiore *accountability* delle imprese al fine di limitare le c.d. esternalità ‘negative’, comprendenti questioni relative ai diritti umani, al lavoro minorile, all’inadeguatezza delle condizioni di igiene e sicurezza sul lavoro, nonché agli impatti ambientali quali le emissioni di gas a effetto serra, l’inquinamento, la perdita di biodiversità e il degrado degli ecosistemi. La nuova Direttiva si inserisce nel cospicuo ‘pacchetto’ delle recenti normative euro-unitarie – e delle omologhe legislazioni nazionali di alcuni Stati membri³⁷ – sulla «sostenibilità», in linea con il *Green Deal* europeo nell’ambito degli obiettivi prioritari della c.d. ‘Agenda 2030’ dell’ONU per lo sviluppo sostenibile.

Attualmente, la materia è disciplinata dalla Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale e la prevenzione e riparazione del relativo danno, che ha istituito un quadro di riferimento per la responsabilità civile connessa agli impatti ambientali negativi in base al noto principio «chi inquina paga»³⁸ per le operazioni proprie delle imprese, senza tuttavia considerare le *supply chains*, di cui si prende carico la nuova Direttiva.

Quest’ultima introduce il concetto di «dovere di diligenza aziendale» al fine di integrare la sostenibilità nei modelli di *governance* societaria e produrre una gestione responsabilizzata in tema di impatto socio-ambientale. Per *due diligence* si intende un approccio basato sul rischio, per il quale alle imprese verrebbe chiesto di porre in essere *policy* proporzionali commisurate alla probabilità ed alla gravità di un potenziale impatto negativo sulla collettività e sull’ambiente, identificando i fattori di rischio e le singole relazioni d’affari a rischio più elevato ed adottando misure adeguate, onde prevenirne ovvero mitigarne gli effetti negativi.

³⁶ Dir. 2024/1760/UE, in GUUE, L del 5 luglio 2024, in vigore dal successivo 25 luglio. Utile inquadramento circa lo stato dell’arte, a cura di S. BRUNO, *Il ruolo della s.p.a. per un’economia giusta e sostenibile: la Proposta di Direttiva UE su “Corporate Sustainability Due Diligence”. Nasce la stakeholder company?* in *Riv. dir. comp.*, 2022, p. 303 ss.

³⁷ A partire dal 1° gennaio 2024 è stato ampliato l’ambito di applicazione del *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* (noto anche come *Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains*), di matrice tedesca risalente al luglio 2021, con estensione a tutte le società, incluse le controllate tedesche da società italiane, di una serie di ‘obblighi di diligenza’ (i.e., *due diligence*) in capo alle aziende, al fine di garantire la tutela dei diritti umani e dell’ambiente nella relativa c.d. ‘catena di approvvigionamento’.

³⁸ Per una preziosa panoramica operativa, v. ora l’omonima *Rel. spec.* Corte conti UE, n. 12, presentata il 19 maggio 2021, a termini dell’art. 287, § 4, cpv., TFUE.

In analogia direzione, depone anche il d.lg. 8 giugno 2001, n. 231 – e, a livello sovranazionale, i principi posti a fondamento della *corporate governance*³⁹ –, che dovrebbe condurre ad un miglioramento degli *standard* di correttezza e affidabilità dei gestori d’impresa, elevando l’*adeguatezza organizzativa* a criterio su cui “tarare” le soluzioni procedurali più idonee alla prevenzione di illeciti, quale indice (ulteriore) di *Corporate Social Responsibility*⁴⁰.

8. (Segue): «assonanze» disciplinari nell’inquadramento delle pratiche “eco-sostenibili”

La valutazione e la gestione dei rischi rappresenta un processo che rientra da tempo nelle logiche dei rischi ESG, presentandosi a tutti gli effetti come un adempimento all’interno della *CSDDD*. Significativamente, la nuova Direttiva si riferisce all’intera *supply chain* e non soltanto agli impianti produttivi o agli *asset* direttamente controllati, ricomprendendo così tutte le attività di *procurement*, produzione, stoccaggio e distribuzione⁴¹.

³⁹ Principio guida diretto ad assicurare un insieme di regole, obiettivi strategici e controlli delle *performances* aziendali, onde evitare rischi per investitori, dipendenti e, soprattutto, per controllare che il *management* agisca in modo trasparente, nell’interesse dell’ente e degli *stakeholders*. In tema, v. almeno le osservazioni di G. ROSSI, *Le c.d. regole di corporate governance sono in grado di incidere sul comportamento degli amministratori?*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 6; nonché B.R. CHEFFINS, *Tendenze attuali di corporate governance: da Londra a Milano, via Toronto*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 161. V. anche, *infra*, § 9 e nota 52.

⁴⁰ Vi si sofferma N. RAPPAZZO, *Il Bilancio Sociale: uno strumento per la gestione del rischio reputazionale. Il caso delle Banche etiche italiane*, in *impresaprogetto.it*, 1, 2013, pp. 1-20. V. anche, *infra*, § 9 e nota 50.

⁴¹ Il cui modello negoziale sembra fare leva sul nuovo art. 1677-bis c.c.: cfr. P. BOZZAO, L. MONTEROSSO, *La difficile convivenza tra i contratti di appalto e trasporto nei servizi di logistica: esigenze di certezza vs chiaroscuri interpretativi*, in *Dir. lav. merc.*, 2022, 3, p. 499 ss. In disparte se tali tecniche «dissociative» (*i.e.*, ‘esternalizzazioni’) tra *spettanza* e *utilizzo eco-nocivo*, alla luce degli artt. 10 e 11 *CSDDD*, si inscrivano nell’orientamento nomofilattico in tema di immissioni (cfr. Cass., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4848, in *Dir. giur. comm.*, 2013, 5, pp. 54-62, con ampio commento di I. ZINGALES), per cui l’azione reale *ex art.* 949 c.c. diretta alla cessazione e/o al materiale ripristino delle condizioni di «tollerabilità» vada intrapresa nei confronti del «proprietario», mentre, anche cumulativamente, l’azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. riguarderà il titolare del «mero godimento»; ovvero, risultino irrilevanti ai fini della «solidarietà ripristinatoria» *ex art.* 2055 c.c., alla luce dei significativi principi enunciati da Corte cost., 6 dicembre 2017, n. 254, in *Giur. cost.*, 2017, p. 2704, con nota di L. PRINCIPATO; in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, p. 237, con nota di I. ALVINO, e p. 611, con nota di M. DEL FRATE; in *Giusticiv.com*, dal 26.06.2018, con nota di E. VILLA. Propendendosi peraltro a negare che, in via «collettiva», sia ottenibile la condanna ad eseguire obblighi di (e/o non) fare, ovvero una *riparazione in forma specifica* diversa dalla liquidazione monetaria: sia poiché di tali forme di tutela non è fatta menzione nella novella processuale; sia in quanto l’intero procedimento risulta strutturato per fronteggiare pretese pecuniarie degli aderenti (in riferimento alla previgente disciplina, *in parte qua* invariata, cfr. S. MENCHINI, A. MOTTO, *L’azione di classe dell’art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 1424). Unica eccezione, alla luce del nuovo dettato normativo, sembrerebbe riferibile alla «consegna di beni determinati», atteso che l’art. 840-*octies*

Nell'individuare le pratiche 'eco-sostenibili' corrette, la nuova Direttiva richiama i principi-guida relativi al rapporto tra imprese e diritti umani noti come *United Nation Guiding Principles* (UNGPs), quale parte integrante della *CSDDD*, evocando i tre punti cardine: *a)* il doveroso impegno degli Stati nella protezione dei diritti umani; *b)* la responsabilità (anche) delle imprese per il loro rispetto; *c)* la necessità di garantire l'accesso a strumenti di ricorso per coloro che risentono di abusi connessi alle attività di quest'ultime; rispecchiandosi così le tre direttrici lungo cui si articola la nuova Direttiva: 1) l'obbligatorietà; 2) il *reporting*; nonché 3) la comunicazione delle informazioni sulla sostenibilità.

Anzitutto, si prevede la predisposizione di un'apposita politica di *due diligence* accompagnata da un piano operativo di prevenzione per assicurare che il *business model* e la strategia d'impresa prevedano obiettivi *science-based* compatibili con la transizione verso un'economia sostenibile, coerente con la programmata riduzione del riscaldamento globale. In questi termini, gli «usi» negoziali veicolati dall'art. 1340 c.c. sembrano non soltanto acquisire una rinnovata dimensione 'imperativa' per via di eterointegrazione secondo la sequenza prestabilita dall'art. 1374 c.c.⁴², bensì anche ridefinirne la portata interpretativa, da un lato, precludendo la (altrimenti ammessa) prova contraria circa la relativa operatività, d'altro lato, uniformando le possibili 'ambiguità' (non solo territoriali)⁴³, di cui è segno l'art. 1368 c.c., ove l'evocata *supply chain* risulti dislocata.

Si impone, inoltre, alle imprese di supportare i soggetti 'vittima' delle operazioni aziendali, ivi inclusi gli «attivisti» per i diritti umani e l'ambiente, introducendo all'art. 14 *CSDDD* un meccanismo di reclamo e adoperandosi per ridurre gli ostacoli al suo accesso. Proficua 'cartina al tornasole' di tali scelte

c.p.c. richiama espressamente l'eventuale condanna al "pagamento (...) delle cose dovute a ciascun aderente"; salvo attribuire un (più ampio e contestuale) significato «deterrente» di "condanna (...) alle restituzioni" all'art. 840-bis, c. 1, c.p.c.

⁴² Infatti, di là dal rischio di una *compliance* meramente formale, senza un effettivo impegno sostanziale al raggiungimento degli obiettivi unionali in materia di sostenibilità e responsabilità d'impresa, l'ambito della *due diligence* non è di agevole tracciamento, specie per quanto concerne le relazioni con *partner* commerciali indirettamente coinvolti nei processi produttivi, con i quali mancano dirette pattuizioni, con possibile integrazione in base al peculiare dispositivo *ex artt.* 18 e 19 *CSDDD*. P. VIRGADAMO, *Diritto consuetudinario e rapporti di diritto civile nel sistema italo-europeo delle fonti: una basilare ricostruzione del problema e alcune riflessioni interlocutorie*, in M. BIANCA, J.R. DE VERDA Y BEAMONTE (eds.), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al Profesor C.M. Bianca*, in *Act. Jur. Iberoam.*, (No. Spec. 16-bis), Valencia, 2022, p. 517, ed *ivi* nt. 17.

⁴³ Opportunamente discusse da G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, Napoli, 1998, p. 285 ss., al fine di scongiurare riassetti societari 'strategici' in quanto elusivi degli obblighi normativi, ad es., tramite delocalizzazione delle attività produttive in Paesi con regolamentazioni meno severe e/o costi di conformità più bassi (quando non a strumentalizzarne la portata per cessare prematuramente rapporti commerciali in corso, senza alcuna concessione di un c.d. «termine di grazia» onde adeguarsi: *amplius* V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, spec. p. 169 ss.), valevoli anche per le imprese di Paesi terzi con attività rilevanti nell'Unione Europea ed incentivando il coordinamento tra le autorità di vigilanza nazionali nelle loro pratiche di supervisione per garantire un'applicazione uniforme (v. artt. 23, 24 e 28 *CSDDD*).

appare l'esperienza, per certi versi affine, in ambito gius-lavoristico ove, di là da sintomatiche disposizioni codicistiche *environmental compliance* (arg. ex art. 2087 c.c.), mette conto osservare la peculiare formulazione dell'art. 28 St. lav. Trattasi di nozione costruita dal legislatore in modo volutamente ampio e definita, per questo, «teleologica» e «strutturalmente aperta», poiché stabilisce soltanto la direzione verso cui la condotta datoriale (non) deve indirizzarsi, lasciando all'interprete la verifica dei comportamenti materialmente offensivi in contesti estremamente mutevoli e, per ciò stesso, refrattari alla «legge» (e alla «scienza»). La conseguenza di tale inquadramento ha indotto parimenti a reputare «legittimati attivi» ex art. 28 St. lav. anche gli attivisti della c.d. «autonomia operaia», qualora avessero trovato un 'coagulo' a livello nazionale⁴⁴.

Il Parlamento ha aggiunto (v. art. 22 CSDDD) che le imprese dovranno implementare un piano di transizione, consultando le parti interessate, tramite dialogo 'obbligatorio' nei loro confronti. Inoltre, le imprese dovranno effettuare un *reporting* sull'impatto delle loro attività e sui rischi connessi a livello di *supply chain*, richiedendo ai propri *partner* commerciali specifiche «garanzie» di fonte contrattuale per il rispetto del proprio codice di condotta e del piano operativo di prevenzione, estendendo così la rete di protezione dagli impatti negativi lungo l'intera 'catena del valore' di ciascuna impresa coinvolta. Infine, con riguardo alla comunicazione delle informazioni circa la *policy* di diligenza dovuta dall'impresa, queste dovranno essere rese disponibili nel «Punto unico di accesso europeo» (*European Single Access Point*, ESAP ex art. 17 CSDDD), per facilitare l'accesso da parte degli investitori, i quali, al pari di altre eventuali 'parti lese', dovranno poter usufruire da parte degli Stati membri di un *plafond* delle spese di procedura non eccessivamente gravoso, ad evitare malcelati disincentivi all'«effettività» delle tutele esercitabili⁴⁵. Oggetto di tutela diviene, dunque, la «consapevolezza» sullo stato dell'ambiente da parte dell'individuo, in quanto «vittima» (potenziale) della sua alterazione, tramite «coinvolgimento» nell'assunzione di decisioni in materia, unitamente all'«accesso» ad idonei sistemi «procedimentalizzati», ove l'esperienza comparatistica⁴⁶ offre convincenti modelli «a cavallo» tra risoluzione alternativa delle controversie (*ADR*) e partecipazione pubblica (*Débat Public*)⁴⁷.

⁴⁴ M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, p. 51.

⁴⁵ Sull'attuale portata del principio di «effettività», cfr. G. VETTORI, *Effettività*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, II, Napoli, 2018, p. 639 ss.; ripreso e sviluppato da ID., *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*, 4^a ed., Padova, 2021, spec. p. 65 s.

⁴⁶ Di grande interesse, si mostra M. RUFFATO, *Identità, appartenenza e beni comuni: la cittadinanza oltre una definizione giuridica*, in ID., M. DE MARCHI e M. NATALICCHIO, *I territori dei cittadini: il lavoro dell'OLCA (Observatorio Latinoamericano de Conflictos Ambientales)*, Padova, 2010, p. 41 ss.

⁴⁷ A termini dell'art. 13 CSDDD. Utile la consultazione di G. ALPA *et al.* (a cura di), *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017, p. 33 ss. Sul ruolo della «negozialità» in tali scenari, v. ora A. MANIACI, *Autonomia privata e conflitto*, in F. DANOVI *et al.*, *I patti preconfittuali*, Torino, 2019, p. 109 ss.

9. (Segue): l'impatto rispetto alle «imprese finanziarie regolamentate»

Il sistema bancario ha mostrato fattivo impegno per la realizzazione dello sviluppo sostenibile fin dal 1998, con la sottoscrizione della «Dichiarazione degli istituti finanziari sull'ambiente e sullo sviluppo sostenibile», promossa dall'*United Nations Environmental Programme* (UNEP)⁴⁸.

I programmi presentati devono essere coerenti con le previsioni degli strumenti di pianificazione e di programmazione territoriale, nonché integrati con le politiche settoriali assunte dagli enti locali competenti.

L'esecuzione di opere pubbliche, tramite ricorso alla finanza di progetto, è contemplata nelle modalità di attuazione dei programmi, costituendo anzi titolo preferenziale, qualora si tratti di interventi realizzabili con risorse esclusivamente private e con previsione di corrispettivi di gestione, analogamente a quanto previsto a livello nazionale.

Sono, pertanto, valorizzate le iniziative private che mirano ad uniformarsi allo *standard* di «coinvolgimento sociale», tradotto sul piano giuridico in «criterio negoziale di prequalificazione» dell'aspirante concessionario, direttamente ricordato all'evocata «bancabilità» del progetto da questi sponsorizzato, allo scopo di un maggiore equilibrio, riguardo ai benefici dell'azione promozionale, tra aree imprenditoriali ricche e aree meno sviluppate.

Nella logica di avanguardia, favorita dalle istituzioni finanziarie, mette conto segnalare il quarto aggiornamento, in vigore dal 1° luglio 2020, dei c.dd. *Equator Principles* (EP IV)⁴⁹, specificamente finalizzati alla gestione dei problemi sociali e ambientali legati al *project finance*. Essi riprendono le *Guidelines* elaborate dall'*International Finance Corporation*, l'Agenzia della Banca mondiale promotrice di investimenti privati, nei paesi in via di sviluppo, con caratteristiche di sostenibilità.

Il sistema bancario nazionale, in considerazione dell'entrata in vigore, dal 1° gennaio 2019, del Nuovo Accordo interbancario c.d. «Basilea 3» – nonché del notevole periodo transitorio stabilito per la sua revisione (c.d. «Basilea 4»), definita nel dicembre 2017, ma attuabile tra gennaio 2023 ed il 2027 – è auspicabile che adegui rapidamente la propria azione, avuto particolare riguardo al c.d. «terzo pilastro» dell'Accordo dedicato alla *trasparenza informativa*, valorizzando il c.d. «*rating* etico» (*i.e.*, sistema di qualificazione «socio-

⁴⁸ Ove si riconosce, in premessa, che «lo sviluppo sostenibile dipende dall'interazione positiva tra lo sviluppo economico e quello sociale nonché dalla protezione dell'ambiente, e che esso deve soppesare tra loro gli interessi di questa e delle future generazioni» (così la versione italiana disponibile nel sito *unepfi.org*).

⁴⁹ In proposito, B.J. RICHARDSON, *The Equator Principles: The Voluntary Approach to Environmentally Sustainable Finance*, in *Eur. Environ. L. Rev.*, 14 (2005), n. 11, pp. 280-290. Nell'ottica dell'inquadramento, sia pure implicito, del diritto all'ambiente nel catalogo dei «diritti umani», v. acutamente S. NESPOR, *Il governo dell'ambiente. La politica e il diritto per il progresso sostenibile*, Milano, 2009, spec. p. 220 ss.

ambientale»⁵⁰, alla cui implementazione ricondurre la recentissima risoluzione legislativa, approvata in prima lettura dal Parlamento Europeo il 24 aprile 2024, sulla Proposta di Regolamento in tema di *rating* di «sostenibilità» [COM (2023) 314 fin.] del 13 giugno 2023 operante per le «imprese finanziarie regolamentate», a completamento e premessa applicativa della segnalata *CSDDD*.

Il sistema si porrebbe, così, come “cabina di regia” per uno sviluppo eco-compatibile dei bacini territoriali di riferimento, attraverso l’assistenza finanziaria di piani d’investimento «responsabilmente» valutati, in sede di “asseverazione” (o valutazione di fattibilità economico-finanziaria), prescritta dagli artt. 193, commi 1 e 5, c.c.p., e 96, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (reg. att. al d.lg. n. 163/2006, vigente *in parte qua* in regime intertemporale *ex art.* 225, comma 13, c.c.p.), nel rispetto della descritta logica premiale⁵¹.

Nella medesima linea assiologica ed interpretativa, non sembra azzardato reputare che il raggio della verifica asseverativa possa ulteriormente ampliarsi, sino a ricomprendere i profili di “adeguatezza” (anche ambientale) del piano presentato, richiesti dall’art. 26, comma 6, d.lg. 9 aprile 2008, n. 81, recante *Testo Unico sulla sicurezza e salute sul lavoro*, in forza del quale: «Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell’anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all’entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture».

Invero, la coerenza degli elementi espressi nel piano economico-finanziario, a corredo delle proposte di interventi in regime di «finanza di progetto», dovrà giocoforza essere valutata, in sede di asseverazione, anche alla stregua dei sopravvenuti parametri normativi di «eco-sostenibilità» dianzi evocati⁵².

⁵⁰ Su cui, v. *amplius* L. MICHELINI, *Comunicare la responsabilità sociale di impresa online: un’indagine esplorativa nel settore delle public utilities*, in *Econ. dir. terziario*, 2006, spec. p. 217, con riferimenti bibliografici. Sui nuovi scenari italo-europei, che ne sposterebbero l’impegno, su base volontaria, verso l’osservanza di specifiche prescrizioni, attuative della dir. 2014/95/UE, si sofferma E.R. DESANA, *L’impresa fra tradizione e innovazione*, Torino, 2018, spec. pp. 203-210.

⁵¹ In tema, R. SAPIENZA, *La «Cabina di regia nazionale» come strumento di coordinamento delle politiche di attuazione degli interventi strutturali comunitari*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1, 1996, p. 9 ss.; nonché A.B.I., *Il finanziamento delle opere pubbliche in Italia. Profili problematici e proposte per lo sviluppo del project financing*, Roma, 2006, spec. § 4.3.

⁵² Senza dire delle ripercussioni, di rilevanza penale, in riferimento a fattispecie delittuose ambientali (cfr. D. SORIA, *L’applicazione del d.lgs. 231 ai reati ambientali*, intervento al Convegno «Responsabilità amministrativa degli Enti: relazione con la normativa sulla sicurezza sul lavoro e con il Testo Unico ambientale» – Roma, 16 febbraio 2012, reperibile al sito *odcec.roma.it*), tanto più rinvirgite a seguito delle recenti riforme in materia di eco-reati: su cui, v. FISE-ASSOAMBIENTE, *Modelli organizzativi e sistemi di gestione ambientale alla luce dell’estensione del D.lgs. 231/2001 ai reati contro l’ambiente*, reperibile al sito *assoambiente.org*, dal febbraio 2016; S. PETELLA, *Ecoreati e responsabilità degli enti. Criticità e prospettive*, in *Dir. pen. contemp.*, 1, 2018, p. 320 ss. (reperibile al sito *dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu*); P. SEVERINO, *Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori*, *ivi*, p. 190 ss.

10. Nuovi modelli di responsabilità ambientale da «incauto sostegno creditizio»?

Non a caso, rispetto alla proposta della Commissione e del Consiglio, il Parlamento ha esteso la definizione di «imprese finanziarie regolamentate», prevedendo che anche i relativi servizi siano sottoposti alle norme obbligatorie di *due diligence*⁵³. La definizione di ‘catena del valore’ e l’ampiezza del concetto rappresenta un sensibilissimo punto controverso: la decisione adottata dal Parlamento Europeo, in direzione estensiva, include una parte del segmento ‘a valle’ delle catene del valore, in quanto una definizione più ristretta e limitata alla catena di approvvigionamento avrebbe escluso i servizi finanziari, i cui impatti negativi sono perlopiù legati a tali ‘terminali’ di attività⁵⁴. Dunque, comprendendo anche i rischi presentati dalle *supply chain* in chiave di *risk management*, rileveranno la valutazione ed il controllo delle attività degli operatori economici ‘satellitari’, con ripercussioni non secondarie sull’apparato rimediabile attivabile per operazioni di c.d. finanza «strutturata», soprattutto in regime di *project finance*.

In punto di responsabilità civile, il testo finale specifica che le imprese potranno essere ritenute responsabili se non hanno ottemperato agli obblighi previsti dalla CSDDD, in situazioni in cui tali mancanze causano danni ad una persona fisica o giuridica. Tale responsabilità può derivare dagli impatti avversi, riconducibili alle operazioni dell’impresa, delle sue controllate e/o dei suoi *partner* commerciali (diretti e indiretti), che avrebbero dovuto essere identificati, prevenuti, mitigati o rimediati attraverso misure appropriate. Di guisa che, l’evocata prospettiva del «collegamento», a denotare la cornice negoziale del contratto di concessione di costruzione e gestione in regime di autofinanziamento (i.e., *project finance*), se porterebbe a ritenere *contrattualmente* responsabile l’operatore finanziario preposto al rilascio della necessaria dichiarazione c.d. «asseverativa» per tali operazioni, anche nei riguardi dei terzi finanziatori, che sull’esito inappuntabile di tale valutazione, confluita nella proposta del promotore, hanno riposto naturale affidamento, non escluderebbe tuttavia che questi ultimi, per intuibili vantaggi applicativi di disciplina, potrebbero farne valere, *alternativamente ed in via aquiliana*, le medesime pretese azionabili nella prima alternativa⁵⁵.

⁵³ Emergendo in prima battuta la volontà di un coinvolgimento più diretto del settore finanziario, lasciando eventualmente a ciascuno Stato membro la facoltà di decidere, all’atto del recepimento, se includere o meno nell’ambito di applicazione della Direttiva la fornitura di servizi finanziari da parte delle imprese finanziarie regolamentate: ne riferisce CONFINDUSTRIA, CS3D *Position Paper*, maggio 2023, p. 16 s.

⁵⁴ Vi si sofferma puntualmente C.G. CORVESE, *La proposta di direttiva sulla Corporate Sustainability Due Diligence e i suoi (presumibili) effetti sul diritto societario italiano* (Rel. XIV Convegno annuale ODC sul tema “Imprese, mercati e sostenibilità: nuove sfide per il diritto commerciale” – Roma, 26-27 maggio 2023, spec. p. 11 @dattiloscritto.

⁵⁵ Diversamente dalla linea evolutiva che sembra essersi imposta a livello europeo, ove sia l’esperienza britannica del *Contracts (Rights of Third Parties) Act*, entrato in vigore nel maggio 2000 (per

Sorgerebbe, così, una nuova (quanto dirompente) forma di responsabilità civile per danno ambientale, indagata negli ordinamenti anglosassoni, per effetto della quale i soggetti finanziatori sono chiamati a “rispondere” in virtù della «proprietà» (ovvero delle garanzie «reali») sull’iniziativa sponsorizzata (c.dd. *property rules*)⁵⁶; con rilevanti ripercussioni sulla stessa delimitazione della responsabilità bancaria in esame. Ed invero, in virtù del mancato richiamo, nel contesto precettivo dell’art. 2056 c.c., dell’art. 1225 c.c. in tema di prevedibilità dei danni risarcibili, in tali ipotesi è notoriamente suscettibile di ristoro pure il fortuito, sulla base del principio per cui *qui versatur in re illicita, tenetur etiam pro casu*. Sicché, la banca asseverante ben potrebbe correre il fondato rischio di rispondere per danni ingentissimi proiettati lungo l’intera *supply chain*, al di fuori di ogni previsione e nei riguardi di un numero plurimo di soggetti, tutti legittimati *pro quota* ad adire l’autorità giudiziaria – nell’ipotesi di esternalità ‘eco-incompatibili’ –, i cui effetti pregiudizievoli si riverberano inevitabilmente, in base al noto principio dei “vasi comunicanti”, sull’intera trama negoziale dell’operazione economica; salvo addentrarsi nel(l’alquanto faticoso) distinguo, pure autorevolmente prospettato, tra «imprevedibilità» risarcibile e «anormalità» esente da addebiti⁵⁷.

11. (Segue): per una (possibile) rilettura “conseguenzialista” di sistema

Un possibile cambio di ‘strategia esegetica’ – riprendendo e sviluppando i precedenti rilievi formulati – consisterebbe in un nuovo criterio «procedimentale», ispirato a regole di responsabilità (contrattuale) «da contatto qualificato», per aver cagionato, mediante l’assistenza finanziaria ad un’iniziativa colpevolmente asseverata (in quanto «socialmente immeritevole») (c.d. *detrimental reliance*)⁵⁸, un

un primo commento, v. M. HUGHES, *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, n. 11/1999, p. 431 ss.), sia l’elaborazione, prima dottrinale e poi giurisprudenziale, francese dei c.d. «gruppi» di contratti (cfr. PH. LÉGEAIS, *Le Groupe de contrats en droit français*, in WEYERS, *Die Verflechtung von Verträgen*, Baden-Baden, 1991, p. 29 ss.), hanno viceversa consentito l’affermazione della soluzione *esclusivamente contrattuale* in tali fattispecie; per un’ampia e puntuale analisi di questa evoluzione, cfr. recentemente L. COSTANTINO, *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contr. e impr.*, n. 1/2003, spec. p. 408 ss. Nell’esperienza francese, occorre peraltro precisare che la soluzione contrattuale è stata limitata dal c.d. *arrêt Besse* (Cass., Ad. plén., 12 luglio 1991, in *Rec. Dalloz*, 1991, jur., p. 549, con ampio commento di J. GHESTIN.

⁵⁶ Opportuni gli approfondimenti svolti da V. CORRIERO, *Garanzie reali e personali in funzione di tutela ambientale*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 43 ss. Non a caso, in ottemperanza al «principio di precauzione» sancito dall’art. 174, § 2, Tratt. CE, l’art. 301, comma 5, c.a. prevede ora il ricorso a sistemi di «certificazione ambientale» (riconducibili alle previsioni aggiornate: v., *supra*, nota 38), direttamente interfacciabili con quanto dianzi riferito in tema di responsabilità etico-sociale (anche) delle imprese promotrici di operazioni di *project finance*, (auspicabile) oggetto di verifica asseverativa.

⁵⁷ In questo senso, v. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 167 e 176.

⁵⁸ Sui profili di responsabilità bancaria sottesi alla c.d. «variabile ambientale», v. specificamente J.D. LIPTON, *Project Financing and the Environment: Lender Liability for Environmental Damage in Australia*, in *J. Int. Bank. L.*, 1996, p. 7 ss.; nonché G. TUCCI, *Tutela dell’ambiente e diritto alla salute nella prospettiva del diritto uniforme europeo*, in S. PATTI (a cura di), *Studi in onore di C.M. Bianca*, IV,

danno all'evidenza «plurioffensivo»⁵⁹, sanzionabile, in ragione delle peculiarità del danneggiante (riconducibili al nuovo art. 298-bis, comma 1, lett. b, c.a.), per equivalente patrimoniale con destinazione nell'apposito fondo di garanzia (art. 317, comma 5, c.a.). L'adesione alla prospettata proposta interpretativa comporterebbe il ripensamento delle conseguenze, dianzi illustrate, riguardo all'inquadramento "aquiliano", *alternativamente* compatibile secondo la prospettiva del «collegamento».

Infatti, trattandosi *in via esclusiva* di responsabilità «obbligatoria» ex art. 1218 c.c., dovrà farsi coerente riferimento all'inadempimento di obbligazioni c.d. di diligenza «qualificata» ex art. 1176, cpv., c.c. Ne consegue, altresì, l'applicabilità dell'art. 1225 c.c., in ordine alla misura del danno risarcibile, da cui evincere, per riflesso, anche la diversa estensione della responsabilità bancaria in questa ipotesi.

A differenza dell'ipotesi del «collegamento», ove la responsabilità aquiliana della banca asseverante appare "disseminata" lungo l'intera "catena contrattuale" a garantire il ristoro delle diverse patologie in essa eventualmente propagatesi, nella diversa prospettiva (procedimentale) incastonabile all'interno del c.d. negozio «configurativo»⁶⁰ sembra ragionevole esigersi da parte dell'asseveratore l'*adeguata verifica*, in sede valutativa, in merito alla coerenza interna del piano degli investimenti presentato, di guisa che i dati inseritivi non appaiano *ictu oculi* inattendibili, soltanto a ciò ancorando la relativa responsabilità professionale.

Il che, consente di affermare che oggetto dell'asseverazione sarà, come visto, l'attendibilità e la coerenza interna delle poste utilizzate nell'elaborazione del piano di investimento contenuto, coincidente con la verifica della *gestione remunerativa*, sulla base di quelle poste contabili, dell'infrastruttura per la cui realizzazione la proposta è stata presentata; in definitiva, una verifica attenta e puntuale della «percorribilità dell'ipotesi di finanziamento»⁶¹, che abbia riguardo, però, al solo profilo della *corretta identificabilità* della fattispecie complessa. In suo

Milano, 2006, p. 929, ed *ivi* anche nota 126; nonché ID., F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in IDD., *Danno e responsabilità civile*, 3^a ed., Torino, 2013, spec. p. 193. Circa la perdurante importanza dei due distinti ambiti remediali segnalati, v. A. DI MAJO, *I rimedi e la responsabilità civile*, in R. ALESSI, S. MAZZAMUTO e S. MAZZARESE (a cura di), *Persona e diritto (Giornate di studio in onore di A. Galasso)*, Milano, 2013, p. 175 ss., spec. p. 181.

⁵⁹ Utili spunti in tal senso sembrano ora provenire da UFF. MASS. CASS., *Riferimenti normativi vecchi e nuovi nella delimitazione delle responsabilità da illecito ambientale e profili soggettivi di risarcibilità a favore del soggetto leso*, Rel. n. 112/2010, a cura di P. Fimiani, spec. p. 36 ss. Sull'autonoma configurabilità del «diritto all'ambiente» quale «valore fondamentale» a tutela di plurimi interessi (individuali, collettivi e pubblici), cfr. E. LECCESE, *Ambiente. Generalità*, in P. CENDON (a cura di), *Trattato dei nuovi danni*, V, Padova, 2011, spec. p. 552 ss.; nonché E.F. SCHLITZER, C. IMPOSIMATO, *L'ambiente e la sua tutela risarcitoria*, in G. PERULLI (cur.), *Il danno ambientale*, Torino, 2012, p. 53 ss.

⁶⁰ Nei termini limpidamente argomentati da A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, spec. p. 261, testo e note, onde avvalorare la (riconoscibile) spettanza in capo ai privati della facoltà di determinare il *meccanismo di produzione dell'effetto negoziale*, per via del compimento di negozi diretti a plasmarne l'efficacia, rendendolo idoneo a modulare il rapporto giuridico suo tramite precostituito.

⁶¹ Così, con incisiva concisione, INGEGNERI, *La finanza di progetto in Italia*, in *Riv. ord. ing.* - Napoli, n. 1/2002.

difetto, è coerente che la banca asseverante risponda a titolo di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2236 c.c., per inadempimento alla propria obbligazione di c.d. diligenza qualificata, ex art. 1176, cpv. c.c.

Questo permette anche una più agevole collocazione della 'presunzione' di colpa grave, incidente sul riparto dell'onere probatorio in tali ipotesi. Per chi si assuma lesa dall'attività bancaria di asseverazione sarà sufficiente dimostrare che il danno sofferto è conseguenza 'immediata e diretta' ex art. 1223 c.c. di un'erronea verifica nella coerenza contabile delle poste utilizzate, nei termini anzidetti, onde così aver *automaticamente* raggiunto anche la prova (quanto meno) della colpa grave, di cui all'art. 2236 c.c.; là dove, spetterà alla banca, ai fini della prova liberatoria, dimostrare di aver seguito scrupolosamente, sino alla soglia dell'esigibilità, i parametri di riferimento (oggi anche sovranazionali) della diligenza professionale ex art. 1176, cpv. c.c. nell'adempimento dell'incarico asseverativo, per andare esente da responsabilità risarcitoria. Dovendo, di conseguenza, osservarsi i criteri di liquidazione stabiliti dall'art. 1225 c.c., in base alla considerazione *ex ante* della probabilità con cui quel dato antecedente poteva effettivamente produrre le conseguenze dannose poi verificatesi⁶², alla stregua della c.d. "causalità adeguata", è altresì evidente che tutto quanto risulterà addebitabile a modificazioni dei parametri di redditività attesa, successivamente intervenute, con conseguente rimodulazione della struttura del finanziamento concesso, fuoriesce dall'ambito della valutazione di *identificabilità* nei termini sopra descritti, per rientrare nel diverso profilo di *congruità* (ossia, dell'equilibrio economico-finanziario del piano di investimenti) dell'operazione economica, e che, anche alla stregua più rigorosa della "prevedibilità esigibile", in nessun caso potrebbe essere imputato all'attività della banca asseverante, in quanto la «stabilità dinamica» che lo definisce risulta del tutto estranea alla sfera di controllo di quest'ultima, ossia alla *prestazione caratteristica* dell'incarico asseverativo ad essa conferito.

Oltretutto, non mancherebbero spunti normativi alla prefigurata alternativa nella *CSDDD*, ove si rifletta, da un lato, sul termine di prescrizione dell'azione risarcitoria per violazioni alla *due diligence*, che per la nuova disciplina unionale non potrà essere inferiore a cinque anni, lasciandone in ogni caso impregiudicati le normative nazionali (*scil.*, in punto di qualificazione: arg. ex art. 29, § 6, ult. inciso); d'altro lato, sulle ulteriori misure sanzionatorie comminabili, tra cui sanzioni pecuniarie fino al 5% del fatturato netto globale, da cui potersi evincere, sotto diverso profilo, una (perlomeno) tendenziale incompatibilità, in sede risarcitoria, rispetto a tecniche attributive di tutela aquiliana⁶³.

⁶² Secondo P.G. MONATERI, voce *Responsabilità civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 11, non avrebbe senso, infatti, imputare all'agente le conseguenze del suo operato che egli non possa "internalizzare *ex ante*". Il profilo è ora ampiamente affrontato da R. PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, p. 265 ss.

⁶³ Di dubbia configurabilità in forza dell'espressa esclusione al § 1 della responsabilità per fatti imputabili interamente a propri *partner* commerciali, *a contrario* dall'art. 1229, cpv., c.c. che appare ricalcare il disposto, tuttavia preclusivo di 'esoneri' e/o 'limitazioni' ex art. 1382 c.c. anche verso

Permarrebbe forse il dubbio che tale soluzione, anche perché formulata in termini ipotetici e non strettamente eziologici, serva a “delimitare” il danno piuttosto che ad “escludere” la responsabilità della banca⁶⁴, o comunque che al tema del nesso di causalità vengano a sovrapporsi aspetti ‘esogeni’⁶⁵. In ogni caso, ed in coerenza con quanto sembra suggerire l’analisi economica, la banca asseverante risulterebbe così al riparo da eccessive (e paralizzanti per l’auspicabile sviluppo della *negozialità partenariale*) criticità sottese alla propria attività asseverativa, compensabili con (inevitabile) lievitazione dei relativi costi di commissione, soprattutto là dove il comportamento non suscita direttamente un’alea ‘prevedibile’, comunque eterogenea al piano dei rischi connaturati a siffatte operazioni contrattuali complesse⁶⁶.

«ausiliari» del debitore a fronte (deve supporre) di norme di ordine pubblico, quali quelle unionali in rilievo, e conseguente (dis)applicazione dell’art. 1225 c.c.; nonché al § 2 dei c.d. «danni punitivi», semmai riecheggiando la dibattuta questione circa l’ingiusto profitto indebitamente lucrato sfruttando altrui utilità qualora di natura «proprietaria» (*scil.*, non già «adespote» come quelle ecologicamente impattanti), secondo la messa a punto di Cass., 23 aprile 2020, n. 8137, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 209, con ampio commento di L. CASTELLI. Vi è tornato, con utili spunti, S. GATTI, *Il problema dell’illecito lucrativo tra norme di settore e diritto privato generale*, Napoli, 2021, pp. 48 s., 450 s. e 461 s.; nonché, evidenziandone le originarie matrici ‘contrattuali’, P. PARDOLESI, *Arricchimento da fatto illecito: i rimedi (Dai disgorgement damages alla retroversione degli utili)*, Bari, 2023, spec. pp. 29 s. e 92 s. V. anche *infra*, nota 66.

⁶⁴ Sul delicato tema del nesso di causalità tra “evento” e “danno”, cfr. G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 411.

⁶⁵ Secondo l’autorevole impostazione di L. MENGONI, *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, ora in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 91 s., spec. p. 93, v. parimenti M. BARCELLONA, *Scopo della norma violata, interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 311.

⁶⁶ Sul cui necessario distinguo dall’«alea economica», v. ora Cass., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Dir. giust.*, 2023, f. 26, p. 3, con nota di R. BENCINI; in *Giustciv.com*, dal 19.04.2023, con nota di R. PEZZELLA. La prospettiva “contrattuale” sembra attualmente incentivata dalla *common law* che, in tali ipotesi, utilizza le c.d. *liquidated damages clauses* (ossia, penali moratorie), che devono rappresentare una *genuine pre-estimation of the likely losses*, distinguendosi dai *punitive damages* per violazione di obblighi contrattuali (equiparabili, grosso modo, alla c.d. “tutela aquilana” del contratto), sanzionabili con una stima delle possibili perdite indotte dall’inadempimento. Se ritenute “genuine”, l’attore (nel caso, i finanziatori) dovrà semplicemente provare l’inadempimento informativo bancario per ottenere la somma stabilita, senza dover fornire l’ulteriore prova, richiesta in sede aquiliana, della perdita attuale ed essendo, inoltre, sollevato dalla c.d. *duty to mitigate losses* (corrispondente alla riduzione equitativa *ex art.* 1384 c.c.), altrimenti applicabile. In tema, v., per tutti, G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 11^a ed., London, 2003, spec. p. 534 ss. L’avvertito timore di alimentare una *open-ended liability*, in grado di dilatare a dismisura l’ammontare dei danni risarcibili, viene non a caso sottolineato, nel settore d’anzì evocato (*supra*, § 9) del *rating*, nella ricca indagine comparatistica di F. DRIGO, *La responsabilità delle agenzie di rating per il danno all’informato. L’esperienza statunitense*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2/2006, spec. p. 535; in seguito, G. TOSCANO, *Note minime in tema di responsabilità delle agenzie di rating*, in *Act. Jur. Iberoam.*, 2023, p. 1519 s., con ampia bibliografia.