



EDITORIALE – 12 FEBBRAIO 2025

Rule of law ed emergenza climatica

di Raffaele Bifulco

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Luiss Guido Carli



Rule of law ed emergenza climatica

di Raffaele Bifulco

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Luiss Guido Carli

Sommario: 1. Introduzione. 2. Relatività dei concetti di eccezione, emergenza, crisi. 3. *Rule of law* ed emergenza. 4. La normalizzazione dell'emergenza. 5. La normalizzazione dell'emergenza climatica.

1. Introduzione

Emergenza climatica è concetto sempre più frequente e diffuso non solo nel linguaggio della politica e dell'informazione ma anche in quello scientifico¹. Esistono associazioni e siti che si richiamano a tale fenomeno, con l'evidente intento di informare ma anche di tenere alta la tensione su un fenomeno che impatta sempre più frequentemente sulla vita di tutti, in forme eclatanti (alluvioni, siccità) o latenti (temperature sempre più elevate che sono causa di forti disagi per la popolazione, soprattutto per i più giovani e per i più anziani).

Ma l'emergenza del cambiamento climatico ha penetrato anche le istituzioni. È ben noto che il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione dove il cambiamento climatico è ricondotto alla categoria dell'emergenza². Risale al 23 ottobre 2024 la Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri, la quale riconosce che, alla luce della crescente evidenza scientifica, esiste un'emergenza climatica e ambientale e che urge l'azione di tutti gli attori in funzione di mitigazione e adattamento al cambiamento climatico e alla riduzione di biodiversità³.

Anche i governi degli Stati nazionali sono stati seriamente impegnati dai mutamenti, a volte catastrofici, legati al cambiamento climatico. Lo hanno fatto fronteggiando *ex post* gli eventi naturali causati dal cambiamento, spesso ricorrendo a vere e proprie dichiarazioni di emergenza⁴.

Come è ben noto, è soprattutto la funzione giurisdizionale ad essere stata coinvolta nei problemi del cambiamento climatico e della sua emergenza. All'interno dell'oramai imponente contenzioso climatico,

¹ Nel 2019 gli *Oxford Dictionaries* hanno scelto 'climate emergency' come parola o espressione dell'anno: lo ricordano A.J. WILSON, B. ORLOVE, *What do we mean when we say climate change is urgent?*, Center for Research on Environmental Decisions, Working Paper 1, 2019, 11.

² Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 28.11.2019 sull'emergenza climatica e ambientale (2019/2930(RSP)), con cui il Parlamento europeo ha dichiarato l'emergenza climatica e ambientale, stabilendo anche che tutte le proposte della Commissione siano «pienamente in linea con l'obiettivo di contenere il riscaldamento climatico entro 1.5°C e non contribuiscano alla perdita di biodiversità». La c.d. legge europea sul clima, vale a dire il regolamento UE n.1119/2021, al *Considerando* 1 ragiona, a proposito del cambiamento climatico, di 'minaccia esistenziale'.

³ *Recommendation CM/Rec(2024)6 of the Committee of Ministers to member States on young people and climate action*.

⁴ Una rassegna sulle dichiarazioni di emergenza climatica in J. STACEY, *The Public Law Paradoxes of Climate Emergency Declarations*, in *Transnational Environmental Law*, 11, 2/2022, 291 ss.

alcune importanti sentenze ragionano in termini di urgenza o preoccupazione ⁵, altre fanno espresso riferimento alla “...triple planetary crisis of pollution, climate change and loss of biodiversity” ⁶. Tali ragionamenti sono stati sviluppati sulla base di riferimenti a dati e istituzioni scientifiche che si occupano specificamente del fenomeno climatico ⁷.

C'è tuttavia qualcosa di irrisolto nel rapporto tra emergenza e cambiamento climatico. Da un lato, il cambiamento climatico appare come un fenomeno strutturale, di lunga durata, legato com'è anche al nuovo e controverso concetto di Antropocene ⁸; dall'altro, per essere fronteggiato, esso richiederebbe strumenti eccezionali ed emergenziali ⁹.

Sorge così inevitabilmente l'impressione che, anche dietro un fatto oggettivo come il cambiamento climatico, intervenga il politico, il fattore soggettivo che del fenomeno offre visioni e interpretazioni differenti. Tutto ciò è senza dubbio in linea con la oramai acquisita consapevolezza che anche la crisi, e quindi l'emergenza, sia spesso un fenomeno sociale, politico, culturale ¹⁰. Consapevolezza che si accentua nel campo dell'emergenza climatica, dove è difficile contestare il ruolo della comunicazione nella diffusione della conoscenza del cambiamento climatico ¹¹.

⁵ Così la Corte di cassazione nel celebre caso *Urgenda*, al paragrafo conclusivo 8.3.4, osserva: «This case involves an exceptional situation. After all, there is the threat of dangerous climate change and it is clear that measures are urgently needed...» (corsivi aggiunti) (decisione n.19/00135 del 20 dicembre 2019).

⁶ Così la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella decisione *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v. Switzerland* – 53600/20, al par. 200, in collegamento con la Dichiarazione di Reykjavik del Consiglio d'Europa. Al par. 451 di questa sentenza la Corte dà per assunto, appoggiandosi sul preambolo dell'accordo di Parigi, che il riscaldamento climatico sia un 'common concern of humankind'. A prima lettura sulla sentenza cfr. efficacemente A. HOFFMANN, *Five key points from the groundbreaking European Court of Human Rights climate judgement in Verein KlimaSeniorinnen Schweiz v Switzerland*, in *Environmental Law Review*, I-9, 2024, 2.

⁷ E. FISHER, E. SCOTFORD, E. BARRITT, *The Legally Disruptive Nature of Climate Change*, in *The Modern Law Review*, 80, 2/2017, 173 ss., sostengono il carattere dirompente (disruptive) dei processi climatici sotto vari aspetti: 1) “The first ‘hot’ aspect of climate change is that its causes and consequences are polycentric” (178); 2) “assessments of future climate change are not straightforward” (179); 3) i dibattiti sul cambiamento climatico “inherently involve conflicts about how communities wish to live and how losses and benefits are distributed in a society” (180); e infine 4) “earth’s climate can no longer be taken as a ‘given’” (180). Nella letteratura italiana più recente appaiono di notevole interesse i saggi di M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche. Aggiornamento*, VIII, 2021, 51 ss. e M. MONTEDURO, *Le decisioni amministrative nell'era della recessione ecologica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, 1 ss.

⁸ D. CHAKRABARTY, *Humanities in the Anthropocene: The Crisis of an Enduring Kantian Fable*, in *New Literary History*, 47, 2016, 383, osserva che “Anthropogenic climate change is therefore not a problem to be studied in isolation from the general complex of ecological problems that humans now face on various scales -from the local to the planetary- and that are creating new conflicts and exacerbating old ones between and inside nations”.

⁹ Si leggano le recenti pagine di F. DE LEONARDIS, *Lo Stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, Giappichelli, 2023, 50 ss. sullo stato di emergenza legato al cambiamento climatico e al prelievo delle risorse naturali. Cfr. anche M. CECCHETTI, *Emergenze e tutela dell'ambiente: dalla 'straordinarietà' delle situazioni di fatto alla 'ordinarietà' di un diritto radicalmente nuovo*, in *Federalismi.it*, 17/2024, 64 ss.

¹⁰ Secondo G. AGAMBEN, *Iustitium. Stato d'eccezione*, in Id., *Homo sacer*, II, 1, Macerata, Quodlibet, 2018, 198, il giudizio sulla crisi implica un giudizio soggettivo.

¹¹ Sul punto risulta molto utile l'analisi condotta da A.J. WILSON, B. ORLOVE, *What do we mean when we say climate change is urgent?*, cit., 1 ss. sul rapporto tra la costruzione sociale della crisi climatica e gli effetti psicologici provocati dall'urgenza.

Il cambiamento climatico mette inoltre a dura prova la stessa rappresentazione del tempo, il suo uso, se così si può dire: da un lato, l'urgenza di provvedere (emblematico il riferimento al 2050 come linea temporale entro la quale raggiungere la neutralità climatica, almeno per l'UE), dall'altro i tempi lunghi, se non lunghissimi, impliciti nel concetto di Antropocene e di tutela delle generazioni future¹².

Nelle pagine che seguono vorrei provare a verificare se sia corretto e opportuno riportare il fenomeno del cambiamento climatico alla categoria dell'emergenza. La guida di questo ragionamento sono le categorie che il diritto costituzionale ha sviluppato per fronteggiare i fenomeni emergenziali. Dando per presupposti nozioni, concetti, categorie approfondite dalla dottrina costituzionalistica italiana e straniera¹³, proverò a confrontare le principali caratteristiche del cambiamento climatico con i concetti e le categorie più assestate in materia di emergenza costituzionale, con i 'doxa', per valutare se sia costituzionalmente corretto ragionare di emergenza climatica.

2. Relatività dei concetti di eccezione, emergenza, crisi

Nel diritto costituzionale l'emergenza è un tema molto approfondito, con la conseguenza che il campo delle opzioni di metodo per una trattazione del tema si allarga.

Già la distinzione tra eccezione, emergenza, crisi può diventare un problema. Sono termini equivalenti o è possibile differenziare? Una distinzione ricorrente è quella tra situazioni di crisi che minacciano l'esistenza dello Stato o dell'ordine costituzionale e situazioni che, pur colpendo interessi rilevanti dello Stato e dei suoi cittadini, non rappresentano una minaccia esistenziale¹⁴. La locuzione stato d'eccezione va riservata alla prima categoria, mentre alle seconde meglio si adatta quella di stato di emergenza

¹⁵. La prima situazione, di carattere esistenziale, è, senza dubbio, meglio contenuta nell'espressione tedesca di 'Ausnahmestand' (letteralmente, stato d'eccezione) che non in quella anglosassone di 'emergency powers'¹⁶.

¹² A.J. WILSON, B. ORLOVE, *What do we mean when we say climate change is urgent?*, cit., 4, riscontrano un contrasto tra l'idea di Antropocene e il ricorso a concetti come crisi, emergenza e urgenza giacché la prima implica una scala di tempo molto ampia, che cerca le cause di quanto avviene indietro nei decenni e nei secoli: "In this way, discussions of the Anthropocene stand in contrast to the focus on immediate action that characterize the other three terms". Nella stessa direzione si muove J. STACEY, *The Public Law Paradoxes of Climate Emergency Declarations*, cit., 307: "Climate emergency declarations eschew simple temporal narratives", facendo emergere due paradossi: "Firstly, climate emergency declarations both compress and expand our perception of time. Secondly, the declarations treat the climate emergency as both temporary and permanent".

¹³ Una recente messa a punto è ora nell'attento contributo di A. RIDOLFI, *Costituzionalizzare l'emergenza? Qualche riflessione a partire da uno scritto di Salvatore Prisco e Fulvia Abbondante*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2024, 1 ss.

¹⁴ Sugli istituti dell'emergenza cfr. approfonditamente G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 164-182; adde P. COSTA, *Gli istituti di difesa della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2012, 84 ss.

¹⁵ V. BELLING, *The State of Exception and Limits of the Rule of Law*, in J. JINEK, L. KOLLERT (eds.), *Emergency Powers. Rule of Law and the State of Exception*, Baden-Baden, Nomos, 2020, 47; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986, 11.

¹⁶ V. BELLING, *The State of Exception and Limits of the Rule of Law*, cit., 48.

Si può accogliere la tesi per cui la nozione di ‘stato d’eccezione’ si riferisce a quelle situazioni che vanno al cuore dell’esistenza dello Stato, come è il caso della guerra, e di cui è difficile prevedere la forma¹⁷, mentre l’emergenza o i poteri d’emergenza riguardano momenti o fasi di crisi che -si presume- non mettono in discussione la sopravvivenza dello Stato¹⁸. In ogni caso, tutti i concetti che possediamo per inquadrare tale critica fenomenologia sono riferiti e si costruiscono in relazione ad un ordine giuridico costituito. Anche quando sono in grado di ribaltarlo (come nel caso della dittatura sovrana), i poteri in questione prendono origine dall’ordinamento di riferimento, ad esso si riferiscono¹⁹. L’istituto della dittatura romana era radicato esattamente in questa prospettiva²⁰.

Altro tratto caratterizzante è il ritorno o il ripristino della normalità che il ricorso ai poteri di emergenza dovrebbe consentire. Ma anche questo profilo ha un valore tendenziale, non assoluto²¹. La storia ci insegna che i poteri di emergenza sono per lo più pensati per il ritorno alla normalità; la crisi che provoca l’emergenza chiede poteri eccezionali per ristabilire lo *status quo*. Anche la dittatura, inteso quale istituto per fronteggiare l’emergenza, viene istituita per proteggere l’ordine costituito²². Non è sempre così, tuttavia.

È il caso delle crisi economiche. Nell’epoca contemporanea si pensi, ad esempio, all’art. 48 della costituzione tedesca di Weimar, che fu usato soprattutto per contrastare crisi economiche (e che offrì il destro alla riflessione di C. Schmitt sullo stato d’eccezione). Si pensi ancora all’uso dei poteri d’emergenza che fece il Presidente degli Stati Uniti d’America, Franklin Delano Roosevelt, per implementare il *New Deal* e combattere così la grande depressione. Egli fece espressa richiesta, nel discorso inaugurale della presidenza di ‘*broad executive power to wage a war against the emergency*’²³. E ancora, la crisi economica del 2008

¹⁷ V. BELLING, *The State of Exception and Limits of the Rule of Law*, cit., 50.

¹⁸ O. DEPENHAUER, *The Exceptional Case in Situations of Normalcy*, in J. JINEK, L. KOLLERT (eds.), *Emergency Powers*, cit., 30-1, distingue così tra “perils *within* the normal state of affairs” e “perils *of* the normal state of affairs, i.e. cases of emergency”. Ai primi provvedono le forze di polizia, ai secondi l’esercito.

¹⁹ P. COSTA, *Gli istituti di difesa della Costituzione*, cit., 87-8.

²⁰ Anche chi, in una prospettiva più radicale, prospetta lo stato d’eccezione come una zona d’anomia in cui tutte le determinazioni giuridiche sono sospese o disattivate, sottolinea tale legame: G. AGAMBEN, *Instittium. Stato d’eccezione*, cit., 216 ma *passim*. J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *The law of the exception: A typology of emergency powers*, in *I.CON*, 2, 2004, 211, ricordano come i poteri di emergenza moderni siano modellati, per lo più, sulla struttura della dittatura romana.

²¹ C. GALLI, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 31, osserva che la gestione dell’emergenza oggi ha come fine meno il ritorno alla normalità che non il mantenere costantemente in ansia la popolazione, in una sorta di emergenza permanente.

²² Ciò vale per la dittatura commissaria, non anche per quella sovrana, il cui scopo è la produzione di un nuovo ordine: C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 194-5.

²³ Lo ricorda A. GREENE, *Emergency powers in a time of pandemic*, Bristol University Press, 2020, 151 ss.

ha permesso a molti Stati di introdurre regimi di austerità che hanno avuto effetti devastanti sulla vita di molti individui²⁴.

Assistiamo insomma a una prima alterazione del classico schema causale: normalità-crisi-normalità. Se infatti i poteri di emergenza servono a restaurare lo stato di normalità, le crisi economiche sono spesso la conseguenza di quello *status quo*, sicché le misure che vengono adottate non sono destinate a rimanere temporanee ma permanenti e trasformative (era proprio questa la logica delle misure del *New Deal* rooseveltiano contro cui si oppose la Corte suprema)²⁵.

Anche per rispondere al Covid-19 gli Stati hanno preso misure economiche straordinarie, impensabili fino al giorno prima: compensazioni economiche per coloro che non hanno potuto svolgere il proprio lavoro, contributi finanziari per far ripartire l'economia una volta venuto meno il *lockdown*, congelamenti delle rendite...

Questo schema ritorna anche nel caso dell'emergenza climatica. Difatti, ad uno sguardo più realistico pare di poter dire che anche nel caso del cambiamento climatico il richiamo all'emergenza, per come è intesa nel diritto costituzionale, è fuori fuoco perché non c'è nessun ordine da restaurare, anzi il pericolo è lo *status quo*, è da lì che viene la crisi.

Dunque, definire cosa è normalità e cosa è emergenza non è operazione scontata; non c'è una interpretazione dell'emergenza, ma molto dipende dall'adesione alla situazione concreta²⁶. L'unico modo per sfuggire all'indeterminatezza è sforzarci di fondere il nostro orizzonte con quello passato, seguendo la lezione ermeneutica.

3. Rule of law ed emergenza

Proprio il confronto con le passate esperienze di crisi fa dire che l'emergenza climatica non pare riconducibile alla fenomenologia dello stato d'eccezione: non c'è una minaccia esistenziale per l'ordinamento ma piuttosto un pericolo concreto per gli abitanti. Siamo fuori dall'ipotesi del pericolo immediato e concreto, che minaccia l'esistenza stessa dello Stato e al quale bisogna reagire per la salvezza dello Stato. Siamo insomma di fronte ad una fattispecie completamente nuova²⁷.

²⁴ Come attestato anche dallo Human Rights Council delle Nazioni Unite, nel *Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights* (27 marzo 2014).

²⁵ A. GREENE, *Emergency powers in a time of pandemic*, cit., 152.

²⁶ D'altronde, già C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 192-3, osservava che la dittatura è definita dalla situazione concreta.

²⁷ M.P.A. MURPHY, *Clement to the Corinthians (on climate change?): sojourning as a theologico-political alternative to environmental emergency rhetoric*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 2020, cit., 7, osserva che, se si fa eccezione per le isole-nazioni che fronteggiano l'innalzamento degli oceani e per le comunità circondate dagli incendi per le quali si può parlare di un isolamento dall'esterno, "most of the climate emergency mobilization cannot be grounded in the late-eighteenth century versions of the state of siege".

Pur restringendo il campo all'emergenza piuttosto che allo stato d'eccezione, residuano ancora difficoltà a ricondurre l'emergenza climatica nelle più assestate categorie del diritto costituzionale. Difatti, da tale prospettiva lo stato di emergenza si caratterizza per due fattori che ricorrono con una certa regolarità: deroghe o sospensioni all'efficacia dei diritti fondamentali e alterazione dei rapporti tra gli organi costituzionali ²⁸.

Come è noto, sono proprio questi effetti -si potrebbe dire l'alterazione temporanea dello Stato di diritto- a fare dell'emergenza un problema, anzi il problema delle democrazie costituzionali, perché ogni accertamento di uno stato di emergenza comporta opoò comportare una sospensione o deroga alla costituzione nel suo insieme (se è vero che la costituzione disciplina i diritti e l'organizzazione del potere), come norma fondamentale. Dirò di più: è il problema del pensiero liberale e del costituzionalismo in quanto limitazione del potere. Se il potere va limitato, se i diritti dei cittadini vanno garantiti, come si fa poi a disciplinare la violazione di queste regole costitutive del costituzionalismo?

Si tratta di un *punctum dolens* per la convivenza sociale al quale il costituzionalismo moderno e contemporaneo ha fornito risposte diverse e molto legate al contesto.

È possibile partire tuttavia da un punto preciso, da una delle vette del pensiero liberale, dal cap. XIV del *Secondo trattato sul governo* di Locke, il capitolo sulla prerogativa, perché ha avuto notevole influenza sul modo di affrontare il tema dell'emergenza ²⁹. In quel capitolo Locke sottrae l'emergenza alla sfera della pubblicità. In qualche modo fa scendere sul monarca un cono d'ombra, che lo pone al riparo dagli schemi dei principi di governo liberali e gli spalanca la strada verso un "*power to act according to discretion, for the public good, without the prescription of the law*".

Per il costituzionalismo moderno, dunque, il problema principale diventa andare, per così dire, 'oltre Locke'. Come può il potere pubblico evitare di perdere legittimazione, incrinando la tenuta dei principi dello Stato di diritto? La risposta più immediata per il pensiero giuridico di ispirazione liberale è stata l'inclusione dello stato di emergenza/eccezione nell'ordine giuridico e poi costituzionale. Già, ma *come e dove*? Qui si incontrano non poche difficoltà.

Un ruolo non indifferente nella difficoltà di gestire l'emergenza nel pensiero liberale è stato dovuto all'influenza del positivismo giuridico: se una costituzione non contiene la disciplina dei poteri per lo stato d'emergenza, allora tutto si risolve in una questione di forza normativa della Costituzione, nella effettiva capacità dei suoi organi di gestire anche le situazioni complesse e straordinarie ³⁰.

²⁸ Venice Commission, *Emergency Powers*, Science and technique of democracy n.12, Strasbourg, 1995, 3. Per quanto non recente, appare utile fare riferimento a questo documento perché rappresenta un minimo comun denominatore in materia di emergenza.

²⁹ Milano, Rizzoli, 1998. Richiama l'attenzione sul cap. XIV già C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 92.

³⁰ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in aussergewöhnlichen Lagen*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 38, 1978, 1884.

L'incapacità del pensiero giuridico positivista di gestire l'eccezione con gli strumenti del diritto ha spinto verso inquadramenti più eterodossi e radicali, provocati anche da contesti particolarmente complessi come quello della Germania del Primo dopoguerra mondiale.

Dimostrando tutto il suo scetticismo verso il pensiero positivista, C. Schmitt colloca lo stato d'eccezione a metà strada tra diritto e non diritto. Il punto per lui è, notoriamente, chi decide l'eccezione, il resto segue³¹. Chi decide, proprio perché decide, è sottratto alle catene della responsabilità politica. Un pensiero che è molto vicino a quello di Machiavelli (nonostante il diverso avviso di Schmitt), un pensiero che lascia completamente libero il sovrano di usare norme oppure di prendere decisioni nelle situazioni di emergenza. Quella di Schmitt è stata forse l'elaborazione teorica in materia di eccezione di maggiore successo, ripresa non solo in Europa ma oramai anche nel mondo anglosassone, all'indomani della caduta del muro di Berlino per affrontare il tema delle crisi. Ma, come dirò, non è la più estrema.

Come ho detto nel paragrafo introduttivo, non è certo questa la sede per tipologizzare le soluzioni costituzionali al problema dell'emergenza³². Al di là della soluzione più semplice (la previsione di clausole generali), che però pecca spesso per vaghezza e generalità³³, interessa, invece, evidenziare un'alternativa regolativa che appare di rilievo per inquadrare anche la c.d. emergenza climatica. Tale alternativa -che è in parte è fondata sul diritto positivo, in parte ha una matrice teorica- può essere utilmente ricavata dall'osservazione di come l'emergenza è stata disciplinata nell'ordinamento costituzionale tedesco.

Come è noto, la Legge fondamentale tedesca offre differenti rimedi per la gestione dell'emergenza attraverso la formulazione di molteplici fattispecie emergenziali (tipizzazione). Ciò è avvenuto con le leggi di revisione costituzionale del 1968, che hanno rimediato all'iniziale silenzio o laconicità della Legge fondamentale in materia di emergenza. Originariamente la costituzione del 1949 prevedeva infatti solo lo stato di emergenza legislativa (art. 81), che rappresenta l'alternativa parlamentare all'art. 48 della Costituzione tedesca di Weimar e che entra in azione in caso di impedimento nel funzionamento della Camera bassa (*Bundestag*). Da qui la necessità di tipizzare altre situazioni di emergenza, anche in ragione del contesto degli anni Sessanta dello scorso secolo in cui la Germania occidentale fu interessata da fenomeni terroristici. A seguito delle revisioni costituzionali del 1968, oggi la Legge fondamentale prevede, come forma di difesa verso l'esterno, lo stato di difesa (artt.115a-115l, c.d. *Verteidigungsfall*), mentre per le emergenze interne sono predisposti almeno tre istituti: lo stato di crisi interna, che serve per la difesa da un pericolo che minacci l'esistenza o l'ordinamento fondamentale liberale e democratico

³¹ Così si apre il celebre studio *Teologia politica. Quattro capitoli sulla teoria della sovranità* (in C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 33. Già nel 1921, nello studio su *La dittatura*, cit., 68, Schmitt scriveva: "Chi ha il dominio sullo stato d'eccezione ha perciò stesso il dominio sullo Stato, poiché decide quando lo stato d'eccezione si verifica e che cosa, in tale circostanza, la situazione oggettiva richiede".

³² Si v. di recente V. PIERGIGLI, *Diritto costituzionale dell'emergenza*, Torino, Giappichelli, 2023, 213, ss.

³³ Emblematico da questo punto di vista l'art.15 CEDU.

della Federazione o di un *Land* (art. 91); la minaccia alla sicurezza pubblica o all'ordine pubblico, disciplinata dall'art. 35, c.2; la stessa disposizione, nella sua seconda parte, disciplina l'ipotesi di una catastrofe naturale o un disastro particolarmente gravi che riguardi un singolo *Land* (nel caso, invece, siano coinvolti più *Länder* entra in gioco la previsione del terzo comma dell'art. 35)³⁴.

La dettagliata tipizzazione tedesca presenta tuttavia dei limiti, che proprio l'emergenza climatica fa emergere. Difatti, anche le situazioni di emergenza cambiano, sono temporalmente caratterizzate, sicché la loro tipizzazione deve essere attualizzata, se si vuole evitare il rischio dell'inutilità, della difficoltà di applicare le tipizzazioni al caso concreto.

Di fronte a tali limiti la soluzione procedurale offerta da Ernst-Wolfgang Böckenförde sembra la più attraente e consapevole³⁵. La proposta del costituzionalista tedesco è stata formulata nel 1978, e cioè dieci anni dopo le revisioni costituzionali sull'emergenza, quasi a testimoniare l'esistenza di una persistente lacuna nella costituzione tedesca. La proposta consiste nel prevedere poche norme capaci di proceduralizzare con rapidità la gestione dello stato d'emergenza, separando chi tale stato dichiara da chi concretamente gestisce l'emergenza e prevedendo un limite temporale alla durata della stessa emergenza. Ma soprattutto ritenendo quanto mai opportuna una chiara distinzione tra normalità ed eccezione, distinzione che deve essere enfatizzata dalla previsione dell'espressa dichiarazione.

Da quanto detto finora discende anche la difficoltà di inquadrare l'emergenza climatica all'interno delle principali soluzioni offerte dal diritto costituzionale per fronteggiare le situazioni di emergenza. E ciò per una ragione molto semplice, vale a dire che a presupposto di tali soluzioni vi è l'esigenza di giustificare la deroga/sospensione dei diritti ovvero l'alterazione momentanea dei rapporti tra gli organi costituzionali. L'incisione del *rule of law* non pare ricorrere, invece, nel caso dell'emergenza climatica.

4. La normalizzazione dell'emergenza

Vi è dunque un salto, uno scarto tra le tradizionali categorie costituzionali dell'emergenza e il fenomeno dell'emergenza climatica.

Gli anni più vicini offrono tuttavia uno scenario diverso, che è quello della normalizzazione dell'emergenza. Il contesto è diverso, è quello degli attacchi terroristici, cui gli Stati reagiscono normalmente con maggiori poteri di carattere repressivo o con approcci militari. Emergono nuovamente tutte le difficoltà di separare normalità ed eccezione.

³⁴ Una sintetica ricostruzione della disciplina costituzionale tedesca sullo stato d'eccezione è in E. KLEIN, *The German Discussion on the State of Exception and Constitutional Provisions on States of Emergency*, in J. JINEK, L. KOLLERT (eds.), *Emergency Powers*, cit., 132-6.

³⁵ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Verdrängte Ausnahmezustand*, cit., 1888-1890.

Per sgravarsi dall'intenso onere di giustificazione di una limitazione dei diritti, in questo nuovo clima di emergenza soprattutto terroristica, si è affermato un pensiero dominante, una sorta *mainstream*, che prescinde dalla dichiarazione dello stato di emergenza e si orienta verso una sua normalizzazione dell'emergenza³⁶.

In effetti rispetto alle teorie che ritengono di gestire le situazioni di crisi con poteri ordinari (*Business as Usual model*) e a quelle che ritengono necessario apportare solo poche ed eccezionali modifiche alla struttura normativa ordinaria (*models of accomodation*)³⁷ se ne inseriscono altre che, ritenendo inservibili i primi due modelli, preferiscono che in situazioni di emergenza le forze di sicurezza operino 'chiaramente' al di fuori del diritto e della costituzione (*Extra-Legal Measures Model*)³⁸. Si noti che non siamo di fronte a deliri autoritari³⁹! Si tratta di posizioni che, fondate su un senso di responsabilità capace di imporsi dopo il superamento dello stato di necessità, riecheggiano l'impostazione lockiana⁴⁰. Secondo tali prospettive, al termine dello stato emergenziale, la parola deve tornare al popolo che giudicherà l'azione di chi ha adottato le misure necessarie⁴¹. Qui l'etica sembra andare oltre il diritto costituzionale, nell'auspicio che la trasparenza possa avere la meglio sull'agire segreto dello Stato nelle situazioni di crisi. Nella stessa direzione paiono andare coloro che, pur criticando le misure extra-legali e mostrando un condivisibile scetticismo verso la gestione degli stati d'eccezione attraverso regole giuridiche troppo stringenti, ritengono, forse troppo ottimisticamente, che maggiore è la discrezionalità lasciata alle autorità, più stretta sarà la compatibilità dell'azione statale con il *rule of law*⁴².

Guantanamo e le prassi di sorveglianza elettronica dei servizi segreti ci portano però a dubitare dell'efficacia di queste posizioni.

Questo recente plesso di riflessione costituzionalistica, che certo si ricollega al pensiero liberale, oltre a legittimare situazioni di sospensione delle libertà fondamentali, scatena reazioni teoriche che tendono a

³⁶ G. FRANKENBERG, *Im Ausnahmezustand*, in *Kritische Justiz*, 50, 1/2017, 17; un'ottima schematizzazione delle principali opzioni interpretative successive all'attacco alle Torri gemelle a New York è in D. DYZENHAUS, *Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?*, in *Cardozo Law Review*, 27, 5, 2006/2007, 2016-2031.

³⁷ Ho preso la terminologia da O. GROSS, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?* In *The Yale Law Journal*, 112, 2003, 1021. A tale proposito J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *The law of the exception*, cit., 217, osservano che le democrazie avanzate hanno sviluppato un modello legislativo, che affronta le emergenze attraverso l'adozione di leggi ordinarie con le quali vengono trasferiti poteri speciali e temporanei al potere esecutivo. Cfr. anche Venice Commission, *Emergency Powers*, cit., 3.

³⁸ O. GROSS, *Chaos and Rules*, cit., 1023: "I argue that there may be circumstances where the appropriate method of tackling grave dangers and threats entails going outside the constitutional order, at times even violating otherwise accepted constitutional principles".

³⁹ O. GROSS, *Chaos and Rules*, cit., 1027.

⁴⁰ Esplicito il richiamo a Locke in O. GROSS, *Chaos and Rules*, cit., 1102-4.

⁴¹ O. GROSS, *Chaos and Rules*, cit., 1099.

⁴² Più precisamente V. BELLING, *The State of Exception and Limits of the Rule of Law*, cit., 58, afferma: "the greater the discretion of state authorities in triggering a state of exception and defining the powers for its implementation, the more compatible their action to preserve the state will be with the principles of the rule of law without having to venture into the realm of a suprapositive state or exception or extralegal measures outside of legal order".

mettere in posizione oppositiva diritto ed eccezione. Emblematica è la posizione di Giorgio Agamben, che colloca lo stato d'eccezione in uno spazio completamente liberato dal diritto. Più precisamente, in tale prospettiva teorica, l'eccezione presuppone una sospensione del diritto, che quindi rimane vivo ma privo di efficacia. Dunque, una zona d'anomia, in cui il potere è presente, anche se è privo della copertura giuridica. Un dispositivo -afferma Agamben- che tiene insieme, in ultima istanza, i due lati dell'apparato giuridico-politico e che quindi si spinge fino alla soglia della giustificabilità, tra anomia e *nomos* ⁴³. Indubbiamente, per quanto estrema e radicale, si tratta di una posizione che intercetta e si intreccia con quella che abbiamo appena riassunto, secondo cui le situazioni di emergenza vanno gestite al di fuori del diritto ⁴⁴.

La recente esperienza del Covid-19 sembra convalidare la tendenza alla normalizzazione dell'emergenza. Pochi sono stati gli Stati che hanno proceduto con una dichiarazione dello stato d'emergenza ⁴⁵, pochi (tra gli Stati che ne fanno parte) hanno notificato al Consiglio d'Europa il ricorso a una deroga ai sensi dell'art. 15 CEDU, altri hanno fatto ricorso a poteri d'emergenza di carattere ordinario senza derogare a trattati internazionali (come l'Italia, ad esempio), altri ancora hanno volutamente evitato il ricorso a dichiarazioni di stato d'emergenza (il Regno Unito).

Abbiamo assistito, in altri termini, a tentativi di gestione della pandemia secondo il sopra ricordato modello del *'business as usual'* oppure, senza passare attraverso la formale dichiarazione di uno stato di emergenza, con il ricorso alla legislazione ordinaria. Si tratta di approcci molto attraenti per i governi perché vengono introdotti nuovi poteri senza che l'ordine costituzionale venga formalmente sospeso. Il rischio che tali poteri si normalizzino è ancora più alto proprio per la loro 'normalità' ⁴⁶.

E allora vale la pena ritornare a riflettere sull'insistenza di Böckenförde a proposito della necessità/opportunità di tener separati stato di normalità e stato d'emergenza ⁴⁷, rinunciando a tipizzazioni ma aderendo alla situazione concreta. E ciò è possibile solo attraverso una proceduralizzazione della dichiarazione dello stato d'emergenza, che porta con sé anche ad un miglior inquadramento della differenza tra legge e misura provvedimentale.

Questa sembra l'unica strada conforme al principio dello Stato di diritto e ad una logica di giustificazione, e non di normalizzazione, dell'emergenza ⁴⁸.

⁴³ G. AGAMBEN, *Istitium. Stato d'eccezione*, cit., 206, 216, 235-6, 247.

⁴⁴ Ancora G. AGAMBEN, *Istitium. Stato d'eccezione*, cit., 248, sullo stato d'eccezione permanente.

⁴⁵ Un elenco è in <https://verfassungsblog.de/introduction-list-of-country-reports/>.

⁴⁶ A. GREENE, *Emergency powers in a time of pandemic*, cit., 20.

⁴⁷ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Verdrängte Ausnahmezustand*, cit., 1888-1890; così anche J. ISENSEE, *On the Validity of Law with Respect to the Exceptional Case*, in J. JINEK, L. KOLLERT (eds.), *Emergency Powers. Rule of Law and the State of Exception*, cit., 25, con espresso richiamo a Böckenförde.

⁴⁸ In questa direzione, con le dovute differenze, anche Ferejohn, Pasquino, *The law of the exception*, cit., 233; A. GREENE, *Emergency powers in a time of pandemic*, cit., 45; D. DYZENHAUS, *Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?*, cit., 2038.

5. La normalizzazione dell'emergenza climatica

Anche la crisi climatica pare venir gestita attraverso le tecniche di normalizzazione⁴⁹. A ben vedere, anche i termini giuridici, utilizzati globalmente per incapsulare l'emergenza climatica nel diritto, lasciano intravedere una sorta di normalizzazione dell'emergenza: mitigazione e adattamento sono in effetti espressioni che cercano anche di rassicurare. Mitigare e adattarsi ad un'emergenza vuol dire convivere con essa, normalizzarla. Con ciò davvero cambiano i parametri per stabilire cosa è normale e cosa è straordinario.

Un altro elemento caratterizzante riguarda gli strumenti per fronteggiare l'emergenza climatica: sono tutti proiettati verso il futuro piuttosto che sul qui ed ora. Non solo mitigazione e adattamento sono obiettivi *in progress* ma anche gli strumenti più innovativi, come il *carbon budget*, sono orientati al futuro e alla protezione delle generazioni future⁵⁰.

In questa maniera pare ritornare l'imbarazzo liberale per non poter controllare le situazioni straordinarie di pericolo con gli strumenti normali dello Stato di diritto: la crisi sparisce, viene risucchiata grazie all'internalizzazione della situazione di emergenza, che così viene fatta sparire. La normalizzazione dell'emergenza diventa così parte di una più ampia semantica della banalizzazione⁵¹.

Si pensi a quanto è accaduto il 24 febbraio del 2022: Putin non ha fatto una dichiarazione di guerra, ma ha parlato di operazione militare speciale. Una sorta di sdrammatizzazione, che ha anche lo scopo di sottrarsi a obblighi internazionali ben precisi, in pratica di sottrarsi appunto al diritto⁵².

Riassumendo quanto siamo andati fin qui dicendo, possiamo dire che l'emergenza climatica rappresenta un fenomeno nuovo, difficilmente incastrabile nelle tradizionali categorie costituzionali dell'emergenza. Appare come un fenomeno capace di mettere a rischio le condizioni di vita dei singoli e delle comunità, già nel presente e ancor più nell'immediato futuro. Tuttavia esso non incide in maniera esiziale sull'ordine normativo, se non in qualche caso estremo.

In altri termini, l'emergenza ambientale non pare implicare una minaccia esistenziale verso l'ordinamento ma verso i soggetti che ne fanno parte. Inoltre la crisi o l'emergenza non è localizzata, ma è globale, planetaria e, quanto agli effetti, essa attiene agli elementi che permettono la stessa sopravvivenza degli

⁴⁹ Sul rapporto tra emergenza pandemica ed emergenza climatica D. DYZENHAUS, *Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?*, cit., 268-70.

⁵⁰ J. STACEY, *The Public Law Paradoxes of Climate Emergency Declarations*, cit., 311-2: "Indeed, the bulk of these climate emergency declarations operate through ordinary government functions of planning, setting targets, and reporting. Thus far, implementation of these plans has not led to invoke exceptional measures...climate emergency declarations have no emergency 'substance'".

⁵¹ A tale proposito G. PRETEROSSO, *Teologia politica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2022, 269.

⁵² D'altronde la tecnica era già stata usata dagli Stati Uniti, che, nel fronteggiare l'emergenza terroristica d'inizio secolo, hanno progressivamente abbandonato l'espressione 'guerra al terrore' per prediligere quella di 'operazioni d'oltremare' (overseas contingency operations).

individui⁵³. Nessun ordinamento da solo può farcela. Sono assenti i caratteri dell'imminenza del pericolo, e quindi viene meno l'esigenza della reazione immediata, tranne i casi di singoli disastri o catastrofi causati dal clima

La difficile sussumibilità del cambiamento climatico all'interno delle categorie costituzionali dell'emergenza emerge anche, in una prospettiva di diritto positivo, dall'assenza di clausole costituzionali emergenziali per fronteggiare l'emergenza climatica. Le formule regolative utilizzate dalle costituzioni non sono state pensate per l'emergenza climatica⁵⁴. Per quanto elaborata ad altri fini, la nuova categoria dello stato permanente d'eccezione pare meglio attagliarsi al fenomeno dell'emergenza climatica⁵⁵.

Tali caratteristiche aiutano a spiegare anche alcune peculiari caratteristiche del cambiamento climatico e della sua gestione, come il rapporto tra azione dei pubblici poteri e azione dei privati⁵⁶. A fronte dell'inazione, delle omissioni dei primi nel fronteggiare efficacemente il cambiamento climatico, si assiste alla reazione dei secondi, dei privati, soprattutto nella forma associata. L'azione individuale o di gruppo diventa così sostitutiva o comunque di stimolo rispetto al monopolio governativo delle emergenze. Non si pensi solo al contenzioso climatico ma anche al ritorno della disobbedienza civile come forma estrema di confronto con lo stato di crisi. La disobbedienza è stata sempre concepita come rimedio ultimo rispetto al fallimento dei poteri pubblici nel respingere l'assalto allo Stato, dall'interno o dall'esterno⁵⁷. Oggi ritorna in forme e sigle nuove (*Fridays for Future*, *Extinction Rebellion*, *Ultima Generazione*, ecc.) Rispetto a questi fenomeni, le categorie del diritto costituzionale appaiono ancora impreparate.

⁵³ Sul rapporto tra esigenza di sopravvivenza dell'umanità e tutela delle generazioni future ragiono, anche sulla scorta di alcune illuminanti intuizioni di H.L.A. Hart, in *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia della morale e diritto naturale laico*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, 353 ss.

⁵⁴ E tuttavia appaiono le prime modifiche costituzionali per dar conto del cambiamento climatico, tutte adottate al di fuori del continente europeo. Una rassegna in L. FONBAUSTIER, J. CHARREIRE, *Analysis of constitutional provisions concerning climate change*, in *French yearbook of public law*, I, 2023, 89 ss.

⁵⁵ Sul carattere sistemico degli shock climatici e della transizione ecologica cfr. B.L. BOSCHETTI, *Oltre l'art.9 della Costituzione: un diritto (resiliente) per la transizione (ecologica)*, in *DPCE online*, 2/2022, 1158.

⁵⁶ J. WOLF, *Zum Freispruch von Klimaaktivist: innen durch das Amtsgericht Flensburg*, in *Verfassungsblog.de*, 14 novembre 2022, 4.

⁵⁷ J. ISENSEE, *On the Validity of Law with Respect to the Exceptional Case*, cit., 20.