



14 LUGLIO 2021

Il ruolo innovativo del contenzioso
climatico tra legittimazione ad agire e
separazione dei poteri dello Stato.
Riflessioni a partire dal caso Urgenda

di Emanuele Guarna Assanti
Professore a contratto di Diritto dell'ambiente
Università degli Studi Guglielmo Marconi

Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*

di Emanuele Guarna Assanti

Professore a contratto di Diritto dell'ambiente
Università degli Studi Guglielmo Marconi

Abstract [It]: L'articolo esamina una tematica di estrema attualità: il contenzioso climatico. Dopo aver analizzato le categorie di *climate cases* esistenti, ponendo a base della ricerca il caso promosso in Olanda dalla Fondazione Urgenda, si mettono in evidenza le tecniche di tutela dell'ambiente, legate, da un lato, ai diritti umani e, dall'altro, alla *public interest litigation*, per giungere a considerazioni sistematiche sul principio della separazione dei poteri che impedirebbe, *prima facie*, al giudice di pronunciarsi in tale materia.

Abstract [En]: The article examines an extremely topical issue: the Climate Change Litigation. After having analysed existing climate cases, placing the case promoted in Holland by the Urgenda Foundation as the basis of the research, techniques of environmental protection (Human Rights and Public Interest Litigation) and the principle of the Separation of Powers (that would prevent the judge from ruling on this subject-matter) are discussed.

Parole chiave: Contenzioso climatico; Tecniche di tutela dell'ambiente; Legittimazione ad agire; Diritti umani; Separazione dei poteri; Ordinamenti giuridici e ambiente

Keywords: Climate Change Litigation; Environmental Protection Techniques; Legal Standing; Human Rights; Separation of Powers; Legal Systems and the Environment

Sommario: 1. Premessa. L'interesse alla tutela dell'ambiente tra categorie tradizionali e innovative pronunce giurisprudenziali. 2. I c.d. *climate cases*. 3. La vicenda oggetto della controversia promossa dalla Fondazione Urgenda. 4. Le questioni giuridiche sollevate dal caso Urgenda. 5. Le tecniche di tutela dell'ambiente: soggettività giuridica della natura o diritti umani (il diritto alla salute e il diritto alla salubrità dell'ambiente)? 5.1. Il ruolo della c.d. *Public interest litigation* per la tutela dell'ambiente. 6. L'attualità del principio della separazione dei poteri: da una visione negativa a una visione positivo-propulsiva. 6.1. Dalla libertà alla discrezionalità: i limiti positivi posti all'azione dei governi. 6.2. L'ambiente come prerequisito della democrazia costituzionale. 7. Considerazioni finali: l'evoluzione dell'ordinamento giuridico nel prisma della salvaguardia dell'ecosistema.

1. Premessa. L'interesse alla tutela dell'ambiente tra categorie tradizionali e innovative pronunce giurisprudenziali

La tutela dell'ambiente costituisce interesse giuridico relativamente recente¹. Solo negli ultimi anni, infatti, dilagante l'inquinamento ambientale e il depauperamento delle risorse naturali, prima la coscienza

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Mentre l'ambientalismo moderno nasce, invece, a cominciare dal 1962, anno di apparizione del libro di Rachel Carson, *Silent Spring* edito da Houghton Mifflin: cfr. S. Nespore, *La scoperta dell'ambiente. Una rivoluzione culturale*, Roma-Bari, 2020.

collettiva, che ha consentito il proliferare di associazioni ambientaliste², poi la scienza giuridica hanno iniziato a occuparsi di un tema tanto fondamentale³.

La tendenza, adesso, si è invertita. Se l'ambiente stentava a farsi strada come interesse giuridicamente tutelato dai pubblici poteri e, da un punto di vista strutturale, come interesse c.d. "a protezione necessaria"⁴, oggi esso si accaparra invece una tutela sempre più incisiva.

La questione da cui si muove, promossa dalla fondazione Urgenda contro lo Stato olandese, coinvolge profili di teoria generale del diritto che trascendono, senza dubbio, l'ordinamento giuridico olandese⁵ e si prestano a riflessioni di più ampio respiro. A prescindere da se e come i paesi europei abbiano disciplinato le azioni collettive, e in particolare le azioni collettive legate agli interessi ambientali e al cambiamento climatico, il caso Urgenda spinge a riflettere su consolidate categorie giuridiche⁶ che non sembrano più

² Da notare come la più compiuta letteratura sui movimenti ecologisti sia fiorita a partire dagli anni '70 e cfr., sul punto, sempre S. Nespore, *La scoperta dell'ambiente*, cit., p. 34 ss. Alla crescente attenzione degli studiosi e dell'opinione pubblica rivolta ai problemi ambientali è corrisposta una altrettanto crescente attività normativa da parte delle organizzazioni internazionali e v. M. Montini, *Profili di diritto internazionale. La disciplina settoriale sulla protezione dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Padova, 2012, p. 43 ss. In Italia, l'interesse da parte della scienza giuridica per la protezione dell'ambiente è coevo: il primo numero della *Rivista giuridica dell'ambiente* risale, infatti, al 1986, anno del disastro di *Chernobyl* e della istituzione del Ministero dell'ambiente. Per ciò che concerne l'ordinamento italiano, sul più generale processo di giuridicizzazione dell'interesse ambientale, G. Rossi, *La materializzazione dell'interesse all'ambiente*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, p. 11 ss.

³ Dagli scritti giuridici in tema di ambiente, risalenti in particolare agli anni '70 e '80, non emerge una categorizzazione idonea a rendere il diritto dell'ambiente autonoma branca del diritto. L'ambiente sembra essere inteso in un senso quasi esclusivamente spaziale: ambiente, in particolare, come territorio sul quale si innesta la tutela urbanistica; ambiente in relazione al quale si tutelano il paesaggio e le bellezze naturali e culturali; infine, ambiente come graduale tutela delle singole matrici ambientali (acqua, territorio, ecc.). Cfr., sul punto, M.S. Giannini, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15 ss.; E. Capaccioli, *Profili giuridico-amministrativi della tutela contro l'inquinamento dell'aria e dell'acqua*, in *Foro amm.*, 1970, III, p. 229 ss.; E. Capaccioli, F. Dal Piaz, *Ambiente (tutela dell'). Parte generale e diritto amministrativo*, in *Nss. Dig. Appendice*, I, Torino, 1980, p. 257 ss. Al contrario, oggi, la prospettiva è radicalmente cambiata. Il diritto ambientale è una branca del diritto amministrativo dotata di propri specifici principi, di matrice sovranazionale e internazionale, ciò che consente di analizzare il tema secondo una prospettiva globale, poiché a fronte di un problema globale, la soluzione, almeno teoricamente, dovrebbe rivestire la sua stessa estensione e v., per tutti, S. Cassese, *Il diritto globale*, Torino, 2008, p. 5.

⁴ Sul punto, G. Rossi, *Potere amministrativo e interessi a protezione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, 2011.

⁵ E che creano un processo virtuoso di imitazione delle azioni proposte innanzi a organi giudiziari e delle soluzioni apprestate in un ordinamento all'interno di altri, nello stesso oppure anche in altri continenti, alimentando un "dialogo" tra organi giudiziari e ordinamenti giuridici analogo a quello riscontrabile nel sistema del "diritto globale", e v. S. Cassese, *Il diritto globale*, Torino, 2008 e, in particolare, p. 151.

⁶ G.L. Conti, *La tutela dell'ambiente: prospettive di diritto pubblico della transizione*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2017, p. 116 ss. rileva che «da fine del secolo breve ha svuotato molte delle categorie tradizionali del diritto pubblico e non è ancora chiaro quali saranno le categorie che guideranno la costruzione del diritto pubblico nel futuro» e che «neppure sono chiari i valori, le idee e i principi che consentiranno di ricostruire queste categorie». Lo studio del diritto dell'ambiente consente di intravedere e analizzare gli sviluppi futuri del diritto pubblico interno, europeo e internazionale e di porre anche in evidenza tutti i limiti dell'ordine internazionale fondato sugli Stati nazionali quando si tratta di amministrare interessi superstatuali e fronteggiare, come avvenuto di recente con l'epidemia da coronavirus, eventi imprevedibili di carattere transnazionale. È proprio in questo senso che possono inquadrarsi tutti gli sforzi compiuti da studiosi e scienziati dei più vari paesi volti a introdurre vere e proprie obbligazioni in capo a stati e imprese al fine di ridurre l'impatto dell'uomo sul clima e v. gli *Oslo principles on global climate change obligations*, dove si precisa che «these principles, seeking to overcome the generally abstract nature of previous efforts to define the scope of legal obligations relevant to climate change, express [...] the current obligations that all States and enterprises have to defend and protect the Earth's climate and,

adatte ad affrontare tematiche, legate a nuovi interessi, che fortemente si impongono all'attenzione del giurista.

Come affermava un illustre studioso del diritto amministrativo, studiare il diritto dell'ambiente «è semplicemente affascinante se si voglia studiare il diritto non nella sua staticità ma in quella dinamicità che ne costituisce in effetti la essenza e il valore»⁷.

Il caso da cui si prendono le mosse esprime in pieno questa considerazione.

2. I c.d. climate cases

L'esigenza di indirizzare il cambiamento climatico secondo il prisma dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile è tema centrale sia nel discorso politico⁸, sia nell'attività delle principali associazioni ambientaliste, globali e locali, che si sono attivate da tempo al fine di individuare strumenti giuridici idonei a indirizzare il comportamento degli Stati verso il raggiungimento degli obiettivi ambientali dai medesimi sottoscritti.

Sono dunque proliferate nel mondo (a dire il vero da diversi anni⁹ ma sono giunte alla notorietà solamente a seguito dell'emergere dei movimenti ambientalisti globali¹⁰), azioni¹¹ promosse innanzi alle Corti

thus, its biosphere», su cui v. S. Nespore, *I principi di Oslo: nuove prospettive per il contenzioso climatico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 752 che riscontra come i principi in questione siano stati il punto di partenza sia del caso Urgenda, sia del caso *Climate change for families*, sentenza emessa dalla Corte federale di Washington.

⁷ F. Benvenuti, *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente. Presentazione*, in *Arch. giur.*, CCII (1982), p. 255, ora in *Scritti giuridici*, Milano, p. 3736.

⁸ Per citare solo alcuni esempi, il Presidente della Commissione europea, *Ursula von der Leyen*, ha più volte ribadito la centralità della questione ambientale per la sopravvivenza dell'Unione Europea. Nel suo discorso di insediamento, essa ha affermato che «prima l'Europa si muove si muove e maggiori saranno i vantaggi per cittadini. Venezia sotto l'acqua è una questione vitale. Vediamo le foreste in Portogallo colpite da incendi, la siccità in Lituania. È successo anche in passato, ma non possiamo perdere neanche un secondo». A seguito dell'emergenza sanitaria che ha sconvolto il mondo a partire dal febbraio 2020, nel discorso sullo stato dell'Unione del settembre 2020, il Presidente della Commissione ha riconosciuto, da un lato, che «abbiamo visto la natura tornare nelle nostre vite. Desideravamo spazi verdi e aria più pulita per la nostra salute mentale e il nostro benessere fisico. Sappiamo che il cambiamento è necessario e sappiamo anche che è possibile» e, dall'altro, che è il c.d. *Green Deal* europeo «il nostro modello per realizzare questa trasformazione», che vedrà l'Unione Europea «diventare il primo continente climaticamente neutro entro il 2050», proponendo di diminuire le emissioni di gas a effetto serra del 55% rispetto al livello attuale.

⁹ Il noto caso *Oposa v. Factoran*, su cui *infra*, deciso dalla Corte Suprema delle Filippine risale al 30 luglio del 1993.

Negli Stati Uniti, i *climate cases* iniziano nel 2003, con i casi *Massachusetts v. Whitman* e *Northwest Environmental Defense Center v. Owens Corning Corp.*, aventi per oggetto, nel primo caso, l'omissione dell'*Environmental Protection Agency* (EPA) di inserire l'anidride carbonica nella lista degli agenti inquinanti ai sensi del *Clean Air Act* e, nel secondo, la costruzione, da parte di una multinazionale, di una struttura in grado di emettere gas nocivi senza aver però ottenuto il permesso di costruirla in violazione del medesimo *Clean Air Act*.

Per un quadro completo e aggiornato dei *climate change cases* attivi nel mondo, v. *The Climate Change Litigation database*, sviluppato dalla *Columbia University*: www.climatecasechart.com. Sul punto, anche, M. Burger, J. Wentz, R. Horton, *The Law and Science of Climate Change Attribution*, cit., p. 57 ss.

¹⁰ È a tutti noto il fenomeno della giovane attivista svedese che ha iniziato nel 2018 la sua attività di sensibilizzazione dell'opinione pubblica mondiale circa il fenomeno del cambiamento climatico e dalla cui attività è nato il movimento globale *Fridays for future*.

¹¹ Sulla *climate change litigation*, v. W. Kahl, M.P. Weller, *Climate change litigation. A handbook*, München, Oxford, Baden Baden, 2021; F. Sindico, M. Moise Mbengue, *Comparative climate change litigation: beyond the usual suspects*, Springer, 2021; L.

nazionali e volte alla condanna all'adempimento, per i rispettivi Stati, di quanto pattuito all'interno delle convenzioni internazionali circa i limiti all'emissione dei gas a effetto serra che, com'è ormai pacificamente ammesso dalla comunità scientifica e accettato dalle citate convenzioni internazionali, provocano l'innalzamento della temperatura del pianeta¹².

Caratteristica attuale del contenzioso climatico è la sua diffusione anche in luoghi del pianeta caratterizzati da un minore sviluppo industriale, come il Sud America o l'Asia, dove però la coscienza collettiva in tema di cambiamento climatico, a dispetto del più lento sviluppo delle istituzioni e degli strumenti giuridici approntati per la soddisfazione di interessi ritenuti meritevoli di tutela, sembra essere abbastanza consolidata.

Ulteriore caratteristica del contenzioso climatico è il fatto che i soggetti ricorrenti non siano più solamente le associazioni ambientaliste operanti all'interno di uno Stato o riconosciute dallo Stato medesimo contro il quale si intende agire, ma anche, insieme alle medesime associazioni che ne curano la preparazione giuridica, semplici individui che lamentano offese dirette e concrete sulla propria vita e sulle estensioni della medesima¹³.

La conseguenza dell'ampliarsi della platea dei soggetti attori del giudizio consente di rendere i c.d. *climate cases* degli importanti strumenti volti a influenzare il comportamento del decisore pubblico (ma anche delle organizzazioni e dei singoli) in direzione di un impegno più solido, di tutti gli attori coinvolti (compresa l'opinione pubblica) nella lotta al cambiamento climatico¹⁴.

Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?*, in *Transnational Environmental Law*, 2020, p. 55 ss.; J. Setzer, R. Byrnes, *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot policy report*, London, July 2019; D. Bodansky, J. Brunnée, L. Rajamani, *International climate change law*, Oxford, 2017; J. Peel, H.M. Osofsy, *Climate change litigation. Regulatory pathways to cleaner energy*, Cambridge, 2015; D. Markell, J.B. Ruhl, *An empirical assessment of climate change in the courts: a new jurisprudence or business as usual?*, in *Florida Law Review*, vol. 64, 2012, p. 15 ss. Per la letteratura italiana, F. Fraccia, M. Occhiena (a cura di), *Climate change: la risposta del diritto*, Napoli, 2011; S. Nespore, *I principi di Oslo: nuove prospettive per il contenzioso climatico*, cit., p. 750 ss.; F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico. Profili giuridici della transizione energetica*, Torino, 2020, p. 535 ss. A maggio 2019, si contavano ben 1328 casi in 28 paesi, cfr. J. Setzer, R. Byrnes, *Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot policy report*, London, July 2019.

¹² Per citare un solo esempio, v. preambolo degli Accordi di Parigi dove si riconosce «the need for an effective and progressive response to the urgent threat of climate change on the basis of the best available scientific knowledge», il che, come riscontrato da M. Burger, J. Wentz, R. Horton, *The Law and Science of Climate Change Attribution*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 45, 2020, p. 147, si lega con il proliferare del contenzioso climatico: «Evidence linking human influence on climate to the harmful impacts of climate change plays an important role in lawsuits seeking to compel action on climate change as well as the legal defense of programs and regulations aimed at reducing greenhouse gas emissions or advancing adaptation objectives».

¹³ Si tratta molto spesso di giovani attivisti che si rivolgono alle corti nazionali e internazionali al fine di costringere i governi a render conto delle azioni che stanno implementando al fine di contrastare il cambiamento climatico, v. J. Setzer, R. Byrnes, *Global trends in climate change litigation*, cit., p. 18 utilizzando, a tal fine, gli strumenti giuridici che si vedranno in seguito.

¹⁴ J. Setzer, R. Byrnes, *Global trends in climate change litigation*, cit., p. 9 mettono in luce il collegamento (*id est: complementary function*) esistente tra la *climate change litigation* e la *climate related legislation*: ad es., «litigants may pursue legal action in order to compel governments to implement more ambitious policies in countries with limited or perceived to be inadequate climate action [...]. Meanwhile, in countries with more progressive legal or policy frameworks on climate change, these frameworks can also provide grounds for litigation, such as to fill in enforcement gaps». Senza contare che la definizione

I casi sinora presentati sembrano potersi ricondurre a due categorie¹⁵.

La prima, che più interessa in questa sede, è composta dai c.d. casi strategici, ovvero da quei giudizi che, seppure giuridicamente non siano stati efficacemente impostati, hanno l'obiettivo di sollevare la questione climatica e di sottoporla all'opinione pubblica al fine di alimentare il dibattito su uno specifico tema¹⁶. Diretta conseguenza di ciò dovrebbe essere un intervento del potere legislativo al fine di regolare il tema in questione in senso favorevole all'ambiente.

La seconda categoria concerne, invece, i c.d. casi di *routine* che si inseriscono, al contrario, in quadri giuridici ben determinati. Questa tipologia di contenzioso non ha un notevole impatto sulle decisioni pubbliche poiché riguarda fenomeni già fatti propri dal legislatore e dunque già sottoposti a regolamentazione.

La prima categoria ha avuto inizio con un caso che, seppur non propriamente rientrante tra quelli climatici, è emblematico dell'utilizzo strategico del contenzioso per il raggiungimento di obiettivi ambientali. Si tratta del caso *Oposa v. Factoran*, deciso dalla Corte suprema delle Filippine il 30 luglio 1993¹⁷. Il primo punto affrontato dalla Corte Suprema filippina consisteva nello stabilire se i minori ricorrenti avessero la legittimazione ad agire per sé e per le generazioni future. La Corte ha risposto affermativamente, riscontrando la base legale della legittimazione ad agire nel principio della responsabilità intergenerazionale che caratterizza il diritto ambientale.

di *Climate change litigation* è quanto mai ampia ricomprendendo ogni tipo di controversia sollevata innanzi a organi amministrativi, giurisdizionali, e altri, nelle giurisdizioni nazionali e di fronte alle corti internazionali, e cfr., sul punto, D. Markell, J.B. Ruhl, *An Empirical Assessment of Climate Change In The Courts: A New Jurisprudence Or Business As Usual?*, in *Florida Law Review*, 64.1, p. 27 secondo cui Climate change litigation is «any piece of federal, state, tribal, or local administrative or judicial litigation in which the party filings or tribunal decisions directly and expressly raise an issue of fact or law regarding the substance or policy of climate change causes and impacts».

¹⁵ Cfr. J. Setzer, R. Byrnes, *Global trends in climate change litigation*, cit., p. 4.

K. Bouwer, *The Unsexy Future of Climate Change Litigation*, in *Journal of Environmental Law*, 2018, 30, pp. 483–506, individua, peraltro, quattro «underexplored areas» del contenzioso climatico, «as a better understanding of and approach to climate change litigation»: primo, guardare oltre i più ovvi *climate cases*, quelli condotti contro governi o grandi industrie, e porre attenzione ai casi proposti localmente; secondo, concentrarsi non più e non tanto solo sull'abbattimento o sull'adattamento ma sulle azioni di mitigazione; terzo, il ruolo del contenzioso climatico di diritto privato; quarto, prestare attenzione al contenzioso climatico «invisibile», «that can happen inadvertently, particularly where this involves small and mundane issues that nevertheless interface with any aspect of domestic climate policy».

¹⁶ «These cases seek to advance climate policies, drive behavioural shifts by key actors, and/or create awareness and encourage public debate», J. Setzer, R. Byrnes, *Global trends in climate change litigation*, cit., p. 4. Si tratta, in sintesi, di *direct regulatory impacts*, che comportano un intervento legislativo di tipo formale, e *indirect regulatory impacts*, che riguardano invece il comportamento dei singoli e delle formazioni sociali, ivi, p. 23.

¹⁷ Supreme Court of the Philippines, G.R. No. 101083 July 30, 1993. A dire il vero, non si tratta del primo caso in materia ambientale che la Corte Suprema delle Filippine ha dovuto affrontare, così guadagnandosi la fama di giudice attento ai diritti delle generazioni future e a un equilibrato bilanciamento tra sviluppo economico e tutela dell'ambiente, ma è in *Oposa* che essa sembra aver dettato le condizioni strutturali per una tutela dell'ambiente nel prisma dello sviluppo sostenibile. In senso dissacrante rispetto alla centralità della pronuncia nel diritto ambientale filippino, v. D.G. Magno, *Artificial judicial environmental activism: Oposa v. factoran as aberration*, in *Indiana International & Comparative Law Review*, 17 (1), pp. 1-28, cui si rimanda per la trattazione di ulteriori casi giurisprudenziali sul punto che mostrano, però, una marcia indietro della Corte Suprema nella protezione dell'ambiente.

Il secondo punto, strettamente legato al primo, riguardava la titolarità della situazione giuridica soggettiva lesa. Il Ministro dell'ambiente replicava sul punto che non era in atto alcuna violazione poiché «the right to a balanced and healthful ecology», contenuto nella Costituzione, costituiva una disposizione programmatica, dunque non direttamente applicabile. La Corte, al contrario, ha stabilito la diretta applicabilità delle norme, anche solo programmatiche, della Costituzione¹⁸.

La terza questione concerneva la stessa sussistenza della giurisdizione, lamentando dunque che si trattasse di una materia riservata al legislatore, quella di stabilire condizioni e limiti per la deforestazione. Anche in questo caso, la Corte ha disatteso la tesi governativa, invocando una disposizione della Costituzione secondo cui il potere giudiziario può correggere «grave abuse of discretion amounting to lack or excess of jurisdiction on the part of any branch or instrumentality of the Government».

Si tratta di questioni problematiche che compariranno in maniera ricorrente nei successivi giudizi di contenzioso climatico.

Un caso che presenta notevoli simmetrie con la questione sollevata dalla Fondazione Urgenda è *Juliana et al. v. United States of America*¹⁹, dove le parti attrici, giovani attivisti coadiuvati dalla organizzazione ambientalista *Our children's trust*, lamentavano il fatto che le azioni del governo, permissive quanto ad attività industriali cagionanti una alta emanazione di gas a effetto serra, violassero i loro diritti costituzionali alla vita, alla libertà e alla proprietà. Conseguentemente, i ricorrenti hanno richiesto alla Corte federale dell'Oregon di ordinare al governo di predisporre un piano per eliminare gradualmente le emissioni di combustibili fossili e ridurre il biossido di carbonio in eccesso.

La Corte d'appello ha successivamente archiviato il caso - sebbene fondato in fatto, avendo riconosciuto che il governo, pur a conoscenza delle nocive conseguenze dell'utilizzo di combustibili fossili²⁰ - «on the basis of institutional competence and non-justiciability»: in pratica, il giudice ha ritenuto la materia non rientrante nell'ambito della sua giurisdizione, trattandosi di un «matter for the legislator», dunque di una sfera riservata alla insindacabile decisione del legislatore.

Emblematico, sul punto, è il caso, coevo a Urgenda e anch'esso promosso da un cittadino supportato da una organizzazione ambientalista pakistana, affrontato dalla *Lahore High Court Green Bench, Ashgar Leghari*

¹⁸ Per un analogo sviluppo con riferimento all'ordinamento italiano, v., per tutti, V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

¹⁹ La causa è stata proposta in primo grado nel 2015 e decisa con sentenza 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020), nella quale «the Ninth Circuit held that ordering the federal government to adopt “a comprehensive scheme to decrease fossil fuel emissions and combat climate change” would exceed a federal court’s remedial authority», cfr. *Harvard Law Review-Recent cases, Juliana v. United States Ninth Circuit Holds that Developing and Supervising Plan to Mitigate Anthropogenic Climate Change Would Exceed Remedial Powers of Article III Court*, Mar. 2021. Per consultare il materiale relativo al caso in esame, oltre alla citata Rivista, v. <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/case/juliana-v-united-states/>.

²⁰ Il giudice dissenziente *Staton*, nella pronuncia sopra menzionata, ha affermato incisivamente che «it is as if an asteroid were barreling toward Earth and the government decided to shut down our only defences [...] the mere fact that this suit cannot alone halt climate change does not mean that it presents no claim suitable for judicial resolution».

v. *Federation of Pakistan*²¹, la quale, preso atto della insufficienza dell'azione del governo pakistano al fine di contrastare il cambiamento climatico in atto, ha istituito una apposita *Climate Change Commission* al fine di monitorare l'attività del governo e prendere atto ai fini del giudizio in corso.

Questi sono solo alcuni esempi di contenzioso climatico, che si è imposto all'attenzione delle Corti e dell'opinione pubblica a partire dal 2015, indicato, appunto, come l'anno della «climate change litigation explosion»²².

3. La vicenda oggetto della controversia promossa dalla fondazione Urgenda

Il caso da cui si prende le mosse vede una organizzazione non governativa di nome Urgenda (sincroni delle parole “urgent” e “agenda”), il cui scopo è quello di stimolare un processo di transizione verso una società più sostenibile, insieme a 900 cittadini olandesi, citare in giudizio l'Olanda perché inadempiente rispetto agli obblighi, assunti con la stipula da ultimo dell'Accordo di Parigi²³, di diminuire la quantità di biossido di carbonio e di altri gas a effetto serra rilasciati nell'atmosfera.

Tutti e tre i gradi di giudizio (la Corte distrettuale, competente in primo grado, la Corte d'appello e la Suprema Corte di Cassazione) hanno pronunciato sentenze favorevoli alla domanda proposta dalla fondazione, suscitando un ampio dibattito tra gli studiosi, in particolare stranieri, per le evidenti ripercussioni che le questioni affrontate hanno da un punto di vista giuridico-sistematico, come vedremo più avanti.

²¹ Case W.P. n. 25501 del 2015, consultabile sempre su <http://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>.

²² In questi termini, J. Peel, H.M. Osofsky, *Climate Change Litigation*, Cambridge, 2015, p. 11 cit. da L. Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?*, cit., p. 56.

V'è da dire che, a fronte della “esplosione” del contenzioso climatico, non si registra una analoga apertura da parte degli organi giudiziari nell'accogliere le domande proposte da individui o associazioni ambientaliste a tutela dell'ambiente. Per alcuni esempi di rigetto, oltre al su citato caso *Juliana, v. S. Cassese, Il diritto globale*, cit., pp. 6-7, dove si ammette peraltro, come si vedrà *infra*, che il problema, nei casi indicati (*California vs. General Motors*, 2006 e *Commonwealth of Massachusetts vs. EPA*, 2007: rispettivamente l'inquinamento prodotto dalle case produttrici di automobili e la mancata regolazione da parte dell'EPA delle emissioni di CO₂ da parte, sempre delle case automobilistiche), pur essendo globale, viene affrontato con soluzioni locali e da giudici nazionali.

²³ L'Accordo di Parigi è stato stipulato il 12 dicembre 2015 dai 195 Paesi presenti alla XXI Conferenza delle Parti della UNFCCC e si prefigge: un obiettivo a lungo termine, di mantenere l'aumento medio della temperatura mondiale al di sotto dei 2 gradi C rispetto ai livelli preindustriali; un obiettivo a breve termine, di limitare l'aumento a 1,5 gradi C, perché ciò ridurrebbe in misura significativa i rischi e gli impatti dei cambiamenti climatici; fare in modo che le emissioni globali raggiungano il livello massimo al più presto possibile, pur riconoscendo la necessità di più tempo per i paesi in via di sviluppo; conseguire rapide riduzioni dei gas climalteranti secondo le migliori conoscenze scientifiche disponibili, in modo da raggiungere un equilibrio tra emissioni e assorbimenti nella seconda metà del secolo. Il ruolo di ciascuno Stato firmatario si concretizza nei Piani generali nazionali per l'azione climatica, che comprendono le c.d. *Nationally determined contributions* (NDCs): ogni Stato decide autonomamente le misure necessarie per raggiungere gli obiettivi pattuiti (approccio c.d. *bottom-up*), frutto però di una attività di coordinamento da svolgere ogni 5 anni.

In sintesi, la fondazione chiedeva al giudice di condannare, in virtù degli articoli 3:296 del Codice civile olandese - DCC (*court order*) e 6:162 DCC (*unlawful act*)²⁴, il governo olandese a porre in essere azioni positive volte a limitare il volume delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 25% rispetto ai livelli del 1990. Considerando, infatti, le azioni sinora poste in essere la riduzione sarebbe stata pari al 14-17% entro il 2020, con ciò non ottemperando agli obblighi assunti con la stipula, in particolare, dell'Accordo di Parigi²⁵.

Basando la propria azione sull'articolo 3:305a DCC, che abilita gli enti esponenziali ad agire, con azioni di classe, a tutela degli specifici interessi di cui sono portatori²⁶, Urgenda ha sottolineato che le emissioni di gas a effetto serra provenienti dall'Olanda stanno contribuendo in maniera significativa al fenomeno del cambiamento climatico. Evidenze scientifiche dimostrano, infatti, che la quota di inquinamento prodotta dall'Olanda è eccessiva, in termini sia relativi, sia assoluti, ovvero sia in relazione all'inquinamento a livello globale, sia in termini di inquinamento *pro capite* locale.

Tali emissioni, per le quali è impossibile negare la responsabilità dello Stato in quanto potere sovrano, sono ritenute *unlawful*, non conformi a diritto, poiché violano il dovere di protezione (*duty of care*) dello

²⁴ Il primo articolo recita «where a person is legally obliged towards another person to give, to do or not to do something, the court shall order him, upon a request or claim of the entitled person, to carry out this specific performance, unless something else results from law, the nature of the obligation or a juridical act», e corrisponde, in linea di massima, ai nostri articoli 2931 ss. c.c. Il secondo stabilisce, invece, che «a person who commits a tortious act (unlawful act) against another person that can be attributed to him, must repair the damage that this other person has suffered as a result thereof (1). As a tortious act is regarded a violation of someone else's right (entitlement) and an act or omission in violation of a duty imposed by law or of what according to unwritten law has to be regarded as proper social conduct, always as far as there was no justification for this behaviour (2). A tortious act can be attributed to the tortfeasor [the person committing the tortious act] if it results from his fault or from a cause for which he is accountable by virtue of law or generally accepted principles (common opinion) (3)».

²⁵ Come riportato in sentenza (ECLI:NL:HR:2019:2007), «The Paris Agreement was concluded at the climate conference in Paris in 2015 (COP-21). This convention calls on each contracting state to account for its own responsibilities. The convention stipulates that global warming must be kept “well below 2°C” as compared to the average pre-industrial levels, striving to limit the temperature increase to 1.5°C. The parties must prepare ambitious national climate plans and of which the level of ambition must increase with each new plan»

²⁶ L'art. 3:305a è rubricato «Collective actions (Class actions)» e stabilisce che: «A foundation or association with full legal capacity that, according to its articles of association, has the objection to protect specific interests, may bring to court a legal claim that intends to protect similar interests of other persons». Si tratta dunque di una legittimazione *ex lege* per ogni persona giuridica che sia legalmente istituita per proteggere un determinato interesse. L'articolo è molto interessante e vale la pena essere conosciuto. Il comma 2 introduce la necessità di una fase pre-processuale volta a raggiungere un accordo tra le parti e ad evitare la lite: «A legal person filing a claim as meant in paragraph 1 is inadmissible if he, in the given circumstances, has made insufficient attempts to reach a settlement over its claim through consultations with the defendant. A period of two weeks after the defendant has received a request for such consultations, indicating what is claimed, shall in any event be sufficient to this end». I commi successivi precisano poi alcune funzioni e limiti, positivi e negativi, al campo applicativo dell'azione: «A legal claim as meant in paragraph 1 may be brought to court in order to force the defendant to disclose the judicial decision to the public, in a way as set by court and at the costs of the persons as pointed out by the court. It cannot be filed in order to obtain compensatory damages (3); A legal action as meant in paragraph 1 cannot be based on specific behaviour as far as the person who is harmed by this behaviour opposes to this (4); A judicial decision has no effect with respect to a person whose interests are protected by the legal action, but who has made clear that he does not want to be affected by this decision, unless the nature of the judicial decision brings along that it is not possible to exclude this specific person from its effect (5)».

Stato olandese nei confronti dei suoi cittadini, i quali lamentano contestualmente altrettante violazioni dei diritti loro riconosciuti dalla Costituzione e dalle Carte sovranazionali e internazionali.

Muovendo dagli articoli 2 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)²⁷ e dall'art. 21, della Costituzione olandese (che recita solennemente: «It shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment») ne deriva che, ai sensi del diritto nazionale e internazionale, lo Stato è obbligato, al fine di prevenire i cambiamenti climatici che cagionano danni ai propri cittadini, ad agire positivamente per ridurre il livello delle emissioni inquinanti.

Dunque, l'obbligo di protezione nei confronti della popolazione impone che, entro il 2020, l'Olanda riduca le emissioni di gas serra del 25-40% rispetto al 1990, in conformità del quarto report della IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*, istituito presso le Nazioni Unite)²⁸, così da garantire il raggiungimento dell'obiettivo, previsto dall'Accordo di Parigi, di mantenere l'innalzamento della temperatura terrestre entro i 2 ° C.

Lo Stato olandese si è difeso negando che siano soddisfatti i requisiti richiesti dagli articoli 3:296 DCC e 6:162 DCC, non essendovi alcuna base giuridica nel diritto nazionale o internazionale per quel *duty of care* che imponga allo Stato di adottare misure positive per raggiungere l'obiettivo della riduzione delle emissioni inquinanti²⁹. L'obiettivo stabilito dal quarto rapporto IPCC non può essere giuridicamente vincolante; né gli articoli 2 e 8 CEDU implicano l'obbligo per lo Stato di adottare misure di mitigazione o altre misure per contrastare il cambiamento climatico.

In sostanza, l'accoglimento della domanda, con conseguente condanna dello Stato a ridurre le emissioni inquinanti, tramite l'imposizione di un obbligo positivo di legiferare, si tradurrebbe essenzialmente in un'inammissibile intrusione del potere giudiziario nell'ambito delle competenze del potere legislativo, con ciò violando il cardinale principio della separazione dei poteri.

La Corte distrettuale dell'Aia ha accolto le tesi prospettate da Urgenda, condannando lo Stato ad agire ai fini della riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 25%. Il percorso logico seguito dalla Corte distrettuale è stato poi avallato dalla Corte d'appello e dalla Corte suprema.

²⁷ L'art. 2, par. 1 CEDU stabilisce che «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena»; l'art. 8, invece, recita: «Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza (1). Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui (2)».

²⁸ Attualmente l'IPCC sta conducendo il sesto ciclo di *assessment* relativamente ai cambiamenti climatici in atto.

²⁹ Si tratta di individuare, dunque, nello Stato un garante di beni ritenuti costituzionalmente meritevoli e, contestualmente, di individuare obbligazioni in capo al medesimo non stabilite espressamente dalla legge. È una esigenza avvertita sin dal diritto romano, recepita dal diritto inglese e contenuta oggi nella *Public Trust Doctrine*, su cui *infra*.

Essenzialmente, i giudici olandesi, disattendendo la tesi propugnata dallo Stato, secondo cui teorizzare un ordine di creare legislazione non sarebbe conforme al principio della separazione dei poteri, si è pronunciata nel senso dell'esistenza di una obbligazione positiva dello Stato di proteggere la vita e la salute dei cittadini.

Le obbligazioni dello Stato olandese derivano da una analisi congiunta di una pluralità di norme costituzionali e sovranazionali e dal modo con cui la Costituzione olandese tende a risolvere i conflitti tra fonti esterne e interne.

Gli articoli 93 e 94 della Costituzione olandese impongono, infatti, allo Stato di osservare ogni disposizione sovranazionale, di diritto primario o secondario, purché vincolante (a seguito della sua pubblicazione) e prevede anche che, in caso di conflitto con una norma interna, siano proprio le disposizioni sovranazionali a prevalere³⁰.

Vengono così in gioco le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, richiamate da Urgenda, e disattese però in primo grado, e, in particolare, gli articoli 2 e 8, i quali tutelano rispettivamente il diritto alla vita di ogni individuo e il diritto al rispetto della vita privata e familiare, applicabili anche al problema globale del cambiamento climatico. Da tali disposizioni deriva una vera e propria obbligazione in capo allo Stato olandese³¹ di adottare tutte le misure volte a impedire una lesione di tali beni giuridici, che le evidenze scientifiche mostrano derivare dall'inquinamento atmosferico e dal surriscaldamento globale.

L'eccessiva emissione di gas a effetto serra è impedita dalle numerose convenzioni internazionali, tra le quali il Protocollo di Kyoto e, più di recente, come visto, l'Accordo di Parigi del 2015³², sottoscritte dall'Olanda che, nell'ottica del principio di precauzione, impongono la riduzione dei gas a effetto serra

³⁰ L'articolo 93 stabilisce che «provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published». L'articolo 94 precisa poi che gli «statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons».

³¹ V., sul punto, gli *Oslo Principles on Global Climate Change Obligations*, richiamati dalle difese delle parti a fondamento delle rispettive pretese e consultabili su <https://globaljustice.yale.edu/oslo-principles-global-climate-change-obligations>.

³² La tutela della qualità dell'aria e del clima coinvolge la normativa nazionale, sovranazionale e internazionale, costituendo fulgido esempio di quel *multilevel constitutionalism*, teorizzato dalla scuola tedesca e v. I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, p. 511 ss. Si v. anche F. Sorrentino, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 79 ss. Il primo atto volto a contrastare il cambiamento climatico in atto, e adottato a livello internazionale, è la *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC) adottata a Rio de Janeiro nel 1992. Di qui, le parti si sono incontrate annualmente nella c.d. Conferenza delle Parti (COP) per proseguire nell'impegno al contrasto al cambiamento climatico. Importanti esiti di tali incontri sono stati il protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997 e, da ultimo, l'Accordo di Parigi del 2015.

Sull'evoluzione della disciplina a tutela della qualità dell'aria v., D. Pappano, *La tutela della qualità dell'aria tra inquinamento atmosferico e lotta ai cambiamenti climatici*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 325 ss. e S. Nespore, *La scoperta dell'ambiente*, cit., p. 153 ss.

nei limiti di un quantitativo che consenta di evitare il cambiamento climatico (massimo 2°C), basando gli sforzi di ciascuno stato, peraltro, su un «credible and worst-case realistic scenario»³³.

Dalla vincolatività delle norme sovranazionali e dalla necessità delle misure volte a contrastare il cambiamento climatico deriva dunque la possibilità per l'apparato giudiziario di condannare lo Stato alla loro adozione, pena la violazione del fondamentale diritto di difesa di ogni individuo e dell'effettività della tutela giurisdizionale (tutelata dall'articolo 13 CEDU).

In relazione a tale ultimo punto, secondo la Corte distrettuale e poi anche secondo le pronunce degli ulteriori gradi di giudizio, non vi sarebbe alcuna violazione del principio della separazione dei poteri perché l'apparato giudiziario non ha ordinato alcuna specifica misura da adottare ma, proprio come accade per uno strumento di produzione normativa quale la direttiva europea, ha fissato un obiettivo, lasciando allo Stato la scelta con riguardo ai mezzi più idonei per raggiungerlo, posto peraltro che si tratta di un obiettivo largamente condiviso dallo Stato medesimo che ad esso si è vincolato³⁴.

Più specificamente, la Corte Suprema, affrontando il punto controverso della separazione dei poteri, ha affermato che anche il governo, al pari di ogni altro soggetto di diritto, può essere obbligato dalle Corti a dare, fare o non fare qualcosa su richiesta della parte avente diritto (art. 3:296 DCC). E si tratta di una regola fondamentale della democrazia costituzionale, connaturata all'ordinamento giuridico olandese.

Questa regola, inoltre, è coerente con il diritto a un ricorso effettivo, principio sancito all'articolo 13 CEDU³⁵, che la Costituzione olandese specifica affermando che i tribunali civili hanno giurisdizione su tutte le controversie, in modo che possano sempre concedere una protezione effettiva nel caso in cui nessun altro tribunale sia in grado di farlo.

La Corte, da un lato, è ben consapevole che i tribunali non dovrebbero intervenire nel processo politico di selezione e protezione degli interessi, attenendo al solo legislatore la possibilità di creare norme giuridiche con contenuto specifico.

³³ Cfr. gli *Oslo principles on global climate change obligations*, secondo cui il principio di precauzione, alla stregua del quale «there is clear and convincing evidence that the greenhouse gas (GHG) emissions produced by human activity are causing significant changes to the climate and that these changes pose grave risks of irreversible harm to humanity, including present and future generations, to the environment, including other living species and the entire natural habitat, and to the global economy», conduce necessariamente all'adozione di misure che «should be adopted without regard to the cost, unless that cost is completely disproportionate to the reduction in emissions that will be brought about by expending it».

³⁴ V. paragrafo 68 della sentenza della Corte d'Appello (ECLI:NL:GHDHA:2018:2016) «the District Court correctly held that Urgenda's claim is not intended to create legislation, either by parliament or by lower government bodies, and that the State retains complete freedom to determine how it will comply with the order. The order also will in no way prescribe the substance which this legislation must have. For this reason alone, the order is not an 'order to enact legislation'. Moreover, the State has failed to substantiate why compliance with the order can only be achieved through creating legislation by parliament or by lower government bodies».

³⁵ Secondo cui «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

La Corte però è altresì consapevole, dall'altro lato, che i tribunali civili pronunciano solo decisioni vincolanti tra le parti della controversia (cfr. art. 236 DCCP).

Al fine di fornire una tutela effettiva alla fondazione ricorrente, che agisce in nome e per conto degli individui che essa rappresenta (in definitiva, l'intera comunità dei cittadini olandesi), è evidente dunque la necessità di un intervento legislativo che detti termini e condizioni vevoli per tutti i soggetti dell'ordinamento.

Ne deriva dunque la possibilità per il giudice di ordinare al potere esecutivo di emanare una legge, non tanto come ordine concreto ma come "ordine generale" di prendere misure, nel rispetto della libertà del legislatore medesimo, che possono avere il più svariato contenuto. Ciò che invece risulta inammissibile è l'imposizione di un determinato contenuto vincolante³⁶.

4. Le questioni giuridiche sollevate dal caso Urgenda

Il caso portato all'attenzione delle Corti olandesi dalla Fondazione Urgenda, a mio avviso, presenta plurimi profili di interesse che travalicano i confini dell'ordinamento dal quale hanno preso vita e che bene consacrano quella definizione di diritto dell'ambiente come «diritto precursore» o «diritto sonda» delle evoluzioni dell'ordinamento giuridico generale³⁷.

I profili di maggiore interesse, comuni ai casi di contenzioso climatico, sono essenzialmente due.

Il primo profilo concerne, secondo le nostre categorie, le condizioni dell'azione, ovvero la possibilità per singoli e organizzazioni esponenziali di interessi diffusi (ambientali) di agire in giudizio al fine di far constatare l'inadempimento dei rispettivi governi e, conseguentemente, ottenere una loro condanna a intraprendere azioni positive per la lotta al cambiamento climatico, ciò che, nella prospettiva dei ricorrenti, conduce alla lesione del diritto alla vita, soprattutto nell'ottica di lungo periodo. Il profilo, come può immediatamente intuirsi, si lega alla problematica dell'ampiezza della legittimazione ad agire di tali associazioni. Come vedremo, un autore statunitense, in uno scritto risalente, si è provocatoriamente chiesto: *Should trees have standing?*³⁸.

³⁶ V. par. 8.2.6 della sentenza della Corte Suprema olandese (ECLI:NL:HR:2019:2007), secondo cui «they may also order the public body in question to take measures in order to achieve a certain goal, as long as that order does not amount to an order to create legislation with a particular content».

³⁷ La definizione è di F. de Leonardis, *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 131, il quale individua come «la natura di diritto precursore o di diritto sonda che connota il diritto ambientale induce a considerare le suggestioni che fornisce sui temi generalissimi dell'equilibrio tra potere legislativo, esecutivo e giurisdizionale e su come si stia evolvendo il principio di legalità come anticipazioni di quello che avverrà in futuro a livello di ordinamento generale». Si vedranno a breve le ripercussioni, sul principio della separazione dei poteri, dei principi affermati dalle sentenze relative al caso esaminato.

³⁸ C. Stone, *Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 1972, p. 450 ss. e, da ultimo, *Should Trees Have Standing? Law, Morality, and the Environment*, Oxford, 2010.

Il secondo punto, consequenziale, concerne la necessaria rivisitazione della tradizionale nozione di separazione dei poteri dello Stato³⁹, fondamento dello Stato liberale e di quello di diritto.

La Corte Suprema olandese, infatti, preso atto della diretta applicabilità delle disposizioni della CEDU relative alla protezione del diritto alla vita (art. 2) e del diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), ha imposto allo Stato di adottare appropriate misure al fine di contenere (se non eliminare) quel rischio reale e immediato di inquinamento ambientale che si ripercuote sulla vita umana, lasciando al medesimo la scelta dei mezzi opportuni ma vincolandolo nello scopo: a quel *duty of care* rinvenibile nelle norme costituzionali e convenzionali.

Specificando tale aspetto, può notarsi come il principio di precauzione, che informa la normativa ambientale interna e sovranazionale, imponendo obblighi di intervento laddove sia appaia maggiormente opportuno una azione positiva⁴⁰, comporti una certa trasformazione del potere legislativo da potere libero (perché politico) in potere discrezionale, potere cioè limitato positivamente da principi-obiettivo di ordine costituzionale e sovranazionale⁴¹, cui si sommano gli obblighi cui gli Stati medesimi si sono autovincolati stipulando i Trattati internazionali che pongono l'obiettivo di ridurre le emissioni climalteranti⁴². Il che sembra, poi, condurre a una centralità dell'organo giudiziario tenuto a verificare la rispondenza dell'azione agli obiettivi e l'eventuale esercizio, o mancato esercizio, del potere⁴³.

Nei paragrafi seguenti si affronteranno, in ordine, le questioni appena individuate.

³⁹ F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, 1966; E. De Marco, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in *Riv. amm.*, 1996, p. 1247 ss.; cfr. anche G. Bognetti, *voce Poteri (divisione dei)*, *Dig. disc. pubbl.*, XI, 1996, ID., *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1994; A. Cerri, *voce Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, 1990; M. Dogliani, *Costituente (potere)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989; C. Roehrssen, *Della separazione dei poteri in Montesquieu e Kelsen con particolare riguardo al potere esecutivo*, in *Riv. amm.*, 1989, 659 ss.; A. Pizzorusso, *La Corte costituzionale e il principio di indipendenza del giudice*, in AA.VV., *Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 667 e ss. e Id., *Organizzazione dei pubblici poteri*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, XXXI, 151; G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, e Id., *La separazione dei poteri*, voll. I e II, Milano, 1979 e 1984.

⁴⁰ Principio da ultimo ribadito dalla Carta di Oslo: *Oslo principles on Global Change Obligation*, su cui v. *retro*, nota 29.

⁴¹ Il potere legislativo, dunque, assumerebbe una connotazione sempre più vicina al potere discrezionale tipico del diritto amministrativo, verificandosi la stessa evoluzione che ha caratterizzato il potere amministrativo: dalla libertà al vincolo.

⁴² Cfr. quanto statuito dal rapporto UNEP, *The status of climate change litigation. A global review*, consultabile sul sito, <https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/20767>, secondo cui, a p. 9: l'Accordo di Parigi «makes it possible for litigants to place the actions of their governments or private entities into an international climate change policy context» e che «while the Paris Agreement does not assign each country a carbon budget, it does offer a basis for deducing a budget from national commitments».

⁴³ In relazione al raggiungimento di obiettivi di tal fatta, come la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, il meccanismo tradizionale della rappresentanza fondato sul meccanismo elezione-responsabilità politica degli eletti (ovvero mancata conferma alle elezioni successive), sembra essere disallineata rispetto al fenomeno da regolare e soprattutto non effettiva con riguardo all'obiettivo da raggiungere.

5. Le tecniche di tutela dell'ambiente: soggettività giuridica della natura o diritti umani (il diritto alla salute e il diritto alla salubrità dell'ambiente)?

Per approfondire il tema delle tecniche di tutela dell'interesse ambientale occorre prendere le mosse dalle concezioni di ambiente diffuse nella letteratura⁴⁴.

La prima è la concezione antropocentrica, per la quale l'ambiente è tale se considerato in relazione alle utilità che può offrire all'uomo⁴⁵. Secondo tale visione, l'uomo è il valore da tutelare per mezzo della protezione della natura e quest'ultima non consiste in altro che nell'insieme delle condizioni che consentono all'uomo, oltre che di sopravvivere, di realizzarsi come tale. L'ambiente è dunque modificabile in relazione alle esigenze umane, con il limite della preservazione della sua capacità di resilienza e, dunque, di esistenza⁴⁶.

La seconda è la concezione ecocentrica, per la quale l'ambiente non è semplicemente un insieme di risorse in funzione della realizzazione dell'uomo, sia come singolo sia come membro di quelle «formazioni sociali nelle quali si svolge la sua personalità» ma è un valore tutelabile di per sé. Secondo questa visione, l'uomo non è padrone della natura ma si inserisce come parte nel tutto: la natura non è mero oggetto ma è ecosistema nel quale l'uomo, naturalmente, si integra⁴⁷.

⁴⁴ J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, n. 4, 1989, p. 673 ss. e spec. p. 674, dove compendia la problematica in esame chiedendosi se possiamo definire l'ambiente come «tutte le condizioni esterne della salute dell'uomo» oppure come «tutte le risorse naturali e culturali». V. anche S. Grassi, voce *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, cit., n.1.

La letteratura straniera, sul punto, è copiosa e si sta dirigendo verso una problematizzazione della dicotomia e una soluzione obbligata, quella ecocentrica: R. Abate, *An Anthropogenic Problem That Requires an Ecocentric Solution*, in *Climate Change and the Voiceless: Protecting Future Generations, Wildlife, and Natural Resources*, Cambridge, 2019, p. 1 ss.; V. De Lucia, *Beyond Anthropocentrism and Ecocentrism: A Biopolitical Reading of Environmental Law*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 8, 2017, p. 181 ss.; H. Washington, B. Taylor, H. Kopnina, P. Cryer, J.J. Piccolo, *Why Ecocentrism Is The Key Pathway To Sustainability*, in *The Ecological Citizen*, 2017, p. 35 ss.; P. Curry, *Ecological Ethics: An Introduction*, Cambridge, 2011; C. Stone, *Should trees have standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 1972, p. 450 ss.

⁴⁵ Dove l'uomo diventa un «essere superiore, dotato di ragione e chiamato a dominare e ad appropriarsi della natura, che deve servire come mezzo per il soddisfacimento dei suoi bisogni, come “risorsa” di produzione, di consumo e di produzione della specie umana», cfr. J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo*, cit., p. 675. Cfr. anche F. Fracchia, *Sulla configurazione unitaria dell'ambiente fondata sull'art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215 ss.

⁴⁶ Sul concetto di resilienza climatica, accolto soprattutto in ambito internazionale, v. D. Pappano, *La tutela dell'aria tra inquinamento atmosferico e lotta ai cambiamenti climatici*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, p. 325 ss.

⁴⁷ Si critica dunque il concetto di natura come mezzo a fine: la natura è «valore autonomo», e v. J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo*, cit., p. 675.

Di qui, dunque, l'interrogativo se l'ambiente in sé possa essere considerato un soggetto titolare di diritti, suscettibili di protezione giuridica di fronte all'autorità giudiziaria (e anche amministrativa)⁴⁸ e la conseguente problematica di individuare congegni giuridici idonei a consentirne la tutela⁴⁹.

Di qui, inoltre, la chiara necessità di individuare un soggetto specifico che agisca in giudizio, in nome e per conto dell'interessato, al fine di far valere le sue pretese, positive o negative.

Viste le difficoltà ad ammettere una soggettività giuridica della natura, e di individuare conseguentemente un soggetto specifico che ne faccia valere gli interessi, la via di gran lunga più praticata al fine di consentire una tutela effettiva degli interessi connessi alla protezione dell'ambiente è quella dei diritti umani: l'ambiente viene tutelato se e nella misura in cui la sua protezione influisce positivamente sulla integrità e sul rispetto della vita umana⁵⁰.

E ciò è potuto avvenire nell'ordinamento olandese, considerato «a bit of a stranger in Europe»⁵¹, dove la Corte Suprema, collocandosi in posizione mediana rispetto al sistema statunitense (dove, com'è noto, il controllo di costituzionalità è diffuso) e a quello europeo-continentale⁵², ha la possibilità di giudicare della conformità di una legge rispetto alla salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, così come

⁴⁸ Significativo quanto sottolineato da C. Stone, *Should trees have standing?*, cit., p. 452 secondo cui «nor is only matter in human form that has come to be recognized as the possessor or rights (...). We have become so accustomed to the idea of a corporation having “its” own rights, and being a “person” and “citizen” for so many statutory constitutional purposes, that we forget how jarring the notion was to early jurists»: dunque perchè lo Stato sì e l'ambiente no?

⁴⁹ Le ricostruzioni sulla natura giuridica del bene ambiente e, conseguentemente, sulle tecniche apprestate per la sua tutela si mostrano insufficienti. Da un lato, infatti, l'inquadramento dell'ambiente nel campo dei diritti soggettivi, sub specie diritti umani, appare insufficiente, sia da un punto di vista concettuale poiché ambiente è molto più di un qualcosa che può essere oggetto di diritti soggettivi, sia da un punto di vista prettamente giuridico perché una norma non è in grado di prevedere in maniera statica ciò che si presenta come fenomeno complesso e dinamico. Dall'altro, il carattere relazionale dell'ambiente medesimo, che comporta la nascita di una molteplicità di rapporti con riferimento alla medesima situazione, impedisce di individuare un soggetto che sia esclusivo titolare del diritto alla protezione dell'ambiente. Per questo si escogitano soluzioni che coniugano le tecniche giuridiche tradizionali ai nuovi bisogni: nel nostro caso, ad es. o si attribuisce una legittimazione ad agire *ex lege*, come avvenuto sin dalla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente, per le associazioni il cui scopo era quello di una sua tutela oppure si ricorre allo stratagemma degli enti esponenziali e al criterio della *vicinitas*, alla stregua del quale occorre, ai fini della legittimazione ad agire, uno stabile e significativo collegamento, da riscontrare caso per caso, tra il ricorrente e la zona all'interno della quale si dispiega l'attività nociva. Per questi motivi non è sufficiente una visione che ancori al tradizionale diritto soggettivo (individuale) la protezione giuridica del bene ambiente ma occorre una pluralità di strumenti: politici, giurisdizionali e amministrativi che, sinergicamente, affrontino la questione, ricondando altresì il monito per cui «the fact is that each time there is a movement to confer rights onto some new entity the proposal is bound to sound odd or frightening or laughable», C. Stone, *Should trees have standing?*, cit., p. 455.

⁵⁰ M.S. Giannini, «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, cit., p. 24 nota non a caso che «oggi si ritiene eticamente riprovevole aggredire l'ambiente se e in quanto lo si renda aggressivo; se l'azione umana non producesse questo evento dannoso per le collettività, l'aggressione dell'ambiente potrebbe provocare rimpianti, o altri fatti emozionali, ma non interesserebbe la normazione giuridica», precisando, però, che «l'ambiente aggressore è invece preoccupante, talora per le sue dimensioni superstatali».

⁵¹ J. Uzman, T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, *The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?*, in A.R. Brewer-Carías (edited), *Constitutional Courts As Positive Legislators*, Cambridge, 2011, p. 645 ss.

⁵² Negli Stati Uniti, il controllo di costituzionalità è di tipo diffuso: ogni giudice può decidere della conformità delle norme a Costituzione. Al contrario, i sistemi europei prevedono una apposita Corte costituzionale secondo il modello kelseniano.

Sul punto, sempre, J. Uzman, T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, *The Dutch Supreme Court*, cit., p. 645 ss.

recepiti dalla Carta costituzionale integrata dal diritto internazionale pattizio, svolgendo dunque in molti casi le funzioni di Corte costituzionale.

Ed è proprio sulla base della diretta applicabilità degli articoli 2 e 8 della CEDU⁵³ che le Corti olandesi, in virtù di alcuni articoli della Costituzione di quel paese (in particolare, 92, 93⁵⁴, nonché 21, che afferma:

⁵³ Per il testo di tali articoli v. nota 25. La vicenda olandese pone in evidenza un tema comune a tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, risolto, almeno per l'Italia, sinora negativamente. Si tratta della questione circa la diretta applicabilità delle norme stabilite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) negli ordinamenti nazionali al pari di quanto oramai da tempo pacificamente ammesso per le norme derivanti dal diritto dell'Unione Europea, secondo una concezione monistica (sul punto, per l'ordinamento italiano, v. Corte cost. n. 170 del 1984, *Granital*). L'art. I-9 del Progetto di Costituzione Europea (*Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*) prevedeva, da un lato, che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» e che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali», così consentendo l'ingresso nell'*acquis* comunitario dei diritti sanciti dalla CEDU e della interpretazione degli stessi fornita dalla Corte EDU. Fallito il progetto costituzionale, l'art. 6 del TFUE, pur riproducendo, essenzialmente, le medesime disposizioni e prevedendo l'adesione dell'Unione alla CEDU (ancora tuttavia ferma), è interpretato restrittivamente: le norme CEDU non sono direttamente applicabili al pari del diritto europeo. Tuttavia, parte della giurisprudenza amministrativa italiana, e v., ad es., Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1220, con nota di A. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, su www.giustamm.it, ma così anche parte della giurisprudenza di altri paesi dell'UE (e v. F. Korenica, *The EU Accession to the ECHR. Between Luxembourg's Search for Autonomy and Strasbourg's Credibility on Human Rights Protection*, Springer, 2015) ha ritenuto che le disposizioni della CEDU fossero direttamente applicabili negli ordinamenti interni. È la tesi della "europeizzazione" della CEDU, con la conseguenza che anche le norme convenzionali parteciperebbero della caratteristica della primazia attribuita, per l'ordinamento italiano sin dalla sentenza *Granital* del 1984, alle norme di derivazione comunitaria. La tesi, tuttavia, non è stata accolta né dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, né dalla Corte costituzionale italiana, e ciò per ovvie ragioni (è la soluzione individuata sia da Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, sia da Corte giust., 24 aprile 2012, C-571/10, *Kamberaj*), sulla base dell'assorbente e formalistico motivo per cui manca un vero e proprio atto di adesione dell'UE alla CEDU, bloccato dalla Corte di giustizia in sede consultiva (parere n.2/13). Non è stato possibile ascoltare le ragioni di quanti notavano una certa sovrapposizione tra Trattati europei (dunque, Carta di Nizza) e CEDU e che, in virtù del principio della massima tutela delle ragioni del privato ritennero di poter concepire un sistema unitario di tutela tra la prima e la seconda. Infatti, condividendo tutti e tre i testi - Costituzione, Trattati e CEDU - un ampio campo di attività concernente i diritti fondamentali, il ruolo e l'importanza, rispettivamente, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia si sarebbero ridimensionati notevolmente in favore della Corte EDU. In tal modo, l'interpretazione dominante vede ancora il sistema CEDU come "altro" rispetto al sistema "unionale" che invece, in virtù della concezione monistica e del principio di primazia, gode del privilegio della "non applicazione" degli atti normativi interni contrastanti. Indice di questa tendenza a riservarsi il giudizio sui diritti fondamentali, sono anche recenti pronunce della Corte costituzionale italiana. In particolare, con Corte cost. n. 267/2017, da taluno ritenuta la più grande novità dopo *Granital*, si è stabilito che nel caso in cui la controversia abbia ad oggetto diritti fondamentali, i quali sono tutelati sia dalla Costituzione, sia dai Trattati e dal diritto derivato europeo, il giudice *a quo*, invece di rivolgersi in prima battuta alla Corte di giustizia, è tenuto a rivolgersi in via preventiva alla Corte costituzionale al fine di ottenere, nel caso di accoglimento della questione, un intervento che cancelli la norma ritenuta lesiva con effetti *erga omnes*. La tesi, granitica, della non applicabilità diretta delle norme CEDU è messa in discussione dalla pronuncia sul caso promosso dalla fondazione Urgenda. Come abbiamo visto, infatti, la tutela delle posizioni giuridiche soggettive individuali passa, nel ragionamento seguito dalle Corti olandesi, per l'applicazione (in)diretta, per mezzo della stessa Costituzione olandese, di vari articoli della CEDU, che consentono di adottare un concetto ampio di "protezione" della vita e del rispetto della vita privata e familiare: come si potrebbe, infatti, tutelare il diritto alla vita o il rispetto della vita privata e familiare senza un "luogo" in cui vivere? È il fondamentale principio di effettività dei rimedi approntati (art. 13 CEDU) e della tutela giurisdizionale a consentire a queste norme di trovare diretta applicazione. E ciò con la mediazione degli articoli 90 e ss. e 21 della Costituzione olandese.

⁵⁴ L'art. 92 stabilisce che «legislative, executive and judicial powers may be conferred on international institutions by or pursuant to a treaty, subject, where necessary, to the provisions of Article 91 paragraph 3» (ques'ultimo paragrafo precisa che ogni Trattato internazionale deve rispettare i c.d. controlimiti previsti dalla Costituzione olandese e per trovare applicazione deve essere approvato dal Parlamento a maggioranza qualificata); l'articolo 93 dispone più direttamente e

«è compito dello Stato - *rectius*: delle autorità pubbliche - mantenere il Paese abitabile e proteggere e migliorare l'ambiente⁵⁵), hanno accolto le pretese della Fondazione Urgenda.

Significativamente, il paragrafo 5 della pronuncia finale della Corte suprema si intitola: “*Do Articles 2 and 8 ECHR oblige the State to take measures?*”. E la risposta è, per tutti e tre i gradi di giudizio, positiva.

Afferma, infatti, la Corte Suprema olandese che l'art. 2 CEDU determina in capo agli Stati contraenti una obbligazione positiva di adottare le misure più opportune al fine di salvaguardare la vita dei propri cittadini⁵⁶, la quale può essere messa in pericolo anche da disastri ambientali.

Non è, però, qualunque tipo di rischio a comportare la necessità per lo Stato di porre in essere misure positive per la salvaguardia dell'ecosistema ma un rischio “reale e immediato” per le persone e purché lo Stato medesimo ne sia a conoscenza e sia consapevole delle conseguenze del proprio comportamento omissivo.

Si precisa poi che, in tale contesto, la locuzione “*real and immediate risk*” deve essere intesa nel senso di un rischio che sia allo stesso tempo “genuino e imminente”, laddove l'imminenza non riguarda la possibilità che questo rischio si materializzi in un breve lasso di tempo, ma piuttosto come minaccia diretta e concreta agli individui coinvolti.

In tal modo, nonostante la CEDU non contempra direttamente la necessità di protezione dell'ambiente, si deduce, tramite una interpretazione antropocentrica, una necessità indiretta di tutela dell'ambiente sulla base del combinato disposto degli articoli 2 e 8 della Convenzione. E ciò, in particolare, laddove la materializzazione del rischio ambientale possa avere, dunque anche solo in potenza, dirette conseguenze per la vita privata e familiare di un individuo, anche nel caso in cui la salute di quest'ultimo non sia in pericolo.

Di qui, dunque, la innovativa interpretazione della CEDU, in relazione all'ordinamento giuridico olandese, in termini di obbligo per lo Stato di adottare ragionevoli e appropriate misure per proteggere gli individui dai danni all'ambiente⁵⁷.

solennemente che «provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published». V'è da dire che anche l'art. 90 della medesima Costituzione avrebbe potuto essere utilizzato al fine di consentire la diretta applicabilità delle disposizioni della CEDU. Esso recita infatti: «the Government shall promote the development of the international legal order»: la nozione di *international legal order* non comprende, oramai, anche la protezione dell'ambiente?

⁵⁵ Una norma, dunque, eminentemente programmatica che si rivolge ai poteri dello Stato affinché ne tengano in considerazione gli obiettivi nell'espletamento della loro attività ordinaria ma sulla quale la Corte Suprema non ha potuto fondare direttamente la condanna dello Stato a emanare misure effettive per la protezione dell'ambiente, in quanto, appunto, norma generica.

⁵⁶ Secondo la sentenza della Corte suprema olandese, par. 5, l'articolo 1 CEDU «provides that the contracting parties must secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of the ECHR» e, dunque, in alter parole «the ECHR protection is afforded to the persons who fall within the states' jurisdiction».

⁵⁷ E' importante sottolineare altresì che «the protection afforded by Articles 2 and 8 ECHR is not limited to specific persons, but to society or the population as a whole. The latter is for instance the case with environmental hazards» e che «in the case of environmental hazards that endanger an entire region, Articles 2 and 8 ECHR offer protection to

Il ruolo della Corte Suprema assume dunque una connotazione non solo negativa ma anche propositiva, ciò che, come vedremo nel paragrafo seguente, consente di esaminare il principio della separazione dei poteri in un'ottica diversa rispetto a quella tradizionale.

5.1. Il ruolo della c.d. *Public interest litigation* per la tutela dell'ambiente

Oltre alla particolare struttura e alle funzioni attribuite alla Corte Suprema olandese, anche altri elementi di carattere normativo hanno condotto a un tale esito del giudizio.

Come si è visto nel paragrafo 3, la Fondazione ricorrente ha mosso, ai fini della legittimazione ad agire, dagli articoli 3:296 (*court order*), 6:162 (*unlawful act*) e 3:305a (*class action*) DCC, equivalenti, i primi due, agli articoli 2932 e 2043 del Codice civile italiano.

All'ordinamento italiano manca, tuttavia, una norma come quella consacrata all'art. 3:305a DCC, che come visto *supra*, consente la creazione di una fondazione o di una associazione incaricata di proteggere un interesse pubblico e conseguentemente di esperire tutte le azioni necessarie a proteggere tale interesse, sia contro lo Stato sia contro privati aventi sede nell'ordinamento di riferimento.

Si tratta della c.d. *Public interest litigation*⁵⁸, istituito da noi davvero poco sviluppato⁵⁹, tipico dei sistemi di *Common law*⁶⁰ e del sistema olandese, derivante dal diritto romano⁶¹ e sconosciuta all'ordinamento italiano,

the residents of that region». Si tratta, dunque, di un interesse diffuso, che diviene collettivo, in quanto omogeneo ad una intera categoria di soggetti: i cittadini in quanto tali.

Questa interpretazione evolutiva delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si lega all'esigenza di assicurare una tutela effettiva agli individui, valorizzata anche dalle Corti olandesi, e v. art. 13 CEDU, secondo cui «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Sul punto, C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 758 ss.

⁵⁸ L'espressione risale a A. Chayes, *The Role of Judge in Public Law Litigation*, in *Harvard Law Review*, vol. 99, 1976, p. 1281 ss. Sull'argomento, per la letteratura italiana, v. M. Magistà, *Public interest litigation: origini e prospettive*, in *Rivista AIC*, 2019, p. 83 ss.

⁵⁹ Nell'ordinamento italiano esistono due tipi di *class actions*: quella stabilita a tutela dei consumatori disciplinata all'art. 140 *bis*, d.lgs. 206/2005 (c.d. Codice del consumo) e quella disciplinata dal d.lgs. 198/2009, in attuazione della L. 15/2009, promossa contro la pubblica amministrazione, relative dunque a settori specifici e dotate di stringenti requisiti oggettivi e soggettivi. Esistono poi alcune azioni definite popolari, disciplinate agli articoli 9 e 70 d.lgs. 267/2000: con la prima ciascun elettore può far valere in giudizio i ricorsi spettanti a Comuni e Province; con la seconda, qualsiasi elettore o chiunque vi abbia interesse può agire al fine di ottenere la decadenza del sindaco, del presidente della provincia o di un consigliere di ente locale. V., M. Magistà, *Public interest litigation*, cit., p. 88 ss.

⁶⁰ V. sul punto l'ampia disamina svolta da F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, cit., p. 542 ss. con riferimento, in particolare, all'India e al Pakistan.

⁶¹ Si tratta della *actio popularis* romana, su cui, oltre a G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, p. 306 ss., v. G. Sanna, *L'azione popolare come strumento di tutela dei "beni pubblici": alcune riflessioni tra "bene pubblico" ambiente nell'ordinamento giuridico italiano e res publicae nel sistema giuridico romano*, in *Diritto e Storia*, 2006, p. 1 ss.

In una prospettiva tipicamente pubblicistica, il tema si lega anche alla c.d. *Public Trust doctrine* applicata all'ambiente, e v. J. Sax, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, in *Michigan Law Review*, 1970, p. 471 ss., la cui finalità risulta evidente, appunto, dal titolo dello scritto. Contro tale proposta, accolta dalla dottrina ma non dalla giurisprudenza statunitense - cioè quella di applicare all'ambiente la dottrina di *Common Law* del *Public Trust*, che configura obbligazioni in capo allo Stato quale *trustee* di alcuni beni considerati non limitabili dai diritti dei privati - si pone altra

il quale, piuttosto che elaborare istituti simili, si sta caratterizzando per una interpretazione gradualmente più estensiva dei criteri tradizionali elaborati al fine di garantire la soddisfazione degli interessi plurisoggettivi⁶².

L'ordinamento italiano, al pari degli altri ordinamenti europeo-continentali di *Civil law*, è difatti sempre legato alle logiche civilistico-individualistiche, valide anche per il processo amministrativo, per cui chi agisce in giudizio deve essere titolare di un interesse personale, attuale e concreto, secondo quanto disposto dall'art. 100 c.p.c.

Al cospetto di beni tendenzialmente «inidonei a formare oggetto di diritti»⁶³, a fronte dei quali la logica dell'appartenenza retrocede⁶⁴, emerge l'inadeguatezza delle categorie tradizionali delle condizioni dell'azione, della legittimazione ad agire e dell'interesse ad agire⁶⁵.

dottrina e v. J.L. Huffman, *Why Liberating The Public Trust Doctrine is Bad For The Public*, in *Environmental Law*, vol. 45, 2015, p. 337 ss., sulla base della considerazione per cui se è vero che legislatore e amministratori falliscono nel risolvere le problematiche ambientali cui dobbiamo far fronte, dall'altro, non è corretto un «whatever-it-takes approach», proposto appunto dai fautori della *Public Trust Doctrine*, volto a modificare e incrementare il ruolo del potere giudiziario. Occorre precisare che la *Public Trust Doctrine* emerge come una creazione di matrice dottrinale, risalente al diritto romano giustiniano, volta a creare obbligazioni non espressamente previste dalla legge in capo allo Stato ritenuto il garante di tali beni di rilevanza collettiva e conseguentemente a limitare le facoltà concesse ai privati detentori, a vario titolo, dei medesimi. In questo caso, l'accento è posto più che altro sul ruolo di *law-maker* del giudice, che va a creare obbligazioni là dove la legge non disponga. Nel nostro caso, invece, le obbligazioni esistono e sono disciplinate a vario livello: internazionale, sovranazionale e nazionale.

⁶² Che, almeno nell'ordinamento italiano, da diffusi devono diventare collettivi, cioè necessitano di un processo di soggettivizzazione, al fine di ottenere tutela. In materia ambientale, all'iniziale sistema della legittimazione *ex lege* delle organizzazioni iscritte nell'apposito registro predisposto dal Ministero dell'ambiente, così come previsto dalla L. 349/1986, si è affiancato un sistema apparentemente aperto, alla stregua del quale possono agire in giudizio, a fini di tutela ambientale, anche associazioni non iscritte nel registro che, tuttavia, soddisfino alcuni peculiari requisiti: perseguano in via principale obiettivi di tutela ambientale, siano organizzazioni stabili, possiedano un adeguato grado rappresentatività e, infine, siano collegate fisicamente al bene da tutelare (*vicinitas*). Tali presupposti, più volte ribaditi dalla giurisprudenza amministrativa, sono stati da ultimo confermati da Cons. Stato, Ad. Plen. 6/2020 che chiamata a dirimere la questione se sussista una legittimazione generale degli enti esponenziali di tutela degli interessi collettivi (*rectius*: diffusi) ha ribadito che, in assenza di una esplicita legittimazione straordinaria prevista *ex lege*, tale legittimazione può derivare dalla iscrizione dell'associazione negli elenchi previsti dalla disciplina di settore e, in assenza di questo requisito, può discendere dai tradizionali requisiti (appena visti) elaborati dalla giurisprudenza. In tal modo, il Cons. Stato ha ammesso la legittimazione attiva del Codacons seppure dal combinato disposto dagli art. 32 bis Testo unico della finanza e 140 Cod. consumo non fosse desumibile.

⁶³ Sul tema degli interessi diffusi, collegati all'emergere della problematica dei beni comuni, si intersecano contributi della dottrina civilistica e pubblicistica e v., B. Caravita di Toritto, *Interessi diffusi e collettivi*, in *Dir. soc.*, 1982, 187; R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993; G. Alpa, *Interessi diffusi*, in *Dig. Disc. Civ.*, IX, Torino, 1993. Come visto, la problematica è legata al profilo della tutela giurisdizionale, su cui si è confrontata ampia e autorevole dottrina, e v. S. Cassese, *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in AA. VV., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, p. 569 ss.; F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. soc.*, 1985, p. 645 ss.; G. Berti, *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, in *Jus*, 1982, p. 68 ss.; R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 171 ss.

Sui beni comuni è d'obbligo il riferimento alla Relazione delle Commissione Rodotà «per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici» del 14 giugno 2007.

⁶⁴ Cfr. A. Giordano, *Beni comuni e paradigmi di tutela processuale*, in *Riv. giur. ed.*, 2020, pp. 451-452.

⁶⁵ Crisi che, come individuato da A. Giordano, *Beni comuni e paradigmi di tutela processuale*, cit., p. 452 «si riflette nella impossibilità di direttamente azionare in giudizio interessi propri di collettività indifferenziate».

Sfuggono, dunque, ai rimedi giurisdizionali attualmente previsti dagli ordinamenti giuridici di *Civil law* congegni che consentano di agire in giudizio senza la necessaria lesione di un interesse personale, concreto e attuale dell'attore⁶⁶, per ottenere una sentenza che non sia strettamente inerente - e questo sembra essere il punto nodale - alla struttura dualistica della lite⁶⁷, come tradizionalmente concepita.

In questo caso, il principio della soggettività della tutela, accolto dalla Costituzione italiana all'art. 24, verrebbe dunque a costituire un limite al principio di effettività della medesima.

Nel prisma di quest'ultimo principio, quello di effettività della tutela, oltre alla necessità di garantire una certa sinergia tra impostazioni soggettive e oggettive della tutela giurisdizionale⁶⁸, occorrerebbe forse muoversi nella direzione, da un lato, di prevedere una legittimazione straordinaria piuttosto ampia come avviene nell'ordinamento olandese (nel rispetto, dunque, del principio di legalità) e, dall'altro, di prospettare un modello di tutela centrato sul ruolo dinamico e propulsivo del giudice (ed è la scelta degli ordinamenti di *Common law*), da ritenersi certamente di carattere eccezionale, vigente il principio di soggettività della tutela, ma strutturalmente necessaria quando a venire in gioco sono interessi diffusi⁶⁹ di rilevanza costituzionale, in tal modo dirigendosi verso quella "trasformazione sociale" da più parti invocata in direzione dell'ecocentrismo⁷⁰.

6. *L'attualità del principio della separazione dei poteri: da una visione negativa a una visione positivo-propulsiva.*

⁶⁶ Conformemente alla dimensione proprietaria sottesa all'ordinamento giuridico, sostanziale e processuale, del tempo e certamente anche attuale: sul punto, sempre A. Giordano, *Beni comuni e paradigmi di tutela processuale*, cit., p. 451, nonché P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006.

Nota D. Bonetto, *Beni comuni, interessi comuni, rimedi individuali*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Controegemonia e nuove istituzioni*, Milano, 2016, p. 113, una certa disarmonia tra "l'architettura rimediaria" che si è sviluppata in Occidente sulla scorta delle libertà individuali teorizzate a partire dal Settecento e il ruolo attuale degli Stati nella gestione delle risorse e degli interessi comuni.

⁶⁷ Sottolinea il ruolo paralegislativo del giudice, sul punto, M. Magistà, *Public interest litigation*, cit., p. 83 ss.

⁶⁸ Cfr. A. Giordano, *Beni comuni e paradigmi di tutela processuale*, cit., p. 461.

⁶⁹ Al contrario di quanto avveniva secondo il diritto romano, nell'ambito del quale si era concepita una azione slegata rispetto ai concetti individualistici di stampo liberale settecentesco che conduceva dunque a un prodotto giurisdizione aventi caratteristiche di generalità e astrattezza. Sintetizza la problematica B. Schwarz, *French Administrative Law and The Common Law World*, New York, 2006, p. 151: «in the common law world the proceeding for review has been anything but the *actio popularis* of Roman Law, whereby any citizen could petition to have improper administrative action annulled, regardless of whether he was adversely affected thereby» e cosa molto più importante: «our Courts have constantly insisted on the need for a direct personal interest in the petitioner before they will consider his review action». Sul punto sempre G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, p. 306 ss.

⁷⁰ Su antropocentrismo ed ecocentrismo, v *supra* par. precedente e, in particolare, sul bisogno di una «social transformation towards ecocentrism», H. Washington, B. Taylor, H. Kopnina, P. Cryer, J.J. Piccolo, *Why Ecocentrism Is The Key Pathway To Sustainability*, cit., p. 35 ss.

Come chiarito anche recentemente dalla Corte costituzionale italiana, con sentenza n. 126/2016, il riconoscimento dell'esistenza di un «bene immateriale unitario» non è fine a sè stesso, ma è al contrario funzionale all'affermazione della esigenza sempre più avvertita di una uniformità della tutela, che solo lo Stato può garantire, senza peraltro escludere che anche altre istituzioni possano farsi carico degli interessi ambientali delle comunità di riferimento. L'ambiente viene definito un «bene della vita materiale e complesso, oggetto di un interesse pubblico di valore costituzionale primario e assoluto» (così Corte cost. 378/2007), come tale necessitante di una tutela il più possibile estesa.

Il caso Urgenda conduce anche a interrogarsi sul tradizionale principio della divisione o separazione dei poteri dello Stato⁷¹.

Occorre dunque passare rapidamente in rassegna l'impianto teorico del tradizionale fondamento del costituzionalismo liberale e verificare se e in quale misura esso possa ritenersi superato dall'evoluzione degli ordinamenti giuridici contemporanei, per lo meno nella sua tradizionale concezione.

Possiamo sin da subito affermare che il principio della separazione dei poteri è ritenuto essenziale per la tenuta dello Stato democratico e di diritto⁷². Uno Stato democratico, infatti, è retto da istituzioni circoscritte e specificamente determinate, alle quali sono assegnati specifici compiti per lo sviluppo della comunità di riferimento.

Se dunque il principio è stato «elaborato dal costituzionalismo liberale con l'obiettivo di limitare il potere politico per tutelare la libertà degli individui»⁷³, a partire dalle opere di Locke e Montesquieu che risalgono al secolo XVIII⁷⁴, occorre rendersi conto che il sostrato fattuale sul quale tale principio è stato elaborato non esiste più, soprattutto là dove a venire in gioco non è più tanto il diritto di libertà dell'individuo (la libertà di⁷⁵) ma il suo *prins* logico: la sua stessa sopravvivenza.

Ma v'è di più. In nuce, nella sua stessa struttura, è possibile individuare già l'evoluzione del principio fondante il costituzionalismo moderno. Montesquieu afferma che è necessario che il sistema dei poteri dello stato sia congegnato in modo tale che ciascuno possa controllare e, se necessario, frenare l'altro: si tratta, dunque, di una visione strettamente negativa del principio (un potere come limite dell'altro)⁷⁶.

Di qui, il passo per una visione “positiva” del principio è davvero breve. Come dimostra la vicenda relativa al contenzioso climatico, è necessario che ogni potere dello Stato non solo controbilanci e limiti l'altro ma lo stimoli attivamente a prendere le iniziative necessarie per il raggiungimento di qualsivoglia obiettivo costituzionalmente tutelato, come il diritto alla vita, alla salubrità dell'ambiente e, per mezzo di questo, all'ambiente stesso.

⁷¹ G. Silvestri, voce *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985.

⁷² E, volendo, per ogni altra organizzazione volta al raggiungimento di uno scopo comune, dove è dato riscontrare almeno un potere deliberativo, esecutivo e di controllo, come avviene nel diritto societario e v., sul punto, C. Angelici, *La società per azioni. Principi e problemi*, in A. Cicu, F. Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, *passim*.

⁷³ R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, p. 76 e T. Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 2017, p. 173.

⁷⁴ Ci si riferisce ai *Due trattati sul governo* di John Locke e a *Lo Spirito delle leggi* del barone di Montesquieu.

Interessante notare che all'interno dell'opera di quest'ultimo sia possibile rintracciare una certa rilevanza delle problematiche ambientali, seppur *latu sensu* intese e v., sul punto, D. Ceccarelli Morolli, *Alcuni cenni sulla rilevanza del “fattore ambientale” in relazione al diritto secondo il pensiero di Montesquieu*, in *Rivista giuridica Ambiente Diritto*, 1/2021, pp. 1-6.

⁷⁵ Sui concetti di libertà negativa e di libertà positiva, A. Sen, *La libertà individuale come impegno sociale*, Roma-Bari, 2007.

⁷⁶ Si tratta dei c.d. *checks and balances*, elemento strutturale connotato al principio della separazione dei poteri, cfr. W.F. Funk, R.H. Seamon, *Administrative Law*, New York, 2012, p. 23 ss.

Senza contare che il principio della separazione dei poteri ha trovato, in Europa, una applicazione piuttosto attenuata, tanto da potersi ritenere più che altro una tendenziale esigenza dell'azione dei pubblici poteri più che una struttura ben definita dei medesimi⁷⁷.

Caratteristica del costituzionalismo di *civil law* è poi la primazia della legge rispetto ai poteri giudiziario ed esecutivo. È nota, infatti, la tralatizia affermazione per cui il giudice può costituire soltanto la bocca della legge, dovendo essere la sua discrezionalità limitata dal dettato legislativo.

Una affermazione, questa, smentita dal fatto (che, com'è noto, assume valore giuridico⁷⁸): il giudice non può essere strutturalmente bocca della legge, perché quest'ultima, statica com'è, non può prevedere la risoluzione dei conflitti di interesse in ogni situazione di fatto.

Il giudice, a dispetto della posizione marginale cui la teoria formalistica della separazione dei poteri intende relegarlo, ha sempre avuto un ruolo performativo e propulsivo per l'evoluzione degli ordinamenti giuridici, non solo di *Common law*, dove il suo ruolo è pacifico, ma anche per quelli continentali e per lo stesso ordinamento europeo⁷⁹.

Dunque della separazione dei poteri in senso oggettivo, da cui si era partiti per la teorizzazione dello Stato liberale, non resta oggi che una separazione dei poteri in senso soggettivo, ovvero una separazione di organi deputati a svolgere spesso funzioni sovrapponibili a quelle attribuite ad altri organi (es. le amministrazioni tradizionali, enti pubblici, che svolgono attività simili a quelle svolte da autorità amministrative indipendenti le quali a loro volta esercitano spesso funzioni sanzionatorie tipiche invece del giudice penale).

Se il compito della magistratura è quello di risolvere conflitti di interesse, non si vede per quale ragione, oggi, a essa debba essere precluso provvedere in tal senso allorché parte del processo sia il governo dello

⁷⁷ Vi sono infatti alcuni elementi indicatori di questa tendenza. In primo luogo, il rapporto di fiducia, elemento caratterizzante il parlamentarismo europeo. In secondo luogo, la possibilità per un potere di esercitare le funzioni tradizionalmente attribuite all'altro, seppure in via eccezionale e occasionale. Per citare un solo esempio, il Parlamento approva, per Costituzione, la legge di bilancio (che è atto sostanzialmente amministrativo) e, per prassi ormai consolidata, leggi aventi contenuto specifico e puntuale (le c.d. leggi-provvedimento); il governo emana atti sostanzialmente legislativi. In tema, T. Martines, *Diritto costituzionale*, cit., p. 176 parla di «interferenze funzionali», necessarie per assicurare il coordinamento tra le (medesime) funzioni attribuite a più poteri (in senso soggettivo) dello Stato. In terzo luogo, v'è la previsione, anche costituzionale, di diversi altri poteri dello Stato. Si pensi al Presidente della Repubblica, che in Italia ha assunto un ruolo centrale, tanto da potersi definire la Repubblica Italiana una Repubblica sì parlamentare, con caratteristiche di «semi-presidenzialità»; la Corte costituzionale; le numerose autorità amministrative indipendenti; il ruolo sempre maggiore del governo, vero e proprio legislatore, al posto del Parlamento, che si pone come mero organo ratificatore delle leggi; la pubblica amministrazione stessa che, in seguito all'affermarsi del principio della separazione tra politica e amministrazione, è potere a se stante e davvero radicato. Tutti questi elementi rendono il principio della separazione dei poteri, almeno in Europa, un criterio ispiratore della struttura dell'azione pubblica più che una struttura consolidata ben definita e davvero implementata.

⁷⁸ V. per tutti A. Falzea, voce *Fatto giuridico*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, 1967.

⁷⁹ Valgano due semplici esempi interni all'ordinamento italiano: il ruolo del giudice amministrativo nello sviluppo di quella branca del diritto e il ruolo della Corte costituzionale nelle decisioni circa i rapporti tra ordinamento interno e sovranazionale.

Stato; soprattutto se, a maggior ragione, la magistratura è capace (e non può far altro che) limitarsi a una condanna generica, e non specifica, circa le misure concrete da adottare in relazione al cambiamento climatico.

Il ruolo del giudice, dunque, non muta: esso decide sempre sulla risoluzione un conflitto di interesse e rimette al decisore politico nazionale la scelta sostanziale e alla pubblica amministrazione la sua attuazione concreta⁸⁰.

Il sistema non è privo di inconvenienti - ma come tutte le alternative presenta vantaggi e svantaggi⁸¹ - e non sembra dirigersi verso la rottura di principi costituzionali fondamentali.

6.1. Dalla libertà alla discrezionalità: i limiti positivi posti all'azione del governo

Il giudice olandese ha poi deciso sulla base di precisi parametri normativi, a significare che la questione ambientale stia transitando dal lato, per così dire, meramente politico-ideologico a quello giuridico, di conseguenza giustiziabile.

Se, da un lato, è vero che gli Accordi di Parigi non pongono «un limite vincolante alle emissioni di ciascun paese», essi consentono «dall'altro, di valutare l'adeguatezza di queste stesse misure [volontariamente adottate da ciascuno Stato] rispetto all'obiettivo assunto dalla comunità internazionale»⁸².

Se, poi, si ammette pacificamente che «l'assetto costituzionale dei poteri dello Stato sfugge all'universo dei limiti alla sovranità accettati dai governi firmatari»⁸³ e se, inoltre, si è perfettamente consapevoli delle peculiarità del bene ambiente, si comprende come la decisione assunta, che appare a prima vista abnorme, non costituisca una violazione del principio della separazione dei poteri dello Stato.

Il giudice olandese ha preso atto di quanto stabilito dagli Accordi di Parigi e dai Principi di Oslo⁸⁴ che responsabilizzano gli Stati a prendere essi stessi le misure più appropriate per raggiungere gli obiettivi

⁸⁰ Questo perché, in effetti, rimangono sempre gli Stati gli unici responsabili della soluzione al problema (in questo caso il cambiamento climatico). Si tratta del quarto tipo di asimmetria tra «problemi e soluzioni nell'arena globale», dove il problema, pur essendo globale, viene necessariamente affrontato localmente e cfr. S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., pp. 5-6.

⁸¹ Si tratta dei medesimi vantaggi e svantaggi rinvenibili nel sistema giuridico globale con riferimento agli organi giurisdizionali chiamati a giudicare delle controversie in ambito internazionale. Gli svantaggi si appuntano, in particolare, sulla mancanza di legittimazione democratica dei giudici rispetto agli organi esecutivi nazionali e sugli strumenti a loro disposizione che comportano l'adozione di soluzioni basate, appunto, su criteri etico-giuridici piuttosto che su valutazioni schiettamente politiche. I vantaggi, invece, concernono la sensibilizzazione dell'opinione pubblica e del decisore politico, per mezzo dello sviluppo di principi comuni da parte, questa volta, di organi giudiziari nazionali, chiamati a fronteggiare, pressoché con gli stessi strumenti, liti aventi ad oggetto questioni analoghe. Con riferimento al sistema giuridico globale, v. S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., p. 141 ss.

⁸² F. Scalia, *Energia sostenibile e cambiamento climatico*, cit., p. 536. Si tratta delle c.d. *Nationally Determined Contributions* (NDCs) che ogni Stato, secondo un approccio *bottom-up*, è tenuto a comunicare agli altri Stati cofirmatari.

⁸³ A. Giordano, *L'emergenza e "le" emergenze secondo un recente climate case*, su giustiziasieme.it.

⁸⁴ Consultabili su: <https://globaljustice.yale.edu/oslo-principles-global-climate-change-obligations>.

stabiliti dai Trattati. Dopo aver preso in considerazione proprio tali misure, le ha esaminate e le ha ritenute insufficienti.

Infine, ha condannato lo Stato ad assumere le iniziative più idonee al fine di soddisfare le obbligazioni volontariamente assunte.

Di fronte a tale contesto emergono due considerazioni.

La prima concerne la tradizionale problematica dell'effettività delle obbligazioni assunte in campo internazionale, problema giuridico destinato a rimanere irrisolto⁸⁵.

La seconda concerne, invece, la necessità che il singolo, all'interno del proprio Stato di appartenenza, di fronte a una obbligazione volontariamente assunta dallo Stato medesimo possa agire in giudizio, davanti al giudice nazionale, al fine di far valere le proprie ragioni⁸⁶.

Ammettere che uno Stato possa obbligarsi (significativo il titolo stesso dei Principi di Oslo: *on global climate change obligations*) e poi volontariamente discostarsi da quanto promesso significherebbe consentire allo Stato di venir meno allo stesso principio della sovranità popolare in un campo, quello dell'ambiente e dei diritti umani, dotato di innegabile valenza costituzionale. E soprattutto in un campo coperto da norme giuridiche, dunque disciplinato e dotato di precisi parametri di riferimento.

Se dunque si considera che, nel campo del cambiamento climatico, si è passati da pure dichiarazioni di intenti a un sistema giuridico multilivello integrato tra norme internazionali e norme nazionali, non si può più ritenere che il suddetto campo appartenga ancora alla sfera "del politico" (in termini amministrativistici: sfera della libertà) ma esso è entrato a pieno titolo nella sfera "del giuridico", dunque del giustiziabile di fronte, almeno, a ciascun giudice nazionale⁸⁷.

Come autorevolmente ricordato, «dove c'è diritto non c'è potere [dunque, libertà (politica)] e viceversa»⁸⁸. Se v'è un complesso di norme, cui i pubblici poteri si sono volontariamente assoggettati, ciò significa che la loro attività è diretta al perseguimento - certo, tra i tanti - di uno scopo comune. Da un potere libero,

⁸⁵ Si tratta, infatti, ad avviso di chi scrive di un problema totalmente politico e, precisamente, di politica estera cui si aggiungono alcune considerazioni riguardanti le aporie del sistema dei poteri globali, riscontrate da S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., pp. 11-12 nella assenza di un ordine generale o governo globale, la fonte della loro legittimazione (che rimangono pur sempre gli Stati nazionali) e, infine, nella loro efficacia, poiché la effettività delle decisioni prese in campo internazionale è rimessa alla spontanea collaborazione degli Stati medesimi e «non tutte le decisioni globali sono assistite da meccanismi che assicurino la *compliance*».

⁸⁶ In questo caso si passa dal campo della politica estera a quello più strettamente giuridico.

⁸⁷ Se ciò vale per il governo, non può non valere per la pubblica amministrazione, tenuta al rispetto delle norme nazionali e sovranazionali al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento e in misura anche maggiore laddove è chiamata essa stessa ad attuarle.

Per lo stato dell'arte di fronte al giudice europeo e alla necessità di superare la configurazione restrittiva del c.d. *Plaumann Test* al fine di consentire l'accesso diretto a organizzazioni private che si occupano di interessi ambientali, M. Pagano, *Overcoming Plaumann in Eu Environmental Litigation. An Analysis of Engos Legal Arguments in Actions for Annulment*, in *Diritto e processo*, 2019, p. 311 ss.

⁸⁸ N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992, p. 92 ss e *Teoria generale della politica*, a cura di Michelangelo Bovero, Torino, 1999.

caratterizzato dalla assenza di parametri cui giudicarne la conformità, si è giunti a un potere limitato positivamente, connotato dunque da uno scopo, il verificarsi del quale può e deve essere oggetto di sindacato, soprattutto quando a essere intaccata è l'essenza stessa del sistema democratico.

6.2. L'ambiente come prerequisito della democrazia costituzionale

Come precisato dalle pronunce in commento, è circostanza connaturata allo Stato di diritto che le azioni degli organi politici possano essere valutate da un tribunale “indipendente”⁸⁹, senza che questo entri nel dominio politico della scelta ma si limiti ad applicare la legge e senza, peraltro, che venga in gioco il difetto di legittimazione popolare dell'organo giudiziario, quando si tratta di fornire tutela a interessi protetti dalle Costituzioni nazionali⁹⁰.

Se, infatti, si stabilisce - sulla base però di intendimenti politici e non giuridici - che il giudice non possa ordinare al governo di comportarsi conformemente a obbligazioni volontariamente assunte e di adottare le conseguenti misure innegabilmente connesse alla vita dell'individuo e della società intera, sono le basi stesse della democrazia, segnatamente della democrazia costituzionale, a essere intaccate⁹¹.

Non si tratta dunque di una minaccia allo Stato di diritto e alla democrazia costituzionale, come potrebbe apparire *prima facie* ma, al contrario, di una sua affermazione.

Infatti, uno Stato democratico guidato dalla c.d. *rule of law* non può concepirsi come chiuso in sé stesso. Nella dinamica strutturale e funzionale tra poteri dello Stato si inserisce un ulteriore “potere”, l'opinione pubblica o, secondo il pensiero di H. Habermas, una “sfera pubblica”⁹², che concorre a formare, e anche a influenzare, le decisioni finali del Parlamento e del Governo.

⁸⁹ «Independent Court» è la perifrasi utilizzata dalla sentenza del giudice olandese di primo grado, par. 4.95. Nell'ordinamento italiano sembra traducibile, più che altro, come “imparziale” (art. 111 Cost.), cioè terzo e distante dagli affari di causa.

⁹⁰ Si veda, in particolare, il par. 4.97 della sentenza di primo grado, secondo cui «it is worthwhile noting that a judge, although not elected and therefore has no democratic legitimacy, has democratic legitimacy in another - but vital - respect. His authority and ensuing “power” are based on democratically established legislation, whether national or international, which has assigned him the task of settling legal disputes. This task also extends to cases in which citizens, individually or collectively, have turned against government authorities. The task of providing legal protection from government authorities, such as the State, pre-eminently belong to the domain of a judge. This task is also enshrined in legislation».

⁹¹ La sentenza, infatti, statuisce che «if the government is obliged to do something, it may be ordered to do so by the courts, as anyone may be, at the request of the entitled party. This is a fundamental rule of constitutional democracy, which has been enshrined in our legal order» (paragraph 8.2.1).

La sentenza prosegue: «as far as the rights and freedoms set out in the ECHR are concerned, this rule is consistent with the right to effective legal protection laid down in Article 13 ECHR referred to above in 5.5.1-5.5.3. Partly in connection with this fundamental rule, the Dutch Constitution stipulates that civil courts have jurisdiction over all claims, so that they can always grant legal protection if no legal protection is offered by another court». La democrazia costituzionale, che consente, in questa prospettiva, alle Corti di ordinare allo Stato di adottare misure (non specifiche ma utili) al fine di tutelare la salute umana, si lega inscindibilmente al tema dell'effettività della tutela giurisdizionale: maggiore è lo spazio di manovra consentito al giudice, maggiore presumibilmente sarà la (possibilità di) tutela garantito al privato.

⁹² J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, New York, 2015, p. 371 ss. richiamato da L. Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?*, cit., la quale prendendo le mosse dalla “esplosione”

E infatti, sempre secondo la teoria di Habermas, la legittimità dell'ordinamento giuridico risiede nell'accordo generale, tacito tra i cittadini, per il quale essi possono e devono contestare i comportamenti positivi e negativi ritenuti non funzionali, per mezzo della autonomia loro riconosciuta all'interno dei processi decisionali, sia formali, sia informali⁹³.

Ed è per questo che, allora, al giudice non può essere precluso “trovare” il diritto necessario al caso di specie; diritto, che “è già nel fatto”⁹⁴, nella costruzione fatta di principi e norme che reggono il diritto dell'ambiente⁹⁵ e che fanno dell'ambiente stesso un valore costituzionale preminente⁹⁶.

Se i valori costituzionali sono solitamente poco inclini al cambiamento poiché costituiscono quel sistema in grado di proteggere l'individuo e di consentirgli una partecipazione attiva nella società democratica, ne deriva un nesso inestricabile tra libertà individuali ed efficienza del sistema democratico⁹⁷: solo salvaguardando le prime è possibile preservare il secondo.

La tutela dell'ambiente costituisce allora, seppure in chiave ancora prettamente antropocentrica, quel nuovo valore costituzionale trasversale in grado di plasmare e modificare i rapporti tra i poteri dello Stato, come tradizionalmente intesi, consentendone una evoluzione in chiave di responsabilizzazione. E la responsabilizzazione è inefficace se non supportata dalla giustiziabilità.

della *climate change litigation* avvenuta a partire dal 2015 e utilizzando la teoria politica di Habermas sulla democrazia deliberativa, riscontra che «the trend is likely to influence the democratic legitimacy of judicial lawmaking on climate change», ciò che contestualmente sintetizza la tendenza a considerare l'ambiente un vero e proprio prerequisito della democrazia costituzionale.

⁹³ L. Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?*, cit., pp. 61-62.

⁹⁴ L. Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?*, cit., p. 62.

⁹⁵ E si pensi, in particolare, al ruolo del principio di precauzione nel diritto amministrativo dell'ambiente, utilizzato anche dalle Corti olandesi nel caso Urgenda a rafforzamento del proprio *decisum*. La Corte Suprema ha infatti statuito che «The obligation to take appropriate steps pursuant to Articles 2 and 8 ECHR also encompasses the duty of the state to take preventive measures to counter the danger, even if the materialisation of that danger is uncertain. This is consistent with the precautionary principle. If it is clear that the real and immediate risk referred to above in paras. 5.2.2 and 5.2.3 exists, states are obliged to take appropriate steps without having a margin of appreciation. The states do have discretion in choosing the steps to be taken, although these must actually be reasonable and suitable». E quanto, in tale approccio, concerne il ruolo del “fatto”, ovvero del “caso concreto”: «The obligation pursuant to Articles 2 and 8 ECHR to take appropriate steps to counter an imminent threat may encompass both mitigation measures (measures to prevent the threat from materialising) or adaptation measures (measures to lessen or soften the impact of that materialisation). According to ECtHR case law, which measures are suitable in a given case depends on the circumstances of that case».

⁹⁶ Se è vero che non esistono diritti tiranni, come ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale italiana, soprattutto con riferimento alla tematica della produzione industriale - ed è qui che gioca il suo ruolo il principio dello sviluppo sostenibile - e v. per tutti il caso Ilva, su cui A. Morelli, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, è anche vero che rispetto ad altri interessi costituzionalmente protetti, tra cui proprio quello alla produzione e al lavoro, l'ambiente costituisce un diritto che vanta ogni cittadino, individualmente e collettivamente, per il solo fatto di essere tale, cioè *civis*.

⁹⁷ L. Burgers, *Should Judges Make Climate Change Law?*, cit., p. 62 riscontra come sia proprio questo nesso tra autonomia privata e autonomia pubblica a costituire il cuore della originalità della tesi di Habermas.

7. Considerazioni finali: l'evoluzione dell'ordinamento giuridico nel prisma della salvaguardia dell'ecosistema

Dalla analisi svolta si è visto come il cambiamento climatico, nella tensione tra diritto e politica, metta in crisi alcune categorie giuridiche consolidate.

Se, da un punto di vista sostanziale, «l'ambiente è giuridicamente oggetto di un dovere di protezione» di rango costituzionale⁹⁸ e se, da un punto di vista processuale, è necessario il rispetto del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, la conseguenza logica e necessaria è che, da un lato, il principio della separazione dei poteri debba oramai essere inteso non più e non già in senso negativo ma in senso positivo come possibilità di stimolo e incidenza di ogni potere (in senso soggettivo) nei confronti delle funzioni svolte dagli altri e, dall'altro lato, è necessaria una corrispondente evoluzione dal punto di vista delle tecniche di tutela.

Ciò viepiù in un sistema costituzionale ormai multilivello, dove la sovranità degli Stati è oggi concetto davvero diverso rispetto alle prospettazioni tradizionali (se mai la sovranità come concetto assoluto è mai esistito), conformato, da un lato, dall'esistenza di organizzazioni internazionali e sovranazionali⁹⁹ - agli atti normativi dei quali gli Stati si autovincolano - e, dall'altro, da bisogni nuovi, che, come abbiamo visto, mettono alla prova categorie giuridiche consolidate.

La protezione dell'ambiente coinvolge la sfera pubblica nella sua totalità, in un'ottica sinergica, senza che con ciò possa dirsi che sia solo il legislatore, statale (ai sensi dell'art. 117, lett s), Cost.), il soggetto legittimato a occuparsi di un "valore costituzionale" così trasversale da poter essere considerato la *condicio sine qua non* della vita stessa, la "scacchiera" - potremmo definirla - su cui tutto può esprimersi e senza la quale nessun problema di diritto, di interessi protetti o di tecniche di tutela, si porrebbe neppure.

È così che emerge la centralità nel campo dell'azione ambientale dell'azione sinergica di tutti i poteri dello Stato¹⁰⁰.

Può dunque ritenersi avverato quanto affermato da chi, rifacendosi al secondo principio della termodinamica, prospettato per dare una risposta comune al problema della creatività sia nel campo fisico

⁹⁸ A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2018, p. 177.

⁹⁹ Che hanno condotto la dottrina a individuare un vero e proprio diritto amministrativo globale e v., sul punto, S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., un sistema dotato certamente di aporie (v. p. 5 ss.) ma che sottolinea la necessità di tendere verso la simmetria tra problemi globali e soluzioni globali.

¹⁰⁰ Nota, non a caso S. Grassi, voce *Tutela dell'ambiente*, cit., n.1 che «la pluralità delle dimensioni che è possibile riconoscere al concetto di ambiente implica una necessaria multireferenzialità degli organi che sono chiamati a valutare e regolare gli interessi ambientali, con la conseguente obiettiva difficoltà dell'organizzazione tradizionale dei poteri pubblici (dello stesso Stato) rispetto ad un valore (la tutela e la garanzia dell'equilibrio ambientale) che è un fine, un obiettivo verso il quale l'intero apparato dei poteri pubblici deve volgersi (...)». Difficile, nota sempre Grassi, il ruolo degli organi giurisdizionali, che privi di dati normativi e scientifici consolidati, non sono in grado di elaborare direttamente i principi da applicare in una materia complessa e oggetti di conflitti mediabili adeguatamente solo in sede politica.



sia in quello metafisico, ha riscontrato che «lo studio dell'ambiente fa pensare alla distruzione di un equilibrio interno per dare origine a un processo di autorganizzazione giuridica, che non dipende più dai dati interni del sistema, ma che deriva dai dati ad esso esterni, ossia dai dati spontanei, come quelli che, nella specie, mette in luce il rapporto di ogni individuo con l'ambiente, ossia con un valore immateriale»¹⁰¹.

¹⁰¹ F. Benvenuti, *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, cit., p. 3735-3736.