

*Nomos, Ethnos e Kthonos nel processo:
verso il tramonto del bilanciamento?
Spunti dal dibattito latinoamericano*

di Michele Carducci

Ordinario di Diritto costituzionale comparato
Università del Salento



*Nomos, Ethnos e Kthonos nel processo: verso il tramonto del bilanciamento? Spunti dal dibattito latinoamericano**

di Michele Carducci

Ordinario di Diritto costituzionale comparato
Università del Salento

Sommario: 1. Introduzione: i caratteri di una insorgenza costituzionale. 2. Fra logiche *Handy*, di *Caring State* e di sostenibilità. 3. La prospettiva brasiliana dell'*Amicus Curiae*. 4. La prospettiva andina del processo come democrazia partecipativa della “etnicità ecologica”: il modello dell'Ecuador. 5. Spunti conclusivi: ritorno a Hardin *vs.* Ostrom?

1. Introduzione: i caratteri di una insorgenza costituzionale

Qual è la funzione del contenzioso processuale di fronte all'insorgenza delle multiculturalità latinoamericane orientate alla “etnicità ecologica”¹? La questione non è di immediata comprensione, e in questa sede se ne affronteranno solo alcuni profili nella loro declinazione

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Ossia quella identità che non si basa sulla lingua, la religione, il sangue o la tribù, ma su una comune cosmovisione del rapporto essere umano-natura: la consapevolezza della specificità di questa insorgenza risale già a E. Goldsmith, *The Way: an Ecological World-View*, London, Rider, 1992, al quale si deve la distinzione tra “etnia” ed “etnicità”, ma assume rilievo soprattutto a seguito dei più recenti processi costituzionali che investono l'America latina (dalla Costituzione brasiliana del 1988 a quella della Colombia del 1991 fino a Ecuador e Bolivia, rispettivamente del 2008 e 2009) e della Dichiarazione ONU sui diritti dei popoli “indigeni” del 2007, la quale ufficializza e formalizza normativamente il nesso tra identità dell'essere umano e natura. Inoltre, sulla preferenza per la qualificazione di “etnicità ecologica”, rispetto a quella di “indigeno” o “aborigeno”, si v. A. Béteille, *The Idea of Aboriginal People*, in *Curr. Anthr.*, 19, 1998, 187 ss., e R. Cammarata, *Indigeno a chi? Diritti e discriminazioni allo specchio*, Torino, Giappichelli, 2012, con riguardo alla sua importanza di fronte agli eventi contemporanei delle diaspore migratorie (si pensi, per tutti, al fenomeno crescente dei “profughi climatici”). Sulla rivendicazione della “etnicità ecologica” come ragione di inclusione nella cittadinanza costituzionale, negata dalle persistenti strutture neo-coloniali del potere nel Sud del mondo, si v. J. Martínez Alier, *Ecologia dei poveri. La lotta per la giustizia ambientale*, trad. it., Milano, Jaca Book, 2009.



normativa (come auto-qualificazioni del formante costituzionale) e dottrinale (come elaborazione teorica a sostegno di una prassi ancora in apprendimento).

Per noi europei, la difficoltà di comprensione dell'interrogativo è da imputare a una serie di ragioni di carattere politico-culturale, giuridico ed epistemico:

- dal punto di vista politico-culturale, l'insorgenza di cui si parla è innanzitutto una rivendicazione di “decolonizzazione” della conoscenza e dell'ontologia rispetto alla “geopolitica” occidentale euro-nordamericana, dominante per secoli nelle strutture mentali, sociali e istituzionali del sub-continente²;
- dal punto di vista giuridico, la multiculturalità latinoamericana “decolonizzata” esprime l'insorgenza non tanto di una plurisoggettività politico-sociale o spiccatamente etnica, quanto soprattutto di una tradizione giuridica diversa (quella “ctonia”³), per certi versi alternativa alla tradizione giuridica occidentale euro-nordamericana e alle sue visioni individualistiche della dialettica processuale: una tradizione che non è né religiosa né appunto etnica, bensì “naturalistica” e dunque utilizzabile anche da altre tradizioni giuridiche, senza imporre rinunce o negazioni identitarie, ma integrando il quadro di classificazioni della realtà⁴;
- sempre dal punto di vista giuridico, questa tradizione giuridica “ctonia” integra e arricchisce la tradizione giuridica occidentale, producendo interessanti sincretismi innovativi⁵, di indubbio rilievo di fronte alle inedite sfide di “sostenibilità” del costituzionalismo occidentale rispetto al rapporto uomo-natura⁶;
- con riguardo al processo, il sincretismo si manifesta in particolare nella considerazione della giustizia non semplicemente come accesso al giudice⁷, bensì soprattutto come democrazia

² C. Walsh, *¿Son posibles unas ciencias sociales/culturales otras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales*, in *Nómadas*, 26, 2007, 106 ss., e C. León Pesántez, *El color de la razón. Pensamiento crítico en las Américas*, Quito, UASB, 2013, e *ivi* la fondamentale puntualizzazione di dover distinguere le specificità delle rivendicazioni costituzionali latinoamericane (per esempio, con riguardo al riconoscimento dei diritti “indigeni”), rispetto ad altri contesti di colonizzazione di epoca moderna (come il Canada, l'Australia o l'Africa), portatori di una elaborazione della soggettività diversa da quella imposta con la “scoperta”, prima, e la “conquista”, poi, del sub-continente da parte degli imperi pre-moderni iberici.

³ Sulla tradizione giuridica “ctonia”, il riferimento imprescindibile è a H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, trad. it., Bologna, il Mulino, 2011, Cap. III.

⁴ M. Navas Alvear, *Lo público insurgente. Crisis y construcción de la política en la esfera pública*, Quito, UASB, 2012.

⁵ Cfr. S. Lanni, *Diritti indigeni e tassonomie del sistema in America latina*, in *Ann. Dir. Comp. St. Leg.*, 2013, 159 ss.

⁶ Mi permetto di richiamare M. Carducci, *Costituzionalismo e sopravvivenza umana*, in www.diritticomparati.it, maggio 2014.

⁷ Problematica che ha contraddistinto l'avvio del dibattito costituente dei paesi latinoamericani tra gli anni Ottanta e Novanta, grazie soprattutto alla diffusione del contributo di Cappelletti e Garth su “*Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*”. Con riguardo al contesto andino, si v. D. Martínez Molina (ed.), *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012.

partecipativa e interculturale, parallela ai circuiti politici della rappresentanza e del dibattito deliberativo⁸;

- infine, dal punto di vista epistemico, questa insorgenza presuppone (e propone) un inquadramento non esclusivamente sociale della relazione uomo-natura in termini giuridici e processuali, incidente sulle tecniche di bilanciamento dei diritti⁹.

Le esperienze recenti che, meglio di altre¹⁰, riflettono tale linea evolutiva sono tre: quella del Brasile¹¹ e quelle di Bolivia ed Ecuador, accomunate, queste ultime, dall'aver inaugurato il cosiddetto *nuevo constitucionalismo andino*¹².

La loro originalità può essere sintetizzata in due passaggi:

- il superamento della fenomenologia del diritto costituzionale come senso di giustizia e desiderio antropogeno del riconoscimento (tappa evolutiva del diritto occidentale proceduralizzato nella proiezione individualistica del nesso rivendicazione-tutela¹³);

- il superamento del realismo come variante delle possibilità umane, al cui interno il compito del diritto è quello di indagare su tutte le possibilità che l'essere umano è in grado di produrre nella realtà, assumendo il compito di rendere normativo lo stesso possibile¹⁴ e di mantenere separata la natura dalla cultura e dalla volontà¹⁵.

Tuttavia, sulla persistenza di questa problematica in generale, si v. D. Shelton, *Developing Substantive Environmental Rights*, in *J. Hum. Rights and the Environment*, 2010, 89 ss.

⁸ Sulle ragioni dell'inclusione inter-culturale, sottese alla espansione del canone democratico oltre il luogo della rappresentanza, rinvio a M. Carducci, *Ipotesi metodologiche sulla interculturalità costituzionale*, in *Riv. Giur. Eur.*, 2013, 23 ss.

⁹ O. Quijano Valencia, *Ecosimías. Visiones y prácticas de diferencia económico/cultural en contextos de multiplicidad*, Quito, UASB, 2013.

¹⁰ Per esempio, rispetto alla problematica e contraddittoria esperienza della Repubblica bolivariana del Venezuela, la cui Costituzione del 1999 pur contiene originali acquisizioni simili a quelle considerate in questo studio: cfr. D. Tanza, *L'ambiente come diritto al futuro in Venezuela*, in F. Bernardini d'Arnesano, M. Perrone, D. Tanza, *Tutele e discriminazioni di periferia: minoranze, ambiente, difesa popolare*, Lecce-Cavallino, Pensa, 2004, 45 ss.

¹¹ Considerato comunque il paese che ha inaugurato le esperienze di innovazione costituzionale nel sub-continente: cfr. M. Carducci, R. Orrù (a cura di), *Brasile: vent'anni di Costituzione democratica*, numero monografico in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, III, 2008, 1340-1467.

¹² Cfr. R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. Gen. Der. Publ. Comp.*, 9, 2011, 6; M. Carducci (a cura di), *Il «Nuevo constitucionalismo» andino tra alterità indigenista e ideologia ecologista*, numero monografico in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, II, 2012, 319-467; A.C. Wolkmer, M. Petters Melo, *Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências contemporâneas*, Curitiba, Juruá, 2013.

¹³ Su questa linea evolutiva come carattere del Novecento e delle nuove acquisizioni della giustizia anche costituzionale, si v. A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du Droit* (1941), Paris, Gallimard, 1981. Ma cfr. anche G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 128 ss..

¹⁴ F. Ost, *Le juste milieu? Pour un approche dialectique du rapport home-nature*, in Ph. Gerard, F. Ost, M. De Kerchove (orgs.), *Images et visages de la nature en droit*, Bruxelles, FUSL, 1993, 38. Sulla critica di questo realismo, si v. A.G. Melgarito Rocha, *Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológico de la relación*

Con queste premesse, il diritto costituzionale, nelle sue dimensioni politiche e processuali, non serve solo a soddisfare esigenze, individuali o collettive, di giustizia *nella* società ma anche a delimitare il possibile umano di fronte alla realtà, intesa come natura ovvero “ecosistema” degli esseri viventi comprensivi dell’umano, in modo da promuovere un “equilibrio ecologico” e non solo “sociale” dello sviluppo costituzionale¹⁶.

Consequenzialmente, la questione di fondo che accomuna queste tre esperienze può essere sintetizzata da un unico interrogativo: come rendere operativo, sul piano giuridico delle politiche costituzionali, questo “equilibrio” sia “ecologico” che “sociale”?

Sul piano processuale, l’effetto della prospettiva inaugurata è quello di attivare meccanismi di bilanciamento o (semi-)gerarchizzazione, differenziati nella logica che li orienta:

- ora ispirata esclusivamente ai diritti come aspettative e interessi individuali/sociali e produttiva pertanto di un bilanciamento “libero” da parte del giudice, condizionato soltanto *dalle* (e funzionale *alle*) “ragioni del caso” come “esempi” del sociale (sulla linea, pertanto, della tradizione giuridica occidentale contemporanea, in quanto “era dei bilanciamenti”)¹⁷;
- ora finalizzata al compromesso fra ragioni sociali e conoscenze scientifiche sulla loro sostenibilità nell’ambiente, in una prospettiva comunque antropomorfa e pur sempre condizionata *dalle* (e funzionale *alle*) “ragioni del caso” come “esempi” del sociale, al cui interno effettuare un bilanciamento sì “libero”, ma scientificamente argomentato (arricchendo eventualmente le acquisizioni della tradizione giuridica occidentale con quelle – ma solo ove presenti nel “caso” – della tradizione “ctonia”, assunta però a presenza esclusivamente sociale¹⁸ nel processo)¹⁹;
- ora incentrata sul primato della natura come ecosistema comprensivo *della*, ma non contrappositivo *alla*, società umana, quindi non riducibile alle sole “ragioni del caso” in termini di

estado-pueblos indígenas, México DF, UNAM-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, 2012.

¹⁵ Cfr. L. Pellizzoni, G. Osti, *Sociologia dell’ambiente*, Bologna, il Mulino, 2008.

¹⁶ Non a caso, le Costituzioni dei paesi considerati normativizzano la clausola dell’ “equilibrio ecologico”, come elemento costitutivo dell’assiologia (nel caso del Brasile) o della metodologia (nel caso di Ecuador e Bolivia) del sistema. Per il caso del Brasile e delle sue clausole di sviluppo costituzionale, mi permetto di rinviare a M. Carducci, *Relação entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento constitucional e origindalidade do Brasil*, in *Rev. Dir. Adm. & Const.*, 49, 2012, 15 ss.

¹⁷ È quanto si riscontra nell’esperienza e nel dibattito brasiliano, secondo un orientamento che in questa sede denomino *socio-logico*.

¹⁸ Con riguardo, per esempio, al ricorso ai cosiddetti “test” culturali e antropologici: cfr. I. Ruggiu, *Il giudice antropologo*, Milano, Franco Angeli, 2012.

¹⁹ È quanto riscontrabile sia in Brasile (in ragione di alcuni orientamenti interpretativi della Costituzione, di cui si farà cenno nel testo) sia in Bolivia, per la composizione pluri-nazionale degli organi costituzionali, secondo un orientamento che in questa sede denomino *socio-bio-logico*.



“esempio” del sociale, perché pre-esistente (in quanto natura) al “caso” e dunque non liberamente bilanciabile, ma piuttosto perseguibile attraverso meccanismi processuali di partecipazione e conoscenza dell’intero ecosistema (società e natura), al di là degli interessi e delle aspettative in campo, in modo da definire vincoli di interpretazione giudiziale e di politica costituzionale in “reciproca armonia” (dando così risalto e dignità costituzionale alla cosmovisione eco-centrica della tradizione giuridica “ctonia” che, ignorando la separazione società/natura, fonda la sua visione del sociale sul primato della natura in quanto “armonia” di tutti i viventi)²⁰.

Il modo attraverso il quale si realizza questa combinazione è differente nei tre contesti, giacché rispecchia il diverso rapporto di forza storicamente registratosi fra tradizione giuridica “ctonia” e tradizione occidentale, sin dal momento costituente. Per averne immediata contezza, basta leggere l’art. 231 della Costituzione del Brasile (nonché il rapporto tra potestà statale e tradizione “ctonia”, impresso dal § 7° della medesima disposizione e dal suo rinvio fisso all’art. 174) e confrontarlo con gli innumerevoli articoli che soprattutto la Costituzione dell’Ecuador dedica alla tradizione giuridica “ctonia” (Capitolo IV e artt. 61 e 71, soprattutto).

Del resto, quel rapporto di forza è segnato dalla diversa combinazione dei tre fattori costitutivi del diritto latinoamericano: *Nomos*, *Ethnos* e *Kthonos*²¹.

Se in Brasile prevale il *Nomos*, quindi la forza del diritto nella sua oggettività astratta fondata sulla volontà precisa dalla specificità etnica delle identità partecipanti al processo costituente e dalle loro eventuali cosmovisioni, in nome di un’assiologia universalizzante²², in Bolivia, si assiste al percorso esattamente inverso, nel quale la volontà costituente è stata fondata primariamente sulle diversità di identità e quindi sulla rivendicazione dell’*Ethnos* come legittimazione del *Nomos*, in

²⁰ Tale ipotesi identifica la sperimentazione dell’Ecuador, fondata sulla costituzionalizzazione dei “diritti della natura” e del principio “*pro natura*”, come chiavi di volta di qualsiasi dinamica costituzionale: ipotesi che in questa sede denomino *eco-logica* (cfr. E. Gudynas, *El mandato ecológico*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2009).

²¹ Com’è noto, il dibattito sulla rilevanza dei tre fattori nella comprensione delle realtà costituzionali non solo latinoamericane, ma in genere extraeuropee, è molto articolato. Collegandosi a quanto richiamato nella nt. 1, esso può essere sintetizzato dalle diverse posizioni di M. Kymlicka, *Theorizing Indigenous Rights*, in *The Univ. Toronto L.J.*, 1999, 281 ss., per il quale i diritti dei popoli indigeni sono riconducibili a quelli di qualsiasi minoranza etnica (per cui *Ethnos* e *Kthonos* si unificherebbero rispetto al *Nomos*), e di J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, Oxford Univ. Press., 2004², il quale, al contrario, sottolinea la differenza dell’ “*Aboriginality*” come attributo legato alla terra e quindi al nesso *Kthonos-Nomos*, separato dall’*Ethnos*.

²² Anche perché il Brasile non è un paese etnico, ma meticcio: cfr. il classico D. Ribeiro, *O povo brasileiro*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

quanto intento costituente originario imm modificabile per l'integrazione pluri-nazionale del paese²³, mentre, in Ecuador, la volontà costituente si riconosce nell'accettazione dello *Kthonos* come comune denominatore di tutti i rapporti giuridici, indipendentemente dall'*Ethnos*, e presupposto del *Nomos*²⁴.

La traccia di questa differenza è presente nella stessa testualità prodotta dal costituente, in particolare lì dove:

- la Costituzione brasiliana sintetizza il nesso *Nomos-Ethnos* nella formula del diritto fondamentale alla “diversità”, all’ “ambiente” e all’ “equilibrio ecologico”, col riconoscimento dei diritti soggettivi individuali e collettivi ad esercitare pretese anche processuali in tale direzione (artt. 3° e 5° par. unico, art. 225)²⁵;
- quella della Bolivia affida tale nesso alla composizione “plurinazionale” degli organi costituzionali, quindi alla loro rappresentatività e responsività, lasciando inalterato il quadro dei diritti, concretizzabili attraverso la deliberazione appunto “plurinazionale” (Capitolo Secondo della Costituzione)²⁶;
- infine quella dell'Ecuador declina lo stesso nesso in funzione dello *Kthonos*, codificando un parallelo tra soggetto-uomo e soggetto-natura in quanto fattori complementari dell’ “ecosistema” e dello stesso “equilibrio ecologico”, da rappresentare paritariamente in tutti i circuiti decisionali attraverso la democrazia partecipativa (*Los derechos del Buen Vivir*, elencati negli artt. 12 ss., e il “regime dello sviluppo” degli artt. 275-276, nel combinato con gli artt. 11, 61, 71, 95 della Costituzione)²⁷.

²³ Sulla portata di questa sorta di “originalismo” andino, rinvio a M. Carducci, *Il Buen Vivir come “autoctonia costituzionale” e limite al mutamento*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il Buen Vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, Filodiritto, 2014, 101 ss.

²⁴ La Costituzione dell'Ecuador, in altri termini, è l'unica che costituzionalizza il primato della “etnicità ecologica” come base di qualsiasi multiculturalismo e interculturalità. Il panorama diventa chiarissimo se si considera il principio “*pro natura*” che essa impone, fondandolo su una serie molto ricca di disposizioni (artt. 61, 71, 75, 83, 85, 86, 94, 95, 275, 395, 398, 400 ss.): per ulteriori spunti, connessi al tema della “rigidità costituzionale” di quel testo, rinvio ancora a M. Carducci, *Il Buen Vivir come “autoctonia costituzionale” e limite al mutamento*, cit.

²⁵ Cfr. D. Tanza, *Le asimmetrie nel diritto costituzionale ambientale. Il modello brasiliano*, Napoli, ESI, 2007.

²⁶ Il concetto di plurinazionalità, infatti, ridimensiona le finzioni giuridiche, di importazione coloniale, del concetto di popolo e di unitarietà del soggetto costituzionale: cfr. B. de Souza Santos, *La reinvenzione del Estado y el Estado plurinacional*, Santa Cruz de la Sierra, CENDA, 2007.

²⁷ Cfr. E. Gudynas, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*, en *Rev. Est. Social*, 32, 2009, 34-47.

2. Fra logiche Handy, di Caring State e di sostenibilità

Come inquadrare queste sperimentazioni all'interno delle acquisizioni concettuali e categoriali della teoria costituzionale occidentale euro-nordamericana non è scontato.

Certamente, lo sforzo imprescindibile è quello di non leggerle attraverso le sole lenti della tradizione giuridica occidentale, ma di ricercarne piuttosto gli elementi di “sostenibilità” *anche* rispetto alle categorie e ai concetti del diritto costituzionale euro-nordamericano²⁸.

Nel diritto costituzionale occidentale, tutti i bisogni umani sono sempre stati tradotti in un'articolata dinamica di situazioni sociali oggettive, connotate da un tasso di conflittualità storicamente crescente²⁹. In quest'ottica, il “fatto naturale” ha coinciso prioritariamente con i rapporti inter-umani che qualsiasi ordinamento giuridico, per definizione, disciplina proprio perché conflittuali³⁰, in un'aspirazione universalistica che non ha richiesto distinzioni fra componenti dell' “ecosistema”, ma fra individui e loro autorappresentazioni nella società³¹. Il rapporto giuridico, di riflesso, si è manifestato esso stesso come rapporto esclusivamente sociale, in quanto *Nomos* o al massimo *Ethnos*³².

Nel diritto “ctonio” nulla di tutto questo si riscontra. In esso, il “fatto naturale” è la natura stessa, non come “ambiente” (antropomorfizzato) ma come “armonia” degli esseri viventi, di cui quello umano è uno (ma non l'unico) dei soggetti. Di conseguenza, l'ordinamento giuridico non è un fatto sociale *al di là* della natura, esso è la natura; non è inter-umano, è inter-vivente³³.

Ecco allora che la dimensione del conflitto, oggettivizzata come relazione umana e sociale dal diritto costituzionale occidentale, si arricchisce, nella combinazione con la tradizione giuridica

²⁸ Mettendo così in pratica le ragioni della “sostenibilità della differenza”, e non solo del confronto, fra più tradizioni giuridiche, secondo la linea di azione propugnata dal citato H.P. Glenn. Sulle ipotesi di istituzionalità partecipativa per la “sostenibilità” di mondi/modi di vita diversi, si v. S. Ceccarelli, S. Grando, *Decentralized-Participatory Plant Breeding: an Example of Demand Driven Research*, in *Euphytica*, 155, 2007, 349 ss.

²⁹ H.J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1998; R.C. van Caenegem, *Il diritto costituzionale occidentale. Un'introduzione storica*, trad. it., Roma, Carocci, 2003; R. E. Soares, *O Conceito Ocidental de Constituição*, in *Rev. de Legislação e Jurisprudencia*, 1970, 3743 ss.

³⁰ In Italia, paradigmatico di questa figurazione del diritto costituzionale è il classico contributo, costruito sulle basi dell'istituzionalismo, di M.S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 219 ss.

³¹ Su questa parabola, connessa anche all'evoluzione e trasformazione del rapporto Stato-individuo, si v., per efficace sintesi e bibliografia, H. Caroli Casavola, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Milano, Giuffrè, 2004.

³² Cfr. A. Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo del Ecuador*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2011, il quale, tra l'altro, si richiama opportunamente all'opera postuma di F. Engels “*Dialettica della natura*”, che chiarisce la matrice occidentale e coloniale (enfaticizzata dal capitalismo) della separazione uomo-natura.

³³ In generale, sulle prospettive “de-umanizzate” dei fenomeni giuridici, si v. A. Pisano, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, Giuffrè, 2012.

“ctonia”, di una ulteriore soggettività (in realtà l’unica soggettività comprensiva del vivente): la natura. In tal senso, la Costituzione dell’Ecuador proclama la natura “soggetto” costituzionale. Non è nulla di bizzarro, insostenibile, assurdo, sbagliato; è semplicemente qualcosa di “diverso”³⁴. Se non lo si accetta, non lo si comprende. Oggi, questo “diverso” è persino costituzionalizzato e quindi assunto, come risultanza sincretica con la tradizione giuridica occidentale, a diritto oggettivo, praticabile e persino giustiziabile.

Per tale ragione, anche il processo lo deve rappresentare, in quanto la funzione del processo non consiste nel legittimare (e salvaguardare) i rapporti sociali e il primato dell’individuo sulla natura, nella proiezione mentale che la natura, come materia e come proprietà, sia soltanto un “fatto” interno all’ordinamento giuridico. No, il processo deve dar voce a tutti i “viventi” della natura e non solo della società. Deve essere partecipato *con* la natura.

Su questo passaggio è bene soffermarsi con quale ulteriore puntualizzazione. Le prospettive offerte dal costituzionalismo latinoamericano sembrano evocare i temi dello sviluppo sostenibile, dei diritti intergenerazionali, dei beni comuni, ormai dibattuti anche nel diritto costituzionale occidentale talvolta secondo una logica “Handy” (*Human and Nature Dynamics*), che ha acquisito centralità soprattutto di fronte al rischio delle catastrofi climatiche e della insostenibilità del rapporto fra disuguaglianze sociali ed equilibrio ecologico³⁵, talaltra secondo una visione di *Shared Society* che immagina, per le politiche di sviluppo, il superamento dei modelli di democrazia deliberativa strutturati sulla classica separazione dei poteri e sui rapporti di forza fra gli interessi in gioco³⁶, talaltra ancora come ripensamento del *Welfare State* come *Caring State*³⁷.

³⁴ Dato che la “diversità” presuppone sempre una relazione con qualcosa.

³⁵ Definendo l’equilibrio ecologico anche in termini sociali ossia come equilibrio delle disuguaglianze, che permetta di accedere alle risorse naturali e ai servizi ecosistemici con pari opportunità da parte di tutti i componenti del genere umano. Su questa linea, tra l’altro, si fondano interessantissimi studi interdisciplinari sul nesso di reciproca (in)sostenibilità fra inquinamento “ambientale” (inteso come sfruttamento disequilibrato della natura) e inquinamento “sociale” (inteso come sfruttamento disequilibrato delle disuguaglianze). Cito due studi fra loro complementari: il rapporto, commissionato dalla NASA, intitolato *Human and Nature Dynamics (HANDY): Modeling Inequality and Use of Resources in the Collapse or Sustainability of Societies*, in www.sesync.org/.../motesbarrei-rivas-kalnay.pdf, e lo studio sulla povertà di L. Sanchez, *Darwin, Artificial Selection, and Poverty. Contemporary Implications of a Forgotten Argument*, in *29 Politics and the Life Sciences*, 1, 2010, 61 ss. Per ulteriori implicazioni, mi permetto di rinviare a M. Carducci, L.P. Castillo Amaya, *La naturaleza como Grundnorm y Tertium comparationis del Constitucionalismo global*, in *I Congreso Internacional de Derecho constitucional e filosofia política. O futuro do Constitucionalismo: perspectivas para a democratização do Direito constitucional*, Belo Horizonte, UFMG, 2014. In Italia, sui risvolti giuridici del tema dei cambiamenti climatici, cfr. anche G.F. Cartei (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, Giappichelli, 2013.

³⁶ Si v. il n. monografico della rivista *Development* (57, 2014), dedicato a *Shared Society and the New Development Agenda*.

I temi del diritto costituzionale occidentale, tuttavia, sembrano sempre classificati all'interno di dicotomie sociali: diritto delle generazioni presenti *vs.* diritti delle generazioni future; disciplina giuridica dell'ambiente antropomorfo *vs.* disciplina giuridica della natura³⁸ ecc. Dentro questa classificazione, si colloca anche la qualificazione della natura come bene anch'esso sociale, "in senso stretto" (in quanto utile agli interessi dell'individuo) e in senso "ampio" (come interesse della collettività). Questa classificazione, infine, abilita alla interrelazione e al bilanciamento sia con altri diritti (per es. la salute, il lavoro ecc...) che con altri beni "diversi" dalla natura (beni economici, beni culturali ecc...), in un quadro di espansività assiologica del concetto di "dignità della persona" e di contemporanea esaltazione della soddisfazione umana anch'essa in termini di accesso/accumulazione di beni e massimizzazione delle loro utilità individuali e collettive³⁹. Il presupposto di tutto questo ordito è la simmetria sociale fra soggetti costituzionali, "rawlsianamente" assunta come base di un progressivo *Overlapping Consensus* garantito dalle Costituzioni⁴⁰. La dinamica costituzionale, in altre parole, non registra che l'esito di procedure eque di soluzione di conflitti sociali fra soggetti rispetto a oggetti (inclusa la natura)⁴¹. Di queste procedure, in quanto speculari al conflitto, il giudice è ovviamente uno degli attori protagonisti (oggi sicuramente più di ieri).

Per provare a fare un esempio di immediata percezione di quanto qui sintetizzato, si potrebbe ricorrere alla lettura della sentenza della Corte costituzionale italiana sul "caso Ilva" (n. 85/2013). Questa decisione racchiude tutte le questioni paradigmatiche della intergenerazionalità e della sostenibilità in termini esclusivamente sociali, in assenza di qualsiasi referenza "ctonia" o comunque di "etnicità ecologica": conflitti fra salute individuale e collettiva e diritto al lavoro di oggi e di domani; conflitto tra ambiente antropomorfizzato e ragioni di profitto, libertà di impresa, occupazione (dell'indotto) di oggi e di domani; decisioni di sviluppo "strategico nazionale" (che la Corte, nella citata sentenza, attribuisce alla discrezionalità costituzionalmente legittima e insindacabile del potere politico) e applicazione dei principi di prevenzione e

³⁷ S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State?*, in Id. (a cura di), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, Filodiritto, 2013, 19 ss.

³⁸ Su quest'ultima separazione, si v. A. Simoncini, *Ambiente e protezione della natura*, Padova, Cedam, 1996.

³⁹ Sulle matrici di queste logiche comprensive anche dei cosiddetti "beni pubblici hobbesiani" (relativi alle funzioni dello Stato), si v. S.P. Hargreaves-Heap, M. Hollis, B. Lyons, R. Sugden, A. Weale, *The Theory of Rational Choice*, Cambridge, Blackwell, 1992. Sulla loro rilevanza nella stagione della globalizzazione, A. Supiot, *The Public-Private Relation in the Context of Today's Refeudalization*, in 11 *Int. 'l.J. Const. L.*, 1, 2013.

⁴⁰ Sulla importanza di questo passaggio per la comprensione delle dinamiche costituzionali latinoamericane, cfr. N. Sampaio Siqueira, *Tributo, Mercado e neutralidade no Estado democrático de Direito*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.

⁴¹ È la tesi di S. Hampshire, *Non c'è giustizia senza conflitto*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2001.

precauzione. Com'è noto, la Corte, sulla base di astrazioni concettuali costruite esclusivamente sui propri precedenti giurisprudenziali e sul ricorso alle categorie “classiche” del diritto costituzionale occidentale (separazione dei poteri, assenza di “riserva di amministrazione”, discrezionalità, leggi provvedimento e di emergenza, proporzionalità delle decisioni, bilanciamento “libero” ecc...) ha negato che la soluzione di simili conflitti richieda una scelta di “priorità” e quindi di “gerarchizzazione” dei diritti e dei beni della vita. Soprattutto, si guarda bene dall’evocare un principio “*pro natura*” come elemento da tematizzare e considerare nei propri bilanciamenti⁴². Nessun bene, conclude esplicitamente la Corte, può svolgere una funzione di architrave; e questo perché il “carattere democratico e pluralista delle Costituzioni contemporanee”, secondo la Corte, imporrebbe sempre la ricerca di un equilibrio tra i vari interessi tutelati, che non può essere predefinito, richiedendo piuttosto una mediazione sempre ragionevole e proporzionata “caso per caso”⁴³.

Qui il paradigma è esclusivamente sociale.

Ma che cosa succede se il “carattere democratico e pluralista delle Costituzioni” non è affatto dato dal rawlsiano *Overlapping Consensus* tra soggetti che condividono lo stesso *Nomos* (o al massimo si differenziano solo nell’*Ethnos*), e dunque il pluralismo consiste nella convivenza fra tradizioni giuridiche diverse, insorgenti non dal “caso” ma dalla società (e dal suo passato coloniale di occultamento) e dove una delle tradizioni in campo – quella “ctonia” – risulta retta dall’architrave del primato dello *Kthonos* sul *Nomos*? In un contesto di costituzionalismo intrecciato fra tradizioni giuridiche diverse, è possibile predicare la simmetria, l’equilibrio, la “mediazione ragionevole”? A chi spetta tale compito? Al giudice? E come lo deve svolgere⁴⁴?

Sempre a voler utilizzare le acquisizioni cognitive e l’euristica della tradizione giuridica occidentale, si dovrebbe concludere che gli approcci di “equilibrio”, perseguiti dal diritto costituzionale occidentale, producono in realtà una serie di “esternalità” di cui il “carattere democratico e pluralista delle Costituzioni contemporanee”, così come concepito in assenza di

⁴² Sulle categorie di inquadramento della (tutela della) natura nel contesto costituzionale italiano, si v. ancora A. Simoncini, *Ambiente e protezione della natura*, cit.

⁴³ Per una lettura interrogativa del “caso Ilva”, connessa con il discorso rappresentato in queste pagine, si v. B. Pezzini, A. Lorenzetti, *La costruzione di un paradigma costituzionale della sostenibilità in Italia*, Relazione al “Seminário Italo-Hispano-Brasileiro sobre Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento”, Foz do Iguaçu, 23-24 de outubro de 2014 (3ª Sessão: *Direito sustentável e Constituição*).

⁴⁴ La presa di coscienza di questi problemi, con riguardo proprio alla convivenza fra tradizioni giuridiche diverse, risale già alla seconda metà degli anni novanta, come attestano le proposte avanzate da J. Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1995, con la sua idea di “interculturalità costituzionale”, e da H. Lustiger-Thaler, L. Maheu, P. Hamel, *Enjeux institutionnels et action collective*, in *Sociologie et Sociétés*, 1998, 174 ss., con la loro concezione delle istituzioni come “campo di relazioni ed esperienze”.

altre cosmovisioni, non si fa immediatamente carico: “esternalità” innanzitutto *unidirezionali*, nelle quali, cioè, l’effetto, imposto a terzi (intesi come “altri” soggetti costituzionali non direttamente coinvolti dal conflitto) da chi risolve il conflitto, non entra immediatamente nel discorso del decisore; poi “esternalità” *reciproche*, nella misura in cui il bilanciamento perseguito non mira ad eliminare negatività, di cui si può anche avere consapevolezza, ma a neutralizzarle con il loro reciproco limitarsi da parte di tutti i soggetti e beni assunti in bilanciamento nel “caso”; infine, “esternalità” *intertemporali*, perché la decisione, nella contingenza di garantire l’ “equilibrio” o bilanciamento, non discute di prospettive future, perché soggettivamente non identificabili nel “caso”⁴⁵. Tra l’altro, queste “esternalità” diventano ancora più evidenti e probabili se a decidere i conflitti è proprio il giudice, la cui attività richiede ormai la mobilitazione di risorse cognitive, caratterizzate da livelli elevati di densità informativa e di organizzazione, di cui la funzione da esso ricoperta non dispone⁴⁶.

Non per nulla, sulla presa in considerazione di queste “esternalità” si giustificano le visioni cosiddette “forti” od “olistiche” dello sviluppo sostenibile⁴⁷, fondate proprio sul postulato che le decisioni sui conflitti uomo-ambiente/natura non possono essere semplicemente “regolative” degli interessi e dei beni sociali da bilanciare nel “caso”, ma “costrittive” di una linea necessaria di scelta, in ragione di un paradigma superiore che accomuni tutti i beni e i soggetti coinvolti⁴⁸.

⁴⁵ Il tema delle “esternalità” investe anche le analisi dei procedimenti di diritto pubblico, come mostrato da quella prospettiva di ricerca economico-istituzionale che, partendo da R.H. Coase *The Problem of Social Cost*, in J. L. & Ec, 3, 1960, 1-44, arriva a W.J. Baumol, W.E. Oates, *The Theory of Environmental Policy*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1988, W.E. Oates (ed.), *The Economics of the Environment*, Aldershot, Edward Elgar, 1994, D.J. Bjornstad, J.R. Kahn, *The Contingent Valuation of Environmental Resources: Methodological Issues and Research Needs*, Cheltenham (UK)-Brookfield (VT), Edward Elgar, 1996.

⁴⁶ Sulle difficoltà delle decisioni pubbliche di superare le proprie condizioni di “cecità epistemica” prodotte dalla complessità dei conflitti contemporanei che investono anche la natura, v. N. Urbinati, *Epistemocrazia*, in M. Capanna (a cura di), *Scienza bene comune. Oltre lo spread della conoscenza*, Milano, Jaca Book, 2013, 101 ss. Sulla necessità che i decisori pubblici si facciano carico della complessità della conoscenza anche attraverso strumenti di partecipazione e di pubblicizzazione dei dibattiti scientifici, si v. l’importante prospettiva di E. Ostrom, C. Hess (a cura di), *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, trad. it., Milano, Mondadori, 2009. Per avere un’idea di come la tradizione costituzionale occidentale permanga nella divaricazione tra conoscenza giuridica, natura e conoscenza scientifica, è sufficiente rimandare, tra i tanti, al dibattito italiano su funzione giudiziaria e scienza, per esempio riguardo ai poteri “istruttori” del giudice costituzionale: cfr., per tutti, R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D’Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, 6 ss., e *ivi* bibliografia.

⁴⁷ Per esempio, sulla contiguità fra contenuti della Costituzione dell’Ecuador e concezioni “forti” della sostenibilità, si v. E. Gudynas, *Desarrollo, Derechos de la Naturaleza y Buen Vivir después de Montecristi*, in G. Weber (ed.), *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador*, Quito, Centro de Investigaciones CIUDAD y Observatorio de la Cooperación al Desarrollo, 2011, 83 ss.

⁴⁸ Tra l’altro, il rapporto fra “esternalità” e tipo di scelte istituzionali è uno degli elementi di distinzione tra teorie “critiche”, come quella di H.E. Daly (*Beyond Growth. The Economics of Sustainable Development*, Boston, Beacon Press, 1996), e quelle “possibiliste” sullo *status quo*, rappresentate dal premio Nobel per l’economia

Le accennate formule costituzionali brasiliane, al pari di quelle di inquadramento della natura “soggetto costituzionale” del *nuevo constitucionalismo* andino, tendono a un paradigma olistico del genere. Sul piano operativo, infatti, questi approcci mirano a prendere in considerazione il modo di “governare” le “esternalità” che le decisioni di mero bilanciamento producono o persino occultano nel “caso”. In definitiva, essi realizzano una inclusione di “etnicità ecologica” e non solo sociale.

Come accennato, i percorsi di realizzazione dipenderanno dalla combinazione di *Nomos*, *Ethnos* e *Kthonos* all’interno dei singoli paesi latinoamericani. Quello che li accomuna, però, è comunque la consapevolezza di superare queste “esternalità” innanzitutto nel processo, essendo il processo la sede deputata alla soluzione giuridica dei conflitti, attivando meccanismi istituzionali di cooperazione, che disincentivino l’interesse dei soggetti ad agire esclusivamente per i propri benefici sociali immediati, democratizzando l’accesso alle conoscenze scientifiche e promuovendo forme di concorso partecipato alla costruzione dei contenuti della decisione. Di conseguenza, negli esperimenti e nelle discussioni brasiliane e andine sul processo, il problema delle “esternalità” non viene rubricato al piano assiologico della mera indicazione di finalità valoriali (ribadite a fronte del bilanciamento compiuto⁴⁹), ma piuttosto assunto a oggetto di cognizione del processo.

3. La prospettiva brasiliana dell’*Amicus Curiae*

In Brasile, la cui Costituzione non esprime un compromesso fra tradizioni giuridiche differenti, la visione partecipativa del processo, ispirata, tra l’altro, all’originale contributo teorico del decano dei costituzionalisti del paese Paulo Bonavides⁵⁰, è perseguita nel ricorso allo strumentario concettuale del diritto processuale tradizionale ed è dunque intesa come allargamento del litisconsorzio⁵¹ attraverso la figura dell’*Amicus Curiae*⁵². L’istituto, infatti, è giustificato come meccanismo di trasmissione di informazioni tecniche su questioni complesse che oltrepassano la

E. Ostrom (*Understanding Institutional Diversity*, Princeton and Oxford, Princeton Univ. Press, 2005), intorno al tema del “governo” della natura (attraverso i cosiddetti “beni comuni”).

⁴⁹ Come, per esempio, emerge nitidamente dagli orditi argomentativi della Corte costituzionale italiana nel citato “caso Ilva”, dove viene persino evocata, del tutto retoricamente, la Convenzione di Aarhus del 1998, resa esecutiva anche in Italia, la quale pur di partecipazione alle decisioni e di accesso alla giustizia ambientale parla e forse, a rigore dell’art. 117.1 Cost. It., avrebbe meritato un richiamo come parametro interposto di costituzionalità, piuttosto che come inconferente inciso retorico.

⁵⁰ P. Bonavides, *Teoria constitucional da democracia participativa. Por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008³.

⁵¹ I. Raatz dos Santos, *Processo, igualdade e colaboração. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil*, in 36 *Rev. do Processo*, 192, 2011, 65 ss.

⁵² D. Medina, *Amicus curiae. Amigo da corte ou amigo da parte?*, São Paulo, Saraiva, 2010.



cognizione del giudice e non consistono necessariamente nella difesa di un interesse qualificato, sia esso individuale o collettivo, ma piuttosto in una dimensione “trans-individuale” di rappresentazione di problemi comuni alle parti in causa. In tale veste, esso assume una collocazione litisconsortile⁵³.

Già previsto nel giudizio di controllo di costituzionalità (§ 2 dell’art. 7 della legge n. 9.868/1999), abilitando sia persone fisiche che soggetti portatori di interessi qualificati o specializzati nelle questioni oggetto della controversia (art. 20 della stessa legge), esso ricopre un ruolo ausiliario dipendente dalla materia del contendere e affidato alla discrezionalità del giudice, al quale solo spetterà di farvi ricorso, senza alcun impulso di parte.

Pertanto, la logica del ricorso ad esso resta tutta interna al processo: non a caso, la sua ammissione viene giustificata dalla necessità di rappresentare soggetti connessi alla materia del contendere titolari di una posizione giuridicamente comune al contenzioso in atto⁵⁴.

Esso, in definitiva, non serve a colmare le lacune epistemiche del giudice, ma solo ad allargare il campo della sua cognizione sui soggetti interessati alla decisione. Anche per tale ragione, si è correttamente sostenuto che l’*Amicus Curiae* serva ad allargare la platea degli interessati diretti al caso concreto⁵⁵.

Solo alcune proposte di estensione dell’istituto in altri ambiti processuali sembrano offrire implicazioni più ampie per questo strumento, finalizzate ad una partecipazione più ampia soprattutto quando se ne vuole giustificare il ricorso in ragione delle “*ripercussioni sociali della controversia*” pendenti davanti al giudice⁵⁶.

Tant’è che proprio queste iniziative hanno alimentato un interessante dibattito dottrinale, in cui emerge il richiamo allo *Ktthonos* come elemento del processo⁵⁷. La base costituzionale è sempre l’art. 225 della Costituzione brasiliana, ma specificamente nella parte in cui il “diritto fondamentale all’ambiente” è evocato come diritto all’ “equilibrio ecologico”⁵⁸. Quale sia la

⁵³ In Italia, sul tema, si v. E. Silvestri, *L’Amicus Curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1997, 635 ss.

⁵⁴ D. Medina, *Amicus curiae*, cit., 17.

⁵⁵ M.C. Hennig Leal, *La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del amicus curiae em el derecho brasileño*, in *8 Estudios Constitucionales*, 1, 2010, 290.

⁵⁶ Per la consultazione delle proposte, si veda il sito federale: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>

⁵⁷ C. Larissa Rosetto, *O Amicus Curiae na tutela coletiva do meio ambiente: efetivação do Estado democrático participativo e legitimação das decisões jurisdicionais*, Tese de Mestrado em Direito Agroambiental, Cuiabá, UFMT, 2014.

⁵⁸ La formula testuale di discussione è la seguente: «*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de*



portata normativa di questa disposizione e soprattutto la sua giustiziabilità, identifica l'oggetto specifico del confronto attuale in Brasile⁵⁹.

Le linee di discussione sono tre, significativamente classificate in termini di “antropocentrismo puro”, “mitigato”, e “non-antropocentrismo”, in ragione delle modalità di declinazione proposte nel rapporto tra *Nomos* e *Kthonos* dentro le istituzioni e nel processo⁶⁰.

In base alla prima impostazione, l'art. 225 va letto in combinato disposto con gli artt. 1 e 6 della Costituzione, in quanto espressione della dimensione plurima della dignità umana, sicché la tutela dell' “equilibrio ecologico” passerebbe attraverso la dimostrazione della lesione di specifici diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti come espressione di tale dignità⁶¹.

L'antropocentrismo “mitigato” rinviene, invece, nella formula dell' “equilibrio ecologico” il conferimento all'ambiente della qualità giuridica di “bene morale”⁶², nella modalità del diritto a una vita salubre e intertemporalmente sostenibile attraverso un contesto antropomorfo appunto “ecologicamente equilibrato”⁶³. L'effetto pratico di tale impostazione consisterebbe nel poter limitare la disponibilità di determinati beni ambientali attraverso strumenti di regolazione pubblicistica, che bilancino gli interessi coinvolti, sicché la tutela processuale interverrebbe non in funzione sanzionatoria ma anch'essa regolatoria delle scelte discrezionali di allocazione.

L'espressione più radicale e critica è evidentemente espressa dalla prospettiva “non antropocentrica”, ispirata al biocentrismo e all'ecocentrismo delle scienze naturali⁶⁴. Da tale prospettiva, il richiamo costituzionale all' “equilibrio ecologico” costituirebbe una sorta di rinvio fisso ad una visione olistica dell'ordinamento giuridico, in quanto quell'art. 225 comprenderebbe al suo interno le “tre ecologie” della soggettività umana, dell'ambiente e delle relazioni sociali, in

defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações». Per una rassegna della giurisprudenza riferita a tale enunciato e all'art. 225 in generale, si v. A. Ramos Tavares, *Constituição do Brasil integrada*, São Paulo, Saraiva, 2007, 424 ss.

⁵⁹ I.V. Sarlet, T. Fensterseifer, *Direito constitucional ambiental. Estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, 26 ss.

⁶⁰ A.H.V. Benjamin, *A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*, in *Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 1, vol. 1, 2/2001, 155 (http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Cadernos/caderno_2.pdf).

⁶¹ C.A. Pacheco Fiorillo, *Curso de direito ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2010¹¹, 63 ss.

⁶² A.H. Benjamin, *A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*, cit., 157.

⁶³ I.W. Sarlet, T. Fensterseifer, *Direito constitucional ambiental*, cit., 60-61.

⁶⁴ Il riferimento è alle importanti posizioni epistemiche e teoriche di Ludwig Von Bertalanffy, I. Prigogine, Fritjof Capra, Peter Singer, Aldo Leopold, Arne Naess, Félix Guattari, Luc Ferry. In Italia, si v. il recente F. Capra, P.L. Luisi, *Vita e natura. Una visione complessa*, Aboca, 2014.



una concretizzazione dei principi costituzionali di solidarietà e corresponsabilità intergenerazionale, codificati dall'art. 3^o⁶⁵.

Una simile pluralità di vedute si spiega col fatto che il modello brasiliano promuove in realtà una sorta di “ibridismo costituzionale” nel rapporto tra *Nomos* e *Ktthonos*⁶⁶, determinato cioè dal tentativo di conciliare le logiche del bilanciamento con quelle dell’ “equilibrio ecologico”: frutto, secondo alcuni, dell’imitazione decontestualizzata dell’art. 66 della Costituzione portoghese⁶⁷, piuttosto che dell’affermazione di una visione “autoctona” del non comune contesto della *terra brasiliis* (il “polmone della terra”), come tale utilizzabile nelle stesse modalità dei concetti indeterminati delle Costituzioni sociali europee del Novecento e quindi privo di una tutela specifica rappresentabile per via processuale, anche perché il riferimento al “bene di uso comune del popolo” – contenuto sempre nell’art. 225 – certificherebbe una titolarità non qualificabile soggettivamente e dunque realizzabile solo attraverso altre rivendicazioni, come confermerebbero gli enunciati della medesima disposizione costituzionale, dal richiamo ai processi ecologici essenziali (§ 1 I), al patrimonio genetico del paese (§ 1 II), agli spazi territoriali protetti (§ 1 III), alla fauna e flora (§ 1 VII), alle concentrazioni di biodiversità elevate a patrimonio nazionale (§ 4), nonché le previsioni sul patrimonio culturale (art. 216 *caput* e incisi), la conoscenza tradizionale comunitaria (§ 1 dell’art. 215, e art. 231 *caput*), l’ambiente artificiale urbano e rurale (artt. 5 XXIII, 21 XX, 182), l’ambiente di lavoro (artt. 7 XIII, e 200 VIII).

Di conseguenza, in che cosa effettivamente si verrebbe a concretizzare questo “equilibrio ecologico” all’interno del contenzioso processuale non risulta definito, tant’è che, in suo nome, sono stati affermati semplicemente dei principi di responsabilità ma non dei meccanismi di definizione dei suoi contenuti. Clausole, come il “divieto di invocazione di diritti quesiti” a danno dell’ambiente⁶⁸ o la responsabilità oggettiva da “rischio integrale”⁶⁹, lo comproverebbero. E il

⁶⁵ Tra l’altro, e significativamente, questa è la posizione anche di uno dei fondatori della “teologia della liberazione” in Brasile: Leonardo Boff (*Ecologia. Grito da terra, grido dos pobres*, Rio de Janeiro, Sextante, 2004; *Ethos Mundial. Um consenso mínimo entre os humanos*, Rio de Janeiro, Record, 2009; *Saber cuidar. Ética do humano, compaixão pela terra*, Petrópolis-RJ, Vozes, 1999¹²).

⁶⁶ A.H. Benjamin, *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*, in J.J. Gomes Canotilho, J.R.M. Leite (orgs.), *Direito constitucional ambiental brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2011⁴, 136 ss.

⁶⁷ J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*, in J.J. Gomes Canotilho, J.R.M. Leite (orgs.), *Direito constitucional ambiental brasileiro*, cit., 27 ss.

⁶⁸ In un ordinamento come quello brasiliano che costituzionalizza la tutela dei diritti quesiti (cfr. art. 5° XXXVI).

⁶⁹ Per cui il fondamento della responsabilità non risiederebbe nella colpa ma nel rischio medesimo comprovato dal concorso di acquisizioni tecniche dedotte nel processo, come già ammesso da una legge (il § 1 dell’art. 14 della legge 6.938/1981).

processo permarrebbe come luogo estraneo alla emersione di soggettività diverse da quella antropomorfo sociale.

4. La prospettiva andina del processo come democrazia partecipativa della “etnicità ecologica”: il modello dell’Ecuador

Nel *nuevo constitucionalismo* andino, specialmente con la Costituzione dell’Ecuador, il processo è, invece, un luogo privilegiato di emersione di soggettività plurime e diverse da quella antropomorfo sociale⁷⁰. Il paradigma è sempre la democrazia partecipativa, ma nella inclusione sia della tradizione giuridica “ctonia” sia della natura come “soggetto”.

Il nucleo di questo intreccio risiede in due blocchi normativi.

Il primo è dato dal *favor naturae*. Esso trova riscontro nell’art. 395 n. 4, in combinato disposto con gli artt. 396, 397 e 398 della Costituzione ecuadoregna, lì dove il *favor* viene declinato appunto nelle funzionalità del processo e in termini di partecipazione cittadina, in coerenza, tra l’altro, con il Titolo IV, sulla partecipazione nei poteri, compreso quello giudiziario, e con il Capitolo II del Titolo IV, sulla garanzia della supremazia della Costituzione attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale, in funzione di una diversa *Ergreifung* dell’economia, dettagliatamente scandita dall’art. 283 della Costituzione⁷¹. In forza di queste disposizioni, la natura non si trova a giocare un ruolo strumentale ai diritti e al loro bilanciamento, né diventa meritevole di tutela nella misura in cui assume un valore d’uso e/o di scambio (secondo la logica del “capitale naturale”)⁷². Essa assurge piuttosto a bene relazionale costituzionalmente prioritario⁷³ e prevalente sull’individualismo assiologico delle pratiche di bilanciamento “libero”, proprio perché identificata non più come oggetto materiale di appropriazione (e protezione) ma come “soggetto”

⁷⁰ Sulla contrapposizione tra monosoggettività occidentale e soggettività plurime andine, si v. L. Pellizzoni, *Natura, Buen Vivir e razionalità neoliberale*, in S. Baldi, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità*, cit., 189 ss.

⁷¹ Infatti, l’art. 283 sostanzialmente costituzionalizza il modello di economia ecologica del cosiddetto “stato stazionario”, elaborato dell’economista ambientale Herman Daly sin dagli anni Settanta (*Verso uno stato stazionario*, 1973) e finalizzato a fornire un paradigma eco-sistemico (e non esclusivamente sociale) al mercato e alle politiche di crescita e sviluppo. Cfr. M. Navas Alvear, *Buen Vivir, desarrollo y participación en la Constitución ecuatoriana*, in G. Marcilio Pompeu, M. Carducci, M. Revenga Sánchez (orgs.), *Direito constitucional nas Relações Econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, 421 ss.

⁷² Del resto, la prospettiva dello “stato stazionario” si basa proprio sul presupposto che la condizione della convivenza umana sia passata dall’era in cui il fattore condizionante l’equilibrio sociale è stato rappresentato dal lavoro prodotto dall’uomo (in sostanza l’era delle rivoluzioni industriali e dei connessi costituzionalismi) all’era in cui tale fattore di equilibrio risiede in quel che rimane della natura, per tale motivo eretta a nuovo “capitale”.

⁷³ Del resto, com’è noto, la teoria dei beni relazionali è speculare alle problematiche della sostenibilità non solo ambientale ma anche istituzionale delle società complesse: si v., in Italia, gli studi di L. Bruni, di cui almeno *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile*, Milano, Bruno Mondadori, 2006.

delle stesse relazioni umane. A questa visione si riconnettono poi ulteriori disposizioni costituzionali: dal “diritto alla restaurazione” della natura (art. 72), formula tesa a rendere indipendente, e di riflesso paritaria, la pretesa soggettiva della natura rispetto alle quantificazioni soggettive di indennizzo o risarcimento danni sullo sfruttamento delle sue risorse e dei suoi servizi ecosistemici nei rapporti sociali; alla inversione dell’onere della prova a suo favore (artt. 396 e 397); alla titolarità “plurima” (e non semplicemente “diffusa”) del suo esercizio nelle varie sedi dei poteri costituzionali (art. 74), funzionale non ad arricchire il quadro degli interessi bilanciabili nei singoli “casi”, ma ad incentivare l’emersione delle sue varie forme di manifestazione (art. 71, terzo inciso; art. 72, secondo inciso; art. 73), sia come nucleo di intangibilità da parte della discrezionalità politica, amministrativa e giudiziale (come attestano le clausole interpretative di integralità testuale degli artt. 32, 83, 275, 340, 427) sia come elemento di rinforzo delle numerose riserve di legge presenti nel testo, sia come complemento indisponibile dei diritti fondamentali, e non invece elemento estraneo o esterno ad essi (art. 11), sia come presupposto della progressività dei livelli di tutela, anche in alternativa alle dinamiche “multilivello” dei diritti fondamentali⁷⁴.

Il secondo blocco consiste nella “clausola di sviluppo” di cui all’art. 11 n. 7, combinata con la regola del “processo permanente di costruzione del potere cittadino”, fissato dall’art. 95. Lo sviluppo dei diritti è promosso e garantito dalla partecipazione. Il loro contenuto effettuale deriva da lì, dall’emersione deliberativa, non invece dal primato dell’argomentazione giudiziale. Solo nella partecipazione possono convivere le culture.

Dal punto di vista della dinamica del processo, gli effetti di questo duplice percorso sono sostanzialmente quattro:

- trasformare il procedimento giudiziale da luogo sapienziale delle formule giuridiche a spazio partecipato di concorso alla conoscenza della realtà nella sua integralità naturale e non esclusivamente sociale⁷⁵;
- democratizzazione la conoscenza stessa, sia tecnica che antropologica e sociale, come bene relazionale del processo;

⁷⁴ Si spiega in quest’ottica l’articolata apertura/chiusura della Costituzione a strumenti e parametri sovranazionali e internazionali di riconoscimento dei diritti (cfr. il Titolo VIII Cost.).

⁷⁵ Il giudice non è (solo) giurista, (anche) sociologo/antropologo (attraverso l’uso sapiente dei sofisticati test argomentativi maturati dall’esperienza del costituzionalismo). Il giudice diventa una sorta di facilitatore di partecipazione per la conoscenza dei fatti dedotti nel “caso” e delle loro implicazioni rispetto alla “integralità” della Costituzione.

- scongiurare la riduzione del tema dell' "equilibrio ecologico" a questione meramente "culturale", di cui il giudice diventa unico interprete e traduttore nella decontestualizzazione della realtà sia sociale che naturale⁷⁶;

- rendere apparente (come antinomia) la collisione fra diritti fondamentali, sussumendoli invece a complemento integrativo dei diritti della natura (il giudice non deve regolare, attraverso misurazioni sapienziali, la "lotta" tra i diritti, come avviene nel bilanciamento "libero", ma verificarne il *Buen Vivir* ossia l' "armonia" con la natura come contenitore di tutte le condizioni vitali di esercizio di qualsiasi diritto⁷⁷);

Del resto, in questa articolazione risiede la visione della sovranità "condivisa" del *nuevo constitucionalismo* andino⁷⁸.

La sfida, conviene ribadirlo, non è né assiologica (proclamare un valore che ispiri, accomunandole, politiche, interpretazioni e azioni in un quando ontologicamente immutato di riferimento alla sola dimensione sociale della vita⁷⁹), né culturale (promuovere il pluralismo nella forma del "dialogo" fra tradizioni giuridiche)⁸⁰, bensì metodologica (costruire un metodo di cooperazione e reciprocità che si fondi sui "diritti" della natura come contenitore sostenibile della convivenza di tutti gli esseri viventi)⁸¹.

In che cosa consista questa metodologia è desumibile da una serie di riscontri normativi riguardanti il processo; riscontri presenti tanto in Costituzione quanto nelle leggi ordinarie

⁷⁶ Sulla tendenza del ricorso alla "cultura" come strumento di decontestualizzazione delle realtà complesse, si v. D. Nelken, *Using the Concept of Legal Culture*, Berkeley, UC. Berkeley Press, 2014. Sulla posizione critica della dottrina e giurisprudenza dell'Ecuador alle aperture "culturali" e "dialogiche" del cosiddetto transcostituzionalismo, a favore di una prospettiva di rafforzamento domestico della costituzionalità e della sua specificità "ctonia", si v. C. Escobar García, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, Corte constitucional del Ecuador, Quito, 2011. Significativa, in tale prospettiva, è la recente sentenza della Corte costituzionale dell'Ecuador n. 113-14-SEP-CC del 30 luglio 2014 (caso n. 0731-10- EP).

⁷⁷ A questo profilo è specificamente dedicata una parte del citato libro di S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità*. In poche parole, la logica del *Buen Vivir* persegue una prospettiva non solo di promozione dei diritti sociali, soprattutto di fronte alle ragioni del mercato e del profitto, ma anche di compensazione della loro tutela attraverso l'attivazione di beni relazionali (tempo libero, istruzione gratuita, promozione della qualità della vita cittadina e rurale ecc...), di cui la natura, come ecosistema, è contenitore e custode.

⁷⁸ J.C. Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo*, Quito, UASB, 2013, 320 ss.

⁷⁹ Come se si trattasse di una sorta di rinnovata etica repubblicana.

⁸⁰ Ipotesi sostanzialmente conservativa dello *status quo*, giacché ridurrebbe la natura a cultura (come tale confrontabile con qualsiasi altra cultura), ininfluenza sull'assetto dei rapporti di equilibrio fra pretese e interessi individuali.

⁸¹ Corte Constitucional del Ecuador, *Derechos de la Naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013; R. Ávila Santamaría, *Derecho de la naturaleza fundamentos*, en A. Acosta, E. Martínez (comps.), *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política*, Quito, Abya Yala, 2011, 226 ss.



attuative delle sue riserve rinforzate, a partire dalla *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (LOGJCC), conseguente agli artt. 436 e 437 sulla Corte costituzionale.

Tali riscontri definiscono una sorta di doppio vincolo all'interno della dinamica processuale: vincolo nel metodo; e vincolo nel contenuto⁸².

Infatti, dagli artt. 426-427 e 428 si desume un concorso plurimo di “applicazione diretta” della Costituzione nei suoi “mandati” (art. 436 n. 10). Esso, però, non consiste in una legittimazione del controllo “diffuso” di costituzionalità. Tali disposizioni, infatti, servono a dare senso ai due blocchi normativi prima richiamati: la Costituzione si applica “direttamente” nelle opzioni di *favor* e nei metodi che essa riconosce, a partire appunto dal *favor naturae* e dalla partecipazione cittadina nell'esercizio dei poteri. Di conseguenza qualsiasi giudice dovrà applicare direttamente la Costituzione, attivando partecipazione e *favor*. Il giudizio di legittimità costituzionale resta sullo sfondo; è un'altra cosa: una verifica di conformità fra parametri normativi, nell'esercizio concentrato della Corte costituzionale.

Si spiega così la particolare struttura redazionale della Costituzione dell'Ecuador, con la Corte costituzionale “garante” della “supremazia costituzionale”, e i poteri pubblici partecipati – compresi i giudici – “responsabili” dell'applicazione diretta della Costituzione⁸³.

Applicazione diretta dei mandati costituzionali e garanzia della supremazia della Costituzione abilitano poi al “controllo integrale” di qualsiasi disposizione normativa dedotta in giudizio (sia davanti al giudice comune che a quello costituzionale), con lo scopo, al di là del *petitum* di parte, di verificare che l'atto giuridico sia “conforme” ai due blocchi normativi disegnati nella Costituzione, ovvero sia stato adottato nel coinvolgimento della partecipazione cittadina (in un sorta di assunzione del “giusto procedimento” come parametro di validità di qualsiasi atto) e nell'orientamento al *favor naturae*.

Il vincolo nel contenuto è dato dalla formalizzazione del cosiddetto “precedente costituzionale”, distinto dal semplice “precedente giudiziale”. Il riscontro è nell'art. 436 n. 6 e negli artt. 2 n. 3 e 62 n. 8 della LOGJCC⁸⁴. Il “precedente costituzionale”, infatti, ha lo scopo di integrare il “mandato” indicato dalle varie disposizioni costituzionali, vincolando sia i giudici che le altre autorità, in modo tale che la soluzione “partecipata” sul singolo “caso” risolto non resti relegata

⁸² Cfr. J. Benavides Ordóñez, J. Escudero Soliz (coords.), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2013, e *ivi* richiami giurisprudenziali.

⁸³ Si cfr. il Titolo IV, dedicato alla partecipazione, comprensivo sia della funzione giudiziale (Capitolo IV) sia di quella della “trasparenza” (Capitolo V), con il Titolo IX, intitolato alla “supremazia costituzionale”, i cui principi (artt. 424-428) coinvolgono tutti i giudici, ma la cui garanzia (Capitolo II) è rimessa solo alla Corte costituzionale.

⁸⁴ Si v. il numero dedicato al precedente costituzionale, nella rivista *Umbral. Rev. Der. Const.*, 1, 2011.



al “caso” stesso (nella sua declaratoria di accoglimento o rigetto) né assurga a precedente argomentativamente autoreferenziale per la Corte stessa (come si verifica per la Corte costituzionale italiana), e neppure operi all'esterno come semplice monito o principio (come si verifica per le sentenze “additive di principio”, la cui forza normativa finisce col dipendere esclusivamente dalla discrezionalità del legislatore), ma diventi piuttosto un vincolo ulteriore di “metodo” e “contenuto” per l'applicazione diretta della Costituzione da parte di qualsiasi potere. È in tale prospettiva che la partecipazione cittadina è stata efficacemente inquadrata come “fonte del diritto” e più precisamente come “fonte interposta” tra la Costituzione e i fatti dedotti in giudizio: una fonte di tipo “informativo”, perché mirata ad una conoscenza contemporaneamente completa, attraverso l'emersione del contesto in cui assumere le decisioni di applicazione della Costituzione nel concorso dei partecipanti (ai sensi degli artt. 11 n. 7, 95 e 395 Cost.), e perfetta, ossia comprensiva di tutte le azioni precedenti che hanno arricchito nel tempo i “mandati” costituzionali (ai sensi dell'art. 436 n. 6 e dell'art. 158 LOGJCC)⁸⁵.

Gli strumenti processuali che rendono possibile una tale “interposizione” sono quattro:

- l'*Amicus Curiae*, in conformità con l'art. 12 della LOGJCC e nell'ammissione non solo di chi ha un interesse concreto alla causa ma anche di chi è comunque direttamente interessato al fatto;
- l'udienza pubblica di ascolto di “altre” persone o istituzioni (artt. 14 e 87 LOGJCC);
- l'assunzione di informazioni e di studi specialistici (art. 86 LOGJCC e 67 del *Reglamento de Sustanciación de Procesos*);
- l'“azione straordinaria di protezione” (artt. 437 Cost. e Capitolo VIII LOGJCC) nella sua ammissibilità per “inosservanza dei procedenti della Corte costituzionale” o per “questioni di rilevanza nazionale” (art. 62 n. 8 LOGJCC).

Come si può facilmente constatare, l'articolazione partecipativa del processo in Ecuador va oltre la logica litisconsortile delle proposte brasiliane⁸⁶. La finalità non è (solo) quella di contestualizzare gli interessi in gioco da (eventualmente) bilanciare. L'idea della “interposizione

⁸⁵ J. Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*, Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2012, 139 ss.

⁸⁶ Anche se S. Bagni, *Il Sumak Kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in S. Baldin, M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità*, cit., 92 ss., interpreta la disciplina legislativa dell'“azione straordinaria di protezione” come una limitazione dell'accesso alla giustizia garantito dalla Costituzione.

normativa” serve a indirizzare nei fatti e nei “casi” il modo costituzionalmente corretto di applicare la Costituzione nel primato del *favor naturae*⁸⁷.

5. Spunti conclusivi: ritorno a Hardin vs. Ostrom?

Brasile ed Ecuador risultano dunque accomunati da un “elemento determinante”⁸⁸ insito nell’art. 275 della Costituzione brasiliana e nei “mandati costituzionali” ecuadoregni (della Costituzione e dei “precedenti costituzionali”). Le prospettive dei due paesi, però, profilano scenari differenziati che sembrano ricalcare le due opzioni possibili nelle strategie di cooperazione di fronte alle sfide della “etnicità ecologica” e dell’ “equilibrio ecologico”: quella appunto della “regolazione” degli interessi (ad esito bilanciato sulle “scelte” effettuate); e quella invece della gerarchizzazione delle priorità (ad esito predeterminato da una “preferenza” preconstituita)⁸⁹.

Si tratta di una demarcazione fra “preferenze” e “scelte” che, sul piano teorico e pratico, non solo è alla base delle varie teorie dei giochi e dei loro paradossi con cui spiegare, in modo razionale e suppostamente neutro, l’allocazione di beni, risorse e valori⁹⁰, ma ricalca anche le due visioni istituzionali sulla partecipazione allo sviluppo sostenibile e alla garanzia dei diritti intergenerazionali (in una parola, il tema delle “esternalità”, prima richiamato), resa evidente dalla nota contrapposizione tra formula pessimistica della “tragedia dei beni comuni”, elaborata dal biologo Garrett Hardin⁹¹, e suo superamento proposto dalle “*Constitutional Choices*” del premio Nobel per l’economia Elison Ostrom⁹²: secondo Ostrom, la partecipazione sarebbe il mezzo per definire il bilanciamento delle “scelte” caso per caso, nel contestuale rispetto dei diritti e dell’ “equilibrio ecologico” della gestione sociale dei beni (ma nella concezione della natura non come “preferenza” ma semplicemente come “oggetto” di “scelte”); secondo Hardin, la partecipazione risponderebbe alla necessità di una “costrizione” che gerarchizzi le “preferenze” (essendo la

⁸⁷ Per esempio, nell’accesso al giudice per “azione straordinaria di protezione”, il danno lamentato dal ricorrente ben potrà assumere i contorni di quella “inegualità” (*ex art. 427 Cost.*) determinata anche dalla violazione dei diritti di partecipazione, fondati sul “diritto allo sviluppo” garantito dagli artt. 11 n. 7 e 95 Cost.

⁸⁸ Nel significato proprio della scienza della comparazione, definitivamente chiarito da L.J. Constantinesco, ossia come “scala di valori” che orienta un ordinamento giuridico e la sua dinamica. Sulla importanza della identificazione degli “elementi determinanti” nel comparazione anche dei sistemi processuali, si v. ora l’impostazione metodologica di L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, BUP, 2014.

⁸⁹ Su tale alternativa, cfr. G. Lariguet, *Dilemas y conflictos trágicos*, Lima-Bogotá, Palestra-Témis, 2008

⁹⁰ Rinvio nuovamente a S.P. Hargreaves-Heap, M. Hollis, B. Lyons, R. Sugden, A. Weale, *The Theory of Rational Choice*, cit.

⁹¹ G. Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, 1242 ss.

⁹² Si v. E. Ostrom, *Governare i beni collettivi. Istituzioni pubbliche e iniziative delle collettività*, trad. it., Venezia, Marsilio, 2006, 12 ss.



natura non una “materia senza soggettività”, bensì ecologicamente e biologicamente un “insieme vivente di leggi non negoziabili”) e quindi condizioni le “scelte” sociali (in quanto scelte esclusivamente umane), utilizzando la cooperazione come strumento non di negoziazione e bilanciamento, ma di condivisione di un paradigma già imposto e legittimato (le “leggi della natura”).

Mentre il percorso brasiliano sembra più prossimo all’idea regolativa à la Ostrom, la breccia aperta dal *nuevo constitucionalismo* andino sembra propendere per una risposta nei termini della “reciproca coercizione reciprocamente concordata”, di cui parlava Hardin.

Del resto, il “controllo integrale” della Costituzione dell’Ecuador, che il metodo della partecipazione anche processuale (art. 95) e l’applicazione diretta della Costituzione nella sua “integralità” (art. 427) comprensiva dei “precedenti costituzionali” (art. 436 n. 6) realizzano, presuppone una “preferenza” già imposta e legittimata (dal processo costituente “ctonio”), al cui interno il bilanciamento non è né la soluzione né il fine, ma addirittura il problema, in quanto insieme di “scelte” in conflitto sì reciproco ma soprattutto in potenziale difformità con la “preferenza” della natura: il *favor naturae*, appunto⁹³. E se il metodo del bilanciamento “libero”, parametrato al “caso”, fonda un paradigma comprensivo di tutte le “scelte” (nella logica *et-et*), al cui interno il giudice opera semplicemente come garante dell’equilibrio rappresentato dall’azione delle parti anche nell’eventuale inclusione litisconsortile dell’*Amicus Curiae*⁹⁴, la logica dei “diritti della natura” nel processo, attraverso modalità di partecipazione non necessariamente qualificate dall’interesse, risponde non tanto ad una esigenza di inclusione litisconsortile, quanto di compartecipazione delle conoscenze per la contestualizzazione della “preferenza” messa in gioco dal conflitto di “scelte”, in una logica *aut-aut*, in cui il giudice è il promotore del confronto in funzione della verifica della “preferenza” stessa e non del soddisfacimento bilanciato delle

⁹³ È appena il caso di constatare che il *favor naturae* dell’Ecuador costituzionalizza la clausola dell’art. 3 punto 5 della Convenzione di Aarhus, secondo cui «le disposizioni di questa Convenzione non pregiudicano il diritto delle Parti di continuare ad applicare o ad adottare, invece delle misure previste dalla Convenzione, delle disposizioni che garantiscano un accesso più ampio all’informazione, una maggiore partecipazione del pubblico al processo decisionale e un accesso più vasto alla giustizia nell’ambito ambientale», combinandola con le innumerevoli disposizioni costituzionali in questa sede richiamate e con il citato Titolo VIII della Costituzione.

⁹⁴ Sulla prevalenza, nei modelli occidentali delle politiche di sviluppo, della estensione delle logiche *et-et* dai conflitti sociali ai conflitti società-natura, si v. D. Williams, *Governance and the Discipline of Development*, in *Eur. J. Devel. Research*, 1996, 170 ss.; O. Mehmet, *Westernizing the Third World. The Eurocentricity of Economic Development Theories*, London-New York, Routledge, 1997; A.B. dos Santos Seraine, R.B. dos Santos Junior, S. Miyamoto (orgs.), *Estado, Desenvolvimento e Políticas públicas*, Ijuí, Ed. Unijuí, 2008.

“scelte” delle parti; “preferenza” consolidata dal doppio vincolo di metodo e di contenuto che la Costituzione impone a qualsiasi potere⁹⁵.

Secondo una dottrina attenta alla comparazione fra razionalità costituzionale europea e razionalità latinoamericana, il tema del “rispetto” della natura, e non solo dell’ambiente, imporrà un ritorno al “dirigismo” costituzionale, con i suoi vincoli e i suoi “mandati” non più soltanto di “ottimizzazione” dei diritti da “bilanciare”⁹⁶.

Secondo Naomi Klein, negli elementi della natura (nelle sue “leggi non negoziabili”) risiederà il nuovo *Nomos* costituente⁹⁷.

La “tragedia” di cui parlava Hardin consisteva sostanzialmente nella constatazione che “i dilemmi non conoscono soluzioni tecniche” ma solo fissazione di “valori” non bilanciabili; e per la verità già Carl Schmitt aveva dubitato che le tecniche di “neutralizzazione” (come di fatto si rivela essere il bilanciamento dei diritti nel processo) potessero riuscire a esorcizzare definitivamente dilemmi di convivenza sempre più complessi⁹⁸.

Forse quello che il costituzionalismo latinoamericano, e soprattutto andino, può offrire alla riflessione sulle politiche costituzionali del futuro è proprio questo: rigenerare la democrazia come partecipazione in tutti i campi decisionali compreso il processo, per la conoscenza, la comprensione e la condivisione dei dilemmi e delle “preferenze” che essi richiedono; non più e non solo per la rappresentazione delle “scelte”⁹⁹.

Anche perché, di fronte alla natura, *forse* la “etnicità ecologica” è tutto il genere umano.

⁹⁵ Del resto, anche in qualsiasi razionale “teoria dei giochi”, nel momento in cui si deve attivare una cooperazione intersoggettiva attraverso la partecipazione (i cosiddetti “giochi cooperativi”), si impone la necessità – logica e operativa – di fissare una “preferenza” su cui appunto cooperare.

⁹⁶ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional ambiental*, cit., non a caso il teorico contemporaneo più significativo sui temi del “costituzionalismo dirigente”.

⁹⁷ N. Klein, *This changes Everything. Capitalism vs. the Climate*, London, Allen Lane, 2014.

⁹⁸ Su questo profilo del pensiero di Schmitt, si v. C. Galli, *Genealogia della politica: Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Nuova ed., Bologna, il Mulino, 2010.

⁹⁹ In quest’ottica, è molto interessante la prospettiva offerta, proprio dall’America latina, da E. Otto Duarte, *Entre Constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional. Neoconstitucionalismo e ordem mundial*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.