

## La Corte Suprema si pronuncia sul Clean Power Plan: prime note a *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency*

di Leonardo Parona

1. Con sentenza del 30 giugno 2022 la Corte Suprema degli Stati Uniti si è pronunciata, con una maggioranza di 6 a 3, su alcuni aspetti nodali della politica ambientale statunitense per quel che riguarda, in particolare, la regolazione delle emissioni atmosferiche inquinanti derivanti dalla produzione di energia elettrica. L'innegabile attualità del tema sotteso alla controversia, nonché la rilevanza giuridica su un piano più ampio delle questioni investite dalla pronuncia, impongono un'analisi della medesima anche da parte dell'osservatore europeo, atteso che quanto stabilito dai giudici statunitensi finirà inevitabilmente per conformare nella sostanza, nella forma e nel procedimento di adozione, una parte significativa della politica ambientale d'Oltreoceano.

La pronuncia concerne l'interpretazione della lettera (d) della sezione 111 del *Clean Air Act* (di seguito CAA), il quale, come noto, assegna all'*Environmental Protection Agency* (di seguito EPA) una pluralità di funzioni volte complessivamente a prevenire e limitare l'inquinamento atmosferico, già considerato dalla Corte Suprema «*the most pressing environmental challenge of our times*»<sup>1</sup>. Più precisamente, la sezione 111 del CAA attribuisce all'EPA potestà regolamentare in relazione alle fonti stazionarie (*stationary sources*) di emissioni che causino inquinamento atmosferico, o vi contribuiscano in modo significativo, e che possano ragionevolmente considerarsi un pericolo per la salute o il benessere pubblico<sup>2</sup>. Tra le principali fonti stazionarie rientrano, come noto, gli impianti di produzione di energia elettrica, ai quali negli Stati Uniti è imputabile circa il 25% della produzione totale di gas serra<sup>3</sup>.

La controversia giunta all'attenzione della Corte Suprema nel corso dell'*October term* 2021 e discussa a febbraio 2022 trae origine da una misura regolamentare adottata dall'EPA sette anni addietro, proprio in base alla

---

<sup>1</sup> *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 505 (2007), in commento alla quale si veda C. De Saillan, *United States Supreme Court Rules EPA Must Take Action on Greenhouse Gas Emissions: Massachusetts v. EPA*, in *Natural Resources Journal*, 2007, 47, 793-814.

<sup>2</sup> In *American Elec. Power v. Connecticut*, 564 U.S. 410, 426 (2011) la Corte Suprema aveva riconosciuto come la disposizione in questione assegnasse all'EPA «*the decision whether and how to regulate carbon-dioxide emissions from powerplants*».

<sup>3</sup> Dati reperibili in EPA, *Sources of Greenhouse Gas Emissions* (<https://www.epa.gov/ghgemissions/sources-greenhouse-gas-emissions>).

disposizione del CAA appena menzionata. Più precisamente, nel 2015, durante la seconda presidenza Obama, l'EPA emanava la *Clean Power Plan rule* al fine di ridurre le emissioni di anidride carbonica generate dagli impianti già esistenti di produzione di energia elettrica alimentati a carbone e gas naturale. La strategia introdotta dalla *rule* operava su tre fronti, denominati *building blocks*: il primo (c.d. *heat rate improvements*), di portata più limitata, riguardava l'introduzione di soluzioni tecnologiche innovative volte a migliorare l'efficienza della combustione negli impianti alimentati a carbone; il secondo ed il terzo, contraddistinti da un'incidenza più significativa sulla regolazione del settore energetico, introducevano il c.d. *generation shifting* (ossia la transizione da fonti maggiormente inquinanti a fonti meno inquinanti). In particolare, il secondo *block* prevedeva di rideterminare i quantitativi di energia elettrica prodotti dai diversi impianti a seconda del tipo di alimentazione, favorendo una transizione (graduale) dal carbone al gas naturale, mentre il terzo estendeva la transizione della produzione di energia elettrica dai combustibili fossili (dunque sia gas naturale, sia carbone) alle fonti rinnovabili (principalmente parchi eolici e impianti funzionanti ad energia solare). In base alla *rule* la transizione, che rappresentava il più ampio intervento in materia di lotta al cambiamento climatico sino ad allora approvato dall'agenzia federale, poteva avvenire essenzialmente in tre modi: riducendo la quantità di energia prodotta con fonti più inquinanti, costruendo nuovi impianti alimentati da fonti rinnovabili (o investendo in impianti di questo tipo già esistenti), o ancora ricorrendo al sistema (già sperimentato) del *cap-and-trade*, ossia allo scambio sul mercato di permessi e crediti di emissione.

Appena approvato, il *Clean Power Plan* fu subito impugnato e, in attesa del giudizio delle corti di merito, sospeso in via cautelare dalla Corte Suprema nel corso del 2016<sup>4</sup>. A seguito dell'elezione del Presidente Trump *medio tempore* intervenuta, nonché del mutamento dell'agenda politica e del vertice dell'EPA ad essa conseguenti, quest'ultima revocava nel 2019 il *Plan*, sostituendolo con la *Affordable Clean Energy rule* (di seguito ACE). Tale *rule* si limitava essenzialmente a introdurre misure di portata circoscritta, simili a quelle di cui al primo *block* del *Plan*, senza prevedere limiti quantitativi alle emissioni.

Alcuni Stati e diversi soggetti privati, tra cui molte società produttrici di energia elettrica che si erano spontaneamente allineate al *Plan* (condividendone il merito e ritenendolo funzionale all'efficienza e alla sostenibilità ambientale del settore energetico), impugnarono l'ACE e la contestuale revoca del *Plan* dinanzi alla *Court of Appeals* del District of Columbia. Quest'ultima, dopo aver riunito i 12 ricorsi, li accoglieva annullando l'ACE e la revoca del *Plan*<sup>5</sup>, ritenendoli frutto di un'errata – in quanto eccessivamente restrittiva – interpretazione della norma attributiva

<sup>4</sup> *West Virginia v. EPA*, 577 U. S. 1126 (2016). La sospensione, disposta dalla Corte Suprema, dopo che la Corte d'appello aveva rigettato l'istanza cautelare, è parsa inedita rispetto alla prassi, come recentemente osservato da D. Custos, *West Virginia v. EPA (30 juin 2022): la consécration de la major questions doctrine (MQD) comme instrument de détricotage de l'État administratif*, in *Cheminspublics.org*, 1° agosto, 2022.

<sup>5</sup> *American Lung Association v. EPA*, No. 19-1140 (D.C. Cir. 2021), pronunciata il 19 gennaio 2021.

del potere, in particolare per quel che riguarda il concetto di «*best system of emission reduction*», sul quale si tornerà diffusamente *infra*.

In virtù di tale pronuncia il *Plan* originario riacquisì efficacia; nondimeno l'EPA, nell'attesa di adottare un nuovo piano, chiese in via cautelare alla *Court of Appeals*, ottenendola, la sospensione dell'efficacia della pronuncia (*in parte qua*).

Con l'elezione del Presidente Biden e la riaffermazione di una convinta volontà politica di contrastare il cambiamento climatico con tutti gli strumenti a disposizione dell'amministrazione federale<sup>6</sup>, l'EPA è tornata a considerare gli obiettivi e le misure previste dal *Plan*. Prendendo atto del fatto che le misure previste da quest'ultimo erano divenute in parte obsolete e in parte non più adeguate, l'agenzia ha scelto di non darvi esecuzione, annunciando invece l'intenzione di procedere all'elaborazione di un nuovo piano aggiornato.

La sentenza della *Court of Appeals* (che aveva determinato la reviviscenza del *Plan*) era stata nondimeno impugnata dai resistenti con una *petition for certiorari* dinanzi alla Corte Suprema. Quest'ultima, che come noto gode di ampia discrezionalità nel selezionare i ricorsi su cui pronunciarsi<sup>7</sup>, ha escluso che il fatto che l'EPA avesse rifiutato di dare attuazione al *Plan* in attesa di sostituirlo potesse comportare l'improcedibilità della *petition* o, tantomeno, l'inammissibilità della medesima per carenza di *standing*, e ha dunque deciso di pronunciarsi ugualmente sulla legittimità del *Plan*. Senza poter qui indugiare oltre su tale profilo, non può sottacersi, come ha criticamente osservato la giudice Kagan nella *dissenting opinion*, che tale scelta abbia finito per rendere – o quantomeno far apparire – la decisione della Corte una (inopportuna) *advisory opinion*, che inevitabilmente inciderà sull'elaborazione del nuovo *Plan* da parte dell'EPA<sup>8</sup>.

2. Chiariti i tratti essenziali della vicenda controversa è ora possibile volgere l'attenzione alle questioni affrontate dalla pronuncia e alle argomentazioni – invero non del tutto convincenti – impiegate dall'*opinion of the Court* redatta dal Presidente Roberts. La già ricordata disposizione in applicazione della quale l'EPA ha adottato la *rule* oggetto d'impugnazione costituisce il fondamento normativo del *New Source Performance Standards program*, uno dei tre programmi di controllo dell'inquinamento atmosferico derivante da fonti stazionarie previsti dal CAA, assieme al *National Ambient Air Quality Standards program* (NAAQS) e all'*Hazardous Air Pollutants program* (HAP)<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Tra le prime misure adottate si ricorda l'*Executive Order* n. 14008 “*Tackling the Climate Crisis at Home and Abroad*” del 27 gennaio 2021 (86 Fed. Reg. 7619).

<sup>7</sup> In argomento si veda R.J. Kozel, J.A. Pojanowski, *Discretionary Dockets*, in *Constitutional Commentary*, 2016, 20, 221.

<sup>8</sup> Si veda p. 4 della *dissenting opinion* redatta dalla giudice Kagan, con la quale concordano i giudici Breyer e Sotomayor. L'*opinion* sottolinea «*the oddity of the Court's declaring a defunct regulation unlawful*» (p. 12). Prima ancora che la Corte Suprema si pronunciasse, alcuni Autori avevano anticipato, non senza nascondere talune perplessità, gli effetti potenzialmente dirompenti della decisione sulle politiche di contrasto al cambiamento climatico: cfr. M. Nevitt, *Delegating Climate Authorities*, in *Yale Journal on Regulation*, 2022, 39, 777-814, in particolare p. 795.

<sup>9</sup> La delega di potere regolamentare all'EPA in relazione al NAAQS (v. sez. 109 CAA, che conferisce all'agenzia il potere di determinare standards relativi alla qualità

In base a tale programma l'EPA è tenuta a: i) determinare, tenendo conto di una molteplicità di fattori, il migliore sistema di riduzione delle emissioni la cui efficacia sia stata adeguatamente dimostrata; ii) accertare il livello massimo di riduzione delle emissioni ottenibile attraverso l'applicazione di tale sistema; iii) imporre un limite quantitativo alle emissioni prodotte dalle fonti stazionarie che rifletta tale livello. Tali potestà sono attribuite all'EPA dalla sezione 111 lett. b)-c) ed e)-f) per quel che riguarda le *nuove* fonti stazionarie di inquinamento e le *modifiche* di fonti già autorizzate; la lettera d) di tale disposizione, in base alla quale è stato emanato il *Clean Power Plan*, riguarda invece le misure volte a ridurre le emissioni derivanti da fonti di inquinamento *già esistenti*, le quali possono essere adottate allorché tali emissioni non siano già oggetto di limitazioni in base ai programmi NAAQS e HAP.

La natura e la portata di tale disposizione, come anticipato, sono al centro della decisione *de qua* e sono state oggetto di profondo contrasto tra le interpretazioni offerte dai giudici della Corte. La questione nodale è rappresentata da un interrogativo apparentemente banale, ossia se tra i migliori sistemi di riduzione delle emissioni («*best system of emission reduction*») di cui alla sez. 111(d) del CAA possa essere inclusa una misura di ampia portata come il *generation shifting* introdotto dal *Clean Power Plan* sopra descritto, che avrebbe avuto l'effetto di rideterminare l'assetto e la ripartizione dell'approvvigionamento tra le diverse fonti di energia elettrica negli Stati Uniti.

Quanto alla sua natura, secondo la maggioranza e la *concurring opinion* del giudice Gorsuch (con il quale concorda il giudice Alito) la sezione 111(d) rappresenterebbe una disposizione ancillare e secondaria rispetto ai programmi NAAQS e HAP. Ciò sarebbe confermato dal fatto che, dalla sua introduzione nel 1970 al 2015, l'EPA vi abbia fatto raramente ricorso quale base giuridica per l'adozione di atti regolamentari. Viceversa, secondo la *dissenting opinion* la disposizione costituirebbe una clausola residuale, con la conseguenza che, trattandosi di una norma "di chiusura", essa avrebbe natura generale. La circostanza che su di essa non siano stati fondati interventi regolatori di ampia portata non avrebbe poi la consistenza di un'argomentazione idonea a giustificare una declaratoria d'illegittimità di atti di questo tipo, ma rappresenterebbe unicamente un dato empirico, relativo alla prassi applicativa della norma, privo di significative conseguenze giuridiche.

Quanto alla portata, e dunque al significato da attribuire alla disposizione, la Corte ha ritenuto quest'ultima vaga e ambigua. Secondo un'interpretazione più condivisibile, la *dissenting opinion* ha invece ritenuto che il lessico impiegato dalla norma, e in particolare il riferimento al concetto di «*system*», sia sì ampio e onnicomprensivo, ma non vago, nebuloso o poco chiaro<sup>10</sup>.

---

dell'aria) era stata ritenuta legittima dalla Corte Suprema già nel 2001, con sentenza pronunciata all'unanimità e redatta dal giudice Scalia (*Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001)).

<sup>10</sup> Cfr. in particolare p. 8 della *dissenting opinion*, contrariamente all'*opinion of the Court* (p. 28) che definisce il concetto di «*system*» un «*empty vessel*».

Stante la posizione assunta dalla maggioranza dei giudici della Corte, non stupisce che l'introduzione del *generation shifting* quale miglior sistema di riduzione delle emissioni sia stata giudicata esorbitante rispetto al potere attribuito all'EPA<sup>11</sup>. Il *generation shifting* rappresenterebbe infatti, secondo l'*opinion of the Court*, una decisione di *policy*<sup>12</sup> avente un profondo impatto sulla regolazione del settore e sull'economia statunitense, la quale andrebbe valutata alla luce della c.d. *major question doctrine*, di cui subito si dirà.

A questo proposito occorre premettere che l'impatto potenzialmente dirompente delle misure introdotte dal *Plan* appare innegabile e, al tempo stesso, incontestato nell'ambito del giudizio. La stessa EPA ha infatti pacificamente ammesso di aver agito ritenendo di poter optare, in base alla norma attributiva del potere, tra «*anything from a little generation shifting to a great deal*»<sup>13</sup>. L'agenzia si è attestata sulla soluzione che ha ritenuto più ragionevole in base all'apprezzamento discrezionale di una pluralità di fattori, orma quali: l'andamento prevedibile delle emissioni, i costi economici e sociali che le soluzioni prospettabili avrebbero comportato, nonché l'effettivo grado di riduzione delle emissioni e di tutela dell'ambiente raggiungibile grazie a queste ultime. In base a tali valutazioni essa ha stabilito per il 2030 un tetto massimo del 27% per il soddisfacimento del fabbisogno complessivo di energia elettrica tramite impianti alimentati a carbone, con una riduzione dell'11% rispetto alla situazione del 2014. Sulla base di tale macro-previsione, l'EPA ha inoltre previsto apposite formule attraverso cui calcolare soglie intermedie più specifiche.

Come poc'anzi anticipato, stante il rilevante impatto economico, sociale e ambientale di tali misure, la Corte ha ritenuto – secondo un ragionamento solo in parte condivisibile<sup>14</sup> – di doverne sindacare la legittimità alla luce della *major question doctrine*<sup>15</sup>. In base a tale teoria, formulata per la prima volta all'inizio del nostro secolo nel caso *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, le corti dovrebbero tendenzialmente escludere che ad un'agenzia federale possa ritenersi attribuito il potere di assumere «*decisions of vast economic and political significance*», salvo che nei casi in cui il Congresso lo abbia previsto espressamente<sup>16</sup>. Sulla portata di

---

<sup>11</sup> Ci si troverebbe in altre parole dinanzi ad un atto regolamentare adottato *ultra vires*, benché la Corte non faccia espressamente riferimento a tale concetto.

<sup>12</sup> Sul concetto di *policy* si veda B. Emerson, "Policy" in the *Administrative Procedure Act: Implications for Delegation, Deference and Democracy*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2022, (in corso di pubblicazione), nonché, in termini più ampi e in prospettiva comparata, S. Rose-Ackerman, *Democracy and Executive Power. Policymaking Accountability in the US, the UK, Germany and France*, Yale University Press, New Haven, 2021.

<sup>13</sup> *Opinion of the Court*, p. 9.

<sup>14</sup> A non convincere del tutto come subito si dirà, non è soltanto il punto di partenza concettuale su cui già ci si è soffermati (ossia il fatto che la Corte escluda che la sez. 111(d), riferendosi al concetto di "system", possa fondare il potere regolatorio in questione), ma anche la concreta applicazione della *major question doctrine* da parte della Corte.

<sup>15</sup> In argomento si vedano B. Emerson, *Administrative Answers to Major Questions: On the Democratic Legitimacy of Agency Statutory Interpretation*, in *Minn. L. Rev.*, 2019, 102, 2020-2099 e N. Richardson, *Keeping Big Cases from Making Bad Law: The Resurgent "Major Question" Doctrine*, in *Conn. L. Rev.*, 2016, 49, 355-429.

<sup>16</sup> *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 529 U.S. 120, 159-160 (2000). Quanto all'esigenza che il legislatore «*speak clearly*» in merito alla delega di potere

tale teoria insiste in particolar modo la *concurring opinion*, nella quale il giudice Gorsuch, sottolineandone la rilevanza “costituzionale” quale presidio della separazione dei poteri, osserva che in presenza di decisioni del tenore di quelle introdotte con il *Plan* ci si troverebbe dinanzi a «*extraordinary cases*» rispetto ai quali le corti dovrebbero essere scettiche (riscontrando «*a reason to hesitate*») nel ritenere che una potestà regolamentare ampia possa essere stata delegata dal Congresso senza ricorrere a formule espresse e univoche<sup>17</sup>. Tale tesi, contraddistinta da evidenti ambiguità applicative<sup>18</sup>, può essere sintetizzata ricorrendo alle parole della Corte, secondo la quale «*extraordinary grants of regulatory authority are rarely accomplished through ‘modest words,’ ‘vague terms,’ or ‘subtle device[s]’*», quali sarebbero, secondo la *majority opinion*, quelle impiegate dalla norma attributiva del potere<sup>19</sup>.

Nel caso di specie, tuttavia, la maggioranza della Corte Suprema pare spingersi oltre la concezione tradizionale della *major question doctrine*; infatti, come osservato in termini critici nella *dissenting opinion*, richiedendo «*something more than a merely plausible textual basis*» la Corte Suprema pare innalzare lo standard di ciò che, secondo la concezione sino ad oggi prevalente, è necessario affinché possa ritenersi sussistente una «*clear congressional authorization*»<sup>20</sup>. Per sostenere tale tesi, e di conseguenza escludere che la sez. 111(d) del CAA attribuisse all’EPA il potere di adottare *rule* capaci di incidere in modo così radicale sul settore dell’energia elettrica, la Corte ricorre ad una pluralità di argomenti (tutti puntualmente contestati dalla *dissenting opinion*), dei quali può qui offrirsi una rapida sintesi.

In primo luogo, richiamando un aspetto già chiarito *supra*, la *rule* si sarebbe basata su una disposizione risalente («*long-extant*»)<sup>21</sup>, scarsamente

---

regolamentare relativamente a *major questions* si veda *Utility Air Regulatory Group v. EPA*, 573 U. S. 302, 324 (2014) e, in senso conforme, *King v. Burwell*, 576 U. S. 473 (2015), quest’ultima in relazione alle deleghe conferite dal *Patient Protection and Affordable Care Act* all’*Internal Revenue Service*.

<sup>17</sup> Nella pronuncia *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, citata alla nota precedente, la Corte Suprema aveva negato che alla *Food and Drug Administration* potesse essere conferito il potere di regolare il tabacco, rigettando l’interpretazione avanzata dall’agenzia secondo la quale la nicotina e i prodotti contenenti quest’ultima avrebbero potuto essere assimilati alle droghe (in relazione alle quali era, ed è, pacifica la potestà regolamentare dell’FDA).

<sup>18</sup> Queste ultime attengono all’esatta individuazione delle circostanze in base alle quali possa ritenersi sussistente un *extraordinary case*. Ciò è criticabile, ad avviso di chi scrive, in quanto in tal modo si finirebbe per conferire eccessiva discrezionalità alle corti (e in particolare alla Corte Suprema) in merito agli ambiti e all’intensità del proprio sindacato giurisdizionale.

<sup>19</sup> p. 18 *opinion of the Court*.

<sup>20</sup> Cfr. p. 15 della *dissenting opinion*, ove si osserva che la Corte non sembra accontentarsi del mero testo della legge, pretendendo invece un *quid pluris* che in altre circostanze, e in precedenza, non era solita richiedere. Secondo la giudice Kagan, infatti, la maggioranza «*replaces normal text-in-context statutory interpretation with some tougher-to-satisfy set of rules*». La Corte, più precisamente, si sarebbe attestata su quella che C.R. Sunstein, *There are Two “Major Questions” Doctrine*, in *Admin. L. Rev.*, 2021, 73, 475-494 ha definito la “*strong version*” della teoria.

<sup>21</sup> Sul punto si è specificamente espresso anche il giudice Gorsuch (*dissenting opinion*, p. 14), secondo il quale «*an agency’s attempt to deploy an old statute focused on one problem to solve a new and different problem may also be a warning sign that it is acting without clear congressional authority*». L’argomento non coglie nel segno, ad avviso di chi scrive, atteso

applicata nella prassi e servente una funzione meramente “ancillare” o di «*gap filler*», rivelandosi dunque inadatta a conferire il potere di intervenire con misure fortemente innovative su aspetti nodali del settore energetico.

In secondo luogo, la Corte ritiene che in base ad una piana interpretazione della disposizione non possa ricondursi entro il concetto di «sistema di riduzione delle emissioni» quello di «*generation shifting*» che il secondo ed il terzo *block* del *Plan* avevano introdotto; ciò in quanto la riduzione delle emissioni sarebbe stata in questo caso perseguita non tanto tramite l'introduzione di nuovi standard e adempimenti tecnici – pacificamente inclusi entro il concetto di “*system*” – bensì grazie ad una più ampia scelta di *policy*, inevitabilmente incidente su una pluralità di interessi. Eppure, come osservato dalla giudice Kagan nella *dissenting opinion*, il termine controverso non viene in alcun modo circoscritto, qualificato, né subordinato a condizioni dalla legge, la quale fa invece unicamente riferimento al «*best system of emission reduction*». In base a quest'ultima – condivisibile – interpretazione, la norma conferirebbe dunque in modo espresso ampia discrezionalità all'agenzia quanto alle modalità per perseguire il fine della riduzione delle emissioni. La *dissenting opinion* sottolinea inoltre che, in base ad un consolidato orientamento, laddove il Congresso impieghi un «*expansive language*» nel conferire un potere all'amministrazione (come il termine «*best system*» nel caso di specie), alle corti non è consentito introdurre limiti sostanziali e procedurali ulteriori; ciò nel rispetto del principio di separazione dei poteri, invocato a più riprese proprio dalla maggioranza<sup>22</sup>.

In terzo luogo, secondo la Corte l'EPA avrebbe implicitamente ammesso, in alcune comunicazioni risalenti al 2015, che le valutazioni compiute in occasione dell'adozione del *Plan* non sarebbero rientrate tra quelle ordinariamente svolte dall'agenzia; ciò, in particolare, per quel che riguarda la regolazione della trasmissione e della distribuzione di energia elettrica. Da tale considerazione la Corte inferisce che, allorché un'agenzia manchi di *expertise* in una determinata materia (giacché non si occupi di quest'ultima con frequenza e in modo prevalente), deve tendenzialmente escludersi che il Congresso abbia inteso delegare potere decisivo a quest'ultima rispetto a tale ambito.

In quarto luogo – e in termini decisivi a giudizio della Corte – decisioni del tenore di quelle compiute con il *Plan* sarebbero proprio quelle che il Congresso tende a riservare a sé stesso, in quanto, essendo *lato sensu* politiche, competerebbero all'organo che, per definizione, assicura la

---

che non è dato capire in che termini il *Plan* avrebbe inteso affrontare un «*new and different problem*» rispetto alle questioni affidate alla cura dell'EPA dalla sez. 111 del CAA – sin dalla sua entrata in vigore.

<sup>22</sup> Cfr. p. 13 della *dissenting opinion*, che cita sul punto *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania*, 591 U.S. *slip op.*, 16 (2020). Ancora, citando il precedente *Arlington v. FCC*, 569 U. S. 290, 296 (2013) la giudice Kagan ricorda che il Congresso «*knows to speak in plain terms when it wishes to circumscribe, and in capacious terms when it wishes to enlarge, agency discretion*» (*dissenting opinion*, p. 12). Peraltro già A. Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, in *Duke L.J.*, 1989, 3, 511, a p. 516, ricordava che «*broad delegation ... is the hallmark of the modern administrative state*».

rappresentanza democratica<sup>23</sup>. Proprio in questa materia, inoltre, il Congresso si sarebbe più volte pronunciato negli anni recenti, senza raggiungere un accordo circa l'introduzione di soluzioni analoghe a quelle introdotte dalla *rule* contestata<sup>24</sup>, con la conseguenza che, mancando tale accordo, le decisioni in materia non avrebbero potuto essere autonomamente assunte dall'agenzia federale<sup>25</sup>.

In virtù di tali ragioni, la Corte Suprema ha statuito che, sebbene la scelta di limitare le emissioni di anidride carbonica a un livello tale da costringere l'intera nazione ad una transizione volta ad abbandonare (progressivamente) l'uso del carbone possa costituire una soluzione sensata<sup>26</sup>, si debba escludere che il Congresso, tramite la sezione 111(d) del CAA, abbia inteso assegnare all'EPA l'autorità di introdurre autonomamente tale *generation shifting*. Una decisione di tale portata spetterebbe infatti unicamente al Congresso stesso o, tutt'al più, ad un'agenzia che agisca in base a una chiara delega dell'organo rappresentativo.

3. Come spesso accade, pur statuendo in termini definitivi sulla controversia, la sentenza della Corte Suprema qui commentata non ha ricomposto il dibattito attorno alle questioni investite – o solo indirettamente lambite – dalla medesima, ma lo ha, piuttosto, amplificato.

Limitandoci in epilogo a tentare di ricondurre a sistema le principali fra tali questioni, occorre innanzitutto riconoscere che il fulcro dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte, ossia l'interpretazione particolarmente rigorosa della *major question doctrine* offerta dalla maggioranza, si annoda al dibattito recentemente riaccessosi attorno alla risalente *nondelegation*

<sup>23</sup> In argomento si veda E.S. Bremer, *The Undemocratic Roots of Agency Rulemaking*, in *Cornell Law Review*, 2022, 108 (in corso di pubblicazione). In termini più ampi, per una lettura differente, volta a discutere le critiche rivolte al c.d. *Administrative State* e a risolverle nel senso della legittimità del medesimo, si veda C.R. Sunstein, A. Vermeule, *Law and Leviathan: Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2020, nonché il più risalente contributo di J.L. Mashaw, *Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions*, in *J.L. Econ & Org.*, 1985, 1, 81.

<sup>24</sup> Tra le iniziative più recenti si ricorda la *Green New Deal Resolution*, H.R. Res. 109, 116th Cong. (2019). Solo in tempi recentissimi – e successivi alla pronuncia in commento – il Congresso ha approvato, dopo un lungo e complesso dibattito parlamentare, l'*Inflation Reduction Act* (Public Law No. 117-169 del 16 agosto 2022), originariamente introdotto come *Build Back Better Act*, che prevede investimenti in energia pulita e resilienza climatica per un ammontare complessivo di 374 miliardi di dollari nei prossimi dieci anni.

<sup>25</sup> Citando il giudice Scalia, la *dissenting opinion* (p. 27) ricorda nondimeno che «arguments based on subsequent legislative history [should] not be taken seriously, not even in a footnote» (così la *concurring opinion* del giudice Scalia nel caso *Sullivan v. Finkelstein*, 496 U.S. 617, 632 (1990)).

<sup>26</sup> A questo proposito il giudice Gorsuch, nella *concurring opinion* (p. 12), riconosce che «none of this is to say the policy the agency seeks to pursue is unwise or should not be pursued. It is only to say that the agency seeks to resolve for itself the sort of question normally reserved for Congress». Accennando soltanto ad un profilo di comparazione, la Corte Suprema statunitense pare in questo modo attestarsi su di una posizione significativamente più arretrata rispetto a quella di talune corti europee, come ad esempio la Corte suprema olandese che, nel noto caso *Urgenda* (13 gennaio 2020) ha affermato la cogenza, per lo Stato olandese, dell'impegno internazionale assunto nella riduzione delle emissioni di gas serra.

*doctrine*<sup>27</sup>. In base a quest'ultima, come noto, la delega di funzioni regolative ad un'autorità amministrativa è ritenuta legittima allorché preveda un *intelligible principle* o un *meaningful standard* idoneo a vincolare, almeno quanto al fine, il potere conferito all'amministrazione. La giurisprudenza è stata a lungo permissiva<sup>28</sup>, tornando a invocare l'applicazione di tale dottrina – dopo un lungo periodo in cui essa è apparsa «*dormant*»<sup>29</sup> – soltanto negli ultimi anni. A tale tendenza può senza dubbio ricondursi la pronuncia in commento, dalla quale emerge, rispetto a tale profilo, un'interpretazione particolarmente rigida del principio di separazione dei poteri – sul quale riposa la *nondelegation doctrine* – che pare discendere, a sua volta, da una lettura che appariva ormai superata della *vesting clause* di cui all'art. I(1) della Costituzione<sup>30</sup>.

Siffatte argomentazioni sono accompagnate, nel ragionamento compiuto dalla maggioranza, da una lettura parimenti restrittiva della c.d. *Chevron deference*, la quale invece preluderebbe di per sé ad un sindacato assai deferente da parte della Corte Suprema<sup>31</sup>. Ad essere ridimensionato, più precisamente, risulta essere il primo *step* di tale teoria, in base al quale la presenza di *gaps* e concetti giuridici indeterminati nella norma attributiva del potere – nel caso di specie il concetto di «*best system of emission reduction*» – equivarrebbe ad una delega implicita di potere regolamentare a favore

---

<sup>27</sup> La *nondelegation doctrine*, come noto, è stata formulata per la prima volta – all'indomani dell'espansione dello Stato amministrativo conseguente al *New Deal* – nei casi *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935), *A.L.A. Schechter Poultry v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), e *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936) ed è stata a lungo dormiente, come osservato da. Solo recentemente la giurisprudenza è parsa farvi nuovamente riferimento: cfr. in particolare *Gundy v. United States*, 139 S. Ct. 2116 (2019), nella quale la maggioranza ha in ogni caso escluso la sussistenza di una violazione della teoria (Cfr. M. Sohoni, *Opinion Analysis: Court Refuses to Resurrect Nondelegation Doctrine*, in *SCOTUSblog*, 20 giugno 2019, reperibile online all'indirizzo: <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-court-refuses-to-resurrect-nondelegation-doctrine/>). In argomento si vedano C. Coglianese, *Dimensions of Delegation*, in *U. Pa. L. Rev.*, 2019, 167, 1849; D.E. Walters, *Decoding Nondelegation After Gundy: What the Experience in State Courts Tells Us About What to Expect When We're Expecting*, in *Emory L.J.* 2022, 71, 417; I. Wurman, *Nondelegation at the Founding*, in *Yale L.J.*, 2021, 130, 1490; L. Heinzerling, *Nondelegation on Steroids*, in *NYU Environmental Law Journal*, 2021, 29, 379-402.

<sup>28</sup> Cfr. *Mistretta v. United States*, 588 U.S. 361 (1989).

<sup>29</sup> Così K. Eggert, *Originalism Isn't What It Used to Be: The Nondelegation Doctrine, Originalism, and Government by Judiciary*, in *Chap. L. Rev.*, 2021, 24, 707 (in particolare p. 709), e, per la stessa tesi, E.A. Posner, A. Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2002, 69, 1721.

<sup>30</sup> Tale orientamento era stato ad esempio sostenuto nella risalente pronuncia *Springer v. Government of the Philippine Islands*, 277 U.S. 189 (1928) e ancora prima, *in nuce*, nel caso *Shankland v. Mayor, Alderman & Common Council of Washington*, 30 U.S. 390 (1831) nel quale la Corte Suprema aveva applicato il principio *delegatus non potest delegare* al Congresso.

<sup>31</sup> Il punto era già stato anticipato da taluni Autori: cfr. M. Sebring, *The Major Rules Doctrine: How Justice Brett Kavanaugh's Novel Doctrine Can Bridge the Gap Between the Chevron and Nondelegation Doctrines*, in *N.Y.U. J.L. & Liberty*, 2018, 12, 189-252, che sottolinea l'intreccio tra le due teorie, ritenendole entrambe funzionali a preservare tanto la separazione dei poteri quanto la riserva costituzionale di potere legislativo a favore del Congresso.

dell'agenzia<sup>32</sup>. Secondo la maggioranza, che cautamente evita di mettere apertamente in discussione *Chevron*, la norma attributiva del potere non potrebbe invece essere considerata, come avrebbe fatto l'EPA, un «*open book to which the agency [may] add pages and change the plot line*»<sup>33</sup>, con la conseguenza che le misure contenute nel *Plan* esulerebbero dalla potestà regolamentare conferita dalla legge all'EPA.

Complessivamente considerate, tali notazioni rivelano quella che in termini critici la *dissenting opinion* ha qualificato come «*anti-administrative-state stances*», la quale ormai da qualche tempo va contraddistinguendo, sotto diversi profili, la giurisprudenza della Corte Suprema<sup>34</sup>.

Su un piano più generale, la pronuncia alimenta inoltre il dibattito in merito al rapporto tra i diversi criteri di interpretazione della legge, quali in particolare l'interpretazione testuale, quella evolutiva, quella costituzionalmente orientata e quella che si rifà alla – presunta – intenzione del legislatore. Tale dibattito non ha rilievo meramente speculativo, giacché, come emerge chiaramente dal caso di specie, il contrasto sui canoni interpretativi seguiti dai giudici della Corte può condurre a soluzioni della controversia anche diametralmente opposte fra loro.

Sotto un distinto punto di vista, che in questa sede non si è potuto approfondire, la sentenza (in particolare la *concurring opinion*) prende posizione in merito al rapporto tra regolazione statale e regolazione federale<sup>35</sup>, esprimendo un significativo *favor* per la prima (come del resto è accaduto anche in passato in presenza di una Corte a maggioranza repubblicana).

Infine, considerando la controversia alla luce delle vicende politico-istituzionali che ne hanno contraddistinto lo svolgimento, sorgono – *rectius* si acuiscono – alcuni dubbi circa l'effettiva tenuta dei *checks and balances* nell'ordinamento statunitense. Ciò in relazione a tre distinti, ma connessi, profili: i) la capacità del Presidente di condizionare, se non conformare, l'attività delle *independent executive agencies*<sup>36</sup>; ii) la distinzione tra regolazione tecnica e questioni di *policy*, che – stando alla pronuncia *de qua* – sarebbero in linea di principio di dominio esclusivo del Congresso, sulla scorta di una linea di demarcazione tracciata, in ultima istanza, dalla Corte Suprema; iii) il riverberarsi, a tratti smaccato, della politicità della nomina dei giudici della

<sup>32</sup> Cfr. *Chevron v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

<sup>33</sup> Così p. 19 dell'*opinion of the Court*, che cita testualmente E. Gellhorn, P. Verkuil, *Controlling Chevron-based Delegations*, in *Cardozo L. Rev.*, 1999, 20, 989, in particolare p. 1011.

<sup>34</sup> *Dissenting opinion*, p. 29. Sul c.d. *anti-administrativism* si veda, per tutti, G.E. Metzger, *1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, in *Harv. L. Rev.*, 2017, 131, 1.

<sup>35</sup> Questo perché il *generation shifting* e la determinazione delle soglie delle emissioni da parte dell'EPA avrebbero sottratto competenze regolamentari (seppure di natura attuativa) agli Stati.

<sup>36</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a N. Palazzo, L. Parona, *Trump's Fight Against the Regulatory State: Reloaded*, in *DPCE online*, 2021, 1, 1067-1086. Si vedano inoltre G. Romeo, N. Palazzo, *Who Fears the Big Government? A Coordinated Attempt to Downsize Federal Agencies' Power in the United States*, in *Global Jurist*, 2018, 2, 1-12, e, in termini più ampi, B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, Cedam, Padova, 2005, in particolare p. 23 ss.

Corte Suprema sull'adozione delle loro decisioni; circostanza, quest'ultima, che rischia di vulnerarne l'indipendenza, la legittimazione e l'imparzialità<sup>37</sup>.

Si tratta, come anticipato, di questioni tanto ampie e complesse quanto urgenti e rilevanti; su di esse occorrerà dunque riflettere alla luce, fra le altre cose, del futuro riesercizio del potere da parte dell'EPA<sup>38</sup> e dei risultati delle *midterm elections* del prossimo novembre.

---

<sup>37</sup> In argomento si vedano L.P. Vannoni, *La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?*, in *DPCE*, 2, 2021, 499-508; A. Pin, *Le corti degli Stati Uniti, l'interpretazione giuridica e il diritto costituzionale comparato dei prossimi decenni. L'era Trump ha lasciato un segno?*, in *DPCE*, 1, 2021, 187-194; G. Romeo, [\*The Supreme Court's debate on constitutional interpretation under Trump presidency\*](#), in *DPCE online*, 1, 2021, 973-988. Proprio in merito alla composizione della corte in relazione alle controversie in materia di lotta al cambiamento climatico si veda M. Nevitt, *The Remaking of the Supreme Court: Implications for Climate Change Litigation & Regulation*, in *Cardozo L. Rev.*, 2021, 42, 101.

<sup>38</sup> Come anticipato (v. *supra* nota <sup>24</sup>) il quadro normativo entro cui l'EPA tornerà a provvedere si è recentemente arricchito in virtù dell'approvazione dell'*Inflation Reduction Act*.

