

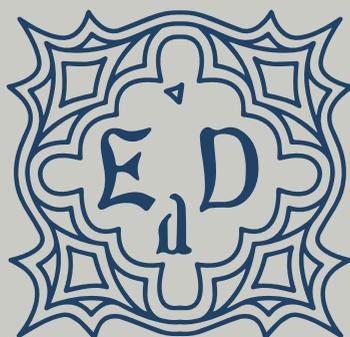
ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

Estratto da I TEMATICI, VII-2024

RESPONSABILITÀ CIVILE
diretto da Claudio Scognamiglio

Pasquale Femia

RESPONSABILITÀ CIVILE
E *CLIMATE CHANGE LITIGATION*



dall'eufemismo: *catastrofe* climatica) (2); riflesso di una mutazione politica nel dibattito globale. Ormai presente nel diritto internazionale (3), ove si era compiuto il passaggio dalle aspirazioni politiche ai principi giuridici (4), la questione del riscaldamento globale transitava nei primi anni del Duemila dall'alveo delle dichiarazioni solenni tra Stati (a loro volta in risonanza con un'opinione pubblica globale che superava risalenti strategie manipolative) (5) all'attivismo giudiziale, ove movimenti per la giustizia climatica, Stati e imprese si sono venuti a trovare nelle vicendevoli vesti di attori e convenuti in giudizi risarcitori (6). Si respirava aria di fiducia: i popoli vulnerabili si erano finalmente risvegliati — tale il racconto allora corrente — e nei processi civili climatici sarebbe accaduto il miracolo fino a quel punto mancato: fondere i temi della protezione dell'ambiente e dei diritti umani in una nuova teoria giuridica da affermare direttamente in giudizio (7).

Non è stato così: la transizione alla dura freddezza delle aule di tribunale ha provocato le prime opposizioni discorsive, assai diverse dal diffuso orientamento favorevole cui pure ha corrisposto

RESPONSABILITÀ CIVILE E CLIMATE CHANGE LITIGATION

SOMMARIO: 1. Molto rumore per nulla? Dottrina e giurisprudenza sulla catastrofe climatica. — 2. Attivismo giudiziario e struttura del sistema giuridico. — 3. Il condizionamento naturale delle categorie giuridiche. Diritto (oggettivo) irrelativo e correlativo. — 4. Gli argomenti contrari alla responsabilità civile climatica nella dogmatica di diritto irrelativo. — 5. Gli argomenti a favore nella sovrastante infrasistemica di diritto correlativo. — 6. La cattura del regolatore. Articolazione politica del falso e processo civile come luogo di verità scientifica. Responsabilità civile e coesione sociale. — 7. I diritti trans-soggettivi. — 8. Danno climatico e rimedi rigenerativi. — 9. L'obbligazione rimediale specifica e l'eterodestinazione del risarcimento. — 10. Azioni innocenti che uccidono. Causazione del danno ingiusto aggregativo e responsabilità da posizione eminente nella costituzione del danno climatico. — 11. Il diritto della responsabilità civile climatica nella trasfigurazione trans-soggettiva.

1. *Molto rumore per nulla? Dottrina e giurisprudenza sulla catastrofe climatica.* — Tema recente, bibliografia soffocante, clima pessimo: è la diagnosi del presente. Ha poco meno di dieci anni la prima monografia giuridica di rilievo intorno al danno civile da cambiamento climatico (1) (fuori

(1) E. PÖTTKER, *Klimabaftungsrecht. Die Haftung für die Emission von Treibhausgasen in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 434 ss., ove si trovano già tutti gli argomenti critici rispetto alla strategia aquiliana (basti confrontarli con la monografia tedesca più recente: K. WEIGELT, *Haftung Privater für Beiträge zum Klimawandel*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 311 ss.); restava invece nell'ambito del controllo finanziario e fiscale il libro di R. ISMER, *Klimaschutz als Rechtsproblem. Steuerung durch Preisinstrumente vor dem Hintergrund einer parallelen Evolution von Klimaschutzregimes verschiedener Staaten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 406 ss. e 481 ss. Già

prima si mostravano fiduciosi nel trattamento razionale-manageriale del rischio climatico E.A. POSNER e D. WEISBACH, *Climate Change Justice*, Princeton, Princeton University Press, 2010, 59 ss., dei quali si apprezza la ricerca di soluzioni non meramente simboliche.

(2) D. CHAKRABARTY, *La sfida del cambiamento climatico. Globalizzazione e Antropocene*, trad. it. di G. De Michele, Verona, Ombrecorte, 2021, 45: ove si delinea la « storia universale negativa » nel collasso della distinzione tra storia naturale e storia umana.

(3) R. VERHEYEN, *Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2005, 333 ss.; per gli sviluppi successivi, cfr. L. RAJAMANI, *International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 237 ss.; F. FRANCESCHELLI, *L'impatto dei cambiamenti climatici nel diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica italiana, 2019, 29 ss.

(4) N. DE SADELEER, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 305 ss.; *La forza normativa dei principi: il contributo del diritto ambientale alla teoria generale* a cura di D. AMIRANTE, Padova, Cedam, 2006; dello stesso, tra i più impegnati nella causa del costituzionalismo ambientale, *Id.*, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, Il Mulino, 2022.

(5) J.L. POWELL, *The Inquisition of Climate Science*, New York, Columbia University Press, 2011, 159 ss.

(6) K.P. ALEX, *California's Global Warming Lawsuit: The Case for Damages*, in *Creative Common Law Strategies for Protecting the Environment* a cura di C. RECHTSCHAFFEN e D. ANTONINI, Washington, Environmental Law Institute, 2007, 165 ss.

(7) Così, quasi letteralmente, R.S. ABATE, *Public Nuisance Suits for the Climate Justice Movement: The Right Thing and the Right Time*, in *Washington Law Review*, 2010, n. 85, 197 ss.

un mutamento sociale non indagato fino in fondo, attento alle generazioni future (8). Erano appena pervenute all'attenzione delle Corti le prime azioni civili di danno climatico che le forze discorsive egemoniche ponevano all'opera tanto l'architettura difensiva della tradizione della dogmatica civilistica (assenza di situazione soggettiva lesa, nesso di causalità, indeterminazione o ineseguibilità delle domande risarcitorie) quanto la teoria dello Stato (separazione dei poteri, difetto di giurisdizione, assenza di *Drittwirkung* climatica, *political question doctrine*, impossibilità del bilanciamento giudiziale civile di interessi collettivi); il tutto cospirante a negare l'esistenza di un danno aquiliano risarcibile (9), come se anni di riflessione sulla necessità di un « metodo plurale » e di un « approccio funzionale » alla responsabilità civile (10) fossero trascorsi invano.

Non a caso il primo studio che si oppone alla risarcibilità in sede civile di tali danni proviene da

(8) F. CAPRA e U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Sansepolcro, Aboca, 2017; *Climate Change and Society: Sociological Perspectives* a cura di R.E. DUNLAP e R.J. BRULLE, Oxford, Oxford University Press, 2015; J.W. MOORE, *Antropocene o Capitalocene? Scenari di ecologia-mondo nell'era della crisi planetaria*, trad. it. di A. Barbero e E. Leonardi, Verona, Ombrecorte, 2017; F.G. MENGA, *Etica intergenerazionale*, Brescia, Morcelliana, 2021; R. MIGUEZ NÚÑEZ, *Brevi osservazioni sui doveri intergenerazionali a tutela dell'ambiente nel diritto civile*, in *Dir. econ.*, 2021, 84 ss.; L. TAFARO, *Diritti umani oggi: sviluppo sostenibile e generazioni future*, in *Diritti umani e ambiente* a cura di A.A. CANÇADO TRINDADE e C. BARROS LEAL, Fortaleza, Expressão Gráfica e Editora, 2017, 43 ss.

(9) Esempio di questa chiusura il volumetto di U. DI FABIO, *Verfassung und Klimabafung. Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung und Drittwirkung von Grundrechten in Zivilrechtsverhältnissen*, München, Beck, 2023, ove spiace leggere tutta l'immensa dottrina sulla dogmatica dei diritti fondamentali (oltre che autorevole professore l'autore è stato giudice costituzionale) mobilitata a negare spazio alla tutela civile climatica, con i consueti argomenti della riserva di legge, separazione dei poteri e prerogative statali (ovvero atti politici), come se l'organizzazione dei poteri fosse un dato naturale e non una funzione costituzionale (della quale la *Drittwirkung* è l'ineliminabile fattore di movimento sociale). Correttamente il frontespizio informa che il testo è un parere reso per conto di una importante industria tedesca coinvolta in controversie climatiche.

(10) P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV. *Attività e responsabilità*⁴, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2020, 305 ss.; Id., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 115 ss.; sulla necessità di un « radicale antiformalismo giuridico » (anche) nella responsabilità civile, limpidamente, M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui risarcimenti punitivi*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, 16 ss.; Id., *La responsabilità civile tra "sovversivismo" e "reazione"?*, in *Danno resp.*, 2023, 557 ss.

due legali di una grande *law firm* (11); altrettanto significativo che il più acuto dei lavori recenti (12), sempre fermamente orientati alla negazione (non certo del cambiamento, ma) della risarcibilità aquiliana del danno climatico da parte di attori privati sia un breve, ma denso *pamphlet*, opera di uno dei massimi esperti tedeschi di fatti illeciti (13) e rivolga principalmente la propria attenzione ad una specifica vicenda giudiziaria non ancora conclusa (che più di ogni altra sta appassionando la scena giuridica in Germania) (14), quasi ad evitare il pericolo di aprire un fronte

(11) A. CHATZINERANTZIS e B. HERZ, *Climate Change Litigation — Der Klimawandel im Spiegel des Haftungsrechts*, in *Neue juristische Online-Zeitschrift*, 2010, 594 ss.; la diffusione fuori dall'area tedesca è assicurata dalla pubblicazione, in inglese e, in accesso aperto, Id., *Liability for Climate Change Damages under German Law*, su *Social Science Research Network*, in *papers.ssrn.com*.

(12) G. WAGNER, *Klimabafung vor Gericht*, München, Beck, 2020; una sintesi (ma resta preferibile leggere il prezioso pur se astioso volumetto) in Id., *Klimaschutz durch Gerichte*, in *NJW*, 2021, 2256 ss.; G. WAGNER e A. ARNTZ, *Liability for Climate Damages under the German Law of Torts*, in *Climate change litigation: a handbook* a cura di W. KAHL e M.-P. WELLER, München-Oxford-Baden Baden, Beck-Hart-Nomos, 2021, 405 ss. Due felici eccezioni, per ora *raae aves*; M. KALIS, *Justitiabler Klimaschutz in Deutschland. Welchen Beitrag können Gerichte zum Klimaschutz leisten?*, Wiesbaden, Springer, 2022, netto nelle sue posizioni; ancor più, perché forte e rigoroso nell'incedere del discorso, il capitolo dedicato al danno climatico nell'ampia monografia sul diritto privato sostenibile di J.-E. SCHIRMER, *Nachhaltiges Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023, 119 ss.

(13) Gerhard Wagner è autore, tra le molte altre cose, di un manuale sulla responsabilità civile giunto alla quattordicesima edizione (G. WAGNER, *Deliktsrecht*, 14. Auflage, München, Vahlen, 2021), del commento sul prestigioso *Münchener Kommentar* ai § 823-852 del BGB (*Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Auflage, München, Beck, 2020), della curatela di un notevole volume sui danni collettivi: *Mass Torts in Europe: Cases and Reflections* a cura di W.H. VAN BOOM e G. WAGNER, Berlin-Boston, W. de Gruyter, 2014, 263 ss.

(14) « *Lliuya v. RWE AG* », in *germanwatch.org* (con informazioni in costante aggiornamento). In questa controversia un contadino peruviano, Saúl Luciano Lliuya, abitante a Huaraz, Cordigliera delle Ande, vede le sue proprietà e l'intero centro abitato minacciati dallo scioglimento progressivo del ghiacciaio sovrastante e dal conseguente incremento del lago Pacacocha, a causa del cambiamento climatico. Chiama in giudizio nel 2015 un gigante tedesco dell'energia (RWE: Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk, fondata nel 1898), in quanto corresponsabile. L'anno precedente era stato pubblicato uno studio che provava a calcolare le quote di emissioni di anidride carbonica nell'atmosfera (R. HEEDE, *Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854—2010*, in *Climatic Change*, 2014, n. 122, 229 ss.), indicando allo 0,47% la quota di emissioni globale di CO₂ di RWE (Id., *Carbon Majors: Accounting for carbon and methane emissions 1854-2010. Methods & Results Report*, in *climateaccountability.org*, 27). Questo metodo — la cosiddetta scienza dell'attribuzione — è uno dei terreni di forte contestazione dei giganti dell'ener-

interno favorevole alla responsabilità dell'industria fossile per danni transfrontalieri (15).

Le controversie nel volgere di pochi anni sono divenute innumerevoli; riferirne sarebbe inutile, basta consultare il registro online tenuto dal *Sabine Center for Climate Change Law* presso la Columbia University (16). Il proliferare di processi

è superato forse unicamente dal proliferare di pubblicazioni in argomento, che tuttavia ruotano sempre intorno ai medesimi aspetti (17): le possibilità di successo in tribunale, con il diritto che c'è, sono dubbie; i successi non frequenti, quando ci sono (18), generano grandi entusiasmi e poco viene studiato il seguito delle sentenze (come se

gia chiamati in giudizio (I. KAMINSKI, *How scientists are helping sue over climate change*, in *The Lancet Planetary Health*, 2022, n. 6, 386 s.; R.F. STUART-SMITH, F.E.L. OTTO, A.I. SAAD, G. LISI, P. MINNEROP, K.C. LAUTA, K. VAN ZWIETEN e T. WETZER, *Filling the evidentiary gap in climate litigation*, in *Nature Climate Change*, 2021, n. 11, 651 ss.; F.E.L. OTTO, P. MINNEROP, E. RAJU, L.J. HARRINGTON, R.F. STUART-SMITH, E. BOYD, R. JAMES, R. JONES e K.C. LAUTA, *Causality and the fate of climate litigation. The role of the social superstructure narrative*, in *Global Policy*, 2022, n. 13, 736 ss.). Dopo un primo grado sfavorevole all'attore («LG Hessen», 15 dicembre 2016), la questione è ancora pendente presso l'*Oberlandesgericht* di Hamm: una sintesi in W. FRANK, C. BALS e J. GRIMM, *The Case of Huaraz: First Climate Lawsuit on Loss and Damage Against an Energy Company Before German Courts*, in *Loss and Damage from Climate Change: Concepts, Methods and Policy Options* a cura di R. MECHLER, L.M. BOUWER, T. SCHINKO, S. SURMINSKI, J. LINNERTH-BAYER, Cham, Springer, 2019, 475 ss. Data storica, ad avviso dei movimenti per la giustizia climatica, è il 13 novembre del 2017. In quel giorno la Corte di Appello di Hamm ha deciso dell'ammissibilità, in punto di diritto, delle domande di risarcimento di Lliuya contro RWE e dato inizio alla fase istruttoria. Tale posizione è confermata da un'ordinanza successiva, con la quale sono stati respinti gli argomenti della controparte («OLG Hamm», 30 novembre 2017, confermata con successive decisioni: «OLG Hamm», 7 febbraio 2018 e 9 marzo 2018). La fase istruttoria è stata rallentata per l'epidemia Covid-19. Nel 2022 la Corte si è recata in Perù per prendere diretta consapevolezza dello stato dei luoghi. Il valore simbolico della procedura è evidente.

(15) Colpisce invece — e meriterebbe di per sé solo uno studio — l'atteggiamento diverso della giovane dottrina civilistica italiana, la quale, sia pure con argomenti diversamente valutabili e non sempre convergenti, si mostra assai più ben disposta verso il danno climatico aquiliano. Le argomentazioni, talvolta assai pregevoli, non muovono però dalla distinzione qui proposta fra diritto correlativo e irrelativo; pertanto non sono riepilogate, non potendo essere discusse in dettaglio, come invece meriterebbero. Ricordiamo anche un amplissimo volume (oltre mille pagine) del giurista cileno C.A. BANFI DEL RIO, *Responsabilidad civil por daños climáticos en el derecho chileno y comparado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022.

(16) Il sito del *Sabine Center* è www.climatecasechart.com. L'ultimo rapporto edito presso la *London School of Economics and Political Science* (J. SETZER e C. HIGHAM, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, London, 2024, 1 ss.) informa che nel 2023 sono state intentate almeno 230 cause giudiziarie ("almeno", perché i criteri di computo possono variare); la stessa cifra comprende inoltre i contenziosi contro imprese dal 2015 ad oggi. Una rassegna ragionata dei casi principali in *Reports & Essays on Climate Change Litigation* a cura di E. D'ALESSANDRO e D. CASTAGNO, Torino, Università di Torino, 2024. Una analisi comparatistica in B. POZZO, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in *Comparative Climate*

Change Litigation: Beyond the Usual Suspect a cura di F. SINDICO e M. MOÏSE MBENGUE, Cham, Springer, 2021, 593 ss.; M. GIORGIANNI, *Climate Change e analisi ecologica del diritto. L'apporto del comparatista all'emergenza climatica*, in *BioLaw Journal*, 2023, 2, 85 ss.; amplissima e analitica la comparazione di C. RODRIGUEZ-GARAVITO, *Litigating the Climate Emergency: The Global Rise of Human Rights-Based Litigation for Climate Action*, in *Litigating the Climate Emergency. How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* a cura di C. RODRIGUEZ-GARAVITO, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, 9 ss.

(17) Specificando che non si tratta di un giudizio di merito, ma unicamente di fatto, ricordiamo nella letteratura (per restare in metafora) alluvionale: *Climate Change Liability* a cura di M. FAURE e M. PEETERS, Cheltenham, Edward Elgar, 2011; *Climate Change Liability: Transnational Law And Practice* a cura di J. BRUNNEE, S. GOLDBERG, R. LORD e L. RAJAMANI, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; *Climate Change and the Law* a cura di E.J. HOLLO, K. KULOVESI e M. MEHLING, Dordrecht, Springer, 2013; *Research Handbook on Climate Change Law and Loss & Damage* a cura di M. DOELLE e S.L. SECK, Cheltenham, Edward Elgar, 2021; *Climate Change Litigation: Global Perspectives* a cura di I. ALOGNA, C. BAKKER e J.-P. GAUCI, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2021; F. SINDICO, M. MOÏSE MBENGUE e K. MCKENZIE, *Climate Change Litigation and the Individual: An Overview*, in *General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law* a cura di K. BOELE-WOELKI, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO e A. SENEGACNIK, Cham, Springer, 2021, 675 ss.; *Corporate Liability for Transboundary Environmental Harm: An International and Transnational Perspective* a cura di P. GAILHOFER, D. KREBS, A. PROELSS, K. SCHMALENBACH e R. VERHEYEN, Cham, Springer, 2023.

(18) Affermare che uno Stato nazionale debba agire affinché siano ridotte le emissioni di CO₂ in applicazione diretta di obblighi internazionali (*Urgenda*: sentenza definitiva), o che una multinazionale debba fare lo stesso (*Milieu-defensie*: giudizio di primo grado, appellato) o infine, per stare al caso al momento più recente, che ad una associazione di signore anziane sia riconosciuta la legittimazione in giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti umani per far condannare gli Stati per politiche climatiche insufficienti (*Klimaseniorinnen*) — la documentazione completa sui tre procedimenti nel sito sopra citato del *Sabine Center* — è senz'altro notevole e genera clamore mediatico ed entusiasmo intellettuale dogmatico (a parte gli infiniti commenti, colpisce che una sorta di manuale operativo su come agire contro le multinazionali sia stato reso disponibile online in inglese, prontamente tradotto e pubblicato in italiano: A.A.Vv., *How We Defeated Shell. Milieudéfensie et al. v. Royal Dutch Shell. Uno sguardo dietro le quinte*, tr. it. con *Introduzione* di L. Serafinelli, Roma, Università La Sapienza, 2023). Pur senza voler affatto sminuire la loro importanza, un reale e duraturo lavoro dogmatico è necessario, soprattutto se si desidera passare da sentenze manifesto contro gli Stati alla dura realtà dei processi esecutivi privati. Tale lavoro non potrà accontentarsi dei vecchi gesti performativi del costituzionalismo novecentesco (ove una Corte costituzionale riconosce un diritto fondamentale e un condannato

piano giudiziale e piano mediatico potessero confondersi fino a sovrapporsi), la loro esecuzione e soprattutto un'analisi accurata delle conseguenze sociali (perpetrando la scarsa attenzione per la doverosa retroazione dogmatica dell'analisi delle conseguenze, una volta che sia stata messa in pratica una teoria); alcuni insistono sulla separazione dei poteri e vorrebbero impedire ai giudici di occuparsi di questioni politiche, altri propongono un nuovo modello di governo globale multilaterale dei fenomeni collettivi (19). Chiamare in giudizio gli Stati e, soprattutto, le grandi imprese globali dell'energia ha il fascino del tremendo e non è semplice (20). Perdere o vincere la causa, ripetono molte organizzazioni non governative, non conta molto. Assai più contano gli effetti positivi esterni del processo, gli effetti comunicativi, *lato sensu* politici dell'attivismo giudiziale. Sembrerebbe che i discorsi sul danno climatico abbiano consumato, intanto, tutte le configurazioni possibili di lesione di situazioni soggettive (21). E muta, inconfessabile, serpeggia la malinconia (22).

paga le spese), non basta affatto *gius-dicere*, occorre *gius-agere*, ovvero sottoporre ogni tesi dogmatica alla verifica empirica della sua funzionalità, osservando nel tempo gli effetti delle decisioni giudiziarie che vi abbiano fatto ricorso. Per una scienza che ancora meno di cento anni fa considerava una degenerazione da circo lo studio della sociologia del diritto, fare sociologia quantitativa della dogmatica giuridica con funzione di revisione teorica non è semplice da mandare giù. Molto interessante un lavoro recente, promosso da un gruppo di ricerca (*More than Human Life — MOTH Project*) presso la New York University, nel quale un gruppo di studiosi ha elaborato (con risultati interlocutori) un modello di ricerca sul seguito delle sentenze che hanno riconosciuto la soggettività giuridica a risorse naturali: MOTH PROJECT *et al.* (eds.), *The Impact of the Rights of Nature. Assessing the Implementation of the Los Cedros Ruling in Ecuador*, New York, NYU School of Law, 2024, 29 ss. Piuttosto che declamare all'infinito guerre tra universali (antropocentrismo contro *Pacha Mama*) è bene interrogarsi pragmaticamente se una teoria funziona: altrimenti perché farla, in una scienza pratica?

(19) J. PEEL e H.M. OSOFSKY, *Litigation as a Climate Regulatory Tool*, in *International Judicial Practice on the Environment: Questions of Legitimacy* a cura di C. VOIGT, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, 311 ss.; L. HAHN e M. VON FROMBERG, *Klagekollektive als „Watchdogs“*. *Zu Chancen strategischer Prozessführung für den demokratischen Rechtsstaat*, in *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 2020, 1 ss.

(20) Tra i tanti saggi in argomento si apprezza M. HINTEREGGER, *Civil Liability and the Challenges of Climate Change: A Functional Analysis*, in *Journal of European Tort Law*, 2017, n. 8, 238 ss.; irenico, invece, P. SEMMELMAYER, *Climate Change and the German Law of Torts*, in *German Law Journal*, 2021, n. 22, 1569 ss.

(21) Mutuiamo la felice espressione da C. SCOGNAMILGIO, *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1066.

(22) Proprio là dove si invoca l'ottimismo delle scon-

2. *Attivismo giudiziario e struttura del sistema giuridico*. — Un tentativo, per quanto modesto, di studio del problema deve rifuggire dalla tentazione di fare la cronaca delle controversie per danno climatico: osservandole, si ha l'impressione talvolta di essere tornati ai discorsi sulle strategie del processo politico degli anni Sessanta-Settanta del Novecento (23). Dimentichi della lotta per il diritto jheringhiana, i cultori del movimentismo giudiziario trovano rifugio nell'esperienza nordamericana di qualche decennio fa (24), ravvivata talvolta da una interessante simbiosi di passione

fitte: G. GANGULY, J. SETZER e V. HEYVAERT, *If At First You Don't Succeed: Suing Corporations for Climate Change*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2018, 1 ss. La conclusione (ivi, 28) è un invito a non lasciarsi demoralizzare dalle sconfitte in giudizio, perché l'«onda del momento» cambierà il diritto. Insomma, parafrasiamo de Sade: Francesi, ancora uno sforzo.

(23) J.M. VERGÈS, *Strategia del processo politico* (1968), trad. it. di C. Lusignoli, Torino, Einaudi, 1969; più di recente, su altro piano, M. KOSKENNIEMI, *Between Impunity and Show Trials*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2002, n. 6, 1 ss. La *stratégie judiciaire* (questo il titolo originario del libretto di Vergès) non è sfuggita all'analisi delle dissezioni nel procedere giuridico di F. STEINHAUER, *Vom Scheiden. Geschichte und Theorie einer juristischen Kulturtechnik*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, 105 ss. I ludi dialettici da teatro giudiziario sono tuttavia praticabili quasi esclusivamente nel dibattimento penale. Per tale ragione torneranno certo in discussione nei processi contro occupazioni e gesti dimostrativi degli attivisti climatici. Alla questione è dedicata un'intera sezione di un recente volume sul diritto della crisi climatica e, in particolare, J. KASPAR, *Volle Härte oder volles Verständnis? Zur Sanktionierung von Klima-Aktivist:innen durch die Strafgerichte*, in *Klimakerisenerrecht* a cura di P. HELLWEGE e D. WOLFF, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, 165 ss.; nonché C. SCHULTE OESTRICH, *Protest im Privatrecht. Welches verfassungsrechtliche Gewicht haben Klimaproteste bei Schadensersatzforderungen?*, in *Protestkulturen. Kontroversen um Klima und Umwelt im demokratischen Verfassungsstaat* a cura di V. BÖHM, S. HEITZER, L. KÖHN, P. ZIMMERMANN, Tübingen, Mohr Siebeck, 2024, in corso di stampa. La dogmatica penalistica riflette sulle cause di giustificazione e sulla configurabilità di una scriminante per stato di necessità climatico: N. SARFRAZ, *Ziviler Ungehorsam zum Schutz des Klimas im Lichte der Rechtfertigungsdogmatik*, in *Klimastrafrecht. Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz* a cura di H. SATZGER e N. VON MALTITZ, Baden Baden, Nomos, 2024, 541 ss.; T. RÖNNAU, *Grundwissen — Strafrecht: Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam*, in *Juristische Schulung*, 2023, 112 ss.; una soluzione di compromesso è invocare il fine politico climatico quale elemento di mitigazione della pena: I. COCA-VILA, *Punishing the Last Citizens? On the Climate Necessity Defence*, in *Res Publica*, 2023, online.

(24) S.A. SCHEINGOLD, *The Politics of Rights. Lawyers, Public Policy and Political Change* (1974), Ann Arbor, University of Michigan Press, 2004, 95 ss.; il discorso investe, più ampiamente, la funzione simbolica del diritto, sulla quale M. GARCÍA-VILLEGAS, *The Powers of Law. A Comparative Analysis of Sociopolitical Legal Studies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 19 ss.; *Strategic Litigation: Begriff und Praxis* a cura di A. GRASER e C. HELMRICH, Baden-Baden, Nomos, 2019.

politica e acutezza teorica (25). La convinzione diffusa è che non importi farsi valere in giudizio, ma avvalersi della scena giudiziaria come fattore di catalizzazione politica: stare in giudizio (26) — tale l'auspicio dei movimenti — più che essere giudicati è giudicare chi giudica, mediante la forza simbolica controfattuale del *subire protestando* contro un ordine che produce ingiustizie. Il processo civile non offre tuttavia un palcoscenico sufficiente per queste strategie di politica del diritto: non a caso i movimenti climatici si impegnano nella comunicazione extragiudiziale, soprattutto attraverso i *social media*: ciò viene tematizzato distinguendo *climate litigation*, per così dire ordinaria, e *strategic litigation*, che « mira a ottenere un cambiamento più ampio rispetto agli interessi diretti dei ricorrenti o ai rimedi da loro richiesti — tipicamente cambiamenti nelle politiche, nelle norme sociali o nel comportamento aziendale » (27). Resta da chiedere cosa pensare di una parte 'strategica' che al giudice, in sostanza, dica: argomento qui, ma non per te?

Costruire un discorso che debba valere per soggetti diversi dall'interlocutore cui è rivolto è una strategia dissociativa che produce uno stile ermeneutico ipocrita con soluzioni di corto respiro. Vero è che durante il giudizio qualcosa che prima poteva essere percepito come individuale e forse invisibile diviene poi pubblico, quando faccia ingresso in un'aula di tribunale (28). Se tutto questo possa inverte la fede di chi vede nella via processuale una alternativa regolatoria alla legislazione — la corrente formula magica è *regulation by* (o *through*) *litigation* — è dubbio: i discorsi sulla regolazione oscillano senza trovare quiete tra cinismo razionalista e ottimismo evolutivo (29). Lo

stesso concetto di regolazione è assai sfuggente: a volte sembra una ripresa in nuove forme degli antichi trattati tardoilluministi di teoria della legislazione (30), altre una strada molto accademica per augurarsi che gli eventi seguano il corso sperato, aggregando consenso politico (anche di politica dell'ermeneutica delle aule di tribunale).

La rivalutazione (ripetiamo ancora una volta: jheringhiana) (31) del ruolo dei diritti soggettivi nel processo di produzione del diritto è senz'altro un passaggio essenziale per comprendere il percorso del danno climatico, percorso già avviato per i diritti sociali (32) e che trova risonanza nella emersione dei diritti soggettivi individuali nel con-

VISCI, Washington, Brookings Institution Press, 2002), sollecitata dalla *mass tort litigation* nordamericana — danni da fumo, da farmaci e strumenti medici e così via — una serie cui il danno climatico viene troppo facilmente affiancato, trascurando la sua natura non confinata, diffusa e infinitesimale. Quanto agli atteggiamenti contrastanti dei quali si dice nel testo, basti confrontare R.A. POSNER, *Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts). An Analytical Framework*, in *Regulation versus Litigation. Perspectives from Economics and Law* a cura di D.P. KESSLER, Chicago, The University of Chicago Press, 2011, 11 ss. e L. SERAFINELLI, *La responsabilità civile come tecnica di compensazione assiologica degli interessi climatici nell'inerzia delle politiche legislative. Un'analisi comparatistica di controversie private per pubblici interessi*, in *DPCE online*, 2022, 2197 ss.; nonché *Id.*, *Il dialogo tra responsabilità civile e diritti fondamentali per l'affermazione di una giustizia climatica intragenerazionale in ottica intersezionale. Dalla youth-led climate litigation alle esigenze delle nuove classi subalterne climatiche*, in *Pol. dir.*, 2024, 29 ss. Pur essendo poco corretto fare valutazioni di lavori ampi e mossi da sincero intento riformatore, direi (da vecchio compagno di strada, che condivide gli obiettivi e resta insofferente rispetto al loro trattamento giuridico) che con *bouquets* di formule alla moda, pur essendo lodevole intento l'agevolare nuovi assetti di valori politici nel diritto, si finisce alla lunga per frustrarne l'effettività, provocando opposizioni ideologiche e rigetti nelle sentenze. Le chiusure dogmatiche sono assai più potenti delle nostre speranze; per aprire i loro lucchetti non basta calcare la tigre della storia; occorre parlare lo stesso linguaggio che si vuol decostruire; e parlarlo dall'interno, se si desidera che infine decostruisca sé stesso.

(30) Il pensiero corre alle fin troppe pagine del volume di A. HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, Tübingen, Mohr Stebeck, 2016, 710 ss. (su regolazione e giurisprudenza).

(31) Ho tentato di discorrerne in P. FEMIA, *Sei anni di cammino, sette di divenire* e *Id.*, *Sentimento e moltitudine*, entrambi Bologna, il Mulino, 2024; non è questa la sede opportuna per ulteriori approfondimenti — approfitto, tuttavia, dell'occasione per citare G. WAGNER, *Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 193 (1993), 319 ss., lavoro molto accurato.

(32) T. SHEPLYAKOVA, *Das Recht der Klage aus demokratietheoretischer Perspektive*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2016, n. 64, 45 ss.; *Id.*, *Das Recht der Klage oder Individuen als Rechtserzeuger*, in *Akteure im Recht: Zum*

(25) A. FISCHER-LESCANO e K. MÖLLER, *Der Kampf um globale soziale Rechte: Zart wäre das Größte*, Berlin, Wagenbach, 2012; l'analisi di Fischer-Lescano, assai provveduta sul piano teorico, si inquadra nella sua teoria della forza del diritto: A. FISCHER-LESCANO, *A 'Just and Non-violent Force'? Critique of Law in World Society*, in *Law and Critique*, 2015, n. 26, 267 ss.

(26) Insuperabile l'analisi di C. VISMANN, *In iudicio stare: The Cultural Technology of the Law*, in *Law and Literature*, 23 (2011), 309 ss.; *Id.*, *Medien der Rechtsprechung*, Frankfurt a.M., Fischer, 2011, 340 ss.

(27) B. BATROS e T. KHAN, *Thinking Strategically about Climate Litigation*, in *Litigating the Climate Emergency* a cura di RODRIGUEZ-GARAVITO, cit., 104, i quali aggiungono che un caso è strategico quando è considerato non isolatamente, ma come un passaggio di un percorso più ampio.

(28) Così, quasi testualmente, L. KING, *Narrative, Nuisance, and Environmental Law*, in *Journal of Environmental Law and Litigation*, 29 (2014), 331 ss. (344).

(29) Lo scritto più citato è una silloge, opera di un economista (*Regulation through Litigation* a cura di W. KIP

testo internazionale (33). Affinché questa esplosione di discorsi e diffusione di controversie giudiziarie globali sia qualcosa di più che rumore scientifico, occorre riflettere sulla loro funzione rispetto ad un dato strutturale: l'impotenza del potere legislativo, cui accede la relativa impotenza di ciascun potere regolatorio individualmente considerato. La legge statale è legge di spazi e di confini, i confini nei quali esegue le sue sanzioni. Questi confini, ormai incerti sulla terra, non esistono affatto nell'atmosfera (34). Nella inefficienza della legge, si corre verso il tribunale. Vero è che, come ripetono i custodi dell'ortodossia dogmatica, non saranno i tribunali a salvare il mondo (35); vero è altrettanto che non potrà farlo la legge, soprattutto se si continuasse ad intenderla quale scrittura di doveri e istituzione di burocrazie sanzionatorie: una polizia climatica inefficiente, perché prigioniera delle contraddizioni interne alle medesime strutture di potere che la istituiscono. Al contrappunto fatto di rivendicazioni gioiose di diritti (36) — che si immaginano paternalisticamente somministrati dal potere giudiziario in alternativa all'ingrato potere legislativo — e risentite recitazioni sul primato dei doveri e della separazione dei poteri (ignorando sia la forza dei primi che la funzione storica dei secondi) occorre sostituire la critica della separazione tra diritto pubblico e privato (37). I poteri sono separati non soltanto affinché uno non corrompa le istituzioni

decisorie dell'altro, ma innanzitutto affinché nessuno paralizzi l'altro; e l'inerzia dell'uno implica sempre l'attivazione dell'altro. I doveri, infine, non sono il catechismo sociale declinato dall'alto dei tribunali del Bene: l'asimmetria tra dovere e diritto (38) non è altro che il momento germinativo del dover essere come insoddisfazione sull'ordine pregiudiziale del mondo: una volta che sia riconosciuta l'esigenza di dover essere fondata nel costituzionalismo transnazionale, essa non potrà che essere portata ad effetto costruendo una relazione tra il portatore del dovere ed il titolare del diritto. Si muove in tal modo la spirale del pensiero giuridico: i doveri nascono dalla contestazione verso lo scandalo di una realtà che nega diritti (39); e i doveri, che traducono nella riflessione sociale l'accresciuta esigenza di dover essere, si concretizzano imputando nuovi diritti nella titolarità di chi meglio possa rendere effettivo il nuovo ordine.

Il controargomento alla *climate change litigation* — il fine (salvare la vivibilità del pianeta) è buono, il mezzo (condanne risarcitorie in tribunale) è sbagliato — ignora di trovarsi in un contesto non ordinario di riflessione. Il pensiero giuridico degli ultimi secoli ha assimilato così a fondo il parametro della continuità del potere statale da essere convinto di poter trattare giuridicamente

(38) Può capitare ancora oggi di osservare qualche collega arricciare il naso sui diritti, in nome dei doveri legislativi di protezione del clima (affidati, quindi perduti, alla polizia statale): ove un mal riposto *pathos* verso l'istintivo attaccamento ad una tradizione (che si uccide, travisandola), accesa l'*ethos* di una comunità che corre oltre le generazioni. Ben altra considerazione merita il lavoro di ridefinizione dello spazio della dogmatica giuridica a partire dal senso del dovere (*obligation*), in un percorso che corre da Simone Weil ad Alan Supiot: E. CHRISTODOULIDIS, *Dogma, or the deep rootedness of obligation*, in *Law, Obligation, Community* a cura di D. MATTHEWS e S. VEITCH, Abingdon-New York, Routledge, 2018, 3 ss.; nonché D. MATTHEWS, *Law and Aesthetics in the Anthropocene: From the Rights of Nature to the Aesthetics of Obligations*, in *Law, Culture and the Humanities*, 19 (2023), 227 ss. Christodoulidis avversa la relazione hofeldiana, poiché teme si smarrisca il senso del radicamento della dogmatica nella finitudine, che impegna verso il futuro oltre noi stessi. Una volta che questa cellula germinativa giuridica sia iscritta nel pensiero dogmatico, tuttavia, è la dogmatica stessa a tradurla in relazioni tra diritti e obblighi. Non vi è alcun modo di rendere effettivo un dovere se non si conferisce un potere (un diritto) di agire per realizzarlo.

(39) Sui processi di scandalo (*Skandalisierung*) come fattori di emersione transnazionale dei diritti: A. FISCHER-LESCANO, *Die Emergenz der Globalverfassung*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63 (2003), 717 ss. (751 s.); Id., *Ex facto ius oritur: procesos de escándalo y el derecho mundial emergente*, in *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), 435 ss.

Verhältnis von Individuum und Recht a cura di S. ZUCCA-SOEST, Baden-Baden, Nomos, 2016, 31 ss.; T. SHEPLYAKOVA, *Das Klagerrecht und die Prozeduralisierung des Rechts*, in *Prozeduralisierung des Rechts* a cura di T. SHEPLYAKOVA, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, 191 ss.

(33) A. PETERS, *Das subjektive internationale Recht*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (Neue Folge), 59 (2011), 411 ss.; per un punto di vista diverso cfr. M. KOSKENNIEMI, *The Effects of Rights on Political Culture*, in Id., *The Politics of International Law*, Oxford, Hart, 2011, 133 ss.; per una replica (che tuttavia sembra indebolire la rilevanza dei diritti privati) in A. PETERS, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 534 s.

(34) Non a caso una ricerca in argomento è dedicata alla «giustizia atmosferica»: S. VANDERHEIDEN, *Atmospheric Justice: A Political Theory of Climate Change*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 45 ss.

(35) B.W. WEGENER, *Urgenda — Weltrettung per Gerichtsbeschluss*, in *Zeitschrift für Umweltrecht*, 2019, n. 30, 3 ss.; una replica in A. GRASER, *Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind.*, ivi, 2019, 271 ss.

(36) Piuttosto che di assai dolorose lotte: R. BIN, *Diritti: cioè? Dietro i diritti, oltre le corti*, in *Riv. diritti comparati*, 2022, 113 ss.

(37) J.-E. SCHIRMER, *Das Private ist politisch: Warum das Mietendeckelurteil eine gute Nachricht für ein progressives Privatrecht ist*, in *verfassungsblog.de*, 15 aprile 2021.

tutto, persino lo stato di eccezione; non riesce invece a muoversi in un ambito nel quale non sono in discussione i fondamenti di un potere, ma i fondamenti della vita. Nessun ordine può essere imposto a relazioni cui manca il sostegno materiale per la loro sopravvivenza: è questa la « contraddizione fossile » entro la quale la civiltà si sta muovendo, accumulando anidride carbonica e ingiustizie (40).

3. *Il condizionamento naturale delle categorie giuridiche. Diritto (oggettivo) irrelativo e correlativo.* — Le categorie giuridiche sono relative a condizioni fisiche o biologiche: se sapessimo leggere nel pensiero, la teoria negoziale sarebbe altra, tutte le sue storie su volontà o dichiarazione un soffio di polvere; se avessimo occhi sulla nuca, sarebbe diversa anche la responsabilità civile; non avremmo un diritto di veduta, se fossimo tutti ciechi. La temperatura aumenta progressivamente e in modo infinitesimale; altrettanto infinitesimale e incrementale è il danno. Mancano i confini spaziali, sono dilatati ben oltre ogni seria vigenza normativa (per non dire effettività governativa) i confini temporali. Un pensiero che si è costituito vigente nello spazio e nel tempo ha poco da dire e si irrita.

Benché molti abbiano giocato con essere e tempo, la riflessione sulla retroazione della temporalità (ma potremmo dire apertamente: della finitudine) nella dogmatica è appena agli inizi (41).

(40) Fondamentale M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *D. disc. pubbl.*, 2021, 51 ss., 56 ss.; E. FISHER, E. SCOTFORD e E. BARRITT, *The Legally Disruptive Nature of Climate Change*, in *The Modern Law Review*, 2017, n. 80, 173 ss.; BANFI DEL RIO, *Responsabilidad civil por daños climáticos*, cit., 210 ss.

(41) Merito, tra i tanti, da ascrivere al lascito di un grande giurista che ha fatto epoca, scomparso durante la revisione di questo testo (e al quale idealmente queste pagine sono dedicate): N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 209 ss. Rendere le strutture dogmatiche sensibili rispetto al tempo è ben altro che riconoscere la storicità delle categorie. Quest'ultima è una etichetta consolatoria, che non impegna chi agisce a mutare qualcosa, poiché immagina il mutamento come una forza impersonale dello Spirito oggettivo (basti pensare alla critica jheringhiana verso la Scuola storica: FEMIA, *Sei anni di cammino*, cit., 132 s.); la temporalità categoriale, invece, è costringere la dogmatica ad ammettere entro il proprio ambito speculativo una dimensione cronologica non osservabile col senso comune. Ispirazione affine hanno i discorsi sull'adeguamento ecologico del diritto privato: M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civile-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2020, 10 ss.; R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Né persone né cose: lineamenti decostruttivi per un rinnovamento concettuale della « summa divisio »*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 359 ss.; I.

L'« effetto distruttivo » della crisi climatica sulle categorie privatistiche risiede tanto nell'impossibilità di considerare la « stazionarietà » delle condizioni fisiche dell'ambiente entro il quale operano le regole giuridiche (la regola è il risultato dell'esperienza sull'adeguamento della condotta ad un modello entro un ambiente: le regole sono sempre situate e funzioni dell'ambiente) quanto nella incalcolabilità delle condizioni future (« futuro non analogo »). In queste condizioni il principio orientativo della costruzione dogmatica è l'incertezza radicale (42). La mitologia razionalista della calcolabilità deve cedere dinanzi alla carità ermeneutica della insuperabile fallibilità: la ripetizione costante degli effetti di una condotta, quale conseguenza degli effetti di un comando, non soltanto è incerta (il che sarebbe ancora governabile con le retoriche storiciste-evolutive), ma non sono mai completamente prevedibili le sue conseguenze ulteriori, lungo un corso temporale non individualmente osservabile: in sintesi, la « stazionarietà è morta » (43) e con essa tutto il dualismo novecentesco di essere e dover essere e la sua tracotanza formalista.

Il condizionamento climatico delle categorie giuridiche impone di distinguere tra *diritto correlativo* e *diritto irrelativo*. Il *diritto* (nel senso, ovviamente, di sistema giuridico) *irrelativo* è quello nel quale abbiamo vissuto fino a quando non è emersa la coscienza dell'Antropocene; è il diritto che non tiene conto del condizionamento naturale (relatività) delle proprie categorie ed è pertanto contemporaneamente irrelativo e incosciente (44).

BACH e E.-M. KIENINGER, *Ökologische Analyse des Zivilrechts*, in *Juristenzeitung*, 2021, 1088 ss.; P. HILBERT, *Resilientes Klimarecht*, in *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht*, 20 (2022), 408 ss.

(42) Di *disruptive effect*, *nonstationarity* e *no-analog future* discorrono in un lucido saggio, J. ROSSI e J.B. RUHL, *Adapting Private Law for Climate Change Adaptation*, in *Vanderbilt Law Review*, 76 (2023), 827 ss. Essi propongono di introdurre un principio di « prevedibilità della non stazionarietà » (*foreseeability of nonstationarity*) per riorganizzare l'intero sistema privatistico (ivi, 863 ss.).

(43) R. KUNDIS CRAIG, *"Stationarity Is Dead" — Long Live Transformation: Five Principles for Climate Change Adaptation Law*, in *Harvard Environmental Law Review*, 34 (2010), 9 ss.

(44) Che un sistema abbia coscienza è probabilmente un'eresia dal punto di vista dell'ortodossia sistemica. Coscienza di un sistema è la descrizione di un processo di internalizzazione sistemica dell'osservazione esterna del sistema stesso, compiuta a mezzo dell'interazione di sistemi psichici generativi, capaci di trascendenza creativa. In termini più semplici: qualcuno osserva che il diritto non capisce di essere condizionato da un dato fisico (temperatura costante) e che pertanto opera (nella sua autoipotesi) come se fosse immortale e irrelativo. La conoscenza disturbante

Il *diritto correlativo* è il diritto legato a costanti fisiche dalle quali dipende la sopravvivenza della specie: assunta coscienza della propria relatività, il sistema giuridico elabora al proprio interno zone di sospensione delle categorie irrilevanti per fare spazio a categorie elaborate nella consapevolezza del loro muoversi su di un orizzonte nel quale il diritto non ha onnipotenza deontica. Una teoria che funzioni in un assetto di condizioni naturali (clima costante) non funziona necessariamente in un'altra (catastrofe climatica): questo il semplice senso della relatività, non più soltanto storica, ma fisica.

4. *Gli argomenti contrari alla responsabilità civile climatica nella dogmatica di diritto irrelativo.* — Nelle discussioni sul danno climatico (45) ci si esercita sovente in tassonomie, centrate soprattutto sulla distinzione tra richieste risarcitorie rivolte agli Stati e richieste rivolte contro imprese emittitrici di notevoli quantità di CO₂ (in genere nel settore energetico) (46). La distinzione è in realtà assai meno importante di quanto si crede, poiché gli argomenti di contrasto sono, di là dalle forme, sostanzialmente gli stessi e rimontano tutti ad una pretesa inefficienza della responsabilità civile nel contrastare il cambiamento climatico (47). Ecco le questioni ricorrenti:

(“uomo, il tuo diritto morirà con te”) non transiterebbe per l'apertura cognitiva, poiché eccede la tollerabilità categoriale. Unico motore che trasforma, quando funziona, la rivoluzione in trascendenza dall'interno, in autosoversione è pertanto non l'irritazione, ma l'infiltrazione sistemica, il suo lento lavoro interno di corrosione dell'impianto categoriale corrente. Su questi, argomenti, in prospettive diverse e a volte divergenti: N. LUHMANN, *Die Autopoiesis des Bewußtseins*, in *Soziale Welt*, 1985, n. 36, 402 ss.; Id., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997, 120 ss.; Id., *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in *Cardozo Law Review*, 1992, n. 13, 1427 ss.; A. SCHÜTZ, *Thinking the Law With and Against Luhmann, Legendre, Agamben*, in *Law and Critique*, 2000, n. 11, 107, 134; lucida consapevolezza del problema in M. BARCELONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, Giappichelli, 1996; sul concetto di infiltrazione discorsiva: P. FEMIA, *Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all'esperienza metastrutturale*, in *Internet e diritto civile* a cura di C. PERLINGIERI e L. RUGGERI, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015, 15 ss. (23 ss.).

(45) M.-Ph. WELLER e M.-L. TRAN, *Climate Litigation against companies*, in *Climate Action*, 2022, n. 1, 14 ss.

(46) Una tassonomia ben fatta in G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1273 ss.

(47) WAGNER, *Klimabaftung vor Gericht*, cit., 133. Più ampiamente, si devono ricordare le posizioni contrarie ad un uso strumentale della responsabilità civile (il che significa, aggiungerei, di là dai soliti richiami a diritti, proprietà e libertà, che la responsabilità civile si vuol considerare affare in sé privato, non collettivo): A. RIPSTEIN, *Private Wrongs*,

a) assenza di una situazione giuridica individuale lesa;

b) assenza di lesione illecita di situazione soggettiva;

c) assenza di nesso causale tra comportamento rappresentato come dannoso e danno;

d) ineffettività o impossibilità giuridica del rimedio.

Esaminiamole, provando innanzitutto a riassumere idealmente gli argomenti dei critici (48):

a) il danno climatico è danno ambientale, come tale la legittimazione (e il diritto sostanziale) di agire è riservato allo Stato, ai sensi dell'art. 311 del codice dell'ambiente;

a.1) le situazioni soggettive individuali tutelabili in giudizio sono soltanto quelle diverse dal danno ambientale in senso proprio: diritto alla salute (fisica e psichica) o danno patrimoniale, tutte le volte nelle quali il mutamento climatico sia conseguenza immediata e diretta di tali danni;

a.2) non è configurabile una pretesa diretta del cittadino contro l'impresa che emetta CO₂ né contro lo Stato che non faccia abbastanza per impedire le emissioni, in quanto non esiste un diritto individuale del cittadino all'azione proclima e ciò perché la decisione statale sul clima è atto politico insindacabile (49);

a.3) la negazione di una situazione giuridica privatistica tutelabile è costituzionalmente necessaria, poiché la questione climatica è questione politica e il diritto climatico non può che essere diritto legislativo di stretta interpretazione (50);

Harvard, Harvard University Press, 2016, 288 ss.; E.J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 145 ss.

(48) Critici pur talvolta ben disposti ad accogliere un'evoluzione, ma soltanto futura, degli istituti. Nel presente domina e paralizza la preoccupazione di una «strumentalizzazione inopportuna» della responsabilità civile: A. STEVIGNON, *Le climat et le droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2022, 389 ss. Come se strumentalizzare (cioè fare di un istituto strumento per un fine giuridicamente necessario) la responsabilità fosse più grave che lasciare il pianeta correre verso la rovina. Ammirevole invece la freschezza con la quale N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013, 202 ss. coglie la nuova funzione primaria della responsabilità civile rimediabile.

(49) Ne conseguirebbe il difetto di giurisdizione: Trib. Roma, 26 febbraio 2024. Come osserva assai opportunamente nel *post scriptum* alla sua relazione M. GRAZIADEI, *Climate change litigations*, cit., § 10, la sentenza della Corte europea dei diritti umani *Klimasenioreninnen* (retro, nota 18) imporrà di rivedere in eventuale sede di appello la tesi sul difetto di giurisdizione.

(50) Questo argomento non viene esplicitato fino in fondo come accade nel testo. Dire che il clima sia *political question* e pertanto necessiterebbe di *judicial restraint* vorrebbe lasciar passare come ovvio ciò che ovvio non è affatto.

b) l'azione "climalterante" non costituisce illecito civile, poiché è l'effetto di attività industriale lecita, esercizio della libertà costituzionale di impresa (art. 41 cost.); né può considerarsi illecita l'attività dello Stato, in quanto la potestà legislativa — soprattutto in questa materia "biopolitica" e pur se vincolata dalle fonti internazionali in materia climatica — è sovrana;

b.1) i valori climatici sono soggetti a bilanciamento con una pluralità, pressoché tutti, di altri valori costituzionali: la qualificazione di illiceità, in questo contesto, costituirebbe un grave attentato ermeneutico e un'inammissibile lesione, in particolare dei principi di effettività, sostenibilità e democrazia;

c) se pure si dovesse ammettere, in base al diritto internazionale (o, ove vi sia, a disposizioni legislative di diritto nazionale), un dovere delle imprese di vigilare sulle proprie condotte climalteranti (51), tale dovere:

c.1) non concreterebbe un'obbligazione verso l'intera umanità, rappresentata in giudizio in base ai meccanismi di un'azione popolare per la quale manca ogni fondamento legislativo e pratica attuabilità (pericolo di *forum shopping* globale, sostanziale inapplicabilità della *res iudicata*) (52);

c.2) non sarebbe sufficiente a giustificare la qualificazione come illecito aquiliano delle azioni condotte in violazione del suddetto dovere, poiché la loro dannosità dipende dal nesso causale tra

azione del convenuto e alterazione del clima, sul quale non incide l'assenza di vigilanza (poiché non è possibile dimostrare la dannosità *ex se* della condotta del convenuto);

c.3) ove il dovere di vigilanza esista, esso andrebbe bilanciato con la libertà di impresa; si ridurrebbe quindi alla predisposizione di documenti e programmi da parte dell'impresa (53), senza che sul loro contenuto gli attivisti climatici possano effettuare un sindacato di merito;

d) è impossibile attribuire alle emissioni di un'impresa (54), per quanto grande, le conseguenze del cambiamento climatico e ciò perché:

d.1) il contributo di ciascun emittente è infinitesimale: sì che, anche se egli (il convenuto in giudizio) cessasse l'attività (in ipotesi dannosa), non cesserebbe l'alterazione del clima;

d.2) il cambiamento climatico è frutto di una concatenazione complessa di comportamenti umani e cause naturali, tali che l'apporto di ciascuna è indiscernibile;

d.3) il cambiamento si compie su scale temporali ultrasecolari, sì che l'apporto causale di ogni azione, presente passata futura, è incalcolabile;

d.4) in ogni caso — alla certezza della non essenzialità dell'apporto individuale dell'azione imputata al convenuto e all'incertezza sui meccanismi di causazione di un evento catastrofico complesso e scandito su tempi estesi per secoli — si aggiunge una ulteriore assenza di conseguenze immediate e dirette dannose sugli attori: ad essere incisa non è la loro personalità né il loro patrimonio, ma unicamente l'aspettativa collettiva alla continuità fra le generazioni, a tutelare la quale è chiamato il diritto pubblico, non quello privato (se vi fosse lesione personale o patrimoniale diretta, si rientrerebbe nelle ipotesi di danno individuale da inquinamento ambientale, *sub a*);

d.5) per le medesime ragioni (complessità, interesse pubblico climatico) non è configurabile una causazione tra una scelta politica statale e l'alterazione mondiale del clima;

e) il danno climatico è praticamente indefinibile e pertanto giudizialmente irrisarcibile e individualmente irrimediabile (nel senso che nessun soggetto giuridico, individualmente considerato, convenuto in giudizio, potrebbe rimediare); in particolare:

e.1) la regola della solidarietà dell'obbliga-

Ossia: che esista una chiara linea di demarcazione tra questioni politiche e questioni giuridiche (mentre non esiste); che questa sussunzione di una questione sotto la politica o il diritto sia un'operazione preliminare compiuta per ogni attività umana (e invece non accade); che esistano materie giuridiche unicamente nelle mani del potere politico, cioè che il diritto su di una materia politica sia soltanto legislativo, quindi sempre in mano al potere politico che della legge si è impadronito; che le leggi poste a regolare il clima (clima che di quelle leggi se ne infischia) non siano suscettibili di interpretazione analogica né di costruzione sistematica (tanto varrebbe dire che il clima è diritto eccezionale — e ciò neanche sarebbe sufficiente per tutti, stante la posizione sulla applicabilità analogica delle norme eccezionali: P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*², Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2004, 13 ss.); e che, quindi, meno che mai si possa parlare di applicazione di principi climatici conformativi del diritto privato regolare. Insomma, il clima sembra essere una questione di polizia, qualcosa dalla quale tenere lontano l'iniziativa popolare, le organizzazioni non governative, le azioni individuali e il potere giudiziario.

(51) Qui il riferimento vale soprattutto per la dottrina francese: B. PARANCE e J. ROCHFELD, *Discussions sur les conditions des actions en conformité au devoir de vigilance. A propos de l'ordonnance du tribunal judiciaire de Paris du 6 juillet 2023*, in JCP, 2023, n. 46, 1980 ss.

(52) S. VINCRE e A. HENKE, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, in *BioLaw Journal*, 2023, n. 2, 137 ss.

(53) Tribunal Judiciaire de Paris 6 luglio 2023, in *dalloz-actualite.fr* (PARANCE e ROCHFELD, *loc. cit.*).

(54) C. PORTIER, *Le contentieux climatique en droit français: quel(s) fondement(s), quelle(s) responsabilité(s)?*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2020, n. 45, 465 ss.

zione risarcitoria condurrebbe a conseguenze irragionevoli: chiunque viva, emette CO₂ e pertanto chiunque potrebbe essere chiamato in giudizio a risarcire l'intera somma (somma per di più praticamente indefinibile) e l'esercizio dell'azione di regresso sarebbe sostanzialmente impossibile, per l'insuperabile difficoltà di prova della quota di emissioni di ciascuno;

e.2) chiamare in giudizio soltanto gli emettitori maggiori (attualmente: le maggiori imprese produttive di energia fossile, le cosiddette *carbon majors*) non avrebbe base giuridica, poiché la causazione resta collettiva e indiscernibile — ed in ogni caso anche i maggiori non incidono che per minime percentuali;

e.3) del pari non sarebbe consentito invocare il risarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.), poiché il risarcimento prevederebbe l'inversione del cambiamento climatico ad opera del solo convenuto, il che è impossibile;

e.4) la richiesta di condanna alla riduzione delle emissioni da parte dell'attore privato sarebbe una inammissibile invasione della libertà di impresa, non riparazione specifica, ma conferimento di un potere di controllo che lederebbe le situazioni soggettive degli azionisti della società condannata a ridurre le emissioni;

e.5) il risarcimento in forma specifica, sia pure presentato come rimedio adeguato alla luce dei valori coinvolti, non avrebbe effetti sensibili per l'attore, poiché le conseguenze della riduzione delle emissioni sono incerte (incerto anche che le emissioni globali si riducano, essendo compensata la diminuzione di produzione di un'impresa da altre, operanti in Stati ove la liceità è garantita);

e.6) i metodi di calcolo della quota di emissioni di ciascuna grossa impresa secondo la cosiddetta scienza dell'attribuzione — pur se fossero fondati — sono giuridicamente inaccettabili: secondo tali metodi sarebbe possibile calcolare la percentuale di emissioni globali di ciascun emittente; pertanto, se una fonte di diritto internazionale impone la riduzione ai singoli Stati di un quantitativo di CO₂ entro un termine preciso, si potrà condannare l'impresa ad una proporzionale riduzione di emissioni: ma anche in tal modo la condanna tende a sovvertire il potere di controllo sull'impresa e non ha, a maggior ragione, effetto apprezzabile per l'attore in giudizio; ed in ogni caso, la responsabilità per quota di emissione presuppone una scissione dell'evento "cambiamento climatico" in una pluralità di eventi distinti, ciascuno per la rispettiva percentuale di emissioni di ciascuno — il che è evidentemente artificioso,

poiché nessuna singola azione ha efficienza causale e ancor meno ha individualità fisica, essendo l'effetto complessivo di tutta la CO₂ in atmosfera ad alterare il clima;

e.7) del pari non potrebbe accogliersi il criterio della responsabilità per quote di mercato (*market share liability*) (55): non è possibile separare le azioni e, per di più, la teoria della *market share liability* fu introdotta dalla giurisprudenza nordamericana per risolvere problemi di prova dell'identità del soggetto danneggiante (produttore di farmaci); in quel caso, comunque, l'azione di uno solo dei produttori è causa sufficiente del danno subito dal paziente; la teoria serve a superare l'incertezza sull'individuo concreto, non a conferire individualità ad un'azione (quella del singolo emittitore) che di per sé non avrebbe sufficiente efficienza causale (56);

e.8) il rimedio risarcitorio in forma specifica della condanna a ridurre le emissioni, pur se fosse giuridicamente ammissibile, sarebbe regolativamente inefficiente e pertanto inammissibile: la condanna a ridurre le emissioni, imposta ad una sola impresa o alle imprese di un solo Stato, non avrebbe alcun effetto reale di riduzione complessiva della CO₂ emessa nel pianeta. Di fatto la ridotta quantità di produzione dell'impresa condannata sarebbe riassorbita dal mercato con un incremento di produzione da parte delle imprese concorrenti, collocate in altri Stati; addirittura, le cose potrebbero peggiorare, poiché la diffusione di azioni risarcitorie e il corrispondente minor valore azionario delle società condannate costringerebbe le stesse ad abbandonare la sede nazionale e a spostarsi in nazioni con minore o scarsa sensibilità ecologica: è il fenomeno del cosiddetto *carbon leakage* (57).

5. *Gli argomenti a favore nella sovversione*

(55) L.L. PAGE, *Write This Down: A Model Market-Share Liability Statute*, in *Duke Law Journal*, 2019, n. 68, 1469 ss.

(56) Insomma: se molte case farmaceutiche producono un farmaco tossico e in una azione di classe è difficile ricostruire chi abbia preso il farmaco di quale impresa, è razionale ripartire su di loro il carico risarcitorio complessivo secondo le rispettive quote di mercato, *posto che ciascuna*, producendo il farmaco, *ha da sola causato un danno ad almeno uno* degli attori: il problema è solo di prova, non di causazione né di efficienza del rimedio. Nel danno climatico, invece, il problema non è certo identificare di chi sia l'anidride carbonica emessa da ciascuno dei convenuti (poiché essa si confonde in atmosfera), ma se e come ripartire il carico risarcitorio per un *illecito che ciascuna impresa da sola non potrebbe provocare*.

(57) POSNER e WEISBACH, *Climate change justice*, cit., 179.

infrasistemica di diritto correlativo. — Su questi problemi si dibatte appassionatamente e infiniti sono gli sforzi per superarli anche rispetto alla « polifunzionalità » della responsabilità civile (58). Un rovesciamento silenzioso (unica via dell'innovazione nel diritto è l'autosovversione infrasistemica mediante infiltrazione comunicativa, come prima chiarito) (59), attuato una sentenza alla volta, sarà possibile soltanto quando la disseminazione della catastrofe climatica costringa a mettere tra parentesi le fedi dogmatiche, ponendo una strategia teorica diversa. Anticipiamo i risultati:

a) la situazione soggettiva lesa dal cambiamento climatico è un *diritto trans-soggettivo non appropriativo*, diritto individuale fondato nel diritto oggettivo correlativo (sistema giuridico correlativo); il bene giuridico oggetto del diritto non appropriativo è ad *esperienza necessariamente collettiva*; sono tali i beni nei quali il criterio di qualificazione è determinato dall'assoluta prevalenza di valori ove il godimento individuale sarebbe un non senso: si può godere la proprietà da soli, non l'eguaglianza o la solidarietà. Il clima è il più inappropriabile dei beni inappropriabili (60): dire "il mio clima" sarebbe immane insensatezza (61);

a.1) la legittimità ordinamentale dei diritti trans-soggettivi non dipende dalla misura nella quale essi non siano incisi da atti politici dello

Stato, poiché la trans-soggettività non è un'area esistente soltanto se gli atti politici lo concedano o non la confinino (62); in altre parole: il contenuto di tutela del diritto trans-soggettivo discende direttamente dal dovere di effettività del diritto fondamentale costituzionale ad esperienza necessariamente collettiva — la qualità politica di un atto legislativo dello Stato non può intaccarne il contenuto, poiché tale qualità non costituisce riserva né sospensione della vigenza costituzionale;

a.2) la richiesta contro lo Stato di dichiarazione di ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.* non costituisce esercizio di un diritto soggettivo dei cittadini al corretto esercizio del potere legislativo (63); l'azione risarcitoria non reclama un diritto ad un contenuto specifico del provvedimento legislativo — e pertanto non consiste affatto nella rivendicazione di un potere popolare (esercitato per di più in via individuale con azione popolare) alla scrittura sussidiaria delle leggi in ruolo del legislatore inerte o negligente (64) — non è, in sostanza una sorta di paradossale giudizio petitorio volto ad ottenere un *atto* (ove la *res* sarebbe la legge desiderata — ancor peggio sarebbe discorrere di un giudizio volto ad ottenere una sentenza costitutiva che tenga luogo della legge non emanata), ma un giudizio riparatorio contro un'*attività* illecita accertata quando gli effetti di composi-

(58) M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Un droit privé pour le climat!*, in *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé?* diretto da M. HAUTEREAU-BOUTONNET e S. PORCHY-SIMON, Paris, Dalloz, 2019, 5 ss. Sulla polifunzionalità, autorevolmente, C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento (Saggi sulla responsabilità di diritto civile)*, Torino, Giappichelli, 2021, 251 ss.; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2017, 4 ss.

(59) G. TEUBNER, *Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2008, n. 29, 9 ss.; P. FEMIA, *Infrasystemische Subversion*, in *Kritische Systemtheorie* a cura di M. AMSTUTZ e A. FISCHER-LESCANO, Bielefeld, Transcript, 2013, 305 ss.; A. FISCHER-LESCANO, *Postmoderne Rechtstheorie als kritische Theorie*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2013, n. 61, 179 ss.; A. FISCHER-LESCANO e K. MÖLLER, *The Struggle for Transnational Social Rights*, in *Transnationalisation of Social Rights* a cura di A. FISCHER-LESCANO e K. MÖLLER, Cambridge, Intersentia, 2016, 11 ss.

(60) J. ROCHFELD, *Justice pour le climat! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*, Paris, Odile Jacob, 2019, 81 ss.; sull'inappropriabilità P. CRÉTOIS, *La part commune. Critique de la propriété privée*, Paris, Éditions Amsterdam, 2020, 171 ss.

(61) Punto colto con precisione da V. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, in *DPCE-online*, 2023, n. 58, 669 ss.

(62) Trib. Roma 26 febbraio 2024, cit., nega a fronte di atti politici la sussistenza di « interessi soggettivi giuridicamente tutelati »; ben diverso se si riconoscesse trattarsi di diritti trans-soggettivi costituzionalmente fondamentali.

(63) Cass. 17 aprile 2009, n. 9147; Cass. 22 novembre 2016, n. 23730; Cons. St., sez. III, 6 settembre 2023, n. 8188. Una riflessione critica in F. SOLURI, *Qualche spunto di 'ragionevole' riflessione in tema di responsabilità del legislatore: The King can do no wrong?*, in *federalismi.it*, 2021, n. 24, 198 ss.

(64) È innegabile che la diffusione della tutela costituzionale diretta dei diritti anche contro l'inerzia dei poteri statali produca il pericolo di perdita della imparzialità della funzione giurisdizionale, poiché i giudici sono qui chiamati a tutelare i cittadini contro lo Stato, cioè contro l'indirizzo politico di maggioranza tradotto in atti normativi (rinviando alle sensibili e colte valutazioni di R.G. CONTI, *Atto politico vs giustizia "politica". Quale bilanciamento con i diritti fondamentali?*, in *giustizia-insieme.it*, 2 novembre 2023). La riserva di difetto di giurisdizione per atto politico normativo non può essere usata senza motivazione specifica su perché quell'atto in quel conflitto sia politico (cioè su perché in quel conflitto il sindacato giurisdizionale dell'atto comporterebbe una invasione del giudice nella sfera politica, non dimenticando che tale invasione resta possibile in tutte le ipotesi di incostituzionalità, incluse quelle di sindacato diffuso mediante *Drittwirkung*). A non esistere non è il potere di reclamare tutela contro gli illeciti dello Stato perpetrati nell'esercizio della funzione legislativa (che è atto di sovranità popolare, ma non funzione sovrana *ex se*), ma il potere individuale di ottenere una legge favorevole.

zione delle pubbliche azioni e inazioni portino al pericolo di irreversibile ineffettività delle basi fisico-biologiche dei diritti fondamentali (non si chiede un atto legislativo, ma un'attività riparativa dell'inerzia);

a.3) l'azione aquiliana non implica quindi una richiesta di sostituire l'esercizio del potere parlamentare con l'azione popolare in sede civile, ma la condanna al rimedio contro l'intollerabilità costituzionale dello stato giuridico effettivo risultante dalla combinazione di politiche legislative (atti, esecuzioni, omissioni, inazioni) (65);

b) la lesione di un diritto trans-soggettivo ha *rimedi eterodestinati* (non acquisibili al patrimonio dell'attore in giudizio), volti all'inversione di cicli comunicativi sistematicamente distruttivi: l'*obbligazione rimediale* della lesione trans-soggettiva ha una logica sua propria, irriducibile al risarcimento dell'illecito aquiliano del "diritto irrelativo";

c) le discussioni sull'esistenza di un dovere di diligenza o di vigilanza delle imprese — se pure rappresentano un percorso interessante — non hanno nulla a che vedere con la funzione protettiva della responsabilità civile e ne possono addirittura compromettere l'effettività; la responsabilità non dipende dall'introduzione di nuovi doveri legislativi imposti alle imprese né dalla individuazione diretta di obbligazioni di diligenza climatica dai sistemi giuridici vigenti; dipende invece dalla qualificazione della ingiustizia del danno per lesione di diritti trans-soggettivi e dalla conseguente imputazione di responsabilità secondo categorie che, pur derivando dal diritto irrelativo, ne costituiscono l'adattamento di diritto correlativo secondo il loro fondo genealogico (66);

c.1) pertanto, ai fini della responsabilità civile, le discussioni sulla vigenza di un'obbligazione di diligenza in capo alle imprese e sulla sua estensione e azionabilità sono irrilevanti: anche senza doveri specifici, il dovere generico di *neminem*

(65) Questo spazio rimediale non può che essere coperto dalla responsabilità civile (adeguata alle categorie di diritto correlativo), la quale sola consente la flessibilità rimediale; la pretesa, avanzata talvolta, di configurare l'obbligazione rimediale dello Stato come obbligazione *ex lege* da atto lecito è segno di una non compiuta autoriflessione dell'ordinamento su sé stesso. Lo stesso si dica dell'argomento secondo il quale la responsabilità potrebbe essere soltanto interordinamentale (violazione statale del diritto europeo) e non infraordinamentale (violazione statale del diritto costituzionale). Nella vigente organizzazione plurale delle fonti questo sarebbe soltanto formalismo.

(66) Altrove si discute di necessaria evoluzione della responsabilità: C. THIBERGE, *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité (Vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, 561 ss.; ma le due tendenze possono convergere.

laedere e la lesione della situazione giuridica trans-soggettiva sono sufficienti a qualificare l'ingiustizia del danno;

c.2) il conflitto tra un preteso portatore di un credito di diligenza (attore-attivista climatico) e un debitore di diligenza (convenuto tenuto a: o a produrre documenti di programmazione climatica o a portarli ad efficacia o a consentire un sindacato di merito agli attivisti sulle politiche industriali) tradisce del tutto il senso del processo civile trans-soggettivo: non si tratta di accertare una pretesa inadempita e condannare al risarcimento (l'entità del quale è di fatto incalcolabile), ma di individuare un fatto ingiusto, farvi nascere un'obbligazione rimediale e collocare l'intero processo di qualificazione dell'illecito e di costituzione dell'obbligazione rimediale (*ex art. 1173 c.c.*), ma non si può dire più: risarcitoria nell'ambito di un più ampio ciclo giuridico di ausilio alla ricomposizione sociale (67), ancora una volta recuperando in ciò il fondo genealogico della responsabilità civile;

c.3) non hanno rilievo qui questioni di individuazione del diritto applicabile (68) né il rischio di scelta della corte compiacente o di conflitto di giudicati: la trans-soggettività climatica non ha luogo né tempo, ma il processo che in nome dei diritti trans-soggettivi è attivato deve necessariamente avere un luogo e un tempo, sì che:

c.3.a) *in materia di diritti trans-soggettivi globali esiste un dovere internazionale di cooperazione giudiziaria nell'attuazione del diritto oggettivo correlativo*, dovere fondato su di una consuetudine internazionale formatasi nella *climate change litigation* (69);

(67) Riprendendo liberamente il lessico (in questo caso: luhmanniano) adoperato da S. MEDER, *Schadensersatz als Enttäuschungsverarbeitung: zur erkenntnistheoretischen Grundlegung eines modernen Schadensbegriffs*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, 140 ss., si potrebbe dire che la responsabilità civile mantiene nei consociati l'aspettativa della possibilità di avere esperienza di diritti fondamentali.

(68) Sulle quali M.-P. WELLER, L. NASSE e J. NASSE, *Klimaklagen gegen Unternehmen im Lichte des IPR*, in *National, International, Transnational: Harmonischer Dreiklang im Recht. Festschrift für Herbert Kronke zum 70. Geburtstag* a cura di C. BENICKE e S. HUBER, Bielefeld, Gieseking, 2020, 601 ss.

(69) Se tale consuetudine fosse rispettata nel diritto globale si potrebbe superare il *topos* conservatore, secondo il quale, a) siccome una restrizione all'iniziativa economica in nome di diritti umani non può mai riguardare solo alcuni ordinamenti (perché le imprese si sposterebbero in quelli "canaglia" o comunque le imprese già ivi operanti sarebbero favorite contro le imprese soggiogate al rispetto di più rigorosi standard di umanità) e b) tale instaurazione globale non può avvenire mediante innovazioni legislative o scientifiche introdotte soltanto in alcune nazioni, segue c) che non

c.3.b) il diritto applicabile è quello del luogo ove ha sede *reale* l'impresa — ma trattandosi di diritto correlativo, la scelta dell'ordinamento giuridico chiamato a disciplinare la questione non è così importante: tutti i sistemi giuridici devono essere trasfigurati allo stesso modo, poiché tutti esposti alla stessa funzione di adattamento necessario, derivante dal condizionamento fisico-biologico e dal conseguente mutamento nelle forme dell'autopoiesi sociale mediante regolazione molecolare delle condotte;

c.3.c) il luogo è la sede *reale* dell'impresa, poiché il giudizio di responsabilità è orientato non al risarcimento ma al rimedio, quindi alla costituzione di un'obbligazione non collegata al ripristino di una situazione soggettiva anteriore alla lesione, ma all'azione favorevole al miglioramento delle condizioni di vita generale, di una situazione oggettiva (clima) tutelata mediante agentività trans-soggettive; il criterio di collegamento, individuato mediante applicazione diretta dei principi di diritto costituzionale transnazionale, è la prescrizione di effettività del rimedio climatico: là dove sono assunte le decisioni reali dell'impresa (o comunque dell'agente imputabile) danneggiante, là deve essere applicato il diritto della sede, poiché è quello che meglio di ogni altro può condurre ad effetto il principio transnazionale di obbligazione climatica (70); nel danno climatico il centro assiologico della disciplina non è la protezione del danneggiato che non si arricchisce (nel senso che non si appropria di utilità) mai individualmente delle conseguenze favorevoli dell'esercizio dell'azione giudiziale: centro assiologico non è infatti

si possono incrementare i limiti umanitari (figurarsi quelli climatici) all'attività di impresa. Naturalmente l'argomento non è mai presentato in una forma così brutale, ma cfr. G. WAGNER, *Tort Law and Human Rights*, in *Transnational Legal Activism in Global Value Chains. The Ali Enterprises Factory Fire and the Struggle for Justice* a cura di M. SAAGE-MAAR, P. ZUMBANSEN, M. BADER e P. SHAHAB, Cham, Springer, 2021, 218 ss.

(70) Siamo consapevoli che la *Drittwirkung* transnazionale e internazionalprivatistica dei criteri di collegamento apparirà forzata a più di qualcuno. La forzatura sarebbe tale, tuttavia, solo se si restasse entro l'orbita del diritto irrelativo. Ad ogni modo, l'applicazione analogica (non diretta, data la diversità tra danno climatico e ambientale) dell'art. 7 del Reg. UE, n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (cosiddetto Roma II) consente di collegare la controversia alla legge del luogo nel quale è stato commesso l'illecito aquiliano. Sul punto cfr. S. DE VIDO, *Il lato « privato » della climate change litigation, ovvero dell'applicazione dell'art. 7 del regolamento Roma II a ricorsi di privati contro imprese transnazionali per emissioni di CO₂*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 4 (2023), 1012 ss.; ID., *The Privatisation of Climate Change Litigation: Current Developments in Conflict of Laws*, in *Jus Cogens*, 6 (2023), 65 ss.

la riparazione del confinamento della sfera soggettiva (la sfera di un individuo isolato, leso nei diritti appropriativi, patrimoniali e non, dei quali si proclami titolare), ma l'esigenza oggettiva di effettuazione del valore climatico, cui il titolare trans-soggettivo offre un canale di realizzazione normativa;

c.3.d) non può esservi conflitto di giudicati, poiché il diritto trans-soggettivo non è un diritto proprio dell'attore né da lui appropriabile; l'esercizio dell'azione da parte di uno verso un convenuto, consuma la legittimazione ad agire di chiunque altro (ma non esclude la possibilità di intervento nel processo instaurato);

d) la causazione dell'illecito trans-soggettivo non soggiace al dettato dell'art. 1223 c.c. né ai criteri dogmatici conseguentemente elaborati (equivalenza o adeguatezza causale) (71), poiché tutti ispirati alla tutela del soggetto che agisca per la lesione di una situazione soggettiva appropriativa determinata da un danno (*infra, sub e*) (72); causare una lesione trans-soggettiva significa, qui più che mai, vagliare la ragionevole effettività dell'imputazione al soggetto di un'obbligazione rimediale, secondo il principio di proporzionalità, che costringa a contribuire all'inversione del ciclo distruttivo chi abbia cooperato alla produzione del pericolo di una catastrofe;

e) il *danno climatico* è catastrofe, infinitesimale, incrementale: *catastrofe* (e non *catastrofico*), poiché preannuncia una catastrofe (e il conseguente collasso normativo) (73), ma nell'oriz-

(71) Sull'adeguatezza come criterio causale, criticamente, M. KAUFHOLD, *Hypothetische Kausalität und Kontrakt. Eine interdisziplinäre Analyse zur Beachtlichkeit von Reserveursachen im zivilen Schadensrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2022, 84 s. Una riconsiderazione molto acuta dell'adeguatezza — la quale, di là dalle scelte qui compiute troviamo molto consonante — in N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, Giappichelli, 2022, 294 ss.

(72) Il punto di riferimento critico è, ovviamente, G. WAGNER, *Klimabaftung vor Gericht*, cit., 52 ss. Sulla questione è appena apparsa un'ampia monografia di E.V. FISCHER, *Kausalität im Klimaschutz. Zur Individualzurechnung von Klimafolgen an Unternehmen*, Baden Baden, Nomos, 2024, la quale poco coraggiosamente resta ferma alle tesi tradizionali sull'adeguatezza, considerando risarcibili unicamente le emissioni cosiddette *Scope 1* (praticamente, il nulla): *ivi*, 308 ss. Una visione molto diversa in J.-E. SCHIRMER, *Klimabaftung und Kausalität - und es geht doch!*, in *JZ*, 76 (2021), 1099 ss. e poi, in forma più argomentata, in ID., *Nachhaltiges Privatrecht*, cit., 178 ss.

(73) Il punto centrale per un giurista è non pensare alla catastrofe come ingiustizia irrimediabile, poiché ciò muove soltanto verso atteggiamenti entrambi inadeguati, ovvero la negazione e il nichilismo: L. ROSS MEYER, *Catastrophe: Plowing Up the Ground of Reason*, in *Law and Catastrophe* a cura di A. SARAT, L. DOUGLAS, M. UMPHREY, Stanford, Stan-

zonte della sua ancora possibile evitabilità (74); *infinitesimale*, poiché si produce per incrementi individualmente considerati minimi; *incrementale*, poiché l'accumulazione progressiva degli incrementi (per tempi molto lunghi dal punto di vista soggettivo, brevissimi dal punto di vista geologico) produce il pericolo dell'estinzione della vita;

e.1) il danno climatico è *appropriatamente irrisarcibile*, sia per equivalente (equivalente a cosa?) che in forma specifica (quale individuo ripristinerà il clima, e come?) e *trans-soggettivamente rimediabile*: la sua natura incrementale (opera infinitesimale di una incalcolabile serie di emettitori di CO₂) rende inapplicabile il criterio della solidarietà risarcitoria (art. 2055 c.c.), palesemente ispirato al principio di protezione delle aspettative appropriate di soddisfazione della vittima, esigenze qui inesistenti;

e.2) il rimedio non è orientato alla ricostruzione di un patrimonio aggredito, ma alla inversione di un ciclo sistemicamente distruttivo: *infinitesimale* l'azione individuale dell'emittente, *proporzionale* l'obbligazione rimediabile cui è condannato.

Possiamo quindi lasciare da parte i tentativi, sia pur generosi e ricchi di sottigliezze argomentative, che hanno cercato di aggirare gli argomenti prima rappresentati (*supra*, § 4), strategie con le quali gli attivisti climatici hanno provato a superare gli ostacoli dogmatici e processuali posti alle loro richieste risarcitorie. Prima fra tutte, la rivendicazione strumentale di un diritto leso. Si osservano così imprenditori agricoli che lamentano danni alle proprie colture, cittadini residenti in zone devastate da eventi meteorologici estremi che chiedono riparazione per i danni o risarcimento per danno da *metus*, danno da timore di ammalarsi o di vedere distrutto il futuro della propria discendenza (75); l'invocazione di studi scientifici sulla

ford University Press, 2007, 19 ss., la quale vede nella catastrofe l'apertura trasformativa dell'esperienza del normativo.

(74) Ovviamente "catastrofale" è in accezione diversa da quella corrente nella valutazione del danno da morte. Le elaborazioni sul *rischio* quale strumento di razionalizzazione delle istituzioni mediante autoapprendimento (K.-H. LADEUR, *Das Umweltrecht in der Wissensgesellschaft: von der Gefabrenabwehr zum Risikomanagement*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, 69 ss.; S. MEDER, *Risiko als Kriterium der Schadensverteilung*, in *JZ*, 1993, 539 ss.) sono inapplicabili al danno climatico. L'orizzonte temporale dilatato della catastrofe climatica consente di comprenderla unicamente mediante la percezione del *pericolo*, cioè nella insuperabile incertezza. Discorrere di rischio climatico è possibile soltanto per prospettive di breve o medio periodo (ad esempio rischio climatico finanziario o assicurativo).

(75) Analisi molto dettagliata sul danno da paura di

misurazione delle quote di carbonio emesse dal convenuto; chiamate in giudizio contro lo Stato colpevole di non fare leggi adeguate o di tardare eccessivamente obblighi internazionali (fatti individuati come lesivi di un diritto soggettivo *proprio* dell'attore).

È tempo di prendere coscienza che il problema non sia affannarsi a trovare un nesso causale tra catastrofe climatica e patrimonio (anche soltanto ideale) dell'attore in giudizio, ma invece evadere dalla prigione appropriativa nella quale la teoria dei diritti soggettivi privati si è chiusa da quando, progressivamente a partire da oltre due secoli fa, il diritto *civile* è scomparso, oscurato dal diritto *privato*, povera creatura del diritto pubblico (76). Non serve affatto replicare i consueti distinguo sulla dicotomia diritto pubblico e privato, della quale si discorre accademicamente all'infinito, senza che ciò abbia aiutato finora i civilisti ad assumere nuovamente la responsabilità sociale di portare legalità civile, solidale e costituzionale nella produzione privata di beni pubblici e nella estrazione — altrettanto privata e pur se effettuata dietro il paravento delle concessioni amministrative — di risorse naturali.

Forse fin troppe speranze sono state riposte in strategie alternative, come la soggettivazione della natura (77) e la postulazione di diritti delle generazioni future (in senso tecnico-giuridico, non meramente filosofico-politico) (78), questi ultimi ravvivati da una assai celebrata sentenza del *Bun-*

ammalarsi in A. PISANI TEDESCO, *Strumenti privatistici per la sostenibilità ambientale e sociale*, Torino, Giappichelli, 2024, 90 ss.

(76) Non c'è spazio per argomentare adesso questa tesi. In sostanza, la concentrazione del potere statale nell'età moderna e la nascita di un diritto a sua immagine (e privilegio), ha fatto perdere allo *jus civile* la sua vocazione di struttura della costituzione sociale; ne è risultato un diritto residuale, consentito dal potere statale che si impadronisce di ciò che è pubblico e degli spazi di azione collettiva, potere statale che con le codificazioni pretende addirittura di essere la fonte del diritto privato, espropriando la società della sua competenza regolativa (anche se non avanza questa tesi, un punto essenziale di partenza in B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020). Un diritto *privato*, *de-privato* appunto della sua forza costituente, ridotto a raffinata matematica dell'accumulazione capitalista di profitti individuali: per questa via il Capitalocene (*supra*, nota 8) tende finalmente a distruggere l'ambiente e sé stesso, insieme all'umanità, convinto di poter diffire all'infinito le proprie infinite responsabilità, politiche, morali e adesso anche giuridiche.

(77) Uno studio intelligente in argomento è R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano-Udine, Mimesis, 2018, 111 ss.

(78) Da una prospettiva filosofica, incisivamente, A. PISANO, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi*

desverfassungsgericht (79), non sempre adeguatamente compresa, e della quale conta principalmente l'introduzione del concetto di « interferenza anticipata » (*eingriffsähnliche Vorwirkung*) nella lesione di diritti fondamentali (80). Discutere adesso di diritti della natura in tribunale o di diritti delle generazioni future o di danno transgenerazionale (81), benché interessante e meritevole, pregiudicherebbe il senso del percorso appena delineato, e bisogna rinunciare (82).

6. *La cattura del regolatore. Articolazione politica del falso e processo civile come luogo di verità scientifica. Responsabilità civile e coesione sociale.* — Molta letteratura in argomento sembra trattare gli attivisti climatici con la comprensione riservata a bravi ragazzi che si battono per una causa giusta con mezzi sbagliati. Il loro rumore in tribunale è interpretato come rivolto all'esterno, all'uditorio politico. Esistono invece ottime ragioni per pensare diversamente: non si tratta di limitarsi a registrare il plusvalore politico della *litigation* strate-

climatici europei, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2022, 80 ss. e 267 ss.

(79) BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18.

(80) Avverte opportunamente che il concetto di interferenza anticipata conferisce un diritto di agire ai presenti in proprio e non in rappresentanza dei futuri CONTE, *Per una teoria civilistica*, cit., 681 s.; cfr., inoltre, D. PORENA, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Riv. AIC*, 2023, n. 3, nonché le riserve di C. CALLIES, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG): Aufwertung des Staatsziels des Art. 20a GG und intertemporale Freiheitsicherung als neues Grundrecht auf Klimaschutz?*, in *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, 2023, n. 146, 1 ss. (24); naturalmente non sono mancate le dotte bocciature della sentenza, che le imputano l'essere inammissibile modifica (*Verfassungsänderung*), non integrazione (*Rechtsfortbildung*) della Costituzione: M. POLZIN, *Menschenrechtliche Klimaklagen: Kreative Justiz und überforderte Grundrechte: Zugleich eine Anmerkung zum Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 2021, 1089 ss.

(81) É. GAILLARD, *Le dommage. Pour la reconnaissance juridique du dommage transgénérationnel*, in *Quelle responsabilité juridique envers les générations futures?* diretto da J.P. MARKUD, Paris, Dalloz-Sirey, 2012, 245 ss.

(82) Di generazioni future quale compito dello Stato, con espressioni magnifiche, parla Rudolf von Jhering nel terzo volume del suo *Spirito del diritto romano*, pur negando che sia configurabile un diritto soggettivo: R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, 1, 1. Auflage, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1865, 338 s. Per una analisi dettagliata di questo passo, anche in confronto con le successive edizioni, FEMIA, *Sentimento e moltitudine*, cit., 202 ss.; A. D'ALOIA, *Generazioni future (dir. cost.)*, in questa *Enciclopedia*, Annali, IX, 2016, 331 ss. e spec. 367 s., ove una puntuale ricostruzione della posizione jheringiana sugli effetti passivi dei diritti. Cfr., inoltre, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Profili giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli, 2008, 118 ss.; G. PALOMBELLA, *Ragioni di giustizia, diritti e generazioni future*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2007, 1 ss.

gica né di approfondirla qui dal punto di vista della teoria generale (83), ma di riconoscere che il concorso dell'attivismo giudiziale è essenziale per l'efficienza regolativa della crisi climatica, essendo l'unica risposta sistemica immaginabile ai deficit strutturali rivelati dal sistema giuridico attuale, sostanzialmente paralizzato tra tattiche ed opportunismi (84). Ripetere ossessivamente che questo contrasterebbe con il principio della separazione dei poteri significa non capire affatto cosa sia davvero questa separazione: applicare formalisticamente, assolutisticamente, un principio (85) significa fare del totalitarismo giuridico e politico.

Realismo, appunto. Non vi è alcuna reale possibilità di rimediare al cambiamento climatico per via soltanto legislativa. Ciò per un dato strutturale degli attuali sistemi politici, un fenomeno noto come *cattura del regolatore* (86). Si discorre di cattura del regolatore per indicare fenomeni nei quali un'agenzia regolativa (ad es. un'autorità di governo del mercato) si trova in condizioni di inferiorità rispetto al soggetto che dovrebbe regolare (ad esempio una multinazionale dalla quale dipende il destino economico dell'area dell'agenzia regolativa). In questa condizione di debolezza strutturale il regolatore finisce per privilegiare gli interessi privati dei regolati piuttosto che gli interessi pubblici. Il fenomeno si produce in forme analoghe anche in altri ambiti della formazione dell'opinione e delle scelte pubbliche (87). Qui non interessa il dibattito generato all'interno della teoria economica della regolazione, basti conside-

(83) A. GRASER, *Strategic Litigation — oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann*, in *Rechtswissenschaft*, 2019, n. 3, 317 ss. Evidenzia, con la consueta intelligenza, i limiti della *litigation* strategica, A. FISCHER-LESCANO, *From Strategic Litigation to Juridical Action*, in *Transnational Legal Activism in Global Value Chains*, cit., a cura di SAAGE-MAAB, ZUMBANSEN, BADER e SHAHAB, 299 ss.

(84) In tal modo il potere giudiziario, senza avere le chiavi dell'unica verità, coopera nel mantenere aperti i meccanismi di tutela dei diritti fondamentali, quando altri poteri si irrigidiscono per inerzia istituzionale: M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2008, 228 ss.

(85) Insistiamo su questo pericolo sin da P. FEMIA, *Interessi e conflitti nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1996, 516 ss.

(86) G.J. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 1971, n. 2, 3 ss.

(87) Si discorre, ad esempio, di comunità epistemiche per indicare gruppi di esperti e professionisti che finiscono per preservarsi a vicenda, condividendo scelte, valori e politiche di fondo, di là dalla competizione interna: J. BRAITHWAITE e P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 501 ss.

rarne il valore esemplare nello studio della strutturale iniquità politica della regolazione unicamente legislativa del fenomeno climatico, esempio grave quanto mai della « tragedia della mercificazione » (88).

Gli interessi climatici delle generazioni future si distendono su di un arco temporale di decenni o di secoli, gli interessi elettorali degli esponenti di partito sono invece legati all'orizzonte delle prossime scadenze elettorali, spesso pochi mesi. Le scelte regolative impongono sacrifici alle generazioni presenti in nome di quelle future; redistribuire, togliendo benefici ai propri potenziali e immediati elettori a vantaggio di soggetti ancora non esistenti è una strategia elettorale perdente (89). Certo, potrebbe mutare le cose la progressiva incidenza degli interessi ambientali nella comunicazione sociale; ma non appena si passi dalle retoriche sul salvare il pianeta e si discuta di restrizioni legislative, troppo forte per il politicante populista di turno è la tentazione di nascondersi furbescamente dietro differimenti fumosi, scetticismi ignoranti ben declamati, diversioni opportunistiche, falsità ben distribuite. Chi voglia discorrere elegantemente e in astratto di separazione dei poteri dovrebbe considerare la realtà del processo legislativo. Non c'è teoria della legislazione senza realtà della sua produzione testuale.

In questo contesto gli interessi climatici sono in condizione di insuperabile *vulnerabilità strutturale* rispetto agli interessi di breve periodo, sempre avvantaggiati dal ciclo politico elettorale. La legislazione riflette questo stato di cose (che si riproduce a livello internazionale). Qui si comprende la necessità dell'intervento del potere giudiziario, il quale, essendo indipendente dai cicli elettorali (o, ad essere cinici, essendone molto, molto meno dipendente), ha la specifica funzione di riequilibrare la capacità dei due interessi di entrare nei contenuti regolativi.

Forse non tutta la Politica — intesa come sfera

(88) P. DRAHOS, *Responsive Science*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2020, n. 16, 327 ss.

(89) Il punto è studiato con attenzione nella scienza politica, ove si discorre di *short-termism*: A.M. JACOBS, *Policy Making for the Long Term in Advanced Democracies*, in *Annual Review of Political Science*, 19 (2016), 433 ss.; interessante il collegamento istituito tra il "brevitermismo" e la dogmatica dei diritti fondamentali, la quale dovrebbe considerare l'attivismo comunicativo climatico come funzione costituzionale di riequilibrio della carenza strutturale dei sistemi politici democratici dovuta al "pregiudizio presentista" (*presentist bias*). Sul punto cfr. S. BEHRENDT, *Der Klimaaktivismus im Lichte von Grundrechts- und Demokratietheorie*, in *Klimakrisenrecht* a cura di HELLWEGE e WOLFF, cit., 145 ss. (155 s.).

dell'agire in momenti politici, in momenti di ridefinizione categoriale e di potere (90) — ma la comunicazione politica dei partiti, è divenuta « l'articolazione sociale del falso » (91). In questa articolazione di narrazioni distorsive, dove alcuni interessi divengono personaggi e tolgono voce ad ogni altro, si coglie il senso del trasferimento di funzioni politiche (non alla magistratura, ma) all'agire nel processo. Il processo, ben più che il Parlamento, è una istituzione vincolata alla ricerca di verità.

Non si deve sottovalutare il pericolo sociale dei giudizi civili climatici: ma tale non è la lesione della separazione dei poteri, essendo null'altro che sostituzione sussidiaria di una mancata iniziativa regolativa. Il pericolo vero è dato dai meccanismi di semplificazione e opposizione binaria del processo: si mette all'opera una potente strategia di vittimizzazione nella quale chi agisce per primo occupa per sé il confortevole posto del querelante (colui che si lamenta chiedendo) e conviene in giudizio qualcuno, imputandogli una colpa, separando la sua colpa dalla complessità delle cause, delle azioni nelle quali — dal punto di vista morale — siamo tutti complici. Lo saremo pure, reagisce l'avvocato, ma in misura diversa. E quella diversità sostanzia diritto e torto. Per evitare che il processo divenga l'arena dei furbastri (più di quanto non sia stato nella sua storia millenaria) in nome del popolo, occorre una robusta comprensione del senso della trans-soggettività.

Nei processi nei quali l'azione è intesa alla tutela dei diritti trans-soggettivi l'*esigenza di verità scientifica* è — in uno con la *vulnerabilità strutturale* dell'interesse rispetto al ciclo politico — il punto di *legittimazione dell'azione* — altrimenti la postulazione di un diritto trans-soggettivo diverrebbe la pretesa (inammissibile) ad imporre alla collettività il proprio punto di vista, oppure (peggio ancora) trasformerebbe il processo nel luogo ove la dialettica politico-culturale si trasforma in un duello con un vinto e un vincitore per sempre. Non esiste un diritto allo stato del mondo gradito all'individuo. Esiste il diritto (*individuale*, non appropriativo) al rimedio contro stati del mondo gravemente dannosi *per tutti* sulla base di una verità scientifica (verità nel tempo correlativo della

(90) Nel senso che non sarebbe corretto discorrere di sistema politico, ma di momenti politici interni a ciascun sistema, P. FEMIA, *Against the 'Pestilential Gods'. Teubner on Human Rights*, in *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, 2011 (40), 260 ss.

(91) G. AGAMBEN, *Teatro e politica* (nella sua rubrica *Una voce*, 19 gennaio 2024), in *quodlibet.it*.

socialità — una sentenza passata in giudicato con il sistema tolemaico non farebbe stato, senza bisogno di revocazione, quando sia affermato il sistema copernicano). Verità si intende in senso più esigente rispetto al consueto problema della verità processuale o ai rapporti tra giudizio storico e giudizio nel processo (92). La verità nei processi trans-soggettivi è il luogo della legittimazione ad agire. Il fatto scientifico dedotto in giudizio come costitutivo di un pericolo è il criterio sul quale misurare la consistenza e quindi l'azionabilità del diritto trans-soggettivo fatto valere in giudizio. Distinguere un diritto esercitato per il bene comune da un capriccio, o semplicemente una preferenza che si vorrebbe imporre a tutti, è possibile unicamente attraverso lo scrutinio giudiziale della fondatezza dell'azione e della reale natura collettiva del danno dedotto in giudizio, che soltanto una verità scientifica potrebbe fondare. Nel processo non si *fa* la scienza, ma la si *ascolta in contraddittorio*: in contraddittorio, autentica radice dell'eguaglianza, della dialettica, del pensiero e della democrazia (93), si raccolgono le voci degli esperti in un luogo (il processo) ove è possibile un ascolto non disturbato dall'eristica opportunista di demagoghi disgustosi e delle loro parole violente, dal loro vigliacco bisogno di indicare un nemico; un luogo ove il discorso pubblico non sia quell'articolazione sociale del falso e del rumore mediatico alimentata da politicanti tanto ciarlieri quanto ripugnanti.

Delineato lo sfondo istituzionale del problema, affrontiamolo adesso dal punto di vista teorico.

La prima questione è come servirsi delle categorie elaborate in tema di danno aquiliano, una volta che si sia presa coscienza del loro condizionamento fisico e biologico (94). Come fare un diritto correlativo con gli strumenti del diritto irrelativo?

La responsabilità civile è il terreno di elezione

(92) In luogo della pur meritoria letteratura specialistica, il miglior riferimento è C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*² (1991), Macerata, Quodlibet, 2020; Id., *Rapporti di forza. Storia, retorica, prova*² (1999), Macerata, Quodlibet, 2022.

(93) Se pur scontata, non meno necessaria, la citazione di P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico*, Padova, Cedam, 1954.

(94) Avverte che bisognerà «rivedere tutte le condizioni della responsabilità classica» per rispondere ai cambiamenti climatici ROCHFELD, *Justice pour le climat!*, cit., 122; S. PORCHY-SIMON, *Droit de la responsabilité civile et changements climatiques*, in *Le changement climatique, quel rôle pour le droit privé?* diretto da HAUTEREAU-BOUTONNET e PORCHY-SIMON, cit., 151 ss.

per queste operazioni. Essa è l'impianto giuridico elementare: reazione ad una ingiustizia e condanna alla riparazione (95). Non a caso è sempre possibile, senza perdere evidenza intuitiva, trasferire le categorie contrattuali nel lessico aquiliano (danno da contrattazione), ma non lo è l'inverso (come descrivere un illecito aquiliano in termini contrattuali? promessa obbligatoria implicita e reciproca di uno verso tutti di *neminem laedere*?). La responsabilità civile è il luogo ove si osserva direttamente la grammatica binaria delle interazioni sociali e del diritto civile. È soltanto da questa prospettiva che possiamo accedere ad una genealogia della dogmatica civilistica. Se, visto in superficie, l'illecito aquiliano appare come un (sotto)sistema discorsivo istituito per compensare la vittima, attribuendole risorse dopo aver accertato che abbia subito delle perdite (96), al suo fondo scopriamo che la responsabilità è innanzitutto un potente strumento per rigenerare una relazione sociale corrotta dal danno (97). La sua prima funzione è impedire la

(95) Coglie acutamente il punto, della necessità di «prendere atto della articolazione e della complessità delle tecniche attributive di tutela aquiliana», SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno*, cit., 15. Sollecitazioni ad un ripensamento provengono dal *common law*. Naturalmente non si tratta di un fronte unico — e le posizioni ricordate qui e nelle note seguenti sono talvolta in contrapposizione anche piuttosto netta — ma il dato comune è la riflessione sulla funzione profonda della responsabilità, lontana dalla fin troppo appesantita dogmatica ingiustizia-danno-nesso causale. Interessante, ad esempio, la *civil recourse theory*, secondo la quale il momento fondamentale è il potere di reagire al torto subito: B.C. ZIPURSKY, *Rights, Wrongs, and Recourse in the Law of Torts*, in *Vanderbilt Law Review*, 1998, n. 51, 1 ss. La teoria ha contorni fin troppo sfumati (ed è stata aspramente criticata da G. CALABRESI, *Civil Recourse Theory's Reductionism*, in *Indiana Law Journal*, 2013, n. 88, 449 ss.), ma Benjamin Zipursky ha voluto difenderla con molto vigore. Essa ha il merito di non lasciar cadere il *tort law* in una meccanica sussuntiva. Una teoria, si afferma nella sua presentazione più recente, pragmatista e costruttivista: J.C.P. GOLDBERG e B.C. ZIPURSKY, *Recognizing wrongs*, Cambridge, Harvard University Press, 2020, 263.

(96) Diverse finalità e lessico, ma comune il lontano tentativo di occuparsi della «base naturale» del danno, inteso come privazione di ragioni per agire, in FEMIA, *Interessi e conflitti*, cit., 402 ss. Lucida consapevolezza dei mutamenti funzionali dei giudizi aquiliani in M. BARCELLONA, *Per un bilancio a cinquant'anni dal sisma aquiliano*, in *Danno resp.*, 2022, 527 ss.

(97) Mutuando la partizione di un breve, denso studio di Guido Calabresi, la responsabilità civile opera su di un duplice livello: quello privato, dei conflitti ove una vittima subisce un danno e occorre individuare chi possa evitarne il verificarsi al minor costo; ed un livello pubblico, nel quale le categorie aquiliane operano ridefinendo la struttura fondamentale del diritto e delle interazioni sociali: G. CALABRESI e S. SMITH, *On Tort's Law Dualism*, in *Harvard Law Review Forum*, 135 (2022), 184 ss.; «Questo è ciò che intendiamo per i due livelli del diritto della responsabilità civile. C'è il

vendetta privata (funzione propria di tutto il diritto, ma che nella responsabilità trova il suo nucleo ideale) e favorire la rigenerazione della coesione sociale (98). Che tale rigenerazione avvenga mediante atti imperativi correttivi (condanna giudiziale al risarcimento) è funzione della organizzazione sociale patrimoniale e quindi della natura appropriativa dei diritti soggettivi lesi. Finché qualcuno si presenti in giudizio lamentandosi: è stata lesa la *mia* proprietà, la *mia* salute, persino la *mia* serenità, la logica appropriativa funziona benissimo; ma se qualcuno in aula dicesse: il *mio* clima (mio e di nessun altro), la bellezza del *mio* oceano... lo manderemmo a visita psichiatrica. La sua follia non risiede nell'avanzare richiesta di accertamento di una lesione di beni giuridicamente rilevanti, ma nel pretendere di appropriarsi delle conseguenze favorevoli di quella perdita. Il lavoro della dogmatica, nella transizione verso le categorie di un nuovo diritto oggettivo correlativo, si concentra nella scoperta genealogica del *fondo non appropriativo* delle categorie aquiliane e nella conseguente transizione della responsabilità alla *funzione rigenerativa dell'obbligazione rimediabile*, accertata mediante sentenza di condanna.

7. *I diritti trans-soggettivi*. — Le situazioni giuridiche soggettive sono concetti per pensare l'agire umano e agevolare il processo di applica-

microlivello — cioè, il livello del caso specifico — che è spesso, anche se non sempre, "privato" in un certo senso, e che è spesso, anche se non sempre, spiegato mediante il ricorso alla giustizia civile o il concetto di "illecito e risarcimento". Poi c'è il macrolivello — cioè, il livello della struttura complessiva — che è spesso, anche se non sempre, "pubblico" in un certo senso, e che è spesso, anche se non sempre, spiegato attraverso varie considerazioni strumentali, come la distribuzione del rischio o della perdita». Il dualismo — proviamo a commentare — è unicamente il riflesso della scissione storica della unitaria funzione rigenerativa, separata in cooperazione contrattuale ed extracontrattuale: la prima confina le interazioni sociali in una forma forzatamente binaria, la seconda no; e per tale ragione, nella sua genealogia aquiliana opera sempre la corrente generale della coesione mediante il diritto.

(98) Fondamentale J. GARDNER, *From Personal Life to Private Law*, New York, Oxford University Press, 2019, 164 s., il quale vede la funzione del *tort law* non nella ricostituzione dello *status quo ante*, ma nella instaurazione dello *status quo aliter*; in sostanza il danneggiato deve essere rimesso nel medesimo percorso di vita. Ciò ha portato taluni interpreti del suo pensiero ad una concezione del rimedio assai vicina alle esigenze della giustizia riparativa (G.C. KEATING, *Duty or Right? A Comment on John Gardner's From Personal Life to Private Law*, in *Jerusalem Review of Legal Studies*, 2017, n. 15, 164) o riparazione resiliente (E. ENCARNACION, *Two Standards of Repair: Restoration and Resilience*, in *Oxford Studies in Private Law Theory* a cura di P.B. MILLER e J. OBERDIEK, II, Oxford, Oxford University Press, 2023, 131 ss.).

zione del codice binario lecito/illecito proprio del sistema giuridico (99). La grande dicotomia pubblico/privato (100), per quanto indebolita da più voci in sede teorica sul piano oggettivo (101), resta tuttavia ferma nella sua declinazione soggettiva. La dottrina, piuttosto che indagare sulla configurabilità di situazioni soggettive private su beni comuni, preferisce torcere all'inverosimile la categoria degli interessi legittimi, attività che, per quanto meritoria, resta al di qua del problema, ovvero della configurabilità di spazi di azione popolare non espropriabili dalla logica dell'azione degli apparati del potere esecutivo (102). Spazi quindi di diritto civile, riservati alla cognizione del giudice civile.

La questione circa la configurabilità di diritti soggettivi privati collettivi è stata riaperta dal dibattito sui beni comuni, ma da tale dibattito anche fagocitata. È accaduto che alle critiche alla non sostenibile indeterminatezza della categoria non abbia fatto seguito un impegno teorico corrispondente. In tal modo la proposta risulta debole (103), ferma al piano della politica legislativa e di direttiva ermeneutica per la ricostruzione del diritto vigente, ma assai poco incidente sul processo civile. Legare la configurabilità di diritti privati non appropriativi alla questione circa la

(99) PERLINGIERI e FEMIA, *Nozioni introduttive*, cit., 112 ss.

(100) N. BOBBIO, *La grande dicotomia* (1974), in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1984, 145 ss.

(101) B. SORDI, *Verso la grande dicotomia. Il percorso italiano*, in *Quad. fior.*, 2016, n. 45, 193 ss.

(102) L'idea di un'azione popolare ex art. 24 cost. a tutela di diritti trans-soggettivi è stata convincentemente avanzata da CONTE, *Per una teoria civilistica*, cit., 676 ss.; cfr. anche A. ARAGÃO, e A.C. CARVALHO, *Taking access to justice seriously: diffuse interests and actio popularis. Why not?*, in *Environmental Law Network International Review*, 2017, n. 2, 42 ss. Alexandra Aragão ha postulato l'esistenza di una categoria di interessi diffusi, non ridicibili agli interessi privati né pubblici, definiti interessi « trans-individuali »: Id., *Les intérêts diffus, instruments pour la justice et la démocratie environnementale*, in *VertigO — La revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 22, 2015. Le considerazioni del testo potrebbero apparire eccessivamente diffidenti verso lo spostamento delle questioni climatiche e ambientali sul lato della giustizia amministrativa. Bisogna riconoscere che la proposta teorica della trans-soggettività dei diritti ha trovato nel pensiero di un colto e brillante ingegno del diritto amministrativo la sua più generosa ricezione: P.L. PORTALURI, *Per una vicinitas assiologica: cercando di accrescere la tutela processuale dei beni comuni*, in *Astrid online*, 5/2023, 1 ss.

(103) Incisivamente, G. PERLINGIERI, *Criticità della presunta categoria dei beni cosiddetti « comuni »*. Per una « funzione » e una « utilità sociale » prese sul serio, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 137 ss.; cfr., sia pure in altra prospettiva, R. MIGUEZ NÚÑEZ, *Beni a valore non prettamente economico: rilievi privatistici per un diritto "relazionale"*, ivi, 2023, 431 ss.

configurabilità teorica dei beni comuni sarebbe tuttavia un errore: quali che siano i risultati del lavoro dogmatico per la considerazione dei beni comuni come oggetti di diritti soggettivi privati (104), lo spazio per diritti privati non appropriativi è altro. Al contrario: potrebbe ben sostenersi che il dibattito sui beni comuni offuschi la potenza teorica della ricerca intorno ai diritti soggettivi (105) non appropriativi, poiché rimuove l'accento sull'iniziativa, sulla lotta — individuale eppur diffusa — per il diritto comune. Nulla impedisce che rispetto alla medesima ontologia sociale (106) insistano una pluralità di diritti soggettivi e che corrispondano a logiche discorsive incommensurabili (107). Le logiche della appro-

(104) S. RODOTA, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, il Mulino, 2011, 459 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 47 ss.; A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016, 113 ss.

(105) Questo giudizio non vale tuttavia per l'intera letteratura in argomento, nella quale si riscontrano eccezioni assai significative: soprattutto M. FRANCESCA, *Beni comuni e razionalità discreta del diritto*, in *L'operatività dei principi di ragionevolezza e proporzionalità in dottrina e giurisprudenza* a cura di G. PERLINGIERI e A. FACHECHI, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, 473 ss. (ove vi è lucida coscienza sia del rapporto tra bene, appropriabilità e interesse sia della necessità di accedere a forme alternative di razionalità giuridica: *ivi*, 488 ss.). Qui ben si avverte che « la definizione per distanza dei beni comuni dai beni appropriabili non soddisfa il piano degli interessi che circondano la loro stessa identificazione » e ciò proprio perché la logica appropriativa può giungere ovunque (*ivi*, 481). Traiamo da ciò conforto nel mutamento di prospettiva — qui proposto rispetto ad asserzioni precedenti (P. FEMIA, *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, n. 25, 8 ss.) — dalla tassonomia dei beni alla analisi degli interessi a fondamento dei diritti fatti valere in giudizio. Sulla medesima entità possono addensarsi strategie appropriate e non appropriate, la fondatezza dell'azione dipenderà dalla legittimità costituzionale degli interessi. Cfr., inoltre, le prospettive assai promettenti affacciate da R.A. ALBANESE, *L'orizzonte del molteplice. Appunti sul diritto civile come infrastruttura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 409 ss. e C. MIGNONE, *Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14 (2021), 232.

(106) J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* (1995), trad. it. di A. Bosco, Milano, Edizioni di Comunità, 1996; in una prospettiva non convergente M. FERRARIS, *Ontologia sociale e documentalità*, in *Rivista di estetica*, 2007, n. 36, online; T. ANDINA, *Ontologia sociale. Transgenerazionalità, potere, giustizia*, Roma, Carocci, 2016.

(107) G. TEUBNER, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, trad. it. di L. Zampino, Milano-Udine, Mimesis, 2015, 27 ss.; benché con diversa ispirazione, sulla coesistenza di ambiente e proprietà quali oggetti di beni C. GODT, *Haftung für Ökologische Schäden. Verantwortung für Beeinträchtigungen des Allgemeingutes Umwelt durch individualisierbare Verletzungsbandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, 139 ss., 304; tuttavia, il limite di costruzioni puramente dualisti-

cazione e della non appropriabilità, del soggettivo e del trans-soggettivo possono ovviamente instaurare un conflitto pratico, quando sia impossibile attribuire una risorsa in modo esclusivo a qualcuno senza danneggiare l'interesse diffuso di tutti. Tali conflitti sono assai meno drammatici di quanto possa apparire dalla contrapposizione dialettica, inasprita dal modello duale: appropriazione sì o no. Tra loro non esiste una scala gerarchica *a priori*, ma una infinita possibilità di adattamento (108): così come l'assolutezza del dominio non ha impedito di immaginare *iura in re aliena* e vincoli comunque opponibili al godimento di una *res*, allo stesso modo non è necessario fermare tutte le imprese per salvare il pianeta.

L'attuale rinato interesse rispetto a diritti non appropriativi ha riportato all'attenzione esperienze storiche di azione popolare che sembravano sopite, romanistiche e non. L'obiezione sovente avanzata a questo genere di rievocazioni è che l'affermazione della personalità giuridica dello Stato e la conseguente affermazione del diritto pubblico, come diritto dell'autorità sovrana, impedirebbe di configurare un diritto del privato essenzialmente collettivo. L'obiezione può essere agevolmente rovesciata: questa impossibilità non dipende dall'assenza di poteri, ma dalla consolidazione dogmatica autoritaria del diritto pubblico ottocentesco, la quale ha reso invisibile e tolto ogni linguaggio al potere collettivo comune dei privati. Invisibile, ma non inesistente, poiché l'organizzazione costituzionale democratica consente pur sempre di configurarlo (109).

che è discorrere poi di bilanciamento e compensazioni monetarie secondo metodi giuseconomici. La coesistenza di beni eterogenei non implica affatto che essi seguano le medesime logiche appropriate; nell'incommensurabilità non c'è nulla da bilanciare, ma soltanto un dovere socialmente razionale di compensare.

(108) Un buon esempio è dato dagli attuali conflitti intorno ai diritti comunicativi in rete, ove si intersecano diritti soggettivi e trans-soggettivi. L'eventuale lesione del diritto alla *privacy* dei dati (diritto appropriativo) non impedisce e non confligge con il diritto alla non manipolazione in rete da parte dell'utente di un *account* di una *social media* (diritto non appropriativo): V. CONTE, *Disinformazione digitale, fiduciarità informativa, rimedi contrattuali*, in *Annali SISDiC*, 2023, n. 10, 259 ss.; nonché *Id.*, *Libertà di manifestazione del pensiero e potere contrattuale. Una lettura civilistica di J.M. Balkin*, in J.M. BALKIN, *Il triangolo della libertà di espressione digitale*, trad. it. di V. Conte, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2023, 119 ss.

(109) Abbiamo analizzato in dettaglio il percorso che ha condotto Jhering a postulare un diritto soggettivo (privato) della moltitudine in FEMIA, *Sentimento e moltitudine*, cit., 177 ss.; per il dibattito italiano: U. MATTEI, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Sanspolcro, Aboca, 2018.

Riprendendo il concetto generale di situazione giuridica soggettiva, presentato in apertura di paragrafo, risulta chiara la differenza tra *diritti soggettivi* e *trans-soggettivi* (110). Affinché una situazione soggettiva vi sia è necessario che essa riesca a descrivere, definendola, in modo coerente una classe di comportamenti (111) con un riferimento intenzionale intersoggettivamente riconoscibile (una *res*, un oggetto ideale costituito come ontologia sociale: ad esempio diritti partecipativi di un associato). Assumendo il diritto soggettivo come forma storicamente originaria e generale della funzione definitoria delle situazioni soggettive (112), si colgono due caratteri essenziali della figura nella sua funzione di riferimento: il confinamento soggettivo e la discrezionalità delle azioni.

Confinamento soggettivo, in quanto è necessario che sia possibile attribuire ad una entità soggettiva azioni e conseguenze (tale entità è titolare del diritto); *discrezionalità delle azioni* (nel senso di comportamenti, di stati del mondo imputabili al soggetto: la definiremo meglio come *discrezionalità agentiva*), in quanto deve essere sempre possibile chiedersi se un dato comportamento di chiunque (del soggetto titolare o di altri) sia attribuibile al diritto quale suo esercizio o violazione (rientri o non rientri nel diritto: in questo senso, e solo a questo fine, le azioni sono valutate secondo stati discreti e non continui) (113). La qualità del potere e l'estensione della responsabilità conseguente non sono invece elementi essenziali; è sufficiente che potere e responsabilità siano socialmente percepibili — e quindi distinguibili da altri stati soggettivi: signoria del volere, assolutezza del dominio, funzionalizzazione ecc. sono mere variabili storiche; importantissime, ma relative al sistema giuridico entro il quale operano (114).

(110) I diritti trans-soggettivi sono stati presentati per la prima volta in P. FEMIA, *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen in Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* a cura di A. FISCHER-LESCANO, H. FRANZKI e J. HORST, Tübingen, Mohr Siebeck, 2018, 343 ss.

(111) U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, in *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, serie III, t. 5, pt. II, n. 1, Torino, Accademia delle Scienze, 1959, 102 s.

(112) In luogo di una bibliografia alluvionale e oramai sterilmente ripetitiva, cfr. l'imprescindibile l'analisi di E. STOLFI, *I « diritti a Roma »*, in *Filosofia politica*, 2005, n. 19, 383 ss.

(113) Per l'introduzione di questo concetto nella riflessione sulle forme appropriate rinviamo ancora a FRANCESCA, *Beni comuni e razionalità discreta del diritto*, cit., 478 s.

(114) Anche se con talune diversità di accenti, decisivi G. TEUBNER, *Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte*, in *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* a cura di

Quando l'azione del soggetto titolare torna su sé stessa, conducendone le conseguenze favorevoli al patrimonio del titolare (vale a dire: al complesso delle situazioni soggettive di sua appartenenza) ci troviamo dinanzi ad un *diritto soggettivo appropriativo*. *Appropriativo* non va confuso con *patrimoniale*: anche i diritti non patrimoniali sono appropriativi, poiché attribuiti al soggetto in appartenenza. La salute, la libertà, la felicità sono appropriate anche se non patrimoniali. Ha senso asserire: la mia libertà, la mia salute. Che nel lessico corrente si possa dire che i diritti non patrimoniali facciano parte del patrimonio del titolare è unicamente dovuto alla molteplice funzione storicamente assunta dal termine (patrimonialità come valore di mercato del comportamento dovuto, patrimonialità come prevalenza di valori orientati alla non mercificazione di talune *res*, patrimonio come misura della responsabilità nei giudizi risarcitori). I valori che legittimano queste forme di tutela sono ad esperienza individuale.

Quando, al contrario, l'azione del titolare non torna su se stessa, ma lo attraversa, collegandosi necessariamente a forme di godimento plurimo, ci troviamo dinanzi ad un *diritto trans-soggettivo non appropriativo*. Il diritto è privato non appropriativo, proprio perché le conseguenze favorevoli transitano il soggetto, confluendo in una collettività che qualifica il risultato di quella azione, comunque individuale, nel bene comune. Il sostegno normativo di queste figure è sempre dato da valori giuridici ad *esperienza necessariamente collettiva*: l'eguaglianza non esiste logicamente se manchi una comunità. Se qualcuno rivendicasse la *mia* eguaglianza — nel senso di mia e di nessun altro — starebbe rivendicando un diritto al privilegio, non all'eguaglianza. Del pari chi agisca per la libertà comunicativa negli spazi privati o per il diritto al clima vivibile: l'azione è individuale, attribuibile a qualcuno secondo il predetto criterio del confinamento soggettivo, ma la discrezionalità opera non più con riferimento ad un patrimonio confinato, ma ad un bene comune non confinabile. Se piacesse la formula, si potrebbe dire: il diritto soggettivo è confinato dal lato del soggetto e dell'oggetto; nel diritto trans-soggettivo vi è pur sempre una *soggettività confinata*, ma una *oggettività sconfinata* (115).

L'ostacolo teorico al riconoscimento di diritti

FISCHER-LESCANO, FRANZKI e HORST, cit., 357 ss., e A. FISCHER-LESCANO, *Subjektlose Rechte*, in *Kritische Justiz*, 2017, n. 50, 475 ss.

(115) Cfr. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico*, cit., 680 s.

trans-soggettivi proviene da una inesatta valutazione del significato dell'affermazione storica del diritto pubblico mediante il riconoscimento della personalità giuridica dello Stato (116). Compiuta sul piano teorico nell'Ottocento la soggettivizzazione dello Stato (confinamento soggettivo), tutto ciò che non è individuale tende a rientrare nell'orbita della titolarità di un soggetto pubblico. Che questa sia una formula di sussidiarietà e non una realtà naturale è apparso chiaro nella seconda metà del Novecento, quando la giurisprudenza ha

(116) Non un ostacolo, ma soltanto allegorici sono invece usi di « trans-soggettività » (talvolta meri prestiti lessicali) che si notano qua e là, dopo il 2018. Diversa invece, e provvista di autonomia rilevanza, è la terminologia « transgenerazionale » (che lega i diritti alla soggettività delle generazioni future), la quale ha poi ulteriori (trans-)variazioni: T. ANDINA e F. CORVINO, *Transgenerational Social Structures and Fictional Actors: Community-Based Responsibility for Future Generations*, in *The Monist*, 2023, n. 106, 150 ss.; L. RUGGERI, *Transizione ecologica e diritti transgenerazionali*, in *lceonline* (www.lceonline.eu), 2024, 2; altre trans-varietà cercano di confluire nel trans-umanesimo: É. GAILLARD, *Vers un nouvel humanisme: entre un humanisme de séparation et un humanisme d'interdépendance, transnational et transtemporel (générations futures)*, in *L'environnement et ses métamorphoses* diretto da C. BRÉCHIGNAC, G. DE BROGLIE e M. DELMAS-MARTY, Paris, Hermann, 2015, 223 ss.; *Transhumanisme(s) & droit(s)* diretto da A. CAYOL e É. GAILLARD, Institut des Études et de la Recherche sur le Droit et la Justice, 2022. Trans per trans (ma un posto a sé ha il « trans-individuale » di Alexandra Aragão: *supra* nota 102), tanto varrebbe ricordare il minaccioso « *Transpersonalismus* » neohegelianico di Julius Binder, che annichila l'individuo nella comunità (J. BINDER, *Philosophie des Rechts*, Berlin, Stilke, 1925, 286 ss.), o quello, umanisticamente pacifico, di Gustav Radbruch: G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (3. Auflage, 1932), 2. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2003, 61. Naturalmente, discorrendo di « trans-soggettivo » abbiamo perso il diritto di lamentarci. Se la sua origine prossima è nel convegno di Brema (*supra*, note 110 e 114), verità storica richiede il riconoscimento della priorità dei lavori di Karl-Heinz Ladeur (quindi sempre all'interno della *Systemtheorie*, ma in una versione per così dire più liberale) sul potenziale trans-soggettivo del diritto soggettivo: K.-H. LADEUR, *Das subjektive Recht und der Wunsch nach Gerechtigkeit als sein Parasit*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2008, n. 29, 109 ss.; K.-H. LADEUR e L. VIELLECHNER, *Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte. Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes*, in *Archiv des Völkerrechts*, 2008, n. 46, 4 ss.; ID., *Die objektiv-rechtliche Dimension der wirtschaftlichen Grundrechte - Relativierung oder Abstützung der subjektiven Freiheitsrechte?*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 2007, n. 60, 1 ss. (tutto si collegava, allora, alla discussione su autoriflessione e autotrascendenza del diritto, in una linea che corre tra Gunther Teubner e Christoph Menke: già prima della *Kritik der Rechte*, 2015, di quest'ultimo, cfr. C. MENKE, *Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2008, n. 29, 81 ss.). Che poi il passaggio (ma sorridendo si direbbe: la *transizione*) che ho proposto verso un modello duale soggettivo/trans-soggettivo sia una corruzione della originaria proposta sistemica o la necessaria strategia per la sua infiltrazione (o adattamento) nel sistema, e quindi per rendere effettivo tale potenziale nella *law in action*, è questione da lasciare aperta.

cominciato a discorrere di interessi diffusi (117). L'approccio è tuttavia viziato, poiché muove pur sempre dalla necessità di un soggetto pubblico titolare di diritti e investito di sovranità regolativa, più o meno temperata da garanzie partecipative associative. Che tutto ciò abbia una sua razionalità, fin troppo ben tutelata da molti cultori del diritto amministrativo (e dalle istituzioni che in quei discorsi si rispecchiano) è innegabile; ma il dato negativo — sia pure con eccezioni molto meritorie (118) — è l'aver così indotto la convinzione che per l'iniziativa individuale a beneficio collettivo non vi siano spazi giuridici diversi da quelli degli enti e delle organizzazioni non governative. Insomma, l'imperativo ordinamentale implicito di queste teorie è null'altro che « fatevi i fatti vostri, non quelli dello Stato »: con queste parole Rudolf von Jhering bollava chi contrastava la sua tesi circa la possibilità del perseguimento di interessi solidaristici mediante atti di autonomia privata (119).

L'agire individuale trans-soggettivo non è la riesumazione di una condizione storica di non ancora completata costruzione della complessa architettura burocratica delle società moderne, è invece la risultante di una diversa concezione della funzione integrativa dei diritti fondamentali (120). Il diritto oggettivo soffre periodicamente di crisi riflessive — le sue strutture dogmatiche rivelano continui deficit epistemici: non capiscono più il mondo, il loro linguaggio applicativo non restituisce un'analogia della realtà metagiuridica — crisi caratteristiche di momenti di interruzione della dialettica sociale, momenti di scontro silenzioso, di reciproco arroccamento in battaglie definitorie. Sono queste le circostanze nelle quali il diritto oggettivo è messo in movimento dai diritti soggettivi (121). La dialettica del movimento della soggettivazione giuridica come fattore costituzionale di ogni sistema normativo meriterebbe ben altro

(117) Ricordiamo, per tutti, U. RUFFOLO, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore, I, il problema e il metodo. Legittimazione azione e ruolo degli enti associativi esponenziali*, Milano, Giuffrè, 1985.

(118) Così le brillanti considerazioni di P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2021, 156 ss.

(119) FEMIA, *Sentimento e moltitudine*, cit., 126 ss.

(120) Rileviamo con gratitudine e soddisfazione il recepimento di questi discorsi in PORTALURI, *op. cit.*, 161 ss.; ID., *Immagini da un futuro possibile: il paradigma della legittimazione ad agire*, in *ceridap.eu*, 2023, 226 ss.

(121) M. BLECHER, *Recht in Bewegung: Paradoxontologie, Recht und Soziale Bewegungen*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2006, n. 92, 449 ss.

discorso: qui basti dire che l'agire individuale in nome di un diritto che attraversa la soggettività del titolare per confluire nel bene comune è legittimato dalla ineffettività (pratica o epistemica, come accade nel caso del danno climatico) delle attività di effettualizzazione dei diritti da parte dei poteri pubblici — sì che in forza della sussidiarietà gli spazi individuali di tutela privata del bene comune assumono peso crescente di volta in volta negli ambiti vitali e istituzionali che siano in crisi di adattamento riflessivo. I diritti fondamentali costituzionali di integrazione sociale mediante beni ad esperienza collettiva fondano, allora, dinamicamente diritti civili trans-soggettivi azionabili in giudizio in forme coerenti alla loro logica non appropriativa.

La mancanza di questo concetto ha generato gran parte delle confusioni del presente. Non c'è alcun bisogno di recitare commedie aquiliane nelle quali qualcuno agisca per salvare il clima del pianeta, raccontando di avere paura del futuro, di rappresentare un fiume, di perdere le proprie coltivazioni, perché fa caldo. Questo scadente teatro giudiziario, se fosse preso sul serio, sarebbe simbolo di un grave quadro di paranoia narcisistica: "il mondo sta finendo e, oddio, io lo salverò, grazie ai danni al mio giardino". Che disturbi individuali — la proprietà di una coltivazione, lo stato di ansia, perché i pronipoti vivranno devastazioni — siano il punto di legittimazione dell'azione per salvare il pianeta e (che questo sia conforme alla razionalità processuale del diritto al punto da imporre una corrispondente ricostruzione dello stato del diritto sostanziale) è il segno più evidente della indigenza epistemica che ha colpito il diritto contemporaneo, e può generare scenari spaventosi di autentica distruzione del senso integrativo del diritto.

I diritti individuali trans-soggettivi sono l'esatto opposto delle tragedie (e delle commedie) appropriate. L'attore in giudizio non parla per la Natura né per le Generazioni future (122), non le soggettivizza nell'epifania del processo per poi lasciarle svanire un istante dopo la sentenza, egli parla per sé in nome di un interesse che lo partecipa, lo attraversa, confluisce nel necessariamente collettivo. Parla per sé come potrebbe fare chiunque,

(122) Questo genera problemi sociali di esaurimento o manipolazione della rappresentanza, un vero e proprio monopolio, del Bene: PORTALURI, *op. cit.*, 158. Nel diritto nordamericano la non appropriatività dell'interesse era presentata in L.L. JAFFE, *The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hobfeldian or Ideological Plaintiff*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1968, n. 116, 1033 ss.

ma non in nome e per conto né conducendosi ad un soggetto sovrano titolare del Bene comune. La diffusione dell'interesse trans-soggettivo è esattamente il contrasto agli eccessi della istituzionalizzazione pubblica, ne è l'alternativa, è l'attuazione disseminata degli interessi collettivi per mezzo dell'iniziativa individuale: il *civile-comune* che si affianca al *pubblico-organico* per contribuire all'effettività costituzionale.

Conseguenze immediate della trans-soggettività sono l'*indisponibilità del diritto ai fini transattivi* e l'*eterodestinazione del risarcimento e del rimedio*.

Con i diritti trans-soggettivi non si guadagna. a) Un processo appropriativo per uso illecito di dati personali senza consenso del titolare può chiudersi con una transazione: un pacco di soldi e tutto finisce lì; un processo per i medesimi fatti, ma per lesione del diritto trans-soggettivo alla non manipolazione, non può chiudersi per transazione, poiché l'interesse *trascende* l'attore che pur ne è (*anche* lui non solo lui) titolare (123). Il sistema giuridico non può consentire l'instaurazione di procedure più o meno pretestuose che hanno l'unico scopo di condurre il convenuto a rivelare pubblicamente in fase istruttoria informazioni interne e fare poi di questa condizione mercato, consentendo alla corporazione industriale di comprare il silenzio. Se delle informazioni hanno rilevanza politico-sociale e sono collettive, il processo non può essere il luogo della loro mercificazione né un pretesto per farne pagare l'occultamento. *b)* Essendo l'agentività che opera nel diritto trans-soggettivo sempre rivolta all'esterno e mai all'attribuzione delle conseguenze favorevoli al solo titolare, dalla violazione di un diritto non appropriativo il patrimonio del titolare e attore in giudizio non può risultare arricchito (124). L'*eterodestinazione* del risarcimento a iniziative di rilevanza collettiva e, meglio ancora, le riparazioni in forma specifica nelle nuove forme della obbligazione rimediale sono rivolte al circuito collettivo, soltanto dal quale ogni diritto trans-soggettivo trae legitti-

(123) Su questo aspetto, con esplicito riferimento alle vicende nordamericane dei processi a *Meta* per lo scandalo *Cambridge Analytica*, P. FEMIA, *La sfera e il triangolo. Partecipazione pubblica e diritti fondamentali informativi nel pensiero di Jack M. Balkin*, in BALKIN, *Il triangolo della libertà*, cit., XII ss.

(124) Pur se non giunge alle medesime conclusioni, rileva molto acutamente che negli studi sul danno climatico ci si arrocca intorno a questioni dogmatiche sulla configurabilità, ma non sulle conseguenze risarcitorie, sulle ragioni per individuare il soggetto che ne debba sopportare il costo: SCHIRMER, *Nachhaltiges Privatrecht*, cit., 271 ss.

mazione giuridica. Si eviterà quindi sia la sconcia aggressività di talune associazioni, che gestiscono le *class actions* come guerre distruttive, sostanzialmente come strumenti per estrarre ricchezza da distribuire in piccole quantità (e trattenere per sé l'intero plusvalore simbolico politico), ricchezza in nome del bene collettivo che diviene somma della quale ogni attore vittorioso farà il suo inutile uso miserabile: mi hanno leso la *privacy*: che fortuna, mi pago la vacanza. Si eviterà anche un'altra mostruosità del presente, l'uso del *private enforcement* quale strumento per attuare l'inversione del civismo che avrebbe dovuto sostenere (125), vale a dire l'uso di azioni popolari per reprimere oppositori politici. Sarebbe atroce immaginare che i diritti trans-soggettivi, magari mediante una qualche forma di trapianto giuridico della *public nuisance* (126), divengano lo strumento per perseguire

(125) A chi abbia confidato nell'attivismo individuale mediante azioni popolari, quale strumento di democrazia e partecipazione politica, la lettura di L. NORRIS, *The Promise and Perils of Private Enforcement*, in *Virginia Law Review*, 108 (2022), 1483 ss., fa correre brividi. Il pericolo che ogni strumento democratico possa degenerare in arma per vendette, persecuzioni politiche, meschine occasioni di guadagno è dato comune all'esperienza di ogni sistema totalitario; che ciò possa accadere anche in sistemi almeno formalmente democratici, è dato doloroso di coscienza. Cfr., inoltre, S. FERRERI, *La rivincita del delatore. Il privato promotore di giustizia: dal private enforcement delle politiche antitrust alla legislazione del Texas sull'aborto. L'interesse individuale come strumento di pressione o cacciatori di taglie?*, in *Revista general de derecho público comparado*, 32 (2022), 294 ss.; V. BARSOTTI, *Not only Dobbs v. Jackson. Abortion Laws and Private Enforcement*, in *DPCE online*, 2023, numero speciale: *The American Presidency After Two Years of President Biden*, 249 ss.; Non c'è modo migliore per far sparire i cacciatori i taglie che abolire le taglie. E di fare democrazia reale dove si tutela solo democrazia formale.

(126) La *public nuisance* è una figura risalente e molto controversa. Dagli incerti confini tra civile e penale (non a caso oggetto di meditata attenzione da noi tra i cultori del diritto penale: S. ZIRULLA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2018, 38 ss.), il *tort of public nuisance* è il nucleo di molte delle *mass litigation* (danni da industrie del tabacco o delle armi o contro gli effetti sulla salute dei minori dei *social media*) attualmente discusse negli Stati Uniti. L'estensione alle cause climatiche giunge quindi naturalmente. Cfr. D. BULLOCK, *Public Nuisance and Climate Change: The Common Law's Solutions to the Plaintiff, Defendant and Causation Problems*, in *Modern Law Review*, 85 (2022), 1136 ss.; M. RUSSO, *Productive Public Nuisance: How Private Individuals Can Use Public Nuisance to Achieve Environmental Objectives*, in *University of Illinois Law Review*, 2018, 1969 ss.; J.H. ADLER, *Displacement and Preemption of Climate Nuisance Claims*, in *Journal of Law, Economics, and Politics*, 17 (2022), 217 ss. Con molta chiarezza si afferma che la *public nuisance* giunge dove la politica fallisce — D.A. DANA, *Public Nuisance Law when Politics Fails*, in *Ohio State Law Journal*, 83 (2022), 61 ss. — e si intravede nella sua diffusione uno strumento di ridefinizione del *tort law* in senso democratico: B. EWING e D.A. KYSAR,

tare i nemici del popolo additati dal capo carismatico di turno.

Non è soltanto il senso di disgusto morale nell'assistere all'esigenza di lotta ai grandi poteri privati subire la metamorfosi dell'imbarbarimento politico collettivo o della ricerca di arricchimento, un'occasione per qualche consumo che lasci poi sempre le cose come stanno; a soffrire è il senso civico di coesione sociale che l'inasprimento appropriativo della logica bellica, tipica del processo, sostanzialmente rende irraggiungibile (127).

8. *Danno climatico e rimedi rigenerativi.* — Il passaggio dalla ricerca (impervia, se non vana) di situazioni soggettive appropriative capaci di uso strumentale, ai fini della repressione aquiliana delle condotte climalteranti, alla posizione di diritti trans-soggettivi non appropriativi rende insi-

Prods and Pleas: Limited Government in an Era of Unlimited Harm, in *Yale Law Journal*, 121 (2011), 350 ss.; M. MORTAZAVI, *Tort as Democracy: Lessons from the Food Wars*, in *Arizona Law Review*, 57 (2015), 929 ss. I tentativi di coordinamento sistematico dello strumento (L. KENDRICK, *The Perils and Promise of Public Nuisance*, in *Yale Law Journal*, 2023, n. 132, 702 ss.) ovviamente incontrano resistenze tanto risentite quanto sospette (T.W. MERRILL, *The New Public Nuisance: Illegitimate and Dysfunctional*, in *The Yale Law Journal Forum*, February 20, 2023, 986 ss.). Dal nostro punto di vista, queste polemiche sui rimedi non possono che convincerci della necessità di definire prima i diritti.

(127) Le notizie del febbraio 2024 sul tentativo di mettere in piedi una *class action* a Milano per la qualità dell'aria sono piuttosto sconcertanti. Una questione della massima serietà e che richiede ricomposizioni di equilibri sociali degrada ad occasione per strappare qualche soldo: se avessero successo, i fortunati risarciti potranno spendere il loro mazzetto di soldi per comprarsi qualcosa, continuando a respirare la medesima aria inquinata, per di più in un contesto nel quale le risorse pubbliche, utilizzabili per migliorare l'ambiente di tutti, sarebbero sottratte alle finalità collettive e trasferite al consumo privato. Il confronto tra la serietà dell'inquinamento dell'aria e la sua degradazione ad occasione per farsi quattro soldi in risarcimento (di che?) mostra il lato tragico, insensato e finanche comico dell'organizzazione cognitivamente panpatrimoniale del diritto privato. Non era questa certo la preoccupazione dell'Avvocato Generale presso la Corte UE, che in occasione del giudizio *JP c. Ministre de la Transition écologique* aveva lucidamente provato a costruire un diritto individuale eurounitario alla qualità dell'aria. Sulla vicenda rinviamo alle incisive considerazioni di V. CONTE, *Situazioni soggettive di fonte europea e private enforcement: il caso delle direttive sulla qualità dell'aria (A proposito di Corte giust. UE, Grande Sezione, 22 dicembre 2022, c-61/21, JP c. Ministre de la Transition écologique)*, in *Persona e mercato*, 2024, 637 ss. Si provi ad immaginare il processo che si vuole tentare se, come correttamente sarebbe, fosse costruito come lesione di un dritto trans-soggettivo alla salubrità dell'aria. Diritto non appropriativo (qualcuno potrebbe dire la *mia* atmosfera?) e illiceità della transazione e rimedi eterodestinati: la *class action* non avrebbe luogo e il processo di cognizione della lesione di diritti trans-soggettivi avrebbe finalità realmente civili.

gnificanti molteplici questioni. Innanzitutto: essendo i diritti trans-soggettivi diretta conseguenza di diritti fondamentali costituzionali ad esperienza necessariamente collettiva, non occorrono altre fonti, nazionali o internazionali, per reputare meritevoli di tutela, sostanziale e processuale, le richieste di dichiarazione di responsabilità e di condanna al rimedio. Non hanno rilievo del pari le questioni di individuazione del diritto applicabile, poiché è certo il radicamento nel diritto nazionale degli interessi dedotti in giudizio (128).

Per procedere è invece necessario rivedere come rielaborare i dogmi civilistici della responsabilità. In primo luogo il danno.

Danno climatico e danno ambientale sono due generi diversi, l'uno irriducibile all'altro. Il danno climatico è globale (poiché investe l'intero pianeta), a temporalità costitutivamente intergenerazionale, essenzialmente collettivo (129); il danno ambientale, al contrario, non avrà mai contemporaneamente i medesimi tre caratteri e assai spesso non ne avrà nessuno. Ciò rende inconfidente e inapplicabile il disposto dell'art. 311 del codice dell'ambiente, che, con una scelta scellerata, ha sottratto ai privati la legittimazione ad agire per danno ambientale. Se pure tale norma fosse costituzionalmente legittima, essa vigerebbe unicamente per il danno ambientale, non per il danno climatico (130).

Definito il concetto di danno climatico, bisogna adesso illustrarne le caratteristiche, in quanto danno da *pericolo incrementale*. Dalla natura *incrementale* del danno climatico discende che esso è *danno diveniente*, non danno futuro. Il danno climatico è inoltre, come detto, a *causazione infinitesimale e diffusa* (131): una somma di comportamenti individuali tenuti da tutti, che soltanto per la loro continuità e capillarità giungono a produrre l'evento. Questi fatti dannosi appartengono ad una classe di eventi ben nota al pensiero economico (micromotivi e macrocomportamenti); il di-

(128) Naturalmente tali questioni tornerebbero immediatamente rilevanti se il processo fosse appropriativo, se davvero fosse in questione la perdita di una coltivazione, una inondazione del proprio territorio, secondo i consueti canoni del danno (non climatico, ma ambientale).

(129) Riprendiamo, anche nella terminologia, la distinzione di CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico*, cit., 671 s.

(130) CONTE, *op. ult. cit.*, 670 s.; sull'incostituzionalità dell'art. 311 del codice dell'ambiente, a dispetto della giurisprudenza della Corte costituzionale, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 330 ss.

(131) ROCHFELD, *Justice pour le climat!*, cit., 111; BANFI DEL RIO, *Responsabilidad civil por daños climáticos*, cit., 975 ss.

ritto della responsabilità civile non è invece per nulla attrezzato per reagire ai *danni a causazione infinitesimale e diffusa*: l'apporto di ciascun agente è troppo piccolo per potergli ascrivere la causazione dell'intero evento dannoso e quindi imputargli la responsabilità secondo le categorie di diritto irrelativo. Questa, tuttavia, non è la soluzione, ma il problema. Come è stato ben messo in evidenza dalla letteratura filosofica su questi temi (132): se nessuno individualmente ha commesso il danno, *chi lo ha commesso, visto che esiste?*

La diffusività del danno rende inapplicabili le norme sulle azioni di classe, essendo impossibile il confinamento soggettivo del danno: non c'è una serie omogenea di portatori di diritti lesi, lesa è l'intera umanità (133). La sua natura incrementale lo colloca su di una durata temporale che rende insignificante anche la questione della prescrizione: l'incrementalità è permanente.

Un *danno globale apocalittico* è, per definizione, irrisarcibile, poiché non esiste equivalente all'apocalisse; cosa daremmo e come e a chi, quando il clima invivibile abbia distrutto la civiltà, provocato guerre, disgregato Stati e ordini, dissolto norme e, infine, l'umanità intera? (134) Irri-sarcibilità appropriativa non significa assenza di rimedi non appropriativi. Al *danno molecolare*

(132) A. HILLER, *Climate Change and Individual Responsibility*, in *The Monist*, 2011, n. 94, 349 ss., il quale rivolge le sue giuste critiche alla teoria dell'inefficienza causale individuale, che condurrebbe a negare che esista un responsabile: W. SINNOTT-ARMSTRONG, *It's Not My Fault: Global Warming and Individual Moral Obligations*, in *Perspectives on Climate Change: Science, Economics, Politics and Ethics, Advances in the Economics of Environmental Resources* a cura di W. SINNOTT-ARMSTRONG e R.B. HOWARTH, Amsterdam, Elsevier, 2005, 285 ss.; non lontana da Hiller invece M. HOURDEQUIN, *Climate, Collective Action and Individual Ethical Obligations*, in *Environmental Values*, 2010, n. 19, 443 ss.; critico invece B.L. JOHNSON, *Ethical Obligations in a Tragedy of the Commons*, ivi, 2003, n. 12, 271 ss. La questione sorge, in filosofia morale, differenziandosi dal problema dell'imputazione ad enti collettivi: P. PETTIT, *Responsibility Incorporated*, in *Ethics*, 2007, n. 117, 171 ss.; V. HELD, *Can a Random Collection of Individuals be Morally Responsible?*, in *The Journal of Philosophy*, 1970, n. 67, 471 ss.; per la teoria della « responsabilità robusta » cfr. G. PELLEGRINO, *Robust Individual Responsibility for Climate Harms*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2018, n. 21, *Special Issue: Dimensions of Responsibility*, 811 ss.

(133) CONTE, *Per una teoria civilistica*, cit., 673 ss.

(134) L'estinzione del genere umano renderebbe infinito il calcolo del danno da risarcire: ci sarebbe sempre un danno maggiore da considerare ad ogni istante di tempo, e il progressivo confondersi del profilo soggettivo del titolare del diritto al risarcimento — l'umanità si assottiglia, si assottiglia la densità delle istituzioni sociali — porterebbe, nell'orizzonte invisibile dell'infinito, al confondersi di soggetto e oggetto.

diffuso risponde un *rimedio molecolare votato alla diffusione: l'obbligazione rimediabile*. Non dovremo dimenticare mai che l'illecito aquiliano, prima ancora di tutti gli edifici dogmatici elaborati per secoli, è innanzitutto una fonte delle obbligazioni (art. 1173 c.c.).

Solo dalla composizione di un reticolo transazionale di rimedi molecolari potrà scaturire l'inversione, dapprima discorsiva e poi pratica, del corso di azioni dannose. Ciò non deve sorprendere, benché molto lontano dalle nostre abitudini di pensiero consolidate (nella dogmatica appropriativa): nella dogmatica non appropriativa dei diritti trans-soggettivi non esistono godimenti in solitudine, del pari, i rimedi sono autoriflessivamente integrati in un corso molecolare di interventi riparativi. La sentenza non ricostituisce — né intende né potrebbe ricostituire — l'equilibrio dei valori giuridici anteriori all'atto distruttivo-appropriativo, ma contribuisce alla ricomposizione della coesione sociale mediante prestazioni adeguate nell'orizzonte della catastrofe. Il mondo non sarà salvato da una sentenza, perché nessuna sentenza può salvare il mondo; ma sarà salvato dalla giustizia, se questa giustizia, proclamata a flebile voce qui e là, giorno dopo giorno, riuscirà ad invertire la comunicazione e soprattutto l'autopoiesi sociale, infrangendo le barriere discorsive che paralizzano la democrazia reale sotto gli artigli della cattura del regolatore.

L'alterità del rimedio non appropriativo consente di superare le obiezioni contro le richieste di risarcimento in forma specifica solitamente presentate in giudizio dagli attivisti climatici. Non sembra però sia stato posto adeguatamente il problema, nell'entusiasmo politico che questo tipo di iniziative cerca e suscita, di quali mezzi processuali avrebbe l'attore per ottenere poi l'esecuzione della sentenza di condanna. Nemmeno sembra sia stato affrontato il problema conseguente all'accertata impossibilità, antecedente o conseguente che sia, di esecuzione forzata in forma specifica: tornare all'espropriazione forzata sarebbe in tutto contrastante con le finalità reali, con la *ratio* giustificatrice della sentenza di condanna, che non è volta a risarcire il patrimonio di un soggetto, ma a contribuire al ripristino di condotte non climalteranti.

Tutto cambia se la questione sia vista nella corretta luce giuridica (135), che è quella della

effettività della tutela (136) secondo la struttura e funzione peculiare del diritto trans-soggettivo. Il risarcimento pecuniario di un diritto trans-soggettivo non è soltanto fattualmente impossibile e politicamente irrazionale (politicamente e giuridicamente, poiché contrario all'ordine pubblico), ma anche giuridicamente inammissibile, poiché regolativamente inefficace: diritti concepiti per la tutela di interessi non appropriativi sono tutelabili unicamente sotto la *condicio sine qua non* che il rimedio abbia effettività, proprio perché non vi è alcun patrimonio individuale da restaurare. Nel diritto (oggettivo) correlativo climatico la lesione di diritti trans-soggettivi impone di mantenere la funzione profonda, genealogica, della responsabilità civile, modificandone radicalmente la struttura che su di essa è venuta progressivamente a formarsi. La funzione profonda del risarcimento/restituzione è la riattivazione del ciclo sociale turbato dall'illecito (137). Ciò implica che il rimedio abbia una funzione trasformativa, vale a dire che il suo contenuto non dipenda esclusivamente dal contenuto della situazione soggettiva lesa, ma sia dettato dalle circostanze successive, al punto da poter discorrere di una sua funzione sostanziale autonoma (138). La prevalenza del denaro quale strumento per il raggiungimento della funzione è

(136) Fondamentale, per accedere a questa corrente di pensiero, G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2017, 381 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sull'imperialismo dell'effettività nei rapporti di consumo*, in *Foro it.*, 2023, IV, 502; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 5 ss.

(137) Molte teorie disputano sul punto, in particolare sulla « tesi di continuità » secondo la quale il rimedio all'illecito dipende dal diritto lesso: J. OBERDIEK, *Wrongs, Remedies, and the Persistence of Reasons: Re-Examining the Continuity Thesis*, in *Private Law and Practical Reason. Essays on John Gardner's Private Law Theory* a cura di H. PSARRAS e S. STEEL, Oxford, Oxford University Press, 2023, 161 ss.; S. STEEL, *Compensation and Continuity*, in *Legal Theory*, in *Legal Theory*, 2020, n. 26, 250 ss. Si obietta che la continuità impedisce di comprendere la funzione dell'illecito: S.A. SMITH, *Duties, Liabilities, and Damages*, in *Harvard Law Review*, 2012, n. 125, 1727 ss.

(138) Il discorso nel testo è piuttosto semplificato e andrebbe di molto approfondito; benché rappresentino punti non coincidenti ai nostri fini cfr. N. CORNELL, *What Do We Remedy?*, in *Civil Wrongs and Justice in Private Law* a cura di P.B. MILLER e J. OBERDIEK, Oxford, Oxford University Press, 2020, 209 ss., e H. DAGAN e A. DORFMAN, *Substantive Remedies*, in *Notre Dame Law Review*, 2020, n. 96, 513 ss., ove si specifica che nei rimedi sostanziali non si guarda soltanto indietro, alla lesione del diritto, ma anche alla situazione delle parti successiva all'illecito, allo scopo di modulare il contenuto del rimedio. Visione diversa in S.L. BRAY, *Remedies, Meet Economics; Economics, Meet Remedies*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2018, n. 38, 71 ss.

(135) Non esistono principi di giustizia *a priori* sulla giusta distribuzione dei rischi J. RAZ, *From Normativity to Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 269. Occorre quindi riflettere sempre sul contesto.

soltanto una contingenza di diritto oggettivo irrelativo: è l'astrattezza del denaro ad aver provocato questa ricorrenza sistemica. Nei diritti soggettivi appropriativi *risarcibili*, il patrimonio è il codice sociale dell'interazione rivolta all'accumulazione (e a correggere la redistribuzione di ricchezza nel circuito ingiustizia del danno/condanna al risarcimento); nei diritti trans-soggettivi non appropriativi *rimediabili*, il patrimonio è soltanto lo strumento per istituire azioni non accumulative, ma rigenerative del ciclo sociale tossico (139). Nell'*illecito trans-soggettivo per danno diffuso*, pertanto, il *rimedio* non può che essere altrettanto *diffuso*; e muove innanzitutto dalla *coazione alla trasparenza* e dalla *soggezione coattiva al controllo*.

Immaginiamo le perplessità dell'avvocato: cosa significa chiedere al giudice una condanna a "rigenerare il ciclo sociale tossico"? A pensarci bene, è più sensato questo che chiedergli denaro a riparazione di un danno esistenziale. La logica è sempre quella del provvedere atipico, ampiamente sperimentata nella tutela processuale dei diritti fondamentali. L'inversione, la restaurazione del ciclo comunicativo è la *ratio* della richiesta; suo *oggetto* sarà la condanna ad elaborare un piano di riduzione delle emissioni, ad intensificare le attività già esistenti, ad investire maggiormente in tecnologie alternative, a fare maggiore educazione climatica, a concedere all'attore un potere di accesso ad informazioni sull'andamento reale dell'esecuzione delle scelte gestionali (140). Non si tratta di un *facere* generico né impossibile. Trincerarsi dietro il diritto costituzionale della libertà di impresa (141) avrebbe ben poco senso: equivale

(139) Sulla possibilità che il risarcimento abbia una funzione non meramente restitutiva, ma attuativa di un interesse alla resilienza E. ENCARNACION, *Making Whole, Making Better, and Accommodating Resilience*, in *Minnesota Law Review*, 2024, n. 108, 1335 ss.

(140) Ciò avrebbe particolare senso rispetto alle attuali (incostituzionali) leggi che consentono lo svolgimento di consigli di amministrazione a porte chiuse. Ciò impedisce il cosiddetto azionariato critico (T. BARKO, M. CREMERS e L. RENNEBOOG, *Shareholder Engagement on Environmental, Social, and Governance Performance*, in *Journal of Business Ethics*, 2022, n. 180, 777 ss.), ovvero l'acquisto di azioni da parte di attivisti, al solo scopo di avere diritto di parola in assemblea, in spregio ai tanti discorsi fatti per decenni in tema di democrazia azionaria.

(141) Nell'ambito delle discussioni intorno alle possibilità di limitare i poteri decisionali dei *social media* si è segnalato che tali poteri privati avanzano eccezioni di costituzionalità rispetto ad ogni proposta che ne limiti il campo di azione: J.M. BALKIN, *Free Speech Versus the First Amendment* (April 10, 2023), in *UCLA Law Review (Yale Law & Economics Research Paper)*, in *ssrn.com*. Si tratta di una fase particolarmente sconcertante della nostra civiltà giuridica: decenni di teocrazia mercantile hanno addomesticato le

a travestire nel lessico dei diritti costituzionali la pretesa a continuare la propria attività e ad arricchirsi senza ostacoli, come se tutto ciò che è avesse il diritto costituzionale a perpetuarsi, incluse le proprie oppressioni. Con le medesime parole si sarebbe potuto in passato legittimare la schiavitù, la quale, senza dubbio, è stata per secoli una fonte di energia essenziale, al pari del petrolio, allo sviluppo economico e una garanzia del profitto di molti. E per secoli nessuno ha dubitato della legittimità di questa fonte di energia umana; per quanto tempo sarà ancora così per l'energia fossile?

9. *L'obbligazione rimediale specifica e l'etero-destinazione del risarcimento.* — L'obbligazione rimediale assumerà nel processo (ai soli fini dell'adattamento di categorie di diritto irrelativo a funzioni di diritto correlativo) la forma di contenuto di una condanna al risarcimento in forma specifica (2058 c.c.), ove "forma specifica" significa soltanto « prestazione con funzione riparatoria a contenuto atipico, non equivalente » (142); tale condanna comporterà sempre — quale contenuto principale o accessorio del provvedimento — un *potere di controllo* dell'attore rispetto alle condotte di politica industriale del convenuto, sul quale grava un *dovere di trasparenza* (cioè di rendere accessibili informazioni pertinenti all'esercizio del controllo). Il giudice non deve volere né potere sovvertire l'organizzazione del potere in azienda; è vincolato alla legalità costituzionale e, di conseguenza, il suo provvedimento non avrà mai carattere distruttivo della libertà di impresa; nel contenuto della quale, tuttavia, non vi è né può esservi la libertà di distruggere il pianeta per un pugno di dividendi.

Uno degli aspetti meno considerati, lo si accennava in precedenza, è la conseguenza dell'inaidempimento dell'obbligazione rimediale. Nella pratica impossibilità di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligazione rimediale (quan-

menti allo stesso tempo a considerare naturale l'esistenza di un diritto fondamentale ad organizzarsi e competere per il profitto, da una parte, e, dall'altra, a provare ripugnanza per ogni rivendicazione individuale di diritti fondamentali nell'interesse della collettività.

(142) L'uso dell'art. 2058 c.c. è quindi condizionato all'adattamento di diritto correlativo: non si tratta propriamente di applicazione analogica, ma metaforica. In tal senso il richiamo all'art. 2058 per fondare richieste di obbligazioni rimediali non soggiace ai limiti sistemici che una acuta e consapevole dottrina ha rilevato in relazione all'interpretazione evolutiva della disposizione: M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, Utet Giuridica, 2011, 911 ss.

do il dovuto mutamento di politica industriale risulti inattuabile o fallito), il creditore non avrà altro mezzo che l'espropriazione forzata (143). In considerazione della non appropriatività del diritto trans-soggettivo fatto valere in giudizio, il risarcimento del danno dovrà essere *eterodestinato*. Ciò discende dall'unità funzionale dell'obbligazione rimediabile (144).

L'entità della somma non sarà equivalente monetario del *danno appropriativamente inteso* (per la più volte rilevata irrisarcibilità per equivalente di un pericolo di danno apocalittico), né del costo della prestazione inadempita dal debitore condannato (calcolarlo significherebbe transitare nell'area appropriativa), ma di una *prestazione sostitutiva e assiologicamente satisfattiva* (quindi: incommensurabile dal punto di vista quantitativo, commensurabile dal punto di vista della dialettica sociale della protezione contro gli illeciti e della correzione redistributiva dei benefici conseguiti da danno ingiusto inferto ad altri (145)). La regola dell'eterodestinazione varrà anche per le somme che il condannato sia tenuto a pagare per effetto dei provvedimenti coercizione indiretta adottati dal giudice *ex art. 614 bis c.p.c.* Resta sempre fermo che la non appropriatività dell'interesse non consente alcun arricchimento patrimoniale dell'attore in giudizio.

La condanna al pagamento delle prestazioni pecuniarie dovrà indicare il o i beneficiari, riconoscendo in tal caso al soggetto obbligato al risarcimento un potere di controllo sull'impiego coerente della somma da parte del beneficiario creditore. Ciò è necessario, affinché i terzi (rispetto al processo per danno aquiliano climatico) non cadano in tentazione, soprattutto se appartenessero alla medesima cerchia politico-movimentista del-

(143) Su risarcimento in forma specifica ed esecuzione forzata in forma specifica e, in particolare, sulla sua estensione: A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, Cedam, 2002, 121 ss.; V. BAGHELET, *Il governo delle riparazioni "antieconomiche" e l'art. 2058 c.c.*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2023, 1 ss.; D. FREUDA, *Adempimento o risarcimento in forma specifica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, I, 276 ss.; M. MAGGIOLÒ, *Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica*, in *Danno resp.*, 2023, 29 ss.

(144) Sull'unità di funzione dell'obbligazione risarcitoria, classicamente, R. SCOGNAMIGLIO, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 201 ss.

(145) Funzione protettiva e funzione redistributiva non sono assimilate nel dibattito teorico generale sulla responsabilità civile: fondamentale, H. SHEINMAN, *Tort Law and Corrective Justice*, in *Law and Philosophy*, 2003, n. 22, 21 ss., in altra tradizione: G. BRÜGGEMEIER, *Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht*, in *Arch. civ. Pr.*, 1982, n. 182, 435 ss.

l'attore. È sommamente da evitare che l'introduzione dei diritti trans-soggettivi divenga un nuovo paradiso dei furbi, sì che il divieto di arricchimento degeneri in burla, facilmente aggirato da uno scambio di azioni tra movimenti: io chiamo in risarcimento il tuo avversario, tu il mio e così guadagniamo entrambi. Il potere di controllo dell'impresa condannata costituisce un ottimo deterrente.

La chiara consapevolezza della funzione dell'obbligazione rimediabile consente di superare le questioni sorte intorno alla tanto discussa regola della solidarietà risarcitoria nella causazione dell'illecito (146). L'inadeguatezza della regola rispetto a danni a causazione complessa, e quindi incerta, è stata più volte rilevata: in dottrina si cerca di reperire indici normativi specifici che consentano di derogarla per determinate materie. Sono soprattutto oggetto di discussione i casi nei quali l'illecito è necessariamente frutto di un'azione collettiva e non sia distinguibile l'apporto individuale di ciascuno degli agenti (147): da un lato — e questa strada è attestata nelle parallele discussioni che si svolgono in filosofia morale — si postula un dovere morale del gruppo degli agenti di assumere su se stessi le conseguenze dannose della condotta collettiva; dall'altro l'entità delle conseguenze e la ripartizione solidale del danno sono giudicati un sostanziale ostacolo alla funzione sociale protettiva della responsabilità civile: se tutte le imprese che esercitano un'attività ad alto rischio subiscono in modo indifferenziato le conseguenze delle scelte scellerate di soltanto alcune tra di esse, non soltanto mancherebbe ogni incentivo ad investire sulla sicurezza ma, al contrario, sarebbero premiate le imprese peggiori, le quali dapprima si avvantaggerebbero slealmente sulle imprese concorrenti non investendo in sicurezza e poi scaricherebbero sulle altre in modo paritario i rischi che esse stesse hanno generato.

Argomentazioni del genere — benché abbiano

(146) Nel danno ambientale la regola è superata dall'art. 311 comma 3 del codice dell'ambiente. Cfr. M. ORLANDI, *Concorso nel danno ambientale e teoria dell'equivalenza*, in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione* a cura di I. NICOTRA e U. SALANITRO, Torino, Giappichelli, 2010, 141 ss. (ivi, 158, critica dell'unicità del danno); A. D'ADDA, *La solidarietà risarcitoria nel diritto privato europeo e l'art. 2055 c.c. italiano: riflessioni critiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 279 ss.

(147) M. INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2020, 159 ss.; sul problema della causa ignota, fondamentale, F. PIRAINO, *Il nesso causale nella responsabilità contrattuale*, in *Giur. it.*, 2019, 709 ss.; ID., *Il nesso di causalità*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 399 ss.

avuto e avranno un indubbio valore euristico nella fondazione dei giudizi di responsabilità (148) — non conducono ad una tutela effettiva; al contrario, finiscono per distrarre l'attenzione scientifica sulla funzione della responsabilità civile, rinviando tutto ad una continua battaglia per la legislazione, come le tante discussioni sulla *due diligence* climatica testimoniano (149).

(148) Ancora una volta richiamiamo l'attenzione sulle considerazioni (intorno all'entità percentuale accertata nell'emissione di CO₂ a carico del convenuto in giudizio) di J.-E. SCHIRMER, *Klimabaftung und Kausalität*, cit., 103: asserire che, ad es., il fatto che una impresa contribuisca all'1% impedisca di individuare il nesso causale tra la sua condotta e l'illecito « provoca naturalmente la domanda successiva: quando inizia la rilevanza? A partire dal 5%, 10% o 20% e oltre? È certamente possibile vederla così, tuttavia ciò comporterebbe una significativa limitazione dei processi causali a molteplici componenti. Se si richiedesse, ad esempio, un contributo causale minimo del 5%, con 21 responsabili che contribuiscono in modo uguale, non ci sarebbero più contributi causali adeguati; con una soglia del 10%, il limite sarebbe già raggiunto con 11 responsabili. Scenari di responsabilità multicausale sarebbero così regolarmente esenti da responsabilità. Già in considerazione del principio sopra menzionato della responsabilità parziale, nessuno può desiderare ciò, e questo non corrisponde neppure alla linea giurisprudenziale seguita finora nei casi di danni con numerosi partecipanti, come i saccheggi spontanei o i blocchi aziendali ». La responsabilità parziale (*Teilhaftung*: § 830 BGB_ cfr. A. RÖTHEL, *Mehrere Deliktsbeteiligte: Mittäter, Alternativtäter, Nebentäter* (§ 830 BGB), in *Juristische Ausbildung*, 2019, 1058 ss.) rende utilizzabile qui soltanto in parte un eventuale argomento comparatistico. Schirmer ha poi ulteriormente chiarito la compatibilità tra l'attribuzione causale e la « dogmatica della causalità del diritto privato. Le incertezze residue scientifiche vengono compensate da una comprensione della causalità basata anche sulla probabilità; le relazioni causa-effetto non devono necessariamente essere vere, ma devono essere ritenute tali, nel *drama between plaintiff and defendant*, ai sensi del § 286 ZPO. La corresponsabilità suggerita dalla causalità scientifica, così come da ragioni di prevenzione ed efficienza, può essere trattata con il principio consolidato della responsabilità parziale, secondo il quale in caso di multicausalità la responsabilità è limitata alla propria quota di azione. La quantificazione spesso critica della quota di causalità — che in costellazioni di lento manifestarsi come nel caso RWE solleva poche difficoltà [*supra*, nota 14] — viene attenuata dal diritto privato attraverso una determinazione stimata ai sensi del § 287 ZPO. Dalla vasta congerie di possibili parti in una relazione bipolare, il criterio di adeguatezza seleziona i responsabili particolarmente esposti, che hanno aumentato significativamente il rischio di danno e per i quali il nesso causale era riconoscibile »: J.-E. SCHIRMER, *Nachhaltiges Privatrecht*, cit., 207 s. Per l'inciso in inglese cfr. H. DAGAN, *Reconstructing American Legal Realism & Rethinking Private Law Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 110 ss.

(149) *Supra*, § 5, *sub c*); L. RAJAMANI, *Due Diligence in International Climate Change Law*, in *Due Diligence in the International Legal Order* a cura di H. KRIEGER, A. PETERS e L. KREUZER, Oxford, Oxford University Press, 2020; S. DOWNS, *Civil liability for climate change? The proposed tort in Smith v Fontterra with reference to France and the Netherlands*, in *Review of European, Comparative & International*

La solidarietà nella riparazione del fatto illecito è regola rispondente ad un principio di compensazione non della vittima in sé, ma del suo credito risarcitorio, una volta accertato e liquidato il danno. La solidarietà, in sintesi, è null'altro che il riflesso dell'interesse appropriativo risarcitorio. Negli illeciti trans-soggettivi non appropriativi, tuttavia, cessa la ragione a sostegno della regola e si apre lo spazio applicativo del principio di protezione dagli illeciti. Responsabilità qui significa attivazione di una condotta che intende sé stessa altrettanto molecolare e diffusa del danno che si accerta (150). Il giudice, dismessa la boria ottocentesca di materializzare legge e ordine dell'universo statale-concentrazionario per la sola forza dei suoi *dicta*, assai più umilmente entra nel circuito dell'autopoiesi, provando a interferire nel suo corso, riorientandolo verso razionalità non distruttive né appropriate.

10. Azioni innocenti che uccidono. Causazione del danno ingiusto aggregativo e responsabilità da posizione eminente nella costituzione del danno climatico. — Le discussioni infinite sulla ricorrenza di modelli di responsabilità per colpa (e quindi i tentativi degli attori climatici di rimproverare al convenuto “il non poteva non sapere”) o di responsabilità oggettiva (con l'obiezione che le attività di impresa sarebbero distrutte dalla responsabilità) non hanno pertanto alcun senso in questa area della responsabilità di diritto correlativo (151): in tale ambito, chi svolge attività particolarmente coinvolte nel processo di causazione

Environmental Law, 2024, 1 ss.; M. RAJAVUORI, A. SAVARESI e H. VAN ASSELT, *Mandatory due diligence laws and climate change litigation: Bridging the corporate climate accountability gap?*, in *Regulation & Governance*, 2023, n. 17, 944 ss.; L. HÜBNER, *Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022, 512 ss.

(150) Per tale ragione non appare corretto ricorrere alla teoria della *market share liability* (cfr., comunque, PAGE, *Write This Down*, cit., 1469 ss.): si tratta pur sempre di uno strumento rivolto alla attribuzione di una compensazione per l'illecito, vale a dire alla somministrazione di risarcimenti (monetari o in forma specifica) commisurati ad interessi appropriativi. Non a caso il suo terreno di elezione è stata la responsabilità da farmaco dannoso in funzione di protezione dell'interesse risarcitorio appropriativo delle vittime.

(151) KALIS, *Justitierbarer Klimaschutz in Deutschland*, cit., 230 ss., il quale nota seccamente che « l'ipercomplessità del mutamento climatico globale quale ostacolo alla ricerca giudiziale della verità è un mito (ripetuto) » (ivi, 290). Nelle discussioni tradizionali di diritto irrelativo si rileva di frequente l'inadeguatezza individualista dei rimedi civilistici usuali: T. BODEWIG, *Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden*, in *Arch. civ. Pr.*, 1985, n. 185, 505 ss.; cfr. anche G. SPINDLER, *Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht*, ivi, 2008, n. 208, 283 ss.

molecolare (imprese fossili) è chiamato a solidarietà riparativa in ragione della propria attività (152). Siamo tuttavia fuori dall'area del rischio di impresa: qui non vige il criterio della maggiore controllabilità del rischio da parte del produttore rispetto al terzo danneggiato (153); l'impresa fossile non è chiamata a risarcire il danno al danneggiato, soggetto confinato (in quanto titolare di una situazione soggettiva appropriativa lesa) né a risarcire i danni individuali subiti (risarcibili invece in un diverso processo per lesione di diritti soggettivi, se e solo se dimostrabili secondo la causalità ordinaria di diritto irrelativo) né quindi da tutti gli abitanti del pianeta (sarebbe divertente osservarne la costituzione in giudizio). Non è il *rischio*, ma la *posizione* di impresa il fondamento della responsabilità; non ne consegue il risarcimento del *danneggiato*, ma il contributo alla riparazione del *danno* (senza soggetto confinato cui attribuirlo). Argomentiamo più diffusamente, adesso (154).

La catena delle emissioni di CO₂ è lecita: lecita, debitamente autorizzata da provvedimenti amministrativi e amministrativamente vigilata, la produzione industriale; lecita tutta la catena distributiva, altrettanto regolamentata; leciti gli acquisti di energia necessaria a far funzionare oggetti dei quali si dispone lecitamente. L'effetto conclusivo di questa grande catena della liceità è la catastrofe. Siamo tutti innocenti, eppure le nostre azioni uccidono (155). Chiediamoci come faccia una catena

infinitesimale di atti leciti a produrre l'estinzione delle basi biologiche del diritto senza che giuristi abbiano null'altro da dire che "datemi un testo!" (come se un testo servisse a qualcosa).

Il punto fondamentale che ha portato alla paralisi della comprensione è *l'impossibilità della consueta strategia giuridica divisionale a fronte di fenomeni essenzialmente aggregativi*. Non si può dividere il fiume nelle sue gocce; non si può dividere l'agentività collettiva climatica nelle sue singole azioni: nessuna da sola è letale, molte lo sono, non tutte sono necessarie. Se in un contesto essenzialmente aggregativo isoliamo un evento (le emissioni di un agente) e ci indostriamo a cercare gli stati soggettivi rilevanti, la sufficienza o adeguatezza delle cause (156), la parte di danno imputabile a ciascuno, si innesca un regresso infinito di incoscienze non imputabili (o di imputabilità impossibile da dimostrare singolarmente), che conduce all'annichilimento di ogni giudizio di responsabilità e termina con la riduzione del diritto al nulla. Processare un ente per il suo atto, per la sua presenza all'interno della catena, per il suo essere ente-frammento di un Essere, il quale solo ha identità, sarebbe come chiamare in tribunale una goccia d'acqua per darle la colpa di essere un fiume inquinato.

Nei processi per danno climatico si dibatte sovente sulla impossibilità di risarcire le emissioni cosiddette *Scope 3* (157): le emissioni di CO₂ da parte dei soggetti che fanno uso dell'energia prodotta dall'impresa. Computare le emissioni di terzi, utilizzatori finali della catena produttiva e distributiva, sarebbe come — dicono sempre le difese delle imprese fossili convenute — chiamare in giudizio i produttori di armi per risarcire i danni compiuti dai delinquenti che le abbiano comprate e poi usate per uccidere (158). L'analogia è sbagliata, poiché non si distingue qui tra uso lecito e illecito del bene acquistato. La catena delle emissioni è una sequenza di atti leciti che producono una catastrofe, la quale non può non essere un

(152) La causazione molecolare di danni da lesione di diritti trans-soggettivi non appropriativi è quindi un'area nuova, inesplorata dal pensiero giuridico. Ma ciò non toglie che, in pagine dotte quanto tormentate e intelligenti, là dove si postulò un « danno meramente non patrimoniale » (M. ORLANDI, *Danno e conseguenza*, in *N. dir. civ.*, 2023, n. 7, 22) non si sia giunti alle soglie della riparazione degli interessi rilevanti e non appropriativi.

(153) P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961, 313 ss.

(154) L'indagine richiederebbe un approfondimento storico: possiamo soltanto rinviare a S. MEDER, *Schuld, Zufall, Risiko: Untersuchungen struktureller Probleme privatrechtlicher Zurechnung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1993, 252 ss. Un ripensamento critico in A. BELFIORE, *Responsabilità (Struttura del giudizio e prestazione risarcitoria)*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, III, Napoli, Jovene, 2018, 1519 ss.; Id., *Il binomio « causalità giuridica - causalità materiale » e i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 117 ss.

(155) Diversa è l'ipotesi di danno cosiddetto anonimo (quando il responsabile fa parte di un gruppo, ma è impossibile da individuare): G.E. NAPOLI, *Il danno cagionato da un soggetto non individuato di un gruppo*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, II, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, 1531 ss.; R. CALVO, *Anonimato e illecito civile*, in *Studi economico-giuridici dell'Univ. Cagliari*, LXIV (2023), 57 ss.

(156) Sul criterio della causa adeguata INFANTINO, *La causalità nella responsabilità extracontrattuale*, cit., 106 ss.

(157) La classificazione delle emissioni come "Scope 1, 2, 3" è introdotta da norme tecniche uniformi per calcolare la quantità di CO₂ attribuibile ad un'impresa (la sua, si dice, "impronta carbonica"): *store.uni.com*.

(158) Sulla *guns litigation* cfr. L.S. MULLENIX, *Outgunned No More? Reviving a Firearms Industry Mass Tort Litigation*, in *Southwestern Law Review*, 2020, n. 49, 390 ss.; ma adesso, anche con riferimento al danno ambientale e climatico, Id., *Public Nuisance. The New Mass Tort Frontier*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, 131 ss. (*retro*, nota 126).

danno ingiusto (159). Insomma: siccome è palesemente sbagliato asserire che la distruzione del pianeta sia un evento giusto, conseguenza dell'accumulazione di atti individualmente leciti, il problema non è provare il danno aquiliano (che esiste evidentemente), ma mutare la forma di conoscenza del fenomeno (160): esso è essenzialmente incrementale, diffuso, rilevante per la sua aggregazione collettiva e apocalittica; non può essere compreso dividendo: isolando il non isolabile, qui la conoscenza giuridica si condanna all'afasia del nulla.

Premessa assiomatica è che l'apocalisse climatica sia un danno ingiusto aggregativo. Identificata la grande catena del danno climatico quale realtà anti-giuridica secondo il diritto correlativo (poiché distrugge le basi fisico-biologiche della convivenza

(159) Registriamo una notevole sentenza (con maggioranza 3 a 2) della *Supreme Court* londinese, nella quale si è deciso che nel processo di rilascio di concessioni relative allo sfruttamento di petrolio e gas sia necessario tener conto delle emissioni *Scope 3*: *Supreme Court, R (on the application of Sarah Finch on behalf of the Weald Action Group) v Surrey County Council and others*, 20 giugno 2024, in www.supremecourt.uk. La Corte censura recisamente la pretesa insindacabilità dei criteri di computo dell'impatto di una attività di emissione: se fosse consentito ai *decision makers* di selezionare quali conseguenze siano rilevanti e quali no, ciò significherebbe ammettere un « processo decisionale imprevedibile, incoerente e arbitrario » (ivi, § 133); la causalità deve pertanto ritenersi pacificamente ammessa: « espressa in termini di condizioni necessarie e sufficienti, non si tratta semplicemente di un caso in cui il test del "but for" [*conditio sine qua non*] è soddisfatto nel senso che, se non fosse per l'estrazione del petrolio, il petrolio rimarrebbe nel sottosuolo e quindi non verrebbe bruciato come combustibile. Secondo i fatti accettati, l'estrazione del petrolio non è solo una condizione necessaria per la essere bruciato come combustibile; è anche sufficiente a provocare tale risultato, poiché è pacifico che estrarre il petrolio dal sottosuolo garantisce che esso venga raffinato e bruciato come combustibile [...] una situazione in cui X è sia necessario che sufficiente a provocare Y è la forma più forte possibile di connessione causale — molto più forte di quanto sia richiesto come test di causalità per la maggior parte degli scopi legali » (ivi, § 80, corsivo nostro). Cfr. D. SHAPOVALOVA, *Downstream Emissions as Climate Impacts: On the UK Supreme Court's Landmark Finch Decision*, in verfassungsblog.de, 20 giugno 2024; sulla questione, ma anteriormente al caso *Finch*: ID., *Climate change and oil and gas production regulation: an impossible reconciliation?*, in *Journal of International Economic Law*, 26 (2023), 817 ss. Interessante (si tratta però di un giudizio di primo grado) la decisione di una corte norvegese (*Greenpeace Nordic and Nature & Youth v. Energy Ministry (The North Sea Fields Case)*, 18 gennaio 2024, in *climatecasechart*) secondo la quale è inammissibile l'esclusione delle emissioni *Scope 3* dalla valutazione di impatto ambientale: ne riferisce E. COLOMBO, *Is the Norwegian Paradox Coming to an End?: Being a Petrostate in a World on Fire*, in verfassungsblog.de, 30 gennaio 2024.

(160) A. BIARD, *Index non Calculat? Judges and the Magnitude of Mass Litigation from a Behavioural Perspective*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2015, n. 4, 597 ss.

umana), il diritto sposta la sua strategia decisionale nel cercare una soluzione diversa dalla soluzione impraticabile: colpa collettiva. La soluzione: "tutti responsabili!" può avere infatti un valore pragmatico dal punto di vista dell'agire politico (161), ma dal punto di vista giuridico-processuale è insostenibile. Da questa insostenibilità discendono le ben note spinte ad una innovazione politica che si traduca in un cambiamento legislativo, progetto palesemente fallimentare per le ragioni prima elencate (162). La colpa collettiva politica, la responsabilità morale per il destino dell'umanità sono principi culturali che rientrano nel sistema giuridico per aprire la strada alla soluzione dei conflitti individuali, secondo coordinate irriducibili al giudizio aquiliano tradizionale di diritto irrelativo. La *responsabilità civile giuridica* di un agente collettivo (163) nella causazione di un danno climatico (infinitesimale, incrementale, aggregativo) è conseguenza della sua posizione eminente nel processo economico-sociale costitutivo del pericolo: le imprese energetiche e le imprese a grande impatto climalterante sono pertanto civilmente responsabili non perché i loro atti, singolarmente considerati, siano illeciti, ma perché la loro posizione eminente nella catena degli eventi diffusi e aggregati e i profitti da tali atti conseguiti sono ragione adeguata per qualificare illecita l'*attività* e ingiusto il danno (per lesione di diritti trans-soggettivi), per collegare attività e conseguenze climalteranti (collegate in ragione della posizione eminente nel ciclo del danno) e per chiedere a tali imprese (non il risarcimento, ma) (164) la partecipazione all'inver-

(161) H. ARENDT, *Responsabilità collettiva*, in Id., *Responsabilità e giudizio* a cura di J. KOHN, Torino, Einaudi, 2004, 135 s.; L. FONNESU, *La responsabilità tra teoria e storia. Una proposta*, in *Etica e responsabilità* a cura di F. MIANO, Napoli-Salerno, Orthotes, 2018, 45 ss.; J. THOMPSON, *Collective Responsibility for Historic Injustices*, in *Midwest Studies in Philosophy*, 2006, XXX, 154 ss.

(162) *Supra*, § 6; P. IMPERATORE e E. LEONARDI, *L'era della giustizia climatica*, Napoli-Salerno, Orthotes, 2023.

(163) Un tentativo di lasciar transitare la responsabilità dall'individuale al collettivo in R.A.B. BUSH, *Between Two Worlds: The Shift from Individual to Group Responsibility in the Law of Causation of Injury*, in *UCLA Law Review*, 1986, n. 33, 1473 ss.; ma, forse non senza sorpresa, interessante era il modello di responsabilità ambientale collettiva delineato, anni addietro, da G. WAGNER, *Kollektives Umweltschadungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, 104 ss., 263.

(164) La obbligazione da posizione nella catena degli eventi climalteranti ha indubbie analogie con quanti sostengono la teoria della causalità adeguata (in alternativa alla causalità sufficiente) nella responsabilità civile climatica. Le obiezioni (WAGNER, *Klimabastung vor Gericht*, cit., 55 ss.; WEIGELT, *Haftung Privater für Beiträge*, cit., 165 ss.) sono qui inconferenti, proprio perché non si tratta di responsabilità

sione del ciclo sociale tossico, mediante l'imposizione su di esse di un'obbligazione rimediabile.

11. *Il diritto della responsabilità civile climatica nella trasfigurazione trans-soggettiva.* — In conclusione, una domanda sul senso della proposta avanzata: a fronte di molti *no*, che si sarebbero dovuti pronunciare da tutori della dogmatica che c'è, la figura dei diritti trans-soggettivi è un *si* che vuol presentarsi interno al sistema, lettura alternativa del diritto che c'è, recupero di una genealogia protettiva della responsabilità civile. Riflettendo sulla *climate change litigation*, Douglas Kysar, uno dei suoi studiosi più acuti, ha parlato di «vita pubblica del diritto privato» (165). Espressione molto bella, benché nel disegno originario volta a liberare i giudizi di responsabilità per danno climatico dall'onere politico impossibile di salvare il mondo. Il lato pubblico del diritto privato è la sua vocazione collettiva, la funzione di strumento di riequilibrio della giustizia, anche nella sua correlazione fisico-biologica. Lato pubblico svolto mediante i metodi del diritto privato: identificando pretese, offrendo tutele ai danni.

Ma occorre soprattutto prestare attenzione ad uno scritto di Gunther Teubner di alcuni anni precedente, tra i maggiori lavori sul danno ambientale, colpevolmente trascurato dai civilisti (166). Teubner disegna uno scenario nel quale i discorsi sulla responsabilità lasciano emergere la realtà dell'agire collettivo e agevolano la creazione di forme di cooperazione entro l'agire sistemico incidente sull'ambiente. In questo scenario la responsabilità opera come strumento per la transizione dall'individualismo metodologico ad una dialettica istituzionale pluralista. Obiettivo polemico diretto è, di conseguenza, ogni tentativo dottrinale rivolto a manipolare la causalità individuale nell'imputazione del danno ambientale (167). Continuare a cercare la soluzione im-

maginando *un* danneggiante che causa *un* danno è pernicioso finzione categoriale. Coloro che svolgono attività pericolose per l'ambiente costituiscono una «comunità di rischio» ed incorrono in «responsabilità collettiva asimmetrica» (168): comunicazione di rischio e costituzione non intenzionale di «bacini di rischio» dotati di agentività o soggettività attenuata sono i nuovi protagonisti di questo scenario. Se questo è il percorso, come percorrerlo? Come attuare queste finalità *oggi*, come agire da giuristi, in tribunale, affinché l'evoluzione disegnata si compia realmente e non si giunga, all'inverso, all'afasia dogmatica dell'intellettuale che sappia dire soltanto *no*, illuso che capitalismo industriale e legislazione internazionale lo cavino fuori dalla trappola nella quale da solo si è imprigionato?

Riprendendo di recente i temi teubneriani sul danno ambientale e declinandoli questa volta esplicitamente sul danno climatico, Malte Gruber pone lucidamente il problema delle forme processuali (169): la struttura binaria del processo, rivolta alla richiesta di risarcimento di un responsabile, mostra la sua inadeguatezza a risolvere questioni eminentemente istituzionali e pertanto collettive. Non a caso tale autore cerca un percorso trasformativo attraverso il processo, ove centrale è l'eterodestinazione del risarcimento, sia pure perseguito per altra via rispetto a quella qui proposta (170). Che il fatto illecito possa produrre un arricchimento difficile o impossibile da rimediare con gli ordinari strumenti risarcitori è noto da

ambientale era manifestata già da G. BRÜGGEMEIER, *Jenseits des Verursacherprinzips? Zur Diskussion um den Kausalitätsnachweis im Umweltaftungsrecht*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1991, n. 74, 297 ss.; ID., *Umweltaftungsrecht - Ein Beitrag zum Recht in der Risikogesellschaft*, in *Kritische Justiz*, 1989, n. 22, 209 ss.

(168) TEUBNER, *Die unsichtbare „Cupola“*, cit., 97; ID., *Ibridi ed attanti*, cit. 59: chiamato a rispondere è «solo un membro del collettivo della responsabilità, il convenuto, mentre gli altri membri restano invisibili nelle nebbie di rapporti causali non chiariti».

(169) M.-C. GRUBER, *Die Cupola im Anthropozän: Klimahaftungsklagen der Zukunft*, in *JZ*, 2023, n. 78, 417 ss.; la necessità di allargare l'indagine alle forme processuali di attuazione dei diritti era già ben presente in ID., *Fluide Zivilverfahren. Zur prozessualen Präsentation von Ermöglichungs- und Gegenrechten*, in *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* a cura di FISCHER-LESCANO, FRANZKI e HORST, cit., 227 ss.

(170) GRUBER, *Die Cupola*, cit., 422 ss. La tutela collettiva per la protezione istituzionale trova un modello nel § 10 UWG, la legge tedesca sulla concorrenza. Tale disposizione stabilisce la confisca del profitto conseguito mediante illecito concorrenziale (*Gewinnabschöpfung*); legittimate ad agire sono anche associazioni private.

da risarcimento, ma da rimedio (in una accezione rigorosa e non confusiva dell'uno e dell'altro).

(165) D.A. KYSAR, *The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2018, n. 9, 48 ss.

(166) G. TEUBNER, *Die unsichtbare „Cupola“: Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung*, in *Kausalität und Zurechnung. über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen* a cura di W. LÜBBE, Berlin, W. de Gruyter, 1995, 91 ss., trad. it. di L. Zampino, in TEUBNER, *Ibridi ed attanti*, cit., 53 ss.: «Sembra che i giuristi non possano sopportare la vista della Cupola. Non vogliono vedere che non appena il diritto allenta l'esigenza di causalità tra azione e danno crea necessariamente forme collettive di responsabilità»: ivi, 59 (ID., *Die unsichtbare „Cupola“*, cit., 96).

(167) L'esigenza di andare oltre la causalità nel danno

tempo (171) ed è stato di recente nuovamente discusso rispetto a talune disposizioni normative in tema di retroversione degli utili (art. 125 c. propr. ind. e art. 158 della legge sul diritto d'autore) (172). Interrogarsi sulla natura speciale o eccezionale di queste disposizioni sarebbe solo perdita di tempo. Spetta alla scienza giuridica individuare la necessità di condurre la logica del risarcimento oltre sé stessa, nel fondo genealogico delle categorie giuridiche della responsabilità (173). Ci si può arricchire, negozio dopo negozio, rosicchiando piccoli guadagni violando diritti altrui; ci si arricchisce provocando danni "a strascico", infliggendo piccole perdite, tali che nessun singolo danneggiato avrebbe interesse ad agire per il risarcimento (174): così, allora, è possibile produrre a strascico anche danni climatici, rosicchiando opportunità di vita agli uomini, rosicchiando non il loro patrimonio, ma le basi della vita stessa presente e futura, fidando che la tutela pubblica attuale sia largamente inefficiente, accumulando profitti ingiusti da atti individualmente leciti (175).

In tali casi, si tratta di « cecità giuridica » del

(171) R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, Utet, 1959 (rist. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1980), 229 ss.; da altra prospettiva A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, Giuffrè, 1998; ricorda che il danno è alla base non soltanto della responsabilità civile ma anche dell'arricchimento ingiustificato, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2006, 642.

(172) S. GATTI, *Il problema dell'illecito lucrativo tra norme di settore e diritto privato generale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2021, 342 ss.; P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 1065 ss.

(173) Le discussioni sulla funzione correttiva o distributiva della responsabilità civile appassionano particolarmente la letteratura inglese e americana: da diverse prospettive, J. GARDNER, *Torts and Other Wrongs*, Oxford, Oxford University Press, 2019, 79 ss.; T. KEREN-PAZ, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*, Aldershot, Ashgate, 2007, 65 s. Tale dibattito è tuttavia interno alla funzione dei diritti appropriativi; irrilevante quindi nell'ambito dei diritti transoggettivi che non hanno funzione correttiva né distributiva (di utilità tra individui).

(174) In tedesco si discorre di *Streuschäden*: M.M. WEIS, *Zur Bekämpfung von Streuschäden — zugleich ein Beitrag zur Ausweitung des § 10 UWG*, Stuttgart, Boorberg, 2012, 132 ss.; R. SCHAUB, *Streuschäden im deutschen und europäischen Recht*, in *JZ*, 2011, 13 ss.

(175) Anche in tal caso occorrerà superare l'obiezione della irrisarcibilità di questo genere di danni, argomentando che il loro essere diffusi e anonimi non impedisce di individuare un insieme di soggetti interni al bacino di rischio generato dai loro stessi arricchimenti: GRUBER, *Die Cupola*, cit., 420 s.; criticamente invece G. WAGNER, *Kollektiver Rechtsschutz — Regelungsbedarf bei Massen- und Streuschäden*, in *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammel-*

diritto privato irrelativo, non di assenza di danni rimediabili. I quali ci sono, ma non sono apprezzabili come danni ad individui, bensì a collettività, eguali portatrici di « interessi meritevoli di tutela »: « l'obiettivo deve essere quello di compensare nell'ambito della responsabilità civile i deficit applicativi del diritto privato, derivanti innanzitutto dalla esclusione delle entità danneggiate dal funzionamento individualistico a due parti dell'attuale giurisdizione civile, funzionamento soltanto contingente » (176).

Possiamo finalmente riprendere la domanda, riformulata: se il futuro del diritto civile è nel governo collettivo dei fenomeni prodotti da istituzioni private, se il futuro del processo è rendersi parte di un sistema complesso di accertamento e amministrazione delle condotte organizzate e di tutela di entità naturali, come fare, affinché prospettare queste tendenze evolutive *future* non inneschi *oggi* una diffusa crisi di rigetto da parte delle istituzioni giuridiche e giudiziarie vigenti (177), troppo lontane da questi scenari, aggrappate ad un'identità legalistica appropriativa che in questo desiderio scientifico scorge soltanto avventurismo e follia?

Il lavoro destituito delle forze conservatrici è agevolato nel danno climatico assai più che in quello ambientale: formare « bacini di rischio » (178), attendere che il sistema sociale elabori nella propria autonomia criteri razionali per la definizione delle reti agentive rilevanti nella responsabilità climatica è sommamente difficile. I tempi lunghi e a lungo incerti dei processi sociali innescati dai cambiamenti climatici giocano a favore della strategia conservatrice del differimento oscuro e dell'oscura diffusione di scetticismo paralizzante. La proposta di pensare la *climate change litigation* quale strumento ausiliare nella lotta contro le disegualianze strutturali nelle dinamiche discorsive intorno al clima trova nella categoria dei diritti trans-soggettivi il proprio fulcro sul piano del diritto civile. Il processo civile che li difende può svolgersi ancora nelle forme del giudizio tra attore e convenuto, ove tuttavia il primo non porta un

lage? a cura di M. CASPER, A. JANSSEN, P. POHLMANN e R. SCHULZE, München, Sellier, 2009, 41 ss.

(176) GRUBER, *Die Cupola im Anthropozän*, cit., 421.

(177) Del genere di coloro i quali dichiarino, tra finezze indubbie d'analisi, che « la protezione dell'ambiente non possa essere costruita nel diritto civile senza compiere rotture sistematiche »: D. MEDICUS, *Zivilrecht und Umweltschutz: Zur Abteilung Umweltrecht*, in *JZ*, 1986, 780.

(178) TEUBNER, *Ibridi ed attanti*, cit., 63 (*Risiko-pools* nell'originale: ID., *Die unsichtbare "Cupola"*, cit., 94); GRUBER, *op. ult. cit.*, 427 ss.

interesse appropriativo e il secondo non è il colpevole di tutti i danni che ha contribuito a generare, ma è riconosciuto parte di una catena di eventi che lo costituiscono debitore di un rimedio. In tal modo il processo opera mediante iniziativa individuale, ma la sua finalità è apertamente collettiva (etero-destinazione del rimedio).

Tutto questo è sufficiente a mettere in moto l'auspicata inversione operativa nel sistema giuridico? E questa inversione, se attuata, sarà adeguata a contrastare davvero la catastrofe climatica? Sappiamo che da sola non basterà. Ma l'essere, l'essere visibili, l'essere operanti, dei processi catalizzerà la comunicazione sociale e porterà, forse, ad un riequilibrio del deficit strutturale prima illustrato. L'alternativa per i giuristi è continuare a ripetere *no* a fronte di un danno che esiste, ma cui si dice non vi sia rimedio senza che agisca un potere pubblico, cui si crede estraneo ogni discorso sull'agire individuale per i diritti collettivi, come se i diritti trans-soggettivi fossero favole politiche (179). Si diceva lo stesso anche dei diritti fondamentali tra privati in Costituzione, qualche decennio fa. E lo si ripeteva all'infinito, trasformando una tesi in una convenzione, una convenzione in un assioma, un assioma in una ipnosi (180): un tecnicismo irresponsabile si fregiava di insuperabili necessità sistematiche. Quella cultura ha avuto molte responsabilità; più responsabile sarà il pensiero a venire.

Pasquale Femia

(179) R.H. WEAVER e D.A. KYSAR, *Courting Disaster: Climate Change and the Adjudication of Catastrophe*, in *Notre Dame Law Review*, 93 (2017), 354 s.; « L'errore del giudice nichilista consiste nel rifiutare la responsabilità nei confronti dell'eccezionale e dell'indeterminato. In vari modi, apertamente o in modo nascosto, i giudici nichilisti abdicano al loro dovere di decidere a causa della natura complessa o drammatica di un danno e del rimedio che sembra necessitare. Per esempio, i giudici sembrano credere che, a meno di ordinare una ristrutturazione radicale dell'economia globale, la loro unica opzione nelle cause sul cambiamento climatico sia evitare di esercitare la giurisdizione fin dall'inizio. Di nuovo, intrappolati in una scelta binaria tra diniego e nichilismo, la maggior parte dei tribunali opta per quest'ultimo ».

(180) WEAVER e KYSAR, *op. cit.*, 356: « Ma la trasformazione dell'ermeneutica giurisdizionale in una *routine* non la rende legittima. Accettiamo nuovamente che i ricorrenti in questi casi possano anche aver fallito nel merito. Tuttavia, la valutazione nel merito deve comunque rimanere disponibile come foro pubblico per lo sviluppo e l'articolazione comune dei diritti e dei doveri dei cittadini nella nostra politica democratica. Nei momenti di crisi, quando il nostro universo normativo tende al collasso, questa richiesta ai tribunali diventa sempre più insistente. I tribunali inevitabilmente falliranno nel dare una risposta completa alla catastrofe, ma devono provarci. E potrebbero scoprire [...] che il tentativo stesso ridefinisce il paesaggio normativo ».

FONTE. — Art. 2, 3, 9, 24, 41 cost.; art. 7 reg. (UE) n. 864/2007; art. 1173, 1218, 1223, 2043, 2055, 2058 c.c.; art. 614-bis, 840-bis c.p.c.; art. 311 del codice dell'ambiente.

LETTERATURA. — Nell'immensa bibliografia segnano in profondità il dibattito: M.-C. GRUBER, *Die Cupola im Anthropozän: Klimabaftungsklagen der Zukunft*, in *JuristenZeitung*, 78 (2023), 417 ss.; D.A. KYSAR, *The Constitutional Claim to Individuation in Tort — A Tale of Two Centuries, Part 2*, in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law*, 18 (2023), 1, 155 ss.; R.H. WEAVER e D.A. KYSAR, *Courting Disaster: Climate Change and the Adjudication of Catastrophe*, in *Notre Dame Law Review*, 93 (2017), 295 ss.; J. ROCHFELD, *Justice pour le climat! Les nouvelles formes de mobilisation citoyenne*. Paris, Éditions Odile Jacob, 2019; J.-E. SCHIRMER, *Nachhaltiges Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023; G. WAGNER, *Klimabaftung vor Gericht*, München, Beck, 2020.

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANIA BARIATTI - MARTA CARTABIA - CLAUDIO CONSOLO

GIOVANNI D'AMICO - RICCARDO DEL PUNTA - FABRIZIO DI MARZIO

MASSIMO DONINI - BERNARDO GIORGIO MATTARELLA - LAURA MOSCATI

FRANCESCO RICCOBONO - ROBERTO ROMEI

pubblicazione fuori commercio

Isbn 9788828831990