

ISSN 1128/322X

FALL 2024

Vol. 30

The Cardozo Electronic Law Bulletin

Profili dell'obbligo rinegoziativo tra
tradizione e rinnovamento

Silvio Pietro Cerri

Can You Imagine a World Without
Judges (or a World with
Robot-Judges)?

Giovanni Maria Riccio

The Environmental Issue and the
Representation of Future
Generations: What Models for Italy?
Comparative Law Suggestions

Dario Elia Tosi

The Cardozo Electronic Law Bulletin

EDITOR IN CHIEF

Pier Giuseppe Monateri
(Università degli Studi di Torino; Sciences Po-Parigi)

MANAGING EDITORS

Cristina Costantini (Università degli Studi di Perugia)
Mauro Balestrieri (Università degli Studi di Torino)
Davide Gianti (Università degli Studi di Torino)

SCIENTIFIC COMMITTEE

Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata)
Duncan Fairgrieve (British Institute of International and
Comparative Law)
Maria Rosaria Ferrarese (Università degli Studi di Cagliari)
Günter Frankenberg (Goethe-Universität)
Tommaso Edoardo Frosini (Università Suor Orsola
Benincasa di Napoli)
Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia)
Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia)
Ugo Mattei (Università degli Studi di Torino)
Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo)
Horatia Muir Watt (Sciences Po-Parigi)
Roberto Pardolesi (LUISS Guido Carli)
Giorgio Resta (Università di Roma Tre)
Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno)

REFEREES

Daniela Carpi (Università degli Studi di Verona)
Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno)
Francesco Di Ciommo (LUISS Guido Carli)
Rocco Favale (Università degli Studi di Camerino)
Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova)
Pablo Moreno Cruz (Universidad Externado de Colombia)
Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo)
Federico Pizzetti (Università degli Studi di Milano)
Alessandra Quarta (Università degli Studi di Torino)
Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Sciancalepore (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Varanese (Università degli Studi del Molise)
Arianna Vedaschi (Università Bocconi)
Andrea Zoppini (Università di Roma3)

Sito web: <https://www.ojs.unito.it/index.php/cardozo/index>

e-mail: celbulletin@gmail.com

©1995-2024 ISSN 1128-322X

CONTENTS

Vol. XXX Issue 2 2024

- 1 SILVIO PIETRO CERRI
**PROFILI DELL’OBBLIGO RINEGOZIATIVO TRA
TRADIZIONE E RINNOVAMENTO**
- 36 GIOVANNI MARIA RICCIO
**CAN YOU IMAGINE A WORLD WITHOUT
JUDGES (OR A WORLD WITH ROBOT-JUDGES)?**
- 51 DARIO ELIA TOSI
**THE ENVIRONMENTAL ISSUE AND THE
REPRESENTATION OF FUTURE GENERATIONS:
WHAT MODELS FOR ITALY? COMPARATIVE
LAW SUGGESTIONS**



SILVIO PIETRO CERRI

PROFILI DELL'OBBLIGO RINEGOZIATIVO TRA TRADIZIONE E RINNOVAMENTO

Abstract: Lo studio affronta il tema della conservazione del contratto alla luce di sopravvenienze perturbative dell'equilibrio tra gli interessi oggettivati nella stipula. Viene quindi effettuata la disamina degli istituti dello *ius variandi* e della c.d. "rinegoziazione contrattuale", strumenti in grado di salvaguardare il contratto che, divenuto non più efficiente rischia di minare, in particolare, gli interessi della parte contrattualmente più debole.

Keywords: contratto, rinegoziazione, buona fede

TABLE OF CONTENTS: 1. Conservazione del contratto come efficiente conduzione del rapporto – 2. Clausola rinegoziativa nel panorama internazionale – 3. Obblighi derivanti dalla clausola rinegoziativa – 4. Rinegoziazione e intervento del terzo nell'esperienza italiana e internazionale

1. Conservazione del contratto come efficiente conduzione del rapporto

La revisionabilità dei rapporti contrattuali costituisce materia oggetto di studio da molti secoli: ricorda in proposito la dottrina come dalla tomistica e dallo studio del diritto canonico si siano introdotte «nuove idee di giustizia commutativa volte ad assicurare un giusto prezzo, un giusto equilibrio tra le prestazioni», con conseguente ricerca di mezzi adeguati al «rispetto dell'assioma del giusto prezzo» all'interno del Digesto, da cui era possibile trarre soluzioni che avrebbero poi conseguito, proprio nel Medioevo, l'istituzionalizzazione della rescissione contrattuale per lesione e della c.d. clausola *rebus sic stantibus*¹.

¹ Cfr. P. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 1022 ss., spec. p. 1023 s.; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg.*, Torino, 2011, p. 804; ID., *Trattato del contratto*, 3, I rimedi. La fiducia. L'apparenza, Torino, 2010, p. 2345 ss., spec. p. 2346 s. Si tratta di istituti tra loro certamente legati da una radice comune dal momento che, a fronte della necessità di equilibrio tra prestazioni ai



È nel primo codice di matrice europea uno dei primi tentativi di disciplinare in modo organico il fenomeno delle sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali: si tratta del c.d. Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis del 1756². Possiamo ad ogni modo affermare come sino all'Ottocento si sia, quantomeno, ingenerata l'idea di una generale ammissibilità di istituti rimediali finalizzati a rendere il contratto, divenuto non più efficiente a causa di eccessiva onerosità sopravvenuta, riequilibrabile ovvero, nella peggiore delle ipotesi, caducabile. Al contrario, nel periodo successivo e per circa un secolo, l'interesse per la ricomponibilità dell'assetto degli interessi contrattuali compromesso da sopravvenienze ha riscontrato poco interesse negli ordinamenti giuridici, e in particolare di common law³, particolarmente improntati ad escludere l'effetto liberatorio dell'impossibilità all'adempimento contrattuale, sia di tipo originario (common mistake) che sopravvenuto (impossibility)⁴: ciò, in osservanza – talvolta acriticamente persistente, ove scevra da una reale considerazione degli studi sulla teoria del mutamento di circostanze – del principio pacta sunt servanda. Motivo per cui assume notevole importanza, in detto periodo, la dottrina dell'errore, e le

fini della validità di un contratto, di validità persistente si sarebbe potuto parlare solo alla luce di un persistente equilibrio sino al momento esecutivo del contratto medesimo, di talché si sarebbe ritenuto opportuno distinguere tra contratti qui unico momento perficiuntur (cioè a dire ad esecuzione immediata) e contratti qui habent tractum successivum (ad esecuzione differita) (si tratta di una distinzione probabilmente dovuta a Bartolo: cfr. G. OSTI, Clausola rebus sic stantibus, in Noviss. Dig. it., III, Torino, 1957, p. 356). Nel primo caso, in caso di mancato equilibrio al momento della stipula, vi sarebbe stata invalidità contrattuale per lesione; nel secondo, sarebbe stato necessario un equilibrio tra prestazioni perdurante sino al momento esecutivo (sul punto, F.A. DUBOIN, Collezione progressiva e per ordine di materie delle Decisioni dei Supremi Magistrati degli Stati di terraferma del Re di Sardegna, III, Torino, 1832, p. 650 ss.: ove vi fosse lesione sopravvenuta, si dava seguito a riconduzione del contratto ad equità), con rischio, in caso contrario, di caducabilità totale ovvero, in ottica maggiormente conservativa e, soprattutto, in applicazione della citata clausola rebus sic stantibus, una reductio ad aequitatem: cfr., per riferimenti, P. GALLO, Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto, Milano, 1992, p. 79 ss.

² Il § 12 del Tit. IV, Cap. 15, in particolare, afferma che «Poiché (...) tutti i vincoli racchiudono tacitamente in sé la clausola rebus sic stantibus, essi divengono invalidi anche per il mutamento della cosa dedotta in obbligazione, ma solamente quando si verificano i seguenti tre requisiti: 1° che tale mutamento non abbia occasione né da mora, né da culpa aut facto debitoris; 2° che non fosse facile da prevedere; 3° che sia di tal natura, che, se il debitore lo avesse saputo prima, secondo l'opinione disinteressata e onesta delle persone intelligenti non avrebbe consentito ad obbligarsi: rimanendo tuttavia, pur in tali circostanze, da valutare secondo l'apprezzamento giuridico, se l'obbligazione debba essere tolta di mezzo completamente, o solo ridotta in proporzione dell'avvenuto mutamento»: con conseguente ampia discrezionalità giudiziale per determinare sia il discrimen tra sufficienza o meno del mutamento circostanziale ai fini della ricorribilità ai suddetti strumenti rimediali, sia, in caso di acclarata ricorribilità, la decisione in ordine al rimedio maggiormente efficiente per entrambe le parti contrattuali.

³ Cfr. P. GALLO, Revisione e rinegoziazione del contratto, cit., p. 805.

⁴ Cfr. P. GALLO, v. Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto comparato, in Dig. disc. priv., Sez. civ., IV, Torino, 1991, p. 246 ss.



prime deroghe al *pacta sunt servanda* basano la propria ratio sulla volontà presunta delle parti ovvero sulle condizioni contrattuali implicite.

Nel Novecento, i conflitti mondiali e il conseguente inflazionismo portano «ad un ripensamento dell'intera questione della sopravvenienza contrattuale»⁵, e «a partire dagli anni Novanta (...) la dottrina» inizia «ad auspicare una maggior flessibilità, tale da scongiurare la rigida alternativa tra conservazione immutata del contratto e risoluzione. In questa prospettiva si è evidenziata la maggior razionalità delle tecniche di conservazione del contratto imperniate sulla rinegoziazione e sulla revisione giudiziale del contratto, rispetto a quelle puramente ablativo», tutto ciò intrecciandosi «con una progressiva rivalutazione dei profili equitativi del contratto. Non si ritiene in altre parole più sufficiente che l'accordo sia stato concluso, ma si richiede, affinché l'accordo possa essere considerato valido, che sia il più possibile giusto ed equo»⁶.

Parte della dottrina ha osservato come l'introduzione di una clausola rinegoziativa «potrebbe far sorgere il dubbio che il contratto manchi di completezza e quindi anche di vincolatività compiuta»⁷.

In realtà, il principio di vincolatività contrattuale non si presta ad un'unica interpretazione.

In una prima accezione, infatti, si traduce in una idea d'inammissibilità del potere di scioglimento dal vincolo contrattuale in senso unilaterale: idea in ordine a cui è oggi possibile contrapporre il diritto positivo sancito dal legislatore nelle previsioni in tema di recesso unilaterale, nonché le ipotesi di

⁵ Cfr. P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 806.

⁶ In questi termini ancora P. GALLO, *Dai rimedi ablativi a quelli conservativi in materia contrattuale*, in A. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, p. 290; ma v. anche ID., *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit.; ID., *La revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1998.

Sulla importanza della scelta, tra i rimedi manutentivi del contratto divenuto non più equilibrato, del «controllo di ragionevolezza» da parte dell'interprete v., di recente, le osservazioni di G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte Costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss., spec. p. 734, ove si evidenzia che proprio detto «rimedio ragionevole» sia particolarmente utile, spesso in unione con il principio di proporzionalità, quale tecnica volta a favorire «la conservazione e la stabilità dell'accordo»; in ordine alla diversa funzione dei rimedi ablativi e manutentivi v., inoltre, D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 387 ss. V. inoltre, più in generale, P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545, nonché ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss. (ma rinvenibile anche in L. FERRONI (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002, p. 49 ss.).

⁷ Sul punto, v. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 200.



ius poenitendi di origine comunitaria⁸. Connessa alla questione dello scioglimento contrattuale per volontà unilaterale è possibile, inoltre, rinvenire quella relativa al conflitto tra il principio pacta sunt servanda e il potere unilaterale di modifica (ius variandi unilaterale)⁹, potere che prende la forma di un diritto potestativo il quale, pur potendo apparire in contrasto con l'altro principio di bilateralità del contratto¹⁰, costituisce un *modus operandi* che, ove risulti da precedente accordo e non incarni situazioni di abuso, deve ritenersi di acclarata validità nel nostro ordinamento.

Altra possibile chiave di lettura del principio di vincolatività contrattuale si rinviene nel concetto di “forza di legge” di cui all'art. 1372 c.c., in ordine a cui la dottrina rinviene, da tempo, una «metafora avente carattere enfatico»¹¹, a meno che non la si declini come “serietà del volere”, come “tener fede agli impegni presi”¹², come attualità del volere, ovvero in termini di possibilità per

⁸ G. VETTORI, *La vincolatività*, in Tratt. dir. priv. diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, XIII, 5, Torino, 2002, p. 3; C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, p. 414; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Milano, 2010, p. 110; già molto prima in L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948, p. 170, la previsione contrattuale trovava la propria base concettuale nella determinazione unilaterale del prezzo nel contratto di vendita ex art. 1322 c.c.: in proposito, mentre da una parte ha evidenziato come la modifica unilaterale sia tipica di alcuni contratti come, ad esempio, mandato e somministrazione (A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, Torino, 2005, p. 54), dall'altra si è sottolineato il rischio, in ipotesi di sopravvenienze, dei «contratti troppo completi che non riescono ad avere flessibilità» (così D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, in Riv. dir. priv., 2008, p. 526).

⁹ Cfr. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, loc. cit.

¹⁰ G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, in Banca borsa tit. cred., 1987, II, p. 98. In ordine, poi, alla questione se la determinazione ex art. 1349 c.c. sia estendibile alla determinazione di parte, v. A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, cit., p. 75, il quale sostiene come l'art. 1349 c.c. debba intendersi come non complanare al potere unilaterale di modifica del contratto: la S.C., in proposito, dichiarava la nullità della clausola di un contratto di agenzia che prevedeva la facoltà, in capo al preponente, di apportare modifiche alle provvigioni: cfr. Cass., Sez. lav., 8 novembre 1997, n. 11003, in *Contratti*, 1998, p. 255, con nota di R. LENER, *Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 338, con nota di A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, jus variandi*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2889, con nota di S. PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*

¹¹ In questi termini F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 287; ma v. anche F. MESSINEO, *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 957.

¹² Cfr. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Napoli, rist. 1978, p. 242, nonché P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi effetti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 230; M. BARCELONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1974, p. 487; G.



il volere di tradursi in azione¹³.

Ed è alla luce di tali ultime osservazioni che può affermarsi come l'introduzione di obblighi rinegoziativi costituisca concreta espressione del principio di vincolatività, garantendo, con la propria attuazione, una stabilità al vincolo che, incontrando nel tempo eventuali sopravvenienze perturbative dei propri originari equilibri, s'imbatta in «situazione simile a quella del c.d. contratto incompleto, in cui le parti hanno concordato la riserva di determinazione di alcuni aspetti»¹⁴. Quando si parla di “contratto incompleto”, deve distinguersi tra incompletezza economica ed incompletezza in senso più prettamente giuridico: nel primo caso ci si riferisce, ad esempio, ad una transazione che non tenga in debito conto una circostanza potenzialmente incidente sui guadagni attesi dalle parti¹⁵; nel secondo caso si fa riferimento a quella regola del rapporto non sufficientemente definita dalle parti, in tal modo prestandosi a correzioni ed integrazioni¹⁶.

ALPA, Libertà contrattuale e tutela costituzionale, in Riv. crit. dir. priv., 1995, p. 35 ss.; M. BESSONE, Dogma della volontà, principio di buona fede e integrazione del contratto, in Giur. it., 1978, IV, c. 97.

¹³ V. D. BARBERO, v. Condizione (diritto civile), in Noviss. Dig. it., III, Torino, 1967, p. 1101. Sul punto, fondamentali e risolutive si rivelano le osservazioni di P. PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, I, Diritto e politica, metodi e scuole. Unitarietà dell'ordinamento e pluralità delle fonti, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 380 s., il quale osserva come sia proprio della «moderna concezione del contratto» un definitivo allontanamento «dalla tradizionale interpretazione volontaristica del principio pacta sunt servanda».

¹⁴ Cfr. E. DEL PRATO, Sulle clausole di rinegoziazione del contratto, in Riv. dir. civ., 2016, p. 805.

¹⁵ In ordine all'idea di connessione dello strumento contrattuale con le teorie d'incompletezza economica, cfr. A. SCHWARTZ, Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreement and Judicial Strategies, in Journ. Leg. St., 1992, 21, 2, p. 271 ss.; A. SCHWARTZ, J. WATSON, The Law and Economics of Costly Contracting, in Journ. Law Econ. Org., 2004 (2), p. 20; R.E. SCOTT, The Law and Economics of incomplete contracts, in Annual Rev. of Law and Social Science, 2006 (2), p. 279. Sul punto v. anche R. PARDOLESI, Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti, in Riv. crit. dir. priv., 1996, p. 451 ss.; G. BELLANTUONO, I contratti incompleti nel diritto e nell'economia, Padova, 2000; R. LANZILLO, Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale, in Contr. e impr., 1985, p. 317 ss.; infine, secondo D. SCARPA, Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano, in Contr. e impr., 2013, p. 974 s., «La necessità di sottoporre a verifica il principio della assoluta vincolatività del contratto viene sostenuta nell'ambito della teoria gius-economica degli incomplete contracts. La suddetta teorizzazione contrattuale pone in primo piano le esigenze di flessibilità del regolamento contrattuale in un contesto, come quello del commercio internazionale, nel quale la rapidità dello svolgimento dei traffici economici, la celerità delle vicende economiche e l'intensificazione delle interconnessioni tra i soggetti del sistema economico rendono i rischi di futuri perturbamenti degli originari equilibri contrattuali soggetti ad una costante implementazione, sia in senso qualitativo che in senso quantitativo».

¹⁶ Sul punto v. G. BELLANTUONO, I contratti incompleti nel diritto e nell'economia, cit., p. 67; v. anche A. FICI, Il contratto «incompleto», cit., passim; da ultimo, AA.VV., Correzione e integrazione del contratto, opera diretta da F. Volpe, Torino, 2016, passim.

Sull'ammissibilità della categoria del contratto incompleto nell'ordinamento italiano, imprescindibile risulta, inoltre, il richiamo alla giurisprudenza concernente l'art. 1346 c.c. nell'ambito della quale si v.,



A tale proposito, per come risulta analizzata dalla dottrina italiana, la questione concernente la ipotizzabilità di un valido contratto incompleto incarna, sostanzialmente, un problema di rappresentazione dell'oggetto contrattuale. Rimanendo, quindi, la possibilità di riconoscere validità ad un contratto incompleto, connessa ad una concezione stretta di determinabilità dell'oggetto¹⁷, è possibile rinvenire nella introduzione di clausole rinegoziative

ex multis, Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513, in Rep. Foro it., 2008, v. Contratto in genere, n. 57 e, ancor prima, Cass., 19 marzo 2007, n. 6519, in Foro it., 2007, I, c. 1699, con nota di G. BELLANTUONO, Indeterminatezza dell'oggetto e incompletezza contrattuale, e in Giur. it., 2007, p. 2174, con nota di F. COSTANTINI, Nota in tema di nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto; ancora, Cass., Sez. lav., 8 novembre 1997, n. 11003, cit.

¹⁷ Osserva in proposito D. VALENTINO, *Il contratto «incompleto»*, cit., p. 510, come «continuare oggi a dibattere sul significato che deve avere un elemento, concettualmente non presente in tutti gli ordinamenti europei (quale è l'oggetto)» faccia «perdere di vista che si tratta di strumenti elaborati per tutelare interessi meritevoli di tutela e, se si vuol ancora investire nel processo di convergenza degli ordinamenti, si dovrebbe consentire che gli strumenti della nostra tradizione possano “cedere il passo” ad altri meccanismi egualmente efficaci e “testati” in altri contesti».

Con riferimento, poi, ai c.dd. Relational Contracts (accordi di tipo informale, generalmente firmati tra società, e finalizzati a costituire rapporti futuri, con il vantaggio di permettere di stabilire in modo graduale – alla luce degli sviluppi del rapporto in fatto e in diritto – la regola del rapporto medesimo), può sottolinearsi come rimangano ben distinti dai contratti propriamente detti, incarnando accordi giuridicamente non vincolanti, almeno in via di principio, dispiegandosi, piuttosto, in ambito “metagiuridico”: tale categoria, in sostanza, nasce dalla dottrina nordamericana nell'analisi sociologica dello scambio, prima ancora di approdare all'ambito propriamente giuridico. In detti contratti la logica cooperativa tendente a realizzare gli interessi sottesi alla stipula si sovrappone alla logica “egoistica”, tipica dello scambio isolato (indicato in ambito anglosassone, proprio in antitesi al modello del long-term contract, come discrete transaction), normalmente ad efficacia istantanea: cfr. F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in Enc. dir., Annali, Milano, 2008, 2, pp. 1071, 1081; ma v. anche ID., *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in Riv. Scuola Sup. econ. e fin., 3, 2005, p. 119 ss. Gli studiosi che, soprattutto nei sistemi di common law nordamericano, si sono improntati a tale configurazione dei rapporti contrattuali, si sono detti favorevoli all'intervento giudiziale in ambito contrattuale, in caso di sopravvenienze perturbative dell'originario equilibrio tra prestazioni dedotte in stipula. La categoria dei relational contracts, recepita, infine, anche dalla dottrina italiana, in seno a quest'ultima ha contribuito alla valorizzazione del principio di buona esecutiva. Per l'impostazione, invece, critica verso tale categoria, vi è chi ritiene come tutte le problematiche mediante detta categoria posti in luce siano stati, in realtà, già da tempo considerati dalla dottrina giuridica dei Paesi di civil law, per quanto partendo dalla categoria dei contratti di durata: cfr. A. FRIGNANI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010, p. 266 s. In risposta a tale critica, si parla in termini di pregiudizio, nella negazione di rilevanza giuridica ad un modello di scambio caratterizzato da prospettiva, di tipo sociologico, isolata sul piano del mero fatto e dell'osservazione empirica, non ancorata ad un'analisi di tipo giuridico del rapporto promanante da contratto, e si afferma anche come l'erroneità di detta disamina, affetta da pregiudizi, sia rinvenibile nella lettura dei contributi della dottrina di common law, protesi ad una valutazione delle dimensioni contrattuali “implicite”, a mezzo dello studio dei modelli di scambio sia relazionale che di rete: cfr. F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit., p. 1081, ove si richiama D. CAMPBELL, H. COLLINS, J. WIGHTMAN (eds.), *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational, and Network Contracts*, Oxford, 2003. Quanto alle origini dei relational contracts, v., ex multis, S. MACAULAY, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in American Soc. Rev., 1963, vol. 28, n. 1, p. 55; I.R. MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980; C.J. GOETZ, R.E. SCOTT, *Principles of Relational Contracts*, in Virginia L. Rev., 1981, vol. 67, n. 6, p. 1089; A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreements*



elementi non inficanti l'efficacia vincolante dell'accordo, bensì che ne consolidano il vincolo nel tempo¹⁸.

2. Clausola rinegoziativa nel panorama internazionale

L'esercizio dell'autonomia privata in funzione integrativa di quanto già predisposto dall'ordinamento mira, in via di principio, ad una tutela quanto più concreta degli interessi dedotti in stipula e che si trovano, pertanto, alla base del motivo oggettivato: la regola legale spesso costituisce, infatti, il risultato di un giudizio preconstituito su basi al contempo di prassi, giurisprudenza e studio, ma difficilmente potrà mai essere costantemente in linea con i cambiamenti propri della pratica degli affari che, per sua stessa natura, è in continua evoluzione.

Nel diritto dei contratti, caratterizzato anche da un ormai acclarato allargamento a fattispecie di promanazione internazionale, si è sempre più imposto un atteggiamento di conservazione "estrema" del rapporto negoziale: da ormai qualche decennio è possibile scorgere la ricerca di strumenti di gestione e conservazione degli equilibri contrattuali propri della fase genetica del negozio.

Tra detti strumenti può certamente annoverarsi la c.d. clausola rinegoziativa del contratto¹⁹, nata e sviluppatasi nel panorama contrattuale internazionale

and Judicial Strategies, cit., p. 271 ss.

¹⁸ In tal senso, S. LANDINI, Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali, cit., p. 202.

¹⁹ In tema di clausola rinegoziativa del contratto la dottrina è molto ampia: v. di recente E. GABRIELLI, Sopravvenienza e rinegoziazione, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2024, p. 11 ss.; S.P. CERRI, Conservazione e adeguamento del contratto, Napoli, 2020; P. GALLO, Il contratto, cit., p. 1038 ss.; ID., Trattato del contratto, cit., p. 2360 ss.; ID., Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto, cit.; M.P. PIGNALOSA, Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze, in Nuova giur. civ. comm., 2015, II, p. 411 ss.; S. LANDINI, Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali, cit., p. 179 ss.; E. DEL PRATO, Sulle clausole di rinegoziazione del contratto, cit., p. 801 ss. (ora in ID., Lo spazio dei privati. Scritti, Bologna, 2016, p. 469 ss.); C. CREA, Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare, Napoli, 2013; L. CASTELLI, L'obbligo di rinegoziazione, in Contratti, 2016, p. 185 ss.; A. PISU, L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione, Napoli, 2017.

Con riferimento alla dottrina straniera riguardante i contratti stipulati tra soggetti eterogenei si v., in particolare, M. FONTAINE, Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme, in Dr. prat. comm. int., 1976, p. 7 ss.; ID., Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses, Paris, 1989, p. 249 ss.; P. FOUCHARD, L'adaptation des contrats à la conjoncture économique, in Rev. arb., 1979, p. 67 ss.; C.M. SCHMITTHOFF, Hardship and interverner clauses, in Journ. bus. l., 1980, p. 82 ss.; A. GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties, Paris, 1980; P. VAN OMMESLAGHE, Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux, in Rev. dr. int. dr. comp., 1980, p. 15 ss.; R. FABRE, Les clauses d'adaptation dans les contrats, in Rev. trim. dr. civ., 1983, I, p. 1 ss.; G. ROUHETTE, La révision



per poi approdare anche a livello di contrattualistica maggiormente “localizzata”²⁰: per sua natura, non incanalabile in modo perfetto all'interno della totalità degli schemi contrattuali, ma versata all'adattamento a fattispecie concrete.

La previsione della clausola rinegoziativa mira a regolamentare il fenomeno delle sopravvenienze attraverso l'imposizione, alle parti, dell'obbligo di riorganizzazione dell'assetto degli interessi dedotti in contratto: al sopraggiungere di circostanze potenzialmente risolutorie viene quindi in soccorso la prefigurazione, in sede di stipula, di una valida alternativa finalizzata a mantenere in vita il rapporto.

L'esigenza principale, in questo senso, è quella di prevedere una soluzione a quante più possibili variazioni verificabili nel corso del rapporto negoziale, individuandone l'incidenza quali-quantitativa sull'assetto degli interessi. A fronte della difficoltà d'individuare dette variabili, tuttavia, viene spesso fatto riferimento al fenomeno rinegoziativo in senso più “metodologico” che non di “risposta precisa” ad ogni possibile evento sopravvenuto: rinegoziazione intesa, pertanto, in termini di strumento a mezzo del quale le parti, in ottica (ri)costruttiva, debbano sentirsi vincolate ad una revisione del rapporto contrattuale, in stretta connessione con il mantenimento degli originari equilibri.

Il rapporto contrattuale va conservato e difeso dalla sua inopportuna risoluzione come dalla sua sopravvenuta inefficienza, le quali a loro volta non

conventionnelle du contrat, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 369 ss.; G.R. DELAUME, *Change of circumstances and force majeure clauses*, in *Transnational law*, 1981, p. 333; D.M. PHILIPPE, *Changement des circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, 1986; M. BARTELS, *Contractual adaptation and conflict resolution*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt a.M., 1985; N. HORN (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt a.M., 1985; W. PETER, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, London, 1995; G. FECHT, *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Rechts und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen*, München, 1988; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, München, 1994; H. EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage*, ZIP 1995, p. 1063.

²⁰ Tra i contributi di maggiore interesse in ordine alla disamina dell'espansione a livello internazionale della clausola rinegoziativa, v. M. HERVOCHES, B.F. LEFEBVRE, *Contrats internationaux: difficultés d'exécution*, in *Bull. eur. et int.*, 1995, p. 15; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 254; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, in C. VACCA (a cura di), *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi. Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992, p. 36; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in U. DRAETTA, C. VACCA (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 324; S.M. CARBONE, R. LUZZATO, *I contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. dir. priv. diretto da P. Rescigno*, 11, Torino, 1984, p. 170.



costituiscono, spesso, solo un fallimento dell'operazione economica in sé, ma anche un inutile dispendio di mezzi economici e di tempo, difficilmente recuperabili con trattative da intraprendere con nuovi soggetti²¹.

È alla luce di ciò che nella pratica internazionale degli affari è nata la tendenza ad apprestare metodi e strumenti volti a gestire i rischi propri dell'esecuzione contrattuale e la rinegoziazione costituisce, in tale sfondo, lo strumento principe: trova in tal modo maggiori ostacoli il concetto d'immutabilità contrattuale a fronte di sopravvenienze perturbative degli originari equilibri stipulatori con maggiori aperture, per contro, al concetto di contratto autoimmune, proteso ad autoplasmarsi in vista di una concreta gestione del rapporto²².

Nell'ordinamento italiano vi sono, tra i mezzi di "riequilibrio" generalmente previsti in sede convenzionale, le clausole di indicizzazione²³, di revisione, di salvaguardia e di forza maggiore²⁴.

In generale, la clausola rinegoziativa deve valutarsi in termini di strumento rimediabile meritevole di tutela giuridica²⁵: da importanti studi sulla prassi

²¹ P. KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, in *Journ. dr. int.*, 1975, p. 475; ma v. anche A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 324.

²² Cfr. in proposito R. CICALA, *Saggi. Sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 1990, p. 178; nonché i più risalenti studi di R. DEL MARMOL, *Réflexion sur l'utilisation des techniques contractuelles dans la vie des affaires*, in *Jour. (Belge) des Tribunaux*, 1973, p. 69; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 279; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 369. V. sul punto anche S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, cit., p. 179, il quale sottolinea in proposito che «La volatilità dei mercati finanziari, l'incertezza dell'andamento dell'economia, l'emersione di nuovi rischi impongono di riflettere su come gestire l'inatteso. Anche le relazioni contrattuali si trovano a fronteggiare queste condizioni, in particolare le relazioni contrattuali di durata per le quali diviene importante introdurre clausole che consentano di adeguare il contenuto del contratto alle sopravvenienze in modo da garantire la stabilità e la durata del vincolo».

²³ Cfr., ex multis, F. CARBONETTI, *Clausole di indicizzazione*, in N. IRTI, *Diritto civile*, in *Dizionari del diritto privato a cura di N. Irti*, 1, Milano, 1980, p. 125 ss.; B. INZITARI, *Clausole monetarie*, in INZITARI B., VISENTINI G., DI AMATO A., *Moneta e valuta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da F. Galgano, VI, Padova, 1983, p. 139 ss.; E. QUADRI, *Le clausole monetarie*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, 7, Torino, 1983, p. 485; ID., *Clausole di garanzia monetaria (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 3 ss.; ID., *Indicizzazione, interessi ed usura (nuove prospettive per un vecchio problema)*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 523 ss.; T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie. Artt. 1277-1284*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1968, p. 280 ss.; A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 249 ss.

²⁴ Cfr. in proposito C.G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, in AA.Vv., *L'appalto privato*, trattato diretto da M. Costanza, Torino, 2000, p. 273, nonché, per un interessante esempio di clausola di richiamo alla "forza maggiore" rinvenibile nella prassi contrattuale internazionale, M. BIANCHI, *Dizionario delle clausole contrattuali nei contratti internazionali*, Milano, 2006, p. 145.

²⁵ Si v. in proposito le interessanti osservazioni di G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 545, secondo il quale l'art. 1467 c.c. costituisce elemento sintomatico della poca adeguatezza «degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze: tale disposizione, infatti, riconosce la possibilità di richiedere



contrattuale, infatti, sono rinvenibili alcune teorie relative alla possibile esistenza di una fonte legale dell'obbligo di rinegoziazione del contratto divenuto relativamente od assolutamente inefficiente²⁶, soprattutto attraverso l'impiego della regola della buona fede esecutiva di cui all'art. 1375 c.c.²⁷, la quale impone un generale dovere di correttezza nella gestione del rapporto che a sua volta consente anche, ove necessario, una integrazione del contenuto

la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in teoria, avrebbe meno interesse al riequilibrio (la avvantaggiata)». Per la dottrina internazionale sul tema si v. M. FONTAINE, *Les clauses de hardship, aménagement conventionnel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme*, cit., p. 7 ss.; ID., *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 249 ss.; D.M. PHILIPPE, *Changement des circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, cit.; R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, cit., p. 1 ss.; A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, cit.; G.R. DELAUME, *Change of circumstances and force majeure clauses*, cit., p. 333; P. VAN OMMESLAGHE, *Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux*, cit., p. 15 ss.; C.M. SCHMITTHOFF, *Hardship and intervenor clauses*, cit., p. 82 ss.; P. FOUCHARD, *L'adaptation des contrats à la conjoncture économique*, cit., p. 67 ss.; Ph. KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, cit., p. 467 ss.; B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, in *Journ. dr. int.*, 1974, p. 794 ss.; N. HORN (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, cit.; M. BARTELS, *Contractual adaptation and conflict resolution*, cit.; G. FECHT, *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Rechts und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen*, cit.

²⁶ Sul punto v., tuttavia, E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, cit., p. 807, il quale sottolinea come non possa in assoluto sostenersi che «con l'obbligo di rinegoziare, le parti intendano preservare l'equilibrio originario», essendo «anzi, verosimile il contrario, perché, se le parti avessero voluto perseguire l'equilibrio originario, avrebbero previsto un adeguamento automatico», e pur dovendosi aggiungere anche come «Questa prospettiva» non sia, tuttavia, «generalizzabile: possono ipotizzarsi casi in cui un adeguamento automatico non è originariamente preventivabile o richiederebbe previsioni troppo complesse». V. inoltre A.M. GAROFALO, *Il dovere di rinegoziazione: spunti ricostruttivi a partire dall'eredità dell'emergenza pandemica*, in *Persona e Mercato*, 2024, p. 391 ss., spec. p. 426 ss.

²⁷ Sul punto, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 320, che sottolinea come «necessari, tutti i riferimenti al principio di buona fede, sia nell'interpretazione sia nell'esecuzione del contratto, potendosi innanzitutto ipotizzare, ex art. 1366 c.c., che le parti avrebbero comunque trattato per la conclusione del contratto (...), ma sulla base delle attuali condizioni, dal momento che sarebbe non solo svantaggiosa, ma del tutto irragionevole, una negoziazione impostata su una situazione di mercato non rispondente alla realtà»; ma v. anche E. SCODITTI, *Mutui a tasso fisso: inserzione automatica di clausole o integrazione giudiziale del contratto?*, in *Foro it.*, 2001, I, c. 919, il quale ritiene rinvenibile un obbligo rinegoziativo fondato su clausola generale di buona fede con particolare riferimento al contratto di mutuo oneroso. Contra, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., p. 807; M. BARCELONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 480 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 710 ss.; F. GAMBINO, *I problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 55 ss.; ID., *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 347; ID., *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 347.



contrattuale²⁸, costituendo così una possibile fonte di obbligo rinegoziativo in capo alla parte avvantaggiata da sopravvenienze.

Resta fermo che il limite fondamentale dell'attività adeguativa del contratto turbato da sopravvenienze rimane quello dell'esecuzione in piena coerenza con quanto negozialmente statuito, nel rispetto dei relativi equilibri economici, in vista del conseguimento delle finalità stabilite. Il contratto, ora rivelantesi non più adeguato a pienamente soddisfare gli interessi in esso dedotti, "risollewa" le proprie sorti muovendo le parti – in ossequio al dovere di comportamento secondo buona fede, e alla luce di un più universale principio di solidarietà – al recupero di un equilibrio economico perduto, e la cui assenza ostacola una delle parti, a fronte della prestazione cui è tenuta, nel ricevere «quel vantaggio in considerazione del quale è stata, in fase genetica, determinata l'entità della prestazione medesima»²⁹.

Ma è in particolare a livello sovranazionale che sono rinvenibili diversi tentativi d'istituzionalizzare il fenomeno rinegoziativo³⁰. Nella pratica internazionale degli affari spesso si parla di hardship clauses, clausole di

²⁸ In ordine alla funzione integrativa della buona fede v. l'autorevole disamina di A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011, p. 61 ss., spec. p. 63 s., ove si sottolinea, anche alla luce di un importante excursus storico-giuridico sul tema, che «Le interrelazioni fra equità e buona fede (che trovano forti ascendenze nel diritto romano), in cui la prima ha funzione di adiuvar e di supplire e la seconda quella di correggere, si risolvono in definitiva nella realtà attuale in una netta prevalenza della seconda sulla prima, la quale ultima, di fronte all'affermarsi delle idee del positivismo giuridico e all'emanazione delle grandi codificazioni, ha subito un inarrestabile declino: si sottolinea come, nella formulazione dell'art. 1374 c.c., equità ed usi non possano essere considerate fonti autonome di integrazione, in quanto è lo stesso sistema giuridico che indica i luoghi e le situazioni nei quali è consentito al giudice di ricorrervi»; più di recente, ID., *Ermeneutica e permanenze nel diritto contrattuale*, in L. PELLEGRINI (a cura di), *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, 2, Napoli, 2018, p. 1733 ss., spec. p. 1737 s.; F. SCAGLIONE, *I negozi successori anticipatori*, ivi, p. 1755 ss., spec. p. 1757, ove si evidenzia che «il processo ermeneutico teso alla ricognizione del contenuto del contratto ed alla sua qualificazione-integrazione, non è disgiunto da quello ricostruttivo della sua causa costituendone, invece, parte integrante. La comune intenzione delle parti, infatti, evidenzia la sintesi degli interessi condivisi da esse, posti a fondamento dell'accordo». V. inoltre, sul punto, F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in AA.VV., *Correzione e integrazione del contratto*, opera diretta da F. Volpe, Torino, 2016, p. 175 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 212 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in *Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, 2002, p. 335 ss. (consultabile anche in rivistadirittoeprocessoeu.it); G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss.; G.M. UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 330.

²⁹ Cfr. D. SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano*, cit., p. 984.

³⁰ V. sul punto M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 254.



adeguamento che, in presenza di sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali, mirano a salvaguardare il rapporto, talvolta a mezzo della mera sospensione delle attività finalizzate ad adempiere agli obblighi negoziali, talaltra a mezzo di una vera e propria rinegoziazione del contratto³¹. In particolare, l'obbligo di rinegoziare sarà da rinvenirsi in capo alla parte avvantaggiata dalla sopravvenuta carenza di equilibrio nel rapporto contrattuale, e il correlativo diritto potrà ritenersi sancito in base a diversi principi, i cui prodromi di livello sovranazionale sono rinvenibili, ad esempio:

A) nei Principi Unidroit (di cui le disposizioni maggiormente rilevanti in materia di hardship sono certamente rinvenibili agli artt. 6.2.1, sull'obbligatorietà del contratto, nonché 6.2.2 e 6.2.3, riportanti la definizione stessa di "hardship" e i relativi effetti). L'Istituto internazionale per il diritto privato, elaborando gli ormai ben noti

³¹ Cfr. V.M. CESÀRO, Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, Napoli, 2000, p. 110, nt. 88. Orientamento dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, propende per escludere che le c.dd. clausole rinegoziative possano caratterizzarsi per vessatorietà: in giurisprudenza v., ad es., Cass., 25 settembre 1978, n. 4296, in Foro it., 1979, I, c. 1380; Cass., 22 ottobre 1976, n. 2854, in Mass. Giur. it., 1976; per la dottrina, v. L. PIERALLINI, Condizioni generali di contratto e clausole di indicizzazione, in N. IRTI, G. GIACOBBE, Diritto monetario, in Dizionari del diritto privato a cura di N. Irti, 5, Milano, 1987, p. 149; E. SIMONETTO, Coefficienti rivalutativi e condizioni generali di contratto, in Arch. civ., 1984, p. 24; E. QUADRI, Le clausole monetarie. Autonomia e controllo nella disciplina dei rapporti monetari, cit., p. 89; F. CARBONETTI, Clausole di indicizzazione, cit., p. 125.

Sul punto si v. inoltre D. SCARPA, Ricostruzione ermeneutica della hardship clause nel diritto positivo italiano, cit., p. 956 s., il quale sottolinea come nel ricercare «con rigore sistemico, un trait d'union tra clausola di hardship e clausola di rinegoziazione, ed atteso il dato concreto della loro presenza nei rapporti contrattuali di lunga durata, le tipologie contrattuali di mutazione della regolamentazione» appaiano coincidenti «nei presupposti: per la rinegoziazione preventivamente pattuita spesso coincidono o, comunque, risultano analoghe le circostanze comunemente inserite nelle hardship. Ma, passata l'iniziale lettura combinata delle clausole, spesso fallace rispetto alla reale potenzialità applicativa, le clausole di rinegoziazione sono dotate di raggio d'applicazione certamente più ampio: la relativa ratio non è quella di sopperire a situazioni di inattesa sperequazione tra le prestazioni, ma di regolare le modalità di esecuzione del contratto, garantendo a quest'ultimo la necessaria flessibilità. Di guisa, esse consentono la correzione degli effetti sviluppati dagli eventi produttivi di hardship ma, al contempo, anche in assenza di eventi o effetti così devastanti da far scattare la tutela prevista per i casi di eccessiva onerosità dovuta alle sopravvenienze, forniscono alle parti uno strumento giuridico volto a consentire l'evoluzione del rapporto mediante la gestione concordata della nuova situazione, al fine ultimo di perfezionare e completare il risultato contrattuale».



“Principi”, testimonia l'intenzione di creare una vera e propria disciplina sovraordinata ai contesti giuridici nazionali, finalizzata a semplificare la gestione del rapporto contrattuale a livello internazionale³²: semplificazione quantomeno necessaria, dal momento che la disciplina del contratto internazionale non può seguire, in modo efficiente, le sole norme nazionali di un ordinamento ovvero di un altro, questi ultimi rimanendo, per lo più, ancorati a retaggi storici, giuridici e culturali di respiro certamente meno ampio di quanto non sia necessario per la gestione contrattuale di scambi a livello internazionale³³. In sostanza, l'Unidroit – sullo sfondo della sempre maggiore importanza che ha assunto negli ultimi anni il percorso d'internazionalizzazione di diritto ed economia³⁴ – ha dato

³² I Principi Unidroit, approvati nel 1994 dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato sono articolati in sette Capitoli, come di seguito indicato: disposizioni generali; formazione del contratto; validità; interpretazione; contenuto; adempimento; inadempimento.

In generale si tratta di un insieme di regole le quali, pur prive di efficacia vincolante, esercitano un'utilità subordinata alla propria capacità persuasiva verso operatori del diritto ed alla pratica degli affari in genere, in campo contrattuale internazionale. Ciò, proprio in forza del fatto che tali principi si rifanno, in buona parte, a schemi normativi già adottati in seno a vari ordinamenti giuridici, garantendo strumenti di semplificazione redazionale del contratto internazionale, di risoluzione di questioni concernenti l'individuazione del diritto applicabile, nonché d'interpretazione del diritto internazionale uniforme: G. DE NOVA, I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali, in *Contratti*, 1995, p. 5; A. DI MAJO, I Principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 287 ss.; E. FERRARI, I “Principi per i contratti commerciali internazionali” dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione, *ivi*, p. 300 ss.; G. ALPA, Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit ed il sistema contrattuale italiano, *ivi*, p. 316 ss.; M.J. BONELL, Il progetto dell'Unidroit per la rielaborazione dei principi per i contratti commerciali internazionali, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, I, Storia del diritto, diritto comparato, diritto internazionale, diritto uniforme, diritto straniero, Milano, 1994, p. 180; ID., I Principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 231; G.B. FERRI, Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'Unidroit, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 825; S.E. CIRIELLI, Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale, in *Contr. e impr./Europa*, 1998, p. 733.

³³ Cfr. M.J. BONELL, I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 3, il quale sottolinea in proposito come «la coesistenza di diversi diritti nazionali» dia adito naturalmente a problemi «di conflitto di leggi nel senso che in occasione di ogni singolo contratto internazionale sarà necessario stabilire quale tra i vari ordinamenti, in qualche modo interessati a regolarlo, risulterà alla fine competente a trovare concreta applicazione. A causa delle differenti norme di diritto internazionale privato dei vari Stati, le parti corrono il rischio di rimanere nell'incertezza in ordine al diritto applicabile al loro contratto sino a quando non venga stabilito il foro competente; ed anche allora (...) lo stesso contratto può essere assoggettato al diritto dello Stato A o al diritto dello Stato B», alla luce delle norme di conflitto vigenti presso l'adito foro.

³⁴ Si richiama l'attenzione, in proposito, alla Convenzione del 1994 dell'Organizzazione degli Stati Americani la quale, (derogando in parte la Convenzione di Roma del 1980), consente al giudice statale di applicare usi, prassi e principi generali propri della disciplina del commercio internazionale alle fattispecie contrattuali commerciali stipulate tra parti eterogenee. Sempre in tema di sopravvenienza perturbativa di equilibrio contrattuale, non meno importante appare il richiamo alla Convenzione internazionale de l'Aja del 1° luglio 1964, il cui 1° comma dell'art. 74 stabilisce come, in caso di temporaneo inadempimento alla propria prestazione, la parte inadempiente, in caso di modificazione contrattuale, posteriore a rinegoziazione, talmente ampia «da dar luogo all'esecuzione di una



concreta esistenza a paradigmi normativi finalizzati ad una omogeneizzazione del diritto commerciale internazionale. Indubbiamente, la finalità conservativa del contratto emerge dai Principi Unidroit in più di un profilo di regolamentazione tra cui vi è, ad esempio, il tema della formazione del contratto, quello della sua invalidità, nonché i profili d'impatto delle sopravvenienze perturbative del rapporto che ne rendano eccessivamente onerose le prestazioni³⁵: di talché, la parte che subisca uno svantaggio dalle circostanze disequilibrative dell'originario assetto d'interessi sottesi alla stipula, potrà esercitare il diritto alla rinegoziazione del contratto con possibilità, in caso di rinegoziazione non andata a buon fine, di rivolgersi al giudice, quest'ultimo con il compito di "salvare" il rapporto ove si dimostri adeguabile alle nuove circostanze, ovvero di dichiararne, definitivamente, lo scioglimento³⁶;

prestazione completamente differente da quella stabilita nel contratto», possa ritenersi «definitivamente esonerata dalla propria obbligazione».

In proposito sostiene la poca adattabilità, nel corso del tempo, delle convenzioni internazionali alle fattispecie concrete, M.J. BONELL, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: un approccio nuovo alla disciplina dei contratti internazionali*, cit., p. 10.

³⁵ Pertanto, l'eccessiva onerosità sopravvenuta assume i connotati di presupposto di azionabilità della trattativa finalizzata alla rinegoziazione del contratto, al contrario di quanto accade nel nostro ordinamento, in cui ha finalità risolutiva del rapporto contrattuale. Quanto alla c.d. "forza maggiore", la Commissione vi fa corrispondere quella che nel nostro ordinamento assume i caratteri dell'impossibilità oggettiva e sopravvenuta della prestazione, ed è disciplinata nella parte generale concernente l'«Inadempimento in generale» (cfr. Cap. 7, Sez. I dei Principi): cfr. P. BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, in M.J. BONELL, F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, p. 199, ove si sottolinea l'importanza di tenere distinti, in via di principio, i concetti di hardship e forza maggiore. In ordine all'hardship v. in particolare la seconda sezione: cfr. art. 6.2.1 (Obbligatorietà del contratto), in base a cui ove l'adempimento contrattuale divenga più oneroso per una parte, quest'ultima rimane obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto disposto in tema di hardship ex art. 6.2.2 (Definizione di hardship).

³⁶ Sul favor contractus quale valore fondamentale emergente dai Principi Unidroit, cfr. M.J. BONELL, *I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità*, cit., p. 14; G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i Principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, cit., p. 317.

V. inoltre P. BERNARDINI, *Hardship e force majeure*, cit., p. 202 ss., il quale, dopo avere osservato come la generica formulazione dei Principi non contenenti indicazione dettagliata delle ipotesi rilevanti non impedisce alle parti di dettagliare, a loro volta, le ipotesi da ritenersi rilevanti, nonché la relativa portata sul rapporto negoziale, evidenzia (p. 208) come la parte che subisca la sopravvenuta onerosità della prestazione abbia l'onere di notificarla, in modo tale da: attivare il procedimento rinegoziativo, con contestuale possibilità di ricorso a giudice od arbitro in caso di mancato pervenimento ad accordo rinegoziativo in tempi ragionevoli; rendere la



B) nei Principles of European Contract Law elaborati dalla European Commission of Contracts presieduta da Ole Lando³⁷, ove è previsto che, in

rinegoziazione retroattiva; legittimare la parte avvantaggiata dalle sopravvenienze, in particolari ipotesi, a non adempiere la propria prestazione. Ove la notifica risulti tardiva, il Commento ufficiale all'art. 6.2.3 rende comunque possibile alla parte di chiedere di rinegoziare il contratto: cfr. tuttavia, sul punto, S.E. CIRIELLI, Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale, cit., p. 775, che sottolinea come detta interpretazione della norma trovi ostacolo nella prassi contrattuale internazionale, propensa piuttosto a rinvenire una decadenza, della parte onerata da sopravvenienza, dal diritto di proporre la rinegoziazione; ma v. anche M.C.A. PRADO, *La théorie du hardship dans les Principes de l'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Une approche comparative des Principes et les solutions adoptées par le droit français et par le droit américain*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 368, secondo cui detta notifica tardiva è giudizialmente sanzionabile a mezzo di esclusione della retroattività in capo al negozio di revisione.

In generale, la vicenda rinegoziativa deve comunque improntarsi ad una collaborazione tra le parti basata su uno dei valori d'ispirazione dei Principi Unidroit, cioè a dire la regola generale di buona fede: cfr. S.E. CIRIELLI, Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale, cit., p. 777.

³⁷ In ordine alle attività della Commissione presieduta da Ole Lando, e il rinvenimento di difficoltà di strutturare un impianto codicistico comune, da applicarsi da parte di ordinamenti tra loro molto distanti in senso giuridico-culturale, v. le osservazioni di U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contr. e impr./Europa*, 1998, p. 208 ss.; v. inoltre, sul punto, P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 489 ss.; A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007, p. 159 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il «codice civile europeo», le tradizioni giuridiche nazionali e il neo-positivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 60 ss.; C. CASTRONOVO, *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti, codice o «restatement?»*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 1018; ID., *I «principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 ss.; D. ANNIBALETTI, *Il futuro codice europeo delle obbligazioni e dei contratti: un incontro di studio a Pavia*, in *Jus*, 1992, p. 83 ss.; M.J. BONELL, *Verso un codice europeo dei contratti?*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 171 ss.; G. GANDOLFI, *Sul progetto di un «codice europeo dei contratti»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 105; G. ALPA, *Il codice civile europeo: «e pluribus unum»*, in *Contr. e impr./Europa*, 1999, II, p. 695; H.W. MICKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, ivi, p. 35. Sempre sul problema dell'armonizzazione del diritto contrattuale in senso europeo, ma con particolare riguardo alla questione riguardante l'elemento causale, diversi interpreti ritengono come, pur alla luce di un formale silenzio sulla causa, la medesima debba intendersi, seppure "sotto altre vesti", "conservata": cfr. E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 310 ss., la quale, prendendo in considerazione i Principi di diritto europeo dei contratti evidenzia, da una parte, la contraddizione tra «un anelito di



caso di prestazione divenuta eccessivamente onerosa a causa del mutamento di circostanze, le parti debbano apprestare «trattative per modificare o sciogliere il contratto», e a condizione che «a) il mutamento delle circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto; b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione; c) il rischio del mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisca possa essere tenuta a sopportare». In mancanza di raggiungimento di accordo, peraltro, il giudice potrà sciogliere ovvero modificare il contratto al fine di determinare una redistribuzione “giusta ed equa”, tra le parti, di perdite e vantaggi³⁸. Detti Principi quindi statuiscono come, in caso di sopravvenienze, possa correttamente farsi riferimento a circostanze analoghe a quelle di cui si è poc'anzi dato conto riguardo all'Unidroit: la parte che subisca meri effetti negativi dalle sopravvenienze potrà, infatti, condurre l'altra parte alla trattativa rinegoziativa la quale, in caso di esito infausto, darà la possibilità, sempre alla parte svantaggiata, di adire l'autorità giudiziaria che potrà addirittura condannare la parte che abbia rifiutato, od anche solo condotto in modo non corretto, la procedura di rinegoziazione contrattuale³⁹;

libertà insindacabile» e «un sensibile ampliamento del sindacato sulla stessa giustizia economica dell'atto», e dall'altra l'inadeguatezza della nozione di contenuto, auspicando la conservazione della causa quale elemento essenziale ai fini della prevenzione di abusi; v. inoltre, sul punto, la disamina di E. LA ROSA, *Tecniche di regolazione dei contratti e strumenti rimediali. Qualità delle regole e nuovo assetto dei valori*, Milano, 2012, p. 139, ove si sottolinea come il diritto europeo presti attenzione all'elemento causale «sul piano funzionale con riguardo alla giustizia contrattuale», come mezzo di verifica della conformità degli obiettivi perseguiti dalle parti ai valori emergenti dal sistema europeo, non essendo pertanto venuta meno l'essenza di detto elemento quale «fondamento giustificativo dello spostamento patrimoniale e della circolazione di beni e servizi».

³⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in ID. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, p. XIII ss.

³⁹ Si v., in proposito, l'art. 6:111 del progetto di codice, per la disciplina degli effetti del mutamento di circostanze: «1) Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. / 2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute ad intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, nel caso in cui: a) il mutamento di circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto, b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità ragionevolmente suscettibile di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto, e c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere



- C) nel Code Européen des contrats redatto dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei guidata dal 1990 da Giuseppe Gandolfi⁴⁰;
- D) nel progetto di codificazione, promanante dalla Commission on Transnational Corporations presso l'Economic and Social Council dell'ONU, finalizzata alla disciplina di una corretta gestione contrattuale riguardante le transnational corporations⁴¹;
- E) nei Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (progetto elaborato – partendo dalla base concettuale propria dei già citati Principi Lando – dallo Study Group on a European Civil Code nonché dal Research Group on EC Private Law (Acquis Group)⁴².

3. *Obblighi derivanti dalla clausola rinegoziativa*

Nella pratica degli affari sono rinvenibili clausole rinegoziative spesso tra loro differenti sia quanto a requisiti di operatività che riguardo ai relativi effetti.

Un contenuto particolarmente generico di tali clausole risulta essere nella prassi quello più ricorrente⁴³, in quanto, mentre da una parte conserva alle parti il maggior controllo possibile in ordine ai possibili effetti degli eventi sopravvenuti (limitando in tal modo i casi di risoluzione), dall'altra vi è il «timore che, nonostante tutte le cautele adottate per il giudizio di previsione», una «clausola analitica si dimostri inadeguata e insufficiente nella

tenuta a sopportare. / 3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può: a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà, o b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze. Nell'un caso e nell'altro il giudice può condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza».

⁴⁰ Cfr. G. GANDOLFI, Sul progetto di un «codice europeo dei contratti», cit., p. 105 ss.

⁴¹ In proposito, G. MARASCO, La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale, Padova, 2006, p. 82 s. In tale progetto di codificazione si prevede come nei contratti tra i Governi e multinazionali debbano essere inserite clausole di revisione o di rinegoziazione, ovvero, in ipotesi di loro mancanza, come, in caso di sopravvenienze perturbative, l'uso di strumenti come revisione o rinegoziazione costituiscano un obbligo, in capo alla parte dalle sopravvenienze medesime avvantaggiata, basato su buona fede.

⁴² Sono infatti rinvenibili, in tali Principi, spunti in tema di modifica concordata degli elementi contrattuali in caso di sopravvenienze perturbative: si pensi, ad esempio, alla Section 6 del Terzo Libro del Draft (Modification by agreement), che all'articolo 7:601 (Agreements concerning prescription) riporta: «(1) The requirements for prescription may be modified by agreement between the parties, in particular by either shortening or lengthening the periods of prescription. / (2) The period of prescription may not, however, be reduced to less than one year or extended to more than thirty years after the time of commencement set out in III. – 7:203 (Commencement)».

⁴³ Cfr. B. OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship», cit., p. 800.



applicazione rispetto ad un fatto imprevisto, non compreso in uno di quelli elencati dalla clausola»⁴⁴.

In proposito non può non darsi conto di come, d'altro canto, una genericità contenutistica di clausole rinegoziative, se da una parte è suscettibile di svuotare di forza "disturbativa" l'alea contrattuale in ordine all'assetto d'interessi sotteso al contratto, dall'altra tende a lasciare spazio a valutabilità molto ampie, in capo alle parti, riguardo alla effettiva corrispondenza o meno tra evento concretamente sopravvenuto ed evento previsto in modo astratto, con conseguente pericolo di "eccedenze", o "latenze", nell'interpretazione della situazione venutasi a creare⁴⁵.

La ragione di predetta genericità all'interno della prassi degli affari è quindi

⁴⁴ Cfr. V.M. CESÀRO, Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, cit., p. 73 s., il quale sul punto prosegue sostenendo come vi sia anche una ragione «di ordine meramente pratico secondo la quale la specificazione dei fatti comporta una attività non agile, lenta e dispendiosa e che, sebbene abbia l'obiettivo di enunciare un accordo perfetto, si espone facilmente nel suo funzionamento al rischio di difficoltà di varia natura. Viceversa, il ricorso a definizioni generiche consente di ancorare l'intervento rinegoziativo a qualunque fatto, giuridico ed economico, che abbia rapporto di causalità diretta con l'alterazione dell'equilibrio fissato tra le prestazioni e permette, nel contesto dei principi di correttezza e buona fede, di dar luogo a funzionalità migliore di quella che potrebbe risultare da una clausola con contenuto meticolosamente definito». Contra, A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 251, nonché P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in U. DRAETTA, C. VACCÀ (a cura di), *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, p. 305, i quali, in proposito, evidenziano la incorribilità nella nullità della clausola rinegoziativa caratterizzata da contenuto privo di determinatezza, mentre F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 338, dopo avere rilevato come colpire con nullità la clausola in esame per indeterminabilità dell'oggetto appaia soluzione non complanare alla ratio della clausola medesima, a maggior ragione non dovrebbe ritenersi nulla la clausola stipulata in un momento in cui non risulti possibile dettagliare a priori i termini rinegoziativi del rapporto, rinviando ad accordo posteriore il dettaglio medesimo.

⁴⁵ In ordine alle possibili questioni scaturenti da una clausola rinegoziativa non chiara nei presupposti di attivazione e/o nei termini di conduzione delle trattative finalizzate a riequilibrare il rapporto compromesso da sopravvenienza, cfr. le osservazioni di J. GHESTIN, M. BILLIAU, *Le Prix dans les contrats de longue durée*, Paris, 1990, p. 137; A. FRANCON, *La clause de «hardship»*, in *Les troubles d'exécution du contrat en droit français et allemand*, Rapp. du 11^e séminaire commun des facultés de droit de Montpellier et de Heidelberg, Heidelberg, 1981, p. 307; J.Q. DE CUYPER, W. PETER, *Renegotiation of Long Term International Agreements and Flexibility: Consideration on the Ground of the Ghana/Valco case*, in *Rev. dr. aff. int.*, 1995, p. 789.



certamente rinvenibile nel favor di cui può godere, in capo alle parti, una clausola dal contenuto generico la quale, ove attivata correttamente (nel rispetto, in particolare, dell'obbligo della buona fede in *executivis*), restituisce particolare libertà alle parti nella trattativa rinegoziativa, agevolando il "riassetto" degli interessi sottesi alla stipula⁴⁶. Parte della dottrina, in proposito, sottolinea come malgrado indiscutibili vantaggi, «anche le clausole di rinegoziazione a contenuto generico» diano luogo ad alcuni profili di perplessità, tra cui quello attinente «alla valutazione soggettiva connessa alla verifica della corrispondenza tra l'evento realmente accaduto e gli avvenimenti astrattamente (e genericamente) considerati in sede di formulazione della regola convenzionale: il rischio è che ciascun contraente voglia approfittare del contenuto generico della clausola per risolvere a proprio vantaggio la questione della riconducibilità dell'ipotesi concretamente realizzatasi a quella astrattamente delineata nella regola convenzionale»⁴⁷.

Si rinviene quindi sempre più frequente l'esigenza di ricorrere, nella prassi negoziale, ad introdurre in stipula clausole più elaborate in modo tale che, una volta previste anche le possibili conseguenze di eventi nel dettaglio descritti, al momento in cui si verifichi l'evento medesimo debba esclusivamente effettuarsi un'attività di tipo ricognitivo tra fattispecie astratta e fattispecie

⁴⁶ Anche se, come correttamente osservato in M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 257 ss., nonché in A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 45, uno degli esempi migliori pare rinvenibile in quelle clausole rinegoziative che risultano caratterizzate da un onere la cui eccessività, ai fini della imposizione di addivenire a trattativa rinegoziativa, deve risultare tale da avere completamente compromesso l'assetto d'interessi come originariamente stabilito in contratto, non ritenendosi sufficienti variazioni non sostanziali della totale economia contrattuale.

⁴⁷ Cfr. E. TUCCARI, *Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *Contratti*, 2014, p. 994, il quale aggiunge in proposito come «il contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza potrebbe cercare di escludere l'applicazione della clausola per garantirsi l'esecuzione del contratto originario secondo il nuovo assetto economico-giuridico maturato, mentre il contraente svantaggiato da sopravvenienze irrilevanti potrebbe cercare di far scattare ugualmente la rinegoziazione delle condizioni contrattuali originarie, pur non ricorrendo nel caso concreto i presupposti previsti dalla regola convenzionale». Da questo punto di vista, come rilevato da V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 129 s., la clausola rinegoziativa generica, invece di costituire uno strumento di garanzia per conservazione ed adeguamento del rapporto contrattuale, potrebbe risolversi in «un elemento di fragilità del vincolo negoziale», e prosegue evidenziando anche come «i contraenti nell'elaborazione della clausola rinegoziativa» siano sostanzialmente «sempre più spesso indotti a prevedere indicazioni particolareggiate delle sopravvenienze rilevanti e delle conseguenze che esse devono produrre sull'assetto di interessi, in modo tale da svolgere in un momento successivo una mera attività di ricognizione tra l'ipotesi tipizzata in astratto e quella realizzatasi».



concreta⁴⁸.

Il procedimento rinegoziativo è innescabile in diversi modi i quali si connotano, a loro volta, delle peculiarità proprie del modello negoziale cui risulta ispirata la fattispecie concreta.

Generalmente, tra le modalità con cui una parte intenda rendere nota, all'altra, l'intenzione di dare avvio alla rinegoziazione al sopraggiungere di un evento perturbativo degli equilibri negoziali, vi è quella della "proposta di rinegoziare", la quale può assumere i connotati di un semplice "invito" ad addivenire ad una nuova trattativa, come, in altri casi, di una vera e propria proposta dettagliata riguardo a condizioni e criteri⁴⁹.

A seguito di tale proposta l'altra parte, alla luce di un mero atto ricognitivo della effettiva corrispondenza tra sopravvenienza dedotta in contratto ed evento concretamente verificatosi, dovrà esclusivamente ritenersi obbligata ad aderire a suddetta proposta la quale porterà, quindi, al dovere di entrambe le parti di condurre – in adempimento di vera e propria obbligazione contrattuale – la trattativa rinegoziativa nel rispetto dei doveri d'informazione e trasparenza (questi ultimi da ritenersi, quindi, propri non solo della fase precontrattuale⁵⁰), nonché *secundum bonam fidem in executivis ex artt. 1175 e*

⁴⁸ Un modello di clausola rinegoziativa è difficilmente individuabile sia per la notevole complessità che in generale dovrebbe – anche alla luce delle caratteristiche peculiari ai vari profili contrattuali dei vari settori economici – rivestire: in questo senso, M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 280.

⁴⁹ In proposito, sia dottrina che giurisprudenza tedesche (N. HORN, *Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem: Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?*, cit., p. 638; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 279; BGH, 19 settembre 1979, III ZR 93/76, NJW 1980, p. 399; OLG Celle, 30 giugno 1982, 3 U 258/81, ZIP 1982, p. 942) evidenziano come la clausola rinegoziativa possa anche imporre alla parte interessata, piuttosto di effettuare una semplice dichiarazione di disponibilità a trattare, di presentare a controparte una concreta e dettagliata offerta di revisione contrattuale.

⁵⁰ In proposito, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 360, il quale evidenzia come gli obblighi informativi reciproci possano qualificarsi in termini di obblighi «di ricerca delle notizie e di comunicazione delle stesse alla controparte. In tal caso dovrà essere descritto dagli accordi tra i contraenti l'ambito delle informazioni rilevanti rispetto alle quali non potrà essere trascurato l'obbligo di ricerca. Per questa tipologia di obblighi informativi si rende necessaria la concessione di un certo tempo che consenta al debitore di compiere quanto necessario per acquistare quelle informazioni che dovranno poi essere a disposizione del creditore». Con riferimento all'ordinamento tedesco, si sottolinea l'importanza di detti obblighi informativi e di trasparenza ai fini di una conclusione produttrice della rinegoziazione: in dottrina, G. FECHT, *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Rechts und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen*, cit., p. 137; N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, cit., p. 284; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 275; E. STELNDORFF, *Vorvertrag zur Vertragsänderung*, in BB, 1983, p. 1130; in giurisprudenza, BGH, 5 febbraio 1981, IVa ZR 42/80, VersR 1981, p. 621.



1375 c.c.

A fronte della richiesta di una parte di addivenire a rinegoziazione, può tuttavia accadere: a) da un lato, che l'altra parte opponga un rifiuto il quale pertanto corrisponderà, ove in presenza di effettiva corrispondenza tra la circostanza concreta e quella di cui alla clausola rinegoziativa⁵¹, ad un vero e proprio inadempimento contrattuale⁵²; b) dall'altro, che l'altra parte, di fronte alla proposta di rinegoziare, mantenga un comportamento di tipo omissivo, il quale avrà giuridica rilevanza esclusivamente nel caso in cui possa ragionevolmente considerarsi in termini di comportamento concludente e, pertanto, giuridicamente rilevante⁵³: a parere di chi scrive, detta giuridica rilevanza deve intendersi ascrivibile al comportamento della parte che, seppure a fronte della proposta rinegoziativa, rimanga inerte (ovvero assuma un contegno complanare, fattivamente, alle nuove condizioni offerte da controparte)⁵⁴, e ciò può dirsi anche in ossequio alla regola della buona fede

⁵¹ In caso d'ingiustificato rifiuto di procedere alla trattativa rinegoziativa, seppure a fronte dell'esistenza dei presupposti rinegoziativi, M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 267, sottolinea come controparte possa eccepire l'inadempimento contrattuale; eccezione che, tuttavia, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 395, vede come strumento utilizzabile solo dopo attenta ponderazione alla luce del filtro dei principi di correttezza e buona fede.

⁵² Sul punto, M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 266, il quale riporta a titolo esemplificativo una clausola rinegoziativa contenente l'obbligo per le parti, in caso d'incertezza sul diritto di controparte di procedere a rinegoziazione, di effettuare adeguata verifica su detto diritto; tuttavia, v. anche A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 270, il quale esclude che una clausola di rinegoziazione possa estendersi sino ad imporre detto obbligo di verifica.

⁵³ In tal senso: in dottrina, v. S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 94; ID., *In tema di modifica tacita del contenuto del contratto*, in *Dir. e giur.*, 1980, p. 395; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, rist. 2015, p. 211; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it. diretto da F. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, p. 81; in giurisprudenza, cfr. Cass., 15 aprile 1998, n. 3803, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2133; Cass., 14 giugno 1997, n. 5363, in *Giur. it.*, 1998, p. 1117, con nota adesiva di M.S. SCARDIGNO, *Il valore del silenzio all'interno del rapporto contrattuale*; Cass., 9 giugno 1983, n. 3957, in *Mass. Giur. it.*, 1983, c. 1412; Cass., 30 ottobre 1981, n. 5743, *ivi*; Cass., 15 gennaio 1973, n. 126, *ivi*, 1974, c. 1573.

⁵⁴ In caso di adeguamento per *facta concludentia*, pertanto, il negozio adeguativo può considerarsi perfezionato ex art. 1327 c.c., come anche sostenuto in Cass., 22 luglio 1993, n. 8191, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 1561, con nota di D. PEIRANIS, *Il silenzio, seguito da esecuzione, ha lo stesso valore nella conclusione di un contratto nuovo e nel rinnovo, con modifiche, di un contratto esistente?*, ove si sottolinea come il silenzio, pur non costituendo di per sé manifestazione negoziale, «potendo acquistare tale significato soltanto qualora peculiari circostanze o situazioni, oggettive o soggettive, siano tali da renderlo significativo come sintomo rivelatore della volontà dell'altro soggetto», lo stesso possa, tuttavia, assumere valore di «consenso ed acquistare efficacia giuridica non solo nei casi di conclusione o rinnovazione del contratto previsti dall'ordinamento, ma anche nel caso di modifiche di un contratto in corso tra le parti». Sul punto v., in dottrina, le osservazioni di G. BELLANTUONO, *Sulla conclusione del contratto mediante esecuzione*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 1848; A.M. SINISCALCHI, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, p. 526; F. ADDIS, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, p. 257; R. ROLLI, *Antiche e nuove questioni sul silenzio come tacita manifestazione di volontà*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 206; G. MAZZONI, *Il silenzio*



esecutiva contrattuale, in base a cui solo l'ipotesi del dissenso richiede espressa manifestazione, dovendosi ritenere di rinvenire, in caso di mero silenzio di controparte, la manifestazione del consenso ad adeguare il rapporto contrattuale ai relativi necessari equilibri.

Tra gli ambiti che maggiormente hanno impegnato dottrina e giurisprudenza vi è, certamente, quello riguardante la corretta individuazione dell'oggetto dell'obbligo rinegoziativo, cioè a dire se il medesimo incarna un obbligo di addivenire a trattativa rinegoziativa ovvero un obbligo a stipulare, in ogni caso, un negozio modificativo di quello rinegoziando.

Sul punto possono ravvisarsi due fondamentali linee di pensiero le quali, partendo dalla possibile concezione della buona fede esecutiva, vi riconoscono: a) il mero ruolo di regolare sul piano formale il corretto svolgimento della trattativa; b) una vera e propria capacità di obbligare le parti contrattuali – sinanche determinandone le scelte – ad addivenire alla stipula di un negozio adeguativo⁵⁵.

Quanto al primo orientamento, con il quale chi scrive ritiene più corretto allinearsi, si tratta sostanzialmente dell'impostazione tradizionale, la quale tende ad escludere la configurabilità di un vero e proprio obbligo a contrarre a condizione che le parti non abbiano indicato, nella clausola rinegoziativa, parametri determinativi dotati di rigidità, lasciandosi al contrario libere di gestire la sopravvenienza a mezzo di una nuova trattativa, caratterizzata da autonomia sia riguardo all'an che al quomodo, di talché la rinegoziazione si prospetterebbe in termini di modalità e contenuti potenzialmente più svariati⁵⁶. La clausola rinegoziativa in sostanza, alla stregua delle norme imperative imporrebbe una mera condotta finalizzata allo svolgimento di trattative adeguate in linea con la buona fede con la conseguenza che, anche in presenza di mancata adesione ad accordo modificativo, ove quest'ultimo risulti da trattativa leale della totalità delle parti coinvolte, non potrebbe configurarsi un'ipotesi d'inadempimento né, tantomeno, un ipotetico diritto al risarcimento esercitabile dalla parte che risulti svantaggiata dalla

come comportamento modificativo del rapporto contrattuale, in *Giur. it.*, 1974, I, 1, c. 1573.

⁵⁵ Su cui M.P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., pp. 418-423.

⁵⁶ Cfr. F. GAMBINO, *Rinegoziazione (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 2007, p. 10, il quale sottolinea in proposito di non si debba cadere nell'equivoco di ritenere la clausola rinegoziativa come mezzo conservativo del contratto in mera contrapposizione alla risoluzione per eccessiva onerosità, in quanto detta clausola si connota, piuttosto, per il fatto che le parti – alla luce della imponderabilità della trattativa rinegoziativa riguardo alla propria conclusione, essendo lasciato all'autonomia negoziale «il potere di non concludere l'accordo» – possono con essa avere piena gestione delle sopravvenienze.



sopravvenienza perturbativa degli originari equilibri contrattuali⁵⁷.

Ovviamente, meno lineare si profila il caso in cui una delle parti si comporti, nel corso della trattativa, in modo poco ragionevole o, comunque, non si disponga in vista della corretta ricerca dei prodromi di un accordo adeguativo del contratto inficiato dalle sopravvenienze, eventualmente anche interrompendo, ingiustificatamente, trattative anche correttamente iniziate. In tali evenienze, infatti, è certamente ravvisabile una violazione della buona fede in senso oggettivo, sanzionabile, in taluni casi, anche in termini di vera e propria ipotesi di abuso del diritto⁵⁸.

Seppure non sia dubitabile che tali condotte incarnino ipotesi d'inadempimento dell'obbligo rinegoziativo quale obbligo di trattare, in buona fede, le nuove condizioni contrattuali adeguate della stipula originaria, parte della dottrina⁵⁹ ritiene di prospettare l'ipotesi che l'inadempimento medesimo risulti privo di conseguenti effetti risarcitori positivi, sostenendo che, non essendovi alcun obbligo di conclusione di negozio adeguativo, difficilmente risulti configurabile un danno risarcibile in termini di conseguenza, immediata e diretta, del comportamento non corretto tenuto dalla parte avvantaggiata da sopravvenienza perturbativa dell'originario assetto contrattuale. Come è stato osservato, un danno è indeterminabile ove, quale unica fonte d'informazioni, vi sia il risultato della comparazione tra situazione economica attuale e situazione economica ascrivibile ad una situazione contrattuale risultante dalla potenziale buona riuscita di trattative rinegoziative dal contenuto imprevedibile, mancando, in capo alla clausola, parametri di determinazione dell'accordo modificativo: di talché, da una mera ipotesi contrattuale sarebbe inferibile esclusivamente una mera ipotesi di danno⁶⁰, non essendo neppure richiamabile quanto previsto ex

⁵⁷ Cfr. M.P. PIGNALOSA, Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze, cit., p. 419.

⁵⁸ Di "rinegoziazione maliziosa", cioè a dire di trattative «condotte senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo» parlano anche L. CASTELLI, L'obbligo di rinegoziazione, cit., p. 188, e, ancora prima, G. MARASCO, La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto, cit., p. 560. In proposito, v. anche E. DEL PRATO, Sulle clausole di rinegoziazione del contratto, cit., p. 807, il quale opportunamente definisce tali ipotesi come di «disponibilità a rinegoziare "di facciata"», che incarna un sostanziale inadempimento contrattuale; F. TRUBIANI, Un'ipotesi di utilizzo scorretto della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 263 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, p. 972. Più in generale, sul punto, L. BERTINO, *Le trattative prenegoziali e i terzi*, Milano, 2009, p. 20 ss., nonché G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, passim.

⁵⁹ V., in tal senso, B. GRASSO, *Saggi sull'eccezione d'inadempimento e la risoluzione del contratto*, Napoli, 1993, p. 35 ss.

⁶⁰ Cfr. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., p. 720.



art. 1126 c.c. che, nel prevedere il parametro della valutazione di tipo equitativo, comporta di dover dare prova dell'ammontare del danno lamentato⁶¹. Di talché in tali casi, seppure a fronte d'inadempimento contrattuale, sarebbe da ritenersi risarcibile – complanarmente a quanto accade per il caso della responsabilità precontrattuale – il mero danno negativo⁶².

Quanto all'orientamento propenso a rinvenire nella clausola rinegoziativa un vero e proprio obbligo a contrarre⁶³, il quale consenta al negozio di ritrovare il proprio originario equilibrio, deve osservarsi come, secondo tale impostazione, il carattere obbligatorio della trattativa rinegoziativa s'imporrebbe in termini di vera e propria limitazione alla discrezionalità delle parti nell'espletamento della trattativa medesima, rinvenibile nella buona fede esecutiva di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., da tenersi ben distinta da quella

⁶¹ In tal senso, in giurisprudenza, Cass., 10 luglio 2003, n. 10850, in Urb. e app., 2003, p. 1182, con nota di G. DE MARZO, Derogabilità del sistema del c.d. prezzo chiuso, e in Arch. civ., 2004, p. 685, ove si sottolinea che «Al criterio di determinazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c. è consentito ricorrere soltanto in presenza di una impossibilità, o motivata grande difficoltà, di procedere alla esatta quantificazione del danno, non già per surrogare il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore nella determinazione del ritardo o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza».

⁶² Per un'idea di rinvenimento, in capo all'obbligo rinegoziativo di fonte negoziale, d'incoercibilità in positivo, v. A. GENTILI, La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto, cit., p. 721. Contra, F. TRUBIANI, La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti, in Obbl. e contr., 2012, p. 453, il quale sottolinea come il giudice, nel quantificare e liquidare il danno, debba «basarsi sulle prescrizioni contrattuali iniziali, cercando, per quanto possibile, di tener conto dell'equilibrio originario e del profitto che si sarebbe realizzato per la parte adempiente nel caso in cui non vi fossero state sopravvenienze inaspettate», con ricorribilità, per un sindacato giudiziale alla luce dei valori di mercato, alla disciplina di cui all'art. 1226 c.c.

⁶³ Cfr., in dottrina, V.M. CESÀRO, Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, cit., p. 57; evidenza inoltre R. SACCO, Il contratto, cit., p. 724, come l'obbligo rinegoziativo incarna sostanzialmente un obbligo di disponibilità a trattare le condizioni che potranno risultare eque alla luce dell'assetto d'interessi sotteso alla stipula originaria, con rivisitazione in base alle sopravvenienze perturbative degli originari equilibri contrattuali; v., ancora, F. GRANDE STEVENS, Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata, in N. LIPARI (a cura di), Diritto privato europeo e categorie civilistiche, Napoli, 1998, p. 195. In giurisprudenza, v. Trib. Bari (ord.), 14 giugno 2011, cit.; Trib. Bari (ord.), 31 luglio 2012, in Foro it., 2013, I, c. 375, e in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, p. 117, con nota di F.P. PATTI, Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione.



relativa alla trattativa precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.⁶⁴, caratterizzata, al contrario dell'impronta cooperativa della prima (e seppure a condizione dell'assenza di un apprezzabile sacrificio, in capo alle parti, nell'attuazione di detta collaboratività), dal confronto tra interessi contrapposti⁶⁵.

4. Rinegoziazione e intervento del terzo nell'esperienza italiana e internazionale

Pur alla luce delle finalità per le quali le parti addiventano, in caso di sopravvenienze perturbative degli equilibri contrattuali originari, a trattativa

⁶⁴ Con riguardo ai casi di responsabilità precontrattuale relativa ad ingiustificato recesso dalle trattative, v. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in Tratt. dir. civ. diretto da R. Sacco, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, p. 656 ss.; P. VITUCCI, *Responsabilità precontrattuale e inadempimento*, in Riv. arb., 1995, p. 117 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, passim; più di recente, V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in Riv. dir. priv., 2004, p. 747 ss.

⁶⁵ Così Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, cit.; Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.; Cass., 9 dicembre 2003, n. 18743, in Guida al dir., 2004, 5, p. 78, in Arch. civ., 2004, p. 1198, e in Gius, 2004, p. 2220, ove si afferma che «Il dovere di correttezza si presenta nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita e, quindi, concorre alla relativa conformazione nel senso di ampliarne o restringerne la fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti disatteso il dovere inderogabile di solidarietà affermato dalla Costituzione (articolo 2): dovere che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti e deve, a un tempo, orientarne l'interpretazione e l'esecuzione»; Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in Riv. dir. civ., 2005, I, p. 603, con nota di F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in Foro it., 2004, I, c. 1397, in Gius, 2004, p. 2971, e in Corr. giur., 2004, p. 587, secondo cui «La clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali e da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge; in virtù di tale principio ciascuna parte è tenuta da un lato ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte, e, dall'altro, a tollerare anche l'inadempimento della controparte che non pregiudichi in modo apprezzabile il proprio interesse. Ad un tale riguardo il semplice ritardo di una parte nell'esercizio di un diritto (nel caso di specie, diritto di agire per far valere l'inadempimento della controparte) può dar luogo ad una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto soltanto se, non rispondendo esso ad alcun interesse del suo titolare, correlato ai limiti e alle finalità del contratto, si traduca in un danno per la controparte»; per le decisioni di merito, v. Trib. Reggio Emilia, 21 febbraio 2013, in *Contratti*, 2013, p. 545, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Recesso, risoluzione per inadempimento del preliminare ed abuso del diritto*, e in *Notariato*, 2013, p. 247, ove, in tema di esecuzione contrattuale, si evidenzia che «la buona fede si atteggia come impegno di cooperazione od obbligo di solidarietà, imponendo a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o dal dovere extracontrattuale del principio del *neminem laedere*, sono idonei a preservare gli interessi della controparte, senza peraltro che ciò possa rappresentare un apprezzabile sacrificio per chi li pone in essere: in sostanza, il principio sancito dall'art. 1375 c.c. ha la portata di ampliare ovvero di restringere gli obblighi letteralmente assunti con il contratto, nei casi e nella misura in cui farli valere nel loro tenore letterale contrasterebbe con detto principio, senza peraltro che possa essere impedito di avvalersi di tutti gli strumenti apprestati dall'ordinamento per porre rimedio all'inadempimento di controparte ed al pregiudizio che ne deriva. L'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto non ha allora un contenuto prestabilito, e quindi anche la mera inerzia può costituire inadempimento, poiché l'osservanza del dovere di correttezza si pone nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica contrattuale soggettiva, per evitare che l'ossequio alla legalità formale si traduca in un sacrificio della giustizia sostanziale che scade nell'abuso del diritto».



rinegoziativa, non è escluso che le parti medesime incorrano nel mancato consenso in ordine al contenuto dell'adeguamento da apprestare, magari proprio a causa del mancato consenso, ancor prima, riguardo all'effettiva coincidenza tra evento dedotto in contratto ed evento concretamente verificatosi.

Nel contesto internazionale, in caso di mancato risultato positivo della trattativa rinegoziativa, l'intervento di un soggetto terzo il quale svolga azione risolutiva e di riprogrammazione degli interessi sottesi al rapporto contrattuale è ritenuto, per lo più, un efficiente strumento rimediabile⁶⁶: tale intervento può assumere in senso operativo diverse sfumature, corrispondendo in taluni casi alla mera verifica della corrispondenza tra evento sopravvenuto dedotto in contratto ed evento concretamente verificatosi, mentre, in altri, ad un vero e proprio potere rinegoziativo sostitutivo di quello proprio delle parti contrattuali le quali abbiano dimostrato, nella fattispecie, di essere prive di una concreta autonomia rinegoziativa del rapporto contrattuale costituito, almeno in fase genetica – si perdoni il calembour –, in autonomia negoziale.

Nella prima ipotesi vi sarà necessariamente verifica solo ove risulti

⁶⁶ Per la dottrina concernente l'intervento del terzo nell'ambito della rinegoziazione, v., per la dottrina italiana, M.J. BONELL, *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 315; A. FRIGNANI, *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, know-how*, Torino, 1996, p. 418; A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 62; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 195; per la dottrina riguardante altri ordinamenti, v. A. KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, 1, *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, Paris, 1987, p. 301; J. PAULSSON, *L'adaptation du contrat*, in *Rev. arb.*, 1984, p. 254; F. NICKLISCH, *Agreement to arbitrate to fill contractual gaps*, in *Journ. int. arb.*, 1988, p. 35; P. VERVENIOTIS, *Arbitrators and contractual gaps*, *ivi*, p. 103; G. BERNINI, M.M. HOLTZMANN, *Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats a long term*, in *Rev. arb.*, 1975, pp. 15-59; H. GRIGERA NAON, *La technique de l'arbitrage comme procédure de révision des contrats*, in *Der. comp.*, 1980, 4, p. 96 ss.; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux. Analyse et rédaction de clauses*, cit., p. 273; W. PETER, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, cit., p. 249; H. ULLMAN, *Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems*, in *California Western International Law Journal*, 1988-1989, 19, p. 102; C.M. SCHMITTHOFF, *Hardship and intervenor clauses*, cit., p. 90; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, cit., p. 277 ss.



convenzionalmente vincolante la determinazione del terzo, in caso contrario potendo, le parti, disattenderla.

Nella seconda ipotesi non è infrequente s'ingeneri difficoltà di consenso, tra contraenti in sede di stipula, in ordine alla qualificabilità, sotto il profilo giuridico, dell'opera di adeguamento da svolgersi da parte del terzo del quale risulterà, di conseguenza, difficoltoso circoscrivere la sfera di operatività in sede revisionale: difficoltà le quali, ovviamente, avranno esponenziale incremento in caso di contratto tra partners appartenenti a differenti sistemi giuridici. Al di là, infatti, dei problemi di compatibilità giuridico-concettuale, è spesso rinvenibile tra i vari ordinamenti giuridici una nomenclatura assai varia e diversificata nella individuazione dell'intervento del terzo nella procedura adeguativa: mentre in molti casi la clausola rinegoziativa contiene il richiamo ad un generico "terzo" ovvero, più precisamente, ad un "conciliatore", in altre ipotesi viene specificato, in ottica di superamento di contenzioso, il richiamo ad un vero e proprio "arbitro".

Nel contesto italiano la dottrina si è divisa per molto tempo in ordine alle possibili qualificazioni giuridiche dell'intervento del terzo nella vicenda rinegoziativa⁶⁷. Ciò, tuttavia, partendo da una medesima premessa, cioè a dire

⁶⁷ In tempi risalenti, orientamento dottrinale maggioritario (E. PARENZO, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in Riv. dir. proc., 1929, I, p. 130; C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, ivi, 1951, II, p. 157; P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in Opere giuridiche, III, Napoli, 1968, p. 3 ss.; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1953, p. 104) e giurisprudenziale (Cass., 26 novembre 1946, n. 1332, in Mass. Giur. it., 1946) vedeva l'arbitrato irrituale come species dell'arbitraggio e, in particolare, un arbitraggio applicato a transazione, di talché le parti, stipulando un compromesso irrituale eliminerebbero – demandando al terzo di determinare il contenuto del negozio transattivo – una controversia già presente. In realtà, il compromesso irrituale non porta necessariamente ad una soluzione transattiva di controversia: per lo più, infatti, le parti mitano ad ottenere dalla pronuncia arbitrale un pieno riconoscimento della fondatezza delle proprie pretese, di talché solo ove risulti opportuna una soluzione di controversia a mezzo di parziale rinuncia dei contraenti, potrà ritenersi il negozio "prodotto" dall'arbitro quale vera e propria transazione: cfr. A. CATRICALÀ, *Arbitraggio*, in Enc. giur., II, Roma, 1987, p. 2; M. GRANDI, *L'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Milano, 1963, p. 83; F. MAZZARELLA, *Note minime in tema di arbitrato irrituale ed arbitraggio*, in Giur. merito, 1969, I, p. 335; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 259; E. BIAMONTI, *Arbitrato*, in Enc. dir., II, Milano, 1958, p. 951.

A testimonianza, infine, della sostanziale reciproca autonomia delle figure in esame, pare opportuno ricordare, a proposito del regime delle impugnazioni delle determinazioni del terzo, come sia in giurisprudenza (Cass., 29 luglio 1964, n. 2161, in Foro pad., 1965, I, c. 975; Cass., 13 dicembre 1974, n. 4253, in Giust. civ., 1975, I, p. 1373; Cass., 28 ottobre 1986, n. 6311, in Mass. Giur. it., 1986) che in dottrina (G. COLLURA, *Manifesta iniquità e arbitrato*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1981, p. 89; E. FAZZALARI, I



che l'intervento del terzo, comunque definito, sia innescabile a fini risolutivi non di controversia quanto, piuttosto, di mero conflitto d'interessi. Secondo un primo orientamento⁶⁸, in caso di fallimento di trattativa rinegoziativa l'intervento del terzo non potrebbe essere effettuato attraverso l'istituto dell'arbitrato⁶⁹: ciò in quanto, potendo l'intervento arbitrale rinvenirsi solo in ordine alla possibile risoluzione di una controversia e non anche di conflitti di altra natura, nel caso di rinegoziazione non vi sarebbe, di contro, necessità di dare soluzione ad un contenzioso quanto, piuttosto, di risolvere un mero conflitto d'interessi, tra i soggetti coinvolti nella stipula, riguardo al contenuto dell'accordo rinegoziativo⁷⁰. Il terzo quindi svolgerebbe, nella fattispecie, funzioni analoghe a quelle di un arbitratore (cfr. art. 1349 c.c.): come quest'ultimo dovrebbe, infatti, determinare elementi del rapporto giuridico rimasti "in sospeso" a causa del mancato raggiungimento, sul punto, di un consenso in capo alle parti. Né osterebbe, in ordine a tale accostamento di funzioni, il fatto che l'arbitratore abbia, di per sé, la funzione d'intervenire

processi arbitrali nell'ordinamento italiano, ivi, 1968, p. 474) vi sia ormai uniformità nel ritenere la mancata annullabilità, per iniquità, del lodo arbitrale. Tale inapplicabilità al lodo arbitrale di quanto previsto ex art. 1349 c.c., tuttavia, deve ritenersi basata sul fatto che, in caso contrario, sarebbe legittimato un riesame, nel merito, della controversia: infatti, il lodo arbitrale, contraddistinto da natura ed effetti negoziali, è impugnabile solo a mezzo di quanto stabilito riguardo ai vizi del negozio giuridico, di talché la manifesta iniquità del lodo medesimo potrà rilevare, a fini impugnativi, solo in caso di accertato dolo in capo all'arbitro (cfr. Cass., 10 novembre 1971, n. 3188, in Foro it., 1972, I, c. 1627; Cass., 18 aprile 1975, n. 1459, in Giust. civ., 1975, I, p. 1099; Cass., 19 agosto 1992, n. 9654, in Mass. Giur. it., 1992). Quanto all'ipotesi di errore dell'arbitro: a) ove di diritto, e in assenza d'indicazione di decidere secondo specifiche norme, può ritenersi non rilevante (cfr. Cass., 20 marzo 1974, n. 770, in Foro it., 1974, I, c. 1022); b) ove di fatto, e sia riferito a falsa rappresentazione di circostanze di cui le parti abbiano dato concorde individuazione, è certamente rilevante (Cass., 26 gennaio 1988, n. 664, in Rep. Foro it., 1988, v. Arbitrato, n. 27).

⁶⁸ V. A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 65.

⁶⁹ Sul rapporto tra arbitrato e conservazione dell'equilibrio negoziale, F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1999, p. 837 ss. Più in generale, per una concezione del rinvio ad organismi di conciliazione e a procedure arbitrali in termini di metodologia complanare a un concetto di "contratto flessibile" suscettibile di adattarsi, in modo concordato e in vista della funzione conservativa del vincolo, con conseguente concreta attuazione degli interessi oggettivati in stipula, e in sostituzione d'interventi autoritativi di promanazione normativa e giudiziale, v. S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 3^a ed., Milano, 2007, p. XIX, che definisce l'arbitrato in termini di «ambiente umano, luogo e modo di relazioni tra giudicanti e giudicati»; ma v. anche R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in Riv. arb., 2000, p. 667; Id., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in Foro it., 2003, V, c. 165 ss.; G. CONTE, *Cultura della iurisdictio vs. cultura della mediazione: il difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di A.D.R.*, in Osserv. dir. civ. e comm., 2012, 2, pp. 175-202.

⁷⁰ Cfr. P. FOUCHARD, *L'adaptation des contrats a la conjoncture économique*, cit., p. 71; B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, cit., p. 809; J. GHESTIN, M. BILLIAU, *Le Prix dans les contrats de longue durée*, cit., p. 139; ma v. anche A. KASSIS, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, cit., p. 319, il quale ravvisa i termini di una vera e propria controversia nel caso in cui le parti, pur essendo concordi su rinnovo o modifica del contratto, non trovino accordo anche sui termini di adeguamento del rapporto.



su lacune proprie della fase genetica del contratto, mentre il “terzo chiamato a rinegoziare” ha il compito d'intervenire in fase esecutiva, alla luce di un regolamento contrattuale valido ed efficace sin dalla sua esistenza⁷¹.

Secondo altro orientamento⁷², la rinegoziazione espletata dal terzo sarebbe ascrivibile alla figura di arbitrato irrituale, in quanto l'arbitro dovrebbe svolgere, in aggiunta alle proprie funzioni ordinarie, interventi di tipo integrativo, di accertamento nonché, in completa sostituzione dell'autonomia negoziale delle parti contrattuali, di revisione negoziale⁷³.

In realtà, adeguata soluzione a tale dibattito può aversi solo alla luce di alcune precisazioni.

Deve sottolinearsi, anzitutto, come vi sia una netta distinzione tra le finalità dell'arbitrato, da una parte, e dell'arbitraggio dall'altra: infatti, mentre nella prima ipotesi deve risolversi un caso d'«incompatibilità di diritti di cui ciascuno dei soggetti sostiene di essere titolare», nella seconda deve fornirsi rimedio ad un mero conflitto d'interessi⁷⁴.

Inoltre, non può non osservarsi come nella disciplina generale dei contratti possa parlarsi di conflitto d'interessi esclusivamente come di una fattispecie propria delle trattative, cioè a dire del momento in cui il contratto non è ancora formato, in quanto le parti sono ancora alla ricerca di un motivo da oggettivare – in ossequio alla regola della buona fede prenegoziale (cfr. art. 1337 c.c.) – in seno alla stipula, nella piena autonomia riconosciutagli dall'ordinamento. Autodeterminazione che non pare invece potersi rinvenire, quantomeno nella medesima misura, nel momento in cui si espleti la trattativa rinegoziativa, promanando quest'ultima da un vero e proprio obbligo contrattuale, sottostante a limitazioni sia proprie della regola della bona fides in executivis

⁷¹ V. Cour de Cassation, 7 novembre 1974, in *Rev. arb.*, 1975, p. 302, nel cui commento di E. LOQUIN è possibile rinvenire i profili distintivi tra attività del terzo volta a stabilire il contenuto del contratto, ed attività finalizzata a modificarlo.

⁷² Cfr. A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, cit., p. 360.

⁷³ Intende l'intervento del terzo quale arbitrato di tipo irrituale M.J. BONELL, *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?*, cit., p. 324, evidenziando come, in sede preliminare alla necessaria operazione di adeguamento contrattuale, il terzo medesimo debba accertare l'effettiva presenza degli elementi previsti, dalle parti, in termini di presupposti di rinegoziazione: tuttavia, non può non tenersi conto della possibilità che le parti, ove chiedano l'intervento del terzo, potrebbero deferirvi esclusivamente l'operazione di adeguamento, senza detta verifica anteriore.

⁷⁴ Così G. GABRIELLI, *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitraggio nell'accertamento o nella transazione*, in *Vita not.*, 1993, p. 664. Distingue, invece, tra controversia economica (la cui risoluzione il diritto rimette esclusivamente ad accordo delle parti) e controversia giuridica (la cui risoluzione è demandabile sia al mero accordo delle parti, sia, in caso di mancato accordo, a norme materiali di diritto), F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1924, I, p. 124; ID., *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 400.



sia, a seconda dei casi, più o meno precisate in sede di stipula⁷⁵. E proprio tale buona fede in sede esecutiva – discostandosi, quanto a finalità, da quella precontrattuale – costituisce parametro principale per la conduzione della procedura rinegoziativa essendo rivolta, in generale, ad assicurare alle parti dei criteri informati alle determinazioni giuridiche ed economiche effettuate dai contraenti in fase di predisposizione negoziale in vista di uno specifico equilibrio tra le prestazioni: equilibrio per l'appunto che, ora venuto meno, deve costituire il punto di arrivo nel nuovo percorso non più di negoziazione, ma di revisione di un negozio danneggiato dalle sopravvenienze. La buona fede esecutiva pertanto consentirà, a questo stadio del rapporto contrattuale, esclusivamente proposte di revisione coerenti con l'obiettivo della ricerca di un rinnovato equilibrio tra gli interessi dedotti in contratto.

Concludendo, il riassetto degli equilibri propri della fase genetica del rapporto contrattuale può leggersi, anzitutto, in termini di annullamento di un possibile conflitto d'interessi concernente i criteri di revisione contrattuale, ma anche come esito della corretta conduzione – ossequiosa, quindi, del principio di buona fede esecutiva – del procedimento rinegoziativo, di talché, in caso di rinegoziazione non andata a buon fine potrà ravvisarsi, in capo a una o più parti, lo spettro della ricerca non della proposta negoziale (ri)costruttiva quanto, piuttosto, dell'atteggiamento lecitamente proprio esclusivamente della fase prenegoziale, cioè a dire della condotta finalizzata al mero proprio vantaggio, a discapito di controparte, con ovvie conseguenze in tema d'inadempimento contrattuale⁷⁶, sottoponibile alla disamina quindi (non di un

⁷⁵ Sul punto pare corretto il richiamo al concetto di “trattativa razionale” rinvenibile nelle osservazioni di R. FISHER, W.L. URY, B. PATTON, *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving in*, 2^a ed., New York, 1991, p. 160, nonché in quelle di H. EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage*, cit., p. 1069.

⁷⁶ In proposito, cfr. Cass., 3 agosto 1995, n. 8501, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 119, e in *Contratti*, 1995, p. 578, riguardante il caso di parti contrattuali che hanno dato seguito a trattativa rinegoziativa seppure non vincolate in tal senso, ed in occasione del cui contenzioso ha avuto modo di sostenere come «Allorquando le parti di un contratto già concluso abbiano avviato delle trattative, poi non giunte a buon fine, per modificarne il contenuto e la portata, ed in vista di ciò abbiano stabilito concordemente di sospendere l'esecuzione delle prestazioni da esso nascenti, in quanto incompatibili con il futuro auspicato assetto negoziale, il giudice, chiamato a decidere sulle contrapposte domande di adempimento, risoluzione e risarcimento, per essere il contratto rimasto inadempito dopo il fallimento di dette trattative», non possa «esimersi dal valutare unitariamente e comparativamente il comportamento degli obbligati in questa fase, allo scopo di accertare se l'eventuale contegno sleale, dilatorio e non di buona fede di qualcuna di esse – a parte la configurabilità a suo carico



arbitratore, bensì) di un arbitro, che alla luce di quanto detto sinora è individuabile come la figura più correttamente ascrivibile all'intervento, in sede rinegoziativa, di un soggetto terzo⁷⁷.

Il terzo, nell'ambito di una trattativa rinegoziativa può svolgere, anche a

di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. – abbia potuto dar luogo a responsabilità contrattuale, incidendo negativamente nella fase esecutiva del contratto alla cui modificazione le trattative tendevano, giustificando l'inadempimento dell'altra parte». Ciò risulta utile, indubbiamente, anche a sottolineare la diversità di fondo sussistente tra la situazione giuridica di costituzione di nuovo rapporto e quella di avvio, non previsto in termini contrattualmente obbligatori, di trattativa rinegoziativa di contratto già stipulato. Inoltre, parlare del mancato raggiungimento delle parti in merito ad un nuovo assetto contrattuale in termini di vera e propria controversia riguardante l'esecuzione contrattuale, consente di deferirne la soluzione, con ragionevole certezza, all'intervento arbitrale: soluzione, questa, che pare trovare fondamento giurisprudenziale in capo a due importanti casi di caratura internazionale: a) anzitutto, nell'arbitrage Quintette, ove si trattava di un contratto di approvvigionamento di carbone concluso tra Quintette Coal e delle imprese giapponesi, dal quale risultavano, per ciò che qui interessa, una clausola di hardship legata ad eventuali modificazioni nel mercato del carbone, ed una clausola compromissoria di carattere generale. A seguito di fallimento di trattativa rinegoziativa innescata a causa di una repentina flessione del prezzo del carbone, le imprese giapponesi chiedevano di predisporre un riequilibrio, dell'assetto d'interessi sotteso alla stipula, ad un collegio di arbitri, i quali, pur non autorizzati ad effettuare un intervento di tipo così "invasivo", si dichiarava comunque legittimato ad rideterminare il prezzo, con buona pace anche dell'adita Suprema Corte della Colombia Britannica, che dichiarava gli arbitri competenti a detta rideterminazione (su cui v. le recenti osservazioni di R. FORNASARI, *L'intervento giudiziale sul contratto: pronunce arbitrali e politica del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 853, ove si sottolinea l'estrema rilevanza del caso, «poiché il ragionamento degli arbitri si fonda non su di una clausola specifica, bensì su combinazione di clausole e, dunque, su di una ricostruzione ermeneutica estremamente espansiva, avallata dalle corti competenti a giudicare sulla validità del lodo»); b) inoltre, nel caso *Georgia Power Co. c. Cimarroan Coal Corp.* (526 F.2d 101, U.S. C.A., 1975), ove la Corte Federale affermava il principio in base a cui, ove le parti ritengano di addivenire a modifiche contrattuali mostrantesi in prospettiva necessarie, e purtuttavia non riescano ad addivenire ad un accordo modificativo di riadeguamento delle condizioni contrattuali, possono adire la clausola generale di arbitration. In dottrina, anche in senso critico, P.Y. GAUTIER, *L'arbitrage Quintette devant les juges de Colombie Britannique: la clause de hardship, invitation à l'ultra petita*, in *Rev. arb.*, 1991, p. 611; H. ULLMAN, *Enforcement of Hardship Clauses in the French and American Legal Systems*, cit., p. 103; B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de «hardship»*, cit., p. 808.

⁷⁷ Cfr. V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 229 s.



seconda di quanto risulti dalla clausola rinegoziativa effettivamente apposta al contratto, varie funzioni: tra queste, è certamente rinvenibile anche quella d'intervenire a prescindere da un contrasto tra le parti in ordine alle modalità di adattamento del rapporto, ma con precipua finalità di stabilire il contenuto del negozio adeguativo che andrà a sovrapporsi al contratto originario, incorso in sopravvenienza disequilibrativa. Solo in questo caso pertanto l'attività del terzo, pur essendo propria del momento esecutivo (e non formativo) del rapporto, ed essendo finalizzata non alla risoluzione di una controversia, potrà dirsi sostanzialmente complanare a quanto consentito ex art. 1349 c.c. alla figura dell'arbitratore⁷⁸, i cui poteri dovranno, tuttavia, essere adeguatamente circoscritti sotto il profilo della loro sfera operativa⁷⁹, nonché sorretti da adeguati criteri operativi⁸⁰, i quali, ove espressamente previsti in sede di

⁷⁸ In questi termini V.M. CESÀRO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 231 s., il quale richiama, in proposito, A. GORNI, *Le clausole di rinegoziazione*, cit., p. 65.

Riguardo alla nomina dell'arbitratore, nulla quaestio nel caso in cui il terzo risulti già individuato in sede di elaborazione della clausola rinegoziativa, mentre problemi potrebbero ingenerarsi ove le parti risultino avere rinviato, a momento successivo, detto adempimento: debbono verificarsi, infatti, le conseguenze di un possibile disaccordo, cioè a dire: a) se il vincolo negoziale continui a produrre i suoi effetti: sul punto, può ragionevolmente stabilirsi la conservazione del vincolo contrattuale, dal momento che, in caso contrario, si darebbe adito ad un arbitrario potere unilaterale di paralizzare un accordo valido ed efficace; b) quale sia lo strumento con cui superare l'impasse prodotta dal disaccordo: strumento che potrebbe individuarsi in seno all'art. 1473 c.c. il quale, in materia di compravendita, prevede la competenza del Presidente del Tribunale ove le parti non si accordino in ordine alla individuazione del terzo obbligato a stabilire il prezzo per la traslazione della cosa.

⁷⁹ In proposito, la questione principale concerne il limite oltre cui le parti siano in possibilità di dismettere il potere determinativo delle nuove condizioni negoziali a vantaggio del terzo, ed in proposito è possibile ravvisare due impostazioni di pensiero principali.

Da una parte, dottrina e giurisprudenza dominanti ritengono come la determinazione del terzo possa riguardare gli elementi negoziali essenziali come quelli accessori, e ciò seppure l'art. 1349 limiti l'attività del terzo a quella determinativa «della prestazione dedotta in contratto»: anche se, pure nell'ambito dell'orientamento propenso ad ampliare le funzioni determinative del terzo, è possibile ravvisare impostazioni tra loro discordanti, tra cui una più restrittiva secondo cui la determinazione del terzo, pur potendo comprendere ogni elemento negoziale, deve intendersi meramente «integrativa» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 330, e P. GRECO, G. COTTINO, *Della vendita*. Artt. 1470-1547, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1972, p. 83; in giurisprudenza, si v. Cass., 13 dicembre 1974, n. 4253, cit., p. 1373; Cass., 5 agosto 1983, n. 5272, in *Rep. Foro it.*, 1983, v. *Contratto in genere*, n. 163), ed una in base a cui non sarebbero ravvisabili limiti all'attività determinativa del terzo, consistente anche nella individuazione di natura e tipo di contratto da perfezionare (F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, XI, 1, Milano, 1987, p. 204; D. RUBINO, *La compravendita*, ivi, 1962, p. 516).

Dall'altra, vi è l'impostazione che, seppure autorevole, ad oggi può ritenersi isolata, secondo cui alle parti sarebbe consentito deferire al terzo la determinazione dei soli elementi accessori (G. SCADUTO, *Gli arbitrali nel diritto privato*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, Cortona, 1923, p. 69).

⁸⁰ In ordine al dibattito sulla natura giuridica dell'attività del terzo vi è: da una parte chi, in tempi più risalenti, rinveniva nel completamento di un elemento negoziale privo



clausola rinegoziativa, imporranno all'interprete il mero compito di stabilirne la concreta ed effettiva idoneità all'adeguamento del rapporto contrattuale; al contrario, ossia in assenza di detti criteri operativi, secondo il legislatore il terzo deve presumersi obbligato ad applicare il parametro dell'apprezzamento in via equitativa.

In ordine a detta disposizione sono nati due particolari dibattiti.

Il primo, dovuto al concetto medesimo di equità a fronte del cui significato non propriamente univoco vi è, ad oggi, univocità nell'idea di terzo che, nel decidere secondo equità, deve in ogni caso considerare ogni elemento della fattispecie concreta, tra cui quello patrimoniale e personale proprio dei soggetti coinvolti nella stipula, nonché quello normativo e di mercato⁸¹. Alla luce di ciò, occorre ricordare come il caso rinegoziativo renda peculiare l'intervento del terzo arbitratore sul negozio di cui all'art. 1349 c.c.: si tratta di una peculiarità almeno sotto il profilo cronologico, in quanto non vi è necessità d'integrazione di elementi propri della fase genetica del contratto, bensì della fase propria del rapporto contrattuale ormai innescato e vigente di talché l'arbitratore, nel decidere in base ad elementi esterni ed interni del negozio ormai formato dovrà tenere conto, nell'intervento nel procedimento rinegoziativo, anche degli interessi alla base della fase genetica, ovverosia le

di consenso delle parti contrattuali, un'attività volitiva ed autonoma efficace nei confronti dei contraenti e, in quanto tale, impugnabile dalle parti per manifesta erroneità od iniquità (arbitraggio boni viri), malafede (mero arbitrio), incapacità ovvero vizi del consenso (F. SANTORO-PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, in Riv. dir. priv., 1932, I, p. 272; ID., *Negoziato e giudizio*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1956, p. 1160; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940, p. 489; T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1929, p. 314); dall'altra, chi rinviene, nell'attività del terzo un atto cui per relationem i contraenti rivolgono la determinazione del contenuto negoziale, e non un negozio giuridico (come può evincersi anche ex art. 1349 c.c., riguardante una disciplina dell'impugnazione di pronuncia non coincidente con gli strumenti rimediali richiamabili in caso d'invalidità negoziale), con conseguente qualificabilità dell'intervento del terzo in termini di manifestazione del potere di autoregolamentare interessi altrui (G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Milano, 1956, p. 355; M. VASETTI, *Arbitraggio*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 823; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3^a ed., in *Tratt. dir. civ. diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli*, IV, 2, Milano, rist. 1980, p. 136).

⁸¹ In tal senso, M. VASETTI, *Arbitraggio*, cit., p. 831; ma v. anche F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, p. 181, che sottolinea come il giudice sia in potere di colmare le lacune negoziali in base a criteri necessariamente rinvenibili in capo ad elementi oggettivi e, in genere, strutturali della concreta fattispecie contrattuale sottoposta al suo vaglio.



trattative precontrattuali e la stipula⁸².

In secondo luogo, deve darsi conto se la decisione del terzo arbitratore in base ad equità possa o meno tenersi distinta dalla determinazione risultante da mero arbitrio del terzo, di cui all'art. 1349, 2° comma c.c.: certamente, il giudizio secondo equità può tenersi distinto da quello secondo mero arbitrio in base al fatto che il terzo, in quest'ultimo caso, può preventivamente stabilire i criteri – in via di principio di caratura oggettiva – cui intende informare la decisione che si appresta a prendere in vista dell'integrazione adeguativa del contratto⁸³. In sostanza, il terzo arbitratore potrà prescindere da elementi soggettivi solo ove non oggettivati nella stipula e potrà, tra gli elementi oggettivi, scegliere di rifarsi: a) a quelli contrattuali, propri del caso concreto (interessi concreti sottesi alla stipula), in tal modo indirizzandosi verso una decisione la quale potrà con ampia probabilità risultare complanare, nella sostanza, ad una determinazione basata su equità; b) a quelli extracontrattuali (condizioni economiche e di mercato), in tal modo indirizzandosi verso un equilibrio contrattuale con molta probabilità completamente rinnovato, in quanto con molta difficoltà i parametri extracontrattuali di mercato, propri del momento genetico del rapporto contrattuale (e sulla cui base la stipula ha

⁸² Come sottolinea in proposito V.M. CESÀRO, Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, cit., p. 237, infatti, «La determinazione del terzo (...) sarà, senz'altro, conforme e corrispondente al parametro dell'equo apprezzamento quando, in un quadro di interessi sostanzialmente diverso, riesca a ricostruire l'equilibrio economico-giuridico tra le prestazioni originariamente fissato dalle parti».

⁸³ In proposito, cfr. M. RICCA BARBERIS, L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico, in Arch. giur., 1903, p. 62; D. RUBINO, La compravendita, cit., p. 310; M. VASETTI, Arbitraggio, cit., p. 824; G. SCADUTO, Gli arbitratori nel diritto privato, cit., p. 60, sottolineano tutti come l'intervento rimesso al mero arbitrio del terzo porti ad una determinazione frutto di scelte esclusivamente di tipo soggettivo. V. tuttavia, riguardo all'impossibilità per le parti di rimettersi completamente alla mera arbitrarietà (rinvenibile in letteratura come “mero capriccio”) del terzo, F. MAZZARELLA, Note minime in tema di arbitrato irrituale ed arbitraggio, cit., p. 339; G. SCHIZZEROTTO, Arbitrato improprio e arbitraggio, 2^a ed., Milano, 1967, p. 5; P. GALLO, Arbitrio del terzo (disposizioni rimesse all'), cit., p. 417; F. CRISCUOLO, Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto, cit., p. 209; G. ZUDDAS, L'arbitraggio, Napoli, 1992, p. 113, il quale sottolinea inoltre come l'idea in base a cui il terzo, in caso di equo apprezzamento debba procedere ponderatamente, mentre in ipotesi di mero arbitrio possa dare adito alla propria “arbitrarietà”, sia fondamentalmente un equivoco, nato a sua volta da errata interpretazione di un passo di Proculo (D.17.2.76) in cui viene fatto esplicito richiamo al valore sive aequum sit sive iniquum e che dovrebbe interpretarsi nel senso che, ove le parti si rimettano all'arbitrio, vi sia fiducia completa nel terzo, che dovrà poter agire in completa libertà.



avuto i propri natali) potranno fedelmente ritrovarsi in un momento successivo alla stipula medesima, con ciò rinvenendosi, quasi certamente, mancata complanarità tra equo apprezzamento e mero arbitrio del terzo.



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

GIOVANNI MARIA RICCIO

CAN YOU IMAGINE A WORLD WITHOUT JUDGES (OR A WORLD WITH ROBOT-JUDGES)?

Abstract: The article examines AI systems making automated judicial decisions. The analysis begins with the relationship between law and imagination, specifically the idea that legal rules adhere to a criterion of formal validity and are not subject to external influences and social changes. From a legislative perspective, some governments have favored a laissez-faire approach, allowing IT companies to thrive and achieve monopolistic positions in the market through data collection and usage. The article discusses how the use of AI technologies can be a support but emphasizes the need for an anthropocentric approach that prioritizes the protection of fundamental rights and acts as a barrier against technological solutions that appear neutral but are actually driven by the need to perpetuate discrimination and prevent social mobility.

Keywords: Artificial Intelligence | Law | Legal Decisions | Judges | Comparative Law

TABLE OF CONTENTS: 1. The alleged neutrality of law and technology. – 2. Legal Certainty and Imagination of AI Systems. – 3. The Necessity of Humans in Judicial Decisions.

Reflecting on the relationship between law and imagination may seem a peculiar exercise for a legal scholar. Anyone engaged in professions related to the legal world gradually realizes – as we will shortly explain, albeit seemingly – that the scientific method of interpreting and analyzing legal norms is at odds with imagination, which is associated with art, passion, and invention. Law, on the other hand, should be based on reality, the analysis of data, and the deductive consistency of its arguments (Costa, 1993, 12).

The legal discourse, as is still often taught in universities, is founded on scientific accuracy and thus must be empirically verifiable. This perceiving is an inheritance (bulky, uncomfortable) of legal positivism, which traces its roots to Hobbes and political absolutism, where the sovereign is placed on a pedestal of superiority over the norms that produces. This perspective is further reflected in the era of legal



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

codification, which imaginarily begins with the Napoleonic Code of 1804 and ends with the entry into force, on January 1, 1900, of the BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), the German civil code (Zimmermann, 1993, 95).

This position was later revisited and reworked by neopositivism and the normative theory of Hans Kelsen, a jurist from Prague, who taught in Vienna, Cologne, and Berkeley. Kelsen's theories developed the positions expressed by nineteenth-century legal positivism, opposing the natural law thinking, which suggests that alongside positive law, enacted by the State, there exists natural law, within which eternal and universal rights and values reside.

Kelsen (and his followers) start from the idea that norms are neither just nor unjust but solely adhere to a criterion of validity.

It seems necessary to explain this point further. As known, Kelsenian theory holds that all legal norms derive their validity from a higher-order norm and that the hierarchy of sources culminates with the Grundnorm, the fundamental norm, the source of validity for all legal norms.

In this perspective, according to Kelsen, the legal system assumes a pyramidal structure, with the fundamental norm at its apex. Indeed, in order to qualify a precept as a legal norm, it is necessary for it to be "validated" by a superior norm, which must nevertheless be in conformity with the fundamental norm.

In this way, Kelsen breaks free from the connection between the norm and justice: the legality of the norm does not depend on its correspondence to a principle of natural justice, but rather on its placement in the hierarchy of sources. The legal system, therefore, becomes, in the Kelsenian view, the result of all norms that meet the validity criterion dictated by the fundamental norm, regardless of the content of the norm itself (given that, as mentioned, there is no consideration of the norm's just or unjust nature).

For decades, fortunately, legal positivism has been in crisis, and different, anti-formalistic theories have emerged, challenging the supposed objectivity and impartiality of legislative choices.

In particular, the critical legal studies, emerged in the United States in the 1970s, according to which the task of legal analysis is to demystify the legal processes and to demonstrate the ambiguity and potential biased outcomes of purportedly impartial and inflexible legal doctrines (Mangabeira Unger, 1983; Douzinas – Perrin, 2011).

Therefore, law should not be perceived as dogma, but as a complex system, whose influences are manifold. Think about property rules: we teach what the rules are, forgetting the social, political, and economic issues that may have generated certain disparities (Mattei – Quarta, 2015, 304).



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

This starting point is also necessary in relation to the legal discourse concerning artificial intelligence technologies.

Also, ethical issues have progressively eroded the legal arguments. The limits of ethics are double: on the one side, law is enforceable, ethics is not; the second point is that law-making is a process with implies democratic (at least in our view) choices made by governments, while who is entitled to decide on ethical issues?

1. *The alleged neutrality of law and technology*

Furthermore, the premises outlined emphasize a similarity that equally accompanies law and technology. In both cases, it is assumed that they are neutral, that law adheres to a formal order, and that technology is merely an innovative evolution.

Law is based on a selection of interests and, therefore, it is a political choice of which interests to protect and which not to protect. Thus, the law is never neutral; rather, legal norms are often based on social issues.

Similarly, technology and innovation are also based on political choices: the adoption of new systems has historically determined the transformation of the job sector, as well as human habits. The advent of the internet has represented, on one hand, access to potentially infinite and in the past unimaginable resources; on the other hand, it has led to the numbing of public discourse and the depth of arguments.

Law is politics, and it is political. The same applies to technology.

This starting point – which would deserve to be further explored comprehensively - is necessary to address the relationship between law and technology, especially in light of artificial intelligence technologies.

Larry Downes, an internet analyst, stated that “technology changes exponentially, but social, economic, and legal systems change incrementally.” (Downes,15). Downes emphasizes the problem of the 'rhythm' of the law: technology advances rapidly, while legal rules progress more slowly. Moreover, one aspect to consider is that the intervention of regulation may slow down the process of improvement and development and could be inefficient in governing future evolutions, as the real impact of an innovation can only be perceived after its development and widespread adoption. However, this argument overlooks the fact that once technology becomes deeply entrenched, it becomes difficult to regulate effectively. Perhaps it would be interesting to learn more about Downes' biography.

In the early years of his career, he was a consultant with Andersen Consulting and McKinsey & Co. Years after, in addition to being an excellent analyst and columnist for major journalistic publications (such as The Washington Post, Harvard



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

Business Review, *Forbes*), he served as a law clerk for Richard Posner. Posner, before becoming Chief Judge of the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, was one of the leading proponents of the economic analysis of law, a doctrinal current (known as the Chicago School) that argues that legal rules should primarily adhere to principles of economic efficiency. Therefore, the law should be Pareto-efficient, consequently determining that value choices are subordinate to economic outcomes (Posner, 1, 9):

“economics is pretty value-neutral, or at least aspires to be value neutral, and there are many liberal practitioners of economic analysis of law”.

Comparing the slowness of regulatory processes with the speed of technological innovations is an old trick, concealing a clear political intent. The first season of the internet, between the late 1990s and the first decade of the new millennium, teaches us that some governments, foremost among them the American government, preferred a flexible and minimally invasive rules system.

Two examples deserve to be remembered because, although apparently schizophrenic, they demonstrate a unified logic. In 1998, the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) was enacted, whose §512 provides that copyright holders may request internet site managers (hosting providers) to remove content protected by intellectual property. The notice and take-down mechanism require hosting providers, upon receiving notification from the copyright holder, to inform the individuals who uploaded the disputed content to a platform (e.g., YouTube), and these individuals may then send a counter-notification. In practice, therefore, most illicitly uploaded content is removed. Thus, the American system – which in Europe will be almost slavishly imitated by Directive on Electronic Commerce No. 2000/31 – opts for favoring property rights.

Conversely, in the same years, the Communication Decency Act (CDA) of 1996, with Section 230, merely establishes that "No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider." Therefore, the American legal system provides greater protection for property rights than personal rights, particularly in cases of defamation. Once again, if we look at the legal rule from a practical perspective, Section 230 effectively immunizes individuals who engage in defamation, making it very difficult for the defamed to obtain judicial relief.

At the same time, CDA has protected and still protect social media platforms. A case held by the U.S. Supreme Court is useful to explain this short circuit.

In the case of *Gonzalez v. Google* (2023), the family of a 23-year-old student killed in an ISIS attack in Paris argued that Section 230 does not shield Google, the owner of YouTube, from civil liability for aiding and abetting terrorists under the Anti-



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

Terrorism Act. The plaintiffs contended that YouTube's algorithms, which recommended videos from the terrorist group ISIS, constituted content created by YouTube, and therefore, Google could not claim immunity from liability under Section 230.

Although the Court agreed to review the scope of Section 230's liability shield, it ruled that, based on its decision in *Twitter v. Taamneh* (2023), the plaintiffs would likely have minimal relief under the Anti-Terrorism Act. In *Twitter*, the Court determined that social media companies could not be deemed to aid and abet terrorists simply by hosting their content, failing to remove it, or recommending it to others. Consequently, the Court stated that "much (if not all) of plaintiffs' complaint seems to fail."

Beyond legal technicalities, the underlying thread of these regulatory paths is clear. Enacting rules favorable to internet operators - except for some aspects of intellectual property rights - has allowed these companies to grow exponentially, reinforced by a technological superiority that no European or, at least in those years, Asian company could possess. Moreover, the internet economy has a peculiarity. It consists of immaterial services, so unlike traditional economies based on the exchange of physical goods, the efficiency of a computer system has led to the creation of huge monopolies in just a few years: an experience unparalleled in history in terms of the breadth of monopolies and the speed at which they were established.

The internet "giants" (Google, Amazon, Meta) are all American companies. The only spaces where they have not gained a monopolistic position in the market are those of countries under dictatorships or authoritarian regimes, such as China or Russia, where citizens use - driven by governments for political and information control reasons - similar but national services.

The same is happening now with the advent of artificial intelligence. The market is divided between two major players (Microsoft and Google), which are now running solo, without any "chasers", especially when we look at European companies. Europe sets the rules (with the AI Act), but investments are scarce, with the only exception being France. This means that, even for the next decades, European companies (as well as public administrations) will continue to use services from companies based in the United States, and European states will continue to be technological colonies of the U.S.

Technological neutrality goes hand in hand with legislative neutrality, at least on the other side of the Atlantic.

The underlying idea is that the law should not hinder investments and that the market should be able to self-regulate, a market free from government



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

intervention. The legal theory of laissez-faire is a form of protection for capitalist economies, especially for neoliberalism.

The positions are well-known. According to Marxist theory, the owners of the means of production exploit the workers or the workforce. On the other hand, liberal theories oppose this thesis by arguing that workers can negotiate their salaries and that employers are nevertheless incentivized to offer fair and reasonable wages to ensure productivity, thus avoiding demotivating workers and prompting them to seek alternative employment.

If we move from the theoretical approaches, the reality is clear, and everyone can form their preferred opinion by observing, among the many examples, the working conditions in the large-scale distribution of online platforms (e.g. Amazon).

A situation that could worsen with artificial intelligence systems, which are replacing many traditional jobs. The number of unemployed individuals will continue to increase, allowing companies to find labor even under conditions reminiscent of the nineteenth century. Perhaps returning to Marx would not be a bad idea, not necessarily to become Marxists, but at least to see the steps backward that labor conditions have taken in the last two decades.

2. *Legal Certainty and Imagination of AI Systems*

With these quick and necessarily incomplete theoretical premises, we may return to the subject of this paper.

What strikes the imagination of a jurist about artificial intelligence? Undoubtedly, like for any other science, it's the machines' computational power, their ability to store billions of data points and process and aggregate them together.

Is this a fate we must resign ourselves to, or, and this should be the task of jurists, should we systematize technological developments? The dilemma, not only in the field of law, remains unchanged: should we chase after the machines and be governed by them, or should we regain control of the machines?

As will be further elaborated later, the AI Act has adopted an anthropocentric approach from its very outset (Article 1), where it states that the purpose of the Regulation is to enhance the functioning of the internal market (a general objective in EU policies) and to promote the dissemination of anthropocentric and reliable artificial intelligence, ensuring the respect for the fundamental rights enshrined in the Charter of Nice. The European Commission, therefore, made a value-based choice, prioritizing fundamental rights over market logic: a choice that is particularly evident from the prohibition of certain AI practices deemed entirely



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

unacceptable and by establishing different rules for the other practices, with a risk-based approach according to the practices themselves.

In the legal practice, the use of computing has a long history, and for decades, judges and lawyers have been using software that collects and searches within databases containing laws and rulings.

For legal analysis, the excess of data is a huge problem, accepted as endemic and incurable. There is no certainty about the numbers. For example, the estimate of the number of laws in force in Italy is vague: according to some, there are almost 110,000 laws, according to others, they exceed 130,000; even more surprising, there are reportedly still 21 decrees from the fascist era in effect. It's almost impossible not to encounter antinomies in the normative ramifications, especially when dealing not only with the written rule but with its operational scope. A few years ago, a study that counted the number of judgments in Italy by different judicial bodies caused a stir: 6.5 million decisions, without taking into account the rulings of the European Union courts or those of independent administrative authorities.

Impressive numbers often evoked when recalling another fact: in Italy, a civil lawsuit, between the first and second instance, lasts over six years. The times, from 2014 to 2022, have also improved radically, but nevertheless, according to an estimate by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ, 2022), Italy is the slowest country in Europe.

Faced with such data, it is difficult for the legal scholars approaching artificial intelligence machines not to feel that “Promethean shame”, as Günther Anders spoke of, as the shame one feels in the face of the humiliating quality height of objects made by ourselves. Equally fascinating is the temptation to rely on these machines. Judges are few, the number of cases, in proportion to the population, is extremely high: why not rely on computational systems capable of deciding similar disputes in a few seconds?

Some premises, once again, are necessary. Firstly, scientific faith is widespread (and dangerous). We do not know exactly what the relation between data analysis and its results and what machines are capable of, what their margins of error are: the dominant narrative does not deny this, but merely asserts that even if we are unable to fully explain the processes of artificial systems, soon we will do, by eliminating the errors and biases of the machines (Tafari, 2024).

The second warning is that the humanization of machines often coincides with the dehumanization of people.

The question is not whether the justice system should be assisted by machines and their even more powerful analytical capabilities, but how the system should use



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

machines without being overwhelmed by them. It is indisputable that a judge should be assisted in their decisions by a computational model that classifies previous cases, analyzes them, and studies them. After all, for decades, the computerization of legal practitioners has been a challenge, an objective; for decades, we have been using software that collects the ratio decidendi of thousands of court cases and the thousands of laws that are enacted, helping us to navigate through the existing and repealed legal provisions.

As mentioned, lawyers and other legal practitioners already use advanced search engines for case-law as well as AI systems that help notaries in drafting deeds or lawyers in detecting divergent or incompatible contractual clauses. Also, some public institutions recur to similar tools, like chatbots, to inform litigants on trials and legal procedure (CEPEJ, 2022, 17).

So, pointing out that technology is useful in the legal domain, the issue to be inspected is another.

Can we imagine a judicial decision taken by an AI system?

A response to this question is provided by Recital 61 of the Artificial Intelligence Act, which states that "Certain AI systems intended for the administration of justice and democratic processes should be classified as high-risk, considering their potentially significant impact on democracy, the rule of law, individual freedoms as well as the right to an effective remedy and to a fair trial. In particular, to address the risks of potential biases, errors and opacity, it is appropriate to qualify as high-risk AI systems intended to be used by a judicial authority or on its behalf to assist judicial authorities in researching and interpreting facts and the law and in applying the law to a concrete set of facts. AI systems intended to be used by alternative dispute resolution bodies for those purposes should also be considered to be high-risk when the outcomes of the alternative dispute resolution proceedings produce legal effects for the parties. The use of AI tools can support the decision-making power of judges or judicial independence, but should not replace it: the final decision-making must remain a human-driven activity. The classification of AI systems as high-risk should not, however, extend to AI systems intended for purely ancillary administrative activities that do not affect the actual administration of justice in individual cases, such as anonymisation or pseudonymisation of judicial decisions, documents or data, communication between personnel, administrative tasks."

The AI Act categorizes systems based on risk parameters and identifies four categories: unacceptable risk systems, which are prohibited; high-risk systems, which must comply with specific obligations to be placed on the market; limited



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

risk systems, which mostly have transparency obligations; and minimal risk systems.

Systems used in the judicial field, as mentioned, are classified as high-risk systems and are subject to the following obligations: implementing effective risk assessment and mitigation mechanisms; utilizing high-quality datasets to minimize risks and prevent discriminatory outcomes; recording of all activities to ensure the traceability of results; drafting comprehensive documentation providing authorities with all necessary information to evaluate compliance; clear and sufficient information provided to the deployer; adopting appropriate human oversight measures to mitigate risks; ensuring a high level of robustness, security, and accuracy.

The AI Act dedicates the most of its rules to high-risk systems, which are based on the risk approach that covers the entire lifecycle of the AI system used (Article 9). An important role, which follows the GDPR model, is that of risk analysis related to possible violations of fundamental rights (Article 27). This requirement is not extended to all entities — which is a critical point — but only to public entities (including judges) and those providing public services.

Furthermore, AI systems must be reliable, as hold in Articles 10, 13, 14, and 15 of the AI Act. Article 10 prevents algorithmic discrimination by considering the governance of the data used and establishing a framework for the datasets, which must be designed to avoid distorting or discriminatory effects.

Article 13 plays a fundamental role because it addresses transparency for deployers, who must have access to information about the functioning of the systems and must receive usage instructions in an appropriate digital or non-digital format. These instructions must include concise, complete, correct, and clear information that is relevant, accessible, and understandable for the deployers.

Similarly, Article 50 requires AI providers to design systems so that people are informed when they are interacting with an AI system without the presence of a human being. This obligation is complemented by Article 86, which states that the person affected by the decision has the right to request an explanation of the decision-making process that impacts their rights (Gaudio, 2022, 1).

However, a doubt remains. The AI Act has imposed certain information obligations, which should address the information asymmetries between providers and deployers on one side, and users or other subjects to algorithmic decisions on the other. However, how much do we really know about the design systems of deep and machine learning, which determine the outputs of the machines themselves? How real is the risk of black boxes, and what level of detail in the information is reasonable to expect?



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

In any case, the AI Act adopted an anthropocentric approach, entrusting the judicial decision exclusively to a human being. Indeed, it is not insignificant that AI machines can only assist judicial authorities in decisions, not make decisions. The decision-making process is human-guided and can only be supported by machines (Covelo de Abreu, 2014, 410).

The determinations of the European Commission were certainly influenced by the "European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment" adopted at the 31st Plenary Meeting of the CEPEJ on December 3-4, 2018, in Strasbourg.

The Charter is based on five key principles:

- a) respect for fundamental rights: the development and execution of artificial intelligence tools and services must adhere to fundamental rights;
- b) non-discrimination: specific measures must be adopted to prevent the creation or exacerbation of discrimination among individuals or groups;
- c) quality and security: When handling judicial decisions and data, certified sources and intangible data alongside models developed through a multidisciplinary approach must be used, within a secure technological environment;
- d) transparency, impartiality, and fairness: data processing methods are accessible and comprehensible, and external audits must be authorized;
- e) "under user control" principle: adopting a prescriptive approach must be avoided and ensure users must be well-informed and empowered to make their own choices.

However, artificial intelligence systems capable of making decisions have already been applied, with significant results, such as some AI models, which allowed for the cancellation of a series of unjust fines in England (Custers 2022, 218).

Among the EU member States, Estonia has also tested similar systems, developing an AI program designed to adjudicate small claims disputes valued at less than €7,000 (Ulenaers, 2020). At the end, this country has just piloted this possibility, without formally implementing it.

The choice, which seems reasonable, to entrust judgment to humans resides primarily in two aspects. Firstly, machines still exhibit numerous biases, resulting in distorted outcomes that could be perpetuated indefinitely. The machine learning system gathers data, but also biases (often discriminatory) associated with such information: for example, it may determine that a migrant is much more likely to commit crimes than a native citizen of a country, since, through scraping, it has obtained numerous results associated with crimes committed by non-native residents.



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

Secondly, the interpretation of the law through judges often leads to adapting rules to contexts and social changes without the need to wait for a (as we mentioned, slow) modification of legislative texts.

Law is not a monolith and changes thanks to what comparative law scholars call legal formants, which essentially include legislation, case law, and legal doctrine. Furthermore, law is influenced by cryptotypes, namely social and anthropological factors, as well as all elements that contribute to shaping a jurist's thinking (for example, his or her legal tradition) (Sacco, 1991).

Believing that artificial intelligence, without human input, can replace a judge's way of reasoning is naive, even before being incorrect. Judges are and must be influenced by various elements: they are not a mere calculator because their primary task is to interpret legal rules, which may remain formally identical but are shaped diachronically from a historical or geographical perspective. Therefore, a particular rule may make sense in the United States, but it will have a different meaning for a French or Italian jurist, who is a product of a different legal culture.

3. *The Necessity of Humans in Judicial Decisions*

AI machines are rational, but not necessarily reasonable: their operation is based on a deductive method, rooted in Aristotelian logic, following logical processes. However, it is important to distinguish symbolic AI systems from sub-symbolic AI systems: the former are capable of explaining deductive processes, while the latter do not have the ability to provide explanations for the results produced, similar to humans. In this regard, it is important to remember Wittgenstein's teaching, according to which every command (including legal) presupposes a series of commands: if I tell my son or daughter to tidy up the house, they will know that they have to clean the kitchen, make the beds, and so on.

Legal discourse is rhetorical and not logical. The assumption is that the law is interpretation: if it were only mathematical logic and algorithmic deductions, simplifying greatly, legal operators would not be needed. Instead, in any legal process, a lawyer tries to convince the judge in two ways. On the one hand, by reconstructing that a historical fact, which the judge has not experienced but the parties have, has occurred in one way rather than another (which is the thesis that the opposing lawyer will probably argue). Secondly, they will try to convince the judge that a certain legal rule should be interpreted in a certain way (therefore assigning a semantic meaning to a textual formulation) or that a certain precedent should be applied because the assumptions are similar. Undoubtedly, an AI machine can do the same: argue both the claimant's and the defendant's theses.



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

However, the most scaring scenario in non-humans decisions seems to be mostly related to predictive decisions, i.e. on judgments influenced by potential risks connected with defendants in criminal cases.

The Loomis case explains this issue [Supreme Court of Wisconsin, State of Wisconsin v. Eric L. Loomis, Case no. 2015AP157-CR, 5 April – 13 July 2016].

In this judgement, the Court requested a Presentence Investigation Report, which was drafted using a software called COMPAS, which analyzed the defendant's personal history, including occupation, housing availability, and substance abuse, to assess the risk of recidivism.

Loomis contested the use of an artificial intelligence system and the ability of the trial court to resort to predictive mechanisms. Transparency is one of the key issues in the Loomis case. In fact, the operation of COMPAS is shrouded in industrial secrecy, and therefore, while the questions used by the system for scoring the defendant may be disclosed, the results are difficult to argue due to their lack of transparency.

The Supreme Court of Wisconsin held that risk scores cannot be used to decide whether the defendant can be effectively and safely supervised within the community.

This case also implies the discourse on humans' ability to self-determine. A fundamental distinction in legal history is the difference between persons and things: persons take decisions (even irrational or unpredictable ones), things do not. Therefore, individuals have the capacity to choose among different behavioral options and may even change their behaviors over time. Believing that it is possible to assign a scoring to a person's likelihood of recidivism based on personal or social factors is akin to resurrecting Lombroso's theories (Giannini, 2021, 179).

The same concerns apply to the world of work. The AI Act includes transparency obligations which, in labor law, are complemented by the forthcoming directive on digital platforms. This directive holds that a person performing platform work cannot be fired or dismissed based on a decision made by an algorithm or an automated decision-making system and imposes a series of informational obligations on companies, also involving trade unions and other representative worker associations.

Anthropocentrism is therefore fundamental in our relationship with technology. The idea of letting machines make decisions implies a political choice, and we must be aware of this. When we consider having machines select the university that a high school student should attend based on its grades and extracurricular activities, we are asserting the immutability of a life path, the impossibility of people changing. Even if we were to admit that machines are neutral (and they are



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

not, because biases are inherent in their programming), we must protect ourselves from those who would hide, behind an apparently scientific solution, to perpetuate discrimination and unchangeable social divisions.



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

Bibliography

Anders G. (1956), “The Outdatedness of Human Beings”, Vol. 1, freely accessible here:

<https://files.libcom.org/files/ObsolescenceofManVol%20IIGunther%20Anders.pdf>

CEPEJ (2019), “European Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and Their Environment.” Council of Europe. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c>

CEPEJ (2022), “European judicial systems - CEPEJ Evaluation report - 2022 Evaluation cycle” (2020 data), Council of Europe, https://www.coe.int/en/web/cepej/special-file-report-european-judicial-systems-cepej-evaluation-report-2022-evaluation-cycle-2020-data?p_p_id=56_INSTANCE_Pec933yX8xS5&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-4&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2

Costa P. (1995), “Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per un’antropologia del giurista”, *Diritto pubblico*, 11.

Covelo de Abreu, J. (2024). “The “Artificial Intelligence Act” Proposal on European e-Justice Domains Through the Lens of User-Focused, User-Friendly and Effective Judicial Protection Principles”, in Sousa Antunes, H., Freitas, P.M., Oliveira, A.L., Martins Pereira, C., Vaz de Sequeira, E., Barreto Xavier, L. (eds.), *Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law. Law, Governance and Technology Series*, vol 58. Springer, 397.

Custers, Bart (2022), “AI in Criminal Law: An Overview of AI Applications in Substantive and Procedural Criminal Law”, in B.H.M. Custers - E. Fosch Villaronga (eds.), *Law and Artificial Intelligence*, Heidelberg, Springer, p. 205-223.

Douzinas C. – Perrin C. (2011), “Critical Legal Theory”, London, Routledge.

Gaudio G. (2022), “Litigating the Algorithmic Boss in the EU: A (Legally) Feasible and (Strategically) Attractive Option for Trade Unions?”, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 40, 1.



G.M. RICCIO «Can You Imagine a World Without Judges (or a World with Robot-Judges)?»

Giannini A. (2021), “Lombroso 2.0: On AI and predictions of dangerousness in criminal justice”, *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 92, 179.

Mattei U. – Quarta A. (2015), “Right to the City or Urban Commoning? Thoughts on the Generative Transformation of Property Law”, *Italian Law Journal*, vol. 1, 303.

Posner R.A. (1998), “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”, *Law & Economics Working Papers*, vol. 53, 1.

Sacco R. (1991), “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1.

Senatori I. – Purificato I. (2023), “The Position of Collective Rights in the “Platform Work” Directive Proposal: Commission v Parliament”, *Hungarian Labour Law*, vol. 1, 1.

Ulenaers, J. (2020), “The Impact of Artificial Intelligence on the Right to a Fair Trial: Towards a Robot Judge?”, *Asian Journal of Law and Economics*, vol. 11, no. 2.

Mangabeira Unger R. (1983), “The Critical Legal Studies Movement”, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Tafari D. (2024), “Do AI Systems Have Politics? Predictive Optimisation As A Move Away From Liberalism, The Rule Of Law And Democracy”, *Ethics & Politics*, forthcoming.

Zimmermann P. (1995), “Codification: History and Present Significance of an Idea”, *European Review of Private Law*, vol. 3, 95.



DARIO ELIA TOSI

THE ENVIRONMENTAL ISSUE AND THE REPRESENTATION OF FUTURE GENERATIONS: WHAT MODELS FOR ITALY? COMPARATIVE LAW SUGGESTIONS*

Abstract

This essay explores the ongoing discourse on environmental reforms in Italy, particularly focusing on the inclusion of future generations' rights in the Constitutional Charter. It examines the political and scientific debates surrounding recent constitutional amendments, highlighting the integration of environmental protection and intergenerational equity into Italy's legal framework.

The essay offers a comparative exam of the approach to the intergenerational issue in constitutional charters all over the world. The analysis wants to highlight different methods of embedding intergenerational responsibility within constitutional texts, ranging from preambles to specific articles on environmental and economic policies.

Furthermore, the essay discusses the institutional models adopted by various countries to give future generations' interests effective tools of representation and protection. It highlights the roles of ombudsmen, independent authorities, advisory bodies, and parliamentary committees in ensuring that future generations' rights are considered in policymaking.

The essay concludes by reflecting on the potential models Italy could adopt to effectively implement its constitutional mandate, emphasizing the need for robust representation and protection mechanisms for future generations.

Keywords: comparative law, constitutional law, future generations, environment

TABLE OF CONTENTS: 1. The reform of the environment in Italy and the mystery of future generations. – 2. The reform of the environment in Italy and the mystery of

*The present contribution is the result of a research stay in France performed with the support of the Associate Directors of Studies (DEA) programme funded by the Fondation Maison des Sciences de l'Homme (Paris)



future generations. – 3. Protection and representation of future generations: the institutional models provided for in the constitutional charters. – 4. The solutions adopted at the level of ordinary legislation. – 4.1 The model of the Ombudsman. – 4.2 The model of the independent authority. – 4.3 The model of the advisory body. – 4.4 Future generations and political representation: the model of parliamentary bodies. – 4.5 Future generations and political representation: the model of citizens' assemblies. – 5. 5. Conclusions: Italy and the glass half full.

1. The reform of the environment in Italy and the mystery of future generations

The Italian political and scientific debate of recent years shows an increasing attraction regarding the topic of the reforms which our Constitution needs; at least this is the mainstream idea that comes up in a karstic way from the various interventions. Moving from the reform, currently under discussion, on the form of government, to the organic reform projects of the second part of the Charter that have been presented over the last 25 years, or even the more limited reforms (some of them, it must be observed, with possibly systemic effects) such as the reduction of the number of parliamentarians, the new constitutionalizing of the island¹ issue or, further, the codification of the environmental protection as one of the fundamental principles and a potential limit to the freedom of the economic initiative², the Constitutional Charter now appears to be one of the different subjects of confrontation, more often clash, between the different political actors. Notwithstanding the complex and articulated work and the delicate compromise

¹The island theme, in fact, was originally linked by the Constituents to the South within a protection in favor of the economically less developed areas of the country. The 'regionalist' reform of Title V of 2001 expunged such a reference from the Charter. The political pressure exerted by the island regions has recently led the constitutional legislator to reinsert the issue in the Constitution with an even broader formulation than the original one. On the subject, among many, see T.E. FROSINI, *Presentazione. Insularità e comparazione giuridica*, in DPCEonline, 2023, n. 3, 2753-2757; G. DEMURO, *Le isole tornano in Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, n. 4, 901-904; F. SANNICHI, *La condizione di insularità nella Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, n. 2, 147-169.

² Among the constitutional reforms approved in the last period, it must be mentioned the inclusion of the express reference to sporting activity in art. 33 of the Constitution on education and instruction. Although claimed by many political actors as the constitutionalization of sport, the wording adopted leads us to believe that the concrete effects of the reform will be substantially limited. On the subject, it can be briefly recalled L. MELICA, *Attività sportiva e persona umana: una riforma ambiziosa e lungimirante*, in DPCE, 2023, n. 4, V-X; G. MARAZZITA, *Il riconoscimento del valore costituzionale dell'attività sportiva*, in *Federalismi.it*, 2024, n. 1, 110-132; M. DI MASI, *Dall'etica alla costituzionalizzazione dello sport. Brevi note sulla riforma dell'articolo 33 della Costituzione*, *ivi*, 2023, n. 22, 124-134; L. SANTORO, *L'inserimento dello sport in Costituzione: prime osservazioni*, in *Diritto dello sport*, 2023, n. 2, 9-23.



found by the Constituents, the amendment, even in a disruptive way, of the constitutional text is no longer a taboo.

A summary analysis of the political debate on these interventions about the need to ‘update’ our Charter, moreover, reveals that the effects of the solutions identified and the textual formulations adopted are not always properly assessed. With the consequent risk of a heterogenesis of goals or a substantial non-application of the constitutional provisions.

In this context, aside any systemic assessment of the effects produced by the reforms approved in recent years, this paper intends to offer some remarks on the innovations introduced by the Constitutional Law. 1/2022 on protecting the environment and, more specifically, on the inclusion in the Constitutional Charter of the express reference to the future generations.

Within an evolutionary trend that, overcoming the original anthropocentric roots of the environmental law, in recent years has increasingly focused on animal rights and on the rights of nature, the more and more frequent emergencies linked to the climate factor have brought attention back to the issue of future generations.

However, the analysis of the political debate that accompanied the reform highlights how the inclusion of the intergenerational issue in the Constitutional Charter occurred without an adequate and timely discussion within the parliamentary assemblies. As repeatedly highlighted in the doctrine, the constitutional law revising art. 9 Constitution is the result of merging multiple original proposals aiming at different goals³. Some bills, more essential in content, intended only to add the environmental issue to the protection of the landscape, which finds an express reference in constitutional charter since the original

³ On the subject, it can be recalled the numerous advisory opinions delivered by most prominent Italian scholars heard by the Chamber of Deputies and the Senate of the Republic and published on the webpage of the parliamentary assemblies. Without any exhaustivity, it may be further mentioned A. MORRONE, *fondata sull’ambiente*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, n. 4, 783-796; M. CECCHETTI, *La disciplina sostanziale della tutela dell’ambiente nella Carta repubblicana: spunti per un’analisi della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, *ivi*, 797-820; M. FERRARA, *La forma dell’ambiente. Un percorso tra scelte di politica costituzionale e vincoli discendenti dalla Cedu*, *ivi*, 851-874; D. AMIRANTE, *La reformette dell’ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *DPCE*, 2022, n. 2, V-XIV; R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2022, n. 1, 7-26; M. BENVENUTI, *La revisione dell’articolo 41, commi 2 e 3, della Costituzione, i suoi destinatari e i suoi interpreti*, in *Rivista AIC*, 2023, n. 2; 59-83; D. PORENA, *Sull’opportunità di un’espressa costituzionalizzazione dell’Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell’articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 14, 312-332; R. MONTALDO, *Il valore costituzionale dell’ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2021, n. 2, 441-459.



approval of the text⁴, or put the reference to animal welfare in the competence clauses provided for by art. 117 of the Constitution⁵. Other projects proposed the inclusion of a more articulated definition of the concept of the environment, the duties of the State and the rights of citizens⁶.

Even though with different degrees, only 5 bills included an express reference to future generations. In the Perilli's bill (A.S. 1203, April 2nd, 2019), with wording that echoes the solution later adopted in the final version of the amendment to art. 9 of the Constitution, it was expressly stated the duty to promote a sustainable development "also in the interest of future generations". Despite the express reference in the text, however, the explanatory report of the bill has no mention of future generations, limiting itself to insisting on the need to introduce the principle of sustainability, defined as "an indispensable element for the affirmation and development of new production techniques, while always respecting the available natural resources". Similarly, in the proposal presented to the Chamber of Deputies by MPs Cunial and others (A.C. 3181 of June 29th, 2021) the protection of future generations was included in art. 2 Constitution within the framework of new mandatory duties of "environmental" solidarity⁷. Even in this case, however, the text of the explanatory report focuses heavily on the climate emergency and the need to overcome the traditionally anthropocentric approach to environmental issues.

Even the proposal signed by Bonino (A.S. 1632 of December 2nd, 2019) focused on the wording of the art. 2 Constitution. Far from inserting new types of obligations, the bill insisted on the fulfilment of economic and social duties "also towards future generations". However, like the other projects, the explanatory report shows that the proposal mainly stressed the need to give constitutional protection to the principle of solidarity and sustainability of economic choices.

⁴ These are the Constitutional Law Proposals A.C. 2150 of October 7th, 2019 signed by Meloni and others, A.C. 2124 of September 21st, 2019 signed by Prestigiacomo and others; A.S. 1532 of October 8th, 2019 signed by Gallone; 2160 of March 30th, 2021 signed by Calderoli and others.

⁵ V. A.C. no. 2838, of December 21st, 2020 signed by Sarli and others.

⁶ In this regard, see the proposals A.S. 83 of March 23rd, 2018 signed by De Petris and A.C. 2174 of October 15th, 2019 signed by Muroni, which proposed, among other things, the constitutionalization of the principles of environmental protection codified at European level, the proposals A.C. 15 of March 23rd, 2018 signed by Brambilla, A.C. 143 of March 23rd, 2018 signed by Russo, A.C. 2914 signed by Pezzopane and others of February 25th, 2021 and A.S. 1627 of November 26th, 2019 signed by L'Abbate.

⁷ The text of the proposal provided, in fact, to add to the last part of the provision the reference "and environmental, in order to protect present and future generations".



A clearer awareness of the challenges related to the recognition of the position of future generations comes out from the reports that were submitted with the proposals A.C. 240 of March 23th, 2018, signed by Del Barba and others, and A.C 2315 of December 20th, 2019, presented by the Veneto Regional Council. Even though moving from opposite political approach, accentuated the importance of setting a reference to future generations in art. 2 Constitution, by explicitly recalling the idea of the need to innovate the constitutional charter and codify a real ‘contract between generations’ without which there is the risk that neither future nor present generations will have the possibility of a prosperous and dignified life⁸.

Such an avant-garde position towards the need of constitutionalizing an intergenerational dimension of the principle of responsibility solemnly affirmed in the second article of the Charter, has however been swallowed up by the issue of the environmental protection, generally characterized by a greater political support. The final formulation of the reform bill, therefore, put future generations in direct relationship with the protection of the environment, biodiversity, and ecosystems.

The secondary role played by the future generations issue also emerges from the examination of the doctrinal contributions that focused the constitutional reform in the immediate aftermath of its approval. The different analyses, both the ‘critical’ and the ‘benevolent’ ones towards the reform, insist on the introduction of the environmental issue in the constitutional charter, reserving only a brief analysis of the intergenerational issue⁹. In the end, the different opinions highlight the

⁸ The text of the first initiative expressly stated that “environmental protection, sustainable development and a perspective of intergenerational responsibility become ... a solid reference to continue along a path of improvement of society and to create new opportunities for all people, today and tomorrow, to fully express their potential. In this sense, the proposal to integrate Article 2 of the Constitution is framed in the direction of making explicit the extension of fundamental rights and duties to future generations as well”, while the document approved by the Veneto Regional Council underlined how it wanted to “bring to everyone’s attention the issue of the next generations and of the Italy that we want to leave to our children, setting in the Constitutional Charter the prerequisites for a real generational pact, based on environmental protection and sustainable development ... It is necessary for the fundamental law to bind the legislator so that the production of legislation considers the effects that the different choices may have for future generations”.

⁹ On this point, see A. D’ALOIA, *Bioetica ambientale, sostenibilità, teoria intergenerazionale della Costituzione*, in *BioLaw Journal*, 2019, n. 2, 645-678; D. PORENA, «Anche nell’interesse delle generazioni future». Il problema dei rapporti intergenerazionali all’indomani della revisione dell’art. 9 della Costituzione, in *Federalismi.it*, 2022, n. 15, 121-143; C. D’ORAZI, *Le generazioni future e il loro interesse: oggetti sconosciuti di rilievo costituzionale. Osservazioni a prima lettura della l. cost. n. 1/2022*, in *BioLaw Journal*, 2022, n. 2, 93-114; F.G. MENGA, *Dare voce alle generazioni future. Riflessioni filosofico-giuridiche su rappresentanza e riconoscimento a margine della recente modifica dell’articolo 9 della Costituzione italiana*, *ivi*, 73-92; I. RIVERA, *Le tonalità dell’ambiente e le generazioni future nel cammino di riforma della Costituzione*, *ivi*, 225-243; A. MOLFETTA, *L’interesse delle future generazioni oltre la riforma degli articoli 9*



consideration of the indefinite nature of the reference expressed by the constitutional legislator to the intergenerational issue. As a result, it being recognized the complexity of the issue, the formulation adopted runs the risk not having concrete effects at the institutional and legal level.

Within this framework, it emerges the opportunity for an analysis of the models of intervention adopted in other political experiences, both at the level of constitutional formulation and, above all, at the level of institutional solutions aimed at representing the interests of future generations; even with the final goal of evaluating possible solutions to be implemented by the national legislator.

2. *The future generations in the Constitutional charters: a comparative analysis*

The most recent evolution of environmental constitutionalism shows, as mentioned above, a gradual but constant increase in explicit references to future generations within constitutional charters. The most current analyses include about 50 countries in which the constitutional legislator, as well as the constituent itself sometimes, addressed the intergenerational issue¹⁰. Because of several factors, included the actual indefiniteness of the concept, from a summary examination of the comparative landscape, it emerges that the solutions adopted are different each other. To comprehensively analyse the Italian experience, classifying the existing rules and regulations is crucial.

A first useful criterion focuses on the ‘locus’ chosen by the legislators to set the reference to future generations in the constitutional charter. Thus, from a first point of view, it is possible to identify a minor part of experiences, where the issue has been codified among the founding principles of the constitutional system. Among

e 41 della Costituzione, in rivista AIC, 2023, n. 2, 222-243; L. BARTOLUCCI, Le generazioni future (con la tutela dell’ambiente) entrano “espressamente” in Costituzione, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2022, n. 2, 20-39; L. VIOLINI, G. FORMICI, Doveri intergenerazionali e tutela dell’ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza, in P. PANTALEO (ed), Doveri intergenerazionali e tutela dell’ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui, Mucchi, 2021, 32-54 and studies and contributions mentioned above at nt. 3.

¹⁰ In this regard, see D. AMIRANTE, Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene, Il Mulino, 2022, 125, according to whom 20 experiences are placed in the African context, 11 in Europe, 8 in the Americas, 7 in Asia and 3 in Oceania. Partially different numbers can be found in T. GROPPI, Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale all’approva del futuro, in DPCE, 2016, n. 1, 43-78; B. LEWIS, Protecting Environmental Human Rights for Future Generations, in W.F. BABER, J.R. MAY (eds.) Environmental Human Rights in the Anthropocene: Concepts, Contexts, and Challenges. Cambridge University Press, 2023, 31-51; D. BERTRAM, ‘For You Will (Still) Be Here Tomorrow’: The Many Lives of Intergenerational Equity, in Transnational Environmental Law, 2023, n. 12(1), 121-149.



these, a distinction can be further made between the constitutional charters that regulate future generations in the preamble and those which, because of the lack of this part or other specific choices, set the issue among the fundamental principles and values of the system.

Regarding the experiences in which the issue is expressly related to the environment, it can be first mentioned the 1993 Constitution of Andorra. It being the first document in which the problem was included in the preamble, the Charter proclaims the support of the Andorran community for all common causes of humanity, including the preservation of the integrity of the Earth and the guarantee of an ‘adequate’ environment for future generations.

Even the solutions adopted by the constitutional legislator in France and Hungary are peculiar. In the first case, a preliminary consideration must be spent regarding the decision to set the reference to future generations in the preamble of a document which, in turn, is expressly recalled by the preamble to the 1958 Charter¹¹. From a different point of view, the document strikingly does not link the intergenerational issue to the protection of the environment. Indeed, the French legislator specifically insists on the need that the decisions to be adopted meet current needs without compromising the ability of future generations to meet their own needs.

The Hungarian model, on the other hand, mentions future generations both in the part reserved to the fundamental principles of the system and in the national avowal. If in art. P) of the Constitution the interests of future generations are evoked as the ground base of the duty of the State to preserve natural resources, in the preamble the theme of an intergenerational pact is repeatedly mentioned. On the one hand, in fact, it is solemnly declared the responsibility of every member of the community towards future generations, with the consequent obligation to preserve the living conditions through a prudent use of present resources. On the other hand, the constitution is presented as the result of an ‘alliance’ between Hungarians of the present, past, and future and it is stressed the importance that the future of the country is “jointly shaped” through the involvement of the younger generations¹². In this context, future generations are incorporated into the

¹¹ On the constitutional value of the environment charter, among others, see M. PRIEUR, *Droit de l’environnement*, Dalloz, 9 ed, 2023, 61; D. BOURG, *The French Constitutional Charter for the environment: an effective instrument?*, in J. TREMMEL (ed.), *The Handbook of Intergenerational Justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2006, 230-244.

¹² The Charter states that “our children and grandchildren will make Hungary great again with their talent,



inter-temporal dimension of the vocation of the constitutional pact, putting the short, medium and long term ‘under the same roof’¹³.

However, the reference to future generations is more often tackled in different parts of the constitutional texts. Generally, the models adopted are basically two. In a first category of constitutions, the intergenerational issue is codified in the parts dedicated to fundamental rights. In this sense, at the European level, it can be recalled the 1976 Constitution of Portugal, one of the first documents that constitutionalized the environmental issue. Although without an express reference to the concept of future generations, within the part on fundamental rights, more specifically in the title on economic, social, and cultural rights, art. 66 solemnly affirms the right of every individual to a healthy and ecologically balanced environment and then places among the tasks of the State the promotion of the use of natural resources in a way that is consistent with the principle of intergenerational solidarity.

Even in the Latin America charters, the constitutional legislator has repeatedly chosen to link the intergenerational issue to the environmental issue by placing it within the sections dedicated to rights. In this framework, it is possible to look at art. 225 of the 1988 Brazilian Constitution, one of the oldest on the continent, as well as art. 33 of the Bolivian Charter or art. 67 of that of the Dominican Republic. Last but not least, even the art. 75 of the most recent Constitution of Cuba codifies the right to the environment, bringing with it the defence of future generations¹⁴.

Besides the provisions in the preambles and declarations on fundamental rights, from the comparative landscape it comes up that on various occasions constitutional legislators have opted to regulate the intergenerational issue also, or only, within the provisions on the general policies of the State or the management of natural resources¹⁵. In this regard, the 2014 Egyptian Constitution is of particular

persistence and moral strength”.

¹³ Incidentally, it can be observed that the reference to the ‘younger generations’ is not the exclusive prerogative of the Hungarian Charter. Even in the preamble of the Algerian Constitution, in fact, within a transgenerational perspective the jeunesse is placed at the center of the obligations incumbent on the State.

¹⁴ A similar place within fundamental rights can also be found in the experiences of Argentina (art. 41), Uruguay (art. 47) and Guyana (art. 149J). Over time, the constituents active in recent decades on the Asian and African continents have also moved along the same lines. Since the South African Constitution of 1996, the codification of a right to a healthy environment has often been drafted an intergenerational dimension.

¹⁵ Within this category, it seems interesting to mention how in some Constitutional Charters the intergenerational issue has been expressly codified not only in relation to environmental issues, but also with reference to budgetary policies. In this regard, the experiences of Kenya (art. 210) or Bhutan appear to be exemplary. In the latter Constitution it is expressly affirmed that “The Government shall exercise proper management of the monetary system and public finance. It shall ensure that the servicing of public debt will



significance. Indeed, the document contains express references to future generations not only in the preamble, in the chapter on rights and in the article on the right to a healthy environment, but also in the provision on the use of natural resources¹⁶.

A similar solution had been previously adopted in one of the most advanced charters in terms of environmental protection. In the 2008 Constitution of Ecuador, in fact, the intergenerational issue is not part of the discourse on fundamental rights, rather it is tackled in the sections on the economic sovereignty of the country and on nature and the environment¹⁷.

Apart from the locus, the analysis of the comparative landscape shows further elements of differentiation between the various solutions adopted in the constitutional experiences throughout the world.

First, an element of distinction insists on the definition, from a conceptual point of view, of the subjects to whom the guarantees awarded by the constitutional legislator are addressed. In this sense, if it is true that most of the documents refer to the concept of future generations with no further specification,¹⁸ some experiences present particular features. This is, for instance, the case of Belgium. Even if the reform that introduced the issue was passed when the subject had already appeared in many constitutional charters, the Belgian legislator opted for the solution of codifying a responsibility “entre les générations”, recalling literally the choice made, decades earlier, by the Portuguese constituent¹⁹.

Although apparently irrelevant, the use of the ‘intergenerational’ dimension may trigger concrete effects in the implementation of the constitutional mandate. Unlike the concept of future generations, in fact, solidarity between generations also calls into question the role of subjects, such as young people, who, although not traditionally granted significant powers in the daily life of the political

not place an undue burden on future generations” (art. 14).

¹⁶ According to the provisions of art. 32, placed in the part relating to the economic components of the country, natural resources belong to the people and it is up to the state to preserve them in order to ensure their sustainable exploitation, prevent their depletion and take into account the rights of future generations.

¹⁷ Thus, having defined non-renewable resources as an inalienable heritage of the State, art. 317 requires the latter to manage them by giving ‘priority’ to intergenerational responsibility. In the environmental regulations, then, art. 395 expressly calls for the adoption of a sustainable development model that preserves biodiversity and ensures that the needs of present and future generations are met.

¹⁸ In some cases, such as in the preamble to the constitution of Ecuador, an even more concise reference to the concept of ‘future’ can be observed. In the Qatari Charter, on the other hand, the reference focuses on the sustainable development ‘for all generations’ (art. 33).

¹⁹ The Constitution of Nepal also states in a similar sense (art. 51).



community, have the opportunity to express in different forms their needs and, in general, their visions of the idea of the future. In this sense, the reference to the intergenerational principle represents an opening to forms of representation of interests that, even though refer to a future temporal space, are an expression of subjects that are a constituent part of the ‘current’ community²⁰.

A second line of differentiation insists on the category of claims the Constitution protects with regard to future generations. Regardless of the locus in which the issue has been placed by the constitutional legislator, this is the aspect that characterises the most the different countries. In particular, from an analysis of the comparative framework, a fundamental distinction can be established between experiences that qualify the position of future generations as ‘rights’ and those that insist on the concept of interest.

Thus, on the one hand, Article 112 of the Norwegian Constitution codifies a universal subjective right to a healthy and natural environment, prescribing the management and exploitation of natural resources that safeguard this right for future generations as well²¹.

On the other hand, one of the most advanced constitutions on environmental issues, such as the Ecuadorian one, refers to a sustainable development that ensures the satisfaction of the ‘needs’ of present and future generations²². The French constitutional legislator expresses himself in an even more nuanced way when he states that the pursuit of present needs must not compromise the ‘ability’ of future generations to satisfy their own.

More in general, in various constitutions, the duty to protect the environment or the management of natural resources is also framed ‘in the interest’ of present and future generations²³.

Many constitutional charters, moreover, do not take a definite solution on the legal qualification of the positions awarded to future generations. Indeed, constitutions

²⁰ This is the intertemporal logic present in the decision of the German Constitutional Court in the Neubauer case, also known as the Klimaschutz case (Neubauer v Germany, 24 March 2021, 1 BvR 2656/18).

²¹ Similarly, in various constitutional charters of the African continent, future generations are considered as entitled to effective rights.

²² In the same way, albeit with a different approach, the Argentine Constitution refers to a development that does not compromise the needs of future generations (art. 41). In the European context, a similar formulation can be found in the Luxembourg Charter (art. 41).

²³ In this context, the formulation adopted in the most recent Cuban Constitution appears to be peculiar, by linking the theme of future generations to the issue of ‘security’ (art. 75).



simply provide for their protection or call for action in their favour²⁴, or even codify a principle of solidarity and responsibility towards them²⁵.

Closely linked to the status awarded to future generations, the constitutional texts contain different solutions on the nature of the obligations and the subjects in charge to address them.

From a first point of view, it is possible to identify the two macro-categories of norms with a programmatic nature and those codifying concrete legal duties. Most of the constitutional charters, in fact, draw the intergenerational theme by using the stylistic features of the program rules. In this sense, the Bolivian Constitution formally expresses that the preservation of the environment for the well-being of present and future generations is one of the “essential purposes and functions of the State” (art. 9). The Belgian Charter moves along similar lines, by placing the sustainable development among the common objectives of the country’s different levels of government (art. 7 bis).

While operating in the same direction, other constitutional charters insist more generically on the concept of responsibility towards posterity. In this regard, the German solution is particularly noteworthy. Art. 20a of the Basic Law put upon the State the duty of protecting the environment in the ‘awareness’ of its responsibility towards future generations. Even more simply, the Swedish Basic Law confers to public institutions the ‘promotion’ of a sustainable development that ensures a healthy environment for present and future generations (art. 2).

However, constitutional lawmakers have sometimes opted for more stringent solutions. Even if provisions on the topic are characterised by broad and general formulations, in some legal systems, the rules identify duties upon states in a more effective way. In this sense, the solution adopted in the Iranian Constitution can be reported as an example. After solemnly affirming that the protection of the environment in favour of present and future generations represents “a public duty” of the Islamic Republic, it expressly provides that “economic and other activities that inevitably involve pollution of the environment or cause irreparable damage to it are therefore forbidden” (art. 50).

²⁴ In this sense, for instance, it can be recalled the charters of Andorra (art. 33), Brazil (art. 225), Dominican Republic (art. 67), that speak of the guarantee of an ecological balance or environmental protection ‘in favor of the new generations’.

²⁵ In this sense, in addition to the most famous cases of the German basic Law (art. 20a) and the Belgian Charter (art. 7bis), the Constitutions of Uruguay (art. 47) and Armenia (art. 12) can be recalled.



Within the classification of the different provisions regarding the nature of the constraint codified by the constitutional legislator, it is possible to further observe a differentiation of the legal systems based on the subjects charged with specific duties to protect future generations. In this regard, in fact, an interesting bipartition emerges. On the one hand, the generality of constitutional charters places these tasks on the shoulders of the State, sometimes interpreted as the totality of public institutions, sometimes referred in its most general sense. This is the case of Luxembourg, where it is stated that “the State guarantees the protection of the environment ... and the satisfaction of the needs of future generations” (art. 41).

Some legal systems, however, have adopted a more complex approach, attributing a role even to the political community. A first solution can be found in the Portuguese Constitution, which refers to the State as the conjunction of the national public bodies but demands the engagement and participation of citizens. An even more stringent involvement of the members of the political community emerges from the Bolivian Constitution, which recognizes as a real duty of citizens the protection and safeguard of natural resources and their sustainable use, within the general purpose of preserving the rights of future generations (art. 108)²⁶. A ‘negative’ construction of such a duty can be found even in the Uruguayan Charter, which codifies the position of citizens as an obligation to abstain from any act that may cause damage or prejudice to the environment (art. 47).

However, in the generality of cases, the intergenerational issue reminds of a broader principle of solidarity that binds the members of a political community, perceived in an inter-temporal dimension²⁷.

In this regard, the approach outlined in the Bhutanese Constitution is of great significance. With an even more stringent wording, in fact, art. 5 qualifies citizens as “trustees of the Kingdom’s natural resources and environment for the benefit of

²⁶ The charters of Senegal (art. 25.3) and South Sudan (art. 41) also use similar terms, by affirming the obligation of every individual to protect the environment for the benefit of future generations.

²⁷ In this sense, it can be recalled the position held by both constitutions in the South American area, such as Brazil (art. 225), Argentina (art. 41) and Venezuela (art. 127), and documents of the African area (art. 39 Angola) or South-East Asia (art. 61 East Timor). Although there is no space for an in-depth analysis of such a topic, it is necessary to observe how, even if the solution adopted by these constitutional charters may appear peculiar, the inter-temporal dimension of the body politic represents one of the cornerstones of modern constitutionalism. Already in 1789, the American Constitution emphasized the desire of the founding fathers to adopt rules that ‘hold together’ the present community and future ones. On this point, it may be recalled R. BIFULCO, *Diritto e future generazioni. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, 2008, 118; T. GROPPi, *Sostenibilità e costituzioni*, cit., 49; M. HARTWIG, *La Costituzione come promessa del futuro*, in R. BIFULCO, A D’ALOIA (eds.), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, 2008.



the present and future generations”²⁸. Resorting to the concept of the trust draws a structure of relationships extremely different from the traditional ‘landlord’ approach outlined in the other constitutional charters. Actually, the present community can no longer claim an absolute, so to say ‘supreme’, right over the country’s natural resources. On the contrary, it is bestowed of a function of service in favour of subjects who are placed in a different space-time dimension.

3. Protection and representation of future generations: the institutional models provided for in the constitutional charters

The analysis shows a huge variety of approaches to the intergenerational issue that can be linked to the different constitutional sensibilities and cultures of the different political communities concerned. In this context, the only common feature is represented by the tendency to recur to general formulation provisions. As a result, the concrete implementation of the constitutional mandate is deferred to the ordinary legislation. However, some experiences identify institutional bodies and solutions aimed at guaranteeing adequate representation and protection of the claims of the future generations already within the constitutional text.

In this regard, at the European level, it can be recalled the provision, included in the Hungarian Constitution of 2011, of an Ombudsman for Future Generations. According to the art. 30 of the Constitutional Charter, in fact, within the broader office of the Commissioner for Fundamental Rights, there are two top positions of Deputy Commissioner who are respectively responsible for protecting of the rights of national minorities and the interests of future generations²⁹. While referring the specific discipline to an ordinary law, the constitutional text provides guarantees of independence of these bodies, whose election is in charge of the National Assembly with a qualified majority vote of 2/3 of the members, and broad powers of intervention, providing that they can act both *ex officio* and at the request of a party.

²⁸ A similar wording can also be found in the preamble to the Constitutional Charter of Papua New Guinea.

²⁹ M. SZABÓ, *Intergenerational Justice under International Treaty Law: The Obligations of the State to Future Generations and the Example of the Hungarian Ombudsman for Future Generation*, in M.C. CORDONIER SEGGER, M. SZABÓ, A.R. HARRINGTON (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation: Advancing Future Generations Rights through National Institutions*, Cambridge University Press, 2021, 93 ff.; ID., *National institutions for the protection of the interests of future generations*, in *ePublica*, Vol. II, No. 2, Julho 2015.



Although not expressly linked to the intergenerational issue, a further solution can be found in art. 69 of the French Constitutional Charter. The provision regulates the composition and competences of the Conseil économique, social et environnemental. Compared to the Hungarian body, the ESEC's functions are primarily advisory. Even though its competences have been reformed several times by the ordinary legislator, such a public body plays a qualified role of consultancy and assessment of environmental policies and sustainable development.

Solutions that, in a more or less express way, recall the French Charter can be found in various countries of the African continent. In this framework, for instance, it can be mentioned the homonymous Conseil économique, social et environnemental provided for in the art. 94 of the Constitution of Gabon and the one regulated by the art. 152 of the Charter of Morocco, both charged with the function of delivering opinions on the environmental and sustainable development policies of their respective countries³⁰.

Compared to these bodies, which are characterized by their nature of advisory bodies of the Government, the solution adopted by the Tunisian Constitution of 2014 appears to be peculiar. It provided for the establishment of an Instance du développement durable et des droits des générations futures within the section on independent constitutional authorities³¹. According to art. 129, the functions of this subject, characterized by a strong technical nature and autonomy with regard to politics, include both the mandatory evaluation of bills on economic and environmental matters and the analysis of plans of development. Moreover, the most recent political events that characterised the country prompted the replacement of the Charter born from the Arab Spring uprisings with a new Constitution approved by referendum in 2022³². Within a complex redefinition of

³⁰ In a similar way works the Conseil national économique social et environnemental envisaged in the preamble of the Algerian Charter of 2016. Although with a competence declined more in a social than environmental key, similar is also the position taken by the National Equality Council provided for by art. 156 of the Constitution of Ecuador, which expressly provides for a consultative competence on the subject of generations.

³¹ For a first analysis, see S. SPADA, Una novità della Costituzione del 2014: le Istanza costituzionale indipendenti, in T. GROPPi, I. SPIGNO (ed.), Tunisia. The Spring of the Constitution, Rome, 2015, 180 ff. In particular, on the debate that prompted the creation of this body, see R. MEDDEB, Un Conseil économique, social et environmental: pour quoi faire? In Leaders, 2 July 2013, <http://www.leaders.com.tn/article/11754-un-conseil-economique-social-et-environnemental-pour-quoi-faire>

³² On the constituent process of the 2014 Charter, among others, see T. ABBATE, The new Tunisian Constitution, the Constitution of the people, in Diritti Comparati, 10.3.2014 on <https://www.diritticomparati.it/la-nuova-costituzione-tunisina-la-costituzione-del-popolo/>; R.B. ACHOUR, La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014, in RFDC, 2014, n. 100, 783-801.

On the new Constitutional Charter, on the other hand, see among others C. SBAILÒ, V. NICOLÌ, I



the constitutional structure, it can be observed even a significant downsizing of the ‘position’ of future generations. Indeed, the new Charter no longer regulates such an authority, whose fortunes are by consequence left to the free evaluation of the Parliament.

Apart from the cases of technical bodies aimed at controlling and assisting the action of the political decision-maker, in some constitutions it emerges a reference to the role that the political community itself can play for the benefit of future generations. In this sense, the combined provisions adopted in the Constitution of Kenya can be briefly recalled. In the charter of the African country, the intergenerational theme is linked to the environmental aspect through the codification of a right to a healthy and pure environment (art. 42). In a subsequent part, a constitutional duty to implement environmental rights is codified (art. 70). Within this framework, the Constituent Assembly established the creation of judicial bodies with a specific competence in environmental matters. As a result, a systemic interpretation of the constitutional structure could pave the way for a judicial activism of the political community aimed at guaranteeing the protection of the right to a healthy environment also for future generations.

In a different way, the Finnish Constitution also provides for the possibility for members of the political community to represent the needs and rights of those who still have to come. In line with the 1998 Aarhus Convention, based on the recognition of the duty of protection upon the public authorities and the right to a healthy environment for all, art. Article 20 of the Constitutional Charter gives everyone the right to contribute to influencing decisions that affect their living environment.

4. The solutions adopted at the level of ordinary legislation

Within a deeply differentiated constitutional landscape, as mentioned above, the identification of institutional measures capable of giving adequate representation and protection to the positions awarded to future generations is substantially delegated to the discretionary choices of the ordinary legislator. However, the brief presentation of the solutions directly included in the constitutional charters is useful in order to identify some macro-models of reference. From the above

semipresidenzialismi nel Nord Africa, in DPCE Online, 2023, n. (1), 1195-1246; F. BIAGI, Tunisia: the Constitution of Kaïs Saïed, in Diritti Comparati, 28.7.2022 on <https://www.diritticomparati.it/tunisia-la-costituzione-di-kais-saied/>.



description, in fact, three different approaches emerge. A first model is represented by the establishment of independent bodies charged with performing functions of control and/or stimulation of the activity of institutional actors. A second approach promotes the establishment of bodies that play an advisory role in favour of the executive. Finally, in other legal systems, the desire to grant forms of political representation of the future generations prompts different solutions.

4.1 The model of the Ombudsman

Among the various solutions of independent bodies charged with specific functions on the intergenerational issue, two macro-models can be identified. In the first category, there are the bodies based on the institutional scheme of the ombudsman. The activity of these subjects relies on a human rights protection approach. In other words, the ombudsmen of future generations act on the basis of petitions or complaints of violation of constitutional norms and principles that caused an infringement of the rights or interests of members of the political community. The independent bodies of the second category carry out a function of impartial evaluation of bills and public policies in line with the traditional scheme of similar authorities.

Among the organisms of the first kind, the archetype is certainly represented by the Commissioner for Children established in Norway³³. As is well known, the model of the ombudsman itself finds its roots in the Nordic countries. Hence, even regarding future generations, from a historical point of view, the first example is the Norwegian Children's Ombudsman. The authority was introduced into the national legal system by an Act passed in 1981³⁴, well before the publication of the Brundtland report of 1987 and the constitutional amendment of 1992 that first codified the rights of future generations. Since its origins, the body has been classified as an independent institution aimed at promoting the interests of children in the Norwegian society. Among the various powers attributed to the organism, it can be mentioned the monitoring activity on development plans, as well as the assessment on the compliance with the rules enacted to protect children. At the same time, the Ombudsman has the power to suggest measures

³³ O.K. FAUCHALD, E.G. STANG, Norway: Norwegian Ombudsman for Children, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. SZABÓ, A.R. HARRINGTON (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation*, cit., 352-373.; M. SZABÓ, National institutions for the protection of the interests of future generations, in *ePublica*, Vol. II, No. 2, 2015, 15 ff.

³⁴ Act no. 5, March 6th 1981, available on <http://app.uio.no/ub/ujur/oversatte-lover/data/lov-19810306-005-eng.pdf> (last accessed September 27th, 2024). For the version currently in force, see. <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1981-03-06-5>.



that would strengthen the interests of children or prevent conflicts within an appropriate balancing of interests. In performing these functions, the body may act *ex officio* or at the request of third parties, both public and private.

Thanks to the breadth of the field of action and the absence of further institutional measures adopted by the Norwegian Parliament in implementation of the constitutional mandate, the Commissioner for Children represents the main instrument for representing and protecting the rights of future generations within the Norwegian legal system. The peculiarity of his mandate, explicitly focused on children's rights, has prompted a transgenerational rather than intergenerational approach. Indeed, the protection of future generations has been seen as the result of safeguarding the long-term interests of those generations of individuals who, although already present in society, are deprived of an independent voice. This has sometimes affected the assessment of public measures in terms of the balancing between the conflicting interests involved.

However, from a general analysis of the experience, it emerges that the lack of a full independence of the body hampered the effectiveness of the action conducted over the years. Although, in fact, art. 6 of the 1981 Act defines it as an independent institution, it is appointed by the Government and the operational structure is functionally connected with the Ministry of Children and Equality³⁵. The absence of real budgetary autonomy, on the one hand, and the need not to appear as a third body, not linked to the parliamentary minority, on the other, have substantially affected the freedom of action of the Ombudsmen who have succeeded since the origins. From a different point of view, despite the function of monitoring public action, the implementing regulations adopted excluded the possibility of adopting decisions on individual measures of the public administration³⁶.

In this sense, although innovative, the experience of the Norwegian Commissioner has been characterised by different inconsistencies.

Similar considerations can be expressed with regard to the other experience generally reported by the doctrine: the aforementioned Ombudsman for Future Generations of the Hungarian system. The current body, in fact, results from a change in the original structure prompted by the approval of the new Constitutional Charter in 2011. Appointed for the first time in 2008 based on a

³⁵ O.K. FAUCHALD, E.G. STANG, Norway: Norwegian Ombudsman for Children *cit.*, 370.

³⁶ This is expressly provided for in sec. 1 of the Instructions. In this regard, see O.K. FAUCHALD, E.G. STANG, Norway: Norwegian Ombudsman for Children, *cit.*, 360.



decision adopted by the Hungarian Parliament in 2007, before the constitutional reform, the Ombudsman for future generations was given full independence and institutional autonomy³⁷.

In the current text of the Constitution, the constitutional legislator has provided for a simplification of the structure of the different operating ombudsmen, establishing the apex figure of the Commissioner for Fundamental Rights at the constitutional level. As mentioned before, within the new structure, two figures of Deputy Commissioners, one in charge of national minorities and the other of future generations, have been envisaged. As provided for in the Constitutional Charter, the Authority was then further regulated by Act CXI of 2011 (Ombudsman Act)³⁸. Among the key elements of the current discipline, it can be highlighted the institutional guarantee conferred to the ombudsman for future generations. Although placed within the overall structure of the Commissioner for Fundamental Rights, according to the express provision of the Constitutional Charter, both future generations and national minorities issues are expressly associated with a specific body functioning within the organism. Their appointment is therefore not left to the discretion of the Commissioner. In addition, like the Commissioner for Fundamental Rights, the Deputy Commissioner for Future Generations is also elected by Parliament by a qualified majority of two-thirds of the Members. From a functional point of view, then, it has been envisaged an internal articulation of the structure that guarantees the operational autonomy of the Deputies.

In terms of functions and powers of intervention, it should be observed that, compared to the Norwegian experience, the margin of action of the Hungarian body is not only more focused on the intergenerational issue, but also much more extensive and pervasive. Besides the advisory function on legislative proposals, the deputy commissioner has to monitor the protection of the interests of future generations in public actions and policies. At the same time, *ex officio* or at the request of a party, it may propose inquiries and request the modification or suspension of administrative decisions. In case of risks for the fulfilment of

³⁷ Through a gradual process that began in 1993, the Hungarian Parliament expanded the number of ombudsmen, creating the post of Ombudsman for Future Generations in 2008. On this topic, see J. PUMP, *A Comparative Analysis of Model Institutions: Diversity in Reaching Common Goals*, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. SZABÓ, A.R. HARRINGTON (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation*, cit., 546-575; M. SZABÓ, *National institutions for the protection of the interests of future generations*, cit.; B. JAVOR, *Institutional protection of succeeding generations – Ombudsman for Future Generations in Hungary*, in J. TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, cit., 282-297.

³⁸ Act CXI 2011, July 26th, 2011, available on <https://www.ajbh.hu/web/ajbh-en/act-cxi-of-2011>.



intergenerational interests, the Ombudsman may also propose to go before the Constitutional Court to demand the judicial review of legislation³⁹.

That said, as mentioned, even the assessment of the effectiveness of this experience does not appear fully positive. Within an overall evaluation, in fact, a few non-secondary elements must be underlined. First, it should be noted that, although it is characterized by an institutional guarantee and institutional autonomy, the system does not attribute autonomous powers to the Commissioner for future generations. Its function is to support the activity of the Commissioner for Fundamental Rights. The law gives the latter any power of action, as well as the possibility of disregarding (although it has been envisaged the duty to communicate the reason in its annual report to Parliament) the requests of his Deputy. From a different point of view, it should be noted that the effectiveness of the requirement for a qualified majority and the other provisions on the election of the body, aimed at ensuring their independence, has been revoked in doubt in the most recent years. The peculiar political moment that characterizes the country since the approval of the current Constitutional Charter has prompted a significant circumvention of the clauses aimed at guaranteeing a system of checks and balances.

4.2 The model of the independent authority

Besides the solution of independent watchdogs, the comparative landscape gives evidence of other independent institutions that, by adopting a sensitive approach to the intergenerational issue⁴⁰, play an advisory role regarding political programmes and bills on environmental issues.

³⁹ Such a decision was adopted in 2019, when the Deputy Commissioner requested a constitutional review of a law that threatened forests and natural resources. eventually, the Court accepted the Ombudsman's observations and annulled the rule (Decision No 14/2020. (VII. 6.) AB). On this point, see M. SZABÓ, *Intergenerational Justice under International Treaty Law*, cit., 96.

⁴⁰ In addition to the experiences analysed in this work, the comparative framework offers numerous examples of independent bodies charged with a function of monitoring and controlling public action in environmental matters without having the protection of the interests of future generations in their institutional mission. In this regard, it can be mentioned, for instance, the model of the Parliamentary Commissioner for the Environment active in New Zealand since 1986. Such authority is appointed by the Government on the recommendation of a parliamentary committee chaired by the Speaker of the House of Representatives. The body carries out a function of analysis of policies and regulatory measures on environmental matters; it also plays a proactive role and stimulates new interventions. However, the protection of the interests of future generations is not one of the parameters on which its action is focused. On this experience and on other models present in the international context, it can be recalled J. BOSTON, *Parliamentary Commissioner for the Environment, New Zealand*, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. SZABÓ, A.R. HARRINGTON (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation*,



In this sense, it can be first recalled the already mentioned Tunisian experience. Even though the approval of the new Constitutional Charter in 2022 eliminated the express reference to the Instance du développement durable et des droits des générations futures, it must be stressed that this body was expressly regulated in a 2019 organic statute which has not yet been repealed⁴¹.

The model formally enacted is of extreme interest both for the functions and for the composition of the body. According to the provision, in fact, the Instance (defined as an independent constitutional authority (art. 1) on the basis of art. 129 of the 2014 Constitution), must forcibly assess all bills on economic, social, and environmental matters, as well as on development plans. Besides this task, the body may, activated by the National Assembly or on its own initiative, conducts studies and issues opinions on economic and environmental issues. In the general definition of the legislator, such an entity aims to strengthen participatory democracy, acting as an element of connection and dialogue between the various actors of public life⁴². In this sense, the law addresses its impartiality by providing for a complex system of elections/appointment of its members. Therefore, the assembly of the organism comprises 8 experts from different sectors and one from civil society associations, elected by a qualified majority of 2/3 of the Assembly of Representatives for a non-renewable mandate of 6 years (art. 13).

That given, at present, it is not possible to express conclusive remarks on the effectiveness of the model outlined. Although not repealed, in fact, the law has never been implemented⁴³. Considering the change in the political and constitutional structure that has characterized the country in the most recent years, there is great uncertainty about the concrete enactment of the passed legislative measures and, more generally, about the approach with which Parliament and the government will deal with the intergenerational issue in the near future.

If the enactment of the solution outlined by the Tunisian legislator runs the risk of a substantial circumvention, a case of an independent authority effectively

cit., 434-460; M. SZABÒ, National institutions for the protection of the interests of future generations, cit..

⁴¹ Organic Law No. 2019-60 of 9 July 2019 on the Commission for Sustainable Development and the Rights of Future Generations, Official Journal of the Republic of Tunisia — July 23, 2019 – n. 59, 2187 ff. available on http://www.iort.gov.tn/WD120AWP/WD120Awp.exe/CTX_3744-10-TAYcAUzBMf/RechercheTexte/SYNC_1967509755.

⁴² To this end, the same law provides for the activation of a “forum” of the Instance, a body of formal dialogue with representatives of multiple professional and social categories (art. 24).

⁴³ On this point, see M. DERBALI, Rights of future generations: Priority steps according to the Tunisian Parliament, in NAWAAT, 10.2.2021, available on <https://nawaat.org/2021/02/10/droits-des-generations-futures-pas-prioritaires-selon-le-parlement-tunisien/>.



implemented can be found in the Israeli legal system. In 2001, in fact, an amendment to the Knesset law had provided for the establishment of a Commission for Future Generations. This body was inserted within the parliamentary structure as an independent institution. The Commissioner was to be appointed by a mixed committee composed of the chairpersons of the 3 main parliamentary committees and 3 university experts appointed ad hoc by the Speaker of the Knesset⁴⁴.

Among the different functions conferred by the law, the authority was required to intervene with its own opinions in the procedures for the approval of bills with a particular impact on future generations. Besides an annual report to be presented before the parliament on the activities performed during the year, the Commission could issue opinions and reports, as well as prepare legislative projects, on issues that would have particular effects at an intergenerational level⁴⁵. In performing its institutional activities, it had access to all the information in the possession of all public bodies, with the only limit of security and international relations issues.

Unlike what has happened so far in Tunisia, the Israeli law had been implemented immediately. The Joint Committee had identified Judge Shlomo Shoham, former independent counsel to the Constitution, Law and Justice Committee of Parliament, as the first commissioner. During its term of office, the Commission had shown that it wanted to exercise an effective control over regulatory and policy measures affecting the intergenerational problem. Frequently, this triggered negative reactions from the executive and the government majority. As a result, at the end of the first commissioner's term of office, no successor was appointed, thus effectively hampering the activity of the body. This stalemate lasted until 2011, when considerations of political expediency led the parliamentary majority to repeal the law that established the authority.

⁴⁴ On this experience, v. T. GROPPi, *Sostenibilità e costituzioni*, cit.; H.S. CHO, O.W. PEDERERSEN, *Environmental Rights and Future Generations*, cit., 409-410; S. SHOHAM, N. LAMAY, *Commission for Future Generations in the Knesset: Lessons Learnt*, in J. TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, cit., 254; S. SHOHAM, F. KURRE, *Institutions for a Sustainable Future: The Former Israeli Commission for Future Generations*, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. SZABÓ, A.R. HARRINGTON (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation*, cit., 332-351; M. SZABÓ, *National institutions for the protection of the interests of future generations*, cit..

⁴⁵ Over the years, the Commission had claimed its right/duty to issue an assessment of measures with a significant intergenerational impact even if parliament had a fixed deadline by law within which to decide. In this sense, the Commission was able to play a substantial role of veto on some more delicate measures. On this point, see S. SHOHAM, F. KURRE, *Institutions for a Sustainable Future*, cit., 338.



Therefore, although the body created gave evidence of its ability to represent intergenerational interests, stimulating the activity of Parliament⁴⁶ and effectively operating control over the action of the government and Parliament, because of the lack of any constitutional guarantee about future generations, even with regard to the Israeli experience critical remarks can be expressed.

Even though formally not in charge of representing and protecting the interests of future generations, also the Canadian model of the Commissioner for Environment and Sustainable Development⁴⁷ can be counted within the category of independent bodies here under consideration. Compared to the Tunisian and Israeli experiences, similar to what has been observed in Hungary, the Canadian discipline formally placed the Commissioner in a secondary institutional position. In fact, it was placed within the structure of the Auditor General. It is the latter who appoints the Commissioner and is formally in charge of functions and powers. However, even the Commissioner formally takes part in playing the audit function and is awarded independence from other political bodies.

Unlike the Hungarian model, which is based on the Ombudsman scheme, the Canadian Commissioner has no investigative powers. Therefore, petitions submitted by individual citizens can only represent a stimulus for the monitoring and supervision of public action. There is also a lack of a real propulsive function of the activity of political bodies. In fact, studies, reports, and opinions given to Parliament respond more to the aim of disseminating data and raising awareness on specific issues.

However, because of the lack of incisive powers and the placement on a position of secondary importance, the body has been subject to less political pressure from the other institutional actors. This has allowed it to work with greater autonomy,

⁴⁶ Among the concrete results of the Commission's work it can be included the presentation and support for two draft laws on sustainable development and air pollution. In this regard, see S. SHOHAM, F. KURRE, *Institutions for a Sustainable Future*, cit., 346 ff.

⁴⁷ Although the nomen insists on the term sustainable development, it should be noted that the law establishing the body took up the definition of sustainability given in the Brundtland Report of 1987. More specifically, Section 21.1 of the Auditor General Act (RSC, 1985, c. A-17 (Canada)) expressly refers to the concept of sustainable development as "respect for nature and the needs of future generations" (subsection h)). On the Canadian experience, among others, see D. WRIGHT, J. MCKENZIE, *Canadian Commissioner of the Environment and Sustainable Development*, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. SZABÓ, A.R. HARRINGTON (eds.) *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation*, cit., 461-477; J. PUMP, *A Comparative Analysis of Model Institutions: Diversity in Reaching Common Goals*, ivi; M. SZABÓ, *National institutions for the protection of the interests of future generations*, cit..



gradually consolidating its audit and advice functions on environmental issues with particular attention to the long-term effects of public action.

Within the comparative landscape, the most recent example of an independent authority can be found in Europe. In fact, with the approval of the Well-being of Future Generations Act 2015, the Welsh Parliament has provided for the creation of a Future Generations Commissioner (sec. 17)⁴⁸. The discipline in question appears to be of great interest as the Commissioner is expressly charged with the promotion of sustainable development by acting as guardian of the ability of future generations to meet their needs⁴⁹. Within this framework, the authority performs an audit and monitoring function of the action of public bodies, as well as the assessment of political programs that affect the intergenerational issue. In order to ensure a more complete analysis of government action, the law provides that the Commissioner is assisted by an advisory panel, made up of other commissioners with expertise in areas affected by the intergenerational problem, such as independent bodies on children and health. In general, when the Commissioner has to deal with topics that are the subject of the work of other bodies, the law provides for forms of institutional cooperation.

The system outlined certainly represents an attempt to bring the issue of future generations within the different spheres of action of public bodies. Even if the short time that has elapsed since its establishment does not allow to express conclusive remarks about the ability of this model to achieve the desired result, it is here important to underline some critical issues. Indeed, unlike other independent bodies, the Welsh Commissioner is appointed by the executive on the grounds of a mere consultation with the competent parliamentary committees. From a different point of view, the body depends financially on the executive and, finally, even the term of office is formally 7 years, there are no particular guarantees towards a possible early dismissal. In this sense, the risk of a reduced independence of the body with respect to the subjects to whom it is subject to its control activity appears concrete.

⁴⁸ For some preliminary remarks see P. LAWRENCE, *Justifying Representation of Future Generations and Nature: Contradictory or Mutually Supporting Values?*, in *Transnational Environmental Law*. 2022; 11(3), 553-579; A. NETHERWOOD, A. FLYNN, *Welsh Commissioner for Sustainable Futures*, in M-C. CORDONIER SEGGER, M. SZABÓ, A.R. HARRINGTON (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation*, cit., 411-433.

⁴⁹ Section 18, more specifically, bestows on such organism the task of “guardian of the ability of future generations to meet their needs”.



4.3 The model of the advisory body

The two categories of models just analysed are characterized by the choice of conferring the representation of future generations to bodies, mostly monocratic, whose members are asked to act as a counterpart to the institutions of government. To this end, they are generally placed within an institutional structure and are appointed via a procedure that guarantees their autonomy and independence with regard to other political actors. Beside this solution, other legal systems address the intergenerational issue by creating bodies, commonly collegial, charged with advisory functions in favour of the executive. Unlike what happens in systems characterized by independent authorities, where the relationship moves along conflicting lines typical of the controller/controlled dynamic, in these cases the system aims at establishing a dialectical exchange in which, through a collaborative approach, the executive can benefit from technical skills that it does not master. Even in these cases, the subjects involved are characterized by professional qualifications in areas (such as, more precisely, the environment) that are particularly sensitive to the protection of the interests of future generations. Compared to the other advisory bodies of the executive that can be observed in the generality of the constitutional systems, these bodies are distinguished by the specific scope of action conferred.

In the comparative landscape, a similar model has historically been adopted in France with the establishment of the Conseil des droits des Générations Futures. From a historical point of view, the French system was one of the first to explicitly recognize the existence of an intergenerational issue in Europe. In fact, even before the approval of the Environmental Charter and its reference within the preamble of the Constitution, the art. 1 of Loi no. 91-1381 on research on the management of nuclear waste had already established that the management of the latter should be tackled in compliance with the protection of nature, the environment, and health “en prenant en considération les droits des générations futures”. Subsequently, objectives and commitments assumed with the ratification of the 1992 Rio Declaration led the national government to create a technical body that could support the activity of the executive in the identification and implementation of environmental policies. In particular, Decree no. 93-298 of March 8th, 1993 established such a body and provided that it would be associated to the Presidency of the Republic and made up of 9 members identified and appointed by the President on the basis of their skills and interests in environmental matters. In order to ensure greater impartiality, one third of the members had to be chosen from the



proposals made by the general associations for the protection of the environment and nature.

Such a body aimed at integrating the environmental issue within the generality of public policies in a way consistent with the directives outlined in Rio. In this regard, in addition to an annual report on its activities, it could issue opinions on specific dossiers. Besides *ex officio* activities, it could also be activated by members of the Government⁵⁰, the Presidents of parliamentary assemblies and recognized environmental associations.

The executive gave evidence of its actual intention to enhance and take advantage of the contribution of the new body by appointing as the first president Jacques Yves Cousteau, a world-renowned oceanographic explorer and ecologist. Nevertheless, from a factual analysis, it stems that eventually the Council failed to influence the government's policies. Therefore, two years later, the President Chirac's decision to resume nuclear tests in French Polynesia led Cousteau to resign. The Government did not proceed with the replacement of the office and, consequently, the body no longer had the possibility to work. Such a stalemate ended with the formal repeal of the Council in 2003⁵¹.

Like other constitutional experiences⁵², the French executive has, over time, created a plurality of bodies charged with advisory functions on environmental matters. So to say, in parallel with the Conseil des droits des Générations Futures, in 1993, a

⁵⁰ A particular role was attributed to the Minister of the Environment. Indeed, it not only had the power to convene a meeting of the body, but also the ultimate responsibility for the body's operating budget (art. 5).

⁵¹ Decree no. 2003-758 of 30 July 2003.

⁵² In this regard, among the various experiences, the German one should be mentioned. Alongside other parliamentary structures, mentioned later on, over the years the federal government has created various bodies to support its action. Among others, it can be mentioned the Federal Environment Agency and the Federal Agency for Nature Conservation, set up to operate as official advisory bodies of the Ministry of the Environment, namely the German Advisory Council on the Environment, the German Advisory Council on Global Climate Change or, further, the Council for Sustainable Development, which operate at the service of the entire government. These bodies, mainly made up of subjects with technical-scientific skills, carry out a function of advice and guidance with respect to the programmatic guidelines of the executive on environmental matters. Even though on the ground of the express reference in art. 20a of the Constitution the intergenerational issue represents an important element of environmental policies, it does not represent the key feature of the analysis carried out by these subjects. Rather, future generations interests are only one of the many elements to be balanced with short-term social and economic objectives. On these bodies, see F. REIMER, *Institutions for a Sustainable Future: The German Parliamentary Advisory Council on Sustainable Development*, in M.-C. CORDONIER SEGGER, M. SZABÓ, A.R. HARRINGTON (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation*, cit., 374-394; M. SZABÓ, *National institutions for the protection of the interests of future generations*, cit. and doctrine therein reported.



Commission du développement durable⁵³ was established. Although not expressly designed to help to handle the intergenerational issue at the environmental level, the body worked with the Prime Minister as a connection tool with the French delegation within the UN Commission on Sustainable Development and performed the functions of the other advisory body in the aftermath of Cousteau's resignation⁵⁴. However, even this organism was rid of an effective ability to direct government activity, so that in 2003 all the members resigned and, like the Council for future generations, the body was definitively repealed⁵⁵.

Over the last twenty years, the French Government has repeatedly showed its intention to create and take advantage of structures supporting the formulation of its policies under the imperative of sustainable development. As it has been seen above, this commitment was also sanctioned at the constitutional level with the formal inclusion of the environmental issue within the field of action of the Conseil économique, social et environnemental. Besides this body, the legislator established several other bodies, such as the Conseil national du développement durable (2003-2010), the Comité national du développement durable et du Grenelle de l'environnement (2010-2012), the Conseil national de la transition écologique (2012). The latter is currently still in operation. Like the other organisms, the rules that provide for its establishment⁵⁶ confer to this council powers over a very large area. In fact, it is in charge of issuing opinions on draft laws and regulations dealing with the environment or energy, as well as advice on the national strategy for sustainable development and biodiversity, on the social and environmental responsibility of companies and, last, on the strategy for the carbon reduction. Therefore, members of this body have general expertise on the issues of ecological transition and sustainable development. Further, the functional connection with the executive is ensured by formally attributing the presidency of the body to the Minister of Ecology⁵⁷.

⁵³ Decree no. 93-744 of 29 March 1993.

⁵⁴ This is what the Minister of the Environment had explicitly expressed replying to a parliamentary question in 2000 (<https://www.senat.fr/questions/base/2000/qSEQ000222298.html>).

⁵⁵ Decree no. 2003-1045 of 28 October 2003.

⁵⁶ Art. 13, Act no. 2012-1460 of 27 December 2012, reforming the Environmental Code (Articles 133-1 à 4) and Decree No. 2013-753 of 16 August 2013 (Art. D 134-1 à 7 Code environnement)

⁵⁷ To ensure plurality and dynamism, it is envisaged that the body will be composed of 50 members, of which at least 8 are representatives of associations, and special commissions can be created within it with particular regard to the development of national indicators of the ecological transition and the green economy. For an analysis of this body, see M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, cit., 385.



However, even in this case, the ability of the body to play an adequate representation and advocacy of the claims of future generations is all but ensured. The functional link with the executive, on the one hand, and the lack of any specific institutional guarantees, on the other, stand as insurmountable obstacles to an effective management of the intergenerational issue. Notwithstanding solemn and programmatic statements, in fact, the government's action seems to rely on short-term political opportunity considerations. Hence, in case the consultative bodies prompt difficulties for the political activity, they are silenced or, in any case, 'overcome' by the action of the executive⁵⁸.

4.4 Future generations and political representation: the model of parliamentary bodies

The analysis so far exposed reveals a key critical aspect of the models described. Both the experiences characterized by the presence of independent authorities called to act as watchdogs and those that charge technical bodies with an advisory function in favour of the government activity show a substantial weakness. Although in environmental matters and, even more, in issues involving the interests of future generations, the contribution of science appears essential⁵⁹, governments and parliaments tend to avoid or circumvent any form of limitation of their political discretion.

Moreover, the conferral of the power to safeguard future generations' interests to technicians has also raised several doubts. Some authors stress that the representation of their interests is, and has to be, the result of a political evaluation. In this sense, some legal systems have opted for models that foster tools aiming at enhancing the political evaluations of what and how the interests of future communities should be protected.

⁵⁸ This is what happened to the Conseil national de la transition écologique, which was in fact replaced by the creation, in 2019, of a Conseil de défense écologique. Established by Decree no. 2019-449 of 15 May 2019, not integrated into the Environmental Code, this body actually represents an interministerial committee chaired by the Head of State and made up of 9 other ministers and the Prime Minister. In this way, technical advice has been replaced by a purely political evaluation. Moreover, this body has also not been convened since 2020 and it has been flanked, at least unofficially, by a Conseil de planification écologique, directly established by President Macron in 2023.

⁵⁹ With regard to climate change, among others, see, M. CECCHETTI, *La produzione pubblica del diritto dell'ambiente: tra expertise tecnico-scientifico, democrazia e responsabilità politica*, in DPCEonline, 2020, n. 3, 3399-3416; A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, 2022, ESI, 45; R. BIFULCO, *Cambiamento climatico e generazioni future (e sovranità) nella prospettiva del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rassegna di Diritto pubblico europeo*, 2021, n. 2, 427; G. DONATO, *Le prospettive di dialogo fra scienza e diritto. Spunti di riflessione dalla pandemia e dalle "climate litigations"*, in DPCE, 2022, n. 4, 973-990.



A first model inspired by this approach is represented by the creation of parliamentary bodies. Unlike ombudsmen or parliamentary commissioners, in this case, the legal systems assign political representatives the task of giving voice to claims referable to those who do not yet exist. In this context, they can be observed collegial bodies which, framed within the parliamentary structure and without an autonomous subjectivity, are exclusively made up of members of the legislative assemblies. Within this macro-category, the comparative outlook offers two main examples.

The first experience worthy of note is that constituted by the German Parliamentary Advisory Council for Sustainable Development (PACSD)⁶⁰. Years after the introduction of the reference to future generations in art. 20a of the Constitutional Charter, the majority centre-left coalition decided to establish a body in the Bundestag to monitor and direct the government's action on sustainable development.

Unlike other experiences, the parliamentary assembly decided not to delegate this function to third parties placed in a position of autonomy, but to create a parliamentary commission composed of deputies representing the various groups present in Parliament. However, more than a real parliamentary commission, the body represents an advisory council. In fact, it does not have autonomous legislative power, rather, it only exercises the function of monitoring the implementation of the government strategy on sustainable development, both at the national, European, and international level. In this context, the council has the possibility of addressing opinions and recommendations both to parliamentary committees and to the assembly and members of the government⁶¹. Progressively, the body has further gained the function of reviewing the sustainability impact assessments drafted by the Government with regard to legislative proposals⁶².

⁶⁰ For a more in-depth examination of the experience, see M. SZABÒ, National institutions for the protection of the interests of future generations, cit.; J. TREMMEL (ed.), *The Handbook of Intergenerational Justice*, cit., 196; B. DALAL-CLAYTON, S. BASS, A Review of Monitoring Mechanisms for National Sustainable Development Strategies, in *Environmental Planning Issues*, XXVII, 2006, pp. 16-17, available at: <http://pubs.iied.org/pdfs/G02190.pdf>; OECD, *Institutionalising Sustainable Development*, OECD Sustainable Development Studies, Paris, OECD Publishing, 2007, 109-110.

⁶¹ On the basis of the general rules of operation of the Bundestag, the Council is entitled to summon members of the executive to a hearing.

⁶² Since 2010, this assessment has been considered mandatory for all the regulatory instruments. Therefore, the attribution of a power to review the impact assessments carried out by the executive has significantly affected the visibility of the Council's activity.



An initial assessment of the activity performed by the PACSD, however, reveals a reduced ability to influence the political agenda of the government majority. The doctrine has identified several factors that have limited the potential of the body. A first element is linked to the source of legitimacy of the organism. Indeed, it is constituted by a resolution of the Parliamentary Assembly and has a duration that is limited to the legislature. The absence of a regulatory provision providing for its constitution at the beginning of each parliamentary term results in a feasible shortcoming. In fact, its establishment is deferred after the starting of the legislature, with the risk that a political stalemate could lead to a postponement sine die.

A further weakness is the peculiar nature of the Council. Unlike the standing parliamentary committees, it does not fulfil its own function within the legislative procedure. Its competences are advisory and monitoring and insist on the national and supranational strategy on sustainability. Related to this aspect, the system of deliberation of the council provides for the rule of decision by consensus. This inevitably leads, on the one hand, to not being able to express strong political wills and, on the other, to having a reduced weight in the overall functioning of parliamentary life. The system, in fact, provides that the opinions given to the other parliamentary committees must be considered. On the other hand, their mandatory or binding nature is not envisaged. Consequently, the other parliamentary bodies usually merely take note of the opinions delivered by the Council without expressing an assessment of the merits.

Similarly, the assessment of the impact of government policies on sustainability is performed on the basis of a complex and articulated series of indicators, with the consequence of an essentially formal analysis conducted by the PACSD.

Last, but not least, the participation in the Council is not of particular significance within the parliamentary dynamics. This implies that the members who are designated by the parliamentary groups in each legislature are deputies at their first political experience or, in any case, playing a secondary role within their groups. As a result, it can be observed that it is more difficult for the members of the Council to bring its assessments into the political agenda of the legislative assembly.

Therefore, while such a solution has made it possible to gradually make the intergenerational issue gain greater political visibility, the model outlined still appears to be ineffective in terms of valuable defence of the interests of future generations.



Opposite remarks can be made regarding the different solution adopted in Finland. Since the late 1980s, the Finnish Parliament has regulated a Committee for the Future⁶³. Unlike what happened in Germany, with the constitutional revision of 2000, Parliament changed its structure by providing for this Commission among the standing committees⁶⁴. As in the German case, the body comprises representatives of the Parliamentary Assembly in proportion to the size of the groups. The very nature of a parliamentary committee, however, ensures that it has a role and stability that is not found with PACSD.

There are also several powers granted to the Finnish body. Although it does not have reserved competences for the discussion and analysis of legislative projects on specific material areas, its sphere of action is transversal⁶⁵. The Committee, therefore, can take part in the legislative procedures delegated to other parliamentary committees. In particular, besides preparing the annual parliamentary resolution on the report drawn up by the Government on future development issues, the committee delivers opinions on the issues submitted by the other parliamentary committees, evaluates the intergenerational effects of public action and may decide to discuss certain thematic instances.

Compared to the German experience, the importance of the Committee for the Future is significantly greater. Because of the different size of the parliamentary assembly, the members of the Finnish committee, in fact, also participate in other parliamentary bodies. Furthermore, from a different point of view, the fact that this commission has existed and has been working for almost forty years means that many political representatives, including those of the executive, may have had previous experience within it. Beside these elements, it must be underlined the more solid and widespread cultural and social sensitivity towards environmental issues and, above all, the long-term approach. In this context, although it does not have autonomous decision-making powers, the Finnish Commission has shown

⁶³ On this experience, among the others, see M. SZABÓ, National institutions for the protection of the interests of future generations, cit.; P. TIIHONEN, The Right of Future Generations, in L. ZSOLNAI (ed.), *Ethical Prospects: Economy, Society and Environment*, Dordrecht, Springer, 2009, 239-240; EAD, Power over Coming Generations: Committee for the Future in the Eduskunta, the Parliament of Finland, in M.-C. CORDONIER SEGGER, M. SZABÓ, A.R. HARRINGTON (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation*, cit., 395-410.

⁶⁴ As a parliamentary committee, it is made up of at least 10% of the members of the assembly. Like the other parliamentary structures, the commission works continuously, meeting twice a week.

⁶⁵ This aspect means that, differently from the other commissions, the Committee for Future does not have a corresponding Ministry. Although it can talk with the various members of the executive, therefore, it primarily interacts with the Prime Minister.



that it is able to give adequate representation to future generations at the institutional level.

4.5 Future generations and political representation: the model of citizens' assemblies

The Finnish and German experiences represent, from an institutional point of view, the most stable solutions offered by the comparative constitutional landscape in terms of political representation of interests referable to the next generations. Moreover, the current political and social context, on the one hand, and the peculiar nature of the intergenerational issue, on the other, have led some legal systems to take a partially different path. The environmental and climate crisis that is increasingly affecting the lives of the global population and the parallel inability of national governments to comply with the commitments assumed at international level are at the root of the growing crisis in term of trust of the civil society towards representative institutions. In particular, the young people, which tend to be more sensitive to the environmental issue and the long-term effects of public policies, seem to recognize themselves less and less in their political representatives whom, because of their age, they have not contributed to select. The disconnection between representatives and represented is even clearer when the spotlight focuses on a part of the community, the future generations, which does not yet exist.

In order to resolve these shortcomings of the traditional system of representative democracy, in recent years, new tools of participatory democracy have been elaborated. In particular, some countries have started to test the instrument of citizens' assemblies⁶⁶. Unlike other forms of popular consultation, the so-called mini-publics are characterized by a full institutional dimension. In fact, they are represented by groups of citizens selected by lot within a set of people previously identified on the basis of a plurality of social parameters aimed at ensuring the representativeness of the widest segment of the population. The selected

⁶⁶ The first experience of a citizens' assembly is usually traced back to the one organized in Canada, in the Province of British Columbia, in 2004. From a comparative analysis, this tool, still not very widespread at national and international level, represents a solution now consolidated at regional and local level. For further information on the subject, see A. LACELLE-WEBSTER, M. WARREN, *Citizens' Assemblies and Democracy*, Oxford Research Encyclopedias, Politics, 25 Mar. 2021, available at: <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190228637.013.1975>; A. LANG, *But Is It for Real? The British Columbia Citizens' Assembly as a Model of State-Sponsored Citizen Empowerment*, in *Politics&Society*, 2007, n. 35(1), 35–70; M. GERBER, *Deliberative Abilities and Influence in a Transnational Deliberative Poll (EuroPolis)*, in *British Journal of Political Science*, 2018, n. 48(4), 1093–118; M. WARREN. H. PEARSE, *Designing Deliberative Democracy: The British Columbia Citizens' Assembly* (Cambridge University Press, 2008); OECD, *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions: Catching the Deliberative Wave* (OECD, 2020), available at: <https://www.oecd.org/gov/innovative-citizen-participation-and-new-democratic-institutions-339306daen.htm>.



individuals are not simply summoned to the assembly to be consulted by the government and/or the legislature, but form a body characterized by a peculiar functioning structure and a defined term. This institution is responsible for analysing, deliberating and issuing recommendations on specific topics of public interest. The results of the work of the assemblies form the basis of the subsequent activity of the traditional ‘political bodies’ of the community.

Due to its characteristics, such a solution is considered particularly useful in overcoming the crisis of legitimacy of traditional institutions. The sort by lot and the identification through social rather than political parameters foster the perception of these bodies as places of representation of the social community, free from the dynamics of conflict that characterize legislative assemblies. With particular regard to the intergenerational issue, the widening of the participation even for citizens not yet in possession of the active electorate increases the idea of the mini-public as a forum in which the interests of future generations can have direct and effective representation. Last, the conferral to these assemblies of the power to issue proposals and normative projects designed to be enacted and/or implemented by government bodies reinforces the perception of them as an instrument capable of giving a real voice to the needs of the social community and, from a different point of view, provides new political legitimacy to political institutions.

The elements briefly described have triggered, in recent years, various governments to resort to the solution of citizen assemblies to overcome critiques and protest movements related to the management of the environmental and climate issue. In this regard, for instance, in a relatively short space of time, the instrument has been adopted by the Irish Government and the British and French Governments.

In reality, in the Irish experience, the issue of climate change originally represented only the latest, in order of importance, of a series of issues that in 2016 Parliament had decided to defer to the analysis of an assembly made up of 99 citizens sort by lot and a president appointed by the government⁶⁷. However, it was upon the political pressure linked to the climate emergency that the assembly was given more space to handle the issue. In its final report, the assembly included four

⁶⁷ The assembly worked from 2016 to 2018 focusing its work on 5 issues considered of particular political interest: abortion, duration of the legislature, referendum, population aging and climate change. On the Irish experience, see L-A. DUVIC-PAOLI, *Re-imagining the Making of Climate Law and Policy in Citizens’ Assemblies*, in *Transnational Environmental Law*, 2022, n. 11(2), 235-261.



general recommendations on the climate problem and several specific measures on sectoral areas, such as transport and energy.

More specifically, focused on the goal of climate neutrality was the assembly of 110 British citizens who had worked for six months during 2020⁶⁸. Unlike the Irish experience, the assembly had identified some general principles that should inspire policy action on climate issues, both by the government and the legislator. Rather than specific measures, the summary report of the assembly's work insisted on the workable options within a plurality of future scenarios.

However, among the different experiences, the one that raised the greatest media and political attention is the Convention Citoyenne pour le Climat established in France⁶⁹. Unlike the other two citizens assemblies mentioned before, the French convention results from a political decision adopted by President Macron in his attempt to overcome the protest movements that had characterized the national political life in 2019. The demonstrations of the yellow vests' movement had initially led the President to convene a form of national public consultation on the issues of the reforms to be implemented. The Grand Débat National had seen the realization of several public meetings scattered throughout the country and from which proposals should emerge and be submitted to the attention of the political decision-maker.

Nevertheless, such a solution proved to not be able to silence social protests. Therefore, President Macron decided to create a new, more structured initiative. In his speech presenting the convention, he declared that the assembly would be engaged in debating, deliberating and proposing concrete measures for the reduction of greenhouse gas emissions and assured that the proposals drawn up by the assembly would be translated 'without filter' into legislative proposals to be submitted, depending on the competence, to the National Assembly, to the Government or to the popular vote.

⁶⁸ Like the Irish experience, the British Assembly also has a parliamentary origin. Its establishment, in fact, was jointly requested by 6 parliamentary committees in the aftermath of the approval of the goal of climate neutrality by 2050. On this experience, see L-A. DUVIC-PAOLI, *Re-imagining the Making of Climate Law and Policy in Citizens' Assemblies*, cit..

⁶⁹ On such a topic, see M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, cit., 183; L-A. DUVIC-PAOLI, *Re-imagining the Making of Climate Law and Policy in Citizens' Assemblies*, cit.; A VAN LANG, *La Convention citoyenne pour le climat vue du droit de l'environnement : un dispositif participatif singulier en voie d'institutionnalisation*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 2020, n. 62 (1), 509-525; N. STIRN, *Le nouvel élan participatif de la Convention citoyenne pour le climat et ses répercussions sur la procédure de révision de la Constitution*, in *RFDC*, 2021, n. 3, 147-173.



The assembly, made up of 159 members drawn by lot, worked between 2019 and 2020, approving 149 proposals that included both general recommendations and specific measures to be translated into regulatory measures. Among other requests, the assembly had insisted on the amendment of the preamble and art. 1 of the Constitution to include environmental protection among the fundamental principles of the Constitutional Charter.

That given, although differing from each other, these experiences have aroused the attention of the political community and, at first glance, these new tools have proven to be able to strengthen the bond of between representatives and represented. However, at a deeper insight on the work of these bodies, as well as upon the evaluation of the material effects produced by the deliberations of the assemblies or, even, the approach of governments and parliaments, the proposed solutions show critical issues of not secondary significance.

First, it has been observed that the wide scope and complexity of the issues submitted to the attention of the members of the assembly triggered some difficulties in the functioning. Even with the help of experts in the field, in fact, the data to be taken into consideration appeared difficult to be managed by the assembly of citizens. In order to overcome such a problem, all the assemblies provided for the division of the work into subcommittees. However, this led to a restricted competence and knowledge of the dossiers. As a result, the proposals drawn up by the subcommittees frequently lacked coordination. This element was of no secondary importance, since, not having time and skills to conduct an organic examination of the various proposals, the plenum of the assemblies often limited itself to voting on the recommendations suggested by the subcommittees with no discussion on the merits.

Secondly, from the point of view of the material effects produced by these assemblies, it can be observed a different degree of commitment by the political actors. In the case of the United Kingdom, in fact, because of the absence of specific prescriptions and suggestions within the final report of the assembly, the Government and Parliament used to expressly refer to the indications expressed by citizens. Nevertheless, from a factual perspective, they maintained a wide discretion in identifying the solutions to be taken.

The activity of the Irish and French assemblies seems to have been more effective. In fact, the recommendations and measures developed led to the adoption, respectively, of the Climate Action and Low Carbon Development (Amendment)



Act 2021 in Ireland and Law 2021-1104 of August 22th, 2021 (Lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets) in France⁷⁰. However, at a deeper analysis, neither the Gaelic nor the French legislator resulted to be bound by the proposals drawn up by the citizens' forums.

This element takes on particular significance with regard to the French experience. As mentioned, in fact, in order to give strength to the initiative, the President himself had stated that the proposals put forward by the Convention would be translated 'without filter' into parliamentary or governmental initiatives. On two subsequent occasions, Macron clarified the meaning of this statement. Initially, he specified that if the assembly produced simple recommendations, the Parliament and the Government would draw them up, while in the event of the approval of an articulated legislative proposal, the legislative and executive bodies, within the limits of their respective competences, would express themselves without departing from the text⁷¹. In a subsequent phase, he partially corrected the position by stating that the initiatives would be discussed on the merits and voted by the 'political bodies'⁷², thus giving to the word 'filter' the meaning of any activity aimed at substantially circumventing the request of the citizens' assembly.

Although it is connatural to the activity of any legislative body the examination and weighing up of a plurality of proposals and, consequently, the identification of compromises that sometimes significantly differ from the original proposals, with this second declaration President Macron reduced de facto the activity of the citizens assembly to a mere advisory function, giving back to the legislator and the executive the widest discretion on the merits of the various proposals received.

In this context, the effectiveness of the proposals put forward by the assemblies appears to have been significantly shrunk. However structured, in fact, mini-publics turn out to be solutions aimed at reconstituting a relationship of trust and

⁷⁰ The proposals to amend the Constitutional Charter, on the other hand, didn't succeed. On the one hand, President Macron appealed to a right of veto regarding the request for the amendment of the preamble to the Constitution. The proposal to amend art. 1, on the other hand, although actually presented in Parliament, was rejected by the Senate in 2023.

⁷¹ Élysée, 'Échanges avec les 150 Membres de la Convention Citoyenne pour le Climat', 10 Jan. 2020, available at: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/01/10/echanges-avec-les-150-membres-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat> reported in L-A. DUVIC-PAOLI, Re-imagining the Making of Climate Law and Policy in Citizens' Assemblies, cit..

⁷² Élysée, 'Échanges du Président Emmanuel Macron avec les membres de la Convention Citoyenne pour le Climat', 14 Dec. 2020, at 6'30-7'50, available at: <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/12/14/echanges-du-president-emmanuel-macron-avec-les-membres-de-la-convention-citoyenne-pour-le-climat>, reported in L-A. DUVIC-PAOLI, Re-imagining the Making of Climate Law and Policy in Citizens' Assemblies, cit..



identification between representatives and represented rather than instruments of participatory democracy capable of giving voice to subjects that are alien to the functioning of contemporary political systems.

5. *Conclusions: Italy and the glass half full*

The description that has been presented shows, albeit in very reduced terms, the complexity of the comparative outlook on the issue of the future generations. De lege ferenda, the plurality of solutions sketched out in the different constitutional experiences, represents a useful term of reference for the Italian legislator called upon to implement the recent constitutional reform.

On a closer inspection, except for citizens' assemblies⁷³, many of the institutional solutions described are already present in our legal system. Sometimes, the parallelism with foreign models is direct. In this sense, the points of contact between the different models of Conseil économique, social et environnemental and the National Council of Economy and Labour are undeniable. Even in Italy, this body performs an auxiliary function of the activity of the executive and enjoys an express provision at the constitutional level. Compared to comparative experiences, the Italian body appears to lack specific competences in the field of evaluation of public policies in terms of intergenerational effects and environmental issues. As in France, however, the regulation of powers and functions attributed to such an entity is attributed to the ordinary legislator. It must therefore be considered that, in principle, there is nothing to prevent the possible extension of the scope of action of the CNEL.

Even the solution of assigning supervision tasks to an independent authority may find specific references in the Italian system. This is the case, for instance, of the Parliamentary Budget Office. Established by Law no. 243 of 24 December 2012 to implement the constitutional reform on budget, the body is in charge of evaluating the Executive's macroeconomic and public finance forecasts and, in general, of assessing its compliance with national and European budgetary rules. In this context, the Office is expressly asked to issue its opinion on the sustainability of

⁷³ Even in this regard, however, it must be noted that the Italian political community has already had the opportunity to be involved in participatory democracy initiatives. Leaving aside forms of local consultation, the experience of the Conference on the Future of Europe represented an important opportunity for many categories of subjects traditionally on the margins of institutional political life to express their voice. On this point, see D. VITALE, *Tutela ambientale e Conferenza sul Futuro dell'Europa: quali prospettive?*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, 2023, n. 1, 96–109.



public finances in the long term. Now, even if this organism does not have competence in environmental matters, its creation within the frame of implementing a constitutional reform paves the way for the possibility to replicate the model also in the environmental field as a consequence of the constitutional reform at stake.

However, both in relation to the CNEL and the independent authority, the same critical elements observed in foreign experiences seem to recur. Indeed, despite solemn declarations of recognition of the rights and interests of future generations, national governments seem reluctant to create forms of control that effectively limit their actions.

In this context, the most effective solutions in terms of protecting the expectations of future generations seem to be the current legislative provisions that, by requiring the executive to motivate and justify its choices from the point of view of long-term sustainability, may limit the discretion of the political decision-maker. By virtue of European regulations, tools such as the analysis of the impact of regulation or environmental impact assessments require the executive and the legislator to expressly weigh the effects of their decisions also from an intergenerational point of view.

Within this regard, the tool of the judicial review of legislation may play a significant and decisive role⁷⁴. In the last decade, the Constitutional Court has often had the opportunity to focus on the intergenerational issue from an economic point of view. Indeed, in the case no. 88/2014 on public debt, the Court affirmed that the principle of sustainability implies a responsibility which, upon the implementation of the ‘foundational’ principles of solidarity and equality, relies not only on the institutions but also on each citizen towards the others, “including those of future generations”. More recently, in the decision no. 18/2019, the judges observed that “intergenerational equity involves, [...] the need not to disproportionately burden the growth opportunities of future generations, guaranteeing them sufficient resources for a balanced development ... And, on the other hand, the golden rule contained in art. 119, sixth paragraph, of the Constitution. demonstrates how

⁷⁴ On this topic, among others, see R. BIFULCO, *Cambiamento climatico e generazioni future (e sovranità) nella prospettiva del Tribunale costituzionale federale tedesco*, cit.; S. FANNI, *Una teorizzazione di un approccio fondato sui diritti umani alla protezione delle generazioni future nell’ambito del contenzioso ambientale internazionale e nazionale*, in *BioLaw Journal*, 2022, n. 2, 203-223; M. MALVICINI, *Costituzione, legge e interesse intergenerazionale: tutela dei diritti e vincoli legislativi*, *ivi*, 183-202; G. PALOMBINO, *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 24, 242-272.



indebtedness must be finalized and reserved solely for investments in order to determine a tendential balance between the size of its costs and the benefits brought over time to the communities administered”.

Although currently there is still no specific ruling on the effects deriving from the inclusion of the reference to the future generations in Article 9 of the Constitution, based on the approach to the sustainability of the public debt, in the decision no. 228/2021, the Court highlighted that “the declared connotation of collective domains as ‘intergenerational co-ownership’ (Article 1, paragraph 1, letter c, of Law no. 168 of 2017) shows a clear diachronic projection so that the environment and the landscape are also guaranteed for future generations”.

If it is true that the protection of future generations operated by the judge of the laws turns out to be exclusively negative, representing only a barrier to unreasonable choices of the legislator and the executive, it must be conclusively observed that it can operate as a guarantee of non-regression while awaiting the political decision-maker to identify, by drawing inspiration from the bouquet of solutions offered by the comparative panorama, the institutional structure that best fits with the mandate solemnly affirmed by the constitutional legislator.