

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 29 - giugno 2024

CLIMATE LITIGATION:
UNA RIFLESSIONE PRELIMINARE
A MARGINE DELLA C.D. “GIUSTA CAUSA”

Massimo D'Auria

CLIMATE LITIGATION: UNA RIFLESSIONE PRELIMINARE A MARGINE DELLA C.D. “GIUSTA CAUSA”[°]

Massimo D’Auria

*Professore Ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Siena*

Il contributo si propone una prima ricognizione degli aspetti teorici e operativi sottesi all’approvazione della Proposta di direttiva UE 23 febbraio 2022 interrogandosi in particolare sull’impatto che tale provvedimento potrà avere sui modelli di produzione delle grandi imprese e sul c.d. contenzione climatico che già sta impegnando le aule dei tribunali.

The article aims to provide an initial overview of the theoretical and operational aspects underlying the approval of the EU proposal for a directive of February 23, 2022, questioning the impact that this regulation may have on the production models of large companies and the so-called climatic litigation that is already engaging courtrooms.

Sommario:

1. Introduzione
2. Da Coase a...
3. ...a Coase
4. La c.d. “Giusta causa”
5. Il precedente del c.d. “Giudizio universale”
6. Dalla sovranità delle imprese a quelle del consumatore
7. Il c.d. trilemma energetico
8. Verso un’alleanza strategica pubblico- privato
9. Profili critici del trilemma energetico
10. Anche nell’interesse delle future generazioni
11. La transizione climatica come vincolo interno ex art. 41,2° co. Cost.
12. Il Piano di transizione
13. La clausola di *best effort*
14. La responsabilità dell’impresa e le tutele

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

1. Introduzione

La Proposta di direttiva UE 23 febbraio 2022 relativa al “*dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità a modifica della direttiva UE 2019/1937*” è stata finalmente approvata dal Consiglio in data 24 maggio 2024¹.

All’esito dell’approvazione, si è giustamente parlato di “annacquamento” dell’impatto della proposta di direttiva rispetto all’impianto della Proposta originaria presentata dalla Commissione nel 2022. Da questa valutazione, però, si sottrae l’articolato dedicato alla lotta ai cambiamenti climatici il cui impianto disciplinare è stato reso più stringente rispetto al testo della proposta originaria².

Alla lotta ai cambiamenti climatici è stata, infatti, data autonoma dignità rispetto al più ampio tema della gestione dei rischi da impatto negativo ambientale e sociale all’interno delle catene di attività³.

¹ In tema v. Aa.Vv. (2021), *La Proposta del Parlamento europeo di direttiva su «La dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese»*, in *Riv. soc.*, 2021, pp. 276 ss.; G. C. CORVESE, *La sostenibilità ambientale e sociale delle società nella proposta di Corporate sustainability due diligence directive (dalla insostenibile leggerezza dello scopo sociale alla obbligatoria sostenibilità della due diligence*, in *Banca impr. soc.*, 3, 2022, 391 – 431; Id, *La proposta di direttiva sulla Corporate sustainability due diligence e i suoi (presumibili) effetti sul diritto societario italiano*, in *Atti del Convegno Annuale di Orizzonti del diritto commerciale*, Roma 26 – 27 maggio 2023; F. DEGL’INNOCENTI, *Nuove sfide regolatorie del diritto privato europeo nel prisma della sostenibilità. La proposta di direttiva sulla corporate sustainability due diligence*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 18, febrero 2023, 814 – 847; per alcuni spunti su short termism e long-term value v. G. D. MOSCO – R. FELICETTI, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *AGE*, 2022, pp. 185 ss.; U. TOMBARI, *Riflessioni sullo “statuto organizzativo” dell’“impresa sostenibile” tra diritto italiano e diritto europeo*, in *AGE*, 2022, p. 135, spec. pp. 140 ss. Nella letteratura europea, v. L. VENTURA, *Corporate sustainability due diligence and the new boundaries of the firms in the European Union*, in *European Business Law Review* 34, no. 2 (2023): 239-268; D. JURIC, A. ZUBOVICH, E. CULINOVIC – HERC, *Large companies saving people and the planets- reflections on the personal scope of the application of the corporate sustainability due diligence directive*, 9 *INTerEULawEast: J. Int’l & EUR. L., ECON. & MARKET Integrations* 1 (2022), 1-43; R. CHAMBERS & J. MARTIN, *Reimagining Corporate Accountability: Moving beyond Human Rights Due Diligence*, 18 *N.Y.U. J.L. & Bus.* 773 (2022), 773 – 843; C. FOOT, *Towards Corporate Obligations for Freshwater? The European Commission’s Proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive and Freshwater Issues*, 15 *Erasmus L. REV.* 173 (2022), 1-18, C. PRATZ, *The EU’s Draft Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A First Assessment*, in *Business and Human Rights Journal* (2022), 7, 291–297; interessanti riflessioni in S. W. GAMBLE, *A Corporate Human Rights Due Diligence Law for California*, 55 *UC Davis L. REV.* 2421 (2022), 2421-2461; S. BRABANT - C. BRIGHT - N. NEITZEL - D. SCHÖNFELDER, *Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)*, *VerfBlog*, 2022/3/15, <https://verfassungsblog.de/ue-diligence-around-the-world/>; ENGSIG SØRENSEN, KARSTEN . ‘*Corporate Sustainability Due Diligence in Groups of Companies*’. *European Company Law Journal* 19, no. 5 (2022): 119–130.

² Al considerando n. 9 si spiega che con il Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, l’Unione si è inoltre impegnata legalmente a diventare neutrale dal punto di vista climatico entro il 2050 e a ridurre le emissioni di almeno il 55% entro il 2030. Entrambi questi impegni richiedono un cambiamento nel modo in cui le aziende producono e acquistano.

³ In questa prospettiva, il considerando n. 73 chiarisce la direttiva costituisce “*un importante strumento legislativo per garantire la transizione delle imprese verso un’economia sostenibile, anche per ridurre i danni esistenziali e i costi dei cambiamenti climatici, per garantire l’allineamento con l’azzeramento delle*

Con ciò si vuole sottolineare che il livello di emissioni che l'impresa produce nello svolgimento della propria attività non costituisce semplicemente un impatto ambientale negativo che le società saranno tenute a gestire attraverso l'adozione di adeguate misure di prevenzione e arresto nell'ambito della propria catena di attività. Del resto, la produzione di emissioni di anidride carbonica non è né prevenibile né arrestabile ma tutt'al più mitigabile.

Semmai, il “net zero target” quale obiettivo politico da raggiungere entro il 2050 costituisce la ragione per imporre alle grandi imprese multinazionali l'obbligo di modificare in maniera coerente il proprio modello di business e la strategia produttiva allo scopo di limitare il rilascio di emissioni carboniche⁴: insomma, non un rischio, attuale o potenziale da arrestare o prevenire, ma un obiettivo da raggiungere.

Gli Stati membri avranno due anni per adeguare la propria normativa all'obiettivo della lotta ai cambiamenti climatici⁵. Peraltro, il testo della direttiva chiarisce che, a seconda dei requisiti dimensionali, le imprese disporranno di un ulteriore periodo di tempo dall'entrata in vigore della direttiva, per soggiacere all'applicazione delle sue prescrizioni. Nondimeno, pare utile avviare una riflessione sull'impatto che la direttiva appena approvata già produce, anzitutto sul piano concettuale. Questo pare il punto di partenza per impostare un discorso propedeutico sia al suo recepimento, sia anche a rispondere all'interrogativo se e quali operazioni interpretative conformi agli obiettivi comunitari possano essere già eventualmente intraprese, indipendentemente dal recepimento della direttiva e già prima del termine di attuazione⁶.

emissioni nette a livello mondiale entro il 2050, per evitare dichiarazioni fuorvianti riguardo a tale allineamento e per porre fine al greenwashing, alla disinformazione e all'espansione dei combustibili fossili a livello mondiale al fine di conseguire gli obiettivi climatici internazionali ed europei”.

⁴ Ma sull'evanescenza di simili proclamazioni, v. M. LIBERTINI, *Doveri ambientali, sviluppo sostenibile e diritto commerciale*, in *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, a cura di P. PANTALONE, *Il diritto dell'economia*, 2021

⁵ È peraltro il caso di osservare che la direttiva appena approvata si inserisce nel quadro di un plesso disciplinare che già contempla l'obiettivo della mitigazione dei cambiamenti climatici nel novero delle procedure ex art. 3 lett. c) e 18 Reg. UE 2020/852., che l'impresa è tenuta ad attuare al fine di garantire che sia in linea con le linee guida OCSE destinate alle imprese multinazionali e con i Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani, inclusi i principi e i diritti stabiliti dalle otto convenzioni fondamentali individuate nella dichiarazione dell'Organizzazione internazionale del lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e dalla Carta internazionale dei diritti dell'uomo, il tutto nel rispetto del principio «non arrecare un danno significativo» di cui all'articolo 2, punto 17), del regolamento (UE) 2019/2088.

⁶ C. Giust. CE 16 dicembre 1993, C-334/92, Wagner Miret, in *Racc.*, I-6811, par. 20; Conclusioni dell'avv.to generale TIZZANO, Mangold, cit., punti 115 e 120 ove si legge “anche i giudici devono fare tutto il possibile, nell'esercizio delle loro competenze, per evitare che il risultato voluto dalla direttiva possa essere compromesso. In altri termini, essi devono ugualmente sforzarsi di privilegiare l'interpretazione del diritto interno più aderente alla lettera e allo spirito della direttiva”. L'interpretazione conforme non opera sia in presenza di principi dell'ordinamento interno in conflitto con i contenuti della direttiva (Cfr. C. Giust. CE 7 marzo 1996, C-192/94, in *Racc.*, 1996, I-1281) sia in mancanza di norme interne che possono essere interpretate alla luce della

2. Da Coase ...

Al fine di comprendere la filosofia di fondo che ispira la direttiva, conviene, anzitutto, osservare che il testo offre il destro per riportare l'attenzione del giurista sulla dimensione industriale della produzione di beni e servizi e, dunque, di "valore". Con ciò si profila la necessità quantomeno di ridimensionare un paradigma teorico di derivazione economica su cui il giurista si è in qualche modo adagiato, quello il cui nucleo concettuale risponde all'assunto che la generazione del "valore" costituisce variabile dipendente unicamente dello scambio sul mercato⁷. Del resto, tale assunto rappresenta un'ipersemplificazione della realtà poiché ad essa è sottesa l'idea che la teoria dei rapporti di produzione sia variabile indipendente dalle istituzioni sociali ovvero che i rapporti di potere siano irrilevanti al fine di fornire una spiegazione dei meccanismi distributivi che si generano all'interno della catena produttiva. Tutto si risolve nella centralità dello scambio anomico sul mercato che, alle condizioni date, costituisce l'unico antecedente causale della generazione del valore.

Almeno nella sua formulazione più matura, il problema della sostenibilità ambientale e sociale riflette l'assenza di un modello che giustifichi l'idea che un sistema impostato su una "*individual bargaining tactic*" di breve periodo assicuri nel lungo periodo e a livello aggregato, esiti assimilabili ad un "*social strategic arrangement*"⁸. Ed invero, la tesi che assegna al prezzo di mercato la funzione di

stessa (cfr. C. Giust. CE 16 dicembre 1993, C-334/92, in *Racc.*, 1993, I-691). La dottrina ha giustamente osservato che tali precisazioni non attenuano la portata dell'obbligo interpretativo, ma costituiscono solo dei limiti operativi (cfr. NIGLIA, *Ai confini tra diritto privato e legislazione comunitaria. La teorica dell'obbligo interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 76) utili a distinguere l'obbligo di interpretazione dalla teorica degli effetti delle direttive "che può operare a prescindere dalla presenza di normative nazionali di attuazione o comunque pertinenti la materia oggetto della direttiva" (cfr. SABATINI, *Il diritto privato ed il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l'interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 1, 131).

⁷ Al problema di definire un impianto regolatorio idoneo a gestire i costi sociali determinati dagli *harmful effects* correlati alla produzione industriale, la proposizione originaria del teorema di Coase afferma che, data una qualunque condizione legale di assegnazione della proprietà, in termini di diritto all'uso di una risorsa produttiva, procede alla correzione delle esternalità negative mediante la libera contrattazione tra operatori economici che, in assenza di costi di transazione, opererà naturalmente in maniera da massimizzare il benessere sociale. COASE, R. H., "*The problem of social cost*", *J. L. Econ.* 3 (1960): 1 – 44. Per varie e più ampie considerazioni sul teorema di Coase, v. D. CAMPBELL, Ronald Coase's "The problem of social costs", *University of Queensland Law journal*, 2016, 75 ss.; H. DEMSETZ, *The problem of social cost: What Problem? A critique of the reasoning of A.C. Pigou and R. H. Coase*, in *Rev. law economics*, 2, 7.1, 2011, pp.

⁸ Sul piano societario, v. DENOZZA, *Lo scopo della società: dall'organizzazione al mercato*, in «*Rivista ODC*», 2019, 3, pp. 615 ss.; Id., *Lo scopo della società, tra short-termism e stakeholder empowerment*, in «*Rivista ODC*», 2021, 1, pp. 29 ss. Id., *Incertezza, azione collettiva, esternalità, problemi distributivi: come si forma lo short-termism e come se ne può uscire con l'aiuto degli stakeholders*, in «*Riv. soc.*», 2021, pp. 297 ss. Id., *Due concetti di stakeholderism*, in «*Rivista ODC*», 2022, 1, pp. 37 ss.; critico E. BARCELLONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Riv. Soc.*, 2022, pp. 1 ss.

coordinamento delle scelte dei consumatori garantendo *in un dato momento* l'ottimale allocazione delle risorse funziona soltanto all'interno di una teoria che programmaticamente espunge dai costi di produzione le componenti di costi sociali e ambientali connesse allo sfruttamento delle relative risorse e di una corrispondente prassi politica che asseconda la possibilità di socializzare i costi delle esternalità negative connesse alla produzione. Del resto, è solo grazie a questa "astrazione" determinante che il prezzo riesce a svolgere la sua funzione di coordinamento ai fini dell'ottimale allocazione delle risorse⁹.

Da una scorsa al testo della direttiva, tanto la suddetta teoria quanto la prassi si profilano recessive nell'ambito di una disciplina che riconosce l'obbligo giuridico a carico delle imprese di adeguare la propria produzione all'obiettivo di abbattere le emissioni nel medio - lungo periodo.

Escluso, insomma, che il ricorso a forme di pianificazione statale possa costituire un modello efficiente nel contesto di un'economia globalizzata¹⁰, la strada che si propone è incorporare nel modello teorico dell'impresa la sostenibilità ambientale e sociale, e dunque la transizione energetica, accanto a quella economica.

3. ... a Coase

Se, da un lato, è proprio la rilevanza strategica del problema della lotta ai cambiamenti climatici a indurre in crisi il teorema di Coase sul quale ci siamo appena soffermati, è sempre in un altro celebrato scritto dell'illustre economista che il giurista acquisisce la chiave di lettura per comprendere il nesso pertinenziale tra appropriazione del valore e imputazione dei costi sociali complessivi all'interno della teoria dell'impresa.

Secondo questo altro celebrato teorema, l'impresa, intesa come centro di produzione di valore, costituisce un'istituzione alternativa allo scambio di

⁹ Nell'ambito della teoria comportamentale, invece, si nota essenzialmente che la condotta del consumatore è affetto da numerosi bias cognitivi e da razionalità limitata. Si vedano questi aspetti in F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina del contratto*, in *Orizz. dir. comm.*, 1 (2012), p. 14 ss.; A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in *Oltre il soggetto razionale*, a cura di G. Rojas Elgueta-N. Vardi, Roma, 2014, pp. 11 ss. spec. 15 ss. e 18 ss., Id., voce *Contratto ed economia comportamentale*, in *Enc. dir.*, I tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 316 ss.; V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in *Oltre il soggetto razionale*, cit., p. 25 ss.; R. CATERINA, *Modelli di razionalità e incompletezza del regolamento contrattuale*, ivi, p. 47 ss.; G. GRISI, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, ivi, p. 59 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, ivi, p. 75 ss.; G. ROJAS ELGUETA, *Fallimenti cognitivi e regolazione del mercato energetico*, in *Contr. impr.*, 1 (2016), p. 253 ss.; D. CATERINO, *Denominazione e «labeling» della società «benefit», tra marketing «reputazionale» e alterazione delle dinamiche concorrenziali*, in *Giur. comm.*, I (2020), p. 787 ss.

¹⁰ E. PARIOTTI, *I diritti umani: concetto, teoria, evoluzione*, Padova, 2013.

mercato. Più precisamente, secondo tale impostazione, l'acquisizione delle risorse "all'interno dell'impresa", piuttosto che "attraverso il mercato", costituisce un'opzione più efficiente di produzione di valore almeno fino a quando i costi di governance risultino inferiori a quelli transattivi che l'impresa affronterebbe per reperire le risorse attraverso lo scambio ripetuto sul mercato¹¹.

All'interno di tale cornice teorica, la dimensione dell'impresa costituisce, pertanto, l'esito di una strategia produttiva di valore che si propone di contrastare i rischi di mercato¹².

Nell'affermare che l'impresa costituisce strategicamente il *social arrangement* alternativo al mercato più idoneo a gestire la produzione di valore, il passo è breve per incorporare, nel segno della sostenibilità ambientale, anche la gestione delle esternalità negative, intese come astrette da un nesso pertinenziale con il valore prodotto. Semmai, l'aspetto più difficoltoso sul piano concettuale è determinato dall'esigenza di traslare la proposizione originaria del teorema di

¹¹ Sempre secondo COASE, R. H, *The nature of firm*, in *Economica*, 4 (1937): pp. 386-405 la scelta tra produrre tutto all'interno dell'impresa oppure ricorrere al mercato, ossia di reperire l'input necessario attraverso scambi di mercato, è dettata dalla logica della convenienza marginale e, dunque, dal pay – off tra i costi di governance che aumentano al crescere della dimensione dell'impresa e i costi di transazione in cui l'impresa incorre quando ricorre al mercato. In tema, v. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *Retulating contracting in global value chains. Institutional alternatives and their implications for transnational contract law*, 16, *European review of contract law*, 44, (2020), 44-73; adde L. VENTURA, *Corporate sustainability due diligence and the new boundaries of the firms in the European Union*, in *European Business Law Review* cit, p. 267 secondo cui i confini dell'impresa non sono più legati ai "property rights" o alla "chain of control" ma "They move along with sustainability due diligence requirements provided by the law".

¹² È appena il caso di osservare che, anche in questa prospettiva, il contratto svolge la funzione fondamentale organizzativa della produzione, funzione che dunque è più complessa di quella sin qui prevalentemente studiata di puro scambio. In tema v. GRUNDMANN, CAFAGGI, VETTORI (a cura di), *The organizational contract. From exchange to long – term network cooperation in European contract law*, Ashgate, 2013, passim. In linea teorica generale, vale la pena evidenziare come la nozione di contratto d'impresa sottesa alla Proposta che qui si intende impiegare è una proposta interpretativa nel senso indicato da A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006, 95ss. Esso è da interpretarsi come strumento della libertà d'iniziativa economica dell'impresa, oltre che come tassello della competizione tra imprese, prestandosi in questa sua veste ad essere identificato per la funzione che essa svolge rispetto all'impresa, ossia quale fenomeno attuativo di strategie rivolte ad appropriarsi del valore estratto dai processi produttivi. Sulle declinazioni della categoria dei contratti di impresa si vedano A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1962; G. OPPO, *Note sulla contrattazione di impresa*, in *Riv. Dir. civ.*, 1995, p. 629; A. A. DOLMETTA, *Sui "contratti di impresa": ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, in *Jus*, 2009, p. 281; nonché i saggi raccolti nel volume a cura di, Da ultimo, v. M. RENNA, *Garanzie personali e attività di impresa*, Pisa, 2021, p. 30, 55, 97, 117 ove amplia bibliografia, il quale giustamente osserva che la connotazione imprenditoriale implica il riconoscimento della connessione funzionale del contratto inserito nell'attività commerciale, trattandosi di un momento attuativo dell'impresa che, come tale, "risulterà meritevole di tutela e compatibile con l'ordinamento giuridico qualora non contrasti con l'art. 41, comma 2, Cost."

Coase sui *sociali costs* nell'ambito della sua teoria dell'impresa e discuterla all'interno della cornice offerta dalla teoria dei giochi e del comportamento strategico¹³. Ciò che, da un punto di vista sia concettuale che pratico, dipende dalla difficoltà nel rispondere, a prescindere da una reale conoscenza dei processi produttivi, alla questione fondamentale, ossia quanto del valore prodotto di cui la grande impresa si appropria dipenda da una reale capacità innovativa di processo o di prodotto oppure sia invece tributaria di meccanismi di rendita o sfruttamento delle risorse ambientali e sociali.

A questo livello del discorso s'inserisce l'analisi che Porter ha condotto sulla c.d. catena del valore che fornisce il substrato teorico su cui si fonda la direttiva appena approvata¹⁴.

Ammesso insomma che il "valore" altro non è ciò che l'acquirente è disposto a pagare in termini di *premium price* per il prodotto o servizio acquistato, il giurista viene sollecitato a confrontarsi non più o non soltanto con i meccanismi puntuali di scambio sul mercato, i quali forniscono una comprensione tattica dell'agire imprenditoriale, ma con quelli con ciò che complessivamente ne definiscono la "strategia competitiva", quella cioè che l'imprenditore attua, al fine di difendersi dalla pressione competitiva, per conseguire l'appropriazione del valore prodotto e, così, un vantaggio "sostenibile" nel medio – lungo periodo all'interno di un determinata "struttura industriale"¹⁵.

¹³ Così REGAN, Donald H "The Problem of Social Cost Revisited", J. L. & Econ. 15 (1972): 427 -37.

¹⁴ M. E. PORTER, *Il vantaggio competitivo*, trad. it. Pacifico, 3° ed., Milano, 1988, passim.; Id., *La strategia competitiva. Analisi per le decisioni*, Bologna, 1982, passim.

¹⁵ Sempre seguendo Porter, *Il vantaggio competitivo*, cit., p. 32, nonché p. 139, si può constatare come l'obiettivo del legislatore europeo è di emancipare la dimensione della sostenibilità sociale e ambientale da una caratterizzazione "culturale" che pure si ritiene valga a consolidare il vantaggio competitivo di una strategia di base, specie nell'ottica della strategia di base c.d. di differenziazione del prodotto o servizio sul mercato. La direttiva intende, invece, fare della sostenibilità una determinante "di costo" nella produzione del valore che deve essere contabilizzata e allocata all'interno della catena del valore sul presupposto che l'impatto ambientale o sociale negativo o la transizione ecologica debba essere necessariamente "internalizzata" all'interno dell'impresa intesa come funzione di produzione. In questa prospettiva, la sostenibilità diviene elemento di una cultura aziendale orientata maggiormente da una strategia di base volta a conseguire una leadership di costo, più attenta alle procedure ed alla allocazione e ripartizione dei rischi, di talché il costo per la produzione di un valore magari equivalente a quelle di catene "non sostenibili" risulterà compensato da un *premium price* che il mercato (consumatore, banche, aziende) sarà disposto a corrispondere a fronte di una chiara assunzione di impegni. Oppure, al fine di neutralizzare le determinanti di costo sostenute per la differenziazione sociale e ambientale, l'impresa dovrà sfruttare sino in fondo ogni altra opportunità per diminuire i suoi costi attraverso l'innovazione, il miglioramento delle curve di apprendimento e le interrelazioni: in una parola, svolgendo l'attività propria dell'imprenditore in senso giuridico.

4. La c.d. “Giusta causa”

Chiarita la filosofia di fondo che ispira la direttiva, l'occasione per una riflessione operativa risulta sollecitata dalla circostanza che attualmente pende dinanzi al Tribunale di Roma il procedimento - c.d. Giusta causa - promossa dalle Ong Greenpeace Onlus e Recommon Aps, nonché da alcuni attori privati contro Eni s.p.a, nonché gli azionisti (Cassa depositi e prestiti s.p.a. e il Ministero delle finanze)¹⁶.

La domanda è volta ad accertare la responsabilità di Eni *ex art.* 2043, 2051, 2055 c.c., nonché artt. 2 e 8 CEDU, per inottemperanza degli obiettivi di riduzione delle emissioni in conformità a quanto sancito dagli Accordi di Parigi. Tale accertamento è propedeutico ad ottenere la condanna di Eni *ex art.* 2058 c.c. e 614 bis c.p.c. ad adottare qualsiasi provvedimento idoneo a limitare il volume annuo aggregato di tutte le emissioni di CO₂ in atmosfera (Ambito 1, 2 e 3) a causa delle attività industriali, commerciali e dei prodotti per il trasporto di energia venduti da Eni in misura tale che il volume di emissioni venga ridotto di almeno il 45% a fine 2030 rispetto ai livelli del 2020, affinché sia garantito il rispetto degli scenari elaborati dalla comunità scientifica internazionale per mantenere l'aumento della temperatura entro 1,5 gradi.

Con terminologia che tradisce l'intrinseca caratura politica della pretesa giudiziale sia sul piano procedurale che sostanziale, anche questa azione, inserendosi nel solco delle c.d. *climate change litigation*¹⁷, risulta classificabile tra i contenziosi c.d. “strategici”¹⁸.

¹⁶ Meritoriamente sul sito dell'Eni all'indirizzo URL <https://www.eni.com/it-IT/media/causa-eni-greenpeace-recommon.html> è possibile scaricare le difese delle parti in causa. La causa origina dalla sentenza *Milieudéfenses et al. v. Royal Dutch Shell plc*, che ha ordinato all'intero gruppo Shell, fornitori e clienti, di ridurre le proprie emissioni del 45% rispetto ai livelli registrati nel 2019, entro il 2030.

¹⁷ PATRITO, *Cambiamento climatico e responsabilità dei pubblici poteri*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, fasc. 6, 1934 ss.; POTO, *Salvare la nostra casa comune è l'Affaire du siècle*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, fasc. 3, 1046; GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 1105 ss.; PULEIO, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, 46 ss.; GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico. C'è un giudice per il clima?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1273 ss.; MARINAI, *Il contenzioso e la legislazione climatica: un interminabile valzer sulle note della due diligence*, in *Riv. civ. prev.*, 2023, 4, 1327 ss.; V. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti transsogettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, in “DPCE Online”, n. 2, 2023, pp. 669 ss.; G. PULEIO, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in “Persona e Mercato”, n. 3, 2021, pp. 469 ss. In giurisprudenza sono notissime le recenti sentenze della Corte Edu del 9 aprile 2024, *Verein Klimasenioreninnen Schweiz e altri c. Svizzera*, ric. n. 53600/20; *Careme c. Francia*, ric. n. 7189/21; *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32 Stati*, ric. n. 39371/20.

¹⁸ VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, cit. secondo cui, proprio per il riferimento all'interesse delle generazioni future “ciò appare incompatibile con le citate condizioni dell'azione, mancando del tutto, in questo caso, le condizioni per esercitare la sostituzione processuale che, come si è ricordato, può essere ammessa solo ove sia il legislatore ad averla prevista”.

Appare, perciò, stimolante sondare quanto della “strategia” sociale e politica sottesa a tali iniziative giudiziarie risultino convalidate sul piano normativo dalla direttiva approvata, peraltro in un settore tanto problematico come quello energetico sul quale sussiste competenza concorrente tra Unione europea e Stati membri¹⁹.

Al livello in cui intendiamo collocare la presente riflessione, l’interrogativo che poniamo è se possa quantomeno ritenersi risolto il problema della giustiziabilità delle pretese rivolte ad imporre alle imprese di adeguare i processi produttivi in vista della necessità di mitigare il surriscaldamento globale di origine antropica²⁰. Del resto, che quella della giustiziabilità costituisca un tema dirimente, lo dimostra l’esito, di poco anteriore all’approvazione della direttiva, del c.d. “Giudizio universale”²¹ deciso dal Tribunale romano con una pronuncia di rigetto per difetto assoluto di giurisdizione dell’azione volta alla condanna in forma specifica promossa da alcune associazioni ambientaliste contro lo Stato italiano²².

5. Il precedente giurisprudenziale: il c.d. “Giudizio universale”

Nel caso appena menzionato, il giudice capitolino è giunto a pronunciare il difetto assoluto di giurisdizione evidenziando, anzitutto, che gli impegni contenuti nell’Accordo di Parigi avrebbero un contenuto meramente programmatico e, pertanto, non sarebbero giuridicamente vincolanti per gli Stati firmatari. Manca, insomma, la norma giuridica da applicare, requisito che, successivamente alla pronuncia della Corte costituzionale²³, integra l’ipotesi del

¹⁹ B. MARCHETTI, M. RENNA, *Il diritto amministrativo nel tempo post-moderno. I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti*, in *Giur. It.*, 12, 2017, pp. 2766 e ss.

²⁰ Non è, ovviamente, l’unico ma è indubbiamente quello concettualmente più sfidante insieme a quello della legittimazione ad agire. In tema, v. C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 204. In argomento anche F. DE LEONARDIS, *Verso un ampliamento della legittimazione per la tutela delle generazioni future*, in F. Astone - F. Manganaro - A. Romano Tassone - F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Soveria Mennelli, 2010, 51; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2010, 13; E. ROMANI, *Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere uti civis*, in A.a. V.v., *Doveri intergenerazionali e tutela dell’ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, cit., p. 204 ss.

²¹ In questa prospettiva, le richieste attoree mutuano la strategia già attuata nel famoso *leading case* “Urgenda” che ha trovato sponda presso il giudice olandese che ha introdotto l’obbligazione statale di “fare di più” di quanto non fosse richiesto dalla legislazione vigente basandosi sui dati risultanti da un report IPCC risalente al 2007.

²² Trib. Roma, 26 febbraio 2024, n. 3552 prontamente acquisita da Eni s.p.a. tra le decisioni a favore della propria impostazione defensionale.

²³ Il riferimento è a Corte Cost. 18 gennaio 2018, n. 6 in *Foro it.*, 2018, 2, I, 373 e in *Giur. Cost.*, 2018, 1, 104 con nota di SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze*

difetto assoluto di giurisdizione. Con ciò, la pretesa attorea finirebbe per integrare l'ipotesi di scuola²⁴, in cui “*il giudice applicherebbe non già una norma esistente ma una appositamente da lui creata*”²⁵.

Sotto diverso ma concomitante profilo, sarebbe contrario ad un principio ordinamentale, segnatamente il principio di separazione dei poteri, che il risarcimento contro lo Stato avvenga nelle modalità della reintegrazione in forma specifica *ex art. 2058 c.c.*²⁶.

In sostanza, nella prospettiva interpretativa della domanda adottata dal giudice, tale richiesta costituirebbe il grimaldello per coartare lo Stato, attraverso la condanna del giudice non già ad annullare quanto a modificare il contenuto degli atti normativi e regolamentari emanati in un senso semplicemente diverso da quello a cui il legislatore è giunto all'esito di un bilanciamento degli interessi che, ordinati in termini di priorità e proporzionalità, sostanziano scelte di natura eminentemente politica²⁷. Ciò implicherebbe che al giudice sarebbe dato il potere d'ingerirsi in scelte squisitamente politiche che sono, come tali, di competenza esclusiva del legislatore, con conseguente integrazione di un vizio classificabile in termini di eccesso di potere²⁸.

Senza dilungarsi sulle ragioni di una possibile confutazione della menzionata

della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi.

²⁴ A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2018, pag. 635 e ss., pag. 648 e ss. Rileva in proposito FRAGALE, *Il controllo della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2023, 2, 326 ss., come l'ipotesi dello sconfinamento di potere giudiziale nel campo riservato al legislatore costituisca ipotesi resa evanescente anche in ragione della considerazione che l'attività giudiziale implica un'innegabile e insopprimibile componente creativa nel momento interpretativo della legge.

²⁵ Cass., Sez. un. 14 febbraio 2023, n. 4591, punto 5.

²⁶ Cons. Stato, 2 febbraio 2017, n. 455 in *Foro amm.*, 2017, 2, 315.

²⁷ D'altro canto, nel famoso caso Urgenda, la giustiziabilità di un diritto in rapporto alla discrezionalità politica si rinviene purché il giudice non imponga al potere esecutivo o legislativo il *quomodo* della tutela. In tema v. anche Cass. Sez. un., 1° giugno 2023, n. 15601 in *Mass. giust. civ.* 2023.

²⁸ La figura dell'eccesso di potere corrisponde non già ad un'ipotesi di carenza quanto di cattivo uso del potere, in questo caso giudiziale, che trasmoda quindi in una violazione di legge. Per questo FRAGALE, *Il controllo della Corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?*, cit., parla dell'eccesso di potere come di un “argomento giuridico” piuttosto che di un istituto che, nella prospettiva di tale autore, dovrebbe essere circoscritto alle ipotesi in cui “l'error in iudicando sia idoneo a disvelare la mancanza nel giudice dei requisiti di imparzialità e terzietà”, il che avverrebbe nelle ipotesi in cui “il giudice abbia provveduto gli stesso a creare o a disconoscere la situazione giuridica, attraverso una operazione di vera e propria creazione, eccedente i confini della normale attività interpretativa” che quindi come tale darebbe luogo ad una pronuncia che difetterebbe dello stesso requisito dell'obbligatorietà.

decisione²⁹, ponendosi nel solco di quanto già deciso dal giudice romano, il ragionamento condotto dalla difesa di Eni è significativamente volto ad acquisire il difetto di giustiziabilità della pretesa attorea.

A premessa del discorso, la difesa di Eni pone il regime costituzionale che informa la libertà di iniziativa economica riconosciuta alle imprese ex art. 41,1° co. Cost. Tale libertà economica si sostanzia nella possibilità per l'imprenditore di adottare il modello di business più remunerativo tanto rispetto alle modalità di produzione che alla tipologia dei prodotti offerti.

Il ragionamento condotto negli scritti difensivi trova un punto di contatto con le motivazioni poste nel precedente giudiziale nel segno dell'invalicabile principio di separazione di poteri.

Insomma, la decisione di un giudice che, ingerendosi nella conduzione dell'impresa, intervenisse in termini coercitivi imponendo una modifica alla strategia produttiva incorrerebbe nell'eccesso del potere giurisdizionale risolvendosi ugualmente nell'aggiramento del principio di separazione di poteri. Infatti, il giudice si sostituirebbe allo stesso legislatore nella propria funzione di indirizzo e coordinamento del settore industriale energetico, il che importerebbe l'introduzione nel sistema un'ipotesi surrettizia di "commissariamento" dell'impresa, al di fuori dei casi previsti dalla legge.

Mediante questo ragionamento, l'interprete viene invitato ad intendere il vincolo sotteso alla lotta al cambiamento climatico in termini non *internamente* condizionanti la libertà imprenditoriale ma, semmai, in termini puramente esterni ex art. 41,3° co. Cost., a conformarsi ad un apposito intervento legislativo di indirizzo e coordinamento della politica energetica nazionale, intervento che, nel testo recentemente novellato, contempla anche la tutela ambientale tra le finalità che lo legittimano³⁰.

²⁹ Su cui sia consentito rinviare ad un commento alla sentenza per i tipi di Giurisprudenza italiana, in corso di pubblicazione.

³⁰ M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990, pp. 374 ss.; G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *La Costituzione economica*, Padova, 1997; L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"* in *Dir. pubbl.*, 3, 2000, pp. 919 ss.; F. Galgano, *Art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982; C. Esposito, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 37.; F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Forum Quaderni di diritto costituzionale*, 8, 2012, p. 1 – 18; LIBERTINI M. (2019), "Sulla nozione di libertà economica", *Moneta e Credito*, 72 (288): 301-325; V. DE SANTIS, *La Costituzione della transizione ecologica. Considerazioni intorno al novellato art. 41 della Costituzione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2023, p. 1 ss.; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 Cost.*, in *Corti supreme e salute*, 2022, 1, p. 127 ss.

6. Dalla sovranità delle imprese a quella del consumatore

In una riflessione di sintesi, appare indubbiamente suggestiva la convergenza riscontrabile tra il *decisum* del “Giudizio universale” e il *thema decidendum* impostato dalla difesa di Eni nella c.d. “Giusta causa”. Per quanto anche negli scritti difensivi di Eni si stigmatizzi l’ingenua assimilazione tra lo Stato e la multinazionale petrolifera, i passaggi salienti del ragionamento si richiamano paradigmaticamente all’assunto che alla “grande impresa” debba essere riconosciuta nella sfera della propria attività produttiva un potere “sovrano”.

Perciò, almeno in linea di principio, all’inopportunità che lo Stato possa direttamente prescrivere alle imprese obblighi di risultato nel contenimento delle esternalità negative conseguenti al processo produttivo consegue che al giudice non può essere riconosciuto il potere d’ingerirsi nelle scelte del *management* attraverso lo strumento inibitorio. In ultima analisi, perciò, sarebbe improprio imporre, per via normativa e giudiziale, una modificazione coattiva del modello di business affinché la produzione energetica sia impostata in maniera giuridicamente coercibile al fine di minimizzare il rilascio di emissioni di anidride carbonica nell’atmosfera.

Volendo, però, approfondire i passaggi di un ragionamento indubbiamente dotato di una sua intima coerenza, è possibile svolgere una critica interna, critica che si propone quindi non già di sottolineare errori categoriali ma, piuttosto, di affermare i limiti delle categorie impiegate al fine di rendere complessivamente superabile l’impostazione discorsiva.

Sottostante all’idea che, in assenza di un intervento normativo, quello giudiziale travalicherebbe il principio di separazione dei poteri, vi è soprattutto il pregiudizio che una simile operazione inciderebbe sul vero *deus ex machina*, il consumatore, che in quanto responsabile³¹, costituisce il vero “sovrano”³², delle dinamiche del mercato.

Secondo questa prospettiva, insomma quel suo potere di *determinare* il valore di scambio dei prodotti e servizi offerti, conferisce sostanza al dogma che la legge della domanda e dell’offerta, non quella dello Stato, rappresenta la soluzione al problema di ottimale allocazione e sfruttamento delle risorse *in un*

³¹ S. ZAMAGNI, *Il consumatore socialmente responsabile: note sulla Caritas in veritate*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2010, n. 1, 111 ss.; S. TOSI, *Il consumo critico*, in *Consumatori, Diritti e Mercato*, 2010, n. 1, 102 ss.

³² Sovranità peraltro funzionale al funzionamento del mercato. S. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Eur. e dir. priv.*, 1 (2021), p. 1; L. NIVARRA, *Tutela dell’affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 3 (2013), 3, p. 847; A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 1 (2018), p.76. Per una critica alla nozione del consumatore “sovrano”, v. DENOZZA F., *Aggregazioni arbitrarie vs. ‘tipi’ protetti. La nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *R. SACCHI e A. TOFFOLETTO*, (a cura di), *Esiste uno “stile giuridico” neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, pp. 411-439, Per una difesa, v. M. LIBERTINI (2019), “Sulla nozione di libertà economica”. *Moneta e Credito*, 72 (288), p. 319, nt 46.

momento dato.

Che questo sia il paradigma fondamentale del ragionamento lo si deduce proprio osservando la qualità delle argomentazioni spese dalla difesa di Eni che valgono ad inquadrare l'attuale non plausibilità dell'intervento statale di coordinamento delle politiche energetiche *ex art. 41,3° co. Cost.*, tra le quali spicca l'argomento denominato "trilemma energetico".

7. Il trilemma energetico

Il c.d. trilemma energetico si riferisce alla necessità che la politica energetica garantisca *allo stesso tempo* tre obiettivi: *energy security*, ovvero la possibilità di garantire la disponibilità fisica ininterrotta di energia; *energy affordability and competitiveness*, ovvero la possibilità di garantire la disponibilità di energia a prezzi accessibili e sostenibili per i consumatori; *environmental sustainability*, ovvero la necessità di minimizzare gli impatti ambientali dei sistemi energetici³³.

Alla luce di questo triplice obiettivo, all'impresa produttrice non resterebbe che conformarsi ad un intervento dello Stato rivolto a realizzare una coattiva riduzione dei consumi finali – quelli insomma di famiglie, imprese private e settore pubblico – il che costituisce un obiettivo, intuitivamente, di là della portata dell'impresa produttrice. Non fosse altro che l'attuale congiuntura che l'impresa produttrice si trova invece a fronteggiare dimostra, invece, che il sistema risulta caratterizzato da una crescente domanda energetica da soddisfare a "prezzi accessibili".

Considerata anche l'assenza di infrastrutture e tecnologie idonee a sostenere soluzioni alternative che consentano l'equo accesso all'energia sostenibile (il riferimento sottinteso è alla produzione di energia nucleare), l'eventualità che al giudice si riconosca il potere di imporre, in maniera coercitiva, alle imprese di modificare le proprie linee produttive in senso più sostenibile, si tradurrebbe di fatto nell'acquisizione della fetta di mercato lasciata scoperta dall'impresa da parte dei concorrenti e, quindi, nell'invarianza dei livelli di emissione, il tutto sempre per sovrana decisione dei consumatori i quali, magari poco virtuosamente, fanno il loro mestiere andando alla ricerca di prezzi più bassi.

A tali condizioni, non resta che affidarsi al mercato concorrenziale per la sua capacità di premiare le imprese che avranno individuato il bilanciamento ottimale tra remuneratività della produzione industriale di energia e utilizzo di energie rinnovabili invece che di fonti fossili, essendo onere dell'impresa, individuare, alla luce del feedback dei processi di mercato, il bilanciamento tra i corni del trilemma

³³ Su cui v. P. D'ERMO, A. ROSSO, *La transizione energetica tra de-carbonizzazione, decentralizzazione e digitalizzazione*, in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 9.

energetico.

Al che risulterebbe ancora opportuno che le dichiarazioni che le imprese del settore energetico già formulano per rappresentare al mercato il proprio impegno verso processi produttivi conformi all'obiettivo della transizione energetica continuino a costituire *soltanto* un elemento della propria strategia di sviluppo e di posizionamento sul mercato. Con la conseguenza che la reazione dell'ordinamento deve essere ancora improntata al riconoscimento e alla punizione di quelle pratiche commerciali scorrette fondate sull'informativa non veritiera diretta al mercato - c.d. *greenwashing*³⁴.

8. Verso un'alleanza tra pubblico e privato

È del tutto evidente che l'argomento del "trilemma energetico" presenta conseguenze paralizzanti tanto sul piano normativo che su quello regolamentare pubblico e privato. Ciò vale a definirlo come sintomo di un'impostazione teorica conservatrice, sul piano economico e politico, siccome rivolto essenzialmente a giustificare la permanenza dello *status quo*.

Ciò detto, la critica deve, anzitutto, iniziare dal riconoscimento che un'impostazione ancorata al trilemma energetico risulta fondata sul crinale di una falsa opposizione tra due filosofie del c.d. sviluppo sostenibile. Da un lato, vi sarebbe quella secondo cui, in quanto predicativa di "sviluppo", la politica non può rinunciare all'obiettivo della "crescita (del valore)", il che può avvenire soltanto sostenendo e promuovendo la forza creatrice/distruttrice del mercato, in special modo quella che si realizza essenzialmente attraverso l'innovazione tecnologica. Dall'altro lato, vi è quella che, dando priorità alla "sostenibilità", sarebbe ispirata dall'urgenza di promuovere una "decrescita (del valore)", che realizza l'obiettivo conducendo una politica di contrazione del benessere collettivo attraverso la forzata riduzione dei consumi.

In questa contrapposizione, il vasto programma della decrescita non può che essere "infelicamente" assunto soltanto dallo Stato. Il non detto è, insomma, che detto obiettivo risulterebbe perseguibile solo tramite l'intervento del Leviatano - Stato il cui orizzonte di senso, all'interno di questa prospettiva, sarebbe squisitamente funzionale a contrastare l'essenza stessa dell'impresa capitalistica, la cui ricerca del profitto, solo in assenza di "lacci e laccioli", riesce a conseguire il massimo benessere individuale e, *conseguentemente*, collettivo.

Non c'è dubbio che si tratta di una contrapposizione molto ideologica che rifiuta pregiudizialmente di cogliere un profilo essenziale della odierna struttura

³⁴ . F. BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. impr.*, 2021, 286 ss.; e, soprattutto, con ricca analisi casistica, A. LEONE, *Advertising e tutela del consumatore verde*, in *Dir. ind.*, 2021, 73 ss.; G. MARCATAJO, *Trasparenza del mercato, tutela del mercato e greenwashing*, in *Jus*, 2022, 184 ss.

economica, nella quale tanto lo Stato quanto le imprese multinazionali private risultano regolate in quanto produttori di beni e servizi per il mercato.

La direttiva appena approvata parte, invece, proprio da questo presupposto chiarendo come “*anche il settore privato rivesta un ruolo fondamentale per il conseguimento di questi obiettivi, in particolare tramite le strategie di investimento che attua*” (considerando n. 10)³⁵.

In sostanza, il passaggio da una *brown* o *red economy* ad una *green economy* si caratterizza proprio per la necessità di instaurare una vera e propria alleanza strategica tra il settore pubblico e privato nella sfera della produzione sostenibile, nella consapevolezza che la pubblica amministrazione e imprese private si comportano come attori strategici sul mercato al fine di produrre valore per imprese e cittadini.

L'alleanza strategica si propone lo scopo d'invertire il paradigma, non necessariamente consentaneo all'economia capitalistica di mercato, che surrettiziamente socializza le esternalità negative prodotte all'interno delle catene globali del valore. Ciò che - conviene sottolineare - rappresenta qualcosa da simile ad un *last resort* prima che quanto sinora soltanto agitato come spauracchio, ossia lo spettro dell'economia pianificata, diventi l'ultima opzione disponibile per vincere la guerra contro il surriscaldamento globale³⁶.

³⁵ Il testo dell'art. 15 della proposta parlava genericamente di un piano “atto a garantire che il modello di business e la strategia aziendale perseguiti siano compatibili con la transizione a un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 °C in conformità dell'accordo di Parigi”; che in tale piano si “indica in particolare, sulla base delle informazioni di cui la società può ragionevolmente disporre, la misura in cui i cambiamenti climatici rappresentano un rischio per le attività della società ovvero un loro possibile impatto”. Da questo punto di vista, il piano avrebbe contemplato il problema della produzione di emissioni alla stregua di un impatto ambientale negativo potenziale o attuale. Al secondo comma, si stabiliva che “Gli Stati membri provvedono a che la società includa nel piano obiettivi di riduzione delle emissioni se i cambiamenti climatici sono indicati, o avrebbero dovuto essere indicati, come rischio primario per le attività che svolge o come loro impatto primario”.

³⁶ Senza per questo volere eccedere in toni apocalittici, la guerra ai cambiamenti climatici presa sul serio potrebbe però evocare la necessità di adottare forme eccezionali di pianificazione che il nostro ordinamento privato ha già conosciuto con la legislazione di guerra. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, XVII, (1919), p. 2; FERRARA, *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili*, in *Riv. dir. comm.*, XIII (1915), p. 25; CARRARA, *La legislazione di guerra e il sistema del diritto privato*, in *Riv. int. scienze sociali e discipline ausiliarie*, 85 (1920), n. 332, p. 251; COGLIOLO, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale, con una parte speciale sopra la colpa, i danni, la forza maggiore*, Torino, 1916, e *Id.*, *La guerra e i contratti commerciali con speciale riguardo alle vendite di carbone e di cotone*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1917, p. 361 ss. Sulla possibile crisi della distinzione pubblico – privato indotta dai cambiamenti climatici, v. DI PAOLA, JAMIESON, *Cambiamento climatico, liberalismo e la distinzione pubblico privato*, in *Teorie e critica della regolazione sociale*, cit., 61 ss.

9. Profili critici del trilemma energetico

Venendo adesso al mercato dell'energia, nemmeno può sottacersi che rappresentarlo come “governato dai consumatori” costituisce alla prova dei fatti una descrizione ingenua della realtà. Oltre ad essere fortemente regolamentato, la catena del valore dell'impresa energetica può essere schematicamente divisa in tre parti: il mercato all'ingrosso, che include la generazione di energia e il commercio all'ingrosso; un monopolio naturale, che riguarda la trasmissione nazionale e la distribuzione locale dell'energia e le relative infrastrutture; la vendita al dettaglio.

Mentre il mercato all'ingrosso è funestato da pratiche oligopolistiche tra fornitori apparentemente in competizione su finti mercati d'asta che fissano il prezzo dell'energia giorno per giorno, nella vendita al dettaglio, i medesimi players hanno invischiato l'energia nella rete della finanziarizzazione mediante strumenti derivati che trattano il prezzo di vendita come una componente finanziaria separata dall'acquisto della materia prima³⁷.

Si tratta, insomma, di prassi produttive che generano la complessiva perdita di consapevolezza dei cittadini nella scelta delle proprie pratiche energetiche, il che si scontra inevitabilmente con l'obiettivo della riduzione delle emissioni, specie di tipo Scope 3, ossia quelle generate dall'uso finale sia per fini produttivi che di consumo.

Si aggiunga che, sul piano normativo, l'impostazione fondata sul trilemma energetico non presenta alcuna vocazione costituzionale poiché non opera alcun bilanciamento tra i vari interessi. Sennonché, sul punto, proprio con specifico riferimento alla produzione energetica, deve anzitutto osservarsi che il problema è stato affrontato dal Regolamento UE 2021/1119 – “Normativa europea sul clima”³⁸, che richiama le c.d. garanzie minime di salvaguardia” introdotte dall'art. 18 del Reg. UE n. 2020/852 e ulteriormente specificate dalla Comunicazione della Commissione C/2023/3719. Con la conseguenza che il

³⁷ Si pensi che, per chi lo sostiene in ottica difensiva delle imprese, il trilemma energetico risulta di meno pronta soluzione rispetto agli impegni di Parigi dato che gli obiettivi di decarbonizzazione al 2030 richiedono tassi di riduzione delle emissioni più alti di prima. I prezzi dell'energia hanno già raggiunto livelli tali da rappresentare una minaccia esistenziale per la competitività dell'industria europea. Perciò, anche in un periodo di congiuntura negativa, Eni registra 7 miliardi di utili nel primo semestre, ossia sei in più rispetto allo stesso periodo del 2021, traendo vantaggio dall'inflazione. Ciò che non si dice, però, è attraverso l'utilizzo i contratti finanziari derivati sull'energia, l'approvvigionamento o la vendita del bene (gas o energia) risulta svincolato dal prezzo al quale lo si acquista o vende. Si tratta di una pratica che neutralizza la capacità del prezzo di porsi quale leva funzionale alla decarbonizzazione.

³⁸ A tenore del considerando n. 11 si legge che “*Vista l'importanza della produzione e del consumo di energia per il livello di emissioni di gas a effetto serra, è indispensabile realizzare la transizione verso un sistema energetico sicuro, sostenibile e a prezzi accessibili, basato sulla diffusione delle energie rinnovabili, su un mercato interno dell'energia ben funzionante e sul miglioramento dell'efficienza energetica, riducendo nel contempo la povertà energetica. Anche la trasformazione digitale, l'innovazione tecnologica, la ricerca e lo sviluppo sono fattori importanti per conseguire l'obiettivo della neutralità climatica*”.

trilemma va riformulato nel senso che l'impresa deve proporsi di soddisfare la domanda di sostenibilità già presente sul mercato con la possibilità di garantire *non allo stesso tempo ma nel tempo* anche gli altri due obiettivi.

10. Anche nell'interesse delle future generazioni

Nel ridefinire la cornice costituzionale in cui collocare il discorso sulla lotta ai cambiamenti climatici, e in particolare il problema della giustiziabilità delle connesse pretese, conviene peraltro cooptare nel ragionamento un dato costituzionale del tutto pretermesso nella cornice a sostegno del dubbio metodico portato dal c.d. trilemma energetico.

Il riferimento va all'interesse delle future generazioni che riempie di senso la tutela ambientale secondo quanto previsto dell'art. 9 Cost.

Si scorge, insomma, come l'impostazione concettuale sottostante al trilemma energetico si limita a perpetuare l'assunto che la responsabilità sociale dell'impresa riposi semplicemente sull'esigenza di assicurare che la produzione, in questo caso, di energia, sia adeguata alla dimensione attuale del mercato, con la conseguenza che il bilanciamento tra tutti gli interessi costituzionali a cui sono disposte le imprese c.d. socialmente responsabili mette fuori gioco quello riconducibile alle future generazioni³⁹.

A seguito della novella costituzionale, invece, all'ordinamento s'impone certamente di tenere necessariamente conto di questo interesse al momento della definizione delle politiche produttive⁴⁰, affinché questa dimensione sia presidiata

³⁹ D'ALLOIA, voce *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, 2016, 331 ss., special. 341 ove, nel cogliere il senso della questione intergenerazionale, osserva che "riconoscere un danno (...) non è funzionale ad una prospettiva civilistica della responsabilità. Serve invece a giustificare (anche fino al punto da renderle obbligatorie) politiche o azioni orientate al futuro, e alla protezione degli interessi di chi lo vivrà". In tema v. PORENA, "Anche nell'interesse delle generazioni future". *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 1° giugno 2022, 121 ss.

⁴⁰ Su cui *ex multis* v. Aa.Vv., *I diritti delle nuove generazioni nel nuovo art. 9 Cost. Selezione di contributi di dottrina*, a cura di Corte costituzionale centro studi, 2023, reperibile all'indirizzo www.cortecostituzionale.it; nonché GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2017; ZANINI, *La tutela dell'ecosistema tra scienza e diritto*, in *Rivista AIC*, 3, 2019; FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 Cost: un approccio in "negativo"*, in *Il dir. ec.*, 107, 1, 2022, 15-30.

Si tratta di una formulazione che, proprio tramite il riferimento espresso alle generazioni future, evidenzia come la funzione di tutela dell'ecosistema, di cui il clima è componente fondamentale, mal si presti ad essere trattata alla stregua di "pretesa soggettiva individuale o collettiva" sul presupposto che l'ambiente non è un "bene" appropriabile su cui si possano vantare situazioni giuridiche. Altro sarebbe dire che si tratta di un bene non appropriabile. Si tratta, piuttosto, di "valore oggetto di politiche pubbliche, che richiama l'intervento del legislatore, prima, dell'amministrazione e del giudice, poi, al fine della sua piena realizzazione". In termini, DEL SIGNORE, *La tutela o le tutele pubbliche dell'ambiente? Una risposta negli scritti di Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, fasc. 2., 313.

da forme effettive di tutela giudiziale⁴¹.

In sostanza, posto che l'interesse giuridico protetto assume la fisionomia del diritto all'immutazione climatica, occorre che il settore pubblico e privato sia obbligato *ex lege* ad un complesso di prestazioni, anche a carattere normativo e regolamentare, affinché gli attori della produzione convergano verso l'obiettivo di astenersi dall'arrecare *nel lungo periodo* danni irreversibili all'ecosistema e alla biodiversità ovvero d'intaccarne la capacità rigenerative.

Proprio, il riferimento costituzionale all'interesse delle future generazioni, unitamente alla constatazione che la produzione di beni e servizi, e dunque la generazione di valore, costituisce il risultato di una compartecipazione strategica tra il settore pubblico e privato che deve conformarsi all'interesse ecologico, propone quindi d'inquadrare il discorso sull'applicazione della direttiva all'interno del riferimento costituzionale portato dall'art. 41,2° co., anziché 3° co. della Costituzione.

11. La transizione climatica come vincolo interno ex art. 41,2° co. Cost.

Mentre nel già citato pronunciamento, il Tribunale di Roma nel c.d. "Giudizio Universale" poteva ancora *formalmente* permettersi di assumere che il contenuto degli Accordi di Parigi non sarebbe vincolante nemmeno per gli Stati, alla luce del testo della direttiva appena approvata qui oggetto di scrutinio, i medesimi Accordi non solo risultano vincolanti per lo Stato, impegnandolo a adottare una disciplina di riforma della propria *policy* energetica, ma appare direttamente vincolante anche per le imprese, concorrendo a pieno titolo con lo Stato nel raggiungimento degli obiettivi connessi alla transizione climatica⁴².

La direttiva chiarisce, anzitutto, che il contenuto degli Accordi di Parigi è precettivo e, perciò, esso è idoneo ad esprimere un'efficacia direttamente vincolante non solo in capo agli Stati ma anche in capo alle imprese. Purché rientrino nell'ambito di applicazione della disciplina fissato dall'art. 2 della direttiva, sussiste l'obbligo delle società, come degli Stati, a svolgere una complessiva revisione delle proprie *strategie* produttive, affinché i propri processi

⁴¹ A. BARBA, *Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato*, in AA. VV., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, I, cit., pp. 28-29.

⁴² Quale che sia l'opinione sulla diretta applicabilità dei principi costituzionali in materia ambientale nei rapporti di diritto privato – c.d. *Drittwirkung*, su cui v. E. NAVARRETTA, *Costituzione e principi fondamentali: dialogo ideale con Angelo Falzea*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4, 2017 pp. 982-998, nonché G. D'AMICO, "Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)" in *Giustiziacivile.com*, Giuffè, Milano, 2016, pare possibile risalire alla posizione di S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, secondo cui: "L'odierno regresso del concorso pubblico nella produzione di beni e servizi a favore del mercato su base concorrenziale e l'alleggerimento dello Stato sociale sembrano favorire in prospettiva una combinazione rinnovata di autonomia privata e utilità sociale, che potrebbe essere etichettato come utilità sociale per delega".

risultino effettivamente improntati agli obiettivi della transizione verso la decarbonizzazione (art. 1 lett. c.).

La filosofia di fondo che ispira la direttiva appare, quindi, significativamente orientata dalla necessità di innovare la dimensione della produzione di beni e servizi per il mercato, quale che sia il settore, pubblico o privato, in senso compatibile agli obiettivi della transizione ecologica. Detto altrimenti, così come gli Stati, anche le società di grandi dimensioni saranno tenute a modificare il proprio modello di business e la strategia produttiva in senso compatibile al raggiungimento degli obiettivi di neutralità dell'emissioni carboniche.

Preme, quindi, ancora una volta evidenziare come, ai fini della lotta ai cambiamenti climatici, l'impresa non viene inquadrata quale oggetto di regolamentazione, ma quale soggetto regolatore la cui capacità normativa di imporre uno standard produttivo al settore industriale considerato è direttamente proporzionale alla grandezza della fetta di mercato che occupa. Ne discende, quindi, che il vincolo climatico condiziona dall'interno la libertà di iniziativa economica dell'impresa, rientrando nella cornice fornita dal disposto di cui all'art. 41,2° co. Cost.⁴³ che reclama l'obbligo per l'impresa di produrre astenendosi dall'arrecare ulteriori e irrimediabili danni al clima, al fine di rispettare il c.d. diritto all'immutazione climatica che informa giuridicamente l'intera sfera della produzione anche a tutela delle future generazioni⁴⁴.

12. Il piano di transizione

La filosofia di fondo dell'intervento normativo si ritrova precisamente riflessa nella sua concreta declinazione operativa, laddove la direttiva impone alle società, ivi comprese quelle appartenenti al comparto energetico, di adottare e attuare un Piano di transizione per la mitigazione del cambiamento climatico (art. 15 dir.), piano che, quindi, si aggiunge a quelli operativi di prevenzione e arresto

⁴³ In questo senso, coglie nel segno la proposta di M. PENNASILICO, *La sostenibilità ambientale nella dimensione civil – costituzionale: verso un diritto dello sviluppo "umano ed ecologico"*, in *RQDA*, 2017, 4, 27 che individua nell'interesse ambientale "un limite interno allo sviluppo economico e, quindi, all'attività di impresa e all'autonomia contrattuale".

⁴⁴ A. BARBA, *Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato*, in AA. VV., *Liber amicorum per Paolo Zatti*, I, cit., pp. 28-29. In tema, M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, p. 4 ss., p. 35 ss.; A. JANNARELLI, *Principi ambientali e conformazione dell'autonomia negoziale: considerazioni generali*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi ecologica del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, 2; Aa. Vv., *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, a cura di P. Pantalone, *Il diritto dell'economia*, 2021; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Ambientediritto.it*, 2 (2022), p. 8;

dai rischi di impatto sociale e ambientale (artt. 7 – 8 dir.)⁴⁵.

Tanto l'adozione che l'attuazione del Piano di transizione sono, infatti, rivolti “a garantire, con il massimo impegno possibile, la compatibilità del modello e della strategia aziendali della società con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5°C in linea con l'accordo di Parigi.” (art. 1° co. lett. c)⁴⁶ (...) “nonché l'obiettivo di conseguire la neutralità climatica come stabilito nel regolamento (UE) 2021/1119, compresi i suoi obiettivi intermedi e di neutralità climatica al 2050, e, se del caso, l'esposizione della società ad attività connesse al carbone, al petrolio e al gas.” (art. 15 dir.).

Secondo un modello usuale nella sintassi europea, la direttiva ha predeterminato il contenuto obbligatorio del piano di transizione, a mente del quale l'impresa dovrà definire:

“(a) obiettivi temporali relativi ai cambiamenti climatici per il 2030 e in fasi quinquennali fino al 2050, basati su prove scientifiche conclusive e comprendenti⁴⁷, se del caso, obiettivi assoluti di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra dell'ambito scope 1, scope 2 e scope 3 per ciascuna categoria

⁴⁵ Nel considerando n. 50 si osserva che il contenuto del piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici dovrebbe essere in linea con gli obblighi di rendicontazione previsti dalla Direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione di sostenibilità delle imprese, si dovrebbe ritenere che le imprese che rendicontano tale piano ai sensi della Direttiva 2013/34/UE abbiano rispettato l'obbligo specifico di adottare un piano ai sensi della presente Direttiva. Perciò, le società che presentano un piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici ai sensi dell'articolo 19 bis, 29 bis o 40 bis, a seconda dei casi, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sono considerate conformi all'obbligo di adozione di cui al paragrafo 1 del presente articolo. Le società che sono incluse nel piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici della loro impresa madre, segnalata ai sensi dell'articolo 29 o 40 bis, a seconda dei casi, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, si ritiene che abbia soddisfatto il requisito di adozione di cui al paragrafo 1.

⁴⁶ È significativo che il documento presentato dal Coreper n. 6533/22 ove pure si registrava l'autonomizzazione del capitolo relativo alla lotta ai cambiamenti climatici, si esprime in termini più blandi, nel senso che la direttiva avrebbe posto “obblighi di adottare un piano per garantire la compatibilità del modello di business e della strategia della società con la transizione a un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5 °C.

⁴⁷ I piani dovrebbero sviluppare azioni di implementazione per raggiungere gli obiettivi climatici dell'azienda e basarsi su prove scientifiche conclusive, ovvero prove con validazione scientifica indipendente che siano coerenti con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5°C come definito dal Gruppo intergovernativo di esperti sul cambiamento climatico (IPCC) e tenendo conto delle raccomandazioni del Comitato scientifico consultivo europeo sul cambiamento climatico. Si tratta di un aspetto significativo sia perché impone alle imprese di ragguagliare il contenuto dei piani alla c.d. riserva di scienza, sia anche perché si supera così l'attacco frontale diretto a detta riserva come strumento di rinvio mobile per la definizione del contenuto concreto della disciplina normativa perpetrato dalle difese degli Stati e delle imprese nell'ambito dei giudizi, sul presupposto che non si possa trattarli alla stregua di fonti del diritto. In tema v. M. F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico – scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in DPCE online, sSp - 2/2023, p. 329 ss.; M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della giustizia climatica*, ibid., 2/2020, p. 1345 ss.; S. BALDIN e P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, ibid., 3/2021, p. 612.

significativa;

(b) una descrizione delle leve di decarbonizzazione individuate e delle azioni chiave pianificate per raggiungere gli obiettivi di cui alla lettera a) compresi, se del caso, i cambiamenti nel portafoglio di prodotti e servizi dell'impresa e l'adozione di nuove tecnologie;

(c) una spiegazione e una quantificazione degli investimenti e dei finanziamenti a sostegno dell'attuazione del piano di transizione;

(d) una descrizione del ruolo degli organi di amministrazione, gestione e vigilanza in relazione al piano”⁴⁸.

Infine, gli Stati membri assicurano che il piano di transizione sia aggiornato ogni 12 mesi e contenga una descrizione dei progressi compiuti dall'impresa per raggiungere gli obiettivi di cui al paragrafo 1, lettera a)⁴⁹.

L'obbligo *ex lege* di adozione del piano di transizione conferma la preferenza europea per discipline impostate su doveri di autoregolazione in capo delle imprese. Si tratta, a ben vedere, di utilizzo intelligente delle dichiarazioni d'intenti che l'impresa già formula *erga omnes* per posizionarsi sul mercato in maniera competitiva⁵⁰.

A dispetto del carattere apparentemente descrittivo attribuito dalla direttiva ai loro contenuti, le dichiarazioni contenute nel piano di transizione hanno, infatti, carattere promissorio e configurano veri e propri obblighi in capo all'impresa capaci di generare un affidamento da parte della collettività.

Sotto un secondo profilo, risulta possibile contestare il fondamento della tesi difensiva proposta dall'impresa, quello insomma che la manda esente da responsabilità sul presupposto che l'obiettivo di riduzione dei consumi si pone al di fuori della propria sfera di azione e controllo.

⁴⁸ In sede di approvazione è stata soppressa la prescrizione che collega la remunerazione variabile degli amministratori al loro contributo alla strategia aziendale, agli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società, questa disposizione è stata soppressa (articolo 15, paragrafo 3). La forma e la struttura della remunerazione degli amministratori sono questioni che rientrano essenzialmente nella competenza della società e dei suoi organi o azionisti pertinenti. Le delegazioni hanno chiesto di non interferire con i diversi sistemi di governo societario all'interno dell'Unione, che rispecchiano le diverse visioni degli Stati membri sul ruolo delle società e dei loro organi nel determinare la remunerazione degli amministratori.

⁴⁹ Le autorità di vigilanza dovrebbero essere tenute almeno a supervisionare l'adozione e la progettazione del piano e i suoi aggiornamenti, in conformità con i requisiti stabiliti nella presente direttiva. Anche se l'obbligo di adozione sarà considerato soddisfatto, le aziende devono comunque rispettare l'obbligo di attuare il piano di transizione e di aggiornarlo ogni 12 mesi per valutare i progressi compiuti nel raggiungimento degli obiettivi.

⁵⁰ In questo senso, la proposta adotta un'impostazione che supera l'assunto secondo cui è la sede appropriata del sindacato sull'uso legittimo delle risorse produttive è appunto quella legislativa. Così in particolare C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1130 ss., specialm. 1134; indicando così nell'autonomia dell'impresa una sede appropriata di ponderazione su cui *contra* A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea (principi e e problemi della Drittwirkung nel mercato unico*, in *Riv. dir. civ.* 2016, p. 712.

Al contrario, registrato che le emissioni da consumo – c.d. scope 3 - costituiscono la componente responsabile della maggiore percentuale di emissioni⁵¹, il Piano di transizione deve proporsi l'obiettivo di ridurli, il che significa impostare anche la vendita al dettaglio in modo da minimizzare la produzione di emissioni determinato da uso anche produttivo. Ciò si riflette non solo sulla composizione energetica del prodotto ma anche sulla necessità di revisionare i processi di finanziarizzazione dell'energia nella misura in cui gli strumenti finanziari mantengono artificiosamente costanti i consumi energetici.

13. La clausola “best effort”

Un profilo rilevante sul quale conviene soffermare l'attenzione è che, con terminologia che riprende le c.d. *hardship clauses*, nella redazione ed esecuzione del piano di transizione, l'impresa deve attenersi al criterio del “*best efforts*”⁵², ossia ad un criterio tipicamente utilizzato nei c.d. *relational contracts*⁵³.

Si tratta di una formulazione che, quindi, nel presentarsi coerente con la lotta al c.d. *greenwashing*, si propone però di conseguire una reale e concreta politica di revisione dei processi produttivi in vista dell'obiettivo di contrastare il riscaldamento globale e non solo l'obiettivo diverso che le dichiarazioni ambientali siano veritiere ancorché a dir poco ininfluenti nella lotta ai cambiamenti climatici.

Il punto non è irrilevante se si considera che il massimo impegno possibile nella definizione di obiettivi di mitigazione delle emissioni non può andare disgiunto dalla circostanza che deve trattarsi di impegni che siano concretamente attuabili in un arco di tempo definito. Si noti, infatti, che la scansione temporale del piano risulta propedeutica a rendere realmente contestabile il mancato rispetto degli obblighi. Ciò equivale a dire che la revisione del modello di business e della strategia dell'impresa deve essere ispirato a massimizzare nel medio lungo periodo l'obiettivo di ridurre l'impatto globale delle emissioni.

Nel considerando n. 50, si chiarisce che l'esecuzione degli impegni costituisce un obbligo di mezzi e non di risultato.

⁵¹ Sul punto, per esprimersi in termini più tecnici, le imprese produttrici lamentano che le emissioni associate alle parti della catena del valore di un certo prodotto, che si trovano a monte o a valle dell'attività di impresa (scope 1 e scope 2) costituiscono solo una minima parte delle emissioni controllabili dall'impresa petrolifera poiché queste dipendono dall'utilizzo dei combustibili fossili in una pluralità di usi finali (scope 3).

⁵² FARNSWORTH, *On trying to keep ones's promises. The duty of best efforts in contract law*, 46, U. PITT., L. Rev., 1, 7 (1985); L. S. LONG, *Best Efforts as Diligence Insurance: In Defense of "Profit Uber Alles"*, in *Columbia Law Review*, Vol. 86, No. 8 (Dec., 1986), pp. 1728-1740; R. PARK, *Putting the "Best" in the best efforts*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 73, No. 2 (Spring, 2006), pp. 705-729 (25 pages); M. GREATREX, *The Pursuit of Certainty: A New Approach to Best Endeavours Clauses*, 25 AUCKLAND U. L. REV. 155 (2019), 155-172.

⁵³ GOETZ & SCOTT, *Principless of relational contracts*, 67, *Va. L. Rev.*, 1089, 1117 – 19 8 (1981)

Del resto, ciò è, evidentemente, consentaneo al mondo delle *hardship clauses*⁵⁴. A fronte dell'impiego di tale clausola generale, che evidentemente avvalorata la natura *relational* del piano di transizione, si può discutere se gli impegni in esso presi, per essere conformi al canone del "massimo impegno possibile", debbano ispirarsi al motto "*leave no stone unturned*", ossia "non lasciare nulla d'intentato", nel contesto di una *fiduciary duty* il cui unico limite il c.d. "*economic suicide*"⁵⁵, oppure se essi debbano corrispondere ad una più blanda "*diligence insurance*", di talché il livello di sforzo richiesto deve essere adeguato allo standard del promittente peraltro nel settore industriale di volta in volta considerato⁵⁶, oppure porsi ad un livello intermedio.

Nel medesimo considerando si spiega il senso della relativizzazione dell'obbligo richiesto nella parte in cui si assume che "*le imprese dovrebbero sforzarsi di conseguire gli obiettivi di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra contenuti nei loro piani*". D'altro canto, il giudizio di conformità della condotta attuativa dell'impresa agli impegni assunti nel Piano di transizione, alla luce della clausola di "best effort", dovrà "*tenere debitamente conto dei progressi compiuti dalle società, nonché della complessità e della natura evolutiva della transizione climatica*".

La decisione sul grado di ossequio degli impegni al canone del massimo impegno possibile dovrà, quindi, evidentemente svolgersi anche alla luce di un'interpretazione contestuale che tenga conto del settore industriale dell'impresa promittente nonché dell'evoluzione della situazione tra il momento in cui il Piano di transizione è stato adottato e quello in cui l'autorità, nell'ambito della revisione annuale, o il giudice eventualmente invocato, dovranno intervenire per decidere la responsabilità dell'impresa.

14. La responsabilità dell'impresa e le tutele

L'ultimo profilo da discutere è quello decisivo se l'impianto degli obblighi contratti dall'impresa attraverso il Piano di transizione possa essere interessato da un potere giudiziale funzionale alla coattiva revisione del modello di business e

⁵⁴ È appena il caso di evidenziare come proprio il riferimento al "best effort" implichi che le obbligazioni contratte dalle imprese siano da considerarsi di mezzi e non di risultato. L'impiego di tali clausole risponde certamente all'esigenza di circoscrivere la responsabilità dell'impresa con riferimento all'area delle circostanze che sono sotto il suo diretto controllo. Tuttavia, non è da sottovalutare come tali clausole creino un alone di ambiguità che consente quindi al giudice o all'autorità competente di intervenire nella definizione di uno standard di diligenza più preciso alla luce di una valutazione di tipo contestuale.

⁵⁵ M. GREATREX, *The Pursuit of Certainty: A New Approach to Best Endeavours Clauses*, 25 AUCKLAND U. L. REV. 155 (2019), 161 osserva che "a best endeavours obligation can require commercial sacrifice but does not require a party to go to commercial ruin or to prop up a failing business".

⁵⁶ L. S. LONG, *Best Efforts as Diligence Insurance: In Defense of "Profit Uber Alles"*, Columbia Law Review, Vol. 86, No. 8 (Dec., 1986), pp. 1728-1740

della strategia produttiva, che è esattamente l'oggetto del contenzioso con Eni.

All'interno della cornice offerta dal testo della direttiva approvata, la grande impresa assume il rischio di subire un giudizio che può anche sfociare in provvedimenti specifici rivolti ad una condanna a adottare e ottemperare agli impegni presi nel Piano di transizione. È, però, a questo livello che possono proporsi maggiori dubbi ricostruttivi sull'impianto sanzionatorio in tema di lotta ai cambiamenti climatici perché l'intero impianto pare sia stato pensato per i piani di prevenzione e arresto degli impatti sociali e ambientali negativi e non anche per il piano di transizione che, da questo punto di vista, appare un corpo estraneo.

A tale riguardo, infatti, gli artt. 17 e 18 della Direttiva prescrivono in capo agli Stati membri l'obbligo di individuare l'Autorità indipendente incaricata di investigare e controllare d'ufficio o su impulso di un reclamo circostanziato ex art. 19, il rispetto delle prescrizioni in capo alle imprese. Con riferimento a quanto stabilito dall'art. 15 in tema di lotta ai cambiamenti climatici, l'art. 18, 1° co. limita la competenza dell'Autorità alla "adoption" e al "design", dunque all'adozione e alla definizione contenutistica del Piano di transizione da parte dell'impresa

Si profila, quindi, una divisione del lavoro tra Autorità indipendente e giudice che si situa nel solco della distinzione tra *public e private enforcement* che costituisce un tratto caratterizzante ancorché problematico del diritto privato regolatorio⁵⁷.

Probabilmente, il criterio giustificativo della distinzione di competenze risiede in ciò che si è inteso propriamente impedire al giudice di esercitare un potere di modificare il contenuto del Piano e, quindi, d'imporre all'impresa di adeguare il proprio modello di business o la strategia produttiva in senso più stringente rispetto a quanto promesso nel Piano di transizione. Nel rimettere tale potere all'Autorità, la soluzione si giustifica anche alla luce della considerazione che il piano di transizione costituisce non solo uno schema rappresentativo del modello di business dell'impresa ma anche, stante la natura multinazionale dell'impresa coinvolta e la rilevanza della sua posizione sul mercato, uno strumento conoscitivo delle condizioni del settore industriale di volta in volta considerato⁵⁸.

⁵⁷ A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca di confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. cir. civ.*, 3 (2013), p. 521; F. MUNARO, *Public e Private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, in *Quaderni AISDUE*, 1° gennaio 2023, 1-36. Si vedano, inoltre, gli scritti di M. LIBERTINI, *Diritto civile e tutela del mercato. Il rapporto tra pubblico e privato: la complementarità fra public e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Accademia*, 4, 2024, 45 ss.; F. DENOZZA, *Il mercato, e le sue tutele, tra diritto privato "relazionale" e diritto privato "regolatorio"*, *ibid.*, p. 122 ss. e M. NEGRI, *Gli effetti delle decisioni dell'AGCM nei giudizi civili: analisi di un'anomalia necessaria*, *ibid.*, 81 ss.; E. CAMILLERI, *Decisioni con impegni e private enforcement*, *ibid.*, 63 ss.

⁵⁸ Il modello di riferimento è quello che risulta dalla presentazione degli impegni in applicazione dell'art. 14 l. 287/90. C.E. CAZZATO, *Decisioni con impegni, misure cautelari e programmi di clemenza nell'attività dell'AGCM (anno 2015)*, in *Concorrenza e mercato*, Vol. 23/2016, p. 345; M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate (art. 14-ter, l. 10 ottobre 1990, n. 287)*, in *I nuovi strumenti di tutela antitrust*, a cura di F. CINTIOLI-G. OLIVIERI, Giuffrè, Milano 2007, p. 12; L. DE LUCIA-V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa*

Alla luce della clausola *best effort*, l'Autorità potrà co-determinare insieme all'impresa i contenuti del piano assumendo come parametro lo standard degli impegni alla luce delle soluzioni tecnologiche più efficienti per il settore considerato, il che dovrebbe implicare la convergenza delle imprese concorrenti sugli standard d'impegno più elevati che il settore industriale può economicamente permettersi.

Ciò non toglie che, ai sensi dell'art. 18, 7° c. della direttiva, la decisione favorevole all'impresa non inficia la possibilità di un giudizio sulla responsabilità civile dell'impresa ex art. 22 dir. per i danni che il privato abbia subito per tutto il periodo in cui l'impresa non si sia dotata di un piano di transizione.

Come detto, peraltro, resta fuori dai poteri dell'Autorità la competenza a verificare il rispetto degli impegni contenuti nel piano di transizione che, evidentemente, dovrà essere valutata attraverso un giudizio sulla responsabilità dell'impresa da condotta inattuosa da far valere dinanzi all'autorità giudiziaria.

Ovviamente, non è detto che ogni grande impresa sia in grado di conformarsi agli standard impegnativi più elevati per il settore industriale al quale appartiene. Perciò, al giudice sarà affidato il compito di verificare la sussistenza del c.d. *decoupling* organizzativo⁵⁹, ossia la discrasia tra ciò che si promette e ciò che l'impresa effettivamente realizza. Sarà, quindi, nel potere del giudice decidere sulla contestazione avente ad oggetto il *breach of fiduciary duties* assunti dall'impresa con conseguente condanna all'adempimento in forma specifica a conformarsi agli impegni.

Ciò vale salvo che l'impresa non dimostri che il rispetto degli impegni a suo tempo assunti risulti economicamente insostenibile, ovvero che, in forza di un criterio di ragionevolezza, "*circostanze specifiche possono far sì che le imprese non siano in grado di raggiungere gli obiettivi prefissati*" (considerando n. 50). Nel qual caso, l'esito condurrà al declassamento reputazionale dell'impresa rispetto ai concorrenti che, invece, ottemperano agli standards climatici più stringenti.

Resta il caso in cui l'impossibilità economica obiettiva sia riconducibile alle caratteristiche proprie del settore industriale anziché alla singola impresa. Si tratta, insomma, del caso in cui l'impossibilità di offrire soluzioni produttive

nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori, in *Concorrenza e mercato*, Milano 2011, pp. 534-535; G. GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti, in 20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. Rabitti Bedogni-P. Barucci, Giappichelli, Torino 2010, pp. 1118 ss; A. PERA, G. CODACCI PISANELLI, *Decisioni con impegni e private enforcement nel diritto antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 1, p. 95

⁵⁹ L'espressione è presa da Trib. Milano, 3 aprile 2024. Pres., est. Pendino che ha disposto l'amministrazione giudiziaria a carico di Giorgio Armani Operations s.p.a. per contrastare il fenomeno del caporalato a dispetto delle dichiarazioni sull'eticità della produzione lungo la filiera. Ciò potrebbe riflettersi anche sulla legittimazione del singolo consumatore. In tema v., A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei prodotti tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2 (2021), p.524 s.

e distributive tecnologicamente in grado di produrre un abbassamento accettabile del livello di emissioni si verifica perché è l'intero settore industriale che non è da solo in grado di "riformarsi". Solo in tale caso, quindi, il legislatore sarebbe legittimato ad intraprendere programmi ascrivibili alla cornice di cui all'art. 41, co. 3° Cost. al fine di coordinare l'attività di tutte le imprese che compongono lo specifico settore industriale.

