

Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali

di Vincenza Conte¹

Abstract: *For a civil law theory of climate damage. Non-appropriative interests, procedural techniques for trans-subjective rights, intergenerational dimension of fundamental rights.* - The 'intertemporal' dimension of fundamental rights conceptually justifies an autonomous legal framing of the so-called 'climate damage'. This paper aims to investigate, in the light of 'constitutional civil law', the issue of liability for 'climate change' damage, going beyond the classic reference to 'environmental change' damage, and identifying to this end a more meaningful remedial apparatus. The inherently intergenerational nature of the problem is reflected in the protection of the fundamental interests of future generations; (*in*)appropriate interests that claim, on the part of the jurist, the identification (and subsequent application) of adequate and reasonable remedies. Emphasized, in this respect, is the limitation of the legal instruments traditionally used to cope with environmental issues, while the natural regulatory vocation of private law, together with the peculiarity of the subjective legal situations involved, makes it possible to place the right to climate protection within the category of so-called *trans-subjective rights*, imposing its enhanced protection on both the substantive and procedural sides.

Keywords: Climatic damage; Trans-subjective rights; Environmental judicial remedies; Intertemporality of fundamental rights for future generations.

1. Il danno civile climatico e la riduzione conforme a costituzione dell'art. 311 cod. amb

Nell'ambito del vivace e inarrestabile dibattito transnazionale, che negli ultimi decenni ha catalizzato l'attenzione di giuristi e studiosi delle più eterogenee discipline, il tema ambientale si staglia sempre più sulla scena internazionale, animando, su nuove basi, il proliferare di un dialogo fecondo, interdisciplinare e multisetoriale, intorno alla salvaguardia di un "valore" primario costituzionalmente garantito², in un'ottica di sviluppo

¹ Dottoranda di ricerca in "Diritto comparato e processi di integrazione", XXXVI ciclo, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Dipartimento di Scienze Politiche.

² Sull'emersione del valore dell'ambiente nell'esperienza comparata, incisivamente, D. Amirante, *L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo*

sostenibile e, alla stregua del più recente richiamo tra i principi fondamentali, dell' "interesse" alla tutela dei diritti inviolabili dei "futuri"³, soggetti giuridici non ancora esistenti.

La recente riforma dell'articolo 9 della Costituzione italiana rappresenta il segno tangibile del necessario contemperamento tra profili di tutela pubblica e di tutela privata affinché ne sia garantita l'effettività⁴, superando divisioni dottrinali formalistiche⁵ e dogmatiche⁶, e al fine di rintracciare, di volta in volta, soluzioni adeguate per far fronte ai rischi della modernità⁷.

In tale pluriforme ambito, le riflessioni che faranno seguito si pongono nella direzione di indagare la possibilità – accanto agli strumenti di diritto costituzionale e internazionale – di una tutela civile del danno climatico.

È noto che qualsivoglia discorso sulla tutela aquiliana del danno da cambiamento climatico deve confrontarsi con lo scoglio posto dalla disciplina del vigente art. 311 (*Azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale*) del codice dell'ambiente, che preclude ai privati l'esercizio dell'azione di danno ambientale ed affida la legittimazione ad agire 'in via esclusiva' al Ministero dell'ambiente (art. 311, co. 1). Considerata dal punto di vista della garanzia di effettività costituzionale, la radicale privazione di tutela imposta da tale disposizione normativa – che confina la tutela civile dell'ambiente unicamente ai casi nei quali si verifichi una lesione alla salute o alla proprietà – induce due possibili alternative ermeneutiche: incostituzionalità o interpretazione conforme. Quanto alla prima, già sostenuta da autorevole dottrina civilistica⁸, l'art. 311 sarebbe incostituzionale nella parte nella quale non consente ai privati l'esercizio della tutela ambientale (sia per danni all'ambiente in generale che al clima in particolare)⁹. La seconda direzione differenzia la sorte del danno da cambiamento climatico rispetto al danno ambientale. Posto che ogni norma

ambientale, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 1 ss.; Id., *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Milano, 2000.

3 L'espressione "futuri" è attribuibile agli studi in tema di generazioni future di F.G. Menga, *Responsabilità e trascendenza: sul carattere eccentrico della giustizia intergenerazionale*, in F. Ciaramelli e F.G. Menga (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto all'etica e alla politica*, Napoli, 2017; A. Aloia, *Generazioni future (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 331 ss.

4 Si veda P. Perlingieri e P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2^a ed., Napoli, 2004, 69 ss.; Una pregevole disamina in B. Pozzo, *La dialettica tra diritto privato e diritto pubblico nella tutela dell'ambiente*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, XII, Napoli, 2021, spec. § 2, 5 ss.; A. Quarta, *Fonti e metodi per una riforma del codice civile*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, 3 ss.

5 P. Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 428, nota 697.

6 Autorevolmente, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, 4^a ed., Napoli, 2020, 70 ss.

7 U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2003.

8 P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., IV, 330 ss.

9 P. Perlingieri, *o.c.*, 334: «[a] ciascuno va riconosciuto il diritto di agire», in considerazione del legame indissolubile tra l'ambiente e lo sviluppo della persona umana e del diritto per ciascuno ad una migliore qualità di vita.

debba essere interpretata nel senso conforme a Costituzione¹⁰, l'esclusione dei privati di cui all'art. 311 riguarderebbe soltanto il danno ambientale 'locale' (nel senso che sarà immediatamente chiarito) e non il danno da cambiamento climatico, in ragione del più grave impatto di quest'ultimo sui diritti costituzionali fondamentali.

Ai fini della presente indagine è possibile limitarsi alla constatazione che entrambe le soluzioni rendono inapplicabile l'art. 311 cod. amb. al danno climatico, sull'autonomia del quale è adesso necessario un approfondimento.

2. L'autonomia del concetto di danno climatico

Danno climatico e danno ambientale¹¹ si collocano su piani categoriali differenti, poiché diversificati sono i valori e gli interessi in gioco nel determinare le rispettive modalità di tutela. Non è mancata in dottrina la distinzione tra "ambiente", "clima" e, ancor più "ecologia", ove i distinti campi lessicali¹² sottendono ambiti problematici non omogenei.

Questione fondamentale è se il danno climatico rappresenti una *species* del *genus* 'danno ambientale' o se, in prospettiva inversa, sia un genere proprio, cui pertanto non sia applicabile (almeno non in via diretta) la normativa prevista per il danno ambientale. La risposta preferibile è senz'altro la seconda, poiché è possibile enucleare almeno tre caratteri distintivi, che saranno di seguito indicati.

a) *Globalità*. Il danno climatico investe l'intera biosfera: non è confinato ad uno specifico ambito territoriale né può qualificarsi quale danno di tipo settoriale. Una 'lesione' (per restare vicini alla terminologia aquiliana) al clima non è "geolocalizzata"; al contrario, colpisce, globalmente, il pianeta Terra.

b) *Temporalità costitutivamente intergenerazionale*. Il danno da cambiamento climatico incide su un arco temporale così esteso, ha carattere tendenzialmente irreversibile, dinamico e non circoscritto da costituire un *unicum*¹³, del tutto diverso da qualsiasi danno aquiliano con il quale sino ad adesso abbia dovuto confrontarsi la civilistica contemporanea (inclusi i danni c.dd. 'lungolatenti')¹⁴. Atteso, dunque, che il danno climatico si

10 P. Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, 42 ss.

11 U. Salanitro, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato* in *Rass. dir. civ.*, 2009. Ancor prima A. Gambaro, *Il danno ecologico nella recente elaborazione legislativa letta alla luce del diritto comparato*, in *Studi parlamentari*, 1986, 76 ss.; L. Francario, *Danni ambientali e tutela civile*, Napoli, 1990. In una prospettiva più ampia v. M. Pennasilico, *Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni*, in *Rass. dir. civ.*, 2016.

12 M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in questa *Rivista*, 1354 ss.

13 Appaiono qui i profili di "a-spazialità" e "a-temporalità", in perfetta assonanza con i tratti tipici dell'infosfera virtuale, indi del cyberspazio. Per tutti, C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, 15 ss.

14 F. Longobucco, *Ragionevolezza del termine di prescrizione e danni lungolatenti alla persona*, in G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia (a cura di), *L'«interpretazione secondo*

presenta quale danno futuro, *transgenerazionale*, è agevole dedurre che esso si colloca in una prospettiva temporale nella quale il soggetto che lamenterà il danno, con assoluta certezza, non esisterà più, né forse le prime generazioni che gli faranno seguito.

c) *Danno essenzialmente collettivo*. L'interesse sotteso al danno da cambiamento climatico è non appropriativo, non individuale, trans-soggettivo. Invero, il diritto soggettivo, anche se altruistico, è pur sempre appropriativo¹⁵. In prospettiva inversa, il danno climatico investe *in modo indivisibile* la collettività. Il danno climatico è pertanto «*patrimonialmente incommensurabile*»¹⁶.

Per converso il danno ambientale ha caratteri fisionomici specularmente opposti ai tre appena delineati¹⁷. Il danno ambientale (ad es. da inquinamento), infatti, può colpire con diversa gravità un numero (anche molto esteso, ma pure sempre) finito di persone. È danno territoriale temporalmente definito, o comunque definibile su estensioni temporali che si ascrivono all'arco di vita di un essere umano o dei suoi congiunti o aventi causa. È, infine, un danno soggettivamente delimitabile: per quanto ampia sia la cerchia dei soggetti danneggiati, essa non investirà mai l'intera collettività umana.

Le due tipologie di danno, da 'cambiamento climatico' e 'ambientale', non sono pertanto *species* di uno stesso genere, ma, alla luce dei valori costituzionali come oggi risultanti dalla Carta costituzionale e dal contesto internazionale, configurano due generi distinti. Va da sé che al danno climatico non si applichi la disciplina legislativa di fonte primaria sui danni ambientali (almeno mai in via diretta, e tutt'al più per analogia e solo se sussista nel caso concreto identità di *rationes*).

Costituzione» nella giurisprudenza. *Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, 523 ss.

15 *Infra*, § 5.

16 P. Femia, *Transsubjective Rights*, relazione presentata in occasione del Convegno internazionale: "Reducing Climate", ICI Berlino, 9-10 June 2022 (in corso di pubblicazione, letta per la cortesia dell'autore).

17 La letteratura in argomento è sterminata: tra i più risalenti si ricorda A. De Cupis, *La riparazione del danno all'ambiente: risarcimento, o pena?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, 401 ss.; P. Perlingieri (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991; B. Pozzo, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità*, Milano, 1996; A. Gambaro, *Il danno ecologico nella recente elaborazione legislativa letta alla luce del diritto comparato*, in *Studi parlamentari*, 1986, 76 s.; G. Cocco, *Tutela dell'ambiente e danno ambientale. Riflessioni sull'art. 18 della l. 8 luglio 1986, n. 349*, in *Riv. giur. amb.*, 1986, 489 ss.; E. Cesàro, (a cura di), *Danno ambientale e tutela giuridica*, Padova, 1987; G. Greco, *Danno ambientale e tutela giurisdizionale*, in *Riv. giur. amb.*, 1987, 529 ss.; M. Libertini, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 85; P. Trimarchi, *La responsabilità civile per danni all'ambiente: prime riflessioni*, in *Amministrare*, 1987, 189 ss.; M. Franzoni, *Il danno all'ambiente*, in *Contratto e impresa*, 1992, 1015 ss.; A. Luminoso, *Sulla natura della responsabilità per danno ambientale*, in *Contr. e impr.*, 1989, 894 ss.; L. Barbiera (a cura di), *Proprietà, danno ambientale e tutela dell'ambiente*, Napoli, 1989; B. Caravita, *Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, 578 ss.

3. I rimedi civilistici: a) l'inadeguatezza di una class action 'climatica' ex 840 bis c.p.c.

Nella prospettiva appena delineata, e su un piano di analisi comparativa, si prospettano due tecniche rimediali: la c.d. *class action* deconsumerizzata¹⁸ e l'*actio popularis* costituzionalizzata¹⁹; tecniche originariamente ben distinte, entrambe riconosciute a livello transnazionale, l'effettività delle quali a porsi quale rimedio al danno climatico deve ora essere oggetto di indagine.

La tutela civile non è certo esclusiva, essa svolge tuttavia una fondamentale funzione ausiliaria rispetto alla tutela costituzionale o amministrativa. Essa contribuisce ad attivare il discorso giuridico del costituzionalismo ambientale rafforzando il movimento sociale. È la funzione – ben nota ad es. nel diritto *antitrust*²⁰ – del *private enforcement*, della quale si discorre in modo sempre più convinto anche nelle tematiche ambientali²¹ fino a invitare ad una rimediazione dei modelli di giustizia costituzionale²².

È opportuno anticipare che la soluzione preferibile, posta la natura non appropriativa dell'interesse alla tutela del quale è dedicato il danno climatico, è configurare un'azione individuale a tutela di un bene essenzialmente collettivo, *sui generis*, azione priva delle peculiarità procedurali tipiche delle azioni di classe (prima fra tutte l'*opt in*), che

18 Introduce il dibattito in Italia A. Giussani, *Studi sulle 'class actions'*, Padova, 1996; Id., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008. Un'utile guida sul punto è fornita da M. Magistà, *Public interest litigation: origini e prospettive*, in *AIC*, 1/2019, 83 ss., ove l'a. fornisce un quadro dettagliato sugli strumenti di tutela in Italia, interrogandosi sulla compatibilità tra *public interest litigation* e l'ordinamento italiano. In una prospettiva più ampia, D. Baetge, *Class actions, group litigation & other forms of collective litigation*, in globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Germany_National_Report.pdf; A. Janssen, *Europa e 'class action': stato dell'arte e delimitazioni di campo*, in *Contr. impr. Europa*, 2009, 694 ss.

19 Cfr. A. Aragão, A.C. Carvalho, *Taking access to justice seriously: diffuse interests and actio popularis. Why not?*, in *2 Elni Review*, 2017, 42 ss.; A. Aragão, *Environmental Standards in the Portuguese Constitution*, in S.J. Turner, D.L. Shelton, J. Razzaquee, O. McIntyre, J.R. May (Eds.), *Environmental Rights. The development of standards*, Cambridge, 2019, 247 ss.

²⁰ Per tutti cfr. A. Pezzoli e G. Sepe, «Public» e «private enforcement»: c'è danno e danno..., in *An. giur. economia*, 2017, 355 ss.; A. Giannaccari, *In tema di private enforcement: sulla rotta giusta?*, *Mercato concorrenza regole*, 2017, 143 ss.

²¹ F. Sindico, M. Moïse Mbengue e K. McKenzie, *Climate Change Litigation and the Individual: An Overview*, in F. Sindico e M. Moïse Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, 2021, 1 ss.; J.A.W. Van Zeben, *The Untapped Potential of Horizontal Private Enforcement Within European Environmental Law*, in *22 The Georgetown International Environmental Law Review*, 2010, 241 ss.; A. Savaresi e J. Auz, *Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries*, in *9 Climate Law*, 2019, 244 ss.; S. Kingston, *The Democratisation of EU Nature Governance: Making EU Nature Law more Effective?*, in *Revue Européenne du Droit*, 2021, 144 ss.

²² T. Groppi, *La corte e 'la gente': uno sguardo 'dal basso' all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 1 ss.; V. Giordano, *Pratiche di judge-made law e democrazia dal basso*, in AA. VV. *Trasformazioni della democrazia*, Milano, 2016, 259 ss.

abbia invece natura di equivalente funzionale di un'azione popolare e fondata direttamente sul combinato disposto degli articoli 24 e 9 Costituzione. Tesi, lo si riconosce, eterodossa, ma costituzionalmente necessaria. Occorre, dunque, approfondirne la *ratio*.

All'indomani della sua approvazione, non è mancato chi abbia individuato nel danno ambientale un elemento significativo di novità tutelabile mediante il ricorso all'art. 840 *bis* c.p.c. (ciò che era impossibile nel regime antecedente alla riforma, limitato ai danni subiti dal consumatore)²³. Il riferimento a «tutti i diritti individuali omogenei», contenuto nel testo della disposizione predetta, eleva l'azione collettiva ad utile strumento posto a presidio di qualsivoglia interesse individuale e omogeneo dei componenti di una classe. La 'deconsumerizzazione' ha condotto lo strumento della *class action* in una dimensione totalmente nuova, più aperta alla tutela civilistica degli interessi di rilevanza collettiva. I diritti tutelati, benché "omogenei", restano tuttavia pur sempre "individuali". L'interesse cui il processo offre tutela resta comunque un interesse proprio del danneggiato: vi è dunque una perfetta corrispondenza tra natura dell'interesse (appropriativo), bene tutelato (bene in titolarità esclusiva del soggetto danneggiato) e rimedio contro la lesione (risarcimento del danno), tutti incentrati sulla soddisfazione di una aggregazione omogenea di diritti individuali, non di una entità collettivamente indivisibile²⁴.

Punto nodale appare l'appropriabilità o la non appropriabilità dell'interesse leso. L'interesse seriale omogeneo è pur sempre un interesse egoistico: si ripete più volte nello stesso modo o in modo sostanzialmente analogo, là dove ciascuno fa valere una propria posizione soggettiva posta a presidio di un interesse del titolare nelle forme classiche del diritto soggettivo. Nel caso del clima invece il bene leso non può in nessun modo dirsi appropriativo²⁵, giacché, come si è detto, il danno climatico è essenzialmente *collettivo*. Il rimedio deve, pertanto, apparire conforme alla

²³ S. Vitro', *La tutela collettiva: normative ed esperienze a confronto*, in *Giustizia insieme*, 2021 (online).

²⁴ Uno studio recente di tali questioni in F. Bertelli, *Profili civilistici del «dieselgate»*. *Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli, 2021, 47 ss.

²⁵ Utile tratteggiare le linee distintive di 'interesse appropriativo'. Detto semplicemente, quando un soggetto agisce in giudizio lamentando una lesione di un "suo" diritto e chiede un risarcimento del quale potrà essere egli stesso il titolare, giacché va a compensare una sua perdita. Così, anche quando il danno lamentato costituisca il riflesso di un danno all'ambiente sia patrimoniale (ad es. danno alle proprie coltivazioni o allevamenti) che non patrimoniale (danno alla persona), il bene tutelato dal rimedio resta pur sempre individuale, corrispondente alla tutela di un interesse appropriativo (tale è anche il danno alla salute: è il risarcimento alla *propria* salute che si chiede nelle forme della *class action*, non certo alla salute degli altri, per la quale in tale processo vi sarebbe un difetto assoluto di legittimazione). Si potrebbe obiettare che ciò non valga per le associazioni egualmente legittimate in forza del comma 2 dell'art. 840 *bis*; ciò è tuttavia soltanto frutto di una distorsione di prospettiva: le associazioni intervengono pur sempre per rafforzare la tutela dei diritti individuali (e l'interesse alla correttezza delle relazioni imprenditoriali resta pur sempre delimitato, localizzato, esteso su di un arco temporale corrispondente al ciclo di vita del soggetto titolare – tutte caratteristiche, come si è detto, che lo rendono estraneo al concetto di danno ambientale).

natura del danno prospettato; danno, ricordiamo, all'ecosistema e non ai singoli attori in giudizio.

La differenza tra danno ambientale e danno climatico risulta quindi con evidenza anche dal punto di vista rimediale. Ben si adatta al danno ambientale (non al danno climatico) la dizione di diritti "individuali omogenei": diritti individuali, patrimoniali e non patrimoniali, sì che il danno che l'individuo subisce sarà risarcito con una liquidazione a suo esclusivo vantaggio. Sia il danno alla salute o il danno alle coltivazioni, infatti, sono pur sempre danni derivanti dalla lesione di beni corrispondenti ad un interesse individuale appropriativo. Quanto detto risulta maggiormente chiaro ove si pensi alla procedura di liquidazione del danno, articolata dall'art. 840 *bis* e ss. L'adesione degli interessati in un momento successivo alla pubblicazione della sentenza (c.d. *opt in*), il ruolo del giudice delegato e del rappresentante comune degli aderenti, la formazione del progetto dei diritti individuali risarcibili (una procedura che ricorda l'accertamento del passivo fallimentare): tutto ciò è incompatibile con il danno climatico, ove il danneggiato non fa valere un interesse individuale, poiché il clima non è un oggetto appropriabile; al contrario esso è l'inappropriabile per definizione²⁶. Il dato risulta senza dubbio fondamentale, nella misura in cui riteniamo che l'interesse appropriativo collida con la logica sottesa al diritto *trans-soggettivo*. Nel diritto *transindividuale* o *trans-soggettivo*, invero, l'interesse a fondamento della situazione soggettiva – come si è detto – transita, si protrae oltre la sfera soggettiva del singolo²⁷. Di conseguenza sul piano rimediale appare congruo discorrere di '*eterodestinazione*' del risarcimento, come autorevole dottrina ha di recente osservato²⁸. Sarebbe del tutto contrario alla funzione del bene tutelato, infatti, consentire all'attore di incamerare il valore patrimoniale concesso come risarcimento. Se i valori prodotti dalle azioni ripristinatorie cui sia condannato il soggetto convenuto in giudizio, reputato *pro quota* responsabile del cambiamento climatico, fossero al contrario appropriabili da parte dell'attore, si assisterebbe ad un autentico fallimento regolativo, che svuoterebbe la funzione del giudizio di responsabilità in tale fattispecie.

La ricerca del rimedio adeguato e ragionevole²⁹ deve rivolgersi altrove.

²⁶ L'inappropriabile è un concetto all'attenzione della filosofia politica e giuridica contemporanea. Cfr., sia pure in prospettive non sempre coincidenti, P. Napoli, *Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le « commun » et les « biens communs »*, in 27 *Traces. Revue de Sciences humaines*, 2014, 211 ss.; S. Marchesoni, *Dell'inappropriabile. Agamben e la deposizione del soggetto*, in J. Orsenigo (a cura di), *Figure del soggetto. Eredità, genealogie, destituzioni*, Milano, 2017, 115 ss.;

²⁷ P. Femia, *Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in einen Sack zu fangen*, in A. Fischer-Lescano, H. Franzki e J. Horst (Hrsg.), *Gegenrechte. Rechte jenseits des Subjekts*, Tübingen, 2018, 343 ss.

²⁸ P. Femia, *Transsubjective Rights*, cit., § 3.

²⁹ Una riflessione imprescindibile sul ruolo dei rimedi in P. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., V, 115 ss.; nonché V. Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1045 ss.

4. Segue: b) l'azione popolare costituzionalizzata e il suo equivalente funzionale fondato sul combinato disposto degli artt. 9 e 24 cost.

Sul versante immediatamente opposto, seppur in una logica di soluzioni che sembrano intersecarsi, si colloca lo strumento dell'azione popolare. Con l'azione popolare, si agisce per la tutela di un interesse sostanzialmente e indivisibilmente collettivo: un interesse 'comune' cui tale azione, a torto lungamente ritenuta una reliquia del passato, offre tutela rivolgendosi ad ambiti ove «si svolgono le attività individuali e quotidiane»³⁰ che sfuggono alla dicotomia pubblico-privato.

Il concetto di azione popolare affonda le sue radici nel diritto romano³¹. Nelle sue esperienze storiche non sempre fortunate ha rappresentato un modo di far valere un diritto del singolo, ma unicamente in quanto appartenente alla collettività, anche laddove la sua legittimazione processuale fosse eventuale rispetto ad un altro soggetto, la presenza o attività del quale poteva, addirittura, escluderla³².

Pur non essendo costituzionalizzata nell'ordinamento italiano, la disciplina di rango primario conosce plurime figure di azione popolare, che la dottrina abitualmente reputa eccezionali³³. Anche se non mancano posizioni coraggiosamente rivolte al superamento di tale attitudine restrittiva degli interpreti³⁴, resta il dato che al momento non sussiste una disposizione normativa di rango legislativo né costituzionale che introduca l'azione popolare in materia ambientale.

La mancanza di una disposizione espressa, tuttavia, non rimuove affatto la forza normativa e sistematica dei principi desumibili dalla Costituzione e dalle fonti di rango sovranazionale, dalle quali risulta indiscutibilmente il valore normativo fondamentale del bene-clima. In tale contesto, constatare l'insufficienza del rimedio non è affatto una giustificazione per negare tutela alla situazione sostanziale normativamente posta; al contrario è ragione di più forte impegno dell'interprete – volto all'attuazione della legalità costituzionale³⁵ – per la

³⁰ A. Saccoccio, *Il modello delle azioni popolari romane tra diritti diffusi e 'class actions'*, in L. Garofalo (ed.), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, I, Padova, 2011, 716 ss. e spec. 747 ss.

³¹ C. Fadda, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale*, I, Parte storica. *Diritto romano*, Torino, 1894, (rist. Roma, 1972), 305; F.P. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane. Le "Actiones populares"*, Napoli, 1991, 18. Si veda anche. G. Resta, *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, 'class actions': modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 33.

³² Un sintetico percorso di questa figura del 'collettivo' nella scienza giuridica tedesca dell'Ottocento è tracciato da P. Femia, *Transsubjective Rights*, cit., § 7.

³³ M. Magistà, *Public interest litigation: origini e prospettive*, cit., 91 ss.; Cass. SS. UU., 18 dicembre 2020, n. 29106.

³⁴ A. Saccoccio, *Il modello delle azioni popolari romane*, 767. Sul punto anche P. Maddalena, *L'evoluzione della tutela ambientale e l'azione popolare prevista dall'art. 4 della L. 3 agosto 1999 n. 265*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 68.

³⁵ P. Perlingieri, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica.*, cit., 42 ss.

costruzione di un rimedio adeguato, idoneo a garantire l'effettività³⁶ della situazione soggettiva lesa.

La diretta applicabilità della Costituzione ai rapporti civilistici (anche di rilevanza essenzialmente collettiva), le riforme attuali degli artt. 9 e 41 cost., la vigenza del principio di effettività inducono a considerare fondata – e rimessa certo alla creatività e flessibilità richieste dal caso concreto – la possibilità della legittimazione all'esercizio dell'azione individuale, che funzionerà come un'azione popolare di formazione giurisprudenziale, contro il danno climatico. Tale rimedio non potrà che configurare una legittimazione processuale individuale a far valere la rilevanza essenzialmente collettiva del danno climatico, risolvendosi (se non se ne voglia mutare il nome) in un equivalente funzionale di ciò che in altre esperienze straniere costituisce un'*actio popularis* climatica. La peculiarità della situazione soggettiva sostanziale giustificativa della legittimazione in sede di processo civile induce ancora una volta a far confluire il diritto alla tutela civile del clima nell'ambito della nuova categoria dei diritti *trans-soggettivi* (o *transindividuali*), ove «il titolare del diritto trans-soggettivo è un individuo che non rappresenta altri soggetti, ma discorsi: e li rappresenta nel senso non della rappresentanza legale, ma della rappresentazione simbolica»³⁷. «[U]na conseguenza della disseminazione trans-soggettiva» sarà la «selezione processuale delle domande giudiziali trans-soggettive, la *eterodestinazione* del risarcimento e il confinamento dell'azione ad una sfera precisa di danno», ciò che terrà lontani «i fanatici e i demagoghi, ma la trans-soggettivazione terrà però lontane le condotte appropriative, gli opportunismi, le pratiche di mera estrazione di risorse coperte dal tradizionale diritto soggettivo egoista, sottratto ad ogni onere di giustificazione»³⁸.

In definitiva, siamo dinanzi ad un modello emergente che si sta affermando sul piano comparatistico, ove il processo civile realizza direttamente la tutela di situazioni collettive³⁹. Nel quadro appena delineato, assumendo le premesse innanzi indicate, si approda in un innovativo campo d'azione, che recente dottrina icasticamente definisce: "*privato in pubblico*"⁴⁰, così intendendosi esprimere la vocazione collettiva del diritto privato, orientato verso interessi meritevoli di tutela e "*inappropriabili*".

Un non secondario vantaggio della costruzione proposta è la sua trasparenza assiologica. È noto che le controversie civilistiche sul danno climatico – prime fra tutte quelle che si registrano nell'esperienza tedesca⁴¹

³⁶ Sulle vicende del concetto cfr. G. Vettori, *Effettività delle tutele*, in *Enc. Dir.*, Annali, X, Milano 2017, 403 ss.

³⁷ P. Femia, *Il civile senso dell'autonomia* in 25 *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, 1, 8 ss.;

³⁸ P. Femia, *Transsubjective Rights*, cit., § 7.

³⁹ L'esperienza fondamentale nell'ambito privatistico è costituita, ovviamente, dal diritto sindacale. Cfr. L. Mengoni, *I diritti e le funzioni dei sindacati e dei rappresentanti sindacali nell'impresa* (1974), in Id., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 209 ss.; O. Mazzotta, *I diritti sindacali nell'impresa*, Torino, 2010.

⁴⁰ P. Femia, *o.u.c.* § 8.

⁴¹ Esemplari due vicende giudiziarie, tutt'ora pendenti: *Lliuya v. RWE AG*, 20 285/15, Essen in climatecasechart.com/non-us-case/liiuya-v-rwe-ag/; *Allhoff-Cramer v.*

– aggirano le questioni di legittimazione processuale e titolarità trans-soggettiva mediante un artificio costruttivo, collocato sul crinale tra uso politico del processo⁴² e aperta mistificazione. L'attore in giudizio lamenta un danno individuale (ad es. la coltivazione danneggiata dal cambiamento climatico, il pericolo sulla propria abitazione incombente per lo scioglimento di un ghiacciaio) e si vale delle forme del processo civile per danno aquiliano allo scopo di ottenere in via indiretta un risultato collettivo (non a caso in questi processi è costante il ruolo di sostegno materiale e processuale di grandi organizzazioni non governative ambientaliste): la lotta al cambiamento climatico. Pur dovendo essere grati a queste forme di ingegno che hanno aperto la strada al discorso su una tutela civile del clima, non si può non rilevare la grave distorsione che questo uso (che potremmo eufemisticamente definire) indiretto del processo civile provoca sul piano del giudizio ordinario di cognizione e sul rispetto del principio del contraddittorio: attore e convenuto debbono discutere della verità della controversia e non di un suo riflesso strumentale. La conformità a Costituzione di una tecnica processuale meramente indiretta è assai dubbia, sconfinando nel c.d. abuso del processo⁴³. È invece costituzionalmente necessario, per una duplice ragione. In primo luogo per la garanzia della difesa e del principio del contraddittorio: il convenuto ha un diritto fondamentale a difendersi dal vero *thema decidendum*, non dalla finzione di un danno individuale subito dall'attore come se la questione fosse la lesione del suo interesse appropriativo⁴⁴. In secondo luogo il mutamento di paradigma verso un'azione individuale a rilievo

VW, Landgericht Detmold, Az. 10 199/21, in media.greenpeace.org/archive/Lawsuit-against-VW-in-Detmold-27MDHUHBCRJW.html.

⁴² Uno studio molto attento alle strategie processuali nell'ambito di processi di mutamento politico in X. Chiaramonte, *The Struggle for Law: Legal strategies, environmental struggles and climate actions in Italy*, in 10 *Oñati Socio-Legal Series*, 2020, 932 ss.; T. Sheplyakova, *Das Recht der Klage oder Individuen als Rechtserzeuger*, in S. Zucca-Soest (Hrsg.), *Akteure im Recht. Zum Verhältnis von Individuum und Recht*, Baden-Baden, 2016, 31 ss.

⁴³ Cfr., per tutti, F. Cordopatri, *L'abuso del processo*, Padova, 2000.

⁴⁴ L'inconsistenza logica di tale modello si palesa non appena si considerino i paradossi della tutela processuale strumentale-appropriativa. Il contadino che lamenti il danno alle proprie coltivazioni biologiche dovrebbe vedere risarcite soltanto le perdite patrimoniali subite nella propria attività economica. La prova del nesso causale non sarà più tra emissioni di gas serra del convenuto e danno globale al clima (come accadrebbe in un'azione popolare), ma tra emissioni del convenuto e loro diretta incidenza sulle coltivazioni dell'attore, con distorsione processuale. Ovviamente, una volta che fosse affermato il diritto dell'attore al risarcimento del danno per la sua piantagione non vi sarebbe alcuna ragione perché costui debba essere un privilegiato: ogni altro soggetto coltivatore, allevatore o semplice cittadino che lamenti un danno 'esistenziale' potrà intervenire e chiedere il risarcimento. Tutti i diritti sarebbero omogenei – per una singolare nemesi, grazie alla quale ogni diritto umano finirebbe per sbiadire in una sorta di giudizio universale – e si darebbe spazio ad una mostruosa *class action* alla quale potrebbero partecipare tutti gli abitanti del pianeta. Il risultato sarebbe la paralisi processuale; e, aspetto non secondario, i risarcimenti finirebbero soltanto per arricchire gli individui, impoverendo in modo irreversibile la collettività. Il risarcimento del danno climatico non è la somma dei risarcimenti dei danni individuali subiti da ciascun cittadino. Per il profilo individuale soccorre il concetto di danno ambientale; gli è estraneo quello di danno climatico.

essenzialmente collettivo con eterodestinazione del risarcimento è l'unico rimedio per ottemperare all'imperativo costituzionale della tutela della biosfera, rispettando il principio di effettività e offrendo così all'attore il diritto di agire per l'interesse non appropriativo alla difesa del clima.

5. Diritti fondamentali trans-soggettivi climatici e giustizia intergenerazionale

Delineato il concetto di danno, individuato il rimedio, restano da definire con maggior precisione i confini della situazione soggettiva sostanziale tutelabile (anche) mediante il ricorso alla tutela aquiliana (risarcitoria e, nei limiti nei quali sia possibile, ripristinatoria, nelle forme del risarcimento del danno in forma specifica, di cui all'art. 2058 c.c.)⁴⁵

Diffusa, nella *climate change litigation*, è la pretesa dell'attore di fondare la propria legittimazione processuale quale rappresentante delle generazioni future. Pur senza addentrarsi nei dibattiti dottrinali in tema⁴⁶ - cui gioverebbe un confronto con le analisi sui limiti della costruzione di un potere rappresentativo negoziale in *incertam personam*⁴⁷ - resta la difficoltà di immaginare l'esecuzione di una sentenza in nome di un titolare dell'interesse che non possa essere, per definizione, mai individuato (essendo il danno essenzialmente collettivo, sarà impossibile confinarlo nella soggettività, in qualsivoglia soggettività, persino in quella di individui 'a venire': quali? quanti? dove?): in altri termini nella rappresentanza per le generazioni future non sarebbe immaginabile il momento (pure necessario secondo la teoria negoziale) della *contemplatio domini*⁴⁸, per la semplice ragione che il *dominus*, trattandosi di situazioni soggettive pertinenti ad interessi non appropriativi di soggetti futuri⁴⁹, non esiste: gli interessi non appropriativi hanno titolari, non "padroni".

Ciò non significa affatto che gli interessi delle generazioni future non abbiano tutela nel sistema giuridico⁵⁰, e ciò anche prima che il tema conquistasse il discorso costituzionale, come dimensione del futuro da preservare⁵¹, poiché la rilevanza transgenerazionale delle situazioni soggettive è stata presente in molteplici momenti significativi delle

⁴⁵ Benché la questione sia ulteriore rispetto ai limiti imposti al presente lavoro, è opportuno quanto meno ricordare A. Chianale, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1992, 10 ss.

⁴⁶ M.W. Monterossi, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020.

⁴⁷ Sulla quale, per tutti, autorevolmente M. Pennasilico, *Profili della «contrattazione» per persona da nominare*, Napoli, 1995.

⁴⁸ S. Delle Monache, *La contemplatio domini. Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001; F. Gazzoni, *Profili della riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 238 ss.

⁴⁹ Una disamina molto attenta in R. Míguez Núñez, *Le avventure del soggetto: contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano, 2018.

⁵⁰ Di recente, anche con riferimento alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, L. Bartolucci, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2021, 4, 1 ss. (online).

⁵¹ R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, 122.

riflessioni sulle funzioni del diritto civile⁵². Occorre tuttavia offrire una costruzione giuridica adeguata al percorso fondativo fin qui tracciato⁵³. Preferibile appare, come già accennato, ricorrere alla categoria dei diritti trans-soggettivi, situazioni soggettive civilistiche il cui oggetto trascenda costitutivamente il titolare

Se tale categoria è stata presentata con valenza generale e soprattutto orientata ad offrire un modello costruttivo per la controversa questione dei beni comuni⁵⁴, la sua pertinenza al tema in questione è evidente e suggerisce un utile raffronto con la questione relativa alla configurabilità di un diritto fondamentale alla giustizia fra le generazioni (*Grundrecht auf Generationengerechtigkeit*), discusso nella dottrina costituzionale tedesca⁵⁵. In una recente sentenza, non a torto definita «rivoluzionaria»⁵⁶ e oggetto di amplissimo dibattito⁵⁷, il *Bundesverfassungsgericht* ha offerto una ricostruzione profondamente originale. Il punto centrale non è più l'individuazione di una soggettività futura portatrice di un diritto

⁵² Ciò era annunciato in una pagina visionaria posta da Rudolf von Jhering verso la conclusione del terzo volume del *Geist des römischen Rechts*: il punto è ricordato da P. Femia, *Transsubjective Rights*, cit., § 6. Non è un caso che Carlo Fadda, giurista italiano profondamente vicino a Jhering, abbia insistito sulla vocazione intergenerazionale dell'interesse per giustificare la propria teoria sull'ammissibilità di servitù su *fondi nullius*: sia consentito il rinvio a V. Conte, *Servitù su res nullius e a vantaggio di collettività indeterminate: rapporti giuridici reali, servitù senza soggetto e ragionevole organizzazione dei fondi nel pensiero di Carlo Fadda*, in corso di stampa; più ampiamente, in densa prospettiva storico-giuridica, i saggi raccolti in Y. Thomas e J. Chiffolleau, *L'istituzione della natura*, Macerata, 2020.

⁵³ Non sorprenda che la questione sulla natura della situazione soggettiva tutelata giunga soltanto alla conclusione del discorso. Procedere diversamente – ovvero individuare dapprima la natura della situazione soggettiva e dedurne poi modalità di riparazione aquiliana della lesione – avrebbe certo corrisposto maggiormente alle aspettative del procedimento dogmatico. In questo caso più che mai tale procedimento avrebbe falsato la corretta comprensione del problema, irrigidendo conoscenza e soluzioni in categorie prestabili. Tale *modus operandi* appare inadeguato, quando si debba affrontare il radicale mutamento di paradigma che il diritto climatico dell'Antropocene impone al pensiero giuridico. Per tale ragione, qualsiasi discorso sul clima deve muovere da quale sia la natura del pericolo (*danno*), interrogarsi su cosa possa fare il diritto per contrastarlo (*rimedio*), individuare chi possa o debba agire per attivare il rimedio prescelto (*diritto soggettivo*).

⁵⁴ Ammonisce molto opportunamente contro usi assai poco sorvegliati di tale concetto G. Perlingieri, *Criticità della presunta categoria dei beni c.dd. «comuni». Per una «funzione» e una «utilità sociale» prese sul serio*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 137 ss. Sul punto anche C. Crea, «Spigolando» tra *biens communaux*, usi civici e beni comuni urbani, in *Pol dir.*, 2020, p. 449 ss.

⁵⁵ K. Rath e M. Benner, *Ein Grundrecht auf Generationengerechtigkeit? Die Relevanz des Klimaschutz-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts für andere Rechtsgebiete mit intergenerationaler Bedeutung*, in *VerfBlog*, 2021/5/07, <https://verfassungsblog.de/ein-grundrecht-auf-generationengerechtigkeit/>.

⁵⁶ R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *LaCostituzione.info*, 30 aprile 2021 (online); M. Carducci, *Libertà “climaticamente” condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, *ivi*, 3 maggio 2021.

⁵⁷ Per tutti, rinviamo al sintetico lavoro monografico di G. Kirchhof, *Intertemporale Freiheitssicherung: Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung. Über einen notwendigen Grundrechtsschutz in der Zeit und seine Grenzen*, Tübingen, 2022.

fondamentale azionabile per rappresentanza, ma l'affermazione di una dimensione costituzionale intertemporale della libertà che impone (nel caso oggetto di giudizio) al legislatore un dovere di giustizia tra le generazioni. Lo strumento tecnico per realizzare questo obiettivo fondamentale del *Grundgesetz* è la categoria, introdotta qui per la prima volta, dell'interferenza anticipata (*eingriffsähnliche Vorwirkung*)⁵⁸ lesiva del diritto fondamentale.

La Corte non imputa un diritto fondamentale in capo a soggetti non ancora esistenti⁵⁹; al contrario afferma che ogni qual volta una decisione del legislatore abbia una interferenza anticipata sull'esercizio di diritti fondamentali futuri sia necessario vagliarne la giustificazione costituzionale.

La tutela alle generazioni future è quindi riconosciuta nella forma di un diritto spettante a ciascuno di agire per ottenere tutela contro le interferenze anticipate sui diritti fondamentali spettanti all'attore. Benché non manchino aspetti problematici⁶⁰ e forse anche di là da taluni passaggi esplicitati dalla Corte⁶¹, sembra che tale decisione possa essere ascritta a supporto della direzione fondativa qui perseguita.

L'immaginazione dogmatica⁶² ha il compito di provvedere a realizzare nel vigente sistema ordinamentale i valori della eguaglianza e giustizia intergenerazionale. Se non si agisce, oggi, per ridurre gradualmente le emissioni di CO₂, ciò determinerà, ineludibilmente, qualcosa di terribile nel futuro. La dimensione intertemporale dei diritti fondamentali convince dell'autonomia concettuale del danno climatico e invita ad una considerazione transnazionale anche delle tecniche civilistiche. Il dibattito non può certamente essere esaurito in questa sede; quanto detto intende soltanto presentare una proposta per la costruzione

⁵⁸ BVerfG, 24.3.21, 1 BvR 2656/18. Un primo studio interamente dedicato a tale concetto in C. Franzius, *Die Figur der eingriffsähnlichen Vorwirkung Zum Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in *Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht – Arbeitspapier Nr. 11*, Bremen, Juli 2021.

⁵⁹ BVerfG, 1 BvR 2656/18, cit., B II, b) aa): «I ricorrenti non rivendicano i diritti di persone non ancora nate o di intere generazioni future, che non godono di diritti fondamentali soggettivi [...]; sulla protezione oggettiva, si veda il successivo paragrafo 146). Piuttosto, i ricorrenti invocano i propri diritti fondamentali».

⁶⁰ F. Cittadino, *Il caso Neubauer e la recente riforma dell'art. 9 Cost.*, in *LaCostituzione.info*, 14 Luglio 2022 (online).

⁶¹ Il *Bundesverfassungsgericht* ha cura di precisare che il diritto di azione per la tutela intertemporale delle libertà fondamentali non ha carattere di *actio popularis* [B, b) aa)]: «I ricorsi costituzionali non sono nemmeno un'*actio popularis* inammissibile. Il semplice fatto che un numero molto elevato di persone sia interessato non esclude che le persone siano individualmente interessate nei loro diritti fondamentali [...]. Nei procedimenti per reclamo costituzionale, non è generalmente richiesto che i ricorrenti siano particolarmente colpiti - al di là del semplice fatto di essere individualmente interessati - in qualche modo particolare che li differenzi da tutte le altre persone». È tuttavia evidente che la Corte estende così tanto il senso di interesse individuale da condurlo esattamente nel punto nel quale giunge la teoria della trans-soggettività; ovvero che l'interesse agito dall'individuo transiti la sua soggettività, rivolgendosi immediatamente alla collettività.

⁶² P. Costa, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Diritto pubblico*, 1(1995), 1 ss.; sulla dogmatica quale tecnica culturale di ricomposizione cfr. I. Augsberg, *Lob der Dogmatik*, in *Rescriptum*, 1 (2014), 63 ss.

categoriale di una nuova forma di tutela aquiliana a vocazione collettiva. Essa intende (tale il nostro auspicio) dimostrare che senza una adeguata riflessione sulla struttura soggettiva, sulla funzione dei diritti e sulla funzione dei rimedi il diritto non potrà rispondere in modo adeguato alle sfide (globali) che pone il nuovo diritto climatico.

Vincenza Conte
vincenza.conte@unicampania.it
Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli
Dipartimento di Scienze Politiche
Viale Ellittico, 31, 81100, Caserta