

Il costituzionalismo ambientale alla prova delle Corti: il ruolo del formante giurisprudenziale nei modelli di Common Law

di Carla Bassu

Abstract: *Environmental constitutionalism in Court: the role of the jurisprudential formant in Common law models* - Constitutional Jurisprudence plays a strong role in determining environmental constitutionalism in any contemporary democratic order. This essay analyses in a comparative perspective case law decided by Common Law Supreme Courts, in order to point out views and development prospects of environmental law. A particular focus is dedicated to the “duty of care” principle and intergenerational responsibility.

Keywords: Case Law; Common Law; Supreme Courts; Environmental Comparative Law; Duty of care

1. Il ruolo della giurisprudenza nella genesi del costituzionalismo ambientale: peculiarità e specificità dei modelli di Common Law

Premessa doverosa e presupposto indispensabile all’analisi che segue è il riconoscimento dell’assenza nella realtà dei fatti di un modello prototipico di ordinamento di Common Law, standardizzato secondo criteri univoci. All’interno dell’ampia categoria di questa famiglia giuridica esiste infatti una pluralità di varianti e tra i diversi fattori distintivi rileva in primo luogo la presenza o meno di una Costituzione scritta unidocumentale e di carte dei diritti¹. Questo dato di partenza influenza anche la genesi e lo sviluppo del costituzionalismo ambientale che ha seguito e sta seguendo vie diverse, non caratterizzandosi per un percorso sempre e necessariamente dettato dal formante giurisprudenziale². Se è vero che il Common Law è «oggetto di continua creazione e rielaborazione secondo la regola del precedente e il metodo dello sviluppo progressivo»³ nelle democrazie stabilizzate si

¹ V. R. David, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, CEDAM, Padova 1967, 87 ss.; P. Stein, voce *Common law* (paesi di), I) diritto inglese, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, 5 e ss.; J. H. Baker, *The Common Law tradition: lawyers, books and the law*, Hambledon & London, London, 2003

² Cfr. S. J. Eagle, *The Common Law and the Environment*, 58 Case W. Rsrv. L. Rev. 583, 2008, <https://scholarlycommons.law.case.edu/caselrev/vol58/iss3/4>

³ Così G. Romeo, *L’argomentazione costituzionale di Common Law*, Giappichelli, Torino 2020, 6

interseca necessariamente con il principio di costituzionalità fondato sulla classificazione gerarchica delle esigenze di salvaguardia dei diritti fondamentali. Considerando la forza con cui la questione ambientale si è imposta, a partire dagli anni Settanta del Novecento nell'agenda pubblica degli ordinamenti, fino ad affermarsi in tempi più recenti con contenuti di natura costituzionale,⁴ si ritiene opportuno considerare casi specifici, selezionati perché ritenuti significativi nello sviluppo della disciplina, per tentare di giungere a considerazioni di sistema⁵.

L'intensità del contributo dato dalla giurisprudenza costituzionale e ordinaria alla configurazione del costituzionalismo ambientale è un dato che accomuna le democrazie contemporanee a prescindere dalla famiglia giuridica di riferimento e in questo senso gioca una parte importante il fenomeno della ibridazione dei modelli. Ciò su cui in questa sede si intende indagare - tenendo conto della eterogeneità dei paesi che aderiscono a un modello di Common Law - è il grado di influenza del formante giurisprudenziale, considerato nell'insieme delle altre fonti del diritto tenendo conto del «ruolo fondamentale che i giudici svolgono nel (ri)plasmare il panorama della Governance ambientale»⁶.

⁴ Sullo sviluppo del diritto pubblico dell'ambiente in prospettiva interna e comparata e sui profili di rilievo costituzionale della questione ambientale si v. D. Amirante, *L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, num. spec., 1, 2019, 32; ID., *Diritto ambientale italiano e comparato*, Jovene, Napoli, 2003; ID. (a cura di), *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, Franco Angeli, Milano 2000; G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, CEDAM, Padova 2002; ID., *Diritto ambientale comparato*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, CEDAM, Padova, 2012, 101 ss.; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto ambientale*, Laterza, Roma-Bari 2018; C. Sartoretti, *La tutela dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di Diritto dell'Ambiente*, Giuffrè, Milano 2014; G. Ruiz-Rico-Ruiz (coor.), *Derecho comparado del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos*, Comares, Granada 2000; E. Morgera, *The Future of Law and the Environment: the Emergence of Global Environmental Law*, in S. Muller S. Z. M. Frishman, L. Kistemaker (eds), *The Law of the Future and the Future of Law*, II, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012; A. D. Tarlok, *An Overview of Comparative Environmental Law*, in 13 *Denver Journal of International Law and Policy*, 1983, 85 e ss. Sul valore costituzionale dell'ambiente nel nostro Paese cfr. L. Cuocolo, *Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato*, in *DPCE Online*, v. 52, n. 2, luglio 2022 <<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1631>>; R. Montaldo, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it; A. Pitino, *Ambiente e Costituzione: una (prima) lettura di genere*, in *DPCE Online*, v. 52, n. 2, luglio 2022 <<http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1629>>; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, www.forumcostituzionale.it

⁵ Sui profili di metodo v. T. E. Frosini, *Scienza giuridica e diritto comparato*, in *Nomos*, n. 3, 2021, https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2022/02/T.E.-FROSINI_Scienzagiuridicaedirittocomparato-1.pdf

⁶ Così L. Kotze, A. R. Paterson (eds), *The Role of the Judiciary in Environmental Governance. Comparative Perspectives*, Preface, London 2009, 23

Il ruolo delle corti, infatti, enfatizzato e posto al centro dell'attenzione pubblica a seguito di decisioni di grande impatto (come quelle sulle quali ci si soffermerà più avanti), incide sulla interpretazione e sulla efficacia della normativa in materia ambientale, con ricadute sul piano della sfera di influenza della decisione politica in ambito nazionale e territoriale.

Quello che sta accadendo negli Stati Uniti, per esempio, con le ultime prese di posizione della Corte Suprema su temi ad alto tasso di sensibilità etica, politica, sociale e costituzionale (ambiente, libertà di autodeterminazione individuale, diritto alla detenzione di armi), mette in luce la forza che il formante giurisprudenziale detiene e conserva⁷, anche a fronte delle "contaminazioni" derivanti dalla presenza di una Costituzione scritta, dal progressivo incremento della *statutory law* e dall'incidenza sempre maggiore della regolazione settoriale da parte di autorità indipendenti. Peraltro, con riguardo alla tutela dell'ambiente, allo strumentario processuale tradizionale si associa l'azione di autorità indipendenti di natura paragiurisdizionale. Come sottolineato da Roberto Louvin «la giustizia ambientale concorre alla governance e alla democrazia ambientale e il punto di equilibrio ottimale del sistema è all'incrocio fra una solida legislazione, un'amministrazione attiva sensibile e organizzata, una cittadinanza attiva e informata e una giurisdizione vigile e munita dei necessari poteri»⁸.

2. La funzione creativa dei giudici di Common Law e il rapporto con le fonti politiche

Un segnale eloquente e rappresentativo del ruolo del potere giudiziario in materia di diritto ambientale (e non solo) in ordinamenti di Common Law è dato dalla recente sentenza della Corte Suprema statunitense nel caso *West Virginia v. Environmental Protection Agency* (EPA)⁹, con la quale si impone un limite significativo alla possibilità per le autorità amministrative di regolare con proprie norme le attività delle aziende ritenute in contrasto con l'interesse collettivo alla pulizia dell'aria e dell'acqua. La Corte, in sostanza, ha dato ragione allo Stato di West Virginia che aveva contestato in tribunale la facoltà dell'EPA di stabilire autonomamente limiti alle centrali elettriche statali per l'utilizzo di carburanti fossili. Già in passato la Corte Suprema si è pronunciata in merito alla normativa federale in materia di cambiamento climatico, con decisioni di impatto significativo¹⁰ ma la decisione West

⁷ V. E. Grande, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione Giustizia*, 12 luglio 2022, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/scotus-armi-aborto-clima>

⁸ Così R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale: modelli a confronto*, in *DPCE online*, n. 4, 2018, 930

⁹ *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, 597 U.S. (2022) https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1530_n758.pdf

¹⁰ Si pensi, per esempio, alla sentenza *Massachusetts v. EPA* del 2007, esplicitamente richiamata dai giudici nella pronuncia *West Virginia*; anche in quel caso una decisione presa a maggioranza (cinque a quattro) ma in un contesto di prevalenza liberal (votarono a favore i giudici Stevens, Souter, Ginsburg e Breyer oltre a Kennedy che,

Virginia interviene in un momento particolare e delicato, affiancandosi ad altre pronunce controverse e accolte con clamore a livello internazionale. Mi riferisco alla sentenza *Dobbs et al. v. Jackson Women's Health Organization et al*¹¹, che ha smentito il precedente *Roe v. Wade* in materia di aborto, negando l'esistenza di un diritto federale alla interruzione di gravidanza e alla decisione *New York State Rifle&Pistol Association, Inc., et al. v. Bruen, Superintendent of New York State Police, et al.*, che ha dichiarato incostituzionale una legge dello Stato di New York mirante a limitare la circolazione di fucili e pistole armi¹².

Innestandosi in un preciso filone giurisprudenziale, la sentenza *West Virginia v. EPA* va oltre il merito della vicenda, inserendosi in un discorso ben più ampio che - in un contesto di Common Law con Costituzione scritta e in un solido assetto federale - dà atto di una tendenza che incide sull'impianto di separazione dei poteri e sul sistema di ripartizione territoriale delle competenze. In assonanza a quanto osservato nella sentenza *Dobbs*, si registra infatti, in prima battuta, la valorizzazione dell'autonomia degli Stati con una conseguente limitazione del potere federale di intervenire nei confronti delle aziende attive sul territorio. A uno sguardo più attento si riscontrano le conseguenze della decisione non solo sul piano squisitamente tecnico del rapporto tra atto politico, amministrativo e giurisprudenziale e sul profilo concreto rispetto delle conseguenze sulla salvaguardia dell'ambiente ma anche in relazione a un interesse economico locale. Lo Stato del West Virginia ospita infatti sul suo territorio importanti riserve di carbone: è il secondo produttore a livello nazionale, dopo il Wyoming, impiega nel settore circa 15.000 persone escluso l'indotto e basa sul comparto il capitolo più importante nell'economia locale¹³. Nell'analizzare la sentenza è opportuno tenere a mente che le restrizioni imposte dall'EPA, se fossero state effettivamente applicate alle attività legate al carbone, avrebbero assestato un duro colpo alla solidità economica delle imprese e all'equilibrio finanziario dello Stato.

Nello specifico, la Corte Suprema si è pronunciata in merito alla legittimità costituzionale del progetto della *Environmental Protection Agency* (EPA) di stabilire un tetto alla emissione di biossido di carbonio per le centrali elettriche, dichiarando che il *Clean Air Act* (CAA) emanato dal Congresso federale non riconosce all'agenzia amministrativa la facoltà piena di emanare regolamenti per tutto il settore energetico. In particolare, la

pur essendo nominato dal Presidente Reagan, ha dimostrato nel tempo di non assumere posizioni ideologicamente orientate di tipo conservatore), v. G.F. Ferrari, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2005/06 e 2006/07*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, n. 5, 3807; sulla giurisprudenza della Corte Suprema in materia di cambiamento climatico v. anche B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 2, 2021, 287ss.

¹¹ *State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*, 597 U.S. (2022)

¹² *New York State Rifle&Pistol Association, Inc., et al. v. Bruen, Superintendent of New York State Police, et al.*, 597 U.S. (2022)

¹³ V. M. Platero, *La Corte Suprema non fermerà la corsa green degli Stati Uniti*, in *La Repubblica*, 11 luglio 2022, https://www.repubblica.it/economia/affari-e-finanza/2022/07/11/news/la_corte_suprema_non_fermerà_la_corsa_green_degli_stati_uniti-357081985/

sentenza afferma che il CAA, pur riconoscendo all'EPA poteri di stabilire regole a salvaguardia della salubrità ambientale, non è sufficientemente specifico rispetto alla possibilità di dettare norme amministrative stringenti e incidenti sulla discrezionalità delle aziende. Nella opinione di maggioranza, redatta dal Chief Justice Roberts, alla quale si sono uniti i giudici Thomas, Kavanaugh e Barrett si legge che non è sufficiente una «mera base testuale plausibile» affinché la Corte possa riconoscere che l'autorità amministrativa abbia effettivamente competenza a emanare regole stringenti e che l'EPA è tenuta a dimostrare che il Congresso ha autorizzato in modo chiaro il potere che rivendica. In particolare, si fa riferimento alla Section 111 (d) del CAA, che attribuisce all'agenzia federale la competenza a emanare norme per determinare il grado di riduzione di inquinamento da raggiungere escludendo gli Stati dall'intervento in questo settore specifico, sebbene siano di base competenti a regolare l'attività delle centrali elettriche presenti sul territorio¹⁴. Justice Roberts fa riferimento alla dottrina delle grandi questioni in ragione della quale le materie più importanti devono essere disciplinate dal titolare della funzione legislativa: il Congresso. Questa posizione è sostenuta dalla *concurring opinion* del giudice Gorsuch, alla quale ha aderito Alito, e viene intesa come garanzia della separazione dei poteri, perché sottrae i temi più rilevanti alla discrezionalità dell'esecutivo, affidandoli alla disciplina dell'organo rappresentativo anche delle minoranze¹⁵.

La sentenza, in assonanza con quanto accaduto con il caso Dobbs, in materia di aborto, ha conquistato la ribalta del dibattito pubblico e dei media internazionali in modo perfettamente comprensibile dato il rilievo della questione di merito, che mette in discussione interpretazioni consolidate e interroga in ordine al grado di incidenza della discrezionalità politica su materie cruciali nell'impianto costituzionale nazionale e territoriale. L'impatto della decisione West Virginia è stato forte e ha richiamato l'attenzione dei decisori pubblici federali e delle aziende, piccole, medie e grandi, che subiscono direttamente l'effetto della decisione dei giudici supremi su aspetti determinanti per la attività quotidiana e che talora sono suscettibili di influenzarne la sopravvivenza.

¹⁴ Nella opinione di maggioranza viene sottolineato che l'EPA, dall'approvazione del *Clean Air Act*, nel 1970, ha fatto ricorso solo di rado alla Section 111(d), a cui viene riconosciuta natura "ancillare" («the ancillary nature of Section 111(d)»). La situazione cambia nel 2015, quando l'EPA emana discipline normative differenziate, rivolte rispettivamente ai nuovi impianti ai sensi della Section 111(b) e a quelli già esistenti Section 111(d). Nella opinione si afferma che entrambe le discipline fanno perno sulla constatazione effettuata dall'EPA della natura di agente inquinante dell'atmosfera del biossido di carbonio che, dunque, si può ragionevolmente considerare in grado di mettere a rischio la salute o il benessere pubblico, causando il cambiamento climatico. Per un approfondimento dei contenuti e dell'argomentazione delle diverse opinion della sentenza West Virginia si v. G. Grasso, *Respectfully I dissent. Prime note su West Virginia et al. v. Environmental Protection et al.*, 4, <http://www.cortisupremeesalute.it/wp-content/uploads/2022/07/Grasso.pdf>

¹⁵ Nella *concurring opinion* vengono richiamati i casi in cui ci si è appellati alla "major question doctrine" per rispondere alla «*explosive growth of the administrative state*» a partire dagli anni Settanta del Novecento, v. *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al*, cit., *Gorsuch concurring*

La prima reazione è stata probabilmente di confusione di fronte a una inversione di tendenza rispetto a un indirizzo politico rivolto a un tempestivo e significativo adattamento delle strutture e dei meccanismi di produzione a modalità sostenibili ed *eco-friendly*, in un'ottica generalmente orientata alla transizione ecologica.

Ciò che preme sottolineare è il fatto che la sentenza interviene su misure che non sono mai entrate in vigore. Le norme censurate dalla Corte Suprema, infatti, risultano parte del *Clean Power Plan* (CPP) - varato nel 2015 dall'amministrazione Obama - che stabiliva limiti emissivi per ogni Stato e consentiva all'EPA di intervenire nell'ipotesi in cui tali standard non fossero rispettati. Nello specifico, la proposta prevedeva una riduzione delle emissioni di carbonio derivanti dalla produzione di energia elettrica del 32 per cento entro il 2030, considerando come riferimento di partenza i livelli registrati nel 2005. Ma il piano - dapprima sospeso dalla Corte Suprema nel 2016¹⁶ fu poi bloccato dal successore di Obama alla Casa Bianca, Donald Trump. L'elezione alla presidenza di Joe Biden, che ha impostato la campagna elettorale anche sulla lotta al cambiamento climatico, con la definizione di un'ambiziosa agenda *green* e l'intenzione di azzerare le emissioni inquinanti entro il 2050, ha segnato una nuova inversione di tendenza nell'orientamento politico nazionale, messo in discussione dall'intervento dei giudici¹⁷. Oltre agli effetti concreti, la decisione del caso *West Virginia v. EPA* invia infatti un messaggio che si pone in controtendenza rispetto ai propositi di allineamento con gli obiettivi internazionali per la lotta al cambiamento climatico assunti dal Presidente Biden al momento dell'insediamento¹⁸, risultando in contrasto con i target di limitazione dell'aumento della temperatura globale previsti nel Trattato di Parigi al quale gli Stati Uniti hanno di nuovo aderito nel 2021, dopo lo stop di più di tre anni dovuto al ritiro dall'accordo voluto da Donald Trump.

Il punto che qui si intende rimarcare trova espressione eloquente nell'opinione dissenziente redatta da Justice Elena Kagan, la quale rivendica l'autorità dell'EPA di prevedere regole stringenti per ridurre l'emissione di sostanze inquinanti, perché non è possibile affrontare il cambiamento senza prevedere una politica di limitazione della produzione di gas serra. Nella *dissenting opinion* sottoscritta anche dai giudici Breyer e Sotomayor, si legge che le deleghe effettuate dal Congresso a favore delle agenzie amministrative hanno contribuito a costruire una Nazione moderna, introducendo innovazioni a favore dei diritti e della sicurezza dei cittadini non sempre e necessariamente attraverso atti legislativi bensì grazie all'intervento delle autorità amministrative che hanno dato realizzato gli obiettivi politici

¹⁶ *West Virginia v. EPA*, 577 U.S. 1126 (2016)

¹⁷ Per una ricostruzione dei fatti che hanno dato origine alla vicenda si v. G. Grasso, *Respectfully I dissent*, cit., 2

¹⁸ Si ricorda che tra le prime decisioni assunte dal Presidente Biden, a soli 30 giorni dall'insediamento, vi è la rinnovata adesione al Trattato sul clima di Parigi, dopo il ritiro dall'accordo da parte dell'amministrazione Trump. L'agenda politica del Presidente Biden in materia ambientale, con particolare riferimento al cambiamento climatico è sintetizzata in *Climate Change Regulatory Actions and Initiative*, in <https://www.epa.gov/climate-change/climate-change-regulatory-actions-and-initiatives>

stabiliti dal Parlamento¹⁹. Soprattutto, si ricorda il dovere di rispettare il ruolo del Congresso anche con riguardo alla facoltà di delegare competenze regolatorie funzionali all’attuazione del proprio programma politico²⁰. Invece la Corte, con la sentenza in commento impedisce la limitazione delle emissioni inquinanti disposte da un’ autorità amministrativa su mandato del Congresso, attestandosi in questo modo la competenza ad assumere decisioni dirimenti in materia ambientale e su questo – rispettosamente – i tre giudici

¹⁹ V. Supreme Court of the United States, *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, E. Kagan, dissenting, 597 U.S. (2022), cit., «Over time, the administrative delegations Congress has made have helped to build a modern Nation. Congress wanted fewer workers killed in industrial accidents. It wanted to prevent plane crashes, and reduce the deadliness of car wrecks. It wanted to ensure that consumer products didn’t catch fire. It wanted to stop the routine adulteration of food and improve the safety and efficacy of medications. And it wanted cleaner air and water. If an American could go back in time, she might be astonished by how much progress has occurred in all those areas. It didn’t happen through legislation alone. It happened because Congress gave broad-ranging powers to administrative agencies, and those agencies then filled in—rule by rule by rule—Congress’s policy outlines»

²⁰ Per avvalorare la propria posizione Justice Elena Kagan cita Justice Antonin Scalia, conservatore per antonomasia, «(...) This Court has historically known enough not to get in the way. Maybe the best explanation of why comes from Justice Scalia. See *Mistretta*, 488 U. S., at 415–416 (dissenting opinion). The context was somewhat different. He was responding to an argument that Congress could not constitutionally delegate broad policymaking authority; here, the Court reads a delegation with unwarranted skepticism, and thereby artificially constrains its scope. But Justice Scalia’s reasoning remains on point. He started with the inevitability of delegations: “[S]ome judgments involving policy considerations,” he stated, “must be left to [administrative] officers.” *Id.*, at 415. Then he explained why courts should not try to seriously police those delegations, barring—or, I’ll add, narrowing—some on the ground that they went too far. The scope of delegations, he said, “must be fixed according to common sense and the inherent necessities of the governmental coordination. Since Congress is no less endowed with common sense than we are, and better equipped to inform itself of the necessities of government; and since the factors bearing upon those necessities are both multifarious and (in the nonpartisan sense) highly political . . . it is small wonder that we have almost never felt qualified to second-guess Congress regarding the permissible degree of policy judgment that can be left to those executing or applying the law. » *Id.*, at 416, e afferma che «In short, when it comes to delegations, there are good reasons for Congress (within extremely broad limits) to get to call the shots. Congress knows about how government works in ways courts don’t. More specifically, Congress knows what mix of legislative and administrative action conduces to good policy. Courts should be modest. Today, the Court is not. Section 111, most naturally read, authorizes EPA to develop the Clean Power Plan—in other words, to decide that generation shifting is the “best system of emission reduction” for power plants churning out carbon dioxide. Evaluating systems of emission reduction is what EPA does. And nothing in the rest of the Clean Air Act, or any other statute, suggests that Congress did not mean for the delegation it wrote to go as far as the text says. In rewriting that text, the Court substitutes its own ideas about delegations for Congress’s. And that means the Court substitutes its own ideas about policymaking for Congress’s. The Court will not allow the Clean Air Act to work as Congress instructed. The Court, rather than Congress, will decide how much regulation is too much. The subject matter of the regulation here makes the Court’s intervention all the more troubling. Whatever else this Court may know about, it does not have a clue about how to address climate change. And let’s say the obvious: The stakes here are high»

progressisti dissentono²¹. La *dissenting opinion* critica anche il fatto che la Corte abbia accettato di pronunciarsi e di non negare il certiorari su un caso che, come si è detto, riguarda la legittimità di norme non in vigore e dunque prive di effettività. Peraltro, osserva Kagan nel dissentire, nell'opinione di maggioranza non viene dimostrato che il CPP sia in contrasto con il piano definito dal Congresso.

La domanda (retorica?) è quanto questa sentenza – insieme alle altre citate in premessa – manifesti una volontà di contrasto o disturbo dell'indirizzo stabilito in sede politica. Ci troviamo di fronte a una fisiologica dinamica relazionale tra giudice/creatore di norme che interagisce in un sistema di Common Law con i rappresentanti politici? A prescindere dalla sensibilità personale rispetto all'oggetto della decisione, convince la lettura dell'intervento della Corte Suprema sulla strategia politica federale statunitense in materia ambientale in termini di messaggio politico, da contestualizzare in associazione a pronunce quasi coeve su diritti e temi etici.

Ma in un sistema a Costituzione scritta, fortemente ibridato, in cui la *statutory law* ha acquisito nel tempo un ruolo sempre più pregnante, gli organi rappresentativi assumono un ruolo chiave che dovrebbe essere rivendicato sia in ambito federale che a livello statale.

Ciò che conta e garantisce la regolarità della dinamica tra poteri in un modello di Common Law non è solo il grado di incidenza che di fatto una sentenza esercita su posizioni assunte in sede politica, bensì i presupposti tecnici e sostanziali che stanno alla base della pronuncia giudiziaria.

Senza necessariamente influire sul processo di giudizio terzo e imparziale, il meccanismo di formazione della Corte Suprema statunitense, al pari dei sistemi di reclutamento dei giudici vigente negli Stati Uniti e in generale negli ordinamenti di Common Law, non consente di trascurare il patrimonio valoriale individuale che ciascun giudice porta con sé e che deve essere contenuto negli argini di un'attività giurisdizionale. Sebbene, insomma, sia inevitabile che una Corte a maggioranza conservatrice o liberale mostri un favor o una criticità tendenziale nei confronti di temi eticamente sensibili o associati a una particolare visione politica, questo elemento non deve mai prevalere sul dato tecnico, nemmeno in un contesto che privilegia il profilo creativo del formante giurisprudenziale.

Questo naturalmente vale sempre, anche quando decisioni politicamente orientate propendano per visioni più affini a quelle personali, mentre pare – ma non si vuole peccare in malizia – che si applichi un parametro di giudizio più severo allorché le sentenze incidano negativamente su politiche giudicate “buone”, anche in materia ambientale.

Occorre insomma evitare che tra l'attore giurisprudenziale e il decisore politico si produca una dinamica assimilabile – con le dovute distinzioni, il paragone è volutamente provocatorio e necessariamente forzato – a un *divided government*, per cui poteri rappresentativi di visioni politiche diverse

²¹ v. *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, E. Kagan, dissenting, 597 U.S. (2022), «Yet the Court today prevents congressionally authorized agency action to curb power plants' carbon dioxide emissions. The Court appoints itself—instead of Congress or the expert agency—the decisionmaker on climate policy. I cannot think of many things more frightening. Respectfully, I dissent»

si trovino a convivere e operare in una inevitabile contrapposizione. Eppure, la pronuncia *West Virginia v. EPA*, al pari delle altre menzionate, pare riprodurre proprio una situazione in cui la Corte a maggioranza conservatrice, con decisioni fondate su elementi tecnici in realtà invia segnali forti di contrapposizione rispetto all'indirizzo politico di un'amministrazione di colore diverso, riproducendo in un certo qual modo proprio una situazione di "governo diviso".

Per quanto riguarda, nel merito, la posizione degli Stati Uniti rispetto alle sfide della tutela ambientale si registra con interesse l'impatto esercitato dalla sentenza *West Virginia* sulle aziende interessate e sull'opinione pubblica in generale. Se infatti, parte delle industrie produttrici di emissioni inquinanti - alcune delle quali direttamente coinvolte nel procedimento - hanno gioito dell'esito della causa, un certo sconcerto si è registrato tra chi aveva già considerato la disponibilità ad adattare gli impianti di ricezione elettrica a una rete (*grid*) idonea a immagazzinare in maniera più efficiente l'energia rinnovabile in eccesso creata dalle sempre più numerose strutture eoliche, idriche o solari. Peraltro, lo sviluppo del settore della energia alternativa ha creato un indotto considerevole e al momento non è possibile quantificare l'impatto economico della sentenza sul territorio²². D'altronde gli effetti del cambiamento climatico e le conseguenze dei comportamenti umani sulla integrità ambientale sono sempre più condivisi e una larga fascia di popolazione ritiene utile e necessaria la diminuzione delle emissioni al fine di salvaguardare la salubrità dell'ambiente. Gli obiettivi confermati dall'amministrazione Biden (ridurre del 50 per cento le emissioni entro il 2030 e azzerarle entro il 2035) erano stati recepiti e in un certo senso metabolizzati da molte aziende che avevano stanziato fondi consistenti indirizzati all'adeguamento dei mezzi di produzione, incentivate anche dal conflitto in Ucraina che ha fatto lievitare i costi dei carburanti fossili spingendo anche i soggetti meno propensi a una riconversione ecosostenibile a investire in questo senso. Alla luce di tutto ciò può risultare sorprendente il distacco che la Corte Suprema pare mostrare rispetto alla situazione contingente che rispetto alla necessità di pronto adeguamento delle politiche ambientali - accentuata e resa impellente dagli effetti del riscaldamento globale, dalle conseguenze della guerra, dalla siccità - richiama l'attenzione preoccupata dell'opinione pubblica e raccoglie la disponibilità di aziende pronte ad adeguarsi, con il sostegno di misure specifiche. A prevalere, nella sentenza *West Virginia v. EPA* è la sollecitudine di impronta conservatrice alla riaffermazione di una forte autonomia statale, alimentata dal sospetto nei confronti del potere federale interpretato non come partner di un rapporto di leale collaborazione bensì quasi come un competitor, in una concezione di radicale federalismo competitivo. In questo frangente si registra una forte asimmetria in ambito statale, come dimostra l'impegno di aziende attive in Stati tradizionalmente più sensibili alla questione ambientale e avanzati dal punto di vista della transizione ecologica. Rileva, per esempio, la dichiarazione dell'amministratore delegato della *Edison International* il quale ha confermato l'intenzione di tenere fermo l'obiettivo di zero emissioni inquinanti secondo la tabella di marcia stabilita dal Presidente

²² Cfr. M. Platero, *cit.*

Biden²³. Anche l'*American Petroleum Institute*, in aderenza alla crescente attenzione globale e interna alla causa ambientale ha definito un piano di azione volto alla progressiva e sistematica riduzione delle emissioni inquinanti²⁴ e chissà se la pronuncia della Corte Suprema segnerà una inversione di tendenza, tenendo conto che Biden ha già annunciato un piano di proposte di legge da proporre al Congresso con il fine di superare la sentenza *West Virginia*.

Allo stato dei fatti, il rilievo della pronuncia è destinato a esercitarsi soprattutto con riguardo al livello statale e la portata dell'impatto dipenderà dai giudici locali nelle more dell'esame parlamentare di norme in materia ambientale che l'amministrazione in carica pare determinata a portare avanti. L'aspetto su cui concentrare la riflessione riguarda le conseguenze politiche dell'orientamento della Corte rispetto all'indirizzo generale su un tema cruciale nell'agenda di azione globale. Si segnala a questo proposito, ancora una volta, l'opinione dissenziente di Elena Kagan che denuncia un utilizzo strumentale e selettivo della dottrina originalista da parte della maggioranza conservatrice della Corte che «è testualista solo quando le conviene. Quando questo metodo interpretativo frustrerebbe i suoi più ampi obiettivi, canoni particolari come la *major question doctrine* appaiono come per magia, quali vie per sconfessare il testo (*as get-out-of-text-free cards*)»²⁵. Gli «obiettivi più ampi» in questo caso sembrano essere rappresentati dalla intenzione di limitare la sfera di influenza delle autorità amministrative, impedendo di mettere in pratica azioni importanti e strumentali all'attuazione della linea dettata dal Congresso²⁶. Tale azione è censurata perché considerata di intralcio rispetto agli interessi economici delle aziende e dell'autonomia degli Stati all'interno dei quali le imprese operano²⁷. Il

²³ V. P. J. Pizarro, *California's road map to net-zero can be a blueprint for other regions*, in World Economic Forum, June 2022, in <https://www.weforum.org/agenda/2022/06/california-road-map-net-zero>

²⁴ V. American Petroleum Institute, *Climate Action Framework*, 2022, il documento è reperibile al sito <https://www.api.org/-/media/Files/EHS/climate-change/2021/api-climate-action-framework.pdf?la=en&hash=E6BB3FA3013B52153E10D3E66C52616E00411D20>

²⁵ *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, E. Kagan, dissenting, 597 U.S. (2022), «announces the arrival of the “major questions doctrine,” which replaces normal text-in-context statutory interpretation with some tougher-to-satisfy set of rules. Ante, at 16– 31»; «III (...) some years ago, I remarked that “[w]e’re all textualists now.” Harvard Law School, The Antonin Scalia Lecture Series: A Dialogue with Justice Elena Kagan on the Reading of Statutes (Nov. 25, 2015). It seems I was wrong. The current Court is textualist only when being so suits it. When that method would frustrate broader goals, special canons like the “major questions doctrine” magically appear as getout-of-text-free cards»

²⁶ *West Virginia et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, E. Kagan, dissenting, 597 U.S. (2022), «Today, one of those broader goals makes itself clear: Prevent agencies from doing important work, even though that is what Congress directed. That anti-administrative-state stance shows up in the majority opinion, and it suffuses the concurrence. See ante, at 19, 25–26; e.g., ante, at 3–6 (Gorsuch, J., concurring).

²⁷ La “diffidenza” rispetto alle autorità amministrative, concepite come pericolose per la libertà di impresa, è risalente nel tempo, come si evince dalla lettura di un memorandum del 1971 rivolto alla U.S. Chamber of Commerce, redatto da Lewis F. Powell Jr. che di lì a poco sarebbe stato nominato giudice della Corte Suprema dal presidente Nixon, v. L. F. Powell JR., *Attack on American Free Enterprise System, Snail Darter Documents*. 79,

pensiero va a sentenze come *Lochner v. New York*²⁸, in cui la composizione della Corte risultò determinante nel dettare una linea radicalmente favorevole alla libertà di impresa, tanto da mettere in discussione il bilanciamento con altre libertà individuali.

La preoccupazione è, sostanzialmente, che i criteri alla base delle decisioni della Corte siano di natura meramente politica e che si privilegi l'esigenza di far prevalere una visione di parte rispetto all'interesse collettivo tutelato dalla Costituzione²⁹.

3. Corti di Common Law e formante legislativo tra diritto interno, sovranazionale e internazionale: il caso del Regno Unito

Per una riflessione sulla dinamica tra formante giurisprudenziale e legislativo in un sistema di Common Law, nel rapporto tra fonti interne e ultranazionali, il caso del Regno Unito risulta particolarmente rappresentativo. La patria del Common Law presenta infatti una evoluzione giuridica che consente di considerare una linea di sviluppo segnata dalla lunga esperienza nell'ambito dell'Unione europea – interrotta magari in via non irreversibile da Brexit – dall'inserimento nel circuito della CEDU e dall'adesione ai principali atti internazionali in materia ambientale tra cui, da ultimo, il Trattato di Parigi³⁰. Ci si servirà dunque dell'esempio britannico per delineare considerazioni di portata più generale, applicabili anche ad altri

https://lawdigitalcommons.bc.edu/darter_materials/79. Questa linea di pensiero è stata «sostenuta da élites economicamente potenti, che finanziarono organizzazioni conservatrici come l'American Enterprise Institute o la Heritage Foundation, allo scopo di creare un'opinione pubblica sfavorevole alle agenzie di regolamentazione. Il movimento anti autorità amministrative fu poi appoggiato con forza da personaggi come i fratelli Koch, finché - al tempo della presidenza Trump - la Federalist Society si è addirittura assicurata che i giudici da lui nominati fossero allineati a quelle posizioni», così E. Grande, *Le recenti sentenze della Corte Suprema statunitense su armi, aborto e clima: una sfida alla sua sopravvivenza?*, in *Questione Giustizia*, 7 luglio 2022, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/scotus-armi-aborto-clima>

²⁸V. *Lochner v. New York* del 1905 (198 U.S. 45); v. P. Kens, *Lochner v. New York: Economic Regulation on Trial*, University Press of Kansas, Lawrence, 2005; Cfr. A. Ridolfi, *Una rilettura di Lochner v. New York ad oltre un secolo di distanza*, in *Diritti Comparati*, 30 agosto 2010, <https://www.diritticomparati.it/una-rilettura-di-lochner-v-new-york-ad-oltre-un-secolo-di-distanza/>

²⁹ Tra la ricchissima letteratura in materia, in merito al peso politico e al ruolo delicato della Corte Suprema nell'assetto dei poteri degli Stati Uniti, ci si limita a citare A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of politics*, Yale University Press, New Haven, 1962; R. H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, The Free Press, New York, 1990; C. L. Eisgruber, *Dred Again: Originalism's Forgotten Past*, 10 Const. Comm. 37, 41, 1993

³⁰ V. E. Imparato, *Il rapporto tra fonti interne ed europee nel British context: luci e ombre nella sovereignty of Parliament nella visione inglese e alcune note di comparazione con il caso italiano*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2015; A. Torre, *L'attuazione del diritto comunitario nel Regno Unito e la questione della sovranità parlamentare*, in G. Floridia, R. Orrù (a cura), *Meccanismi e tecniche di normazione fra livello comunitario e livello nazionale e subnazionale*, Giappichelli, Torino, 2007, 139

contesti di Common Law. Nel Regno Unito il formante giurisprudenziale assume tipicamente un ruolo prevalente anche nell'evoluzione della disciplina ambientale e l'assenza di una Costituzione unidocumentale³¹ è alla base del modello di approccio alla materia³². Ciò non esclude, attenzione, la presenza di riferimenti importanti nel corpus sempre più significativo della *statutory law*, oltre alle indicazioni individuabili nella Costituzione materiale. Rilevante anche l'efficacia dei principi dell'Unione europea e dal diritto Ue che, fino alla frattura determinata dalla Brexit, costituivano un parametro importante³³. Ancora, da non trascurare sono le garanzie, anche in materia ambientale, che hanno trovato riconoscimento nel Paese tramite la CEDU, che si è rivelata nel tempo attrice di primo piano nel campo della protezione ambientale, anche in assenza di una espressa disciplina nazionale³⁴.

Con riguardo al diritto ambientale, caratteristica significativa del sistema è l'impostazione fondata sui *remedies* di Common Law, ai quali nel tempo si sono associati strumenti originali, costituiti in ragione della specificità della materia e previsti da norme ad hoc, che hanno determinato un regime di tutela amministrativo³⁵ che nel tempo si è aggiunto agli strumenti di natura privatistica che non sono superati. Significativi sono anche alcuni atti normativi che, a partire dall'*Environmental Protection Act* del 1990 non si soffermano sui principi ma contengono disciplina di dettaglio e settoriale, componendo un sistema articolato di *Statutes, Delegated legislation, Statutory Instruments; Government Policies e Planning* che formano l'insieme di regole del diritto ambientale britannico. Una menzione particolare meritano i piani nazionali che stabiliscono le linee guida nei diversi ambiti del diritto ambientale e vincolano anche gli enti locali, manifestando l'impronta centralistica del sistema britannico di tutela dell'ambiente³⁶. A livello governativo è attivo il *Department for Environment, Food and Rural Affairs*, responsabile tra l'altro per l'emanazione delle linee guida, che si affianca alla

³¹ Sul concetto di Costituzione "non scritta" si v. A. Torre, *Regno Unito*, Il Mulino, Bologna 2013

³² Come evidenziato in dottrina la tendenza nei paesi di Common Law non è quella di enunciare principi generali astratti, mirando essi soprattutto alla protezione delle libertà individuali; per altro verso, molto importante è il ruolo della giurisprudenza, anche in forza dell'uso dell'istituto del precedente, che concretamente dà rilievo a quell'istanza di tutela delle posizioni individuali. Ciò si riflette anche nella struttura dei testi accademici, che, al solito, partono normalmente dalla considerazione dei principali cases e dall'esame di problemi concreti, v. G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Cedam, Padova, 2002, 103; v. anche F. Fracchia, *Il diritto ambientale comparato*, in *Federalismi*, n. 7, 2017, 8; v.

³³ Cfr. E. Imparato, *Il rapporto tra fonti interne ed europee nel British Context*, cit.

³⁴ Cfr. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2010, 13 ss.

³⁵ Ci si riferisce in particolare alla disciplina di cui all'*Environmental Protection Act* e allo *Statutory Nuisance* che disciplina la possibilità di interventi amministrativi ex post, con l'azione che si attiva in primis di fronte all'autorità amministrativa, così F. Fracchia, *Il diritto ambientale comparato*, in *Federalismi.it*, 5 aprile 2017, 9

³⁶ Ci sono alcuni enti attivi in ambito territoriale, tra cui per esempio la *Scottish Environment Protection Agency* ma il sistema resta sostanzialmente verticistico e centralizzato a livello nazionale, v. F. Fracchia, *Il diritto ambientale comparato*, cit., 10

Environment Agency (EA)³⁷, che oltre a funzioni squisitamente tecniche ha anche potere decisionale.

Sotto il profilo dell'azione giudiziaria si segnala l'*Environmental Tribunal*, che nel tempo si è rivelata una sede importante nell'attuazione dei piani di protezione ambientale. Nel considerare la complessità dei formanti in materia ambientale, nel Regno Unito non si può omettere di dare atto della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani che si è pronunciata su casi che hanno segnato l'evoluzione del modello di tutela ambientale negli Stati membri del Consiglio europeo³⁸.

Come anticipato in premessa, per descrivere l'influenza del formante giurisprudenziale in materia ambientale, più che ragionare in generale e in via di principio, si ritiene utile adottare un approccio concreto che dal caso specifico consenta di evincere considerazioni di sistema. Si presta a questo fine un caso complesso e interessante trattato dalla Corte Suprema del Regno Unito, che si propone in questa sede per una riflessione di merito e di contesto. Oggetto della controversia è la proposta di espansione dell'aeroporto di London Heathrow con la costruzione di una ulteriore pista. Si consideri che il sito su cui è stato costruito l'aeroporto – originariamente destinato alla coltivazione ortofrutticola – è stato acquisito nel 1946 facendo ricorso al regime emergenziale in vigore durante la guerra e la procedura è stata contestata fin da subito, dando vita a una lunga vertenza giudiziaria³⁹. I piani per la costruzione di una terza pista risalgono nel tempo e sono stati infine acquisiti per essere valutati e attuati nel 2012 dall'allora primo

³⁷ L'*Environment Agency* è prevista dalla section 5 dell'Environment Act, 1995, il testo completo è reperibile al sito <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/25/contents>

³⁸ Si cita, per tutti, il caso *Hatton v. Regno Unito*, deciso dalla grande Camera l'8 luglio 2003. Nello specifico, i ricorrenti lamentavano di essere stati costretti a vivere in un contesto inquinato dai rifiuti abbandonati per le strade e la Corte ha riscontrato un nesso di causalità tra il degrado ambientale lamentato e il deterioramento della qualità di vita degli interessati che avrebbero subito una lesione al loro diritto al rispetto della vita privata e del domicilio. Il diritto a vivere in un ambiente salubre è stato riconosciuto pur in assenza di un riferimento esplicito nel testo della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, attribuibile secondo i giudici Costa, Ress, Turmen, Zupančič e Sterner al momento storico in cui l'atto è stato approvato, dal momento che negli anni Cinquanta del '900 nella coscienza collettiva non era ancora emersa la consapevolezza dei diritti ambientali. La situazione si è evoluta nel tempo e il riconoscimento del valore dell'integrità dell'ambiente nell'ambito dei diritti fondamentali tutelati dalla Cedu è avvenuto da una parte considerando la tutela ambientale come limite legittimo alla espansione del diritto di proprietà (v. la sentenza della CEDU nel caso *Hamer c. Belgio* del 2007) e in altro verso ritenendo l'ambiente sano come parte integrante il diritto al domicilio e alla vita privata e familiare (diritti riconosciuti rispettivamente dagli articoli 8 e 2 della Cedu); v. P. Fimiani, *Inquinamento ambientale e diritti umani*, in *Questione Giustizia*, 2021, https://www.questionegiustizia.it/speciale/articolo/inquinamento-ambientale-e-diritti-umani_81.php ; A. Galanti, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla tutela dell'ambiente: approdi, prospettive e portata precettiva*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente online*, aprile 2022, <https://rgaonline.it/article/la-giurisprudenza-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo-sulla-tutela-dellambiente-approdi-prospettive-e-portata-precettiva/>

³⁹ Per una ricostruzione della vertenza giudiziaria relativa alla costruzione dell'aeroporto di Heathrow si v. P. Sherwood, *Heathrow: 2000 Years of History*, in *The History Press*, 2009, 87 ss.

ministro David Cameron, che costituì una commissione apposita, la *Airports Commission*⁴⁰. A seguito di un voto in seno alla Camera⁴¹, nel 2018, la costruzione della *third runway* entrò ufficialmente a fare parte dell'agenda politica nazionale. L'autorizzazione alla costruzione della nuova pista, firmata dall'allora ministro dei trasporti Chris Grayling, fu prontamente impugnata⁴². Nel febbraio 2020 la *Court of Appeal of England and Wales* si pronunciò sul caso⁴³ che, nello specifico, aveva per oggetto la contestazione della estensione dell'aeroporto alla luce dell'art. 13 dello UK Planning Act, 2008⁴⁴. La decisione assume un peso particolare perché rappresenta la prima

⁴⁰ La *Airports Commission* istituita da David Cameron nel 2012 era guidata da Howard Davies (McKinsey, Bank of England, LSE, Man Booker Prize and so on) ed elaborò due rapporti, nel 2013 e nel 2015, in cui si raccomandava la costruzione di una «north-west third runway option a Heathrow»; per un'approfondimento delle funzioni della Commissione si v. <https://www.gov.uk/government/organisations/airports-commission/about#responsibilities> consultato nel luglio 2022; Il testo del rapporto finale sulla costruzione della terza pista di Heathrow, stilato dalla Airports Commission nel 2015 è reperibile al link <https://www.gov.uk/government/news/airports-commission-releases-final-report>

⁴¹ v. House of Commons Debate, 25 June 2018, Vol 643, col 649, in <https://hansard.parliament.uk/Commons/2018-06-25>

⁴² La *Judicial Review* contro l'autorizzazione governativa che aveva dato il via libera alla costruzione della nuova pista di Heathrow è stata presentata da Greenpeace UK insieme con le amministrazioni locali di Hillingdon, Wandsworth, Hammersmith and Fulham, Richmond upon Thames e Windsor and Maidenhead councils e al sindaco di Londra, Friends of the Earth e Plan B

⁴³ UK Court of Appeal, *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport* [2020] EWCA Civ 214

⁴⁴ V. *Uk Planning Act*, 2008, section 13: «Legal challenges relating to national policy statements

(1)A court may entertain proceedings for questioning a national policy statement or anything done, or omitted to be done, by the Secretary of State in the course of preparing such a statement only if—(a)the proceedings are brought by a claim for judicial review, and(b)the claim form is filed [before the end of] the period of 6 weeks beginning with [the day after] —(i)the day on which the statement is designated as a national policy statement for the purposes of this Act, or(ii)(if later) the day on which the statement is published. (2)A court may entertain proceedings for questioning a decision of the Secretary of State not to carry out a review of all or part of a national policy statement only if—(a)the proceedings are brought by a claim for judicial review, and(b)the claim form is filed [before the end of] the period of 6 weeks beginning with [the day after] the day of the decision not to carry out the review.(3)A court may entertain proceedings for questioning a decision of the Secretary of State to carry out a review of all or part of a national policy statement only if—(a)the proceedings are brought by a claim for judicial review, and b)the claim form is filed [before the end of] the period of 6 weeks beginning with [the day after] the day on which the Secretary of State complies with section 6(5) in relation to the review concerned. (4)A court may entertain proceedings for questioning anything done, or omitted to be done, by the Secretary of State in the course of carrying out a review of all or part of a national policy statement only if—

(a)the proceedings are brought by a claim for judicial review, and (b)the claim form is filed [before the end of] the period of 6 weeks beginning with [the day after] the day on which the Secretary of State complies with section 6(5) in relation to the review concerned. (5)A court may entertain proceedings for questioning anything done by the Secretary of State under section 6(5) after completing a review of all or part of a national policy statement only if—(a)the proceedings are brought by a claim for judicial review,

pronuncia emessa da una Corte nazionale in cui entra in gioco l'art. 2 dell'Accordo di Parigi⁴⁵ sui cambiamenti climatici ed è letta dunque con grande interesse perché segna il passo per l'orientamento dei tribunali domestici in materia⁴⁶. Secondo quanto sostenuto nel ricorso, alla luce del Planning Act 2008⁴⁷, la scelta di dare il via libera a operazioni come l'ampliamento di un aeroporto deve essere accuratamente argomentata e, in particolare, deve essere corredata da una valutazione tecnica che illustri come l'operazione sia conforme con la politica governativa sull'impatto ambientale. I ricorrenti precisano che attraverso *Ministerial Statements* il governo aveva dichiarato pubblicamente la determinazione a mettere in atto l'impegno contenuto dall'Accordo di Parigi che prevede l'introduzione nel diritto interno di misure volte ad azzerare le emissioni inquinanti⁴⁸. Secondo i ricorrenti i target di cui all'art. 2 del Trattato di Parigi, avvalorati dalle dichiarazioni ministeriali, avrebbero dovuto costituire parametro per la determinazione della scelta del governo di dare avvio ai lavori per l'infrastruttura. Secondo la Corte di Appello, il Governo aveva sbagliato a non considerare l'Accordo di Parigi, omettendo di menzionare esplicitamente i vincoli assunti nelle relazioni di valutazione di impatto ambientale. Attenzione, i giudici sono stati chiari nell'affermare che non sussisteva in capo al Segretario di Stato un obbligo giuridico ad agire in coerenza con una particolare linea di indirizzo, sebbene dichiarata pubblicamente come politica prioritaria, assunta in ottemperanza a un

and (b)the claim form is filed before the end of] the period of 6 weeks beginning with the day after] the day on which the thing concerned is done. (6)A court may entertain proceedings for questioning a decision of the Secretary of State as to whether or not to suspend the operation of all or part of a national policy statement under section 11 only if—(a)the proceedings are brought by a claim for judicial review, and(b)the claim form is filed before the end of] the period of 6 weeks beginning with the day after] the day of the decision.

⁴⁵ In particolare sull'articolo 2 dell'Accordo di Parigi si v. N. Singh Ghaleigh, *Paris Agreement, Article 2: Aims, Objectives and Principles* in G. Van Calster and L. Reins (eds), *Research Handbook on Climate Change Mitigation*, Edward Elgar 2021, Chentelham, 73 ss

⁴⁶ V. Si ricorda che l'Accordo di Parigi è stato ratificato dal Regno Unito nel 2016 ma resta *unincorporated*, così che gli obblighi ivi imposti al governo non hanno effetti diretti nel diritto interno, v. N. Singh Ghaleigh, *Climate Constitutionalism of the UK Supreme Court*, in *Journal of Environmental Law*, 2021, 33, 442; cfr. JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry, 1990, 2 AC 418, Plan B Earth (n 5), 192, 230.

⁴⁷ *Uk Planning Act*, 2008, section 5(8): «National Policy Statements – (8) The policy set out in a national policy statement may in particular—(a)set out, in relation to a specified description of development, the amount, type or size of development of that description which is appropriate nationally or for a specified area; (b)set out criteria to be applied in deciding whether a location is suitable (or potentially suitable) for a specified description of development; (c)set out the relative weight to be given to specified criteria; (d)identify one or more locations as suitable (or potentially suitable) or unsuitable for a specified description of development; (e)identify one or more statutory undertakers as appropriate persons to carry out a specified description of development; (f)set out circumstances in which it is appropriate for a specified type of action to be taken to mitigate the impact of a specified description of development.

⁴⁸ V. *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport* [2020] EWCA Civ, 72

accordo internazionale⁴⁹. Tuttavia, secondo quanto prescritto dalla normativa vigente, la policy alla base della scelta operata deve essere spiegata e occorre precisare il motivo sottostante la decisione di procedere per costruire una grande opera infrastrutturale, mentre ciò non è avvenuto nel caso di specie⁵⁰. Il giudice di secondo grado diede poi ragione ai ricorrenti nel ritenere che l'Accordo di Parigi costituisse parte integrante la politica ambientale del governo, esplicitata pubblicamente e sancita dalla ratifica ufficiale del Trattato nel novembre 2016⁵¹. Alla luce di ciò la *Court of Appeal* affermò che la decisione di costruire la pista, emessa dall'allora ministro Grayling, risultasse in contrasto con gli impegni presi dal governo in ambito ambientale. La sentenza suscitò un certo clamore⁵² e il governo decise di non impugnarla⁵³. La società proprietaria dell'aeroporto (Heathrow Airport Ltd (HAL)) ha chiamato però in causa la Corte Suprema che si è pronunciata nel merito, ribaltando la decisione di appello.

La sentenza della Supreme Court risulta di grande interesse non solo per le conclusioni e le argomentazioni di merito ma anche dal punto di vista strutturale e metodologico. La prima parte della decisione è dedicata a un'accurata disamina del quadro normativo, in particolare del *Climate Change Act, 2008* (CCA) e degli atti amministrativi rilevanti⁵⁴. Viene dunque ripercorso il processo di implementazione dell'Accordo di Parigi: ratifica, *Nationally Determined Contribution*,⁵⁵ dichiarazioni ministeriali, dibattiti parlamentari e rapporti del *Climate Change Committee* con le relative risposte da parte del governo. La ricostruzione effettuata nella sentenza richiama

⁴⁹ *ibidem*, 231

⁵⁰ *Ibidem*, 226

⁵¹ Nella sentenza la Corte fece riferimento in questo senso alle dichiarazioni pronunciate in via ufficiale da Ministri del Governo, v. *ibidem*, 228

⁵² Significative le dichiarazioni rilasciate dal direttore esecutivo di Greenpeace UK, John Sauven, dopo aver letto la sentenza della Court of Appeal: «The court has decided that the Airports National Policy Statement is fatally undermined by ignoring climate commitments, but we still need the government to permanently ground Heathrow's expansion plans. The third runway is already on its knees over costs, noise, air pollution, habitat loss and lack of access, and now Heathrow Ltd has yet another impossibly high hurdle to clear. No amount of spin from Heathrow's PR machine can obscure the carbon logic of a new runway. Their plans would pollute as much as a small country. Boris Johnson should now put Heathrow out of its misery and cancel the third runway once and for all. No ifs, no buts, no lies, no u-turns», v. Stefano Gelmini, *Court of Appeal clips Heathrow's wings as third runway forced into climate emergency landing*, in [greenpeace.org.uk](https://www.greenpeace.org.uk), <https://www.greenpeace.org.uk/news/court-of-appeal-clips-heathrows-wings-as-third-runway-forced-into-climate-emergency-landing/>

⁵³ Si ricorda che Boris Johnson, che nel frattempo era diventato Capo del Governo, era tra i più risoluti oppositori all'ampliamento di Heathrow, cfr. BBC News, *Boris Johnson to Fight Bigger Heathrow But Will Not Resign*, 15 May 2015, in www.bbc.co.uk/news/uk-politics-32703425

⁵⁴ *V. R (Friends of the Earth) & another v Heathrow Airport Ltd* [2020] UKSC 52 ('FOE'), 20; 21-24; 25-47; 72-98

⁵⁵ *V. The UK'S Nationally Determined Contribution to the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*, <https://www.gov.uk/government/publications/the-uks-nationally-determined-contribution-communication-to-the-unfccc#:~:text=On%2012%20December%202020%2C%20the,2030%2C%20compared%20to%201990%20levels>

l'impegno mostrato dall'apparato politico e amministrativo, in collaborazione con esperti del settore, nel campo della tutela ambientale e nella lotta al cambiamento climatico. Si ricorda che i promotori del ricorso in appello avevano sostenuto che il governo aveva sbagliato a non considerare gli obiettivi stabiliti dall'accordo di Parigi nella determinazione della valutazione di impatto ambientale. Secondo la posizione sposata dalla *Court of Appeal*, infatti, quanto previsto dall'accordo internazionale fa parte del «*relevant national policy framework*» in materia e deve dunque essere considerato. Ma la Corte Suprema non è dello stesso parere e afferma che la definizione di «*government policy*» sia da intendersi in senso stretto come «*formal written statement of established policy*»⁵⁶. Di conseguenza i *Ministerial Statements* attestanti l'impegno del governo al rispetto dell'Accordo di Parigi non rientrano formalmente nella categoria di «politica governativa» ai sensi dell'art. 5 (8) del *Planning Act*, 2008. La Corte ritiene inoltre che il processo che ha portato all'autorizzazione della terza pista sia rispettoso dell'art. 1 del *Climate Change Act* (CCA), che stabilisce che il Segretario di Stato agisca nel costante obiettivo di realizzare uno sviluppo sostenibile, individuando standard di riduzione delle emissioni inquinanti⁵⁷ e imponendo al governo di approntare *carbon budgets*⁵⁸. Inoltre, l'art. 32 del CCA dispone l'istituzione del *Committee on Climate Change*, una agenzia indipendente con funzioni consultive. A parere della Corte in questo contesto, il riferimento ai contenuti dell'Accordo di Parigi è nei fatti e la scelta operata dal Segretario di Stato di non effettuare un richiamo esplicito al trattato non è da stigmatizzare⁵⁹.

Ora, prescindendo dal soffermarsi sul merito della decisione della Corte Suprema, ciò che in questa sede preme evidenziare è la dinamica vivace e tecnicamente suggestiva che la causa giudiziaria qui sommariamente descritta mette in evidenza⁶⁰. La vicenda inerente l'ampliamento dell'aeroporto di Heathrow mette infatti in risalto la complessità di voci e competenze che si confrontano e, in un certo senso, dialogano in una interazione tra decisione politica, dati tecnico-scientifici e determinazioni giudiziarie⁶¹. In questo frangente, la Corte Suprema ha privilegiato la dimensione politica della decisione, valorizzando il profilo della discrezionalità del decisore pubblico che, in un ordinamento democratico, assume la responsabilità delle proprie scelte che sono comunque vincolate al rispetto dei principi costituzionali. In questo senso si registra una

⁵⁶ *R (Friends of the Earth) & another v Heathrow Airport Ltd* [2020], 105-106

⁵⁷ V. *Climate Change Act* (CCA), 2008, section 4, il testo del CCA è reperibile su <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/27/contents>

⁵⁸ V. *ibidem*, sections 2-5

⁵⁹ UK Supreme Court, *R (Friends of the Earth) & another v Heathrow Airport Ltd* [2020], 132; Development Consent Order, 138; 155

⁶⁰ Per una ricostruzione accurata della vicenda giudiziaria relativa alla espansione dell'aeroporto di Heathrow si v. N. Singh Ghaleigh, *Climate Constitutionalism of the UK Supreme Court*, in *Journal of Environmental Law*, 33, 2021, 441 ss.

⁶¹ Sulla dinamica complessa del rapporto tra poteri nelle democrazie costituzionali contemporanee, ex multis, cfr. A. Tomkins, *The Role of the Courts in the Political Constitution*, 60 *The University of Toronto Law Journal*, 2010, 1 ss.; A. Bogg, J. Rowbottom, A. Young (eds), *The Constitution of Social Democracy: Essays in Honour of Keith Ewing*, Hart Publishing, London 2020

valutazione in controtendenza rispetto alla propensione per la *climate change litigation*, che registra progressiva diffusione e consolidamento in diversi ordinamenti (è in questo contesto che si ritiene collocare la proliferazione delle cosiddette *green courts*, organi giurisdizionali ad hoc, chiamati a giudicare controversie in materia ambientale di cui si dirà più avanti)⁶².

Si badi, la decisione della Corte di Appello sul caso Heathrow non prevedeva la netta preclusione alla costruzione di una nuova pista, né affermava che una determinazione governativa a favore di tale opera fosse necessariamente incompatibile con l'azione intrapresa dal Regno Unito, in sede internazionale e interna, per la riduzione delle emissioni inquinanti e il contrasto al cambiamento climatico, nell'alveo dell'Accordo di Parigi. La pronuncia della *Court of Appeal* rileva in questa sede perché contemplava l'opportunità che il Governo potesse considerare la possibilità di rivedere la propria posizione, in coerenza con le determinazioni di politica generale in materia ambientale dichiarate anche con la ratifica dell'Accordo di Parigi⁶³. Si tratta di una raccomandazione rivolta al decisore politico? La Corte Suprema non avvalorava questa posizione e la stigmatizza, ritenendo che si prestasse a ridurre indebitamente la sfera discrezionale del Parlamento e del Governo rispetto alla politica ambientale. Si riafferma insomma la sede di produzione dell'indirizzo politico rispetto al quale i giudici non possono interferire. Il riscontro sull'agenda politica deve essere effettuato da parte della collettività e in particolare dagli elettori che sono tenuti a monitorare la coerenza dell'azione intrapresa in materia ambientale, anche in ambito internazionale, con le scelte operate e agite di conseguenza secondo i canali istituzionali e nelle urne.

L'aspetto più interessante della sentenza della Corte Suprema sul caso della terza pista di Heathrow è che smentisce una certa visione del diritto ambientale inteso come materia prevalentemente giurisprudenziale, destinata a evolversi soprattutto grazie all'azione delle Corti⁶⁴. Il caso del Regno Unito, ben rappresentato dalla vicenda sopra descritta, dimostra che anche nella patria del *Common Law* il formante giurisprudenziale non domina necessariamente ma concorre, nel rispetto della propria sfera di competenza, alla evoluzione del sistema.

4. Giurisdizione ambientale green courts: i casi dell'India, della Nuova Zelanda e dello Stato australiano del New South Wales

Tra gli aspetti maggiormente caratterizzanti il diritto ambientale, nella sua configurazione dinamica e innovativa, spicca il ruolo esercitato dal sistema giurisdizionale nella soluzione di controversie con decisioni che, intervenendo nel merito su casi specifici, contribuiscono a definire schemi

⁶² V. J. Peel, H. M. Osofsky, *Climate Change Litigation*, in *16 Annual Review of Law and Social Science*, 2020, 21 ss.; B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 2, 2021, 287

⁶³ Uk Court of Appeal, *Plan B Earth and Others v. Secretary of State for Transport*, 2020, 285

⁶⁴ In questo senso N. Singh Ghaleigh, *Climate Constitutionalism of the UK Supreme Court*, in *Journal of Environmental Law*, cit., 447

interpretativi e profili applicativi di una legislazione di settore ancora in fase di consolidamento⁶⁵. In questo contesto si colloca la istituzione diffusa nel panorama comparato di *Environmental Courts and Tribunals* (ETC), organi giurisdizionali specializzati in materia ambientale⁶⁶ che nascono e operano in ordinamenti di diversa tradizione giuridica, assumendo caratteri differenti dal punto di vista strutturale e funzionale⁶⁷. Si sposa qui la classificazione operata da Domenico Amirante, il quale suddivide le giurisdizioni che si occupano di ambiente in tre categorie: il primo gruppo comprende i sistemi in cui le questioni ambientali sono affidate ai tribunali ordinari; tipicamente le democrazie occidentali in cui di norma i casi ambientali sono decisi da organi giurisdizionali ordinari competenti in materia civile, penale, amministrativa o costituzionale. Vi sono poi ordinamenti in cui si prevedono sezioni specializzate in materia ambientale operanti però all'interno della struttura giudiziaria ordinaria e infine casi in cui si registra la istituzione ex novo di corti o tribunali "verdi", dediti esclusivamente alle questioni ambientali e diffusi soprattutto nelle democrazie emergenti⁶⁸. Rinviando alla letteratura per un esame approfondito del variegato panorama delle

⁶⁵ V. D. Amirante, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato: il caso del National Green Tribunal of India*, in *DPCE online*, n. 4, 2018, 958, «Un settore rilevante in cui il ruolo innovativo del diritto ambientale ha prodotto risultati molto importanti è quello della soluzione conflitti, attraverso contenziosi ordinari o forme alternative di risoluzione delle controversie (ADR). In particolare, dal momento che la legislazione ambientale soffre ancora nella maggior parte del mondo di problemi di corretta applicazione, l'organizzazione del sistema giurisdizionale, la sua sensibilità ambientale, nonché i sistemi nazionali di accesso alla giustizia, sono diventati problemi cruciali nell'attuazione sia della legislazione ambientale in generale e dei principi di gestione ambientale».

⁶⁶ Nel 2010 nel panorama comparato si contavano circa 360 corti ambientali istituite a partire dal 2005; oggi i tribunali settoriali competenti in materia di ambiente sono più di 1200, attivi in 44 paesi a livello nazionale o territoriale. Si tratta di un numero destinato a crescere dato che in molti paesi si discute di attivare corti ambientali sull'impronta di quelle già esistenti altrove, v. C. Pring, *Environmental Courts and Tribunals: a guide for policy makers*, Nairobi, UN Environment, Law Division, 2016. Gli autori attribuiscono questo incremento sostanzioso e in costante crescita a fattori diversi tra i quali spiccano lo sviluppo di nuove leggi e principi ambientali internazionali e nazionali; il riconoscimento del legame tra diritti umani e protezione ambientale, la minaccia del cambiamento climatico e l'insoddisfazione generale nei confronti dei forum giudiziari generali esistenti, v. *ibidem*, IV

⁶⁷ Cfr. R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale*, op. cit., 93, «Le corti e i tribunali ambientali sorti nel corso dell'ultimo trentennio si fanno spazio in ambienti giudiziari diversi e devono far accettare la preminenza di tematiche oggettivamente nuove da parte di istituzioni giudiziarie concorrenti già insediate da secoli, valorizzando il loro approccio sistemico alla materia e l'elevata interdisciplinarietà scientifica, in contrasto con la tradizionale segmentazione delle competenze giudiziarie e con la stringente giuridicità dei concetti utilizzati in quella sede»

⁶⁸ V. D. Amirante, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato*, op. cit., 931, «i tribunali ambientali presentano diversi vantaggi: rapidità nelle valutazioni, efficienza, giudici addestrati e specializzati, abituati a trattare con esperti del settore. Normalmente questo modello è più facile da applicare alle nuove democrazie basate su costituzioni recenti (o molto riviste), in cui il sistema giuridico può fondarsi sul coinvolgimento strutturale della materia ambientale tra i diritti costituzionali o tra i valori fondamentali»

giurisdizioni ambientali⁶⁹, per i fini del presente contributo si sceglie di soffermarsi su tre casi di corti ambientali, due nazionali e uno costituito a livello statale in un ordinamento federale, operanti in sistemi molto diversi tra loro per storia, tradizione e cultura giuridica ma accomunati dal regime del Common Law e dalla derivazione dall'ex impero britannico che in tutti i casi ha lasciato il segno. Si tratta della *Environmental Court of New Zealand*, del *National Green Tribunal dell'India* e del *Land and Environment Court* dello Stato australiano del *New South Wales*.

In particolare, l'obiettivo che si intende perseguire mettendo a confronto queste realtà è dato dalla individuazione di un ruolo significativo della giurisprudenza delle corti settoriali ambientali di Common Law nel promuovere lo sviluppo della governance ambientale in un'ottica di giustizia sociale che garantisca i diritti anche delle fasce di popolazione più svantaggiate.

La Nuova Zelanda rappresenta in questo senso un modello di successo: l'*Environmental Court of New Zealand* (NZEC) è un organo composto da sette giudici con mandato vitalizio e da quindici commissari tecnicamente qualificati, che restano in carica per cinque anni, con funzioni di consulenza e supporto tecnico, affiancando i componenti togati durante le udienze e nella elaborazione delle sentenze⁷⁰. La Corte si pronuncia in ordine alla sostenibilità ambientale ed è importante sottolineare che le valutazioni assunte tengono conto di aspetti di ordine sociale, tradizionale, etico ed economico che non sempre sono certificati in via documentale⁷¹. Le decisioni devono fondarsi su idee, opinioni e visioni filosofiche proprie delle comunità locali e ciò rende oltremodo delicato e peculiare il compito dei giudici ambientali che devono tenere conto del ricchissimo e variegato patrimonio culturale e tradizionale delle popolazioni Maori in relazione alla natura e all'ambiente in senso lato. Nel tempo l'azione della NZEC è stata oggetto di critiche per giudizi ritenuti di respiro troppo ampio, tali da valicare il confine delle competenze attribuite e incidere indebitamente sul principio di separazione dei poteri. Sono richiami che suonano molto simili a quanto registrato negli Stati Uniti con riguardo alla relazione tra i poteri esecutivo e giudiziario, naturalmente con le dovute distinzioni. Si tratta di un confronto valido solo fino a un certo punto e in linea generale anche perché

⁶⁹ V. R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale*, op. cit.; D. Amirante, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato* op. cit.; N. A. Robinson, *Ensuring Access to Justice through Environmental Courts*, in 29 *Pace Env'tl. L. Rev.*, 2, 2012, 363 ss.

⁷⁰ La disciplina della Environmental Court of New Zealand è originariamente contenuta nel Resource Management Amendment Act, 1991, www.legislation.govt.nz poi emendato dal Resource Management Amendment Act 2013 che ha fatto confluire in questa Corte le funzioni prima attribuite agli *Appeal Boards* (v. *Town and Country Planning Act*, 1953) e al *Planning Tribunal* (*Town and Country Planning Act*, 1973) aggiungendo ulteriori competenze derivanti da *Historic Places Act* 1993, *Electricity Act* 1992 e *Public Transport Management Act* 2008; Le sentenze del NZEC sono appellabili solo in termini di corretta applicazione della legge di fronte all'Alta Corte della Nuova Zelanda, Resource Management Act 1991, § 299

⁷¹ Sulle funzioni, vie di accesso e modus operandi della *Environmental Court* neozelandese si v. C. Warnock, *Reconceptualising the Role of the New Zealand Environment Court*, in *J.E.L.*, 26, 2014, 517; B.C. Birdsong, *Adjudicating Sustainability: New Zealand's Environment Court*, in *Ecology L.Q.*, 27, 2002, 26-38; D. Grinlinton, *Access to Environmental Justice in New Zealand*, in *Acta Juridica*, 80, 1999

in Nuova Zelanda la questione è stata affrontata direttamente dalla Corte Suprema che, con la sentenza del caso noto come King Salmon⁷², ha precisato l'attribuzione delle funzioni spettanti alla NZEC che, in quanto organo giurisdizionale specializzato in materia in materia ambientale, è competente per *adjudicative and legislative fact finding* e non può spingersi a rilievi relativi alla definizione delle politiche. L'intervento giudiziale è stato esplicitamente limitato nell'ambito di politiche predefinite dal governo e in questo modo si sono fissati paletti invalicabili per l'azione della Corte ed evitate pressioni sul potere esecutivo⁷³.

Meno lineare e influenzata dall'assetto istituzionale, culturale e sociale in cui si inserisce è la realtà del *National Green Tribunal* (NGT) indiano⁷⁴. Preme sottolineare che l'azione del National Green Tribunal è volta alla promozione del diritto a un ambiente salubre inteso come parte integrante il diritto alla vita⁷⁵. Ai sensi dell'art. 28 del *National Green Tribunal, 2009* sono ammessi i ricorsi riguardanti the *community at large* (e non singoli individui) e la salute pubblica e il tribunale funziona come organo di giustizia civile e penale, sulla base di regole procedurali improntate sui principi della *Natural Justice*, avendo a disposizione un ampio spettro di strumenti rimediali che vanno dal risarcimento danni, alle sanzioni amministrative fino a misure restrittive della libertà personale⁷⁶.

L'attività del *Green Tribunal* indiano è intensa e l'organo ha conquistato un ruolo cruciale nel sistema di tutela ambientale, attirando l'attenzione degli osservatori internazionali e divenendo punto di riferimento nella zona del sud est dell'Asia. Una criticità evidenziata riguarda l'ampiezza e la genericità del parametro utilizzato dal tribunale con riferimento al danno sostanziale all'ambiente e alla proprietà; l'impatto sulla «*community at large*» oppure il danno «*broadly measurable*» alla salute

⁷² New Zealand Supreme Court, *Environmental Defence Society Incorporated v Marlborough District Council*, 2014.

⁷³ Cfr. R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale*, op. cit., 933; C. Warnock, *Reconceptualising the Role of the New Zealand Environment Court*, op. cit., 517

⁷⁴ In India corti specializzate in materia ambientale erano presenti già dagli anni Novanta nel Novecento, istituite dal National Environment Tribunal Act, 1995 e dal National Environment Appellate Authority Act, 1997, erano state giudicate non efficienti. Perciò si è proceduto alla costituzione del National Green Tribunal, istituito per mezzo del National Green Tribunal Bill, 2009. L'organo è competente a vagliare ricorsi in prima istanza e in appello contro decisioni di autorità amministrative con riguardo alle normative ambientali. L'accesso al contenzioso ambientale è intenzionalmente molto ampio; sono legittimati a ricorrere un esteso numero di soggetti indicati dall'art. 18 del National Environmental Bill, 2009 tra cui vittime di danni ambientali; rappresentanti di persone venute a mancare per ragioni legate all'ambiente, enti e associazioni ambientaliste, Per un'analisi di dettaglio delle funzioni e delle specificità del "tribunale verde" indiano si v. D. Amirante, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato*, op. cit.; R. R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale*, op. cit.; G.N. Gill, *A Green Tribunal for India*, in *J Environmental Law*, 22 (3), 2010, 461ss

⁷⁵ V. Preambolo del National Green Tribunal Bill, 2009; la Costituzione indiana garantisce il diritto alla vita all'art. 21

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 19, 1 *National Green Tribunal Bill, 2009* «*The Tribunal shall not be bound by the procedure laid down under the Code of Civil Procedure, 1908, but shall be guided by principles of natural justice*»

pubblica⁷⁷. Ciò che agli occhi di chi scrive risulta più interessante è il peso che il NGT esercita agendo nel pubblico interesse come strumento di vera e propria promozione sociale. L'art. 18 del *National Green Tribunal Bill*, prevede condizioni di accesso particolarmente ampie, con il fine esplicito di estendere al massimo la possibilità di accedere alla giustizia ambientale. Tale scelta si deve alla volontà di alleviare il carico del contenzioso ambientale che prima della costituzione del NTB gravava quasi interamente sulla Corte Suprema perché attivabile prevalentemente tramite azioni di *public interest litigation* consentite per ricorrere alle High Courts o, appunto, alla Supreme Courts⁷⁸. Si ritiene importante attirare l'attenzione su questo aspetto perché questo tipo di azione processuale agisce nell'interesse pubblico e consente di adire i giudici superiori in caso di violazione di diritti o di atti o azioni del governo ritenuti lesivi, per mezzo di una semplice petizione, presentabile dalla persona che ha subito direttamente il danno ma anche da altri soggetti, sulla base di una casistica molto ampia costruita in via giurisprudenziale secondo lo schema del Common Law⁷⁹. Il valore sociale di questo strumento è stato evidenziato dalla dottrina indiana e, in particolare, da Upendra Baxi che ha coniato la calzante definizione di *Social Action Litigation*, segnalando come la previsione di una sostanziale corsia privilegiata di accesso alle Corti superiori abbia aperto la via per la giustizia alle fasce sociali più disagiate, come dimostrano i dati attestanti il significativo e graduale aumento dei ricordi presentati da soggetti terzi nell'interesse di cittadini appartenenti a categorie svantaggiate anche in virtù del sistema delle caste⁸⁰. Si tratta dell'istituto del *representative standing*, al quale si ricorre spesso in materia ambientale allorché le vittime del deterioramento dell'ambiente o dell'inquinamento appartengono a gruppi sociali svantaggiati. La stessa interpretazione espansiva dell'interesse ad agire ispira il cosiddetto *citizen standing*, noto anche come *standing in cases of executive abuse* invocabile qualora si ritenga di essere vittima di abusi per i quali è responsabile il governo, anche se non direttamente. Qui la capacità di agire è legittimata dal

⁷⁷ R. Louvin, *Le molte vie della giustizia ambientale*, op. cit., 935

⁷⁸ L'estensione così significativa dei soggetti legittimati ad agire tramite una *public action litigation* risulta in contrasto con le rigide regole dell'interesse ad agire determinate dalla common law anglo americana, v. S. Divan, A. Rosencranz, *Environmental Law and Policy in India, Cases, Materials and Statutes*, Oxford, 2001, 120; così D. Amirante, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato*, op. cit., 966, «Si ottiene in tal modo il doppio beneficio di sollevare la suprema giurisdizione da un grosso carico di contenzioso e di garantire alla popolazione una giurisdizione più "vicina" e di più immediato accesso, in quanto il *National Green Tribunal* è organizzato in *benches* (sezioni) in diverse aree dell'India e può anche, in casi particolare recarsi nelle località dove si è originato il contenzioso, organizzando sessioni speciali»; 961, «Questa vera e propria rivoluzione delle regole di accesso alla giustizia è stata motivata dalle Corti superiori con la necessità, in un paese come l'India, di dare voce alle classi sfavorite o portatrici di culture diverse, che non avrebbero altrimenti la possibilità rivolgersi ai giudici. Nelle intenzioni dei giudici essa doveva garantire una estesa «alfabetizzazione giuridica» alle classi popolari indiane, in linea con gli obiettivi costituzionali del sistema giudiziario».

⁷⁹ V. ibidem, 960; per un'analisi approfondita della fattispecie si v. P.M. Bakshi, *Public Interest Litigations*, New Delhi, 1998;

⁸⁰ Così U. Baxi, *Taking suffering seriously: Social Action Litigation in the Supreme Court of India*, in *Third World Legal Studies*, vol. 4, 1985, art. 6, 107 ss

mero fatto di essere cittadino o, in alcune circostanze legate all'accesso a specifici servizi pubblici, anche solo residente in un determinato territorio. Le modalità flessibili di queste azioni giudiziarie, cui si associano costi legali ridotti, ha prestato il fianco alle associazioni ambientaliste che le hanno utilizzate per impugnare atti del governo ritenuti in contrasto con il benessere ambientale dando vita al fenomeno di *judicial activism* che ha portato a risultati importanti con riguardo a opere ad alto impatto ambientale come attività di estrazione mineraria o industriali⁸¹. Si parla di *Public Interest Environmental Litigation* (PIEL) come fattore di influenza sostanziale per la causa ambientale⁸².

Ultimo caso su cui si è scelto di soffermarsi è quello del *Land and Environment Court of New South Wales*, istituito nello Stato australiano nel 1979 e attivo dal 1980. Si tratta del primo organo giurisdizionale specializzato in materia ambientale istituito nel mondo con lo status di *superior court of record* e giurisdizione esclusiva civile e penale in materia di ambiente, pianificazione territoriale, realizzazione di grandi opere e questioni relative alla estrazione mineraria. La costituzione di un tribunale ad hoc, dedito esclusivamente alle questioni ambientali è dovuta alla proliferazione nel New South Wales degli anni Settanta del Novecento di legislazione di settore soprattutto relativa alla pianificazione industriale e all'inquinamento atmosferico. Grazie alla produzione giurisprudenziale della sua corte verde, il New South Wales è considerato apripista e locomotiva dello sviluppo di un sistema integrato di tutela ambientale, perché ha determinato un efficiente modello di «sportello unico» (*one stop shop*) per tutte le questioni in materia ambientale⁸³.

Decisioni importanti sono state prese con riguardo alla biodiversità, tutela del patrimonio forestale e affermazione del principio di sostenibilità ecologica. In particolare, la sfera di giurisdizione è ripartita in classi e contempla cause relative alla pianificazione territoriale e costruzione di grandi opere (classi 1 e 2); diritti territoriali delle popolazioni aborigene e risarcimento di danni causati da inquinamento o degrado ambientale (classe 3); tutela in sede civile (class 4) e penale (class 5); e giudizi di appello in materia ambientale su ricorsi presentati contro decisioni delle Corti locali (class 6). Per quanto riguarda la struttura: la Corte si compone di sei giudici togati, ventidue commissari tecnici con competenze scientifiche rilevanti nei

⁸¹ V. D. Amirante, *Giustizia ambientale e green judges nel diritto comparato*, op. cit., 262, «L'importanza di queste azioni è dovuta anche ai soggetti presso i quali vengono presentate, le Corti apicali, di livello federale e statale, che possono dettare vere e proprie regole di comportamento ai soggetti titolari di attività ad impatto ambientale, attraverso gli orders, il cui mancato rispetto può comportare anche la cessazione dell'attività inquinanti e, qualora comporti contempt of court, anche conseguenze in sede penale.»

⁸² V. A. Sawhney, *Public Interest Litigation as Indirect Market-Based Instrument of Pollution Control*, in IIM Bangalore Research Paper No. 200, September 30, 2002, ssrn.com/abstract=2154537, 2, «le pressioni da parte delle comunità di base in India hanno svolto un ruolo molto significativo, diversamente da quanto successo nel resto dell'Asia proprio grazie a alla PIEL ed all'attivismo dei giudici (...) favorendo la crescita di un mercato ecologicamente orientato»

⁸³ V. B. Preston, *Benefits of Judicial Specialization in Environmental Law: The Land and Environment Court of New South Wales as a Case Study*, in *Pace Environmental Law Review*, Vol. 29, Issue 2, 2012, 396

settori oggetto di giudizio e un cancelliere; le decisioni sono appellabili di fronte alle Corti di Appello civili e penali e alla *High Court* federale. Nel tempo la *Land and Environment Court del New South Wales* ha introdotto nel sistema innovazioni di tipo procedurale volte a rendere più agevole l'accesso e snellire il procedimento⁸⁴ e ha rappresentato il modello di riferimento per altri ordinamenti di Common Law che hanno optato per la creazione di corti specializzate in materia ambientale. Tra gli organi dichiaratamente ispirati alla Corte del New South Wales vi sono i "tribunali verdi" di Nuova Zelanda e India. Tra le caratteristiche virtuose individuate dalla dottrina alla luce dell'analisi della giurisprudenza prodotta negli anni vi è il grado di specializzazione e competenza settoriale raggiunto dai componenti togati, che si ritiene abbia favorito la stratificazione di un ricco corpus casistico riguardante una varietà di profili di diritto ambientale. In particolare, precedenti importanti sono stati stabiliti con riguardo a *open standing provisions for public interest litigation* e al principio del chi inquina paga. Tra i molti casi che si potrebbero citare e per i quali si rinvia alla letteratura, si ricorda la sentenza del 1997 nella vicenda *Environment Protection Authority v. Gardner*, nella quale la Corte comminò una sanzione di un anno di detenzione e una multa di 250.000 dollari australiani per inquinamento ambientale di vasta portata, causato in maniera consapevole e dolosa. La decisione suscitò clamore e ottenne ampio spazio sui media locali e nazionali, rappresentando nei fatti monito e deterrente per privati cittadini e operatori dell'industria. È opinione condivisa in letteratura che in oltre quaranta anni di attività la giurisprudenza della *Land and Environmental Court* abbia rappresentato uno stimolo sostanziale nella determinazione di una coscienza ambientale, rivelandosi determinante anche nella elaborazione delle *policies* governative e nelle scelte operative delle industrie⁸⁵.

Dagli esempi qui pur succintamente riportati, alla luce della valutazione operata dalla dottrina, si evince come le esperienze di corti specializzate in materia ambientale nei modelli di Common Law abbiano portato a esiti positivi in termini di consolidamento di scelte strategiche orientate alla sostenibilità ambientale, esercitando nel contempo una

⁸⁴ I casi possono essere decisi anche da singoli giudici o da collegi formati da due componenti; per ridurre al massimo gli aspetti burocratici non sono previsti *pleadings* formali e la limitazione delle barriere procedurali in ingresso ha favorito i ricorsi da parte di singoli e delle associazioni non governative. Si prevede anche la possibilità di ricorrere a procedure alternative per la risoluzione delle controversie. La Corte ha tra l'altro ampia discrezionalità nella quantificazione delle spese legali e in alcuni casi viene considerato ai fini della determinazione della cifra il fatto che il ricorrente stia agendo nel pubblico interesse; una scheda tecnica dettagliata sulle procedure, competenze e attività della *Land and Environment Court of New South Wales* è disponibile su <https://www.edo.org.au/wp-content/uploads/2022/06/220603-Land-and-Environment-Court-NSW.pdf>

⁸⁵ Per un approfondimento della struttura e delle funzioni della *Land and Environment Court of New South Wales* v. P. L. Stein, *Specialist Environmental Courts: The Land and Environment Court of New South Wales*, Australia, in *Environmental Law Review*, 4(1), 2002, 5 ss., doi:10.1177/146145290200400102; M. L. Pearlman, *The Land and Environment Court of New South Wales: a model for Environmental Protection*, in S. Belkin (ed.), *Environmental Challenges*, Springer, Dordrecht, 2000, 395 ss.

pressione positiva per la sensibilizzazione della società civile e delle aziende rispetto alle scelte di impatto sulla natura e l'integrità dell'ambiente. In Australia, così come in Nuova Zelanda e India, il diritto da parte di un individuo, di un gruppo di persone o di un'associazione di intentare causa nel pubblico interesse è considerato elemento cruciale nella determinazione di un sistema di giustizia ambientale aperto e "accogliente" per chi lamenta la lesione della integrità dell'ambiente sotto diverse prospettive e agisca non solo per rivendicare un danno individuale bensì la ricaduta sull'interesse comune.

5. Formante giurisprudenziale alla prova del cambiamento climatico: il ruolo delle corti di Common Law nell'equilibrio dei poteri

Il valore collettivo del bene ambiente e, di conseguenza, l'influenza ricadente sull'intera comunità di azioni con impatto sulla natura e sul clima sono caratteristiche connaturate alle diverse declinazioni del diritto ambientale. Per questo, nell'ottica di costante ricerca di un modello di giustizia che favorisca la censura delle azioni lesive dell'ambiente in senso lato, l'azione delle corti che - dal basso, caso dopo caso - costruiscono un edificio di tutela sulla base di vicende concrete si rivela determinante per l'evoluzione del sistema. Questo vale a maggior ragione negli ordinamenti di Common Law, dove il ruolo creativo dei giudici contribuisce in maniera sostanziale allo sviluppo del sistema nel senso di una stratificazione progressiva. I casi qui solo brevemente richiamati di corti specializzate, attive a diversi livelli territoriali in ordinamenti di Common Law molto diversi tra loro, mettono in luce una linea di indirizzo comune, rappresentata dalla sollecitazione alla rivendicazione dell'interesse collettivo salvaguardato grazie alla garanzia della integrità ambientale. La tendenza, riscontrata in tutte le corti ambientali specializzate considerate, a favorire l'accesso grazie a procedure snelle e in particolare il *favor* verso azioni individuali e collettive nell'interesse pubblico, si traduce in uno strumento potente di tutela dei diritti e protezione dell'ambiente in una prospettiva di promozione sociale. Le caratteristiche strutturali e di azione procedurale proprie delle *green courts* favoriscono invece, come dimostrato dai casi di cui qui si è dato atto, come fasce anche ampie di popolazione gravemente svantaggiate (che di norma sono quelle che subiscono con forza maggiore gli effetti di scelte ad alto impatto ambientale) riescano a ottenere accesso alla giustizia.

Ma il modello del *Public Interest Environmental Litigation*, si rivela un dispositivo efficace per la garanzia di soggetti socialmente svantaggiati non solo nell'ambito dell'azione dei tribunali verdi bensì anche nell'attività Corti non specializzate. Si richiama in questo senso, tra i molti esempi possibili, la recente pronuncia della Federal Court australiana nel caso *Minister of*

*Environment v. Sharma*⁸⁶. La causa è stata avviata nel settembre 2020 da otto *teenagers* australiani, rappresentati da una *litigation guardian*, una suora ottantenne che ha presentato una *class action* a loro nome volta a impedire al governo di approvare la proposta di una industria mineraria – la Whitehaven Coal – di ampliare la miniera di carbone di Vickery, situata nello Stato del New South Wales. Nel merito, in primo grado la Corte stabilì un principio importante, affermando l'esistenza, in capo al governo di un obbligo di diligenza (*duty of care*) che impone di agire in modo da impedire che siano causati danni alle nuove generazioni. In particolare, nell'*order* stilato dal giudice Bromberg si trovano passaggi che si prestano a fornire un precedente significativo. Il giudice registrò infatti la responsabilità della generazione vivente di preservare l'ambiente integro per le generazioni a seguire e si spinse a definire la mancata azione da parte degli adulti di oggi come «*the greatest inter-generational injustice ever inflicted by one generation of humans upon the next*». Ancora attestò il pericolo concreto di non potere più godere, già entro pochi decenni, di bellezze naturali quali la Great Barrier Reef australiana e pose l'accento sul progressivo degrado dell'ambiente che renderà difficile vivere in condizioni salutari. Nello specifico, il giudice Bromberg⁸⁷ stabilì che: (i) il pericolo potenziale per i bambini australiani derivante dal diossido di carbonio doveva essere un elemento da tenere obbligatoriamente in considerazione alla luce del *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act* (EPCB); (ii) che il *duty of care* è un obbligo previsto dall'ordinamento e ricade in capo al governo e, in questo caso, specificamente in capo al Ministro dell'ambiente dal momento che: (i) era ragionevolmente possibile per il Ministro prevedere il rischio che possibilmente i bambini australiani avrebbero corso nel caso in cui la miniera fosse stata ampliata; (ii) il Ministro deteneva pieno controllo sulla gestione del rischio di cui sopra, dal momento che dipendeva direttamente dalla sua scelta di approvare o meno l'ampliamento e – *last but not least* – (iii) che i bambini australiani sono esposti a un pericolo reale a causa dei “*climatic hazards*”. Tuttavia, nel merito, il ricorso non fu accolto perché il giudice ritenne di dovere aspettare una pronuncia del Ministro in ordine alla autorizzazione o meno del progetto di estensione⁸⁸.

La sentenza risulta di grande interesse dal nostro punto di osservazione perché presenta – come in casi precedentemente illustrati in questa sede – una incidenza sulla relazione dei poteri pubblici nell'ambito di una democrazia fondata su *separated powers*. Si nota infatti che nel

⁸⁶ La documentazione inerente al caso e la pronuncia della Corte è disponibile su <https://www.fedcourt.gov.au/services/access-to-files-and-transcripts/online-files/minister-for-the-environment-v-sharma>

⁸⁷ *V. Sharma by her litigation representative Sister Marie Brigid Arthur v. Minister for the Environment*, [2021] FCA 560 and FCA 774, 27 May 2021, <https://www.fedcourt.gov.au/services/access-to-files-and-transcripts/online-files/minister-for-the-environment-v-sharma/vid-389-of-2021-filed-documents/judgment-2021FCA560.pdf>

⁸⁸ Sulla sentenza di primo grado nel caso *Sharma v. Minister for the Environment* si v. il commento di E. Rock, *Superimposing private duties on the exercise of public powers: Sharma v. Minister of Environment*, in *Australian Public Law*, 11 August 2018, <https://www.auspublaw.org/blog/2021/08/superimposing-private-duties-on-the-exercise-of-public-powers-sharma-v-minister-for-the-environment/>

certificare l'esistenza di un *duty of care* il giudice relatore afferma che il Ministro è tenuto a dare un peso importante alla necessità di prestare la giusta attenzione per evitare il rischio di danno e, in particolare, «*the imposition of a duty of care which may, as a practical matter, impose a requirement upon the Minister to consider and give elevated weight to the need for reasonable care to be taken to avoid death or personal injury will not distort the Minister's discretion or skew the intended statutory balance*»⁸⁹. Ebbene, il riferimento alla operazione di ponderazione (*weighting*) richiama l'attenzione perché, come esplicitamente stabilito dalla giurisprudenza australiana, a meno di trovarsi di fronte un caso di «*serious irrationality*»⁹⁰, spetta al *decisio-maker* e non alle corti determinare quale sia il peso appropriato da attribuire alle questioni da considerare e bilanciare nell'esercizio delle proprie funzioni⁹¹. La questione riguarda la sfera di ingerenza dei giudici quando si tratti di valutare *the negligent exercise of statutory powers*⁹², fermo restando che le corti sono tenute a valutare la legalità delle azioni e delle scelte intraprese alla luce delle norme vigenti.

Il Ministro ricorse in appello e, nelle more della pronuncia di secondo grado deliberò a favore dell'ampliamento della miniera. La Full Court della Federal Court ha accolto l'appello e ribaltato il giudizio di primo grado⁹³.

Pur concordando sul giudizio finale, i tre giudici componenti la commissione giudicante della Full Court, hanno ritenuto di esprimere opinioni individuali, con *reasoning* distinti. Con riguardo al ruolo delle corti in un sistema di Common Law, rileva la posizione assunta dal Chief Justice Allsop, il quale si focalizza sulla interazione tra il *duty of care* e le *policy questions* che – ricorda – sono per definizione non giustiziabili (*non-justiciable*) e afferma «*the posited duty throws up for consideration at the point of breach matters that are core policy questions unsuitable in their nature and character for judicial determination*»⁹⁴. Allsop si interroga in merito alla appropriatezza della *tort law* con riguardo a questioni sollevate dal cambiamento climatico e cita a questo proposito la Corte d'Appello della Nuova Zelanda che nella recente pronuncia nel caso *Smith v. Fonterra* ha

⁸⁹ *Sharma by her litigation representative Sister Marie Brigid Arthur v. Minister for the Environment*, cit., at 407

⁹⁰ Così *Minister for Immigration and Citizenship v Li* [2013] HCA, at 18

⁹¹ Così *Minister for Aboriginal Affairs v Peko-Wallsend Ltd* [1986] HCA, at 40, per Mason J

⁹² *V. NSW v. Paige* [2002] NSWCA, 235, at 158 secondo il Chief Justice Spigelman «*tension aris[ing] because the specific negligence alleged intrudes into matters within the heartland of judicial review of administrative conduct*»; secondo Ellen Rock, op. cit., «*if standards of administration are to be regulated and enforced by recourse to the recovery of damages at common law, the courts must necessarily become involved, not just in the constitutional role of ensuring legality, but also in laying down standards of administrative conduct by reference to a standard of reasonable care*», cfr. *Precision Products (NSW) Pty Ltd v Hawkesbury City Council* [2008] NSWCA, at. 119

⁹³ *V. Minister for the Environment v Sharma* [2022] FCAFC 35, <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/full/2022/2022fcafc0035>

⁹⁴ *V. Sharma v Minister for the Environment*, [2022] FCAFC 35, at 7

messo in luce elementi di natura tecnica che devono essere chiariti per poter definire lo strumentario giuridico utile per perseguire il contrasto del cambiamento climatico in sede giudiziaria⁹⁵. La causa era stata avviata da Michael John Smith (Ngāpuhi, Ngāti Kahu), portavoce in materia di cambiamento climatico dell'Iwi Chairs' Forum, una piattaforma per la promozione della cultura Māori⁹⁶, che citò in giudizio sette compagnie neozelandesi operanti nel settore agricolo ed energetico, giudicate altamente inquinanti⁹⁷. La Corte neozelandese concluse che il ricorrente non poteva dimostrare l'esistenza di un *public nuisance* perché il danno denunciato non risultava subito da lui in prima persona né rappresentava una conseguenza diretta delle azioni dei convenuti. La pronuncia è di rilievo: sancisce in premessa che il cambiamento climatico si considera la sfida più grande che l'umanità è chiamata ad affrontare in epoca moderna, precisando che cause ed effetti del *climate change* sono ampiamente riconosciuti e che gli scienziati prevedono che se le emissioni di gas serra continueranno ad aumentare si arriverà a un punto di non ritorno per il pianeta⁹⁸.

A fronte di questa evidenza la corte registra la difficoltà di dimostrare l'esistenza di un danno pubblico dal momento che i convenuti esercitano la propria attività nel pieno rispetto della normativa vigente. Per questo motivo l'accusa di negligenza non regge, perché non può riscontrarsi un *duty of care* generale nei confronti del ricorrente o della collettività, a prescindere da regole specifiche che prescrivano un determinato comportamento. È il decisore politico che deve intervenire per stabilire regole che saranno prescrittive e, di conseguenza, giustiziabili.

La Corte neozelandese affronta in generale una questione dirimente: il *Common Law tort* è lo strumento adatto – in linea di principio e di policy – per affrontare e contrastare il problema del cambiamento climatico?⁹⁹. La risposta è no: «*the magnitude of the crisis which is climate change simply cannot be appropriately or adequately addressed by common law tort claims pursued through the courts. It is quintessentially a matter that calls for a sophisticated regulatory response at a national level supported by international co-ordination*»¹⁰⁰. Significativo è il passaggio relativo alla natura del Common Law. In particolare, l'avvocato della parte ricorrente dichiara che la capacità di adattarsi ai tempi che cambiano per rispondere a nuove esigenze è una caratteristica e un punto di forza della tradizione di Common Law e cita a questo proposito casi in cui giudici coraggiosi hanno espresso giudizi

⁹⁵ V. *Smith v. Fonterra Co-operative Group Limited* [2021] NZCA 552 <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/d4/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/165368d3-f5da-4d56-95e6-1b13f6ab3d45/165368d3-f5da-4d56-95e6-1b13f6ab3d45.pdf>

⁹⁶ V. *Iwi Chairs Forum Secretariat – Sharing The Vision of Kotahitanga*, <https://www.iwichairs.maori.nz/ko-wai-about-us/>

⁹⁷ Tra le aziende citate la industria multinazionale lattiero-casearia Fronterra, la raffineria NZ Refinery Company e l'industria petrolifera Z Energy.

⁹⁸ V. *Smith v. Fonterra Co-operative Group Limited*, cit., at 2, «climate change is commonly described as the biggest challenge facing humanity in modern times. Its causes and its effects are now widely recognised, with scientists predicting that if greenhouse gas emissions keep increasing, the planet will eventually reach a point of no return»

⁹⁹ Ibidem, at 13

¹⁰⁰ Ibidem at 16

innovativi, determinando lo sviluppo del sistema¹⁰¹. Pur riconoscendo il senso e il valore di tale affermazione, la Corte ritiene che il riconoscimento, nel caso specifico, di un *duty of care* risulterebbe in contrasto con la tradizione di Common Law che si definisce per la natura graduale e di sviluppo incrementale, non prestandosi a cambiamenti radicali¹⁰².

Respinta dunque l'ipotesi della individuazione in capo alle industrie convenute di un dovere generico a contribuire alla lotta al cambiamento climatico, almeno fino a quando tale obbligo non sarà previsto formalmente da una norma applicabile.

Tornando alla decisione della Corte australiana, il *Chief Justice Allsop* si rifà interamente alla pronuncia della corte "cugina" neozelandese, richiamandone il ragionamento per concludere che il rapporto tra i bambini australiani e il Ministro chiamato in causa è quello che intercorre tra governante e governato e perciò non dà origine a un *legal duty of care*¹⁰³. Attenzione però, il fatto che il giudice Allsop precisi nella sentenza che la strategia sul cambiamento climatico debba essere lasciata al decisore politico e non alle Corti, stabilendo che si tratti di una materia «*non-judiciable*» non preclude del tutto la strada ad altre modalità di contenzioso che possono essere intentate nei confronti delle industrie inquinanti sotto forma, per esempio, di *negligence claims* nel caso in cui si riscontri un danno materiale. Da segnalare è comunque il *dissenting* del giudice Bleach

¹⁰¹ Si cita nello specifico *Donoghue v Stevenson* [1932] AC 562 (HL)

¹⁰² *Smith v. Fonterra Co-operative Group Limited*, cit., at 15

¹⁰³ *Sharma v Minister for the Environment*, cit, at 266, «the relationship between Australian children and the Minister was that of 'the governing with the governed', and not one giving rise to a legal duty of care»; at 246, «the recognition of a duty would also be inconsistent with the 'structure of responsible and representative parliamentary democracy. The issues in dispute involved 'core, indeed, high policy-making»; at 248 «It is not the function of the Judicial branch to rule upon any lack of adequacy or any lack of wisdom of government policy by reference to the law of torts»; at 344, « Ultimately, however, all these considerations: lack of control over the harm (as opposed to the tiny contribution to the risk), the conduct of countless others around the world, the lack of any special vulnerability, and lack of reliance, are really only features or reflections of the essential problem for the respondents: the relationship that founds the duty is one between the government and the governed and lacks the relevant nearness and proximity necessary for the imposition of a duty of care. At one level of abstraction we all rely on an elected government to develop and implement wise policy in the interests of all Australians, in one sense especially the children of the country who are its future. That is not the foundation of the law of torts. It is the foundation of responsible democratic government». Per un commento approfondito del caso Sharma si v. Zoe Bush, *Sharma by her litigation representative Sister Mary Brigid Arthur v. Minister for the Environment*, in *Australian Environment Review*, 36, 4, 2021, 88 ss.; ibidem, *Is Climate Change Justiciable? Politics and Policy in Minister for Environment v. Sharma*, in *Australian Public Law*, 29 June 2022, <https://www.auspublaw.org/blog/2022/06/is-climate-change-justiciable-politics-and-policy-in-minister-for-the-environment-v-sharma>; L. Schuijers, *Minister for the Environment v Sharma: Death by a Thousand Coal Mines*, in *Australian Environment Review*, 37, 1, 2022

secondo il quale la sussistenza di questioni politiche non esclude necessariamente l'esistenza di un *duty of care*¹⁰⁴.

La questione della "giustiziabilità" delle rivendicazioni inerenti il cambiamento climatico è centrale e rilevante in prospettiva comparata. Nell'ambito degli ordinamenti di Common Law, in Nuova Zelanda la sentenza *Fonterra*, sulla quale ci siamo soffermati sopra, ha innescato il dibattito in materia e siamo in attesa degli ulteriori sviluppi in sede giudiziaria e politica. Negli Stati Uniti il punto è stato sollevato da una causa decisa dalla Corte d'appello del nono Circuito nel 2020 (*Juliana v. US*).¹⁰⁵ Nel merito, un gruppo di ragazzi e ragazze contestarono di fronte alla Corte la lesione del Quinto Emendamento in relazione al «*due process right to a 'climate system capable of sustaining human life'*». I ricorrenti chiedevano l'emissione di un provvedimento ingiuntivo da parte del governo avente per oggetto un piano volto alla eliminazione delle emissioni inquinanti e la riduzione netta e progressiva della CO₂ in eccesso nell'atmosfera. Con una decisione presa a maggioranza, la Corte rigettò il ricorso sulla base del fatto – tra le altre cose – che le questioni sollevate non potevano essere indirizzate a un tribunale istituito ai sensi dell'art. III della Costituzione federale degli Stati Uniti¹⁰⁶, trattandosi di istanze da sottoporre direttamente «*to the political branches or the electorate at large*»¹⁰⁷. La decisione del caso *Juliana* riduce in modo formale i margini di azione delle corti con riguardo alla possibilità di giudicare nei casi di *structural reform injunctions*¹⁰⁸, tanto da spingere a interrogarsi su

¹⁰⁴ Secondo Justice Bleach nel caso in cui un provvedimento ministeriale di approvazione di un progetto sia suscettibile di causare un danno «policy is no answer to denying the duty unless the Act itself makes such policy questions so fundamental to the exercise of statutory power that such a conclusion is compelling», v. *Sharma v Minister for the Environment*, cit. at 633

¹⁰⁵ *Juliana v US* 947 F.3d 1159, 9th Cir., 2020

¹⁰⁶ *Ibidem*, at 11

¹⁰⁷ *Ibidem*, al 32

¹⁰⁸ Si ricorda che per *structural-reform injunctions* si intendono le ingiunzioni finalizzate a determinare la riorganizzazione di una «ongoing social institution», allo scopo di garantire la salvaguardia di diritti legalmente riconosciuti; così O. M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, 1978, 7; sempre a parere di Fiss le *structural-reform injunctions* rappresentano una vera e propria rivoluzione legale, cominciata negli anni Cinquanta del Novecento, quando le corti federali cominciarono a occuparsi di cause riguardanti la violazione dei diritti lamentata da ampi gruppi di persone da parte dello Stato o altre istituzioni pubbliche, quali scuole e centri di detenzione. L'origine dei *structural reform cases* viene individuata nella sentenza *Brown v. Board of Education (Brown 11)*, 349 U.S. 294 (1955), che dettò la linea per la realizzazione di un sistema educativo non segregato: le «structural reform injunction received its most authoritative formulation in civil rights cases, specifically those involving school desegregation, and has been legitimated in terms of those cases. Required to defend structural relief, reference will always be made to *Brown v. Board of Education* and the duty it imposed on the courts of the nation to transform dual school systems into constitutionally acceptable forms», v. *ibidem*, *The Allure of Individualism*, 78 Iowa L. REV. 965, 1993, 87; in tema v. anche M. Myriam Gilles, *An Autopsy of the Structural Reform Injunction: Oops ... It's Still Moving!*, in 58 U. MIA L. REV. 143, 2003, 143 ss. Negli Stati Uniti, le associazioni ambientaliste da tempo cercano di coinvolgere le corti federali nella battaglia contro il cambiamento climatico antropogenico, V. D. Markell, J. B. Ruhl, *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as*

una serie di casi, pacificamente riconducibili alla fattispecie delle *structural reform injunctions* (con cui le corti richiedono a scuole, aziende e altre organizzazioni sociali di modificare il proprio comportamento al fine di rimediare a ingiustizie commesse anche in passato), che difficilmente rientrerebbero nei canoni di intervento del potere giudiziario individuati nella sentenza¹⁰⁹. In questo senso, secondo molti osservatori l'argomentazione assunta dalla maggioranza della Corte nel caso *Juliana* sarebbe un azzardo¹¹⁰. C'è da dire che il cambiamento climatico è tipicamente il genere di questione complessa e plurisfaccettata che il *Common Law* angloamericano ha nel tempo riservato alla competenza dei politici, più che al giudizio dei tribunali¹¹¹. La questione centrale nell'argomentazione del caso *Juliana* è che le corti non dispongano del potere di emanare ingiunzioni relative a questioni politiche complesse¹¹², a meno che vi siano principi giuridici precisi e limitati che lo prescrivano¹¹³. Nella giurisprudenza americana vi sono casi, collegati con lo sviluppo della *political question doctrine*, che hanno determinato la limitazione della autorità rimediale delle corti, nel caso in cui si riscontri un legame con the *political branches of government*¹¹⁴. Altre

Usual?, in 64 Fla. L. Rev. 15, 2012, 30 ss.; R. J. Lazarus, *The Rule of Five: Making Climate History at the Supreme Court*, Harvard University Press, Harvard, 2020; La maggior parte dei casi trattati sono stati risolti grazie a strumenti di *common law tort*, v. per esempio *Am. Elec. Power Co. v. Connecticut*, 564 U.S. 410, 418–20, 2011; *City of Oakland v. BP PLC*, 960 F.3d 570, 575–76, 9th Cir., 2020; molti dei casi sollevati di fronte alle corti in materia avevano e hanno per oggetto legislazione federale e, in particolare, il Clean Air Act 1970, v. per esempio 42 U.S.C. §§ 7401–7671q; *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 533–34, 2007, at 533 in questa pronuncia si afferma che il CAA prevede che l'EPA possa regolare le emissioni inquinanti a meno che sia dimostrato che tali emissioni non rappresentano un pericolo per la salute pubblica o il benessere della collettività, si cita a questo proposito 42 U.S.C. § 7521(a)(1)

¹⁰⁹ Così O.M.Fiss, *The Civil Rights Injunction*, op. cit., 6

¹¹⁰ V. J. Schwartz, *Court Quashes Youth Climate Change Case Against Government*, in New York Times, Jan. 17, 2020, <https://nyti.ms/2Tya7j1>; cfr. Anche R. Collins, *Lawyers' Law — Those Who Helped the Supreme Court Shape the Environmental Law of the Land*, in Scotusblog, Mar. 13, 20, <https://bit.ly/2Z4mzZS>, cita Prof. Richard Lazarus, il quale descrive la teoria affermata nella sentenza *Juliana* «strikingly far-reaching»

¹¹¹ Sul fatto che – nella visione tradizionale del common law – questioni particolarmente complesse e rilevanti nel contest storico sociale debbano essere riservate al decisore politico si v. L. L. Fuller, K. I. Winston, *The Forms and Limits of Adjudication*, in 92 HARV. L. REV. 353, 978, 394–404

¹¹² *Juliana v US* 947 F.3d 1159, 9th Cir., 2020, at. 1171

¹¹³ *Ibidem* at 1173; 1175; per un commento approfondito della sentenza nel caso *Juliana v. US*, Harvard Law Review, *Juliana v. United States. Ninth Circuit Holds that Developing and Supervising Plan to Mitigate Anthropogenic Climate Change Would Exceed Remedial Powers of Article III*, <https://harvardlawreview.org/2021/03/juliana-v-united-states/>

¹¹⁴ V. *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 1973, at 10; *Smith & Lee Assocs., Inc. v. City of Taylor*, 102 F.3d 781, 6th Cir. 1996, at 797, in cui si spiega che le corti non possono emanare operare come organi legislative perchè emanare leggi è una competenza che spetta al Congresso; cfr *M.S. v. Brown*, 902 F.3d 1078, 9th Cir. 2017, at 1087–88 in cui però si precisa che «in certain circumstances, structural constitutional limits may not prevent federal courts from ordering government officials to enact or implement a bill that has not completed a lawfully prescribed legislative process»; n.b. la *dissenting opinion* del giudice della Corte australiana Bleach nel caso *Sharma* è stata confutata dalla maggioranza perché l'argomentazione ivi prospettata è stata riconosciuta come

sentenze, nel descrivere limiti prudenziali alla discrezionalità del giudiziario, non rinunciano a sottolineare che le corti sono sempre tenute a rispettare il principio di separazione dei poteri e del federalismo¹¹⁵.

Uno sguardo comparato alla giurisprudenza in tema di cambiamento climatico consente una considerazione di massima perché mette in luce come sia più facile superare le questioni relative alla “giustiziabilità” nei sistemi in cui è presente una codificazione esplicita dei diritti. Questo dato si registra con maggiore evidenza osservando cause decise da corti operanti in modelli di *Civil Law*¹¹⁶. Si richiama, in questo senso, la sentenza della Corte Suprema olandese (Hoge Raad der Nederlanden) nel caso *State of Netherlands v. Urgenda Foundation*¹¹⁷, con cui si afferma in capo al governo olandese il dovere di ridurre almeno del 25 per cento le emissioni di CO₂ nell’atmosfera, entro la fine del 2020. Origine della causa è un ricorso presentato nel 2010 dall’associazione ambientalista Urgenda alla Corte territoriale de L’Aja con cui si chiedeva che fosse imposta alle autorità statali di mettere in atto un serio piano di riduzione delle emissioni, alla luce degli obblighi assunti dall’Olanda in sede sovranazionale e internazionale. In prima istanza i giudici accolsero il ricorso e richiamarono il governo ad agire in conformità agli impegni assunti in ambito europeo; definiti dal Gruppo intergovernativo sul cambiamento climatico¹¹⁸ e ripresi dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico (UNFCCC)¹¹⁹ della quale l’Olanda è Stato parte. La Corte si rifece all’impianto di tutela costruito sulla base dei principi di *no harm*, in ragione del quale l’azione degli Stati doveva essere finalizzata a non causare, con le proprie scelte politiche, danni agli altri membri della comunità internazionale e della *joint responsibility* in materia ambientale degli ordinamenti, che sono tenuti ad attuare misure coerenti con gli obiettivi comuni e proporzionati alle esigenze e alla capacità specifica dell’ordinamento di riferimento. La decisione venne impugnata e confermata in appello, trovando ulteriore riscontro nella Corte Suprema che nel ribadire il giudizio ha stabilito intanto che il governo ha l’obbligo di proteggere i propri cittadini dai pericoli del cambiamento climatico e che un tribunale ha autorità a pronunciarsi in questo frangente.

un’applicazione della dottrina americana della *political question* che in Australia non trova riscontro, V. *Sharma v Minister for the Environment cit.*, at 31, nota 9

¹¹⁵ Così *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 1976, at 380; *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 1974, at 501; *Spallone v. United States*, 493 U.S. 265, 1990, at 277–80; *Missouri v. Jenkins*, 495 U.S. 33, 1990, at 50–51 (1990)

¹¹⁶ si pensi alla decisione del Tribunale Costituzionale federale tedesco nel caso *Neubauer et al v. Germany*, *BVerfg*, *Neubauer et al v. Germany*, 24 Mar, 2021 http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210324_11817_order-1.pdf e alla pronuncia del Tribunale amministrativo francese nella causa *Notre Affaire à Tous et al v. France* Tribunal Administratif de Paris, *Notre Affaire à Tous et al v. France*, http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20211021_NA_decision-1.pdf

¹¹⁷ *State of Netherlands v. Urgenda Foundation*, ECLI: NL: HR, 2019, 2007, 20.12.2019, http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200113_2015-HAZA-C0900456689_judgment.pdf

¹¹⁸ *Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC*, <https://www.ipcc.ch/>

¹¹⁹ *United Nation for Climate Change*, UNFCCC, <https://unfccc.int/>

In particolare, la Corte ha affermato che certamente la riduzione delle emissioni inquinanti è materia di competenza del Parlamento e del Governo, che godono della discrezionalità necessaria per regolare e mettere in atto piani strategici ad hoc. Tuttavia, spetta alle Corti stabilire se, nell'esercizio della discrezionalità politica, i titolari dei poteri legislativo ed esecutivo agiscono in conformità alle norme di diritto interno e internazionale¹²⁰.

Affatto diversa è, come si è visto, la posizione assunta dalla Corte australiana che interviene in un contesto privo di una carta formale dei diritti¹²¹. Contrariamente a quanto visto negli Stati Uniti, per esempio nel caso *Juliana*, in *Sharma* la concezione del principio di separazione dei poteri ha spinto la maggioranza dei giudici a ritenere che stabilire in capo al governo un dovere di azione rispetto al cambiamento climatico avrebbe minato la struttura di «*responsible and representative parliamentary democracy*»¹²². Questa argomentazione deve collocarsi nell'ambito di una cultura costituzionale – quale quella australiana – impostata sul principio di sovranità parlamentare, in cui il potere giudiziario ha un ruolo più limitato¹²³.

D'altra parte, non si può negare il ruolo che, nei fatti, i giudici esercitano ai fini dell'attuazione e della promozione del costituzionalismo ambientale. Con riguardo specifico alle Corti di Common Law, in alcuni casi, come emerso nella trattazione, si denota una frizione sull'assetto di separazione dei poteri. Nella relazione fisiologica tra giudiziario, legislativo ed esecutivo l'equilibrio è sempre delicato e ciò che dovrebbe in assoluto evitarsi è la strumentalizzazione di decisioni anche in materia ambientale per scopi politici. Purtroppo, come ci raccontano vicende anche recenti, il crinale è molto sottile e non sempre è possibile escludere interessi sottesi che influenzano le decisioni in un senso o nell'altro. "Responsabilità" dovrebbe essere il termine chiave che ispira l'azione di chi è chiamato all'arduo compito di prendere decisioni nell'interesse collettivo. Soprattutto quando si parla di ambiente il richiamo alla responsabilità dovrebbe risuonare come un mantra e ogni interesse di parte dovrebbe cedere inesorabilmente di fronte alla dirompenza della priorità di proteggerne l'integrità. Questo vale per i giudici e per le istituzioni politiche che dovrebbero concorrere nel garantire la protezione dell'ambiente perché, nei sistemi di *Common Law* o *Civil Law*, la

¹²⁰ Per un commento approfondito della sentenza della Corte Suprema tedesca nel caso Urgenda si v. F. Tumminello, Climate Change e diritti umani: il caso Urgenda, in *Ius in itinere*, 13 marzo 2020, <https://www.iusinitinere.it/climate-change-e-diritti-umani-il-caso-urgenda-25467>; M. Morvillo, Climate change litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda, in *forumcostituzionale*, 28 maggio 2019, <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/06/morvillo.pdf>

¹²¹ Sulla tutela dei diritti in Australia e, in particolare, sulla assenza di una carta dei diritti nazionale si v. Rosalind Dixon, *An Australian (partial) Bill of Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 14, Issue 1, January 2016, 80 ss., <https://doi.org/10.1093/icon/mow004>

¹²² V. *Sharma v Minister for the Environment cit.*, at 3-5

¹²³ V. A. Stone, C. Sanders, *The Oxford Handbook on the Australian Constitution*, Oxford University Press, Melbourne 2018; L. Beck, *Australian Constitutional Law. Concept and Cases*, Cambridge University Press, Cambridge 2019; S. Ratnapala, J. Crowe, *Australian Constitutional Law. Foundation and Theory*, 3rd ed, Oxford University Press, Melbourne 2012

causa del costituzionalismo ambientale può condurre a buoni risultati solo se portata avanti in un modo univocamente rivolto al bene collettivo che per definizione ha dimensione globale.