



Decidere sul cambiamento climatico. Parte I

La «Cattura» del regolatore nelle negoziazioni
(UNFCCC vs. «Carta dell'energia»),

le 4 «variabili determinanti» dell'Accordo di Parigi
(e incidenza sulla logica del «partecipante mediano»),
la novità del Reg. UE 2020/852
(e «tassatività» della «eco-sostenibilità» economica)

MICHELE CARDUCCI

Novembre 2021

La «nidificazione» degli interessi nelle negoziazioni

UNFCCC del 1992 (con adesione UE)

«Parti» sottoscrittrici per regolare «attività» (pubblico-private) climalteranti nella «specialità» delle fonti del diritto climatico e nella pluralità dei sistemi costituzionali di «adattamento» di quella specialità, per «escludere» ogni «pericolosa interferenza umana» sul sistema climatico, in tempi utili a garantire effetti eco-sistemici e socio-economici nel rispetto dell'*Equity*

Quindi: interessi «politici» degli Stati
Interessi «economici» delle attività climalteranti
Interessi di «giustizia» per l'*Equity*

Secondo «tempi» in grado di equilibrare

Carta dell'energia 1994-1996 (con adesione UE)

Trattato sottoscritto dagli Stati per garantire gli investimenti nelle attività «energetiche», ovvero nelle attività «fossili» nella «complementarità tra mercati, capitale e tecnologia occidentale e risorse naturali dell'est» (ex URSS)
Quindi «antinomia» (reale, apparente?) tra obiettivi dell'UNFCCC e obiettivo della Carta dell'energica.

Disposizioni di «cattura» della regolazione sul cambiamento climatico:

Art. 16 (rapporti con altri Trattati precedenti o successivi, antinomia apparente – per prevalenza della Carta – con le Parti III, sulla tutela degli investimenti, e V, sulla soluzione delle controversie

Ma... Art. 45 n.3-b (nella Parte VI) sulla c.d. «*Zombie Clause*»

Ma... Art 19 (nella Parte IV), sugli «aspetti ambientali» non soggetta alla clausola del *favor* degli investimenti dell'Art. 16.

Il «paradosso dell'incompetenza» (o «principio di Peter»)

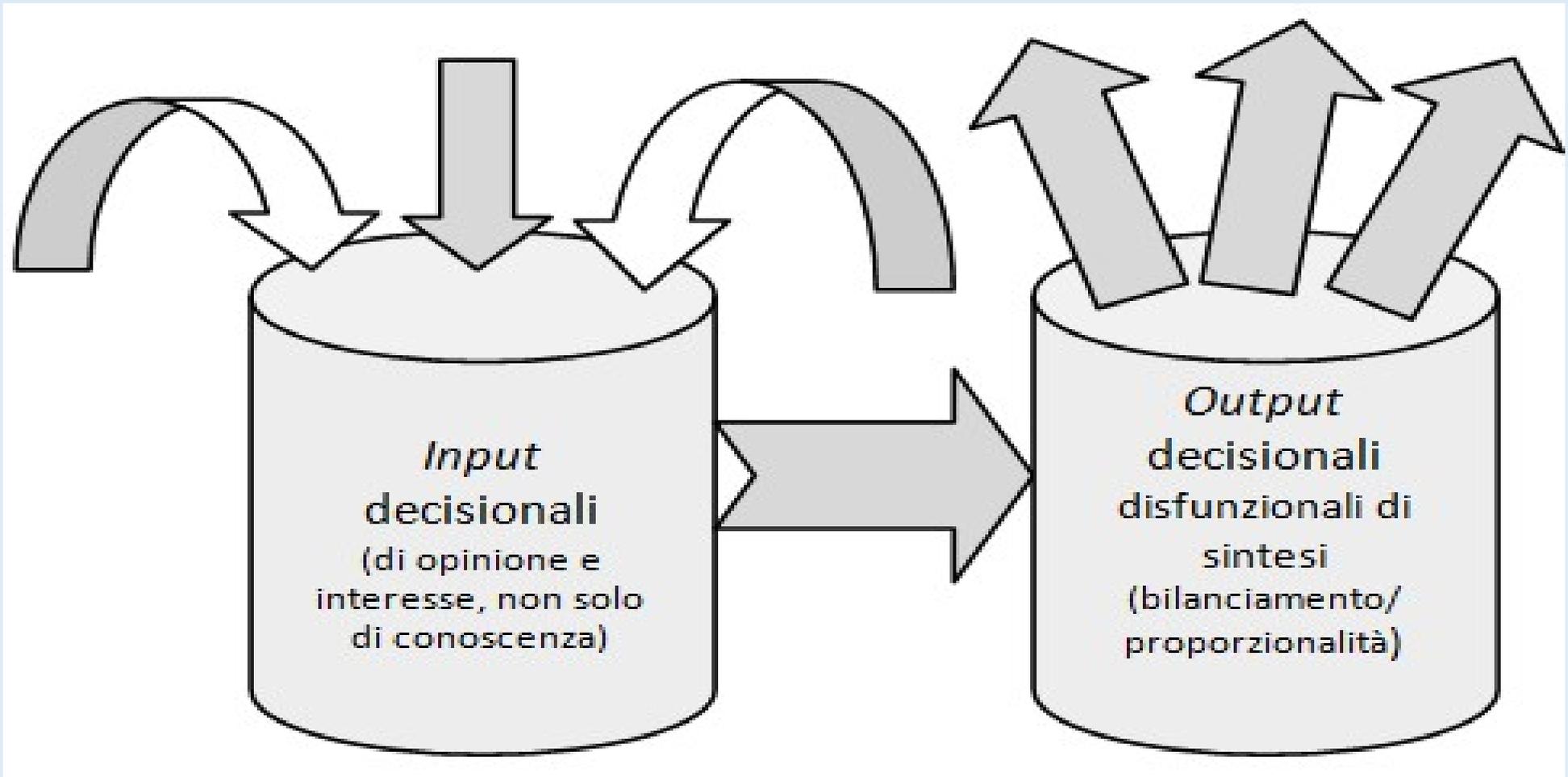
Come applicare l'art. 3 n.3 UNFCCC?

«Le Parti devono adottare misure precauzionali per rilevare in anticipo, prevenire o ridurre al minimo le cause dei cambiamenti climatici e per mitigarne gli effetti negativi. Qualora esistano rischi di danni gravi o irreversibili, la mancanza di un'assoluta certezza scientifica non deve essere addotta come pretesto per rinviare l'adozione di tali misure, tenendo presente che le politiche e i provvedimenti necessari per far fronte ai cambiamenti climatici devono essere il più possibili efficaci in rapporto ai costi, in modo da garantire vantaggi mondiali al più basso costo possibile. A tal fine si devono elaborare politiche e provvedimenti che riflettano diversi contesti socioeconomici, siano completi, riguardino tutte le fonti pertinenti, i pozzi e i serbatoi di gas ad effetto serra, prevedano l'adeguamento e comprendano tutti i settori economici»

Se l'«assoluta certezza scientifica» non può essere un «pretesto», come decidere senza ignorare la scienza, evitando danni e garantendo «vantaggi mondiali»?

La logica «mediana» nelle deliberazioni interne 1.

Nel governo della «complessità» della politica, le conoscenze non sono l'*input* principale: di qui l'effetto deliberativo del c.d. «*Garbage Can Model*»



La logica «mediana» nelle deliberazioni interne 2.

Nei diversi sistemi costituzionali, la conoscenza scientifica non gioca sempre lo stesso ruolo, potendo essere parificata a un'«opinione» (la cui «incertezza» può servire come «pretesto» del potere deliberativo) o come «riserva di competenza» (c.d. «riserva di scienza») (la cui «incertezza» funge comunque da limite del potere)

Modello

proprietario/dossologico

(Cost. USA art. 1 Sec. VIII n.8 ; I emendamento; 1^a legge sul Copyright nel 1790; caso “Eldred v. Ashcroft” del 2003: «Il diritto d'autore è il motore della libertà di espressione. Nell'affermare un diritto allo sfruttamento economico delle proprie espressioni, il diritto d'autore fornisce l'incentivo a creare e diffondere idee»)

Modello sociale/epistemico

(Cost. italiana artt. 21, 33 e 32; la scienza non è uguale all'opinione, perché è in funzione della salute; di conseguenza la scienza “limita” sia la discrezionalità politica – per evitare “salute di Stato” – sia l'iniziativa privata – per evitare che la salute dipenda dal profitto. Sent. Corte cost. it. n. 282/2002 e n. 116/2002: c.d. “riserva di scienza”)

La logica «mediana» nelle deliberazioni interne 3.

In tutte le deliberazioni, i partecipanti, nonostante la conoscenza scientifica, sono portatori di interessi e diritti che condizionano, la cui rinuncia determina «costi», nonché di mere «opinioni» (non «esperte»), la cui condivisione determina «consenso»: questo spiega l'effetto del c.d. «partecipante mediano» nelle deliberazioni.

In presenza di tre partecipanti disposti a considerare come "minor costo possibile" rispettivamente 5, 10 e 20, dove 20 costituirebbe il "costo migliore" per "garantire vantaggi mondiali" secondo le informazioni "esperte", si profilerebbe il seguente scenario di opzioni decisorie basate sulle sole preferenze "non esperte".

Partecipante non esperto	Ordine di preferenze nel farsi carico del "minor costo possibile" (MCP) per "garantire vantaggi mondiali"		
A	MCP 5	MCP 10	MCP 20
B	MCP 10	MCP 5	MCP 20
C	MCP 20	MCP 10	MCP 5

Opzioni di consenso "non esperto" sul "minor costo possibile"	A	B	C	Risultato
MCP 5 contro 10	5	10	10	10
MCP 5 contro 20	5	5	20	5
MCP 10 contro 20	10	10	20	10

L'opzione del partecipante B, pur non essendo il miglior costo possibile per "garantire vantaggi mondiali" alla luce della conoscenza "esperta", farebbe convergere il consenso dei partecipanti "non esperti".

«Curva di indifferenza» del «partecipante mediano»

Tuttavia, la logica del «partecipante mediano» presuppone e richiede che interessi, costi e opinioni dei partecipanti siano tutti paritariamente meritevoli di considerazione e riconoscimento, senza «differenze» (c.d. «curva di indifferenza»), secondo l'approccio *et-et* del pluralismo inclusivo, sicché la «conoscenza», anche quando dotata di «riserva di scienza», non assume un rilievo sovraordinato, prioritario e preferenziale, ma «concorre» nel compromesso «mediano» della deliberazione.

Se questo postulato può valere dal punto di vista socio-economico, in nome appunto del pluralismo, esso non vale in termini biofisici e termodinamici.

Questa incompatibilità non è stata mai espressamente regolata dal diritto sino all'Accordo di Parigi del 2015, con il quale – di fronte alla «*minaccia urgente e potenzialmente irreversibile*» del cambiamento climatico (Dec. 1/CP.21 UNFCCC) - sono state introdotte specifiche condizioni biofisiche e termodinamiche, fissate dal diritto come «variabili esterne determinanti» delle deliberazioni.

Quindi, le deliberazioni non possono più operare dentro la «curva di indifferenza» di interessi, costi, opinioni, conoscenze.

L'Accordo di Parigi (*Preambolo* e artt. 2 e 4)
e l'ingresso delle «risorse scarse» e dei «limiti»:
le 4 «variabili determinanti esterne» 1.

Che cos'è una «variabile determinante esterna»?

Sin dalle osservazioni induttive di John Stuart Mill, una variabile esterna è «determinante» se consiste in un «fattore» che si riscontra «comune» nel causare o scongiurare determinati eventi o fatti. È quindi un elemento della causalità non esclusivamente umana.

Con l'Accordo di Parigi, sono identificati 4 «fattori comuni» per determinare l'obiettivo dell'art. 2 dell'UNFCCC. Il che significa che ignorare anche solo uno di questi 4 «fattori comuni», anche in ragione delle deliberazioni fondate sul «partecipante mediano», significa fallire nel conseguimento dell'obiettivo dell'art. 2 dell'UNFCCC. In pratica, le 4 variabili limitano e condizionano qualsiasi deliberazione sul cambiamento climatico (ma – più rigorosamente – sul sistema climatico). Per questo si dice che ormai il *policy making* non può più fondarsi sulla «euristica dello status quo» (c.d. «*pregiudizio dello status quo*»).

L'Accordo di Parigi (*Preambolo* e artt. 2 e 4)
e l'ingresso delle «risorse scarse» e dei «limiti»:
le 4 «variabili determinanti esterne» 2.

Limite di aumento delle temperature (1,5° e «*ben al di sotto*» di 2°C per il 2100)

➡ la temperatura diventa un «limite»

Carbon Budget (la quantità di gas serra che si può ancora emettere per mantenere il «target» di 1,5°C/2°C) (*Special Report 1,5°C IPCC 2018* commissionato a Parigi)

➡ la CO₂ diventa una risorsa «scarsa»

Il tempo entro cui garantire il limite di aumento (2030-2050-2100)

➡ il tempo diventa una risorsa «scarsa» e non disponibile (perché già decisa con l'Accordo di Parigi)

Nel rispetto e promozione dei diritti umani

➡ i diritti umani diventano «limite» (rispetto) e «obiettivo» (promozione) delle politiche climatiche (in quanto anche la biofisica umana è compromessa dalla biofisica e dalla termodinamica del sistema climatico).

Che cosa implicano queste novità?

1. Scarsità e limiti sono stati «deliberati» e «accettati» dagli Stati, quindi individuano il «livello ottimale» (entro la temperatura stabilita + nei limiti del *Carbon Budget* + nei tempi indicati + nel rispetto e nella promozione dei diritti umani) di azione, non negoziabile dal «partecipante mediano».
2. Di conseguenza, questi elementi non sono più «bilanciabili», ma costituiscono il «parametro» (non l'oggetto) delle azioni.
3. Quindi, questi elementi limitano sia la discrezionalità politica che l'autonomia privata (imponendone l'emancipazione dal «*pregiudizio dello status quo*»)
4. In quanto identificano la «soglia di controllo del rischio accettabile» (tra l'altro, è stata proprio la Commissione europea, con la «Comunicazione» del 2000 sul principio di precauzione, a chiarire che «*giudicare quale sia un livello di rischio accettabile per la società costituisce una responsabilità eminentemente politica*»: par. 4 del *Sommario*), la loro elusione o mancata considerazione determina condotta illecita nella situazione di pericolo dell'emergenza climatica.

«Rischio accettabile» in presenza di «minaccia» e di danni

Infatti, l'Accordo di Parigi è adottato con la Dec. 1/CP.21 UNFCCC del 2015, che dichiara lo stato di «*minaccia urgente e potenzialmente irreversibile*» del cambiamento climatico. Quindi, si riconosce ufficialmente che le decisioni non operano in condizioni di fatto «normali», bensì di «minaccia».

Ma non solo.

L'art. 8 dell'Accordo di Parigi specifica anche che «*Le Parti riconoscono l'importanza di evitare e ridurre al minimo le perdite e i danni collegati agli effetti negativi dei cambiamenti climatici, compresi eventi meteorologici estremi e eventi lenti a manifestarsi, e di porvi rimedio, e riconoscono altresì l'importanza del ruolo dello sviluppo sostenibile nella riduzione del rischio di perdite e danni*».

Questo significa che il «rischio accettabile» non serve a «escludere» gli «effetti negativi» dei cambiamenti climatici (fonte della «*minaccia urgente*»), bensì a «evitare» o «ridurre al minimo» perdite e danni conseguenti a quegli effetti (il «*potenzialmente irreversibile*»).

Pertanto, questa disposizione non si sostituisce all'art. 2 UNFCCC («escludere» ogni pericolosa interferenza umana sul sistema climatico), come del resto ribadito proprio dall'Accordo di Parigi agli artt. 2 e 13 n.5, ma la integra sugli «effetti» del cambiamento climatico già in atto.

La ulteriore «variabile determinante» del Regolamento UE n. 2020/852

Questo approccio non più di «indifferenza» è fatto proprio dalla UE con riguardo a tutte le «attività economiche». Infatti, esse, quindi anche le «attività» oggetto di regolazione dell'UNFCCC e della Carta dell'energia, devono soggiacere alla disciplina prognostica e proattiva della c.d. «eco-sostenibilità», definita dagli artt. 1, 3, 9 e 18, e strutturata in

- tre elementi di «adeguatezza» prognostica e proattiva (1: *«contribuire in modo sostanziale al raggiungimento di uno o più degli obiettivi ambientali di cui all'articolo 9»* (adeguatezza prognostica); 2: *«senza arrecare un danno significativo a nessuno degli altri»* - c.d. *DNSH* definito a contrario dall'art. 17 (adeguatezza proattiva); 3: *«nel rispetto delle garanzie minime di salvaguardia previste all'articolo 18»* (adeguatezza prognostica))
- tre elementi di «conformità» (1. *«ai criteri di vaglio tecnico fissati dalla Commissione»*; 2. nel rispetto del *Considerando* n. 35; 3. nel rispetto dell'art. 18 (c.d. «garanzie minime di salvaguardia» di rispetto delle *Linee Guida* OCSE e ONU su imprese e diritti umani e *«Due Diligence»* privata nell'analisi del rischio).

Regolamento UE n. 2020/852, Accordo di Parigi e art. 191 TFUE

Questo Regolamento opera all'interno dello spazio giuridico della UE.

All'interno della UE, esso recepisce le 4 «variabili determinanti esterne» dell'Accordo di Parigi e quindi dell'UNFCCC, cui l'Accordo di Parigi rinvia, declinandone nello specifico settore delle «attività economiche» e determinando una prevalenza di esse su qualsiasi altra disposizione contraria (per «*primauté*» ed «effetto utile»), compresa la «Carta dell'Energia».

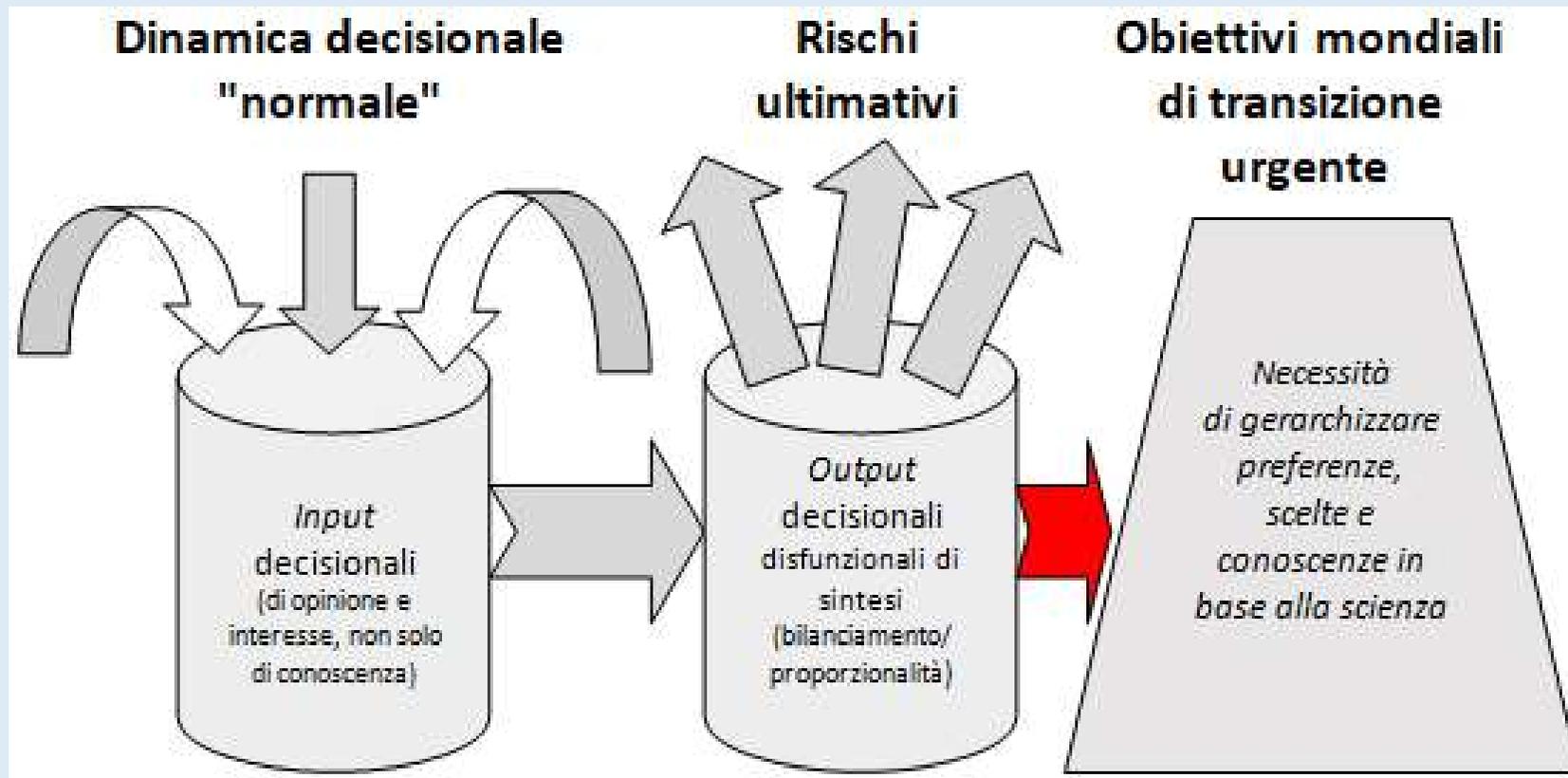
Del resto, in tal senso si v. ora la Sentenza della Corte di Giustizia della UE del 2 settembre 2021 in Causa C-741/19, che ridimensiona la «Carta dell'Energia» dentro la UE.

Tra l'altro, questa prospettiva diventa l'unica interpretazione «in buona fede» (secondo la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969) delle fonti del diritto internazionale «europeizzate» e l'unica coerente con l'art. 191 TFUE che mira non solo alla «salvaguardia e tutela» ma anche al «miglioramento» della qualità dell'ambiente, nonché a «risolvere» i problemi dell'ambiente, garantendo un «elevato livello di tutela» e considerando «vantaggi e oneri» che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione sull'ambiente.

Quindi «partecipante mediano» e «*Garbage Can Model*» sono destinati a recedere? Sì.

Quali conseguenze pratiche?

1. La «eco-sostenibilità» diventa criterio «gerarchico» di validità delle «attività» economiche nei «limiti» e alle «condizioni» dell'Accordo di Parigi e per gli obiettivi dell'art. 2 UNFCCC, altrimenti falliti data la «*minaccia urgente e potenzialmente irreversibile*» del cambiamento climatico.



Quali conseguenze pratiche?

2. La deliberazione non solo deve operare «dentro» le «variabili determinanti» dell'Accordo di Parigi del 2015, ma deve anche garantire la «eco-sostenibilità» delle attività che regola, affinché ciascuna sia prognostica e proattiva nel rispetto del Reg. UE n. 2020/852 e così contribuire a neutralizzare la «*minaccia urgente e potenzialmente irreversibile*» del cambiamento climatico.

In definitiva, le deliberazioni non dovrebbero più semplicemente «governare il rischio», ma «evitare» la sua degenerazione irreversibile.

Quindi, il Regolamento UE n. 2020/852 si colloca nella stessa logica dell'emergenza climatica (non a caso, dichiarata dal Parlamento europeo) e della formula che la schematizza:

$$E = R \times U$$

Conferme e smentite da COP26

Il «*Glasgow Climate Pact*» (Decision -/CP.26)

(<https://unfccc.int/documents/310475>)

conferma questo quadro, anche se gli ulteriori impegni assunti riflettono la logica «nidificata» degli interessi e dei costi in gioco, nonostante la «minaccia urgente» e nonostante le conoscenze scientifiche a disposizione sull'emergenza climatica.

Quindi, gli effetti del «partecipante mediano» e del «*Garbage Can Model*» non sono stati del tutto neutralizzati.