

**Intertemporalità dei diritti e dintorni:
le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht
nella sentenza sul clima e le interazioni
con i processi democratici***

Alessandra Di Martino

SOMMARIO: 1. Il *Klima-Beschluss* del Tribunale costituzionale tedesco nel contesto della *climate litigation* transnazionale. – 2. La tutela del clima tra obblighi di protezione e diritti intertemporali. Le coordinate della dogmatica. – 3. Segue. L'argomentazione del Bundesverfassungsgericht e le reazioni della dottrina. – 4. *Klima-Beschluss* e forme democratiche. – 5. Una breve conclusione.

1. Il Klima-Beschluss del Tribunale costituzionale tedesco nel contesto della climate litigation transnazionale

A due anni dalla pubblicazione della pronuncia del Bundesverfassungsgericht avente ad oggetto la legge sulla protezione del clima¹, da molti ritenuta di portata storica², può essere utile per i lettori

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a double blind peer review

¹ BVerfG, 1 BvR 2656/18 et al., del 24.3.2021 (*Klima-Beschluss*), reperibile su bundesverfassungsgericht.de, anche in inglese, francese e spagnolo. Rimando alle traduzioni ufficiali e ai commenti già usciti in lingua italiana (*infra*, n. 3) per una ricostruzione del contenuto del ricorso e della decisione. In sintesi, e ai fini di questo contributo, mi limito a ricordare che il *Bundes-Klimaschutzgesetz* (KSG), una legge adottata nel 2019 per affrontare in maniera sistematica le sfide del cambiamento climatico, prevedeva un obbligo di riduzione delle emissioni antropogeniche del 55% entro il 2030, mentre, con riguardo al periodo tra il 2030 e il 2050, impegnava il Governo federale ad adottare a partire dal 2025 dei regolamenti, senza tuttavia specificarne il contenuto. Il BVerfG ha dichiarato incostituzionale questa parte della legge per violazione dei diritti di libertà, ricorrendo al principio di proporzionalità e alla *Wesentlichkeitstheorie*, e conferendo alla norma di scopo sulla tutela ambientale (art. 20a GG) un ruolo decisivo nel contesto del giudizio di bilanciamento. Per approfondimenti sul significato di questi passaggi dell'argomentazione rimando ai par. 3 ss. di questo lavoro.

² L'affermazione si trova sia negli autori che hanno condiviso, sia in quelli che hanno criticato il *Klima-Beschluss*; un gruppo relativamente più numeroso di commentatori ha valutato positivamente il risultato della pronuncia, muovendo alcuni rilievi critici alla motivazione: cfr. i riferimenti bibliografici *infra*, par. 3-4.

italiani tornare a riflettere su questa decisione: sia per la sua argomentazione, nella misura in cui ha introdotto alcune importanti innovazioni dogmatiche con riferimento al nesso tra principio oggettivo della tutela ambientale e diritti fondamentali, sia per il suo seguito e, più in generale, per le sfide che la questione ambientale pone ai processi democratici.

Anche se alcuni commentatori italiani hanno sottolineato presto gli aspetti salienti del *Klima-Beschluss*³, in questo contributo vorrei esaminare la pronuncia prendendo le mosse dallo specifico contesto giuridico e politico tedesco, in cui si è svolto un dibattito molto articolato. Prima di approfondire l'esperienza tedesca, però, può essere utile delineare alcune coordinate comparative essenziali del problema.

Nell'avvicinarsi al *Klima-Beschluss*, infatti, non si può non tenere presente la fitta trama di contenzioso climatico che è stata intessuta negli ultimi anni, presso corti nazionali, sovranazionali e internazionali, anche grazie a una rete di attivisti particolarmente organizzata⁴. Occorre peraltro tenere presenti le distinzioni semantiche che si accompagnano a concetti come giustizia ambientale, giustizia ecologica, giustizia climatica e *litigation* climatica, dove profili etici, politici e giuridici si sovrappongono e si intrecciano. Il concetto di giustizia si lega a considerazioni di equità, alle quali si accompagnano richieste di redistribuzione e riparazione, non solo

³ M. Carducci, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, in *lacostituzione.info*, 3 maggio 2021, p. 1 ss.; M. Pignataro, *Il giudice costituzionale tedesco parla al futuro. La protezione del clima e la sua dimensione internazionale come limite alla discrezionalità legislativa*, in *Quad. Cost.*, p. 694 ss.; più ampiamente R. Bifulco, *Cambiamento climatico, generazioni future (e sovranità) in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *astrid online* 12/2021, p. 1 ss.; A. De Petris, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *CERIDAP*, 4/2021, p. 127 ss.; A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022, p. 261 ss. Con riferimento ai profili di extraterritorialità v. C. Gentile, *Climate Litigation ed extraterritorialità dei diritti*, in *federalismi.it*, 5/2023, p. 1 ss.

⁴ In una bibliografia ormai molto vasta, v. almeno S. Baldin - P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2021, p. 597 ss.; S. Bagni, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico" attraverso i formanti giudiziale e forense*, in *DPCE online*, 2021 n. speciale, p. 1027 ss.; A. Pisanò, *Il diritto al clima*, cit., p. 261 ss.; J. Peel - H.M. Osowsky, *Climate Change Litigation. Regulatory Pathways to Clean Energy*, Cambridge, 2015; W. Kahl - M.P. Weller (eds.), *Climate Change Litigation. A Handbook*, München, 2021; F. Sindico - M.M. Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, 2021; I. Alogna - C. Bakker - J.P. Gauci (eds.), *Climate Change Litigation*, Leiden Boston, 2021; S. Bagni, *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts. Problems and Possible Solutions*, in Ead. - D. Amirante, *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene. Values, Principles and Actions*, Oxon, 2022, p. 409 ss.

all'interno di uno stato ma tra diversi stati, soprattutto tra il nord e il sud del mondo, alla luce delle conseguenze di lungo termine del colonialismo, nonché di forme più recenti di neocolonialismo. Mentre la giustizia ambientale implica fenomeni territorialmente localizzabili, quella ecologica e quella climatica riguardano, in maniera più generale, i rapporti tra attività umane e dinamiche naturali, e hanno un orizzonte potenzialmente globale, benché gli effetti di tali rapporti siano, in determinati momenti, percepibili più in alcuni luoghi che in altri. Ancora, se la giustizia ecologica solleva questioni relative ai processi di produzione, al modo di attribuire valore a determinati beni e risorse, considerando i costi del loro sfruttamento, la giustizia climatica chiama in causa il modo di attribuire la responsabilità per le emissioni antropogeniche inquinanti e il surriscaldamento del pianeta, tenendo conto anche del luogo finale di esportazione e consumo dei beni (non solo di quello di produzione). Diversamente, la *climate litigation* si concentra sulla dimensione giudiziale e, in senso lato, può riguardare una serie di pretese che mostrano punti di collegamento anche solo indiretti con la questione climatica, la quale entra nel processo strumentalmente, al fine di realizzare quelle pretese. In un senso più stretto, il contenzioso climatico ha ad oggetto l'obbligazione climatica, ossia l'obbligo degli stati (e in alcuni casi delle imprese) di stabilizzare i gas serra ed evitare ulteriori interferenze negative dell'uomo sulla natura, riducendo le emissioni e adottando provvedimenti di mitigazione, al fine di rispettare i *target* internazionalmente condivisi, secondo una logica di responsabilità differenziata verso il pianeta e i suoi abitanti. La *climate litigation* investe così anche il tema del *carbon budget*, la quantità di anidride carbonica che può essere ancora emessa nell'atmosfera senza pregiudicare l'obiettivo del contenimento della temperatura terrestre entro i 1,5-2°C nel corso del secolo, come raccomandato, tra gli altri, dai più recenti rapporti dell'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change* presso le Nazioni Unite). Nella misura in cui le azioni giudiziarie hanno il fine ultimo di preservare le condizioni per la nostra sopravvivenza, esse presentano dei nessi più stretti con la giustizia climatica⁵.

⁵ Il tema è analizzato approfonditamente da M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online*, 2020/2, p. 1345 ss., al quale rimando per ulteriori riferimenti bibliografici. V. altresì S. Baldin - P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie*, cit., p. 599 ss., 626 ss., per i quali la *climate litigation* è un sottoinsieme della giustizia climatica.

Come è stato ben illustrato⁶, i casi di contenzioso climatico possono essere molto diversi tra loro, con riferimento ai soggetti ricorrenti (individui, associazioni, enti territoriali substatuali, azionisti di società), convenuti o destinatari della pretesa (stati, enti regolatori, organizzazioni sovranazionali, imprese), oggetto del giudizio (annullamento di norme o provvedimenti amministrativi, responsabilità extracontrattuale, mancato adempimento di un *public trust*, etc.). In ambito europeo, l'apripista per la circolazione di argomenti legati al diritto climatico⁷ è stato il caso olandese *Urgenda*⁸: nato con un'azione di responsabilità intentata da un'associazione ambientalista contro lo stato olandese, si è concluso con la condanna di quest'ultimo a innalzare dal 20% al 25% la soglia di riduzione delle emissioni di gas serra entro il 2030. È noto che gli argomenti adottati dalle corti olandesi nei diversi gradi di giudizio sono stati differenti: mentre in primo grado i giudici hanno fatto leva su un *duty of care*, legandolo al principio costituzionale di tutela ambientale e di abitabilità del paese (art. 21 Grondwet), e hanno escluso la configurabilità di un pregiudizio per i diritti umani (art. 34 Cedu), i giudici di appello hanno rinvenuto la violazione di due diritti contemplati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quello alla vita (art. 2 Cedu) e quello alla sfera privata (art. 8 Cedu), quest'ultimo nella declinazione ampia che include l'ambiente. Il secondo approccio è stato confermato dalla Corte Suprema olandese. Maggiore unità sul fronte argomentativo, tra i tre gradi di giudizio, si è avuta sul ruolo decisivo da attribuire alle fonti internazionali in materia climatica, compreso il *soft law*, e sulla legittimità di un intervento incisivo del potere giudiziario, considerato compatibile con il principio di separazione dei poteri⁹.

⁶ V. *supra*, n. 4, nonché in particolare F. Lange - M. Lippold, *Höchstrichterliche Klimaentscheidungen und Demokratieprinzip – eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in *JuristenZeitung (JZ)*, 2022, p. 685 ss.

⁷ Sulla questione specifica v., anche con riferimento al formante forsense, S. Bagni, *La costruzione di un nuovo "eco-sistema giuridico"*, cit., *passim*; M. Carducci, *Stato di diritto, art. 28 Cost. e precedenti di contenzioso climatico nello spazio della UE*, in *diritticomparati.it*, 28 marzo 2023. Sui trapianti in questa materia v. B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. Sindico - M.M. Mbengue (eds.), *Comparative Climate Change Litigation*, cit., p. 610 ss.

⁸ Cfr. Hoge Raad (Supreme Court), 20 dicembre 2019, 19/135, *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*.

⁹ Per un commento, con la ricostruzione dei tre gradi di giudizio, v. per tutti M.F. Cavalcanti - M.J. Terstegge, *The Urgenda Case: the Dutch Path Towards a New Climate Constitutionalism*, in *DPCE online* 2020/2, p. 1371 ss.

Delle sentenze olandesi – e degli atti introduttivi dei relativi giudizi – hanno tenuto conto i procedimenti giudiziari in altri paesi, filtrandole alla luce delle peculiarità del diritto processuale e sostanziale di ciascun ordinamento. Non sempre, peraltro, i ricorrenti hanno avuto successo davanti alle corti. Il primo ostacolo da superare è stato quello relativo all'interesse e alla legittimazione ad agire: ad esempio, restando in Europa, la Corte di Giustizia di Lussemburgo, il Tribunale costituzionale austriaco e il Tribunale federale svizzero si sono pronunciati negativamente¹⁰. In altri paesi, dove le cause hanno avuto esito positivo, come in Francia, in Belgio e in Irlanda¹¹, le norme legislative hanno consentito l'azione di associazioni ambientaliste. In alcuni di questi giudizi, come quello irlandese e quello francese, è stata riconosciuta una responsabilità omissiva dello stato basandosi soprattutto sulla legislazione e dunque sul diritto oggettivo interno – per quanto interpretato alla luce degli obblighi internazionali e sovranazionali –, e non direttamente a partire dai diritti fondamentali o dai diritti umani¹². Nel giudizio belga (che attualmente non è arrivato a sentenza definitiva) è stata invece riscontrata una violazione dei diritti umani, ma il Tribunale non ha indicato una specifica soglia di riduzione delle emissioni antropogeniche, affermando di non volersi sostituire agli organi politici¹³.

All'interno di questo scenario, il *Klima-Beschluss* del Tribunale costituzionale tedesco si caratterizza per alcuni aspetti peculiari: un'ampia legittimazione processuale dei singoli individui, una ridefinizione del parametro costituzionale alla luce del carattere intertemporale dei diritti, un equilibrio tra fonti internazionali e fonti interne (costituzionali e ordinarie) reso possibile anche dalla condivisione di una base non controversa di dati scientifici, il riconoscimento di un margine di azione per il legislatore. Le due sentenze straniere più citate nel *Klima-Beschluss* sono quelle delle corti supreme olandese e irlandese, probabilmente perché si tratta di pronunce che, nello spazio giuridico europeo, hanno affermato in via definitiva

¹⁰ Cfr. Trib. UE, 8 maggio 2019, T-330/18, *Carvalho*; CGUE, 15 marzo 2021, C-565-19 P, *Carvalho*; VGH Österreich, 30 settembre 2020, G 144-145/2020; BG Schweiz, 5 maggio 2020, 1 C_37/2019.

¹¹ Cfr. Supreme Ct. Ireland, 31 luglio 2020, n. 205/19, *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland*; Tribunal Administratif Paris, 3 febbraio 2021 e 14 ottobre 2021, *Affaire du siècle*, v. anche l'ammissione degli interventi in Conseil d'État, 19 novembre 2020, 1° luglio 2021 e 10 maggio 2023, *Grand-Synthe*; Trib. 1ère instance francophone Bruxelles, 17 giugno 2021, *Klimaatzaak c. Belgique*.

¹² Cfr. Supreme Ct. Ireland, *Friends of the Irish Environment v. the Government of Ireland*, cit.; Tribunal Administratif Paris, *Affaire du siècle*, cit.; Conseil d'État, *Grand-Synthe*, cit..

¹³ Trib. 1ère instance francophone Bruxelles, *Klimaatzaak c. Belgique*, cit.

un'obbligazione climatica dello stato, e forse anche perché la decisione tedesca si colloca a metà strada tra l'una e l'altra. Al momento della sua adozione, comunque, il Bundesverfassungsgericht era ben consapevole della portata innovativa del *Klima-Beschluss* in un orizzonte transnazionale, tanto da aver cercato di agevolare la sua diffusione all'estero, attraverso la pubblicazione di una traduzione non solo in inglese, ma anche in francese e in spagnolo¹⁴. Nei paragrafi che seguono mi soffermerò quindi sui passaggi della pronuncia che hanno destato maggiore interesse, e sulla collocazione di essa nell'ambito di processi democratici più vasti.

2. La tutela del clima tra obblighi di protezione e diritti intertemporali. Le coordinate della dogmatica

All'indomani della decisione si è svolta nella dottrina costituzionalistica tedesca una discussione vivace, il cui nucleo centrale ha riguardato i passaggi argomentativi nei quali il Tribunale costituzionale ha elaborato le categorie dogmatiche dell'«effetto anticipato simile a quello di interferenza» (*eingriffsähnliche Vorwirkung*)¹⁵ e dei diritti fondamentali come «garanzia intertemporale della libertà» (*intertemporale Freiheitsicherung*)¹⁶. Per comprendere appieno il senso di questa discussione, bisogna avere presente le specificità della dogmatica tedesca in tema di *Grundrechte*, e il modo serrato in cui la dottrina dialoga – anche in maniera critica – con il Bundesverfassungsgericht, il quale a sua volta tiene conto delle posizioni dottrinali nelle proprie sentenze. Sebbene ciò abbia avuto la controindicazione di indirizzare una parte significativa delle elaborazioni dottrinali verso l'esegesi e l'anticipazione di orientamenti interpretativi della giurisprudenza del Tribunale, a scapito di altri generi letterari, la fitta interazione tra la dottrina costituzionalistica e il Bundesverfassungsgericht (nel lessico comparatistico: tra il formante dottrinale e quello della giurisprudenza costituzionale) resta un aspetto caratterizzante della cultura giuridica e costituzionale tedesca¹⁷.

¹⁴ V. *supra*, n. 1.

¹⁵ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 116, 183 ss. Per la traduzione italiana ho scelto una sfumatura più vicina alla versione francese (*effet anticipé similaire à celui d'une ingérence*) e a quella inglese (*advance interference-like effect*) che a quella spagnola (*efecto similar al de una interferencia anticipada*).

¹⁶ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 122, 142, 183, 190, 191.

¹⁷ Da ultimo cfr. D. Grimm (hrsg.), *Vorbereiter – Nachbereiter? Studien zum Verhältnis von Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft*, Tübingen, 2019.

Con qualche semplificazione, si può affermare che, nella dogmatica consolidata, i diritti fondamentali presentano una doppia dimensione: quella individuale di *Abwehrrechte*, ossia diritti di difesa contro ingerenze dello stato, che fondano una pretesa di astensione, e quella istituzionale di *Schutzpflichten*, ossia obblighi di protezione rivolti allo stato, che fondano una pretesa di azione. In realtà, la dimensione istituzionale è a sua volta molto più articolata – comprende anche le sotto-dimensioni assiologica, organizzativa e procedurale, democratico-partecipativa, dei diritti di prestazione e degli effetti orizzontali¹⁸, ma ai fini di questo contributo ci si può limitare a considerare la giustapposizione e soprattutto l'inedita correlazione, nella pronuncia che si sta esaminando, di *Abwehrrechte* e *Schutzpflichten*. Gli obblighi di protezione, in particolare, sono stati elaborati dal Bundesverfassungsgericht nella giurisprudenza sull'interruzione volontaria di gravidanza¹⁹, a partire da una lettura congiunta del principio di dignità (art. 1, comma 1 GG) e del diritto alla vita (art. 2, comma 2 frase 2 GG), e sono stati riferiti all'embrione e al feto. Sebbene la dottrina non abbia escluso l'enucleazione di obblighi di protezione con riguardo all'insieme dei diritti fondamentali, la giurisprudenza più rilevante li ha finora ricollegati soprattutto ai diritti alla vita e all'integrità fisica (art. 2, comma 2 frase 2 GG). Ciò vale anche per gli obblighi di protezione che ineriscono alla materia ambientale (ad esempio, con riguardo all'uso dell'energia nucleare, all'inquinamento acustico, all'elettrosmog). In misura relativamente più circoscritta, obblighi di protezione in tale ambito possono essere dedotti a

¹⁸ La bibliografia sul tema è imponente; mi limito a richiamare H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 1993; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1985), Frankfurt a.M., 1994; J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in Id. - P. Kirchhof (hrsg.), *Handbuch Staatsrechts*, v. V, Heidelberg, 1992, § 111; H.D. Jarass, *Funktionen und Dimensionen der Grundrechte*, in D. Merten - H.J. Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. II, Heidelberg, 2006, p. 625 ss.; W. Kahl, *Grundrechte*, in O. Depenheuer - Ch. Grabenwarter (hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, p. 807 ss.; Ch. Calliess, *Dimensions of Fundamental Rights – Duty to Respect versus Duty to Protect*, in H. Pünder - Ch. Waldhoff (eds.), *Debates in German Public Law*, Oxford, 2014, p. 27 ss. Nella dottrina italiana v. P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti di libertà in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, p. 166 ss. e, se si vuole, A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2016.

¹⁹ BVerfGE 39, 1, 25 febbraio 1975 (*Schwangerschaftsabbruch I*); 88, 203, 28 maggio 1993 (*Schwangerschaftsabbruch II*).

partire dal diritto di proprietà (art. 14 GG) e dal diritto a scegliere liberamente la professione (art. 12 GG)²⁰.

Quando i giudici motivano una decisione, un diritto fondamentale viene normalmente considerato alternativamente alla luce di un profilo o dell'altro (*Abwehrrecht* o *Schutzpflicht*): la scelta si ripercuote sul tipo di analisi e sui passaggi che scandiscono l'argomentazione della sentenza, ai quali corrisponde spesso un lessico specifico, a seconda che si imbocchi l'una o l'altra strada. Tra queste differenze, vi è anche il modo in cui opera il principio di proporzionalità: esso è per lo più associato agli *Abwehrrechte*, rispetto ai quali nell'ultima fase (quella della proporzionalità in senso stretto), diviene un *Übermassverbot* (divieto di compressione eccessiva di un diritto). Nella costellazione delle *Schutzpflichten* si parla invece di un *Untermassverbot* (divieto di abbassare la protezione del diritto sotto una determinata soglia). È un canone di scrutinio meno incisivo rispetto al precedente, e tiene conto del più ampio margine di valutazione e conformazione di cui gode lo stato – e soprattutto il legislatore – nel disegnare gli obblighi di protezione. Per valutare il rispetto di questo secondo canone, l'*Untermassverbot*, il Tribunale costituzionale utilizza normalmente uno standard piuttosto blando, l'*Evidenzkontrolle*, secondo il quale una legge viene considerata incostituzionale solo se la carenza di protezione appare evidente, vuoi per una totale omissione da parte del Parlamento, vuoi per una palese inadeguatezza o insufficienza della misura in relazione allo scopo da raggiungere. Più stringente, ma comunque meno penetrante dello scrutinio di proporzionalità, è la *Vertretbarkeitskontrolle*, un controllo relativo all'accuratezza nell'accertamento dei fatti, alla plausibilità della valutazione (*Vertretbarkeit*) e all'efficacia della tutela apprestata²¹.

²⁰ BVerfGE 46, 160, 16 ottobre 1977, *Schleyer*; 49, 89, 8 agosto 1987, *Kalkar I*; 53, 30, 20 dicembre 1979, *Mühlheim-Kärlich*; 56, 54, 14 gennaio 1981, *Fluglärm*; 77, 170, 29 ottobre 1987 (*Lagerung chemischer Waffen*); BVerfG, 12 novembre 2008, 1 BvR 2465/06, *Standortzwischenlager für atomare Kernbrennstoffe*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NvWZ)*, 2009, p. 171 ss.; BVerfG, 10 novembre 2009, 1 BvR 1178/07, *Schacht Konrad*; BVerfG, 24 gennaio 2007, 1 BvR 382/05, *Mobilfunkanlagen*, in *NvWZ*, 2007, p. 805 ss.; ed altre decisioni relative all'inquinamento acustico negli aeroporti, tra cui BVerfG, 4 maggio 2011, 1 BvR 1502/08, in *NvWZ*, 2011, p. 991 ss. Per un quadro d'insieme cfr. Ch. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tübingen, 2001, p. 312 ss.; A. Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, in *NvWZ*, 2013, p. 6 ss.

²¹ Cfr. la nota precedente, ed altresì J. Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Aufl., Berlin, 2005, p. I ss. e *passim*; J. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, cit., p. 181 ss.; Ch. Calliess, *Schutzpflichten*, in D. Merten - H.J. Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, v. II, cit., p. 963 ss.; D.

Alessandra Di Martino
Intertemporalità dei diritti e dintorni

In questa cornice si può inquadrare, nella Legge fondamentale tedesca, anche il problema della tutela ambientale. Se, in una prospettiva comparativa, si distinguono costituzioni in cui l'ambiente rileva come oggetto di un diritto soggettivo individuale e costituzioni in cui esso è protetto da una norma di scopo (*Staatszielbestimmung*)²², in Germania l'approccio prevalente è stato finora il secondo. La discussione si era aperta nella dottrina, nella giurisprudenza e nel mondo politico durante gli anni settanta. Il diritto soggettivo fondamentale all'ambiente è stato accantonato per una serie di obiezioni, tra cui la portata apparentemente indeterminata e la cerchia indefinita dei suoi potenziali titolari. Era stata altresì proposta l'introduzione di un dovere dei cittadini, nei confronti dello stato, relativo alla protezione dell'ambiente da parte dei privati. Il dibattito ha incontrato momenti di accelerazione dapprima con l'entrata nel Bundestag del partito dei Verdi negli anni ottanta, e poi, in maniera risolutiva, con la riunificazione. All'inizio degli anni novanta, nei lavori della Commissione comune istituita per apportare revisioni al *Grundgesetz* si sono confrontate le seguenti posizioni: da un lato, i Verdi erano favorevoli alla previsione di un diritto soggettivo, da introdurre attraverso un'integrazione dell'art. 2, comma 2 GG (ma occorre ricordare che i primi promotori di un diritto siffatto sono stati negli anni settanta i liberali dell'FDP). Dall'altro, cristiano-democratici e social-democratici appoggiavano la norma di scopo. Nel 1994, con l'art. 20a GG, è stata adottata quest'ultima soluzione: la norma prevede che lo stato tuteli «le basi naturali della vita» (*natürliche Lebensgrundlagen*), mentre è venuto meno sia il riferimento diretto all'attività dell'uomo (voluto dalla CDU) sia il carattere “particolare” della tutela ambientale (richiesto dalla SPD)²³. La formulazione sembra aver lasciato aperta la questione, forse

Grimm, *The Protective Function of the State*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, p. 149 ss.

²² Per un ampio quadro v. D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022, p. 94 ss., 124 ss.

²³ M. Kloepfer, *Zum Grundrecht auf Umweltschutz*, Berlin, 1978, p. 7 ss.; B. Bock, *Umweltschutz im Spiegel von Verfassungsrecht und Verfassungspolitik*, Berlin, 1990, p. 53 ss., 225 ss.; H. Schulze-Fielitz, *Art. 20a GG*, in H. Dreier (hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Aufl., Tübingen, 2015, Rn. 7-8; J. Luther, *Antropocentrismo e biocentrismo nel diritto dell'ambiente in Italia e in Germania*, in *Pol. Dir.*, 1989, p. 677 ss.; R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, p. 132 ss.; E. Buono, *Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, p. 472 ss. Tra i commentatori del *Klima-Beschluss*, queste vicende sono ripercorse in particolare da J. Berkemann, “*Freiheitschancen über die Generationen*” (*Art.*

eccessivamente polarizzata, circa l'impostazione antropocentrica o ecocentrica della norma, mentre un'interpretazione sistematica, e in particolare il principio di intangibilità della dignità dell'uomo, hanno spinto parte della dottrina ad attribuire la prevalenza, nelle operazioni di bilanciamento, agli interessi umani²⁴. Come si è anticipato, la tutela dell'ambiente è ricondotta anche alla dimensione degli obblighi di protezione che scaturiscono dal diritto alla vita e all'integrità fisica (art. 2, comma 2 GG) e, in misura minore, dal diritto di proprietà (art. 14 GG) e dal diritto a scegliere liberamente la professione (art. 12 GG)²⁵.

Le proposte di elaborazione di un diritto soggettivo non sono tuttavia venute meno, soprattutto per quanto concerne il "diritto a un minimo esistenziale ecologico" (*Recht auf ein ökologisches Existenzminimum*). Si tratta di una posizione soggettiva che, per un verso, è un diritto di difesa contro ingerenze statali «estremamente nocive» per l'ambiente, per l'altro conferisce un diritto di prestazione, una pretesa positiva alla conservazione di un nucleo di elementi naturali considerati necessari a vivere in maniera dignitosa (aria respirabile, acqua potabile, cibo commestibile, etc.) o a preservare la salute umana (ad esempio lo strato dell'ozono), elementi indispensabili sia alla sopravvivenza fisica di ciascuno, sia al mantenimento di un tessuto relazionale elementare. Anche la salvaguardia di condizioni climatiche tali da rendere il pianeta abitabile, e quindi la prevenzione dei rischi che possano provocare il superamento dei *tipping points*, rientra nel contenuto di un diritto siffatto. Da un punto di vista interpretativo, tale contenuto viene ricavato da un'interpretazione congiunta degli art. 1, comma 1 GG e 2, comma 2 GG, da un lato, e del principio dello stato sociale di cui all'art. 20 GG, dall'altro. Le assonanze con il diritto al minimo esistenziale economico-sociale (*Recht auf Existenzminimum*), prefigurato dalla dottrina e in seguito riconosciuto dal Tribunale costituzionale²⁶, sono evidenti²⁷. L'obiezione principale sollevata verso il diritto a un minimo

20a GG) – *Intertemporaler Klimaschutz im Paradigmenwechsel*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 2021, p. 702 ss. Sull'art. 20a GG v. anche Ch. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 104 ss.

²⁴ Ivi, pp. 111-114, 509 ss.

²⁵ *Supra*, n. 20.

²⁶ BVerfGE, 125, 175, 9 febbraio 2010, *Hartz IV*.

²⁷ Cfr. Ch. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 300; Id., *Klimapolitik und Grundrechtsschutz – Brauchen wir ein Grundrecht auf Umweltschutz?*, in *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)*, 2021, p. 326 ss.; A. Buser, *Ein Grundrecht auf Klimaschutz? Möglichkeiten und Grenzen grundrechtlicher Klimaklagen in Deutschland*, in *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 2020, p. 1391 ss.

esistenziale ecologico è quella per cui la costituzione non offre indicatori relativi alle soglie o agli standard di vivibilità, tali da determinare il livello minimo di tutela²⁸; a questo argomento si è replicato osservando che indicatori simili non sono reperibili nemmeno con riguardo al *Recht auf Existenzminimum* sociale, e che, ciononostante, il Bundesverfassungsgericht ha individuato alcuni criteri di tipo procedurale idonei a guidare il legislatore nella definizione del contenuto del diritto²⁹. Il diritto al minimo esistenziale, tanto sociale quanto ecologico, attiene ai beni materiali e naturali che costituiscono il presupposto per l'esercizio effettivo di questo e di altri diritti fondamentali (ad esempio, il diritto alla vita presuppone un'aria respirabile)³⁰.

Prima della pubblicazione del *Klima-Beschluss*, le previsioni degli studiosi erano in buona parte sfavorevoli al riconoscimento delle pretese dei ricorrenti, alla luce della giurisprudenza sugli obblighi di protezione, caratterizzata come si è visto da un livello meno penetrante di scrutinio. Ne era la riprova il fatto che, fino ad allora, il Tribunale costituzionale non aveva mai riscontrato una violazione delle *Schutzpflichten* in materia ambientale³¹. Ma vi è stato anche chi aveva immaginato che questo caso potesse essere l'occasione per un'evoluzione di quella giurisprudenza, inaugurando un tipo di scrutinio relativamente più stretto, appoggiandolo eventualmente al diritto al minimo esistenziale ecologico³².

I pronostici, tuttavia, sono stati smentiti, e il Tribunale ha dichiarato incostituzionali alcune norme della legge sul clima del 2019, per non aver previsto – direttamente essa stessa, o indirettamente tramite la fissazione dei criteri per futuri regolamenti governativi – un percorso graduale di riduzione delle emissioni di gas serra fino al 2050, tale da fornire a cittadini e imprese un orizzonte temporale adeguato per orientare i propri comportamenti alla luce dell'obiettivo della neutralità climatica. La legge originaria prevedeva precisi obiettivi di riduzione delle emissioni fino al 2030, mentre con riferimento al periodo successivo rinviava a regolamenti del Governo da

²⁸ A. Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, cit., p. 6

²⁹ *Supra*, n. 26 e *infra*, n. 117.

³⁰ Cfr. già M. Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, Tübingen, 2014, p. 309 ss.

³¹ Cfr. tra gli altri A. Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, cit., p. 7; W. Kahl, *Klimaschutz und Grundrechte*, in *Juristische Ausbildung*, 2021, p. 121.

³² A. Buser, *Ein Grundrecht auf Klimaschutz?*, cit.; Ch. Callies, *Klimapolitik und Grundrechtsschutz*, cit.; W. Kahl, *Klimaschutz und Grundrechte*, in *Juristische Ausbildung*, 2021, p. 121 ss.

adottare a partire dal 2025. La leva dogmatico-argomentativa adoperata per la declaratoria di incostituzionalità, tuttavia, non sono stati gli obblighi di protezione, ma i diritti individuali nella dimensione difensiva, e in una proiezione intertemporale. Ad essi è stato associato il giudizio di proporzionalità. Si tratta delle parti della decisione più inaspettate, laddove i profili processuali di ammissibilità sono strettamente connessi a quelli sul merito.

Nonostante siano stati individuati sostegni nella dogmatica precedente (soprattutto per quanto concerne il diritto di proprietà)³³, questo tipo di argomentazione e di ricostruzione dogmatica può considerarsi una *Grundrechtsinnovation*. Nell'esperienza costituzionale tedesca tali innovazioni non sono infrequenti, soprattutto in ambiti legati allo sviluppo tecnologico, che ha causato mutamenti nell'interpretazione del diritto, spesso attraverso un'interazione tra fonti costituzionali e fonti internazionali o sovranazionali³⁴. Una spia formale-procedurale della portata significativa di questo mutamento è costituita dal fatto che la pronuncia sia stata assunta all'unanimità³⁵: attraverso il carattere unanime della decisione, i giudici hanno trasmesso verso l'esterno l'immagine di una coesione interna – la cui ricerca presso il Bundesverfassungsgericht costituisce bensì la regola³⁶, ma che è altamente improbabile sia stata effettivamente raggiunta in questo caso su tutta la motivazione –, e hanno dunque rafforzato la nuova figura dogmatica rispetto alle probabili obiezioni dei commentatori. In tale prospettiva, colpisce che la decisione non sia stata preceduta da un'udienza pubblica – sulla base del presupposto, quantomeno dubbio, che non vi fosse ulteriore bisogno di chiarificazioni e che la decisione si inserisse

³³ In particolare l'«effetto anticipato di espropriazione»: cfr. tra gli altri v. N. Grosche, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, in *Der Staat*, 2022, p. 114-115; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen. Zum Klimabeschluß des Bundesverfassungsgerichts*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV), 2021, p. 148-149. Per un possibile aggancio alle future generazioni, ma con riferimento alle *Schutzpflichten*, v. M. Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, cit., p. 296 ss.

³⁴ G. Hornung, *Grundrechtsinnovationen*, Tübingen, 2015.

³⁵ Tra gli altri, notano questo aspetto J. Berkemann, *“Freiheitschancen über die Generationen”* (Art. 20a GG), cit., p. 710; M. Klopfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, in *DVB*, 2021, p. 1340; Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *JZ*, 2021, p. 1071; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine Dekonstruktion*, in *Der Staat*, 2022, p. 101.

³⁶ Cfr. U. Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, 2010.

armonicamente nella giurisprudenza precedente ³⁷, e che, conseguentemente, essa non sia stata emessa nella forma di una sentenza (*Urteil*) ma di un *Beschluss*, per quanto lunghissimo (ho scelto di tradurre questo termine con “decisione”, in altri contesti si può trovare “ordinanza”). Il tempo dirà se e in che misura questa innovazione potrà consolidarsi, essendo rimaste, come era prevedibile, alcune questioni aperte.

3. Segue. L'argomentazione del Bundesverfassungsgericht e le reazioni della dottrina

È opportuno a questo punto osservare più da vicino il percorso argomentativo dei giudici. Il primo ostacolo – comune a una parte della *litigation* climatica, là dove manca una specifica legittimazione ad agire per le associazioni³⁸ – riguardava l'ammissibilità della *Beschwerde*: i requisiti per la procedibilità della domanda sono normalmente un interesse proprio (*selbst*), immediato (*unmittelbar*) e attuale (*gegenwärtig*) dei ricorrenti. Mentre questi elementi non possono essere rinvenuti in capo ai gruppi ambientalisti, i quali non sono titolari di un diritto o di una situazione giuridica azionabile tramite *Beschwerde*, per i singoli la situazione è diversa. Il Tribunale costituzionale ha utilizzato un'interpretazione ampia dei presupposti processuali, ritenendo possibile una lesione dei diritti alla vita e all'integrità fisica e del diritto di proprietà, con riguardo specifico alla dimensione delle *Schutzpflichten*, nonché una più generica lesione dei diritti di libertà, visti nella dimensione individuale di diritti di difesa³⁹. A ben vedere, il rinvenimento di tutti e tre i requisiti può apparire problematico e dare l'impressione che il Bundesverfassungsgericht abbia di fatto aperto la strada a un'azione

³⁷ K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen*, in *NJW*, 2021, p. 2085; Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1070, S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 93 ss.

³⁸ Per un quadro d'insieme cfr. *supra*, n. 6.

³⁹ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 91 ss. Per una ricostruzione del ricorso diretto nell'esperienza tedesca v. F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in Id. - G. Repetto (a cura di), *Tem e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2021, p. 43 ss. Nella letteratura tedesca cfr. tra i molti H. Bethge, § 90, in Id. *et al.* (hrsg.), *BVerfGG*, Bd. II, München, 2018; R. Zuck - H. Eisele, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 6. Aufl., München, 2022.

popolare⁴⁰, suscitando obiezioni in parte simili a quelle che erano state formulate a proposito dell'interpretazione estensiva dell'art. 38 GG, visto come un *Grundrecht auf Demokratie* nell'ambito dell'ormai fitta giurisprudenza relativa ai rapporti tra i principi costituzionali di struttura e il diritto dell'Unione europea⁴¹. I giudici hanno cercato di prevenire i rilievi critici con i seguenti argomenti: da un lato – e con un'esplicita presa di distanza dalla più restrittiva giurisprudenza della Corte di Lussemburgo⁴² – hanno affermato che il carattere “proprio” dell'interesse non richiede che esso debba essere al contempo qualificato. In altre parole, il pregiudizio per il ricorrente non deve differenziarsi in maniera significativa da quello degli altri consociati⁴³. Il fatto, dunque, che si tratti di un pregiudizio condiviso all'interno della collettività non esclude l'interesse del singolo a ricorrere. Dall'altro lato, hanno insistito sui pregiudizi concreti ai quali, alla luce degli effetti delle misure adottate, con elevata probabilità sarebbero stati esposti i ricorrenti: si tratta degli esseri umani oggi viventi più che delle generazioni future – anche se bisogna ricordare che l'ultimo concetto non è delimitato in maniera netta: vi sono in esso delle sovrapposizioni di fasce generazionali, soprattutto per quanto riguarda i giovani⁴⁴. Tali pregiudizi, pericoli reali,

⁴⁰ M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitsicherung oder doch besser “intertemporale Systemgerechtigkeit”?* – auf Konturensuche, in *NVwZ*, 2021, pp. 921-922; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der “intertemporale Freiheitsschutz”*, in *Umwelt- und Planungsrecht (UPR)*, 2021, p. 251.

⁴¹ Cfr. per tutti R. Lehner, *Die “Integrationsverfassungsbeschwerde” nach art. 38 Abs. 1 S. 1 GG: prozessuale und materiell-rechtliche Folgefragen zu einer objektiven Verfassungswahrungsbeschwerde*, in *Der Staat*, 2013, p. 535 ss.; criticamente tra gli altri Ch. Schönberger, *Der introvertierte Rechtsstaat als Krönung der Demokratie? – Zur Entgrenzung von Art. 38 GG im Europaverfassungsrecht*, in *JZ*, 2010, p. 1160 ss.

⁴² Cfr. Trib. UE, 8 maggio 2019T-330/18, *Carvalho*; CGUE, 15 marzo 2021, C-565-19 P, *Carvalho*.

⁴³ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 110. Sul carattere innovativo e particolarmente ampio di questa interpretazione v., tra gli altri, J. Berkemann, *“Freiheitschancen über die Generationen” (Art. 20a GG)*, cit., p. 708-709; Ch. Calliess, *Das “Klimaurteil” des Bundesverfassungsgerichts: “Versubjektivierung” des Art. 20a GG?*, in *ZUR*, 2021, p. 355; per un'interpretazione ampia dell'ammissibilità alla luce della dottrina delle *Schutzpflichten* v. Ch. Bickenbach, *Subjektiv-öffentliches Recht auf Klimaschutz? Die Erderwärmung vor den Gerichten*, in *JZ*, 2020, p. 176.

⁴⁴ Sulla stratificazione del concetto di generazioni future v. A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Milano, 2016, p. 337 ss. Sul problema della soggettività giuridica delle generazioni future v. *ivi*, p. 365 ss.; R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 71 ss.; nel contesto tedesco M. Kleiber, *Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen*, cit., p. 9 ss., 63 ss. Per una inquadrabilità della questione dal punto di vista delle responsabilità e dei doveri delle generazioni presenti v. *già*, muovendo dalle

attengono ai diritti alla vita e all'integrità fisica (indirettamente alla salute, un bene non previsto espressamente dalla Legge fondamentale), nonché al diritto di proprietà, se non vengono adeguatamente adempiuti gli obblighi di protezione. Ma toccano anche – in una prospettiva speculare e in generale – i diritti di libertà, che potrebbero essere compressi a causa dell'adozione improvvisa di misure drastiche volte al contenimento delle emissioni⁴⁵. Il Tribunale costituzionale non si dilunga invece sul “diritto a un minimo esistenziale ecologico” e sul “diritto a un futuro degno dell'uomo”, pur invocati dai ricorrenti, la cui esistenza è ritenuta astrattamente possibile ma non appare pregiudicata in questo caso. Qualche considerazione in più è riservata al diritto al minimo esistenziale ecologico, laddove si afferma che esso copre uno spettro non interamente sovrapponibile a quello degli art. 2, comma 2 e 14 GG, e che riguarda in particolare l'esistenza delle precondizioni ecologiche che rendono possibile la partecipazione alla vita sociale, politica e culturale sul territorio. Ma non può dirsi, secondo i giudici, che la legge sul clima avrebbe cagionato effetti di portata talmente catastrofica da pregiudicare quel contenuto minimo⁴⁶.

Colpisce inoltre l'apertura della via processuale alle *Beschwerden* promosse da individui residenti in Nepal e in Bangladesh: il BVerfG la giustifica richiamandosi a una giurisprudenza recente sull'efficacia extraterritoriale dei diritti⁴⁷, ma ravvisa una differenza tra dimensione difensiva e obblighi di protezione (la prima appresta una protezione più robusta), e soprattutto tra obblighi di protezione da far valere in Germania e quelli da far valere all'estero, sottolineando come nel secondo caso il legame tra ricorrenti ed eventuali misure normative attuative delle *Schutzpflichten* sia molto più debole⁴⁸. Nel merito dunque, la pretesa basata sull'efficacia extraterritoriale dei diritti viene respinta.

Schutzpflichten, H. Hofmann, *Nachweltschutz als Verfassungsfrage*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), 1986, p. 87 ss.; nel contesto italiano R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 178 ss.; M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2008, p. 145 ss.

⁴⁵ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 96 ss.; 116 ss.; 129 ss.

⁴⁶ Ivi, Rn. 113 ss. Sulla concezione restrittiva del “diritto a un minimo esistenziale ecologico” adottata dal Tribunale cfr. M. Klopfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1135.

⁴⁷ BVerfG, 19 maggio 2020, 1 BvR 2835/17, *BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung*.

⁴⁸ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 101, 173 ss. Sulla questione specifica della extra-territorialità v. C. Gentile, *Climate Litigation ed extraterritorialità dei diritti*, cit., *passim*.

Sono invece accolti i ricorsi dei cittadini tedeschi, che fanno riferimento anzitutto al territorio nazionale, anche se vi è piena consapevolezza della portata globale dell'emergenza climatica, come mostra il ruolo decisivo che nella motivazione occupano gli Accordi di Parigi. Prima di toccare questo profilo, però, occorre tornare sui passaggi della decisione che hanno maggiormente sorpreso i commentatori, e cioè sullo slittamento dell'attenzione dagli obblighi di protezione/*Schutzpflichten* a quella della dimensione individuale e difensiva dei diritti/*Abwehrrecht*, corredata quest'ultima da una prospettiva intertemporale.

La mancata dichiarazione di incostituzionalità per violazione degli obblighi di protezione⁴⁹ si può probabilmente spiegare con l'intenzione, da parte dei giudici, di non volere introdurre cambiamenti significativi nella dogmatica delle *Schutzpflichten*, e soprattutto nello scrutinio da parte del Tribunale costituzionale, scrutinio che come si è visto è stato fino a oggi, in questa costellazione, piuttosto debole⁵⁰. I giudici, dunque, pur avendo per la prima volta riconosciuto chiaramente che la tutela del clima rientra negli obblighi di protezione di cui agli art. 2, comma 2 e 14 GG⁵¹, hanno valutato una loro possibile violazione e, applicando i criteri ricavabili dai precedenti, la hanno negata. Non pochi costituzionalisti ed esperti di diritto ambientale, tuttavia, hanno sottolineato come i giudici avrebbero potuto sviluppare la dottrina degli obblighi di protezione lungo la direzione che suggerisce una maggiore incisività del controllo di costituzionalità nel senso di una *Vertretbarkeitskontrolle*, specie dinanzi a rischi gravi, rispetto ai quali il verificarsi di eventi dannosi è altamente probabile – una costellazione che è difficile negare con riguardo all'attuale emergenza climatica⁵². Un'ulteriore alternativa sarebbe stata quella di esplorare più a fondo il diritto a un minimo esistenziale ecologico concepito come un diritto di prestazione basato sul

⁴⁹ Cfr. BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 152 ss., 171 ss.

⁵⁰ Così chiaramente la giudice costituzionale, membro del Senato che ha pronunciato la decisione, G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *NVwZ Sondarausgabe Klimabeschluss*, 2022, p. 12-13, ma il punto si coglie sotto traccia nella gran parte dei commenti richiamati.

⁵¹ Cfr. G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 12

⁵² Ch. Calliess, *Das "Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 356-357; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 244, 248; K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2087-2088; J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 710, 725; M. Kloepper - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1137-1139.

principio di precauzione⁵³. Per entrambe le prospettive – obblighi di protezione e diritti di prestazione, che includono in questa materia anche la dimensione partecipativa dei diritti – è rilevante il tema dei presupposti dei diritti fondamentali (*Grundrechtsvoraussetzungen*); precondizioni naturali, materiali o giuridiche dell'esercizio dei diritti, che rientrano nell'ambito di applicazione di questi. Un sistema climatico stabilizzato è raffigurabile come una di tali precondizioni⁵⁴.

La via percorsa dal Tribunale, tuttavia, è differente: dapprima i giudici negano la lesione degli obblighi di protezione, relativi al diritto alla vita e all'integrità fisica, nonché al diritto di proprietà, e successivamente – riformulando il parametro del giudizio rispetto a quanto indicato dai ricorrenti⁵⁵ – emettono una declaratoria di incostituzionalità muovendo dai diritti fondamentali, inquadrati nella loro dimensione difensiva e nella loro proiezione intertemporale. Il ragionamento dei giudici, tanto semplice quanto ingegnoso, è il seguente: la legge sul clima prevede obiettivi di riduzione delle emissioni fino al 2030, ma, considerato il *carbon budget* a disposizione della Germania, in quella data sarà stata consumata quasi tutta la quantità consentita. Per soddisfare l'obiettivo del contenimento dell'aumento della temperatura tra 1,5 e 2°C entro il 2050, in una misura preferibilmente più vicina al primo termine che non al secondo, lo stato avrebbe dovuto adottare misure molto drastiche in un arco di tempo molto breve, misure che avrebbero avuto un impatto restrittivo sulla maggior parte delle attività umane (energia, produzione, trasporti, servizi, consumo, cultura, etc.). Tali attività costituiscono forme di esercizio di diritti e libertà individuali, che vengono quindi limitate⁵⁶. La limitazione si verificherà bensì nel futuro, ma sulla base di norme giuridiche in vigore nel presente; per questo i giudici parlano di un «effetto (della legge) simile a quello di interferenza»⁵⁷.

⁵³ Ch. Calliess, *Das "Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 357; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 244, 246-247, che tuttavia contesta al Bundesverfassungsgericht una eccessiva genericità nella definizione di quel minimo (le condizioni, la cui assenza renderebbe impossibile la partecipazione e l'integrazione sociale, culturale e giuridica).

⁵⁴ W. Frenz, *Klimagrundrecht*, in *DöV*, 2021, p. 720 ss. Cfr. *supra*, n. 27, 30.

⁵⁵ C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 140 ss.

⁵⁶ BVerfG, 1 BvR 2656/18 *et al.*, del 24.3.2021, Rn. 116 ss., 182 ss., 247 ss.

⁵⁷ Sul profilo giuridico e non solo fattuale di questo rapporto causale v. *ivi*, Rn. 118, 187. Parla di un «surrogato di interferenza» e di una «messa in pericolo del diritto fondamentale che sostituisce l'interferenza» S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 90.

Alcuni autori hanno inquadrato questa impostazione, condividendola, come un coordinamento della dimensione dei diritti di difesa con quella degli obblighi di protezione⁵⁸. Altri hanno considerato più problematico questo approccio, per la confusione che può ingenerare tra le due dimensioni, venendo meno a quelle funzioni di guida e di prevedibilità che dovrebbero caratterizzare la giurisprudenza costituzionale⁵⁹. Uno degli aspetti più controversi della ricostruzione del Bundesverfassungsgericht è relativo alla genericità delle posizioni giuridiche la cui lesione fonda l'incostituzionalità⁶⁰: mentre alcuni hanno ritenuto che i giudici avessero in mente soprattutto le libertà economiche⁶¹, altri hanno sottolineato come a essere interessata fosse la quasi totalità dei comportamenti umani, dipendendo ciascun tipo di attività dal consumo di energia⁶². I giudici non hanno individuato uno o più diritti fondamentali, né una concreta libertà, ma hanno parlato, in maniera appunto generica, di diritti di libertà (*Freiheitsrechte*) che nel loro insieme sarebbero stati compromessi. O meglio, hanno ricordato che il *Grundgesetz* protegge in maniera specifica alcuni diritti di libertà, e che in ogni caso è rilevante la libertà generale di agire (*allgemeine Handlungsfreiheit*) di cui all'art. 2, comma 1 GG, interpretata dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria alla stregua di un diritto generale di libertà (*allgemeines Freiheitsrecht*)⁶³. Tale norma è stata ritenuta una sorta di diritto-ombrello (*Auffanggrundrecht*), riconosciuto attraverso una clausola sussidiaria, che offre protezione a comportamenti non ricompresi

⁵⁸ Nel complesso adesivi rispetto a questa impostazione del Tribunale S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitsicherung*, in *NVwZ*, 2021, p. 914, 916; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 144.

⁵⁹ Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1073-1074; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 90 ss.; M. Klopfer, J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1139.

⁶⁰ Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1071; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 245-246; J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 711-712; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 90 ss.

⁶¹ Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1073, 1076.

⁶² V. la giudice G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 13.

⁶³ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 117, 184. Cfr. da ultimo M. Eifert, *Persönliche Freiheit*, in M. Herdegen - J. Masing - R. Poscher - K.F. Gärditz (hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, München, 2021, p. 1163 ss.; per alcuni profili problematici v. *infra*, n. 65.

nei diritti enumerati (letteralmente, l'*Auffanggrundrecht* è un “diritto che raccoglie” potenzialmente, nel suo ambito di applicazione, un ampio spettro di situazioni soggettive). Non si tratta, tuttavia, di una ricostruzione dogmatica pacifica, nella misura in cui la sentenza che negli anni cinquanta ha inaugurato questa linea interpretativa – l'*Elfes-Urteil*⁶⁴ – è stata criticata per alcune ricadute negative: l'impulso che ha dato a una progressiva e penetrante giuridificazione dei comportamenti e dei rapporti umani (che tendono a essere osservati attraverso le lenti e il lessico dei diritti fondamentali), la corrispondenza tra ampiezza dell'ambito di applicazione e ampiezza dei limiti apponibili al diritto (entrambi piuttosto larghi), l'allargamento dello spettro del sindacato del giudice costituzionale e la riduzione dello spazio della conformazione politico-legislativa⁶⁵. Di qui l'impressione che il *Klima-Beschluss* si fosse posto in sostanziale continuità con questa giurisprudenza e la lettura della decisione alla stregua di una «versione ecologica di *Elfe*» (*Öko-Elfes*), che avrebbe – contrariamente a quanto deliberato in sede di revisione costituzionale – «soggettivizzato» l'art. 20a GG, aprendo il varco a una pretesa individuale avente ad oggetto un'azione dei poteri pubblici rispettosa dei canoni ambientali⁶⁶.

Un altro profilo sul quale si è discusso attiene al significato dell'intertemporalità: vi è chi ha parlato addirittura di un «diritto fondamentale alla garanzia intertemporale dei diritti»⁶⁷, chi di una (ulteriore)

⁶⁴ BVerfGE 6, 32, 16 gennaio 1957.

⁶⁵ Per una ricostruzione storica cfr. D. Grimm, *Das Elfes-Urteil*, in F. Meinel (hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik*, Tübingen, 2019, p. 155 ss.; Ha. Birkenkötter, *Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeines Freiheitsrecht und Auffanggrundrecht: Das Elfes-Urteil*, in D. Grimm (hrsg.), *Vorbereiter – Nachbereiter?*, cit., p. 9 ss.

⁶⁶ Cfr. criticamente Ch. Calliess, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in *verfassungsblog.de*, 25 maggio 2021; Id., *Das “Klimaurteil” des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 356; Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1076; J. Berkemann, *“Freiheitschancen über die Generationen” (Art. 20a GG)*, cit., p. 710, 712; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der “intertemporale Freiheitsschutz”*, cit., p. 243, 249; M. Klopfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1135. La tesi della soggettivizzazione dell'art. 20a GG è contestata da chi invece ravvisa un coordinamento di diritto di difesa e obbligo di protezione: *supra*, n. 58. C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 154, sostiene che non è stato soggettivizzato l'art. 20a GG, ma che siano stati «intertemporalizzati» i diritti di libertà, attraverso l'art. 20a GG.

⁶⁷ S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, cit., p. 913; M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser “intertemporale Systemgerechtigkeit”?*, cit., p. 921, che attribuiscono il diritto (erroneamente) alle

dimensione dei diritti fondamentali⁶⁸, chi di una funzione di questi ultimi⁶⁹. Alcuni hanno ritenuto di dover tradurre l'istanza di tutela intertemporale dei diritti individuali in un'esigenza di giustizia intergenerazionale o di una «giustizia intertemporale sistemica»; in particolare, sono apparsi rilevanti i principi di giustizia complessiva del sistema e di coerenza oggettiva interna della legislazione, principi sviluppati nell'ambito della materia fiscale e collegati al principio di eguaglianza⁷⁰. I giudici hanno parlato invero di un'esigenza di distribuire tra le generazioni sia le opportunità di libertà, sia gli oneri di riduzione delle emissioni⁷¹. E tali passaggi hanno comprensibilmente indotto a richiamare le tesi di John Rawls sulla giustizia intergenerazionale⁷². Ma la riformulazione della questione in termini di giustizia intergenerazionale non è pacifica: sia perché non si può dare per scontata la trasposizione della logica adoperata con riferimento alla giustizia redistributiva (che normalmente fa riferimento alla ripartizione di beni materiali nel tempo presente) alla redistribuzione di quote di libertà nel futuro; sia perché nel caso specifico non si ha a che fare con una distribuzione diseguale delle ricadute negative del cambiamento climatico, ma di una distribuzione diseguale degli oneri così come risultante da un preciso atto normativo (la legge sul clima del 2019). Non si tratta, inoltre, di

generazioni future; critico M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 243, 246

⁶⁸ S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung*, cit., p. 914; M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?* – auf Konturensuche, in *NVwZ*, 2021, p. 918; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 144; M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende. Neukonstruktion des Umweltrechts unter verfassungsrechtlichen Einfluss*, in *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, 2022, p. 593 ss.

⁶⁹ M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?*, cit., p. 918 (come risulta dalle citazioni, le scelte lessicali dei vari autori non sono sempre univoche).

⁷⁰ M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?*, cit., p. 920-921. V. anche J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 712 ss.; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, p. 244; M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit – Der Jahrhundert-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts*, in *DVBl.*, 2021, p. 1145-1146; M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende*, p. 590-591. Svaluta questo profilo S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 99.

⁷¹ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 et al., Rn. 183, Rn. 192 ss.

⁷² J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, nuova ed., ed. orig. *A Theory of Justice* (1999), Milano, 2008, p. 278 ss. Cfr. J. Berkemann, *"Freiheitschancen über die Generationen" (Art. 20a GG)*, cit., p. 712-713; N. Grosche, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, cit., p. 116-117, 120.

una successione di generazioni diverse (quindi di un'alterità di soggetti), ma degli stessi individui, considerati a una distanza temporale di dieci-venti anni. Più che di un problema di efficacia verso terzi (ancora non esistenti o in attesa di raggiungere la piena capacità di agire) di determinate decisioni, si tratterebbe di un problema relativo alla modulazione temporale di un'autolimitazione delle proprie libertà⁷³. Occorre peraltro sottolineare come il Tribunale non abbia chiamato in causa il principio di eguaglianza – che probabilmente avrebbe richiesto ripartizioni simmetriche e non proporzionatamente graduate tra le generazioni⁷⁴ – e come esso sia stato attento a strutturare il ragionamento intorno a diritti che potranno bensì essere compressi negli anni a venire, ma i cui titolari sono esseri viventi già oggi. I giudici hanno del resto rigettato chiaramente la titolarità di posizioni giuridiche soggettive in capo alle generazioni future⁷⁵. Se i titolari dei diritti sono attualmente viventi, e se si coglie un effetto anticipato di interferenza, ciò può avvenire perché la soglia di pericolo giuridicamente rilevante è stata ulteriormente anticipata rispetto a quanto è normalmente accettato nell'ambito della prevenzione dei rischi (*Vorsorge*), alla luce delle specifiche dinamiche ecologiche⁷⁶. Colpisce, peraltro, che nella decisione non sia stato tematizzato il principio di precauzione.

Un ulteriore aspetto della pronuncia che ha sollevato perplessità tra i commentatori è relativo al modo in cui il Tribunale ha fatto ricorso agli Accordi di Parigi sul clima del 2015 e al criterio del *carbon budget*. I giudici, infatti, hanno assunto come vincolanti, al par. 1 frase 3 della legge del 2019, gli obiettivi del Trattato di Parigi (ben al di sotto dei 2 C° e possibilmente vicino a 1,5 C°: cfr. art. 2, comma 1 lett. a)), nella misura in cui essi sono stati recepiti come «fondamento» della legge stessa⁷⁷. Essendo incorporati nella legge, tali obiettivi costituiscono per i giudici una «concretizzazione»

⁷³ N. Grosche, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, cit., p. 116 ss. Rilievi critici anche in Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1073.

⁷⁴ G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 14.

⁷⁵ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 109. Cfr. C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 154. Per un quadro dei problemi relativi alle generazioni future, molti dei quali affiorano anche nella sentenza che si sta considerando v. *supra*, n. 44.

⁷⁶ M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?*, cit., p. 919-920; M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende*, cit., p. 594. V. anche S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 92.

⁷⁷ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 210.

dell'art. 20a GG e svolgono una «funzione costituzionale di orientamento»⁷⁸. Si crea quindi l'effetto, apparentemente paradossale, per cui alcune norme del *Klimaschutzgesetz* (par. 3, comma 1 frase 2; par. 4, comma 1 frase 3 e allegato 2) sono dichiarate incostituzionali per aver violato dei fini posti da altre norme della medesima legge (par. 1 frase 3). In realtà, il rapporto dialettico tra costituzione e legge ordinaria, in relazione alla precisazione del contenuto di alcune clausole elastiche della costituzione, è noto da tempo: la legge ordinaria può essere vista primariamente come oggetto del giudizio di costituzionalità, nella misura in cui interferisce con i diritti fondamentali, ma può anche rappresentare l'attuazione di una norma costituzionale, che conforma i rapporti giuridici alla luce dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali⁷⁹. Con riferimento a questo caso specifico, in dottrina il ragionamento del Tribunale è stato criticato da alcuni autori, poiché esso avrebbe esteso la funzione di parametro alle norme legislative di concretizzazione, laddove invece l'integrazione del parametro andrebbe limitata alle norme che, in maniera puntuale, integrano il contenuto della costituzione stessa⁸⁰. E, tuttavia, la forza passiva rinforzata che i giudici attribuiscono al par. 1 del *Klimaschutzgesetz* si spiega anche attraverso il legame tra gli obiettivi generali della legge, gli Accordi di Parigi e le risultanze scientifiche. È così che un trattato internazionale sul clima viene ad acquisire un rilievo, nel sistema delle fonti, superiore a quello che tradizionalmente gli spetterebbe, essendo recepito attraverso una legge ordinaria (non si fa invece riferimento al principio della *Völkerrechtsfreundlichkeit*). Va peraltro ricordato che una proposta di revisione volta a introdurre un principio di protezione del clima, conformemente ai trattati internazionali, era stata formulata dai Verdi poco tempo prima, senza però essere stata approvata⁸¹. A giustificare il

⁷⁸ Ivi, Rn. 185, 204 ss. (213), 219 ss. Cfr. G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 9.

⁷⁹ Tra gli altri v. M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999; M. Cornils, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, Tübingen, 2005, spec. 586 ss., 633 ss.; C. Bumke, *Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen, 2009.

⁸⁰ S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 80 ss.; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit., p. 244. Per il lessico della concretizzazione, ma meno problematici verso la soluzione dei giudici M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1144-1145; F. Lange, M. Lippold, *Höchststrichterliche Klimaentscheidungen und Demokratieprinzip*, cit., p. 690-691.

⁸¹ M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, p. 244. Perplexità sono espresse da Ch. Möllers, N. Weinberg, *Die*

ragionamento dei giudici è soprattutto l'elevato consenso della comunità scientifica intorno ai dati utilizzati dal Tribunale. I giudici – richiamando anche i rapporti dell'IPCC e i pareri del Sachverständigenrat für Umweltfragen (il Consiglio di esperti per le questioni ambientali)⁸² – hanno preso le mosse dal presupposto che su tale questione vi sia un legame strutturale (*strukturelle Koppelung*) tra diritto e scienza climatica⁸³. In particolare, i dati scientifici avrebbero avallato sia l'esigenza di interpretare in maniera rigorosa gli obiettivi della riduzione del surriscaldamento terrestre, sia la commutazione di questi obiettivi in quelli del contenimento delle emissioni di gas serra e la plausibilità metodologica del *carbon budget*. Alcuni hanno definito questo approccio «minimale», nella misura in cui il Tribunale ha poggiato le sue argomentazioni su alcune risultanze scientifiche note al pubblico, relativamente poco complesse e condivise in maniera trasversale⁸⁴. Sulla questione della complessità avrò modo di tornare in seguito, in ogni caso il Bundesverfassungsgericht se ne è mostrato a suo modo consapevole, nella misura in cui ha insistito a più riprese sul grado di incertezza che accompagna le prognosi del legislatore e più in generale dei poteri pubblici, relativamente alle azioni da intraprendere in ambito climatico⁸⁵. Concludendo sul punto, credo si possa condividere la tesi secondo cui il *Klimaschutzgesetz* contiene, nelle primissime norme, alcune decisioni fondamentali della regolazione ambientale, che il legislatore ha assunto in maniera «consapevole» e alla luce di una «urgenza» scientificamente plausibile; il carattere fondamentale di quelle decisioni è

Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, cit., p. 1074-1075; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 84 ss., 110.

⁸² BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 121, 159 ss., 211 ss.

⁸³ Su questo aspetto v. adesivamente Ch. Calliess, *Das "Klimaurteil" des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 355-356; S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitsicherung*, cit., p. 915; sulla *strukturelle Koppelung* v. K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2086.

⁸⁴ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 216 ss. Rilievi e citazione sono di F.K. Gärditz, *Die Erkenntnisdimension im Klimaschutzbeschluss des BVerfG*, in *Recht und Politik*, 2021, p. 312 ss. Critico sull'uso del criterio del *carbon budget*, non privo di una sua intrinseca politicITÀ, S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 87 ss.; sulla sua plausibilità v. invece, tra i molti, G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 10.

⁸⁵ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 211 ss. Cfr. G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 8, 10.

inoltre suffragato dal consenso raggiunto a livello sovrastatale tramite l'accordo internazionale⁸⁶.

La chiave di volta del ragionamento della Corte è stata – ancora una volta⁸⁷ – il principio di proporzionalità, ritenuto compatibile con le esigenze di gradualità dell'intervento dello stato nel tempo e con l'incertezza e la mutevolezza che caratterizzano il rapporto tra evoluzione tecnico-scientifica e rischio concreto al quale viene esposta la popolazione (tale rischio, ad esempio, potrebbe essere contenuto tramite misure di adattamento che si perfezionano nel corso degli anni). In particolare, una volta spostato il fulcro dell'analisi sull'effetto anticipato di interferenza nei diritti di libertà (intesi in maniera indifferenziata), i giudici hanno fatto ricorso alla dogmatica consolidata in materia di diritti di difesa, e hanno dunque valutato dapprima la legittimità del fine perseguito dalla misura restrittiva, poi la relativa proporzionalità, rimodulandola in senso *ergebnisorientiert*, cioè orientato a un risultato effettivo⁸⁸. È infatti con riguardo al primo aspetto – giustificazione (*Rechtfertigung*) e dunque legittimità della misura –, che entra finalmente in gioco l'art. 20a GG. La *Staatszielbestimmung* relativa alla tutela dell'ambiente ricomprende senz'altro la salvaguardia del clima, che anzi si rafforza in maniera proporzionale alla irreversibilità degli effetti delle emissioni di gas serra⁸⁹. È interessante osservare, peraltro, come il Tribunale sottolinei una differenza tra l'obbligo di agire che scaturisce dall'art. 20a GG, e quello delle *Schutzpflichten* relative agli art. 2, comma 2 e 14 GG: benché ci siano sovrapposizioni, gli obblighi non sono identici nei contenuti. Ad esempio, il primo richiede comunque una riduzione molto significativa delle emissioni, mentre il secondo può in certa misura essere soddisfatto anche da misure di adattamento (edifici eco-compatibili, dighe,

⁸⁶ Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1075.

⁸⁷ Il principio di proporzionalità è stato la chiave di molti casi importanti, anche laddove a prima vista non avrebbe dovuto essere esteso, come nella decisione sul PSPP della BCE (BVerfG, 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15). Nella sterminata letteratura v. P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961), erw. Aufl., Goldbach, Keip, 1999; D. Merten, *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, in Id. - H.J. Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. III, Heidelberg, 2009, p. 518 ss.; R. Poscher, *Das Grundgesetz als Verfassung des verhältnismässigen Ausgleichs*, in Id. - M. Herdegen - J. Masing - K.F. Gärditz (hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, cit., p. 149 ss.

⁸⁸ J. Berkemann, "Freiheitschancen über die Generationen" (*Art. 20a GG*), cit., p. 714; K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2087

⁸⁹ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 190 ss., 197 ss.

rimboschimento, etc.)⁹⁰. A questo stadio della motivazione viene dunque pienamente apprezzata la portata normativa dell'art. 20a GG, vista come norma di diritto costituzionale oggettivo: giustiziabile, essa sorregge la finalità della legge in questione (la protezione del clima), ma non dà luogo a diritti individuali azionabili attraverso la *Beschwerde*⁹¹.

Un profilo di intertemporalità si coglie anche nella ponderazione tra diritti e principi coinvolti, perché il loro peso relativo cambia: più passa il tempo, più l'irreversibilità del cambiamento climatico e le relative conseguenze risultano evidenti, più l'esigenza di tutelare il clima prevale rispetto ai diritti individuali di libertà⁹². A tale riguardo si avverte un mutamento rispetto all'impostazione dei decenni scorsi: se prima il ricorso alla dottrina degli obblighi di protezione lasciava un ampio margine al legislatore nella scelta dei mezzi per perseguire i fini ambientali, e se il bilanciamento tra diritti di libertà e tutela della natura dipendeva da elementi fattuali e giuridici del caso concreto, ora l'abbinamento tra emergenza climatica, diritti di difesa e proporzionalità impone una rimodulazione temporale dei termini del bilanciamento. Col passare del tempo, aumenta il peso dell'equilibrio ecologico e si indebolisce quello dei diritti di libertà⁹³: si è parlato a tale proposito di una «proporzionalità, [o di una] ponderazione, intergenerazionale»⁹⁴ come un triangolo, i cui lati sono costituiti da una garanzia di libertà nel presente, da una sicurezza di libertà nel futuro, e da una loro distribuzione equilibrata attraverso il tempo.

Il ricorso al principio di proporzionalità e la modulazione temporale del bilanciamento sono stati confermati, esattamente un anno dopo il *Klima-Beschluss*, dalla sentenza sui parchi eolici, in cui il Tribunale ha articolato un lungo giudizio di proporzionalità tra il diritto alla scelta della professione (art. 12 GG), da un lato, e l'obbligo di protezione del clima (collegato sia all'art. 20a GG sia agli art. 2, comma 2 e 14 GG), dall'altro: una legge del Mecklemburg-Vorpommern aveva imposto agli imprenditori dell'energia

⁹⁰ Ivi, Rn. 163, 164. Sul punto v. M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1143; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1136-1137; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 77.

⁹¹ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 112, 120, 205.

⁹² Ivi, Rn. 120, 185, 198, 246.

⁹³ Particolarmente chiari G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 11; M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende*, cit., p. 589, 597 ss.

⁹⁴ Ivi, p. 597-599.

eolica la creazione di una società con sede nel *Land*, nonché la partecipazione alla stessa, per una quota del 20%, di cittadini e comuni della zona dove sarebbero stati costruiti gli impianti (o, in sostituzione, l'offerta di prodotti di risparmio o il pagamento di un'imposta). In seguito al giudizio di proporzionalità, la protezione del clima è nel complesso prevalsa sulla libertà di impresa: in particolare, i giudici hanno sottolineato come le misure impugnate avessero contribuito ad alimentare il consenso delle comunità locali, altrimenti debole, nei confronti degli impianti di energia eolica e più in generale della produzione di energie rinnovabili⁹⁵.

Le norme del *Klimaschutzgesetz* sono state dichiarate incostituzionali nei passaggi della motivazione relativi allo scrutinio sulla proporzionalità. Secondo alcuni autori⁹⁶, tuttavia, il Tribunale non lo avrebbe svolto in maniera coerente: nella modalità ritenuta più corretta, l'esame si articola in quattro fasi, relative rispettivamente alla legittimità del fine, alla idoneità della misura (*Geeignetheit*), alla sua necessità (*Erforderlichkeit*) e alla proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*)⁹⁷. Nel caso di specie, il *test* avrebbe dovuto dare un esito negativo nel passaggio sulla *Erforderlichkeit*, volto a verificare se la misura oggetto del giudizio fosse la meno invasiva per i diritti coinvolti, oppure se vi fossero alternative meno pregiudizievoli per questi ultimi e per gli interessi della comunità.

I giudici hanno rimproverato al legislatore di non aver previsto un percorso più graduale di riduzione delle emissioni antropogeniche, tale da evitare l'«inchiodata» che si sarebbe prodotta negli anni immediatamente successivi al 2030, con le conseguenti drastiche interferenze nella sfera di protezione dei diritti fondamentali⁹⁸. Il Tribunale costituzionale, tuttavia, non ha percorso fino in fondo questa strada, e non ha utilizzato esplicitamente il canone della *Erforderlichkeit*. Da un lato, esso ha riformulato un giudizio di proporzionalità sull'asse temporale, relativamente al godimento di *chances* di libertà e alla distribuzione di oneri che non devono

⁹⁵ BVerfG, 23 marzo 2022, 1 BvR 1187/17, Rn. 98 ss., 134 ss., 155.

⁹⁶ E. Hofmann, *Der Klimaschutzbeschluss des BVerfG. Rezeption, Dogmatik, Kritik*, in *NVwZ*, 2021, p. 1589-1590. Per ulteriori profili critici in ordine all'uso del principio di proporzionalità v. *supra*, n. 88 e S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 95 ss. Da una diversa prospettiva, notano come la valutazione sulla *Erforderlichkeit* possa portare a esiti differenti, a seconda che si considerino gli effetti presenti o futuri di una misura M. Kment - S. Borchert, *Intertemporalität in der Energiewende*, cit., p. 598.

⁹⁷ *Supra*, n. 87.

⁹⁸ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 126, 192. È lo stesso Tribunale costituzionale a usare l'efficace metafora della *Vollbremsung* (traducibile con «inchiodata» o come «tirata del freno a mano»), riprendendola dai ricorrenti.

pregiudicare unilateralmente le generazioni future⁹⁹. A tale proposito, ha insistito molto sul concetto di *grundrechtschonend*, per indicare soluzioni che devono tenere adeguatamente conto di (tutti) i diritti fondamentali coinvolti, nelle loro manifestazioni temporali, con la consapevolezza dell'aggravamento della situazione di rischio quando alcune condizioni diventano irreversibili¹⁰⁰. Dall'altro lato, ha re-indirizzato lo scrutinio di proporzionalità verso la *Wesentlichkeitstheorie*, ossia quella dottrina – espressione di un'istanza democratica – secondo cui la parte essenziale di una determinata disciplina deve essere regolata dalla legge parlamentare. Nell'alveo del principio di proporzionalità è stata riportata anche l'esigenza di osservare la norma costituzionale che impone una previa e determinata autorizzazione legislativa quale presupposto per l'approvazione di un regolamento del Governo (art. 80, comma 1 GG). In questo caso, si tratta di definire preventivamente il contenuto, il fine e la portata del potere regolamentare che periodicamente interviene sulla determinazione della quantità di emissioni da ridurre¹⁰¹. In particolare, la legge sul clima del 2019 non avrebbe disegnato una via adeguatamente rispettosa dei diritti fondamentali (*grundrechtschonend*, appunto), un percorso lineare, prevedibile e progressivo, che avrebbe dovuto collegare il periodo antecedente al 2030 a quello successivo: astrattamente la disciplina della prima fase sarebbe stata soddisfacente, ma non lo era quella della seconda, per l'effetto sproporzionato di ingerenza nei diritti che essa provocava. Questa valutazione, però, finisce per ripercuotersi anche sulla regolamentazione degli anni anteriori al 2030: se occorre introdurre un contenimento graduale delle emissioni, affinché l'impatto successivo al 2030 sia meno gravoso, bisogna innalzare anche la soglia di riduzione inizialmente fissata per l'arco

⁹⁹ *Supra*, n. 71.

¹⁰⁰ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 et al., Rn. 243 ss. Per tutti v. C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 150 ss. Sulla ponderazione come concordanza pratica (*praktische Konkordanz*), contemperamento che ha riguardo per le diverse posizioni in conflitto (*schonender Ausgleich*) cercando di assicurarne l'ottimizzazione v. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudr. der 20. Aufl., Heidelberg, 1999, Rn. 72, 317 ss., nonché *supra*, n. 87.

¹⁰¹ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 et al., Rn. 182 ss., 195, 243 ss. Cfr. Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1076; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 152; criticamente S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 98 ss.

temporale antecedente a quella data. Si ha così una sorta di incostituzionalità di fatto per gli anni fino al 2030¹⁰².

Il Tribunale costituzionale si rivolge quindi nuovamente al legislatore, invitandolo a rimodulare il programma di contenimento delle emissioni. In particolare, suggerisce di delineare una traiettoria graduale e continua, che fornisca ai soggetti pubblici e privati il necessario orientamento, anche attraverso incentivi e stimoli all'azione, di modo che essi possano programmare e adottare comportamenti compatibili con la neutralità climatica¹⁰³. Tali conclusioni hanno indotto alcuni a sostenere che il significato profondo della decisione risieda – più che nella intertemporalità dei diritti soggettivi individuali – nel rafforzamento della credibilità del diritto oggettivo in una prospettiva temporale lunga, tale da guidare i comportamenti umani in uno scenario difficilmente prevedibile, esposto a variabili significative sul piano fattuale e alle decisioni di altri stati sulle quali né il Tribunale né il solo stato tedesco possono avere un'influenza determinante¹⁰⁴.

4. Klima-Beschluss e forme democratiche

Arriviamo qui all'ultima questione rilevante, che costituisce bensì una riedizione dell'antico problema relativo al rapporto tra giudici costituzionali e legislatori¹⁰⁵, ma pone anche le premesse per una considerazione allargata dei processi democratici, ricomprendente istituti e pratiche che non si esauriscono nella pur centrale rappresentanza parlamentare.

Gli autori più perplessi nei confronti del *Klima-Beschluss* hanno reiterato verso il Tribunale costituzionale la critica secondo cui questo avrebbe interferito con gli ambiti della decisione politica, aggiungendo alcuni motivi legati alla peculiarità della questione climatica: complessità

¹⁰² BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 247 ss. Per le ultime valutazioni cfr. M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1144, 1146. Sulla *Wesentlichkeitstheorie* cfr. tra gli altri Ph. Lassahn, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, Tübingen, 2017, p. 77 ss.

¹⁰³ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 249 ss.

¹⁰⁴ N. Grosche, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, cit., p. 123 ss.

¹⁰⁵ Mi limito a richiamare qualche testo classico, tralasciando il dibattito weimariano: A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2. ed., New Haven, 1986 [prima ed. 1962]; C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; da ultimo D. Grimm, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin, 2021.

della materia e inidoneità della sede giudiziaria a disciplinarla, nonché scarsa effettività delle soluzioni proposte¹⁰⁶. Alcune perplessità sono state formulate con argomenti noti alla giustizia costituzionale: eccessivo ampliamento della sfera di ammissibilità dei ricorsi, dovuto a una disinvolta invocazione dei diritti fondamentali come veicolo principale per la definizione delle politiche pubbliche; contrarietà rispetto alla *litigation* strategica, che sarebbe estranea alla tradizione giuridica continentale e condurrebbe a un abuso delle forme del processo – istituite per risolvere controversie individuali – al fine di raggiungere fini di carattere generale e sociale; mancata adozione del *test* di scrutinio (più blando) tipico degli obblighi di protezione¹⁰⁷. Altri rilievi critici hanno fatto leva su alcune specificità (relative) della materia climatica: si tratta di una materia oltremodo complessa, nella quale entrano in gioco molti interessi e diritti potenzialmente confliggenti – da un lato protezione del clima e diritti correlati, dall’altro interesse a conservare posti di lavoro e competitività delle imprese, a mantenere l’approvvigionamento energetico e trasporti a costi accessibili etc. –, in un contesto nel quale le conoscenze tecnologiche sono in continuo mutamento. Per bilanciare tali posizioni, all’interno di un orizzonte in cui si prepara una difficile transizione ecologica, il soggetto istituzionale più adatto non sarebbe il giudice costituzionale ma il legislatore, che è il solo a poter coagulare nella sede rappresentativa una maggioranza politica. In quest’ottica, si sono invitati gli attivisti climatici a mobilitarsi al fine di ottenere non già una sentenza, ma una maggioranza parlamentare favorevole¹⁰⁸. Ancora, si è sostenuto che la strategia volta a raggiungere obiettivi di neutralità climatica attraverso la giurisdizione è una forma di idealismo astratto, intendendo con tale espressione non la corrente

¹⁰⁶ Per un quadro generale v. M. Payandeh, *The Role of Courts in Climate Protection and the Separation of Powers*, in W. Kahl - M.P. Weller (eds.), *Climate Change Litigation*, cit., p. 76 ss.; v. altresì B.W. Wegener, *Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss? Klimaklagen testen die Grenzen des Rechtsschutzes*, in ZUR, 2019, p. 1 ss.; in inglese Id., *Urgenda – World Rescue by Court Order? The “Climate Justice” – Movement Tests the Limits of Legal Protection*, in J. *European Environmental & Planning Law*, 2019, p. 125 ss.; e, con specifico riferimento al *Klima-Beschluss*, Id., *Menschenrecht auf Klimaschutz? Grenzen grundrechtgestützter Klimaklagen gegen Staat und Private*, in NJW, 2022, p. 425 ss.; G. Wagner, *Klimaschutz durch Gerichte*, in NJW, 2021, p. 2256 ss.; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 100 ss.; M. Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende. Idealismus und Realismus in Recht und Politik*, München, 2023, p. 200 ss.

¹⁰⁷ Cfr. la n. precedente.

¹⁰⁸ B.W. Wegener, *Urgenda – World Rescue by Court Order?*, cit., p. 140 ss.; Id., *Menschenrecht auf Klimaschutz?*, cit., p. 426-428-429; G. Wagner, *Klimaschutz durch Gerichte*, cit., p. 2259-2260.

filosofica ma l'atteggiamento mentale di chi è lontano dalla realtà e usa la retorica dei diritti fondamentali e dei diritti umani per rafforzare la compenetrazione tra diritto e morale, anche sulla scia di sentimenti diffusi di indignazione, svalutando il più concreto e ruvido legame tra diritto e politica¹⁰⁹.

Solo parzialmente sovrapponibile è la tesi di chi – prendendo le mosse dalla teoria dei sistemi e raggiungendo esiti sostanzialmente neoliberali – sottolinea il dato di una sempre maggiore complessità, per concludere che le istituzioni statali, e tra queste il Tribunale costituzionale, non sono idonee a gestire fenomeni come quello climatico. Si rimprovera quindi al Bundesverfassungsgericht di avere disegnato sostanzialmente una pianificazione, imponendo al Parlamento (e di rimando al Governo) di regolamentare le quantità e le modalità di riduzione delle emissioni antropogeniche in singoli e specifici settori, tramite quelle che sarebbero state «massive limitazioni dei diritti fondamentali». Nel prendere tale decisione, i giudici si sarebbero basati solo su una parte delle conoscenze disponibili, quelle della comunità scientifica ufficiale, ma avrebbero ignorato le conoscenze prodotte da altri gruppi sociali, la cui considerazione appare tuttavia indispensabile per la gestione pratica della crisi climatica: si tratta delle «reti» degli sviluppatori di tecnologie e delle imprese, dalla cui esperienza e dal cui coordinamento spontaneo provengono saperi e attività necessarie a porre in essere la transizione ecologica, caratterizzata a sua volta da una forte espansione della digitalizzazione, transizione che richiederebbe una progettazione strategica attraverso una *governance* pubblico-privata¹¹⁰. È una posizione coerente con la critica agli *Abwehrrechte* e ai bilanciamenti, elaborata a partire dalla medesima prospettiva metodologica: i diritti fondamentali non tutelano i singoli ma sfere di auto-organizzazione sociale, quindi soggetti collettivi o trans-soggettivi; i bilanciamenti, essendo costruiti su un modello individuale, mancano di cogliere questa realtà sociale di fondo e inoltre, essendo il frutto di decisioni statali (del legislatore o del giudice costituzionale), appaiono sostanzialmente come una manifestazione

¹⁰⁹ M. Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende*, cit., p. 29 ss., 193 ss., 260 ss.

¹¹⁰ K.H. Ladeur, *Freiheit als Anspruch auf verschärfte staatliche Planung*, in *faz.net*, 30 aprile 2021; Id., *Bundesverfassungsgericht und Klimaschutz: Kann das Verfassungsrecht Komplexität bewältigen?*, in *RuP*, 2022, p. 13 ss.; Id., *Kann das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung auf den Wandel einstellen?*, in *JZ*, 2022, p.1137-1138. Sulla teoria delle reti sociali dell'autore cfr. da ultimo I. Augsberg (hrsg.), *Der Staat der Netzwerkesellschaft. Karl-Heinz Ladeurs Verständnis von Staat und Gesellschaft*, Baden-Baden, 2023.

di paternalismo¹¹¹. Il ragionamento può essere applicato senza troppi ostacoli all'uso che il Bundesverfassungsgericht fa del principio di proporzionalità nel *Klima-Beschluss*.

Una valutazione negativa della funzione di impulso e di indirizzo presente nella decisione, che porta ad assimilarla a una pianificazione statale, si coglie anche in chi ha evidenziato la carente effettività della pronuncia e, più in generale, delle decisioni unilaterali di singoli paesi volte a contenere la soglia delle emissioni. Si riprende, da questa angolatura, la questione nota come *tragedy of the commons*: il clima è un bene comune, indivisibile, non rivale e non esclusivo, che dà luogo al cd. dilemma del prigioniero, secondo cui se un soggetto si impone autonomamente dei limiti volti a perseguire l'interesse collettivo (ad esempio limitando lo sfruttamento della natura), le sue azioni saranno compensate, in senso opposto, da quelle di un altro soggetto (il *free rider*), che invece quei limiti non li assume, cercando la massimizzazione del proprio interesse e impedendo così il raggiungimento del fine comune. Nel caso ambientale, ciò significa che la decisione di uno stato virtuoso, come la Germania, di ridurre in maniera rilevante le emissioni, non può impedire a paesi che inquinano in proporzione maggiore (secondo un ordine decrescente: Cina, Stati Uniti, India, Russia) di continuare a farlo, laddove tali paesi non si adeguino agli standard internazionali. Il risultato sarebbe addirittura controproducente: i vincoli avrebbero ricadute negative per la competitività delle imprese tedesche e per i consumatori tedeschi¹¹².

Sebbene queste considerazioni richiamino l'attenzione su alcuni nervi scoperti, e sebbene possano apparire in sintonia con la prospettiva più disincantata che, negli ultimi anni, una parte della dottrina tedesca ha adottato nei confronti del Tribunale costituzionale¹¹³, non sembra tuttavia che in questo caso possa riscontrarsi un attivismo giudiziale che abbia indebitamente compresso i margini di azione del legislatore. Se si vuole utilizzare il lessico della "creatività", questo può essere semmai associato alla parte della decisione sulla ridefinizione dogmatica della questione climatica

¹¹¹ Cfr. K.H. Ladeur, *Die Beobachtung der kollektiven Dimension der Grundrechte durch eine liberale Grundrechtstheorie*, in *Der Staat*, 2011, p. 493 ss.; sulla critica neoliberale di Ladeur ai bilanciamenti cfr. P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, p. 162 ss.

¹¹² G. Wagner, *Klimaschutz durch Gerichte*, cit., p. 2256 ss.; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 104 ss.

¹¹³ Cfr. M. Jestaedt - O. Lepsius - Ch. Möllers - Ch. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 2011.

e delle posizioni soggettive coinvolte – che come si è visto rappresentano una *Innovation* –, ma non al risultato finale, nella misura in cui il Bundesverfassungsgericht ha chiamato di nuovo in campo il Parlamento, chiedendogli di riarticolare in maniera più precisa alcuni obiettivi. Concordo, dunque, con chi ha sostenuto che il *Klima-Beschluss* possa essere letto come un tassello di un processo democratico in uno spazio pubblico allargato, come un incentivo e uno stimolo, anche per il legislatore, a sviluppare un discorso articolato intorno alle questioni climatiche¹¹⁴. La centralità che la *Wesentlichkeitstheorie* occupa nella parte conclusiva della motivazione – in linea con un filone giurisprudenziale importante che ha valorizzato l'attività del Parlamento¹¹⁵ – rafforza questa chiave di lettura. Parimenti significativi sono i passaggi in cui il Tribunale ha cercato di giustificare la forza passiva rinforzata delle norme di scopo del *Klimaschutzgesetz*: da un lato, come si è visto, questa è stata ricondotta agli obblighi internazionali e all'elevato consenso della comunità scientifica sul nesso tra surriscaldamento del pianeta ed emissioni di gas serra, e sulla necessità di ridurle, dall'altro si è ammessa la possibilità che il legislatore possa in futuro modificare quelle norme e quegli obiettivi. Tale modifica, però, è ritenuta possibile solo attraverso una legge che chiaramente si ponga questo fine, in modo che il procedimento parlamentare, con le sue garanzie di pubblicità e trasparenza, offra all'opposizione e all'opinione pubblica nel suo insieme la possibilità di controllare un cambio di indirizzo politico e di partecipare a una discussione su una questione di così grande rilievo¹¹⁶. I giudici hanno riconosciuto altresì – con un rinvio alla sentenza del 2014 riguardante i metodi e le procedure da seguire ai fini della determinazione del minimo esistenziale¹¹⁷ – il significato del compromesso politico che si forma (anche) in Parlamento¹¹⁸, nella misura in cui la crisi climatica pone

¹¹⁴ Cfr. M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1146; C. Franzius, *Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht*, REU Research Paper n. 10/2021, p. 18.

¹¹⁵ V. per tutti F. Meinel, *Vertrauensfrage. Die Krise des heutigen Parlamentarismus*, München, 2019, p. 93 ss.; Ph. Lassahn, *Rechtsprechung und Parlamentsgesetz*, cit.

¹¹⁶ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 213. Cfr. sul punto G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 9-10; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 81.

¹¹⁷ BVerfG, 23 luglio 2014, 1 BvL 10 12/12, Rn. 77, 83, *Existenzsichernder Regelbedarf*.

¹¹⁸ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 241. V. anche Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1078. Nella recentissima giurisprudenza, è significativa BVerfG, 5 luglio 2023, 2 BvE 4/23, un'ordinanza cautelare che ha accolto la richiesta di un parlamentare dell'opposizione di

questioni non solo morali ma anche politiche, a cominciare dalla distribuzione nel tempo di costi e rischi¹¹⁹. La funzione di indirizzo del legislatore, con riferimento a una programmazione della transizione ecologica, è invero ineludibile, e non appaiono convincenti le tesi che la fanno coincidere con una pianificazione dai tratti statalisti soffocanti, laddove lo stesso Tribunale costituzionale ha riconosciuto che lo stato ha prevalentemente una funzione di impulso, non potendo da solo porre in essere tutti i processi sociali e tecnologici, né realizzare tutte le infrastrutture necessarie alla transizione¹²⁰.

Anche le obiezioni sollevate nei confronti dell'uso strumentale della *litigation* strategica possono essere in parte ridimensionate: se in alcuni frangenti esse appaiono pertinenti¹²¹, qui occorre tenere conto di alcune peculiarità dell'emergenza climatica. In particolare, è rilevante la dissimmetria tra la legittimazione di breve periodo dei cicli elettorali e della soddisfazione di bisogni immediati, da un lato, e le responsabilità di lungo periodo legate alle decisioni in materia ambientale e climatica, dall'altro, anche se la categoria della intertemporalità tende piuttosto a ravvicinare questi due poli. Il diverso peso della variabile temporale sulle posizioni giuridiche in gioco può quindi giustificare un intervento correttivo del giudice (anche costituzionale), che grazie al suo *status* di indipendenza guarda a orizzonti temporali più lontani, a patto che egli proceda nelle forme e con la logica del ragionamento giuridico¹²². La dissimmetria strutturale tra

rallentare l'iter del progetto di legge sull'energia negli edifici (*Gebäudeenergiegesetz*/GEG), per consentirgli di avere il tempo necessario a studiare il contenuto di alcuni emendamenti governativi e disporre così delle informazioni adeguate a partecipare in maniera consapevole al dibattito parlamentare.

¹¹⁹ Ch. Möllers, *Freiheitsgrade*, Berlin, Suhrkamp, 2020, p. 141-142, 266.

¹²⁰ BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 248. Cfr. sul punto K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2091.

¹²¹ Cfr., a proposito di rivendicazioni di diritti che intersecano la questione della surrogazione di maternità, S. Niccolai, *Femminismo ed esperienza giuridica. A proposito del ritorno di un'antica regula juris*, in A. Simone - I. Boiano (a cura di), *Femminismo ed esperienza giuridica. Pratiche, interpretazione, argomentazione*, Roma, 2018, p. 42 ss., 54 ss. Bisogna altresì considerare che non tutti gli interessi sono ugualmente suscettibili di essere generalizzati e organizzati: la *litigation* strategica potrebbe dare esiti sbilanciati in favore dei soggetti collettivi che si organizzano in vista del (e nel) processo.

¹²² Cfr. tra gli altri C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 152 ss.; Id., *Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht*, cit., p. 25 ss.; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1334 ss. Per una difesa della *litigation* strategica in ambito climatico v. A. Graser, *Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind*, in ZUR, 2019, p. 271 ss.; in generale su

tempi elettorali ed effetti del cambiamento climatico contribuisce altresì a spiegare perché il Governo in carica al momento dell'adozione del *Klima-Beschluss* abbia salutato la decisione molto positivamente, nonostante fosse stato il promotore della legge censurata. Gli organi politici hanno percepito che l'adozione di misure troppo drastiche di riduzione delle emissioni, e quindi di compressione di libertà individuali, avrebbe probabilmente avuto effetti negativi sul piano elettorale. La legge è stata quindi emendata con notevole rapidità: in concreto, l'autorizzazione ad adottare regolamenti governativi è stata riformulata in maniera più precisa, la quota minima di riduzione delle emissioni fino al 2030 è stata innalzata dal 55% al 65%, quella fino al 2040 è stata portata all'88%, mentre l'obiettivo della neutralità climatica è stato anticipato al 2045. Sono stati inoltre articolati obiettivi aggiuntivi, di carattere annuale e settoriale¹²³.

Il *Klima-Beschluss* ha dunque incontrato nell'immediato (le elezioni federali si sarebbero svolte di lì a pochi mesi) un sostegno forte da parte del potere politico, e la sua effettività in Germania è stata elevata. Essa ha iniziato a diminuire in presenza di ulteriori fattori contestuali, non previsti al momento della pronuncia, relativi soprattutto allo scoppio della guerra in Ucraina e all'innalzamento dei costi dell'energia, fattori che hanno indotto anche il Governo federale a rimodulare gli obiettivi climatici in seguito all'istituzione di una commissione di coalizione¹²⁴. Il mancato raggiungimento di alcuni target settoriali di mitigazione previsti dalla legge novellata è stato inoltre all'origine di nuovi giudizi volti a far valere l'inerzia del Governo¹²⁵.

litigation e movimenti sociali cfr. A. Pisanò, *Crisi della legge e litigation strategy. Corti, diritti e bioetica*, Milano, 2016, p. 120 ss. Sul pensiero politico di breve e lungo periodo cfr. anche Ch. Möllers, *Freiheitsgrade*, cit., p. 152-155.

¹²³ M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1146; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1340; S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 103-104. Cfr. i par. 3 ss. KSG e i relativi allegati nella nuova versione della legge; per indicazioni più precise sul contenuto della novella al *Klimaschutzgesetz* v. W. Frenz, *Das novellierte Klimaschutzgesetz*, in *Natur und Recht (NuR)*, 2021, p. 583 ss. K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2090.

¹²⁴ Sulla protezione ambientale e climatica nell'originario accordo di coalizione tra SPD, Verdi ed FDP v. W. Frenz, *Klimaschutz i.e.S. nach dem Ampel-Koalitionsvertrag: Ökostromausbau und früherer Kohleausstieg*, in *NuR*, 2022, p. 87 ss.; Id., *Klimaschutz i.w.S. nach dem Ampel-Koalitionsvertrag*, in *NuR*, 2022, p. 1163 ss.; sull'esito della commissione di coalizione e sulle nuove proposte di modifica del KSG v. J.L. Wiedmann, *Vorwärts in die klimapolitische Vergangenheit*, in *verfassungsblog.de*, 30 marzo 2023.

¹²⁵ Cfr. Ph. Schönberger, *Niemand steht über dem (Klimaschutz-)Gesetz*, in *verfassungsblog.de*, 26 gennaio 2023.

Le variabili contestuali, tuttavia, non sminuiscono il rilievo del *Klima-Beschluss*, sia nell'ordinamento tedesco sia su scala transnazionale. Soprattutto, operando su un piano fattuale, tali variabili non svuotano di significato le argomentazioni di carattere normativo relative al perseguimento da parte dello stato del fine della protezione climatica, e dunque della riduzione delle emissioni antropogeniche, fine che implica altresì un impegno della Repubblica federale tedesca nella comunità internazionale per raccogliere consensi intorno a tale obiettivo¹²⁶. Questo profilo è stato ribadito con forza nella sentenza sui parchi eolici, dove il Tribunale ha ricordato che il deterioramento del clima è dovuto all'effetto cumulativo di piccole quantità di emissioni, le quali nel loro insieme diventano tuttavia determinanti. E ha affermato che l'impegno dei singoli stati non va visto in maniera isolata, ma attraverso il significato che questo assume nella comunità internazionale: in particolare, politiche pubbliche che perseguono in maniera efficace sia il contenimento delle emissioni da fonti fossili, sia l'aumento dell'approvvigionamento da fonti rinnovabili, accrescono l'affidabilità e la credibilità di un paese nella comunità internazionale. Viene dunque consolidata l'immagine della Germania – un vero e proprio *Selbstverständnis* – come un modello ispiratore per gli altri stati¹²⁷.

Un ulteriore profilo, rispetto al quale la decisione del Bundesverfassungsgericht appare nel complesso equilibrata, è relativo all'interrogativo sulla possibile lettura estensiva della *intertemporale Freiheitssicherung*: se la garanzia delle libertà ha una proiezione temporale verso il futuro, questa è suscettibile di manifestarsi non solo in ambito climatico, ma anche in altri settori, come quello previdenziale e quello dell'indebitamento. Mi sembrano a tale riguardo condivisibili, al di là delle poche voci nettamente favorevoli¹²⁸, le interpretazioni più caute, volte a sottolineare, proprio a partire del testo della decisione, la specificità del

¹²⁶ Cfr. BVerfG, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18 *et al.*, Rn. 199 ss. Sul punto per tutti M.J. Seibert, *Klimaschutz und Generationengerechtigkeit*, cit., p. 1444; G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 8.

¹²⁷ BVerfG, 23 marzo 2022, 1 BvR 1187/17, *Windenergie-Beteiligungsgesellschaften*, Rn. 121 ss., 147.

¹²⁸ M. Ruttloff - L. Freihoff, *Intertemporale Freiheitssicherung oder doch besser "intertemporale Systemgerechtigkeit"?*, cit., p. 918, 921; M. Beckmann, *Das Bundesverfassungsgericht, der Klimawandel und der "intertemporale Freiheitsschutz"*, cit. p. 245. Più estesamente G. Kirchhof, *Intertemporale Freiheitssicherung. Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung*, Tübingen, 2022.

problema climatico e le difficoltà rispetto a una sua piena assimilabilità ad altre costellazioni. Tali cautele – tese appunto a evitare l’effetto di un “vaso di Pandora” in altri settori – prendono le mosse dal rilievo che assume in questo ambito (e non in altri) una norma di scopo come l’art. 20a GG. Quest’ultima pone allo stato l’obiettivo di preservare le “basi naturali della vita”, laddove il carattere finito delle risorse naturali e quello irreversibile di alcuni processi legati al cambiamento climatico non si rinvergono in costellazioni e ambiti materiali differenti¹²⁹. Rispetto all’indebitamento, inoltre, la garanzia intertemporale delle libertà giocherebbe in entrambe le direzioni: da una parte la salvaguardia dell’esercizio di alcune libertà nel tempo giustifica un tetto al debito, dall’altra cospicui investimenti nella transizione ecologica spingono per un innalzamento del debito stesso¹³⁰.

Uno sguardo in controluce del *Klima-Beschluss*, infine, mette in luce come il problema del suo impatto sul tessuto democratico non si esaurisca nella considerazione dei rapporti tra lo stesso Tribunale e il legislatore. L’asimmetria tra la durata breve del ciclo elettorale e la durata medio-lunga dei cambiamenti climatici presenta implicazioni significative: molti soggetti saranno in futuro destinatari degli effetti di decisioni politiche prese oggi, senza aver potuto influire sul loro contenuto, o avendo potuto influire su di esso solo in parte. Per far fronte a questo problema, nonché dinanzi all’orizzonte di corto periodo che tendenzialmente caratterizza l’operato del legislatore, è stata suggerita l’istituzione di consigli ambientali o sociali, tali da integrare le tradizionali istituzioni della democrazia rappresentativa. Le proposte si differenziano a seconda dell’organo da cui provengono: il Sachverständigenrat für Umweltfragen ha proposto la creazione di un Consiglio per la giustizia intergenerazionale (*Rat für Generationengerechtigkeit*), composto da esperti provenienti dal mondo della scienza, ma anche da esponenti della politica, dell’economia e della società civile, da nominare secondo regole simili a quelle per l’elezione dei giudici costituzionali, quindi sulla base di un ampio consenso parlamentare. Tale consiglio dovrebbe far valere nel procedimento legislativo gli interessi delle giovani generazioni e di quelle future; a tal fine dovrebbe disporre di poteri consultivi in materia ambientale, nonché di un veto sospensivo sulle leggi che hanno una

¹²⁹ S. Schlacke, *Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitsicherung*, cit., p. 917; K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2089; M. Kloepfer - J.L. Wiedmann, *Die Entscheidung des BVerfG zum Bundes-Klimaschutzgesetz*, cit., p. 1340; C. Franzius, *Die Figur eingriffsähnlicher Vorwirkungen*, cit., p. 147; Ch. Möllers - N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 1077.

¹³⁰ K. Faßbender, *Der Klima-Beschluss des BVerfG*, cit., p. 2089.

potenziale incidenza sul clima¹³¹. Più diffusa presso i movimenti è invece la proposta di istituire un consiglio dei cittadini o un consiglio sociale (*Bürger- o Gesellschaftsrat*), i cui componenti verrebbero estratti a sorte, assicurando comunque, a partire da unità deliberative relativamente piccole, una partecipazione plurale e inclusiva dei cittadini. Secondo alcuni, le determinazioni del consiglio dovrebbero vincolare il Parlamento; in ogni caso, esse sarebbero in grado di influenzare l'agenda e il processo politico. In dottrina è stato sottolineato come istituzioni deliberative siffatte possano positivamente affiancare gli organi rappresentativi proprio su questioni che non si esauriscono in tempi brevi, attenuando in parte le «pressioni presentiste» tipiche della rappresentanza politica. Trattandosi di questioni che investono direttamente la qualità della vita di una comunità territoriale, il coinvolgimento di quest'ultima, attraverso alcuni dei suoi membri appare dunque opportuno¹³². L'istituzione di *Bürgerräte* su temi specifici è prevista peraltro dall'Accordo di coalizione firmato dagli attuali partiti di governo (SPD, FDP e Verdi), con un obbligo del Bundestag a pronunciarsi su quanto deliberato dai consigli¹³³. Accanto a tali organi, è stata suggerita l'introduzione a livello federale di istituti di democrazia diretta, e il loro potenziamento a livello dei *Länder* e dei comuni¹³⁴.

Negli ultimissimi anni è apparso sempre più evidente come l'emergenza climatica non riguardi più solo le generazioni future (anche se intese nel senso stratificato che ricomprende i più giovani), ma anche quelle presenti, essendo i rischi (e alcuni danni) climatici ben percepibili già oggi¹³⁵. Il *Klima-Beschluss* esprime bene questa percezione, nella misura in cui pone al centro dell'argomentazione l'intertemporalità dei diritti, nella

¹³¹ Sachverständigenrat für Umweltfragen, *Demokratisch regieren in ökologischen Grenzen – Zur Legitimation von Umweltpolitik*, Sondergutachten Juni 2019, par. 5.3.4. Tra gli altri, cfr. già Ch. Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, cit., p. 515 ss.

¹³² Cfr. A. Karamehmedovic, *Alles auf Los, verfassungsblog.de*, 9 marzo 2023; Ch. Landfried, *Bürgerräte als Potential für die Handlungs- und Lernfähigkeit von Demokratien*, ivi, 17 dicembre 2021. Più in generale, sulle istituzioni deliberative in cui vengono discussi gli interessi di generazioni future v. K.H. Whiteside, *Future Generations and the Limits of Representation*, in D. Castiglione - J. Pollak (eds.), *Creating Political Presence: The New Politics of Democratic Representation*, Chicago, 2018, p. 204 ss., 216.

¹³³ *Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit*. Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, p. 8.

¹³⁴ Per una combinazione dei due strumenti v. Ch. Landfried, *Warum Bürgerräte eine gute Idee sind*, in *faz.net*, 25 aprile 2023; per l'introduzione di istituti di democrazia diretta v. G. Lübke-Wolff, *Demophobia. Muss man direkte Demokratie fürchten?*, Frankfurt a.M., 2023.

¹³⁵ A. Pisanò, *Il diritto al clima*, cit., p. 84.

consapevolezza che gli effetti del cambiamento climatico riguardano un futuro non solo lontano, ma anche «prossimo»¹³⁶. Le conseguenze di tale impostazione sono significative: esse si colgono sul piano processuale, poiché viene rafforzato l'interesse ad agire dei ricorrenti, e su quello del merito giudiziale, per il rilievo assunto dall'effetto anticipato di interferenza e dalla modulazione temporale del bilanciamento. Ma si apprezzano anche sul versante politico-rappresentativo, nella misura in cui l'emergenza climatica restringe l'arco temporale in cui si producono gli effetti delle decisioni (o delle omissioni) degli organi politici, attraendo di nuovo i temi climatici nella sfera della democrazia parlamentare, alla quale si chiede di raggiungere mediazioni efficaci.

Per chiudere il quadro, occorre richiamare il ruolo sempre più incisivo dei movimenti ambientalisti, che a fronte dell'emergenza climatica stanno adottando pratiche di democrazia radicale¹³⁷. Il tema è ampio, e meriterebbe un approfondimento in altra sede: mi limito qui a ricordare che anche in Germania i giovani attivisti stanno ponendo in essere forme di protesta che si collocano ai confini della perseguibilità penale (occupazioni di miniere di carbone, blocchi stradali, versamenti di vernici lavabili su opere artistiche¹³⁸). Ne è seguita l'apertura di alcuni procedimenti penali per violenza privata, danneggiamento, resistenza a pubblico ufficiale, da ultimo anche per associazione criminale.

¹³⁶ G. Britz, *Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 13.

¹³⁷ Dal punto di vista teorico cfr. O. Flügel-Martinsen, *Radikale Demokratietheorien zur Einführung*, Hamburg, 2020; Id. - D. Comtesse - F. Martinsen - M. Nonhoff (hrsg.), *Radikale Demokratie-theorie. Ein Handbuch*, Berlin, 2019; sul potenziale performativo dei raduni collettivi e di altre forme di esercizio della libertà di riunione, viste come atti politici, v. J. Butler, *L'alleanza dei corpi. Note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, ed. orig. *Notes Toward a Performative Theory of Assembly* (2015), Cles (Tn), 2019. Tali pratiche sono spesso accompagnate da analisi radicali sulle responsabilità del sistema capitalistico nello sfruttamento dell'ambiente e del clima: cfr. L. Brownhill - S. Engel-Di Mauro - T. Giacomini - A. Isla - M. Löwy - T.E. Turner (eds.), *The Routledge Handbook on Ecosocialism*, ebook, 2022; A. Somma, *Il diritto del sistema terra. Democrazia, capitalismo e protezione della natura nell'antropocene*, in *DPCE online*, Sp-2/2023, p. 275 ss.

¹³⁸ Una di tali azioni ha riguardato il rovesciamento di un liquido scuro lavabile (il colore è scelto per rendere la sostanza assimilabile al petrolio) sul monumento "Grundgesetz-49", dell'artista israeliano Dani Karavan, vicino al Bundestag. La scultura è formata da lastre di vetro, su cui sono riprodotti gli articoli da 1 a 19 GG; durante la dimostrazione gli attivisti hanno affisso cartelli, con le scritte "Petrolio o diritti fondamentali?", "Nell'inferno climatico non c'è alcuna dignità, alcuna libertà, alcun diritto alla vita". Per una difesa della legittimità di quest'azione, anche da un punto di vista giuridico, v. L. Wielenga, *Demokratische Proteste als Majestätsbeleidigung des Grundgesetzes*, in *verfassungsblog*, 8 marzo 2023.

Ciò ha contribuito a rendere nuovamente attuale il tema della disobbedienza civile: a fronte di chi ritiene del tutto inappropriato il ricorso a tale categoria¹³⁹, vi è chi inquadra le proteste alla luce di una più risalente riflessione sull'argomento (alimentata negli anni ottanta dalle lotte contro il posizionamento di missili sul suolo tedesco e contro il nucleare)¹⁴⁰. Si è fatto riferimento agli elementi caratterizzanti della disobbedienza civile: forme pubbliche e non violente dell'azione, motivazione ispirata da profonde convinzioni morali e/o politiche, carattere simbolico della protesta, finalità di innescare un mutamento nelle leggi o nell'indirizzo politico esistente, appello al senso di giustizia della comunità politica, rispetto – al di là della singola e puntuale disobbedienza – dell'ordinamento costituzionale nel suo complesso, anche per quanto concerne l'accettazione delle conseguenze giuridiche della propria condotta. Nella sfera istituzionale, questi comportamenti sono stati inquadrati da molti nell'ambito della sfera repressiva, attraverso la definizione dall'alto di alcune prassi non solo come penalmente vietate ma addirittura come terroristiche, l'interpretazione estensiva di fattispecie penali, la sottrazione delle forme di protesta all'ambito di applicazione della libertà di riunione. In una diversa prospettiva, invece, anche se non si esclude l'antigiuridicità di alcuni fatti – chi intraprende azioni di disobbedienza civile se ne assume appunto la responsabilità –, si tende a negare che essi siano valutabili alla stregua di reati comuni, e si considerano alcuni elementi (ad esempio la scarsa offensività e la motivazione della condotta) al fine di attenuare o eliminare la sanzione, se non la stessa incriminazione. In quest'ottica, si tratta dunque di pratiche conflittuali che si pongono l'obiettivo di richiamare l'attenzione di un'opinione pubblica distratta su un'emergenza climatica molto seria, tale da mettere a rischio la sopravvivenza del pianeta. Sono pratiche di democrazia radicale, che cercano di riequilibrare una disparità difficilmente contestabile – per ragioni anagrafiche e per potere negoziale – nelle possibilità di influenzare i processi di decisione politica e i meccanismi del

¹³⁹ K.F. Gärditz, *Aus der Mottenkiste politischer Theorie*, in *verfassungsblog.de*, 30 maggio 2023; Id., *Organisierte "Klimakleber" als kriminelle Vereinigung?*, *ivi*, 25 maggio 2023.

¹⁴⁰ Tra queste soprattutto J. Habermas, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, in P. Glotz (hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt a.M., 1983, p. 29 ss.; J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 347 ss.

principio maggioritario. In questo senso, concordo con chi sostiene che esse mettono alla prova la maturità di una cultura politica¹⁴¹.

5. Una breve conclusione

Da quanto emerso fin qui, dovrebbe potersi comprendere come mai il *Klima-Beschluss* sia considerato una delle decisioni più importanti del Tribunale costituzionale tedesco degli ultimi decenni. L'innovazione più significativa, che ha innescato un fitto e intricato dibattito dottrinale, si è avuta sul piano dogmatico, con la elaborazione delle figure dell'effetto anticipato simile a quello di interferenza e della garanzia intertemporale dei diritti di libertà. Nei paragrafi precedenti, si è spiegato come questa mossa abbia comportato uno slittamento, nel parametro costituzionale, dagli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) ai diritti di difesa (*Abwehrrechte*), e come tale scelta sia probabilmente riconducibile alla volontà di non introdurre svolte troppo marcate nella dottrina degli obblighi di protezione e nei relativi standard di giudizio, assicurando una certa continuità alla giurisprudenza costituzionale. E, tuttavia, si può altresì notare come la scelta di incentrare l'argomentazione sui diritti di difesa abbia attribuito a questi ultimi (e, secondo alcuni, soprattutto alle libertà economiche¹⁴²) un rinnovato rilievo. Anche in questa luce, la tesi secondo cui la decisione avrebbe imposto una pianificazione sembra eccessiva: da questo punto di vista, i giudici hanno piuttosto valorizzato la dimensione tradizionale dei diritti fondamentali, quella più legata al pensiero liberale. Sono stati invece ridimensionati gli obblighi di protezione – con il correlato intervento positivo dello stato – e il diritto al minimo esistenziale ecologico, che garantisce le condizioni materiali e naturali ritenute indispensabili per una vita dignitosa in una rete di relazioni.

¹⁴¹ Nel dibattito recente v., L. Eidam, *Klimaschutz und ziviler Ungehorsam*, in *JZ*, 2023, p. 224 ss.; S. Akbarian, *Gesetz ist Gestez?*, in *verfassungsblog.de*, 2 giugno 2023; K. Höffler, *“Ziviler Ungehorsam” – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, ivi, 25 maggio 2023; Ead., *“Klima-RAF” herbeireden*, ivi, 17 novembre 2022, ed altri contributi su *verfassungsblog.de*, nella sezione *Kleben und Haften: Ziviler Ungehorsam in der Klimakrise*. I rimandi a J. Habermas, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, cit., sono espliciti. Cfr. altresì S. Alexander - P. Burdon, *Extinction Rebellion. Crisis, Inaction, and the Question of Civil Disobedience as Ecosocialist Strategy*, in L. Brownhill - S. Engel-Di Mauro - T. Giacomini - A. Isla, M. Löwy - T.E. Turner (eds.), *The Routledge Handbook on Ecosocialism*, cit., p. 525 ss.

¹⁴² *Supra*, n. 61.

Alla luce di quanto si è appena detto, non appare del tutto centrato il rilievo, formulato recentemente da una giovane e brillante filosofa – che pure ha apprezzato le conclusioni innovative del *Klima-Beschluss* –, secondo cui il concetto di libertà fatto proprio dal Tribunale non avrebbe potuto non essere quello liberale classico, basato sul soggetto individuale, che rivendica come libertà primaria quella di movimento e si ispira a un modello proprietario, una prospettiva che corrisponde alla dimensione difensiva dell'*Abwehrrecht*¹⁴³. Come si è visto, agli obblighi di protezione e al minimo esistenziale ecologico sono sottese concezioni dei diritti che prestano attenzione tanto all'effettività del loro esercizio, in un determinato contesto materiale, naturale e relazionale, quanto al ruolo dello stato. Sono dimensioni dei diritti che entrano in sintonia con quella che la stessa autrice definisce una «temporalizzazione della libertà» (*Verzeitlichung der Freiheit*). Si tratta di un'immagine di libertà che comprende la disponibilità di tempo per curare le relazioni con gli altri esseri umani e con la natura, la capacità di tematizzare la nascita e la morte come momenti portatori di significato nella vita di ciascuno e di ciascuna, e la ricerca di una pienezza esistenziale, secondo una certa idea, moralmente non troppo densa, della vita buona¹⁴⁴.

In una prospettiva comparativa, sarà interessante verificare se e come il *Klima-Beschluss* verrà ripreso nelle argomentazioni delle corti di altri paesi, oltre che nei ricorsi introduttivi dei giudizi del contenzioso climatico¹⁴⁵. È più probabile che si troveranno, in eventuali pronunce di accoglimento, richiami generali alla decisione, o riferimenti alla proiezione intertemporale di diritti o principi. È meno probabile, nonostante l'opportuna traduzione in tre lingue, che le corti straniere accolgano l'intero percorso motivazionale del Tribunale, fortemente condizionato dalle solide categorie della dogmatica tedesca¹⁴⁶. Inoltre, l'aver posto al centro i diritti di difesa, piuttosto che gli obblighi di protezione o il diritto a un minimo esistenziale

¹⁴³ E. von Redecker, *Bleibefreiheit*, Frankfurt a.M., 2023, p. 13-14. Il legame tra libertà di movimento e diritti di difesa, riconducibile al pensiero hobbesiano e giustamente ricordato da von Redecker, è ben evidenziato da R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen, 2003, p. 16-18.

¹⁴⁴ E. von Redecker, *Bleibefreiheit*, cit., *passim*.

¹⁴⁵ Un esempio è nell'atto di citazione della causa italiana, *A Sud et al. c. Stato italiano*, depositato presso il Tribunale civile di Roma nel 2021 e reperibile su giudiziouniversale.eu.

¹⁴⁶ Sulle problematiche relative all'uso del precedente straniero v. almeno G.F. Ferrari (ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden Boston, 2019; T. Groppi - M.C. Ponthoreau (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford Portland, 2013.

ecologico, rivela un itinerario diverso rispetto a quello di altre giurisdizioni, che pure hanno condannato lo stato per inadempimento dell'obbligazione climatica, prima fra tutte quella olandese in *Urgenda*. A tale proposito, bisognerà osservare – qualora le corti straniere utilizzino la categoria dell'intertemporalità –, se questa verrà estesa agli obblighi di protezione, e/o al diritto al minimo esistenziale ecologico, che altrove (in alcuni paesi del sud del mondo ma non solo) corrisponde al diritto a un clima stabile e sicuro. Quest'ultimo è stato inteso come diritto «a un clima non *determinato* dalle attività antropogeniche», un diritto di ultimissima generazione¹⁴⁷ che ha una matrice analoga a quello alla protezione dell'equilibrio ecologico¹⁴⁸.

Andrà poi considerato un altro aspetto, attinente al bilanciamento: secondo alcuni autori, dato che l'emergenza climatica racchiude una «minaccia esistenziale», il diritto a un clima stabile e sicuro oppone una totale resistenza al bilanciamento¹⁴⁹. Il Tribunale costituzionale tedesco è tuttavia lontano dall'attribuire alla protezione del clima un primato incondizionato; sono piuttosto i critici del *Klima-Beschluss* a sostenere, con accenti negativi, che il Tribunale avrebbe attribuito alla neutralità climatica – in contrasto con la dottrina e la giurisprudenza consolidate – un carattere assoluto e non ponderabile¹⁵⁰. Piuttosto, come si è visto, il Bundesverfassungsgericht ricorre ampiamente alla proporzionalità,

¹⁴⁷ O anche un «diritto a non subire i danni, ambientali, economici, sociali, causati dal cambiamento climatico determinato dalle attività climalteranti antropogeniche». Tale diritto (di quinta generazione) condividerebbe con il diritto all'ambiente (di terza generazione) il carattere strumentale – nel senso di essere volto alla protezione e al rafforzamento di altri diritti – ma non alcuni elementi spaziali e temporali, che dipendono dalle peculiarità dell'emergenza climatica. Cfr. sul punto A. Pisanò, *Il diritto al clima*, cit., p. 95 ss. (citazioni a p. 95-96, corsivo in originale). Sulla giurisprudenza in tema di un diritto a un clima stabile (o altre formule lessicali analoghe) v. anche S. Bagni, *The Enforcement of New Environmental Rights Through the Courts*, cit., p. 409 ss. È qui evidente la diversità di impostazione nel discorso sui diritti: tra quella tedesca incentrata sulle dimensioni, e quella italiana incentrata sulle generazioni: su questo rimando ad A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, cit., p. 1-2.

¹⁴⁸ M. Carducci, *Natura (diritti della)*, in *Digesto Disc. Pubbl., Agg. VII*, Milano, p. 516.

¹⁴⁹ Ivi, p. 516 ss.; Id., *Diritto umano al clima e innaturalità del bilanciamento in situazione di "minaccia esistenziale"*, in *diritticomparati.it*, 18 aprile 2023.

¹⁵⁰ M. Herdegen, *Heile Welt in der Zeitenwende*, cit., p. 201-202, il quale ricorda come l'unico bene al quale inizialmente l'ordinamento tedesco aveva attribuito valore assoluto fosse la dignità. Gli sviluppi successivi hanno invece evidenziato una sua bilanciabilità: su questa parabola v. più ampiamente Id., *Art. 1 Abs. 1*, in T. Maunz - G. Dürig (hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2005, p. 27 ss.; P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, p. 267 ss.

riformulandola in senso “intertemporale”: con il progredire del tempo, il principio di protezione del clima tende a prevalere sui diritti di libertà. Questo approccio è stato confermato nella sentenza sui parchi eolici, che ha continuato a valorizzare le tecniche del bilanciamento e l’esclusione di soluzioni unilaterali, attribuendo contestualmente una considerazione particolare alla tutela del clima.

Il *Klima-Beschluss*, come si è cercato di mostrare, non è importante solo sul piano dogmatico e argomentativo: esso è stato richiamato spesso dagli attivisti tedeschi all’interno dello spazio pubblico e, non a caso, la decisione prende il nome da una giovane attivista ricorrente, Luisa-Marie *Neubauer*. Tale invocazione ha il fine di legittimare le azioni degli attivisti attraverso i principi costituzionali affermati nella pronuncia, anche se non è da sola sufficiente a tal fine, e lascia inevitabilmente queste azioni in uno stato di sospensione tra legalità e legittimità, come mostra la lettura degli episodi di disobbedienza civile. Ai fini della preservazione della stabilità climatica, e di una tutela effettiva dei diritti fondamentali, è certamente importante la cooperazione, auspicata dallo stesso Tribunale, tra gli organi costituzionali, in particolare tra Bundesverfassungsgericht, Parlamento e Governo. È vero, come giustamente sottolineano i giudici attraverso la *Wesentlichkeitstheorie* e le precisazioni sulla riserva di legge, che la democrazia rappresentativa è imprescindibile, perché alla legge parlamentare, e dunque al compromesso politico, spetta un compito centrale nell’indirizzare la transizione ecologica. Ma affrontare responsabilmente l’emergenza climatica richiede altresì un cambiamento di mentalità che chiama in causa il modo di rapportarsi alle categorie fondamentali del tempo e dello spazio. Accanto all’istituzione di consigli sociali e all’ampliamento delle procedure deliberative, che estendono le opportunità di partecipazione dei cittadini, tale spostamento del punto di vista può essere almeno prospettato da pratiche democratiche radicali: proteste dall’elevato valore simbolico, che mettono in tensione il rapporto tra conflitto e consenso in una democrazia pluralista. Con ciò non si vuole adottare una visione unilaterale della realtà, ma inquadrare la crisi climatica nel contesto, assai più largo, delle crisi – capitalistiche e non solo – che attraverso il nostro tempo, nella convinzione che analisi complesse precludano a soluzioni non superficiali e, in un orizzonte temporale non immediato, accettabili per i cittadini.

Alessandra Di Martino
Intertemporalità dei diritti e dintorni

ABSTRACT: The article analyses key issues of the German climate constitutional litigation, drawing from the renown Klima-judgment issued in March 2021 by the Bundesverfassungsgericht. In the first part, it reads the judgment against a broader transnational trend of climate litigation. In the second part, it examines its reasoning, with special attention to doctrinal innovations related to the intertemporal dimension of fundamental rights. In the third part, it addresses questions of democratic legitimacy such as the relation between the constitutional tribunal and the legislature, as well as deliberative democracy and forms of protests and civil disobedience.

KEYWORDS: Climate Litigation – Intertemporality – Bundesverfassungsgericht – Dimensions of Rights – Democratic Processes

Alessandra Di Martino – Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato, Sapienza Università di Roma (alessandra.dimartino@uniroma1.it)