

La giustizia costituzionale salverà il mondo? Obblighi positivi di protezione e discrezionalità politica nell'Antropocene

di Francesco Gallarati

Abstract: *Will constitutional justice save the world? Positive obligations to protect and political discretion in the Anthropocene* – Can courts without democratic legitimacy be charged with preserving the natural basis of life for present and future generations? This contribution investigates how, in the new geological era of the Anthropocene, the relations between judicial review and political discretion are shifting. To do so, it examines two European climate litigations to see how the ECHR and German doctrine of positive obligations has been applied to ground the state's obligation to combat climate change and what standard of judgement has been employed to assess its compliance. In the end, it draws on Alexy's distinction between structural and epistemic discretion to show that, in a state based on the rule of law, a certain degree of appreciation on the part of democratic authorities remains unavoidable.

1053

Keywords: Climate litigation; Constitutional justice; Law & Anthropocene; Positive obligations; Separation of powers.

1. L'Antropocene: una sfida per il costituzionalismo liberale

Fin dalla sua elaborazione nel 2002, la tesi del meteorologo olandese Paul Crutzen¹, secondo cui il sistema Terra sarebbe entrato in una nuova epoca geologica, denominata Antropocene, caratterizzata dalla capacità dell'essere umano di influenzare gli equilibri biologici del pianeta, ha suscitato dibattiti ben oltre l'ambito disciplinare nel quale era stata inizialmente formulata². Benché la proposta di nuova periodizzazione geologica non abbia finora trovato riconoscimento ufficiale da parte della comunità scientifica, l'espressione "Antropocene" ha assunto una rilevanza crescente non solo nel contesto delle scienze naturali, ma anche nelle scienze sociali, fungendo da

¹ P.J. Crutzen, *Geology of mankind*, in *Nature* 23 (2022). In italiano, dello stesso Autore, v. P.J. Crutzen, *Benvenuti nell'Antropocene! L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Milano, 2005.

² Per una genealogia del concetto di Antropocene ed una breve esposizione delle diverse tesi che sono state avanzate con riguardo, in particolare, alla sua datazione, si rinvia al contributo pubblicato su questa rivista dall'ecologo E. Padoa-Schioppa, *L'Epoca dell'Antropocene: scenari dell'ecologia*, in *DPCE Online*, Sp. 2, 2023, 7-14.

catalizzatore di un complesso di teorie già elaborate o in via di elaborazione, che in esso hanno trovato un termine comune di riferimento³.

In ambito giuridico, in particolare, l'Antropocene ha rappresentato un quadro epistemologico attorno al quale si sono concentrati un numero crescente di studi, all'inizio prevalentemente nel campo del diritto internazionale dell'ambiente⁴, ma più di recente anche nel diritto costituzionale⁵. In questo senso, si è affermato che l'Antropocene rappresenta un "momento costituzionale"⁶, che richiede un ripensamento delle categorie tradizionali del costituzionalismo liberale, elaborate nel contesto di relativa stabilità dell'Olocene, ma considerate inadatte a fare fronte alle minacce di un'epoca contrassegnata da crescente instabilità e insicurezza⁷.

³ Cfr. N.A. Robinson, *Fundamental Principles of Law for the Anthropocene?*, in 44 *Env't Pol. & L.* 13 (2014): «This finding is a scientific one, not a socio-economic or cultural determination, yet its greatest implications may lie in the realm of the social sciences».

⁴ V. su tutti la raccolta di scritti curata da L.J. Kotzé (ed.), *Environmental Law and Governance for the Anthropocene*, Portland, 2017, ed in particolare, al suo interno, i contributi di L. Collins, *Judging the Anthropocene: Transformative Adjudication in the Anthropocene Epoch*; J. Verschuuren, *The Role of Sustainable Development and the Associated Principles of Environmental Law and Governance in the Anthropocene*; A. Philippopoulos-Mihalopoulos, *Critical Environmental Law in the Anthropocene*. Si v. inoltre R. Kim, K. Bosselmann, *International Environmental Law in the Anthropocene: Towards a Purposive System of Multilateral Environmental Agreements*, in 2 *Transnational Environmental Law* 285 (2013); L.J. Kotzé, *Human Rights and the Environment in the Anthropocene*, in *The Anthropocene Review* (2014); N.A. Robinson, *Beyond Sustainability: Environmental Management for the Anthropocene Epoch*, in 12 *J. Public Aff.* 181 (2012); F. Fleurke et al., *Constitutionalizing in the Anthropocene*, in 1 *J Hum Rights Env't.* 4 (2024).

⁵ Le considerazioni che seguono sono tratte o ispirate prevalentemente dai tre lavori che meglio hanno saputo integrare la teoria dell'Antropocene nell'ambito della riflessione di diritto costituzionale: L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene*, Oxford, 2016; J. Jaria-Manzano, *La constitución del Antropoceno*, Valencia, 2020; D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022. In particolare, in quest'ultima opera l'Autore individua il principale apporto innovativo della teoria dell'Antropocene al diritto costituzionale dell'ambiente, nella necessità di adottare un approccio "integrale", che consideri l'esperienza umana nella sua dimensione individuale, sociale e biologico-naturale, «senza ricadere in quelle parcellizzazioni e scissioni tipiche della modernità e, nel nostro caso, del positivismo giuridico» (pag. 35). Sui riflessi costituzionali dell'Antropocene, si v. anche D. Amirante, S. Bagni (eds.), *Environmental Constitutionalism in the Anthropocene: Values, Principles and Actions*, Abingdon-on-Thames, 2022.

⁶ L.J. Kotzé, *Global Environmental Constitutionalism*, cit., 178 s. Riprendendo la nozione di "constitutional moment" elaborata da Ackerman, l'Autore individua nell'affermazione della nozione di "Antropocene" un momento di rottura nella coscienza collettiva, capace di innescare un mutamento profondo di valori culturali, paragonabile a quello che seguì la Seconda guerra mondiale o la fine dell'apartheid in Sudafrica. Analoghe considerazioni sono riprese anche in L.J. Kotzé, *The Anthropocene's Global Environmental Constitutional Moment*, in 25(1) *Yearb. Int. Environ. Law.* 24 (2015).

⁷ Cfr. J. Jaria-Manzano, *La constitución del Antropoceno*, cit., 39-40. Anche D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale*, cit., 249 s., segnala la necessità di «infondere nuova linfa a una teoria costituzionale in crisi» (pag. 251) e avanza la sua proposta di "costituzionalismo integrale" (su cui v. nota 5) come «cambio di paradigma necessario, nell'Antropocene, per mettere al sicuro le basi di vita dell'umanità, non solo per il presente ma anche e soprattutto per le generazioni future» (pag. 249).

Oggetto di riconsiderazione è in particolare il principio di separazione dei poteri ed il rapporto tra discrezionalità politica e sindacato giurisdizionale⁸. In misura crescente, infatti, le corti costituzionali e supreme sono indicate come guardiane dei diritti, investite del compito di salvaguardare la sopravvivenza di persone ed ecosistemi, rimediando all'inerzia delle autorità politiche⁹.

Ma davvero delle corti prive di legittimazione democratica possono essere incaricate di preservare le basi naturali della vita per le generazioni presenti e future? E quale margine di discrezionalità residua in capo alle autorità politiche al cospetto di minacce che mettono a rischio la sopravvivenza stessa dell'umanità?

Questo contributo si propone di verificare se e come le dinamiche dell'Antropocene stiano modificando il modo in cui le Corti concepiscono i limiti costituzionali del proprio potere. A tale fine, si analizzerà come le corti costituzionali e supreme abbiano risolto la questione del rapporto tra sindacato giurisdizionale e discrezionalità politica nei contenziosi che, fino a questo momento, hanno riguardato più da vicino i problemi dell'Antropocene: i contenziosi climatici¹⁰.

Prima di procedere, è bene precisare che il tema del rapporto tra diritto ed Antropocene si presta ad essere analizzato da differenti prospettive. Molte delle riflessioni giuridiche sull'argomento, in particolare, muovono da punti di osservazione radicali, riconducibili alle correnti di pensiero

⁸ Che l'incontro tra i principi del costituzionalismo e le dinamiche dell'Antropocene si traduca, sul piano ordinamentale, in un'espansione del ruolo del giudice è osservazione ricorrente nella dottrina che si è occupata dell'argomento. Sul punto, v. su tutti le ampie considerazioni di J. Jaria-Manzano, *La constitución del Antropoceno*, cit., 297 s., e spec. 313 s. In che misura ed entro quali limiti tale espansione sia giustificata, e non si risolva in una illegittima invasione della sfera riservata al potere politico, è questione controversa, alla quale il presente scritto intende apportare un contributo.

⁹ Cfr. in questo senso L. Collins, *Judging the Anthropocene*, cit., 327: «Judges have a central role to play in transforming environmental law for the Anthropocene. Indeed, judges possess a powerful toolkit for ensuring the sustainability of our societies (and our species) [...]. Since we cannot rely solely on the executive and legislative authorities to mediate the human-environment interface in the Anthropocene, these and other progressive judicial initiatives will be necessary in order to protect our common future». In senso analogo, v. anche anche J. Jaria Manzano, S. Borràs, *Introduction*, in Id. (eds.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Cheltenham, 2019, 9: «Judicial decisions are a key aspect in the control of power, guaranteeing counter-hegemonic positions in the governance of the Anthropocene and putting limits on corporations and public powers implying an aggressive use of resources. Moreover, this also implies a relativization of legal certainty, a construct based on a Laplacian conception of the world which is untenable within the framework of the Anthropocene narrative».

¹⁰ Il tema del ruolo dei giudici e del principio di separazione dei poteri nel contenzioso climatico è stato oggetto di diversi studi nella letteratura internazionale. Si ricordano in particolare L. Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?*, in 9 *Transnational Environmental Law* 55 (2020); C. Eckes, *Tackling the Climate Crisis with Counter-majoritarian Instruments: Judges between Political Paralysis, Science, and International Law*, in 6 *European Papers* 1307 (2021). Nella dottrina italiana, v. S. Valaguzza, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?* in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, 293-334; S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *DPCE*, 3, 2021, 597-630.

dell'ecosocialismo o della *deep ecology*, che teorizzano un ripensamento profondo dei paradigmi del costituzionalismo liberale di stampo occidentale, considerato responsabile dei disastri ecologici del tempo presente¹¹. Pur condividendo alcune delle preoccupazioni alla base di tali riflessioni, questo contributo intende invece affrontare la questione del rapporto tra diritto ed Antropocene nel quadro del costituzionalismo liberale. Il tema di fondo, cui il presente articolo si propone di dare un contributo, è se sia possibile adattare i principi della tradizione liberale al mutato contesto dell'Antropocene, senza rinunciare ai postulati fondamentali dello Stato costituzionale di diritto.

A questa opzione metodologica si deve anche la scelta di limitare la presente analisi alla dimensione europea, benché questa non sia di certo l'unica in cui i principi del costituzionalismo liberale si trovano oggi sotto tensione. Si vuole infatti indagare come, all'interno di democrazie stabilizzate e tradizionalmente restie ad innovazioni repentine e radicali, l'ordinamento giuridico si stia adattando per tenere conto della nuova realtà circostante. Allo stesso tempo, la scelta di concentrare l'attenzione sugli ordinamenti dell'Europa continentale è dovuta alla comune appartenenza di questi ultimi alla tradizione di *civil law*, da cui discende una concezione simile, benché non identica, del ruolo dei giudici nei confronti del potere politico e del principio di separazione dei poteri.

2. La dottrina degli obblighi di protezione: una chiave di lettura per un mondo (e un diritto) in trasformazione

Per comprendere le implicazioni che le dinamiche dell'Antropocene stanno avendo, e potranno in futuro avere, sull'evoluzione del rapporto tra sindacato giurisdizionale e discrezionalità politica, un'utile chiave di lettura è offerta dalla dottrina degli obblighi positivi di protezione¹². Questa dottrina, elaborata in Germania negli anni '70 e mutuata successivamente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹³, ha invero conosciuto una notevole fortuna

¹¹ Quest'area dottrinale è, in realtà, vasta e composita e ricomprende al suo interno punti di vista differenti. Alcuni autori, come ad esempio Jordi Jaria-Manzano, concentrano la propria critica sui sistemi di produzione capitalistici e sulle istituzioni liberali che ne sono garanti, in quanto responsabili di favorire un metabolismo sociale che sfrutta le risorse naturali a esclusivo vantaggio di alcuni gruppi egemonici (J. Jaria-Manzano, *La constitución del Antropoceno*, cit., 40 s.). Altri autori, invece, criticano il costituzionalismo liberale di origine occidentale in quanto antropocentrico, e vi contrappongono un "costituzionalismo ecologico", caratterizzato da un approccio ecocentrico che si estrinseca, tra l'altro, nel riconoscimento della natura come soggetto di diritti (*ex multis*, v. L. Collins, *The Ecological Constitution*, Abingdon-on-Thames, 2023. Sul costituzionalismo ecologico, in senso critico, v. M. Carducci, *La solitudine dei formanti di fronte alla natura e le difficoltà del costituzionalismo "ecologico"*, in *DPCE Online*, Numero speciale 2, 2023, 205-231). Per un'analisi di alcune di queste correnti dottrinali, v. D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale*, op. cit., 70 s. e 240 s.

¹² Non è possibile in questa sede svolgere un'analisi approfondita della dogmatica degli obblighi positivi di protezione. Sul punto, sia consentito di rinviare, anche per ulteriori riferimenti dottrinali, a F. Gallarati, *Gli obblighi costituzionali di protezione: studio comparato sul lato "dimenticato" dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2, 2024, 1-48.

¹³ V. *infra* in questo paragrafo, note 20-24.

negli ultimi anni, essendo stata posta a fondamento di molte delle azioni climatiche avviate in Europa. In effetti, non sembra azzardato individuare in tale dottrina un denominatore comune a tutti i principali contenziosi climatici europei, la cui circolazione è stata resa possibile dall'appartenenza degli ordinamenti interessati da tali contenziosi al Consiglio d'Europa. In questo contributo, ci si soffermerà in particolare sull'impiego che tale dottrina ha avuto nelle due principali sentenze finora emanate nel contesto europeo del contenzioso climatico¹⁴: la sentenza della Corte suprema olandese del 2019 sul caso *Urgenda*¹⁵ e la sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 2021 sulla legge federale sul clima (caso *Neubauer*)¹⁶. Ma argomentazioni analoghe si ritrovano anche in numerosi

¹⁴ Il presente scritto è stato consegnato prima della pubblicazione delle tre sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo del 9 aprile 2024, relative ai casi *Verein Klimaseniorinnen Schweiz e al. c. Svizzera*, *Carême c. Francia* e *Duarte Agostinho e al. c. Portogallo e altri* 32. In particolare, la prima di queste sentenze tratta ampiamente il tema degli obblighi positivi di protezione derivanti dall'art. 8 CEDU e del ruolo del giudice nel verificarne l'adempimento, raggiungendo conclusioni in parte sovrapponibili a quelle già rassegnate dalla Corte suprema olandese nel caso *Urgenda*. Ai fini di questo scritto, pertanto, quanto osservato in merito al caso *Urgenda* può estendersi, *mutatis mutandis*, anche alla sentenza della Corte EDU relativa al caso *Klimaseniorinnen*. Per un approfondimento sulla declinazione della dottrina degli obblighi positivi in quest'ultima sentenza, si rinvia a F. Gallarati, *L'obbligazione climatica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza KlimaSeniorinnen e le sue ricadute comparate*, in questa Rivista, n. 2/2024, 1457-1478.

¹⁵ Supreme Court of the Netherlands, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, definito con sentenza del 20.12.2019. Pur essendo stato definito in ultima istanza dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi solamente nel dicembre 2019, l'influenza del caso *Urgenda* si era già manifestata negli anni precedenti, a partire cioè da quando la Corte distrettuale dell'Aia, nel giugno 2015, aveva riconosciuto l'obbligo dello Stato olandese di ridurre, entro il 2020, le emissioni nazionali di gas in atmosfera del 25% rispetto ai livelli del 1990. Tra i principali commenti a queste sentenze, v. J. van Zeven, *Establishing a Governmental Duty of Care for Climate Change Mitigation: Will Urgenda Turn the Tide?*, in 4(2) *Transnational Environmental Law* 339 (2015); K. Graaf, J. Jans, *The Urgenda Decision: Netherlands Liable for Role in Causing Dangerous Global Climate Change*, in 27(3) *J. Env't L.* 517 (2015). Nella dottrina italiana, v. M.F. Cavalcanti, M.J. Terstegge, *The Urgenda case: the dutch path towards a new climate constitutionalism*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 1371-1404; S. Dominelli, *Sui limiti – giurisdizionalmente imposti – all'emissione di gas serra: i giudici olandesi diventano i "front-runners" nella lotta ai cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. dir. amb.*, 4, 2020, 749-780.

¹⁶ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss des Ersten Senats, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18–1 BvR 78/20–1 BvR 96/20–1 BvR 288/20, pubblicata il 29 aprile 2021. Tra i principali commenti nella dottrina tedesca, v. almeno S. Lenz, *Der Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine Dekonstruktion*, in *Der Staat*, 68, 2022, 73-111; N. Grosche, *Recht und intertemporale Gerechtigkeit*, in *Der Staat*, 68, 2022, 113-128; C. Möllers, N. Weinberg, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *JuristenZeitung*, 76, 2021, 1069-1078; J. Jahn, *Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG*, in *Corti Supreme e Salute*, 2022, 1, 47-68. La sentenza è stata molto commentata anche nella dottrina italiana: Su tutti, si veda ora A. Di Martino, *Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*, in *Diritti Comparati*, 2023, 2, 56-91, e spec. 6 ss. per un approfondimento sulla dogmatica tedesca degli obblighi di protezione. Tra i primi commenti, v. R. Bifulco, *Cambiamento climatico, generazioni future (e sovranità) in una storica sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Rassegna di diritto pubblico*

altri contenziosi climatici europei¹⁷, compreso il caso *Giudizio universale*, definito in primo grado dal Tribunale di Roma¹⁸ e ora in attesa di appello.

Prima di addentrarsi nell'esame delle due pronunce selezionate, è bene soffermarsi sui caratteri della dottrina degli obblighi di protezione e sui motivi per i quali essa rappresenta un buon punto di osservazione per analizzare i riflessi giuridico-costituzionali dell'Antropocene.

La teoria in esame, come anticipato, rinviene la propria origine nella dogmatica tedesca dei "doveri di protezione" (*Schutzpflichten*)¹⁹, elaborata dal Tribunale costituzionale federale a partire dalla sentenza sull'aborto del 1975²⁰ e poi estesa ad altri ambiti, tra cui la protezione ambientale²¹. La stessa costruzione si ritrova, seppure con alcune differenze, nella di poco successiva dottrina degli obblighi positivi elaborata in ambito CEDU²²,

europeo, 2021, 2, 421-437; R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *lacostituzione.info*, 30 aprile 2021; A. De Petris, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *CERIDAP*, 4, 2021, 127-153.

¹⁷ Molti dei contenziosi climatici instaurati in Europa, infatti, contengono argomentazioni basate sugli obblighi positivi di protezione derivanti dagli artt. 2 e 8 CEDU. Oltre ad *Urgenda*, che è il modello a cui gli altri contenziosi si sono ispirati, argomentazioni analoghe si ritrovano nei casi climatici proposti in Austria, Belgio, Irlanda, Italia, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Regno Unito, Spagna, Svezia, Svizzera e persino in Russia (dove il contenzioso è stato proposto prima del recesso dalla CEDU).

¹⁸ Tribunale di Roma, II sez. civ., 26 febbraio 2024, n. 35542.

¹⁹ La dottrina tedesca su questo istituto è vastissima. Ci si limita a richiamare: J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlino, 1992, trad. it. *Il diritto fondamentale alla sicurezza. A proposito di doveri di protezione dello Stato liberale di diritto*, Napoli, 2017, 83 ss.; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Francoforte, 1994, trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 480 ss.; P. Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlino, 1996; J. Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlino, 2005; C. Calliess, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis*, in *JuristenZeitung*, 7, 2006, 321-330. Per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a F. Gallarati, *Gli obblighi costituzionali*, cit., 4 ss.

²⁰ BVerfGE 39, 1, Beschluss des Ersten Senats, 25 febbraio 1975. In questa sentenza il Tribunale costituzionale federale tedesco afferma che il diritto alla vita di cui all'art. 2 GG, che viene riconosciuto già al feto nel grembo materno, richiede che lo Stato protegga il nascituro dalle minacce provenienti da soggetti terzi, compresa la madre. Questa conclusione rappresenta uno sviluppo della dottrina inaugurata con la sentenza *Luth* del 1958 (BVerfGE 7, 198), nella quale il *Bundesverfassungsgericht* aveva affermato che i diritti fondamentali non sono soltanto diritti soggettivi individuali da fare valere nei confronti dello Stato, ma sono anche espressione di valori oggettivi che irradiano l'intero ordinamento e, quindi, anche i rapporti orizzontali.

²¹ Il Tribunale costituzionale ha esteso l'ambito di applicazione della dottrina dei doveri di protezione alle minacce ambientali a partire da due sentenze del 1978 e 1979, relative alle autorizzazioni di nuovi centrali nucleari (BVerfGE 49, 89, caso *Kalkar*; BVerfGE 53, 30, caso *Mülheim-Kärlich*). Questa vicenda è descritta da J. Isensee, *Il diritto fondamentale*, cit., 72 ss.

²² La prima affermazione della dottrina degli obblighi positivi nella giurisprudenza della Corte EDU si deve alla sentenza *Marckx c. Belgio* del 13 giugno 1979, nella quale la Corte afferma che il diritto al rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU «non si limita ad obbligare lo Stato ad astenersi [da interferire nell'esercizio di tale diritto]: oltre a questo impegno di natura prevalentemente negativa, vi possono essere obblighi positivi inerenti ad un effettivo "rispetto" della vita familiare» (punto 31). Tale orientamento è stato poi ripreso e precisato in successive pronunce, tra le quali occorre

anch'essa adoperata dalla Corte di Strasburgo – tra l'altro – come base giuridica per fornire protezione ai diritti ambientali pur in assenza di un ancoraggio espresso all'interno della Convenzione²³.

Entrambe le suddette ricostruzioni muovono dall'assunto che i diritti fondamentali non abbiano soltanto un contenuto negativo, quali strumenti di difesa dell'individuo contro le interferenze statali, ma implicino anche l'obbligo positivo dello Stato di salvaguardare il godimento di tali diritti a fronte di minacce provenienti da (tra l'altro) condotte lesive di soggetti terzi²⁴.

Il presupposto teorico di tali costruzioni è che, nella società industriale contemporanea, caratterizzata da una crescente capacità delle attività umane di incidere sull'ambiente circostante, lo Stato non sia più la principale fonte di rischio per il godimento delle libertà individuali, posto che le minacce principali in questo senso provengono in misura crescente (e ormai, forse, prevalente) dalle attività private. In altre parole, questa dottrina si basa sulla premessa, che condivide con la teoria dell'Antropocene, che le attività umane, grazie alle conoscenze tecniche acquisite, siano divenute ormai un fattore determinante dell'esistenza, in grado di incidere sulle condizioni di vita delle generazioni presenti e future²⁵.

Questa nuova consapevolezza riguardo alle capacità dell'umanità di incidere sui presupposti della propria esistenza si traduce anche in una mutata considerazione dei diritti fondamentali. Mentre in passato, infatti, questi erano concepiti come sfere di autonomia individuale dai confini potenzialmente illimitati, salvi soltanto i limiti necessari per la salvaguardia delle libertà altrui, nella condizione di interdipendenza che caratterizza

1059

ricordare le sentenze *Airey* del 9 ottobre 1979, *X e Y c. Paesi Bassi* del 26 giugno 1985. Tale evoluzione è descritta, tra gli altri, da F. Sudre, *Les «obligations positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. homme*, 1995, 363 ss.; D. Spielmann, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention*, in F. Sudre (ed.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1998, 136 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a F. Gallarati, *Gli obblighi costituzionali*, cit., 4 ss.

²³ Tra le prime applicazioni della dottrina degli obblighi positivi alle questioni ambientali nella giurisprudenza della Corte EDU, si ricordano le pronunce *López Ostra c. Spagna* del 9 dicembre 1994 e *Guerra e al. c. Italia* del 19 febbraio 1998.

²⁴ Sul duplice contenuto dei diritti fondamentali, come diritti di difesa e di protezione, si veda su tutti, nella dottrina italiana, A. Di Martino, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2016, 1-63.

²⁵ V. in questo senso le illuminanti parole di D. Grimm, *The Protective Function of the State*, in G. Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism*, Cambridge, 2005, 146-147: «The general safety-guaranteeing function of the state was turned into a specific constitutional obligation when it became apparent that the conditions for maintaining individual liberty were changing. Most of the cases following the Abortion Decision concerned risks to constitutionally guaranteed goods or interests produced by modern technologies and their commercial use. Atomic energy, genetic manipulation of food, airplane noise and their impact on life and health; electronic data processing and its threats to free personal development; biogenetics and their manipulative potential for the human nature are among the modern developments that mobilised the constitutional instrument of a duty to protect. In all these cases the question was not whether the legislature, by regulating private activities, had overstepped the limits drawn by fundamental rights, but whether it had furnished sufficient protection against newly appearing risks».

l'Antropocene²⁶, invece, i diritti sono intrinsecamente limitati e condizionati, in quanto ogni esercizio di libertà incide sulla possibilità di godere di quei medesimi diritti da parte di soggetti terzi²⁷.

Date queste premesse, le dottrine degli obblighi di protezione configurano una relazione trilaterale, nella quale si confrontano da un lato la vittima della minaccia e, dall'altro, l'autore della condotta lesiva. Al vertice del triangolo si trova lo Stato, il quale è tenuto, in base ai diritti fondamentali, a proteggere la vittima limitando la libertà dell'autore della minaccia. In questi casi, dunque, a differenza dei diritti difensivi classici, lo Stato non è soltanto destinatario di un dovere di astensione (nei confronti dell'autore della minaccia), ma anche, contemporaneamente, di un correlato obbligo d'azione (nei confronti della vittima)²⁸.

Tutto ciò ha importanti ricadute sui limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti delle scelte politiche. Se è vero infatti che ogni diritto fondamentale comporta una restrizione della sfera di discrezionalità delle autorità democratiche, nel caso degli obblighi positivi di protezione tale limitazione assume un'estensione inusitata²⁹. Sulla base di questa dottrina, infatti, lo Stato non è tenuto soltanto ad astenersi dall'adottare misure restrittive delle libertà individuali, ma è anche, allo stesso tempo, sottoposto all'obbligo positivo di limitare quelle stesse libertà al fine di salvaguardare il godimento dei diritti altrui. Il decisore politico si trova così costretto tra due

²⁶ Questa relazione di interdipendenza fra individui, società e natura, che rappresenta uno dei tratti caratterizzanti dell'Antropocene, è messa in evidenza da diversi autori. V. in particolare D. Amirante, *Costituzionalismo ambientale*, cit., 252 s., che richiama a questo riguardo anche le riflessioni di F. Ost, *Le droit constitutionnel de l'environnement: un changement de paradigme?*, in M.A. Cohendet (ed.), *Droit constitutionnel de l'environnement*, Parigi, 2021, 405-438. In senso analogo cfr. anche J. Jaria-Manzano, *La constitución del Antropoceno*, cit., 244 s. L'Autore spagnolo critica il concetto liberale dei diritti, basato sul principio di autorealizzazione, che egli giudica responsabile di avere permesso e giustificato lo sfruttamento delle risorse naturali, e promuove invece una concezione dei diritti fondata su rapporti di responsabilità e cura, che l'Autore pone alla base della sua idea di "costituzionalismo dell'interdipendenza" (pag. 327 s.).

²⁷ Questa mutata concezione trova un'espressione emblematica in un passaggio della sentenza Neubauer, dove il Tribunale costituzionale federale afferma che «ogni esercizio di libertà è soggetto ai limiti che il legislatore *deve* imporre al fine di ottemperare all'obbligazione climatica di cui all'art. 20a GG e per adempiere ai doveri di protezione derivanti dai diritti fondamentali» (punto 185. Traduzione mia, enfasi aggiunta).

²⁸ Che gli obblighi di protezione abbiano una struttura trilaterale è un'osservazione ricorrente nella dottrina tedesca che si è occupata dell'argomento. Cfr. in questo senso, *ex multis*, J. Isensee, *Il diritto fondamentale*, cit., 83 ss. Sul punto, più estesamente, v. F. Gallarati, *Gli obblighi costituzionali*, cit., 9 ss.

²⁹ Il rischio di una eccessiva espansione del potere giurisdizionale a scapito del potere politico è, evidentemente, uno dei punti critici di questo istituto, che molti autori, specialmente nella dottrina tedesca, non hanno mancato di rilevare. Su tutti, si vedano le sferzanti osservazioni di E-W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 1, 1990, 1-31, trad. it. *Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali*, in Id. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 251 ss.

obblighi di segno opposto che ne limitano, fino potenzialmente ad annullarne, ogni libertà di azione³⁰.

Per apprezzare fino a che punto la dottrina degli obblighi di protezione ponga sotto pressione la discrezionalità politica, e quindi lo stesso principio democratico, si prenda in considerazione la teoria dei diritti fondamentali come principi di Robert Alexy³¹. In base a questa teoria, i diritti fondamentali sono mandati di ottimizzazione che obbligano lo Stato a realizzarli nella misura massima possibile tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto. Nel caso dei doveri di protezione, questo implica che lo Stato è tenuto, in base ai diritti fondamentali, a perseguire il livello massimo di tutela possibile nel bilanciamento con gli interessi confliggenti. Nello specifico, trattandosi di una relazione trilaterale nella quale si confrontano da un lato il diritto di protezione della vittima e, dall'altro, il diritto di libertà dell'autore della minaccia, lo Stato sarebbe tenuto a garantire il livello di protezione massimo compatibile con la salvaguardia del confliggente diritto di libertà dell'autore della minaccia. Applicando tale teoria, dunque, l'individuazione del livello di protezione sarebbe affidata ad un'operazione di bilanciamento tra diritti contrapposti, da risolvere alla stregua del principio di proporzionalità. Ma, se così fosse, di fatto non residuerebbe alcun margine di discrezionalità in capo al decisore politico, che sarebbe tenuto ad adottare l'unica azione costituzionalmente ammissibile, risultato dell'operazione di ponderazione tra confliggenti mandati di ottimizzazione³².

3. Sindacato giurisdizionale e principio democratico nei contenziosi climatici europei

1061

Come conciliare il necessario rispetto degli obblighi di protezione derivanti dai diritti fondamentali con l'esigenza, altrettanto fondamentale in uno Stato di diritto, di salvaguardare la discrezionalità politica delle autorità democratiche?

La questione si è posta nei due casi di contenzioso climatico sopra citati, nei quali le Corti hanno affrontato il problema dei limiti del sindacato giurisdizionale in merito al rispetto degli obblighi di protezione.

Innanzitutto, va detto che entrambe le suddette pronunce hanno accertato l'esistenza di un obbligo dello Stato di agire contro il cambiamento climatico, fondato sugli obblighi di protezione scaturenti dai diritti fondamentali. In particolare, in *Urgenda*, la Corte Suprema olandese ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo positivo, basato sugli artt. 2 e 8 della CEDU, in virtù del quale lo Stato è tenuto a fare la propria parte per

³⁰ Sull'argomento, v. più diffusamente F. Gallarati, *Gli obblighi costituzionali*, cit., 33 ss.

³¹ R. Alexy, *Teoria*, cit., *passim* e spec. 101 ss. Nella dottrina italiana, questa teoria è stata ripresa da diversi autori, tra cui R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 9 ss.

³² Questa è l'essenza della critica rivolta da E.-W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, cit., 260-261 alla teoria dei diritti fondamentali come principi, a cui Alexy risponde nella Postfazione alla seconda edizione della sua *Teoria dei diritti fondamentali*, 611 ss., ricorrendo alla distinzione tra margine discrezionale strutturale ed epistemico (su cui v. *infra*, par. 4).

contrastare i rischi derivanti dal cambiamento climatico³³, attraverso l'adozione di misure di mitigazione e di adattamento³⁴. Analogamente, in *Neubauer* il Tribunale costituzionale federale ha affermato che il dovere di proteggere la vita e l'integrità fisica derivante dall'art. 2(2) GG comprende anche la protezione dalle minacce provenienti dalla degradazione ambientale, tra le quali rientrano quelle legate ai cambiamenti climatici³⁵. Più specificamente, dall'art. 2(2) GG deriva l'obbligo per lo Stato di contrastare i rischi derivanti dal cambiamento climatico adottando misure che contribuiscano a fermare il riscaldamento globale indotto dall'uomo, nonché misure di adattamento volte ad alleviare le conseguenze del cambiamento climatico³⁶. Il Tribunale costituzionale ha inoltre osservato che, sebbene anche la CEDU imponga allo Stato un obbligo positivo di proteggere la vita e la salute contro i rischi derivanti dall'inquinamento ambientale, tale obbligo non conduce ad un ambito di protezione più ampio rispetto a quello accordato dall'art. 2(2) GG³⁷.

In entrambe le sentenze, inoltre, le Corti hanno affermato che, sebbene la decisione di come affrontare la sfida del cambiamento climatico spetti in linea di principio alle autorità politiche, che dispongono a tale riguardo di un ampio margine di apprezzamento nella scelta dei mezzi da utilizzare, tale discrezionalità incontra tuttavia certi limiti, il cui rispetto è sottoposto al controllo giurisdizionale.

Per quanto riguarda il test di giudizio da applicare all'adempimento degli obblighi di protezione, entrambe le Corti hanno dato prova di tenere in debita considerazione le esigenze legate al necessario rispetto del principio democratico. In *Urgenda*, in particolare, la Corte suprema olandese ha affermato che, nel sistema costituzionale olandese, anche una volta accertata l'esistenza di un obbligo positivo, spetta in linea di principio a Governo e Parlamento stabilire in cosa consista in concreto tale obbligo, ovvero, nel caso dell'azione climatica, quale sia l'obiettivo di riduzione delle emissioni che deve essere perseguito dallo Stato. Allo stesso tempo, però, la Corte si è ritenuta legittimata ad intervenire quando risulti chiaramente che lo Stato non abbia assicurato un livello minimo di protezione³⁸. Ad esempio – ha affermato la Corte – se lo Stato non facesse nulla per contrastare il cambiamento climatico, la Corte sarebbe legittimata a ritenere che lo Stato sia venuto meno ai suoi obblighi derivanti dai diritti fondamentali³⁹.

Nella fattispecie, la Corte suprema ha ritenuto che, non avendo aderito all'obiettivo di riduzione delle emissioni del 25% entro il 2020 riconosciuto

³³ Cfr. paragrafo 5.8.

³⁴ Paragrafo 5.3.2.

³⁵ Punto 148.

³⁶ Punti 149 e 150.

³⁷ Punto 147.

³⁸ Cfr. paragrafo 8.3.2: «in the Dutch constitutional system of decision-making on the reduction of greenhouse gas emissions is a power of the government and parliament. They have a large degree of discretion to make the political considerations that are necessary in this regard. It is up to the courts to decide whether, in availing themselves of this discretion, the government and parliament have remained within the limits of the law by which they are bound».

³⁹ Così dichiara la Corte al paragrafo 6.3: «It is clear, for example [...], that the State cannot at any rate do nothing at all and that the courts can rule that the State is in breach of its obligation referred to in 5.9.1 above if it does nothing».

come obbligatorio a livello internazionale, lo Stato olandese fosse venuto meno a quello che, a suo avviso, doveva essere considerato il “minimo assoluto” di protezione da accordarsi nel contesto dell’obbligo positivo di cui agli artt. 2 e 8 CEDU⁴⁰. Di conseguenza, essa ha confermato il giudizio della Corte di appello, in base al quale lo Stato era da ritenersi obbligato a perseguire almeno l’obiettivo di riduzione delle emissioni del 25% entro il 2020⁴¹. Allo stesso tempo, però, in ossequio al principio di separazione dei poteri, essa ha lasciato a Governo e Parlamento il compito di stabilire attraverso quali misure traguardare tale obiettivo⁴².

Un ragionamento analogo, sebbene con un esito differente⁴³, è stato seguito anche dal Tribunale costituzionale federale tedesco nella sentenza *Neubauer* del 2021. Ribadendo un orientamento costante in materia di obblighi di protezione⁴⁴, il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato che lo standard di giudizio applicabile nel caso dei doveri di protezione è diverso rispetto a quello utilizzato per sanzionare la violazione dei diritti nella loro dimensione difensiva. Anche quando sia accertato un obbligo di protezione in capo allo Stato, infatti, il legislatore mantiene un certo margine di apprezzamento in ordine all’individuazione delle misure da adottare. Il Tribunale costituzionale federale, tuttavia, può rilevare una violazione del dovere di protezione se non sono state adottate misure precauzionali di alcun tipo, o se le disposizioni e le misure adottate si rivelano manifestamente inadatte o insufficienti per raggiungere l’obiettivo di protezione richiesto⁴⁵.

Nel caso di specie, il Tribunale costituzionale federale ha ritenuto che tali condizioni non fossero soddisfatte, in quanto il legislatore aveva adottato delle misure precauzionali non manifestamente inadeguate o insufficienti, avendo fissato l’obiettivo della neutralità climatica entro il 2050 ed avendo predisposto una traiettoria di riduzione delle emissioni coerente con tale obiettivo⁴⁶. Allo stesso tempo, però, il Tribunale ha lasciato intendere che l’esito sarebbe stato diverso se il legislatore non avesse sancito l’obiettivo

⁴⁰ Tale soglia viene indicata dalla Corte come il contenuto minimo, giuridicamente vincolante, dell’obbligo positivo gravante sullo Stato in virtù degli artt. 2 e 8. Ciò in quanto la Corte ha ritenuto che vi fosse un ampio consenso nella comunità internazionale e nella comunità scientifica che “almeno” quel livello di riduzione fosse urgentemente necessario (cfr. paragrafo 7.5.1).

⁴¹ Paragrafo 7.5.1.

⁴² Cfr. in questo senso il paragrafo 8 della sentenza, nel quale la Corte risponde ai motivi di ricorso, proposti dal Governo, basati sul mancato rispetto del principio di separazione dei poteri e del connesso principio, previsto nell’ordinamento olandese, per cui i giudici non possono ordinare al Parlamento di adottare atti legislativi. La Corte di Cassazione osserva, a questo riguardo, che tale principio impedisce alle corti soltanto di ordinare l’adozione di atti legislativi aventi un determinato contenuto; non vieta invece che le corti dichiarino un’omissione legislativa incompatibile con il rispetto dei diritti fondamentali proclamati dalla CEDU, poiché in questo caso resta in capo al legislatore la decisione in ordine a quali misure adottare per adempiere ai propri obblighi positivi.

⁴³ Il Tribunale costituzionale federale, infatti, ha rigettato l’argomento basato sui doveri di protezione, mentre ha accolto quello fondato sulla protezione intertemporale dei diritti di libertà. Sul punto cfr. A. Di Martino, *Intertemporalità dei diritti*, cit., 11-12.

⁴⁴ La sentenza richiama in questo senso le sentenze BVerfGE 77, 17 del 29 ottobre 1987 sui depositi di armi chimiche e 79, 174 del 30 novembre 1988 sui rumori del traffico stradale.

⁴⁵ Punto 152.

⁴⁶ Punti 154 e ss.

della neutralità climatica o se si fosse limitato ad adottare misure di adattamento ai cambiamenti climatici⁴⁷.

È importante osservare che nella decisione del Tribunale costituzionale federale ha giocato un ruolo determinante l'assenza di dati scientifici certi riguardo agli effetti del cambiamento climatico sulla salute umana. Alla tesi dei ricorrenti, secondo i quali l'obiettivo di contenere l'aumento delle temperature entro i 2°C, assunto come base dal legislatore federale, sarebbe stato troppo poco ambizioso, il *Bundesverfassungsgericht* ha infatti replicato che dai report dell'IPCC non emerge in maniera univoca la necessità di contenere gli aumenti di temperatura entro 1,5°, in quanto tali report si limitano a segnalare che un aumento delle temperature di 1,5° porrebbe meno rischi per la salute umana, ma non affermano invece che un aumento di 2°C sarebbe incompatibile con l'obbligo di protezione derivante dall'art. 2 GG⁴⁸. Questo ha consentito quindi al Tribunale di concludere che, stante la perdurante incertezza scientifica, il legislatore dispone *attualmente* di un significativo margine di discrezionalità nell'adempimento del proprio dovere di protezione derivante dai diritti fondamentali, specialmente in quanto deve conciliare le esigenze di tutela della salute con gli interessi confliggenti⁴⁹.

4. La discrezionalità politica nell'Antropocene tra margini strutturali ed epistemici

In definitiva, dal confronto tra le strategie argomentative utilizzate nelle due sentenze sopra richiamate, emergono alcuni elementi utili ad analizzare l'evoluzione del rapporto tra discrezionalità politica e sindacato giurisdizionale nel contesto dell'Antropocene.

Innanzitutto, è possibile osservare che, sebbene l'affermazione della dottrina degli obblighi di protezione comporti una indubbia estensione dell'area del sindacato costituzionale a scapito della discrezionalità politica, Governo e Parlamento conservano tuttora un significativo, sebbene non illimitato, margine di apprezzamento nell'affrontare le sfide ambientali.

I confini di tale libertà di manovra possono essere esaminati assumendo come prospettiva d'analisi le due declinazioni del principio di discrezionalità indicate dal giurista tedesco Robert Alexy nella sua *Teoria dei diritti fondamentali*⁵⁰: la discrezionalità strutturale e la discrezionalità epistemica.

⁴⁷ Punto 155.

⁴⁸ Punto 160.

⁴⁹ Cfr. punto 165: «If the executive and legislative branches therefore assume that by limiting the increase in the average temperature to well below 2°C and preferably to 1.5°C (§ 1 third sentence KSG), the impact of climate change in Germany could be alleviated using adaptation measures to an extent that would allow the level of protection required under Art. 2(2) first sentence GG to be reached, they are not overstepping the decision-making leeway afforded to them in fulfilling the duty of protection arising from fundamental rights – *at least not presently*» (enfasi aggiunta).

⁵⁰ Questa distinzione è esposta da Alexy nel capitolo del volume dedicato alla categoria dei «diritti ad azioni positive dello Stato», nell'ambito della quale l'Autore colloca i «diritti di protezione» (pag. 480-500). In particolare, il rapporto tra diritti di protezione e discrezionalità viene introdotto nel paragrafo 2.3, dove l'Autore introduce la

Da un lato, le autorità politiche dispongono di un margine discrezionale “strutturale”, dovuto cioè alla conformazione stessa degli obblighi di protezione. A differenza dei diritti difensivi, che hanno ad oggetto una specifica azione statale, gli obblighi di protezione hanno un contenuto indeterminato, in quanto obbligano lo Stato a perseguire un determinato obiettivo, ma non indicano le misure attraverso le quali tale obiettivo debba essere raggiunto⁵¹. La scelta di tali misure è dunque una valutazione discrezionale rimessa, in linea di principio, alle autorità politiche, che sono meglio posizionate rispetto alle Corti per trovare un punto di equilibrio tra gli interessi in conflitto, mentre alle Corti compete valutare l'adeguatezza degli strumenti adoperati rispetto agli obiettivi perseguiti. Questo margine discrezionale “strutturale” si trova riflesso nelle due sentenze sopra esaminate, nelle quali le Corti hanno riconosciuto di essere abilitate ad intervenire solo quando risulti che le misure adottate dalle autorità politiche siano inadeguate rispetto all'obbligo di proteggere i diritti fondamentali dai rischi legati al cambiamento climatico⁵².

Dall'altro lato, le autorità politiche dispongono di un margine discrezionale “epistemico”, legato cioè alla difficoltà di conoscere con precisione il contenuto degli obblighi costituzionali derivanti dai diritti fondamentali, a causa dell'indefinitezza delle acquisizioni scientifiche⁵³ e dell'opinabilità delle valutazioni relative al bilanciamento in casi complessi⁵⁴.

distinzione tra discrezionalità ed epistemica. Questa distinzione è poi ripresa e ampliata nella Postfazione alla seconda edizione dell'opera, pubblicata nel 1994, dove l'Autore replica ad alcune delle critiche emerse in dottrina a seguito della pubblicazione della prima edizione del 1985. V. in particolare R. Alexy, *Teoria*, cit., 617 ss.

⁵¹ Osserva R. Alexy, *Teoria*, cit., 491-492, che mentre i diritti di difesa sono, per i destinatari, divieti di distruggere o danneggiare qualcosa, i diritti di prestazione sono invece obblighi di proteggere o promuovere qualcosa. «Se è vietato distruggere o danneggiare qualcosa, allora ogni azione che rappresenti o causi una distruzione o una lesione è vietata. Al contrario, se è obbligatorio proteggere o promuovere qualcosa, allora non ogni azione che rappresenti o attui una protezione o promozione obbligatoria». In questo caso, infatti, obbligatorio è compiere una sola delle azioni efficaci potenzialmente adottabili. «Questo però – osserva l'Autore – significa che il destinatario dell'obbligo di salvataggio, se non si presentano ulteriori ragioni di limitazione, ha un margine discrezionale al cui interno può scegliere come deve realizzare la prescrizione» (enfasi nel testo).

⁵² Una rappresentazione emblematica del margine di discrezionalità “strutturale” si ha nel passaggio della sentenza *Neubauer* nel quale il Tribunale costituzionale tedesco, in linea con la propria giurisprudenza costante, osserva: «There is an essential difference between the subjective, defensive rights against state interference that arise from fundamental rights on the one hand, and the state's duties of protection that result from the objective dimension of fundamental rights on the other. In terms of purpose and content, defensive rights are aimed at prohibiting certain forms of state conduct, whereas duties of protection are essentially unspecified» (punto 152).

⁵³ Ci si riferisce all'impossibilità di ricavare in maniera univoca da una acquisizione scientifica una regola applicabile al caso di specie. Si tratta di una conseguenza dell'indeterminazione propria non solo delle scienze climatiche, ma di tutta l'epistemologia scientifica contemporanea, da cui discende, sul piano giuridico, l'impossibilità di autodeterminare il contenuto delle norme in materia ambientale sulla base di risultanze scientifiche “esatte”. Su questo punto, cfr. Amirante, *Costituzionalismo ambientale*, cit., 20-21.

⁵⁴ Cfr. R. Alexy, *Teoria*, cit., 615-616: «Il margine discrezionale epistemico non nasce dai limiti di ciò che la Costituzione prescrive o vieta, ma dai limiti della capacità di

In questo senso, come già osservato, il margine di indeterminatezza insito nelle valutazioni dell'IPCC ha influito sul giudizio adottato dal Tribunale costituzionale federale tedesco in merito alla compatibilità con i doveri di protezione dell'obiettivo del contenimento delle temperature entro i 2°C⁵⁵. Viceversa, in *Urgenda*, la Corte Suprema olandese ha potuto constatare la violazione dell'obbligo di protezione, in quanto i Paesi Bassi non avevano rispettato il "minimo assoluto" di riduzione delle emissioni, sul quale vi era un ampio consenso della comunità internazionale e della scienza climatica⁵⁶. La Corte, tuttavia, non ha stabilito (né avrebbe potuto farlo) quale livello di riduzione delle emissioni i Paesi Bassi dovessero effettivamente impegnarsi a perseguire nell'adempimento dei propri obblighi di protezione.

Se questi sono i margini discrezionali di cui, ad oggi, dispongono le autorità politiche nell'adempire ai propri obblighi di protezione, si può tuttavia rilevare che, dalle pronunce esaminate, emergono alcuni indizi che fanno presagire una crescente limitazione del loro spazio di manovra in corrispondenza dell'aggravarsi delle minacce dell'Antropocene.

In primo luogo, infatti, con l'incremento di problemi ambientali quali il cambiamento climatico e la perdita di biodiversità, l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali diverrà più pressante e urgente, determinando un innalzamento del livello di tutela costituzionalmente obbligatorio, con corrispondente riduzione dello spazio di manovra del decisore politico. Sintomi di questa tendenza si ritrovano nella sentenza *Urgenda*, dove la Corte, nel giustificare la sua invasione nel campo delle valutazioni politiche, ha addotto le circostanze eccezionali dovute alla crisi climatica⁵⁷. Similmente, in *Neubauer* il Tribunale costituzionale federale ha sottolineato come l'aggravarsi del cambiamento climatico sia destinato presumibilmente a fare aumentare il peso degli obblighi di protezione, tanto da rendere in futuro necessarie limitazioni dei diritti di libertà che, se analizzate nella prospettiva odierna, apparirebbero irragionevoli⁵⁸.

Parallelamente, con l'avanzamento delle conoscenze scientifiche e il peggioramento delle condizioni ambientali, lo spettro delle soluzioni costituzionalmente ammissibili è destinato a ridursi, con conseguente compressione del margine di discrezionalità politica. Significativa in questo senso è l'enfasi, riposta in più punti dal Tribunale costituzionale federale

riconoscere, da un lato, ciò che la Costituzione prescrive e vieta e, dall'altro, ciò che essa né prescrive né vieta, quindi ciò che essa pone come libero. Se si approfondisce la cosa, si può dire che il margine discrezionale epistemico deriva dai limiti della capacità di riconoscere i limiti della Costituzione. I limiti di questa capacità possono essere costituiti sia dai limiti delle conoscenze empiriche sia dai limiti delle conoscenze normative».

⁵⁵ Cfr. punto 162: «If the legislator has nonetheless based the national climate change legislation on the commitment undertaken by the Parties to the Paris Agreement to limit global warming to well below 2°C and preferably to 1.5°C, this may be regarded as politically too unambitious. However, given the considerable uncertainty which the IPCC itself has documented by stating ranges and levels of confidence, the legislator presently retains significant decision-making leeway in fulfilling its duty of protection arising from fundamental rights, especially since it also has to reconcile the requirements of health protection with conflicting interests».

⁵⁶ V. paragrafo 7.5.1.

⁵⁷ V. paragrafo 8.3.4.

⁵⁸ Cfr. ad es. punto 246.

nella sentenza *Neubauer*, sul fatto che il legislatore dispone *attualmente* di un considerevole potere di apprezzamento, in ragione delle incertezze scientifiche che – ad oggi – circondano ancora le misure di contrasto dei cambiamenti climatici⁵⁹. Ciò lascia quindi presagire che tale margine sia destinato a restringersi mano a mano che saranno disponibili maggiori evidenze sulle conseguenze potenziali del riscaldamento globale e si ridurrà lo spettro delle misure idonee a farvi fronte⁶⁰.

In conclusione, l'affermazione della dottrina degli obblighi di protezione, indotta dall'accresciuta consapevolezza circa la capacità delle attività umane di condizionare le basi naturali della vita, ha comportato, e in prospettiva presumibilmente comporterà in misura crescente, un'estensione dell'area del sindacato giurisdizionale, a cui è affidato il compito di verificare che le autorità politiche abbiano adempiuto correttamente agli obblighi positivi derivanti dai diritti fondamentali. Le sentenze sopra analizzate, pronunciate nell'ambito del contenzioso climatico, mostrano come, ancora nell'attuale contesto di grave crisi, Governo e Parlamento mantengano un significativo margine di discrezionalità nella scelta delle misure da adottare per affrontare le minacce ambientali. Se e in che misura questo margine potrà essere conservato nei decenni a venire dipende, in ultima istanza, dalla capacità del decisore democratico di adottare misure efficaci e tempestive contro il degrado ambientale. In caso contrario, il ruolo del giudice – e del giudice costituzionale in particolare – è destinato ad espandersi, potenzialmente fino al punto di sostituire il proprio giudizio tecnico, fondato sulle evidenze scientifiche, alla valutazione discrezionale delle autorità politiche. Anche ammesso che questo serva a salvare il mondo, ad uscirne irrimediabilmente trasformato sarebbe lo Stato costituzionale di diritto.

1067

Francesco Gallarati
Dip.to di scienze politiche e internazionali
Università di Genova
francesco.gallarati@unige.it

⁵⁹ Cfr. punto 165.

⁶⁰ Da questo punto di vista, appare di estremo interesse il ricorso pendente davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco nel caso *Steinmetz*, nel quale i ricorrenti chiedono di verificare se i nuovi target fissati dal Parlamento a seguito della sentenza *Neubauer* siano ancora compatibili con i diritti fondamentali, alla luce delle nuove evidenze scientifiche nel frattempo emerse.

